



مركز  
للبحوث والتحريات الكمبيوترية

اصبحان

للغافل



عليه  
صباح  
الرمضان

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

مَدِينَةُ الْمَدِينَاتِ

فِي الْمَعَامِلَاتِ

بِإِذْنِ الْمَوْلَانَا  
السُّلْطَانِ الْوَلِيِّ الْمَوْلَانَا

الْمَوْلَانَا

السُّلْطَانِ الْوَلِيِّ الْمَوْلَانَا

بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمَنِ الرَّحِيمِ

# مصباح الفقاهه

كاتب:

آيت الله العظمى سيد ابوالقاسم خوئي

نشرت في الطباعة:

انصاريان

رقمى الناشر:

مركز القائمية باصفهان للتحريات الكمبيوترية

## الفهرس

٥	الفهرس
٨٢	مصباح الفقاهه
٨٢	اشاره
٨٢	المجلد ١: مكاسب المحرمه
٨٢	اشاره
٨٤	البحث فى مكاسب المحرمه
٨٤	(فىما يرجع الى روايه تحف العقول)
٨٤	اشاره
٨٧	وهم و دفع
٩٠	تذييل
٩٣	فى الفقه الرضى
٩٣	اشاره
٩٤	(اما الجهه الأولى) فى صحه نسبه هذا الكتاب الى الرضا «ع»
٩٤	اشاره
٩٤	(الأول) و هو عمدته ما تمسك به المبتون
٩٤	(الأمر الثانى) مما تمسك به المبتون
٩٨	(و اما الجهه الثانیه) عدم إمكان الاستناد بهذه الروايه
٩٩	فى اعتبار كتاب دعائم الإسلام
٩٩	اشاره
١٠٢	تذييل
١٠٣	القول فى صحه النبوى المشهور و سقمه
١٠٣	اشاره
١٠٣	أما الأول فى سنده
١٠٣	اشاره

- ١٠٣ ..... اما الكلام فى الجهه الأولى حجيته عند العامه
- ١٠٤ ..... و اما الجهه الثانيه حجيته عند الخاصه
- ١٠٤ ..... و اما المقام الثانى فى دلالتة
- ١٠٥ ..... بطلان المعامله على الأعمال المحرمه
- ١٠٦ ..... تقسيم المكاسب إلى الثلاثه أو الخمسه
- ١٠٩ ..... معنى حرمه الاكتساب تكليفا
- ١٠٩ ..... اشاره
- ١٠٩ ..... فاعلم ان حرمه البيع تكليفا تتصور على وجوه
- ١٠٩ ..... الأول ما أفاده المحقق
- ١١١ ..... (الوجه الثانى) أن يراد من حرمه البيع حرمه إيجادة بقصد ترتب إمضاء العرف
- ١١١ ..... (الوجه الثالث) ما أفاده العلامة الأنصارى
- ١١٣ ..... معنى حرمه الاكتساب وضعاً
- ١١٤ ..... الاكتساب المحرم أنواع
- ١١٤ ..... النوع الأول الاكتساب بالأعيان النجسه
- ١١٤ ..... جواز المعاوضه على أبوال ما لا يؤكل لحمه
- ١١٤ ..... اشاره
- ١١٤ ..... تنقيح و تهذيب
- ١١٧ ..... وهم و دفع
- ١١٩ ..... استطراد فى حرمه شرب أبوال ما يؤكل لحمه لغير التداوى
- ١٢٠ ..... دفع توهم
- ١٢٣ ..... (حرمه بيع شحوم ما لا يؤكل لحمه)
- ١٢٥ ..... جواز بيع العذره
- ١٣٤ ..... جواز بيع الأرواث
- ١٣٥ ..... جواز بيع الدم نجسا كان أم طاهرا
- ١٣٥ ..... اشاره
- ١٣٦ ..... وهم و إزاله

- ١٣٨ ..... تذكره
- ١٣٨ ..... تذكره اخرى
- ١٣٨ ..... فى حرمه بيع المنى
- ١٤٤ ..... جواز الانتفاع بالميته و حرمه بيعها
- ١٤٤ ..... اشاره
- ١٤٤ ..... تحرير هذه المسأله فى مقامين
- ١٤٤ ..... أما المقام الأول فى جواز الانتفاع بالميته
- ١٤٩ ..... المقام الثانى حرمه بيع الميته
- ١٥٢ ..... نقد و دفع
- ١٥٣ ..... فرعان
- ١٥٣ ..... الأول حكم بيع المذكى المختلط بالميته
- ١٥٧ ..... إزاحه وهم
- ١٥٩ ..... الثانى جواز بيع ميته ما ليس له دم سائل
- ١٦٠ ..... حرمه التكسب بالكلب الهراش
- ١٦٠ ..... اشاره
- ١٦٢ ..... حرمه التكسب بالخزير
- ١٦٥ ..... حرمه التكسب بالخمير و كل مسكر مائع
- ١٦٥ ..... اشاره
- ١٦٨ ..... تذكره
- ١٦٩ ..... تبصره
- ١٧٠ ..... تنبيه
- ١٧١ ..... جواز بيع المتنجس
- ١٧١ ..... اشاره
- ١٧٢ ..... جواز بيع السباع و المسوخ الا القرد
- ١٧٤ ..... أما المستثنى من الأعيان المتقدمه
- ١٧٤ ..... جواز بيع العبد الكافر

- جواز بيع كلب الصيد ..... ١٧٦
- حرمه بيع كلب الحراسه ..... ١٨٠
- تذييل ..... ١٨٥
- جواز بيع العصير العنبي إذا غلى و لم يذهب ثلثاه ..... ١٨٦
- جواز المعاوضه على الدهن المتنجس ..... ١٩٠
- تأسيس ..... ١٩٢
- عدم اشتراط الاستصباح فى صحه بيع ..... ١٩٣
- الأول:جواز بيعه على أن يشترط ..... ١٩٣
- وجوب الإعلام بنجاسه الدهن عند البيع ..... ١٩٧
- حرمه تغير الجاهل و إلقاءه فى الحرام الواقعى ..... ١٩٨
- جواز استصباح الدهن المتنجس تحت الظلال ..... ٢٠٧
- جواز الانتفاع بالدهن المتنجس فى ..... ٢١٠
- الأصل جواز الانتفاع بالمتنجس ..... ٢١١
- الأصل جواز الانتفاع بالأعيان النجسه ..... ٢٢١
- حقيقه حق الاختصاص و منشأ ثبوته ..... ٢٢٦
- النوع الثانى مما يحرم التكسب به ما يحرم لتحريم ما يقصد به ..... ٢٣٠
- الأول:ما لا يقصد من وجوده على نحوه الخاص إلا الحرام ..... ٢٣٠
- حرمه بيع مياكل العباده المبتدعه ..... ٢٣٠
- بحث و تميم ..... ٢٣٣
- حرمه بيع آلات القمار ..... ٢٣٥
- حرمه بيع آلات الملاهى ..... ٢٣٧
- حكم بيع أنيه الذهب و الفضة ..... ٢٣٩
- حكم بيع الدراهم المشوشه ..... ٢٤٠
- القسم الثانى ما يقصد منه المتعاملان المنفعه المحرمه. .... ٢٤٤
- حكم بيع العنب على أن يعمل خمرا ..... ٢٤٤
- و كيف كان فالكلام يقع فى ناحيتين: ..... ٢٤٥



- ٢٤٥ ----- أما الناحية الاولى فى جواز بيع المباح على أن يجعل حراما و عدم جوازه
- ٢٤٨ ----- و أما الناحية الثانيه حكم ما يقصد من إجارتة الحرام
- ٢٥٠ ----- حكم بيع الجاريه المغنيه
- ٢٥٤ ----- حرمة كسب المغنيه
- ٢٥٤ ----- حكم بيع العنب ممن يجعله خمرا
- ٢٥٦ ----- ثم إن تحقيق هذه المسأله يقع تاره من حيث الروايات،و اخرى من حيث القواعد،
- ٢٥٦ ----- أما الصوره الأولى
- ٢٦٠ ----- و أما الصوره الثانيه(أعنى التكلم فى حكم المسأله من حيث القواعد)
- ٢٦٠ ----- حقيقه الإعانه و مفهوما
- ٢٦٣ ----- حكم الإعانه على الإثم
- ٢٦٧ ----- تتميم و فيه تأسيس
- ٢٦٨ ----- حرمة الإعانه على الإثم كحرمة الكذب
- ٢٧٠ ----- القسم الثالث حرمة بيع السلاح من أعداء الدين
- ٢٧٠ ----- اشاره
- ٢٧٤ ----- وهم و دفع
- ٢٧٦ ----- النوع الثالث مما يحرم الاكتساب به ما لا منفعه فيه محلله معتدا بها عند العقلاء.
- ٢٧٦ ----- اشاره
- ٢٧٦ ----- تحقيق و تكميل
- ٢٨١ ----- فرع
- ٢٨١ ----- النوع الرابع ما يحرم الاكتساب به لكونه عملا محرما فى نفسه
- ٢٨١ ----- حكم تدليس المشطه
- ٢٩٠ ----- تزيين الرجل بما يحرم عليه
- ٢٩٠ ----- اشاره
- ٢٩١ ----- تشبه الرجل بالمرأه و تشبه المرأه بالرجل
- ٢٩٥ ----- التشبيب بالمرأه الأجنبيةه
- ٢٩٥ ----- اشاره

- ٢٩٧ ..... ما استدل به على حرمه التشبيب
- ٣٠٤ ..... حرمه التصوير
- ٣٠٤ ..... اشاره
- ٣٠٩ ..... ما استدل به على اختصاص الحرمه
- ٣٠٩ ..... الوجه الأول: أن الأخبار المشتمله على نفخ الروح ظاهره في ذلك،
- ٣١١ ..... الوجه الثاني: ما ذكره في متاجر الجواهر،
- ٣١٢ ..... الوجه الثالث: ما في الجواهر أيضا
- ٣١٢ ..... فروع مهمه
- ٣١٢ ..... تصوير الملك و الجن
- ٣١٤ ..... ان حرمه التصوير غير مقيده
- ٣١٥ ..... اعتبار قصد الحكايه في حرمه التصوير
- ٣١٦ ..... اعتبار الصدق العرفي في حرمه التصوير
- ٣١٧ ..... جواز أخذ العكس المتعارف
- ٣١٨ ..... ما استدل به على حرمه
- ٣١٨ ..... الوجه الأول: أن الوجود و الإيجاد في الحقيقه
- ٣٢٠ ..... الوجه الثاني: أن صنعه التصاوير لذوات الأرواح من المحرمات الشرعيه،
- ٣٢٠ ..... الوجه الثالث: قوله (صلى الله عليه و آله) في الخبر المتقدم: (لا تدع صوره إلا محوتها).
- ٣٢٠ ..... الوجه الرابع: ما دل على عدم صلاحية اللعب بالتمثيل.
- ٣٢١ ..... الوجه الخامس: صحيقه البقباق-المتقدمه عند الاستدلال على حرمه التصوير
- ٣٢٢ ..... الوجه السادس: حسنه زواره المتقدمه في الحاشيه (لا بأس بأن يكون التمثيل في البيوت
- ٣٢٢ ..... الوجه السابع: ما دل على كراهه على «ع» وجود الصور في البيوت،
- ٣٢٣ ..... الوجه الثامن: روايه الحلبي ا فقد أمر الإمام «ع» فيها بتغيير رأس الصورة و جعلها
- ٣٢٣ ..... الوجه التاسع: صحيقه محمد بن مسلم المتقدمه (عن تماثيل الشجر و الشمس و القمر؟
- ٣٢٧ ..... حرمه التطفيف و البخس
- ٣٢٧ ..... اشاره
- ٣٢٩ ..... صحه المعامله المطفف فيها و فسادها

التنجيم	٣٣١
اشاره	٣٣١
تحقيق المرام يبتنى على مقدمتين:	٣٣١
المقدمه الاولى فى بيان امرين:	٣٣١
الأمر الأول: أن أصول الإسلام أربعة:	٣٣١
الأول: الايمان بالله، والإقرار بوجوده، و كونه صانعا للعالم،	٣٣١
الثانى: الإقرار بتوحيده تعالى،	٣٣١
الثالث: الايمان بنبوه محمد(صلى الله عليه و آله) و الاعتراف بكونه نبيا مرسلا:	٣٣١
الرابع: الايمان بالمعاد الجسمانى، و الإقرار بيوم القيامة و الحشر و النشر،	٣٣٢
الأمر الثانى: أنه يجب على العباد الاعتراف بفرائض الله و سنن رسوله(صلى الله عليه و آله)، و بما جاء	٣٣٣
المقدمه الثانيه: أنه لا إشكال فى اختلاف الأجرام العلويه	٣٣٣
و تنقيح المسأله و تهذيبها يقع فى أمور:	٣٣٥
الأول: قال جمع من الفلاسفه: إن للأفلاك نفوسا ترسم فيها صور المقدرات،	٣٣٥
الأمر الثانى: أن يلتزم بتأثير الأوضاع الفلكيه و الكيفيات الكوكبيه بنفسها فى حوادث	٣٣٦
الأمر الثالث: أن يلتزم بكون أوضاع الكواكب علامه على حوادث عالم العناصر	٣٣٧
الأمر الرابع: أن يلتزم بأن الله تعالى قد أودع فى طبائع أوضاع الكواكب	٣٣٧
حفظ كتب الضلال	٣٤١
اشاره	٣٤١
و قد استدل على حرمه الحفظ بوجوه:	٣٤١
الأول: حكم العقل بوجوب قلع ماده الفساد.	٣٤١
الوجه الثانى: قوله تعالى : ( وَ مِنَ النَّاسِ مَنْ يَشْتَرِي لَهْوَ الْحَدِيثِ لِيُضِلَّ عَنْ سَبِيلِ اللَّهِ ) .	٣٤٢
الوجه الثالث: قوله تعالى : ( وَ اجْتَنِبُوا قَوْلَ الزُّورِ ) .	٣٤٣
الوجه الرابع: ان جمله من فقرات روايه تحف العقول تدل على حرمه حفظ كتب	٣٤٣
الوجه الخامس: حسنه عبد الملك بن أعين التى تقدمت فى مبحث التنجيم،	٣٤٥
الوجه السادس: الإجماع.	٣٤٥
حرمه خلق اللحيه	٣٤٥

- ٣٤٥ ..... اشارة
- ٣٤٥ ..... و قد استدل عليها بوجوه:
- ٣٤٦ ..... الوجه الأول: قوله تعالى فى التحدث عن قول الشيطان: (وَ لَأْمُرَنَّهُمْ فَلَيَغَيَّرَنَّ خَلْقَ اللَّهِ) .
- ٣٤٦ ..... الوجه الثانى: ما فى جملة من الروايات ٢ من الأمر بإعفاء اللحي و حف الشوارب،
- ٣٤٧ ..... الوجه الثالث: روايه الجعفرىات ١١ الداله على أن حلق اللحيه من المثلثه، و من مثل
- ٣٤٨ ..... الوجه الرابع: ما دل ١ على عدم جواز السلوك مسلك أعداء الدين.
- ٣٤٨ ..... الوجه الخامس: قوله ص لرسولى كسرى (ويلكما من أمركما بهذا؟)
- ٣٤٩ ..... الوجه السادس: قوله «ع» ١: (أقوام حلقوا اللحي و فتلوا الشوارب فمسخوا).
- ٣٥٠ ..... موضوع الرشوه و حقيقتها
- ٣٥٠ ..... اشارة
- ٣٥١ ..... حرمه الرشوه
- ٣٥٦ ..... جواز ارتزاق القاضى من بيت المال
- ٣٥٧ ..... جواز أخذ القاضى للهديه
- ٣٦٠ ..... الرشوه فى غير الاحكام
- ٣٦١ ..... من الرشوه فى الحكم
- ٣٦٢ ..... فائده
- ٣٦٢ ..... حكم الرشوه وضعاً
- ٣٦٣ ..... اختلاف الدافع و القابض
- ٣٦٥ ..... حرمه سب المؤمن
- ٣٧١ ..... حرمه السحر
- ٣٧١ ..... اشارة
- ٣٧٦ ..... أقسام السحر
- ٣٧٦ ..... النوع الأول: سحر
- ٣٧٧ ..... النوع الثانى: سحر أصحاب الأوهام و النفوس القويه،
- ٣٧٧ ..... النوع الثالث: من السحر الاستعانه بالأرواح الأرضيه،
- ٣٧٨ ..... النوع الرابع: مما ذكره المجلسى (ره) من أقسام السحر: التخيلات و الأخذ بالعيون،

- النوع الخامس: الاعمال العجيبة التي تظهر من تركيب الآلات على النسب الهندسيه، ..... ٣٧٩
- النوع السادس من السحر: الاستعانة بخواص الأدوية ..... ٣٧٩
- النوع السابع من السحر: تعليق القلب، ..... ٣٧٩
- النوع الثامن: النميمه. .... ٣٨٠
- عدم اختصاص حرمه السحر ..... ٣٨٢
- جواز دفع ضرر السحر بالسحر ..... ٣٨٣
- التسخير ليس من السحر ..... ٣٨٤
- الشعوذه ..... ٣٨٥
- الغش الحرام ..... ٣٨٦
- اشاره ..... ٣٨٦
- موضوع الغش ..... ٣٨٨
- تذليل ..... ٣٨٩
- لا يعتبر فى صدق الغش قصد مفهومه ..... ٣٨٩
- حكم المعامله المشتمله على الغش ..... ٣٩٠
- حرمه الغناء ..... ٣٩٢
- اشاره ..... ٣٩٢
- رأى المحدث القاسانى فى حرمه الغناء ..... ٣٩٥
- تحقيق موضوع الغناء ..... ٣٩٨
- مستثنيات حرمه الغناء ..... ٤٠٢
- منها رثاء الحسين عليه السلام ..... ٤٠٢
- جواز الحداء لسوق الإبل ..... ٤٠٣
- جواز الغناء فى زف العرائس ..... ٤٠٣
- الغناء فى قراءه القرآن ..... ٤٠٤
- تنبيه ..... ٤٠٧
- حرمه الغيبه ..... ٤٠٧
- اشاره ..... ٤٠٧

- ٤٠٩ ..... الغيبة من الذنوب الكبيرة
- ٤١٢ ..... حرمة الغيبة مشروطة بالإيمان
- ٤١٣ ..... حرمة غيبة الصبي المميز
- ٤١٤ ..... موضوع الغيبة
- ٤١٦ ..... تنبيهات موضوع الغيبة
- ٤١٦ ..... الأول: انه لا يفرق في صدق الغيبة بين ان يكون المقول نقصا في دين المقول فيه
- ٤١٧ ..... الثاني: أن ذكر أحد بالأوصاف العادية أو نفيها عنه إنما لا يكون غيبه إذا لم يستلزم
- ٤١٧ ..... الثالث: ان يكون المقول أمرا قد ستره الله على المقول فيه
- ٤١٧ ..... الرابع: قد تحقق الغيبة بالتعريض والإشارة قولاً،
- ٤١٧ ..... الخامس: لا بد في صدق الغيبة من وجود احد يقصد بالتفهم.
- ٤١٩ ..... السادس: لا تتحقق الغيبة إلا بكون المغتاب(بالفتح) معلوما بالتفصيل عند المخاطبين،
- ٤١٩ ..... السابع: في موارد الشك في تحقق الغيبة و عدمه
- ٤١٩ ..... الثامن: أن مقتضى ما ذكره المشهور من أن الغيبة ذكر ك أخاك بما يكرهه لو سمعه عدم
- ٤٢١ ..... دواعي الغيبة
- ٤٢٢ ..... كفاره الغيبة
- ٤٢٧ ..... مستثنيات الغيبة
- ٤٢٧ ..... جواز غيبة المتجاهر بالفسق
- ٤٣١ ..... فروع
- ٤٣١ ..... الأول: هل يعتبر في جواز غيبة المتجاهر بالفسق قصد الغرض الصحيح من النهي عن
- ٤٣١ ..... الثاني: هل تجوز غيبة المتجاهر في جميع ما ارتكبه من المعاصي
- ٤٣٣ ..... الثالث: ظهر من مطاوى ما ذكرناه أنه يعتبر في صدق التجاهر بالفسق أن يكون
- ٤٣٣ ..... الرابع: قد عرفت: ان مقتضى العمل بالمطلقات هو جواز غيبة المتجاهر مطلقا بمجرد
- ٤٣٥ ..... جواز تظلم المظلوم
- ٤٣٦ ..... وقد يستدل على الجواز هنا بأمر غير ناهضه للدلاله على المقصود:
- ٤٣٦ ..... الأول: قوله تعالى : ( وَ الَّذِينَ إِذَا أَصَابَهُمُ الْبَغْيُ هُمْ يَنْتَصِرُونَ ) .
- ٤٣٧ ..... الثاني ان في منع المظلوم من التظلم حرجا عظيما،

- ٤٣٧ ..... الثالث: ان فى تشريع الجواز مظنه ردع الظالم،
- ٤٣٧ ..... الرابع: ما فى روايه قرب الاسناد المتقدمه
- ٤٣٩ ..... الخامس: قوله «ص» ٢: (و لصاحب الحق مقال).
- ٤٤٠ ..... عدم جواز الغيبه فى ترك الاولى
- ٤٤١ ..... نصح المستشار
- ٤٤٥ ..... جواز الاغتياى فى مواضع الاستيفاء
- ٤٤٧ ..... جواز الاغتياى لردع المقول فيه
- ٤٤٨ ..... جواز الاغتياى لحسم ماده الفساد
- ٤٤٨ ..... جواز جرح الشهود
- ٤٤٩ ..... جواز الاغتياى لدفع الضرر
- ٤٥٠ ..... جواز الاغتياى بذكر الأوصاف الظاهره
- ٤٥١ ..... حرمة استماع الغيبه
- ٤٥٥ ..... حرمة الغيبه لا تلازم حرمة استماعها
- ٤٥٧ ..... حرمة كون الإنسان ذا لسانين
- ٤٥٨ ..... حقوق الاخوان
- ٤٦٢ ..... حرمة القمار
- ٤٦٢ ..... اشاره
- ٤٦٣ ..... حرمة اللعب بالآلات المعده للقمار
- ٤٦٨ ..... حرمة المراهنه على اللعب
- ٤٧٣ ..... حكم المسابقه بغير رهان
- ٤٧٥ ..... حرمة القيادة
- ٤٧٦ ..... حرمة إتيان القائف
- ٤٧٩ ..... حرمة الكذب
- ٤٧٩ ..... اشاره
- ٤٧٩ ..... الكذب من الكبائر
- ٤٨٣ ..... حرمة الكذب فى الهزل و الجد

٤٨٤	بيان حقيقه الوعد و اقسامه
٤٨٦	خلف الوعد
٤٨٨	خروج المبالغه عن الكذب موضوعا
٤٨٩	خروج التوريه عن الكذب
٤٩٥	رفع غشاوه
٤٩٧	مسوغات الكذب
٤٩٧	جواز الكذب لدفع الضروره
٥٠٤	تذليل
٥٠٥	الأقوال الصادره عن الأئمه (عليهم السلام) تقيه
٥٠٨	جواز الكذب لإرادته الإصلاح
٥١٠	حرمة الكهانه
٥١٠	اشاره
٥١٢	حرمة الرجوع الى الكاهن
٥١٢	حكم الاخبار عن الأمور المستقبليه
٥١٤	حرمة اللهو فى الجملة
٥١٤	اشاره
٥١٧	اللعب و اللغو
٥١٩	مدح من لا يستحق المدح
٥٢٠	حرمة معونه الظالمين
٥٢٠	اشاره
٥٢٢	حرمة إعانه الظالمين فى غير جهه ظلمهم
٥٢٤	حرمة النجش
٥٢٦	حرمة النميمه
٥٢٨	النياحه
٥٣٠	حرمة الولايه من قبل الجائر
٥٣٠	اشاره



- ٥٣١ ..... ما استثنى من حرمة الولاية -
- ٥٣١ ..... منها
- ٥٣٣ ..... أقسام الولاية من قبل الجائر
- ٥٣٧ ..... قبول الولاية من قبل الجائر مكرها
- ٥٣٨ ..... تنبيهات المسأله
- ٥٣٨ ..... حكم الإضرار بالناس مع الإكراه
- ٥٤٢ ..... جواز قبول الولاية من الجائر
- ٥٤٤ ..... حكم اعتبار العجز عن التفصى فى الإكراه
- ٥٤٦ ..... ان جواز الولاية عن الجائر
- ٥٤٧ ..... حرمة قتل المؤمن بالإكراه أو بالتقيه
- ٥٤٩ ..... ان المستحق للقتل قصاصا
- ٥٥٠ ..... حكم التقيه و الإكراه فى قتل المخالفين
- ٥٥٠ ..... حرمة هجاء المؤمن
- ٥٥٢ ..... حرمة الهجر
- ٥٥٣ ..... النوع الخامس:مما يحرم التكسب به أخذ الأجره على الواجبات
- ٥٥٣ ..... اشاره
- ٥٥٥ ..... مقدمه نافعه
- ٥٥٦ ..... ان صفه العباديه لا تنافى الإجاره
- ٥٦٢ ..... ان صفه الوجوب لا تنافى الإجاره
- ٥٦٧ ..... حقيقه النياه على العبادات
- ٥٧٠ ..... جواز أخذ الأجره على المستحبات
- ٥٧٠ ..... من كان أجيرا لغيره فى الطواف
- ٥٧٢ ..... حرمة أخذ الأجره على الأذان
- ٥٧٤ ..... أخذ الأجره على الشهاده
- ٥٧٦ ..... الارتزاق من بيت المال
- ٥٧٧ ..... خاتمه تشتمل على مسائل

الأولى بيع المصحف	٥٧٧
اشاره	٥٧٧
معنى حرمة بيع المصحف و شرائه	٥٨١
حكم بيع أبعاض المصحف	٥٨٣
بيع المصحف من الكافر	٥٨٤
الثانيه جوائز السلطان	٥٨٦
جواز أخذ المال منه مع الشك فى وجود الحرام فى أمواله	٥٨٦
جواز أخذ المال من الجائر	٥٨٨
اشاره	٥٨٨
ما استدل به على كراهه أخذ المال	٥٩٠
الأول: انه يحتتمل ان يكون المأخوذ منه حراما واقعا، لكن قام الدليل على جواز	٥٩٠
الوجه الثانى: الاخبار الكثيره الداله على حسن الاحتياط،	٥٩٠
الوجه الثالث: أن أخذ المال منهم يوجب محبتهم،	٥٩٢
الوجه الرابع: قوله «ع» فى روايه الفضل ١: (و الله لو لا اننى أرى من أزوجه بها من	٥٩٢
ما استدل به على رفع الكراهه	٥٩٣
فيما علم تفصيلا كون الجائزه محرمة	٦٠٠
اشاره	٦٠٠
رد المأخوذ من الجائر إلى أهله	٦٠٥
وجوب الفحص عن المالك	٦٠٦
لا يجوز إعطاء مجهول المالك لمن يدعيه	٦٠٩
مقدار الفحص عن المالك و كفيته	٦١٠
تنبيه	٦١١
ان اجره الفحص عن المالك	٦١٢
مصرف مجهول المالك	٦١٣
التصدق بمجهول المالك لا يوجب الضمان	٦١٩
فيما علم إجمالا اشتمال الجائزه	٦٢٣

- ٦٢٣ ..... اشاره
- ٦٢٥ ..... فرع
- ٦٢٥ ..... أخذ المال من الجائر
- ٦٢٦ ..... وظيفه الجائر فى نفسه
- ٦٢٧ ..... ما يأخذه الجائر من الناس
- ٦٢٧ ..... اشاره
- ٦٢٨ ..... ثم إن الكلام هنا يقع فى ثلاث نواحي:
- ٦٢٨ ..... الناحيه الأولى: إذا أخذ الجائر الحقوق المذكوره من المسلمين فهل تبرء دممهم عنها أم لا؟
- ٦٢٩ ..... لا يجوز للجائر أخذ الصدقات و المقاسمات
- ٦٣٠ ..... جواز أخذ الصدقات و المقاسمات
- ٦٣٤ ..... تنبيهات المسأله
- ٦٣٤ ..... لا يجوز للجائر قطاع شخص خاص شيئاً
- ٦٣٥ ..... شراء الصدقات من الجائر
- ٦٣٦ ..... حكم الأراضى الخراجيه حال الغيبه
- ٦٣٧ ..... حكم شراء ما يأخذه الجائر
- ٦٣٨ ..... اختصاص الحكم بالسultan المدعى للرئاسه العامه
- ٦٣٩ ..... عدم اختصاص الحكم بمن يعتقد
- ٦٣٩ ..... تقدير الخراج منوط برضى الموجر و المستأجر
- ٦٣٩ ..... شراء الصدقه من الجائر على
- ٦٤٠ ..... شرائط الأراضى الخراجيه
- ٦٤٠ ..... الشرط الأول: أن تكون
- ٦٤٣ ..... الشرط الثانى: أن يكون الفتح بإذن الإمام(عليه السلام)،
- ٦٤٥ ..... الشرط الثالث: أن تكون الأراضى المفتوحه محياه حال الفتح لتدخل فى الفنائم،
- ٦٤٨ ..... المجلد ٢: كتاب البيع
- ٦٤٨ ..... اشاره
- ٦٤٨ ..... كتاب البيع

- ٦٥٠ ..... المعاملات و حكمه البحث عن حقيقتها
- ٦٥٠ ..... المال و حقيقته
- ٦٥١ ..... الإضافه الحاصله بين المال و مالكه
- ٦٥٤ ..... الثمن و وجه اختصاصه بالنقود
- ٦٥٧ ..... المبيع و اختصاصه بالأعيان
- ٦٦٢ ..... بحث استطرادى فى تعريف الإجاره و مناقشته و جوابها
- ٦٦٣ ..... نظره فى بيع الكلى فى الذمه
- ٦٦٣ ..... ما هو المراد من العين التى نعتبرها فى المثلث؟
- ٦٦٤ ..... ثم إن بيع الكلى فى الذمه على قسمين:
- ٦٦٩ ..... البيع مبادله شىء من الأعيان بعوض فى جهه الإضافه
- ٦٦٩ ..... ما هو المراد من كلمه المبادله المأخوذه فى تعريف البيع؟
- ٦٧٣ ..... مفهوم المفاعله و عدم صدقه على البيع
- ٦٧٣ ..... ما هو مفهوم المفاعله، هل يصدق ذلك على البيع الذى هو تبديل شىء بشىء؟
- ٦٧٤ ..... رأى بعض مشايخنا المحققين فى معنى المفاعله و الجواب عنه
- ٦٧٦ ..... الإجاره و عدم استعمالها فى نقل العين
- ٦٧٨ ..... الثمن و جواز كونه من المنافع
- ٦٨٠ ..... عمل الحر و جواز وقوعه ثمنا فى البيع
- ٦٨٣ ..... نظره فى الحقوق
- ٦٨٣ ..... اشاره
- ٦٨٥ ..... أقسام الحقوق و أحكامها
- ٦٩١ ..... الملك و الحق و بيان الفارق بينهما
- ٦٩٢ ..... الحق و الحكم و عدم وجود الفارق بينهما
- ٦٩٥ ..... المجعول الشرعى و الشك فى أنه حق أو حكم
- ٦٩٧ ..... مفهوم الإنشاء و تعريفه
- ٦٩٩ ..... حقيقه البيع و تعريفه
- ٧٠٤ ..... أوهام حول تعريف البيع

- ٧٠٤ ..... اشارة
- ٧٠٤ ..... منها:
- ٧٠٤ ..... و من النقوض.
- ٧٠٧ ..... و من النقوض:
- ٧٠٧ ..... و من النقوض.
- ٧٠٩ ..... و من النقوض:
- ٧١١ ..... و من النقوض:٦-أنه إذا كان البيع تملك عين بمال انتقض طرده بالهبة المعوضه.
- ٧١٤ ..... و من النقوض:
- ٧١٨ ..... بحث في بعض معان البيع
- ٧١٨ ..... اشارة
- ٧١٨ ..... المعنى الأول:إنشاء التملك المتعقب بالقبول.
- ٧٢٢ ..... المعنى الثانى:الأثر الحاصل من الإيجاب و القبول،و هو الانتقال.
- ٧٢٣ ..... المعنى الثالث:نفس العقد المركب من الإيجاب و القبول.
- ٧٢٤ ..... ألفاظ المعاملات أسماء للأعم.
- ٧٢٨ ..... التمسك بالإطلاق فى المعاملات
- ٧٣٢ ..... الكلام فى المعاطاه
- ٧٣٢ ..... المعاطاه و حقيقتها
- ٧٣٤ ..... المعاطاه و بيان الأقوال فيها
- ٧٣٤ ..... اشارة
- ٧٣٤ ..... ١-اللزوم على وجه الإطلاق،سواء أ كان الدال على التراضى لفظاً،أم كان غيره.
- ٧٣٥ ..... ٢-اللزوم إذا كان الدال على التراضى أو على المعامله لفظاً
- ٧٣٦ ..... ٣-أن المعاطاه تفيد المملكه الجائزه و إنما تصير لازمه بذهاب إحدى
- ٧٣٦ ..... ٤-أن المعاطاه تفيد إباحه جميع التصرفات حتى التصرفات المتوقفه على الملك،
- ٧٣٧ ..... ٥-أنها تفيد إباحه جميع التصرفات إلا ما يتوقف على الملك،
- ٧٣٧ ..... ٦-أن المعاطاه معامله فاسده،
- ٧٣٧ ..... ٧-ما ذكره السيد فى حاشيته و إليك نص عبارته:

- ٧٣٧ ..... الأقوال في المعاطاه و مداركها -
- ٧٣٩ ..... ما استدل به على أن المعاطاه تفيد الملكية -
- ٧٥٢ ..... كلام بعض الأساطين حول المعاطاه لتأسيس قواعد جديده -
- ٧٥٢ ..... اشاره -
- ٧٥٣ ..... منها: -
- ٧٥٣ ..... اشاره -
- ٧٥٣ ..... و قد أجاب عنه المصنف بوجهين: -
- ٧٥٣ ..... الأول: أن تبعيه العقود للقصد فيما إذا دل الدليل على صحه العقد: -
- ٧٥٤ ..... الثاني: أن تخلف العقود عن القصد لا غرابه فيه. -
- ٧٥٤ ..... الأول: أنهم أطبقوا على أن عقد المعاوضه إذا كان فاسدا يؤثر في ضمان -
- ٧٥٤ ..... الثاني: أن الشرط الفاسد لا يفسد العقد المشروط به عند أكثر القدماء، -
- ٧٥٥ ..... الثالث: أنه إذا باع الإنسان ما يملكه مع ما لا يملكه: -
- ٧٥٥ ..... الرابع: بيع الغاصب المال المغصوب لنفسه. -
- ٧٥٦ ..... الخامس: أن العاقد إذا ترك ذكر الأجل في نكاح المتعه كان ذلك زواجا -
- ٧٥٧ ..... و من القواعد الجديده اللازمه على -
- ٧٥٨ ..... و من القواعد الجديده اللازمه على القول بالإباحه: ٣- أنه إذا قيل بأن المعاطاه-المقصود بها الملك-تفيد الإباحه لزمتم -
- ٧٥٨ ..... اشاره -
- ٧٥٨ ..... منها تعلق الخمس بما في يد أحد المتعاطيين، -
- ٧٥٩ ..... و منها أنه يعامل مع المأخوذ بالمعاطاه معاملة الملك، -
- ٧٥٩ ..... و منها أنه إذا باع أحد الشريكين حصته من غير شريكه بالبيع المعاطاتي تعلق به -
- ٧٥٩ ..... و منها: أن الربا يجرى في البيع المعاطاتي، -
- ٧٥٩ ..... و منها أنه لو كانت المعاطاه مفيده الإباحه لزم من ذلك أن يتصف الأخذ بالمعاطاه بصفه الفقر -
- ٧٦٤ ..... و من القواعد الجديده اللازمه على القول بالإباحه: -
- ٧٦٤ ..... و مما ذكره بعض الأساطين: -
- ٧٦٤ ..... اشاره -
- ٧٦٤ ..... الناحيه الأولى: كون التلف السماوى من جانب مملكا للجانب الآخر، -

- ٧٦٤ ..... الناحيه الثانيه:أنه إذا تلف أحد العوضين تلفا قهريا فان قلنا بأن من تلف المال عنده
- ٧٦٦ ..... الناحيه الثالثه:أنه إذا قلنا بأن المعاطاه تفيد الإباحه كان التلف من الجانبين معينا
- ٧٦٦ ..... الناحيه الرابعه:أنه إذا وضع الغاصب يده على المأخوذ بالمعاطاه أو تلف ذلك
- ٧٦٨ ..... و مما ذكره بعض الأساطين
- ٧٧٠ ..... و من القواعد الجديده اللزمه على القول بالإباحه:
- ٧٧١ ..... الاستدلال على لزوم المعاطاه بالأصل
- ٧٧١ ..... اشاره
- ٧٧١ ..... ١-أصالة اللزوم في الملك،
- ٧٧١ ..... اشاره
- ٧٧١ ..... الناحيه الأولى:أن المراد من استصحاب الملكيه في المقام هو الاستصحاب الشخصي،
- ٧٧٥ ..... الناحيه الثانيه:أنا لو سلمنا كون استصحاب الملكيه من الاستصحاب الكلى
- ٧٧٨ ..... الناحيه الثالثه:أنه إذا قلنا بعدم جريان الاستصحاب في القسم الثاني من
- ٧٨٣ ..... الاستدلال على لزوم المعاطاه بدليل السلطنه
- ٧٨٥ ..... الاستدلال على لزوم المعاطاه بحرمه التصرف في مال غيره
- ٧٨٧ ..... الاستدلال على لزوم المعاطاه بآيه التجاره عن تراض
- ٧٨٩ ..... الاستدلال على لزوم المعاطاه بدليل وجوب الوفاء بالشرط
- ٧٩٠ ..... الاستدلال على لزوم المعاطاه بدليل وجوب الوفاء بالعقد
- ٧٩١ ..... الاستدلال على لزوم المعاطاه بأدله خيار المجلس
- ٧٩١ ..... تتمه البحث عما يرجع الى لزوم المعاطاه
- ٧٩٤ ..... نظره في الاخبار المذكوره حول المعاطاه
- ٨٠٣ ..... تنبيهات المعاطاه
- ٨٠٣ ..... اعتبار شروط البيع فيها
- ٨٠٣ ..... اشاره
- ٨٠٣ ..... و تحقيق هذه المسأله يقع في نواحي شتى:
- ٨٠٤ ..... الناحيه الأولى:أن المعاطاه المقصود بها الإباحه هل تفيد إباحه التصرف في
- ٨٠٦ ..... الناحيه الثانيه:أنه إذا قصد المتعاطيان بالأخذ و الإعطاء التمليك و التملك،و لم

- ٨٠٨ ..... الناحيه الثالثه:أنا إذا قلنا بأن المعاطاه المقصود بها الملك تفيد الملكيه من أول
- ٨٠٩ ..... جريان الخيار فى المعاطاه
- ٨١٣ ..... بيان مورد المعاطاه
- ٨١٣ ..... اشاره
- ٨١٤ ..... الناحيه الاولى:أن يكون الغرض من الأخذ و الإعطاء مجرد الإباحه،
- ٨١٤ ..... الناحيه الثانيه:أن يكون الغرض من التعاطى هو التملك و التملك،
- ٨١٥ ..... الناحيه الثالثه:أن يقصد كل من المعطى و الآخذ التملك و التملك،
- ٨٢٠ ..... تمييز البائع عن المشتري فى البيع المعاطاتى
- ٨٢٣ ..... أقسام المعاطاه بحسب قصد المتعاطيين
- ٨٢٣ ..... اشاره
- ٨٢٤ ..... فاعلم انه قسم المصنف المعاطاه-بحسب قصد
- ٨٢٤ ..... ١-ان يقصد كل من المتعاطيين تملك ماله بمال الآخر
- ٨٢٤ ..... ٢-ان يقصد كل من المتعاطيين تملك ماله للآخر بإزاء تملك الآخر ماله إياه
- ٨٢٥ ..... ٣-أن يقصد البازل أولا إباحه ماله للآخر بإزاء أن يملك الآخذ ماله إياه
- ٨٢٥ ..... ٤-أن يقصد كل من المتعاطيين إباحه ماله للآخر بإزاء إباحه الآخر ماله إياه
- ٨٢٧ ..... لا بأس بالإذن فى التصرفات المتوقعه على الملك بوجوه شتى:
- ٨٢٧ ..... ١-ان يكون غرض المبيع من قوله:أبحث لك ان تبيع مالى لنفسك توكيل
- ٨٢٨ ..... ٢-أن يدل دليل خاص على كون مال المبيع ملكا للمباح له بمجرد الإباحه
- ٨٢٩ ..... ٣-ما أشار إليه فى آخر كلامه،و هو أن يكون ما نحن فيه من قبيل رجوع
- ٨٢٩ ..... يقع الكلام فى التصرفات المتوقعه على الملك فى ناحيتين:
- ٨٢٩ ..... الناحيه الاولى:أنه هل تشرع هذه التصرفات لغير المالك.
- ٨٣٠ ..... الناحيه الثانيه:أنه إذا قلنا بجواز التصرفات المتوقعه على الملك لغير المالك فهل
- ٨٣٤ ..... ثم إنه بقى هنا أمران،و يهمننا التعرض لهما:
- ٨٣٤ ..... الأمر الأول انه إذا قلنا بجواز
- ٨٣٤ ..... الأمر الثانى:أنه هل يحكم بضمن المعتق عنه للمالك إذا استدعى منه عتاق
- ٨٣٥ ..... بحث فى جهات



- ٨٣٥ ..... الجبهه الاولى:أنه قد يناقش فى إخراج المأخوذ بالمعاطاه فى ثمن الهدى
- ٨٣٥ ..... الجبهه الثانيه:أنه هل يجوز إخراج المأخوذ بالمعاطاه فى الخمس و الزكاه؟
- ٨٣٥ ..... الناحيه الاولى:أنه هل يجوز لأحد أن يعطى الخمس أو الزكاه المتعلقين بذمه
- ٨٣٦ ..... الناحيه الثانيه:أنه هل يجوز لمن تعلق الخمس أو الزكاه بماله أو بذمته أن يؤديهما
- ٨٣٦ ..... الجبهه الثالثه:انه قد التزم المصنف-على ما هو ظاهر كلامه-بالملكيه التقديرية
- ٨٣٧ ..... أقسام الإباحه المعوضه
- ٨٣٧ ..... الاولى:فى صحه الإباحه بالعوض،
- ٨٣٧ ..... الناحيه الثانيه:أنه إذا قلنا بكون الإباحه بالعوض معاوضه مستقله فهل يحكم
- ٨٣٩ ..... جريان المعاطاه فى جميع العقود و الإيقاعات
- ٨٣٩ ..... اشاره
- ٨٤٢ ..... ثم إنه وقع الخلاف بين الأصحاب رضوان الله عليهم فى جريان المعاطاه فى
- ٨٤٢ ..... ١-القرض حيث إنه و إن كان مقتضيا،إلا أن تأثيره مشروط بالقبض
- ٨٤٣ ..... ٢-الرهن حيث إن المعاطاه إما تنفيذ الإباحه المجرده،أو الملكيه الجائزه،
- ٨٤٣ ..... ٣-الوقف حيث إنه صدقه فى سبيل الله،فيكون لازما،
- ٨٤٤ ..... ملزمات المعاطاه
- ٨٤٤ ..... جريان الخيارات المصطلحه فى المعاطاه
- ٨٤٤ ..... اشاره
- ٨٤٤ ..... و قبل تحقيق ذلك لا بد و أن يعلم أن الخيار على ثلاثة أقسام:
- ٨٤٤ ..... ١-أن يثبت فيه بالاشتراط و الجعل
- ٨٤٧ ..... ٢-أن يثبت الخيار فى البيع بالشرط الضمنى حسب ما يقتضيه بناء العقلاء
- ٨٤٧ ..... ٣-أن يكون الخيار ثابتا فى البيع بالدليل الشرعى التعبدى
- ٨٧٠ ..... العقد الفاقد لبعض شرائط الصيغه هل يرجع الى المعاطاه أم لا
- ٨٧٤ ..... المجلد ٣:تتمه كتاب البيع
- ٨٧٤ ..... اشاره
- ٨٧٤ ..... اشاره
- ٨٧٧ ..... تتمه كتاب البيع

- ٨٧٨ ..... مقدمه فى خصوص ألفاظ عقد البيع
- ٨٧٨ ..... هل يعتبر اللفظ فى العقود؟
- ٨٨٠ ..... تحقيق المقام يقع فى نواحى شتى:
- ٨٨٠ ..... الناحيه الاولى: أن الأصل الأولى فى العقود و الإيقاعات هل يقتضى
- ٨٨٤ ..... الناحيه الثانيه: أنه لا شبهه فى أن مقتضى العمومات و المطلقات هو
- ٨٨٤ ..... اشاره
- ٨٨٤ ..... إشاره الأخرس و حكمها
- ٨٨٨ ..... الناحيه الثالثه: فى ماده الصيغه و هيئتها و ترتيبها-التي ينشأ بها العقد-
- ٨٨٨ ..... اشاره
- ٨٨٨ ..... الجئه الأولى فى ماده الصيغه.
- ٨٩٣ ..... بحث فى ألفاظ الإيجاب و فى الإنشاء بيعت
- ٨٩٣ ..... هل يجوز إنشاء البيع بشرى
- ٨٩٤ ..... هل يجوز إنشاء البيع بملك
- ٨٩٧ ..... هل يجوز إنشاء البيع باشرى
- ٩٠١ ..... ما هى ألفاظ القبول؟
- ٩٠٣ ..... الاختلاف فى تعيين الموجب و القابل
- ٩٠٨ ..... الجئه الثانيه فى هيئه الصيغه،
- ٩١١ ..... هل يعتبر علم المتكلم بمعنى الصيغه؟
- ٩١٣ ..... هل تعتبر الماضويه فى الإيجاب و القبول؟
- ٩١٧ ..... الجئه الثالثه فى الترتيب بين الإيجاب و القبول.
- ٩٢٤ ..... هل تعتبر الموالاه بين الإيجاب و القبول؟
- ٩٣١ ..... هل يعتبر التنجيز فى العقود؟
- ٩٣١ ..... اشاره
- ٩٣٥ ..... ما هو حكم التعليق فى العقود؟
- ٩٣٥ ..... اشاره
- ٩٣٩ ..... ما استدل به على بطلان التعليق فى العقود

- الوجه الأول: دعوى الإجماع على ذلك، ..... ٩٣٩
- الوجه الثاني: أن التعليق في العقود أمر غير معقول، ..... ٩٣٩
- الوجه الثالث: أن الظاهر من آية وجوب الوفاء بالعقد-كسائر الخطابات ..... ٩٤٠
- الوجه الرابع: أن أسباب العقود والإيقاعات أمور توقيفيه، ..... ٩٤٢
- الوجه الخامس: ما ذكره شيخنا الأستاذ ..... ٩٤٢
- هل يعتبر التطابق بين الإيجاب والقبول؟ ..... ٩٤٤
- اشاره ..... ٩٤٤
- ١- أن يكون ذلك من ناحيه عنوان المعامله: ..... ٩٤٤
- ٢-التطابق بين الإيجاب والقبول من ناحيه المبيع: ..... ٩٤٤
- ٣-التطابق بين الإيجاب والقبول من ناحيه البائع والمشتري، ..... ٩٤٤
- ٤-التطابق بين الإيجاب والقبول من ناحيه الشروط المذكوره في العقد ..... ٩٤٤
- ٥-التطابق بين الإيجاب والقبول في أجزاء المبيع والتمن، ..... ٩٤٤
- هل يجوز الإنشاء لأحد المتعاقدين ..... ٩٤٧
- اشاره ..... ٩٤٧
- بحث استطرادى في حقوق الرضاء ..... ٩٤٩
- بحث في اختلاف المتعاقدين في شروط العقد ..... ٩٥٢
- بحث في المقبوض بالعقد الفاسد و فروعه ..... ٩٥٨
- اشاره ..... ٩٥٨
- ما هو مدرک الضمان في قاعده ما يضمن؟ ..... ٩٦٠
- اشاره ..... ٩٦٠
- ١-النبوى المعروف: ..... ٩٦٠
- ٢-الروايات الداله على أن الأمه المبتاعه إذا وجدت مسروقه ..... ٩٦٢
- ٣-الروايات الداله على عدم حليه مال امرئ مسلم إلا بطيب نفسه، ..... ٩٦٣
- ٤-قوله(عليه السلام)(حرمه ماله:-أى المؤمن-كحرمه دمه ١ ..... ٩٦٤
- ٥-ما ورد في جمله من الروايات أنه: لا يصلح ذهاب حق أحد ..... ٩٦٥
- ٦-الروايات الداله على نفي الحكم الضررى في الشريعة المقدسه ..... ٩٦٦

- ٧-قاعده الإقدام التي ذكرها الشيخ في المبسوط، ..... ٩٦٨
- بحث في بعض الأعمال المضمونه ..... ٩٧١
- هل يفرق في الضمان بين علم الدافع و جهله؟ ..... ٩٧٢
- هل تضمن العين المستأجره في الإجاره؟ ..... ٩٧٤
- ثم أنه يشكل اطراد القاعده في موارد ..... ٩٧٧
- هل تنتقض القاعده بالصيد الذي ..... ٩٧٧
- هل تنتقض القاعده بالبيع الفاسد؟ ..... ٩٨٠
- هل تنتقض القاعده بحمل المبيع فاسدا؟ ..... ٩٨٣
- هل تنتقض القاعده بالشركه الفاسده؟ ..... ٩٨٤
- هل ينتقض أصل القاعده بالنكاح الفاسد؟ ..... ٩٨٤
- ما هو المدرك لعكس القاعده؟ ..... ٩٨٥
- هل يجوز التصرف في المقبوض ..... ٩٨٧
- اشاره ..... ٩٨٧
- الجهه الأولى:أنه هل يجوز التصرف في المقبوض بالعقد المعاوضى ..... ٩٨٧
- الجهه الثانيه:أن حرمه التصرف في المقبوض بالعقد الفاسد هل تشمل ..... ٩٩١
- الجهه الثالثه:أنه إذا بنينا على عدم جواز التصرف في المقبوض بالعقد ..... ٩٩٣
- الجهه الرابعه:أنه إذا وجب رد المقبوض بالعقد الفاسد إلى مالكه ..... ٩٩٧
- الجهه الخامسه:أنا إذا بنينا على أن الواجب على القابض هو التخليه بين ..... ٩٩٨
- ما هو حكم المنافع المستوفاه؟ ..... ١٠٠٠
- اشاره ..... ١٠٠٠
- فنقول:إنه قد استدل على الضمان بوجوده شتى. .... ١٠٠٠
- ١-النبوى المعروف: ..... ١٠٠٠
- ٢-قوله(عليه السلام):حرمه ماله-أى المؤمن-كحرمه دمه ..... ١٠٠٢
- ٣-الروايات الداله على عدم حليه مال امرئ مسلم الا بطيب نفسه، ..... ١٠٠٢
- ٤-قاعده نفي الضرر، ..... ١٠٠٣
- نعم يمكن الاستدلال على الضمان-هنا-بأمرين: ..... ١٠٠٣

- ١-السيره القطعيه العقلانيه، ..... ١٠٠٣
- ٢-قاعده من أئلف مال غيره فهو له ضامن. .... ١٠٠٤
- ما استدل به على عدم ضمان ..... ١٠٠٦
- ما هو حكم المنافع غير المستوفاه؟ ..... ١٠٠٩
- فاعلم أنه ذهب جمع من الأصحاب إلى ضمان ..... ١٠١٢
- ١-حديث ضمان اليد، ..... ١٠١٢
- ٢-قوله عجل الله فرجه:(فلا يحل لأحد أن يتصرف في مال غيره ..... ١٠١٤
- ٣-قوله(عليه السلام)في جملة من الروايات :حرمه ماله(أى المؤمن)..... ١٠١٥
- ٤-قاعده نفي الضرر، ..... ١٠١٥
- ٥-قاعده من أئلف، ..... ١٠١٦
- ٦-الإجماع، ..... ١٠١٦
- ما هو الدليل على ضمان المثل ..... ١٠١٨
- اشاره ..... ١٠١٨
- فقد استدل على ضمان المثل فى المثلئ و ضمان القيمه فى القيمي ..... ١٠١٩
- ١-قوله(صلى الله عليه و آله)على اليد ما أخذت حتى تؤديه . ..... ١٠١٩
- ٢-ما دل على احترام مال المؤمن،و أن حرمه ماله كحرمه دمه ..... ١٠٢٠
- ٣-الروايات الداله على أن الأمه المبتاعه إذا وجدت مسروقه ..... ١٠٢٠
- ٤-دعوى الإجماع على ضمان المثل فى المثلئ،و على ضمان القيمه فى القيمي ..... ١٠٢٠
- ٥-قوله تعالى فَمَنْ اغْتَدَى عَلَيْكُمْ فَأَعْتَدُوا عَلَيْهِ بِمِثْلِ مَا اغْتَدَى عَلَيْكُمْ ..... ١٠٢١
- ما هو الفارق بين المثلئ و القيمي ..... ١٠٢٤
- ما هو الضابط فيما شك فى كونه مثليا أو قيميا؟ ..... ١٠٢٦
- هل يجب شراء المثل مع قلته و زياده قيمته؟ ..... ١٠٣٤
- ما هو حكم تعذر المثل؟ ..... ١٠٣٧
- اشاره ..... ١٠٣٧
- هل يجوز للضامن إجبار المالك ..... ١٠٣٩
- هل يجوز للمالك إجبار الضامن ..... ١٠٣٩

- ١٠٤٠ ..... ما هو المنط في صدق التعذر و الإعواز؟
- ١٠٤٢ ..... ما هو حكم سقوط العين عن الماليه؟
- ١٠٤٣ ..... ما هو حكم التمكّن من المثل بعد تعذره؟
- ١٠٤٥ ..... هل يضمن القيمي التالف بالقيمه؟
- ١٠٤٥ ..... اشارة
- ١٠٤٩ ..... ما هو الملاك في تعيين القيمه في القيمي
- ١٠٥٨ ..... ما نوقش به على الاستدلال بالصحيحه
- ١٠٥٨ ..... ١- أنه لو كان المنط في الضمان هو قيمه يوم المخالفه و الغصب
- ١٠٥٩ ..... ٢- أنه قال أبو ولاد:قلت:(فإن أصاب البغل كسر أو دبر أو غمز
- ١٠٦٢ ..... ٣- أنه سأل أبو ولاد الامام(عليه السلام)عن المقوم الذي يعرف تفاوت ما
- ١٠٦٥ ..... ما استدل به على الضمان بأعلى القيم
- ١٠٦٥ ..... ١- ما عن الشهيد الثاني من الاستشهاد بالصحيحه المتقدمه على ذلك.
- ١٠٦٦ ..... ٢- أن الغاصب إذا وضع يده على المغصوب اشتغلت ذمته به،
- ١٠٦٧ ..... ٣- أن العين المغصوبه مضمونه على الغاصب بقاعده ضمان اليد،
- ١٠٦٧ ..... ٤- أن العين المغصوبه بنفسها مضمونه على الغاصب من ابتداء اغتصابها
- ١٠٦٨ ..... ٥- ما أفاده المصنف،
- ١٠٦٩ ..... ٦- ما ذكره المحقق الايرواني،
- ١٠٦٩ ..... ٧- أن العين مضمونه على الغاصب في جميع أوقات الغصب التي منها
- ١٠٧٣ ..... ختام البحث في القيمي
- ١٠٧٦ ..... ما استدل به على ثبوت بدل الحيلوله
- ١٠٧٧ ..... ١- ما هو الدليل على الالتزام ببديل الحيلوله عند تعذر الوصول إلى العين؟
- ١٠٧٧ ..... الوجه الأول:قاعده نفى الضرر،
- ١٠٧٨ ..... الوجه الثاني:قوله(صلى الله عليه و آله):إن الناس مسلطون على أموالهم .
- ١٠٧٩ ..... الوجه الثالث:قاعده الضمان بالإتلاف،
- ١٠٨٠ ..... الوجه الرابع:قوله(صلى الله عليه و آله):على اليد ما أخذت حتى تؤديه،
- ١٠٨٢ ..... الوجه الخامس:دعوى الإجماع على ثبوت بدل الحيلوله مع تعذر وصول

- ٢- هل يقيد ثبوت بدل الحيلولة بما إذا حصل اليأس من الوصول إلى ..... ١٠٨٣
- ٣- هل يعتبر التعذر العقلي في ثبوت بدل الحيلولة، أم لا؟ ..... ١٠٨٤
- ٤- ما هو شأن القيمه مع تعذر الوصول الى العين، و هل للضامن إجبار ..... ١٠٨٥
- ٥- ما هو حكم البديل المبذول فهل يكون ذلك ملكا لمالك العين أم لا؟ ..... ١٠٨٦
- ٦- هل تنتقل العين الى الضامن بإعطاء البديل أم لا؟ ..... ١٠٨٩
- بحث في فروع مهمه ..... ١٠٩١
- ١- أنه إذا توضح أحد غفله بماء مغصوب، أو مقبوض بالعقد الفاسد. .... ١٠٩١
- ٢- أنه إذا غصب أحد خمرا محترمه لغيره، أو غصب دابه، و ماتت ..... ١٠٩١
- ٣- أنه إذا خاط أحد ثوبه بخيوط مغصوبه، ..... ١٠٩١
- ٤- أنه لو غصب أحد دهنا و خلطه بطعامه ..... ١٠٩٢
- خلاصه البحث في بدل الحيلولة ..... ١٠٩٢
- ٧- لو تمكن الغاصب من العين المغصوبه بعد أداء بدلها لمالكها فهل يجوز ..... ١٠٩٤
- ٨- ما هو حكم ارتفاع القيمه السوقيه بعد أداء البديل؟ ..... ١٠٩٤
- بحث في أسباب الضمان ..... ١٠٩٥
- بحث في حق الاختصاص و وجه ثبوته ..... ١٠٩٧
- و تحقيق البحث هنا يقع في نواحي شتى: ..... ١٠٩٨
- الناحيه الأولى: فيما استدل به على منشأ حق الاختصاص. .... ١٠٩٨
- الوجه الأول: أن حق الاختصاص سلطنه خاصه في الأموال في عرض ..... ١٠٩٨
- الوجه الثاني: أن حق الاختصاص مرتبه ضعيفه من الملكيه، ..... ١٠٩٨
- الوجه الثالث: أنه ثبت في الشريعه المقدسه حرمة التصرف في مال ..... ١٠٩٩
- الوجه الرابع: دعوى الإجماع على بقاء حق الاختصاص في الأعيان ..... ١١٠٠
- الوجه الخامس: دلالة المرسله المعروفه بين الفقهاء (من حاز ملك) و قوله (صلى الله عليه و آله) ..... ١١٠٠
- الناحيه الثانيه: أنه إذا أخذ الغاصب مال غيره، ثم أخرجه عن صورته ..... ١١٠٢
- الناحيه الثالثه: أنك قد عرفت قريبا ثبوت حق الاختصاص في العين ..... ١١٠٣
- ٩- هل الغرامه المدفوعه تعود الى الغارم بمجرد طرو التمكن؟ ..... ١١٠٤
- ختام البحث في بدل الحيلولة ..... ١١٠٦

- الكلام في شروط المتعاقدين ----- ١١٠٧
- البحث حول الصبي و أحكامه ----- ١١٠٧
- نقل الأقوال حول تصرفات الصبي ----- ١١٠٧
- بحث في إسلام الصبي ----- ١١٠٨
- هل تصح عبادات الصبي؟ ----- ١١١٤
- اشاره ----- ١١١٤
- أما العبادات المستحبه ----- ١١١٤
- أما العبادات الواجبه ----- ١١١٥
- بحث في تصرفات الصبي مستقلا ----- ١١١٧
- اشاره ----- ١١١٧
- الجهه الأولى-في جواز تصرفاته في أمواله مستقلا على وجه الإطلاق ----- ١١١٧
- الجهه الثانيه-في جواز تصرفات الصبي في أمواله مستقلا مع إذن الولي ----- ١١٢٠
- الجهه الثالثه-في صحه مباشره الصبي العقود أو الإيقاعات في أمواله ----- ١١٢٠
- في الاستدلال بالروايات على عدم جواز ذلك و جوابه ----- ١١٢٠
- الطائفه الأولى:الروايات الداله على أن أمر الصبي لا ينفذ ----- ١١٢١
- الطائفه الثانيه:ما دل على رفع القلم عن الصبي حتى يحتلم. ----- ١١٢٣
- الطائفه الثالثه:ما دل على أن عمد الصبي و خطأه واحد، ----- ١١٢٤
- بحث في ذيل روايه أبي البخترى ----- ١١٢٩
- الجهه الرابعه:في جواز كونه وكيلا عن غيره في عقد أو إيقاع ----- ١١٣١
- هل يؤخذ الصبي بإتلافه مال الغير؟ ----- ١١٣٤
- هل ترفع تعزيرات الصبيان ----- ١١٣٥
- ما هو حكم فعل الصبي المعتبر فيه ----- ١١٣٦
- هل يصح قبض الصبي؟ ----- ١١٣٧
- قد وقع الخلاف بين الأصحاب في نفوذ أمر الصبي في مواضع شتى: ----- ١١٣٩
- ١-الوصيه. ----- ١١٣٩
- هل يتبع قول الصبي في الاذن ----- ١١٤٠



- هل تنفذ معاملات الصبي في المحقرات؟ ..... ١١٤١
- هل يصح طلاق الصبي المميز؟ ..... ١١٤٤
- (مسألة و من جمله شرائط المتعاقدين قصدهما لمداول العقد الذى ..... ١١٤٨
- اشاره ..... ١١٤٨
- هل يعتبر تعيين المالك فى صحه البيع؟ ..... ١١٤٩
- اشاره ..... ١١٤٩
- أما الجهه الأولى المعامله بالأعيان الشخصيه ..... ١١٤٩
- أما الجهه الثانيه المعامله بالأموال الكليه ..... ١١٥٠
- هل يعتبر فى العقود تعيين من له العقد؟ ..... ١١٥١
- اشاره ..... ١١٥١
- الجهه الاولى:فى أنه إذا كان من له العقد مقصودا للمتعاقدين،و لم ..... ١١٥٢
- الجهه الثانيه:أن يقصد الموجب وقوع العقد لشخص خاص،و قصد ..... ١١٥٢
- الجهه الثالثه:هل يجوز توجيه الإنشاء إلى المخاطب و قبوله لغيره مع عدم ..... ١١٥٣
- (مسألة و من شرائط المتعاقدين الاختيار). ..... ١١٥٤
- اشاره ..... ١١٥٤
- هل المكره قاصد الى اللفظ دون المعنى؟ ..... ١١٥٦
- ما استدل به على بطلان بيع المكره ..... ١١٦٠
- اشاره ..... ١١٦٠
- الوجه الأول:الإجماع. .... ١١٦٠
- الوجه الثانى:قوله تعالى لا تَأْكُلُوا أَمْوَالَكُمْ بَيْنَكُمْ بِالْبَاطِلِ إِلَّا أَنْ تَكُونَ تِجَارَةً عَنْ تَرَاضٍ ..... ١١٦٠
- الوجه الثالث:مما استدل به على فساد بيع المكره-الروايات ..... ١١٦٤
- الوجه الرابع:الروايات ٣الداله على بطلان طلاق المكره و عتاقه ..... ١١٦٤
- الوجه الخامس:ما دل ٢على رفع الإكراه فى الشريعة المقدسه. .... ١١٦٤
- بقى هنا أمران يحسن بنا التعرض لهما: ..... ١١٦٦
- الأول:أنه قد يتوهم أنه إذا ثبت بطلان بيع المكره من جهه حديث ..... ١١٦٦
- الثانى:أن حديث الرفع انما يدل على بطلان عقد المكره فيما إذا كان ..... ١١٦٦

- هل يعتبر في الإكراه وجود حامل ..... ١١٤٨
- هل يعتبر في تحقق الإكراه الوعيد ..... ١١٧٠
- هل يعتبر في الإكراه العلم بترتب الضرر ..... ١١٧١
- هل يعتبر في الإكراه عدم إمكان ..... ١١٧٣
- بحث في الإكراه على أحد الأمرين ..... ١١٨١
- بحث في الإكراه على أحد الأمرين الطوليين ..... ١١٨٧
- ما هو حكم الإكراه على ترك احد ..... ١١٨٩
- ما هو حكم إكراه أحد الشخصين ..... ١١٩١
- بحث في بيان متعلق الإكراه ..... ١١٩٣
- بحث في الإكراه على بيع عبد من عبيد ..... ١١٩٥
- بحث فيما ذكره العلامة في التحرير ..... ١١٩٩
- هل يصح عقد المكروه بالرضاء المتأخر؟ ..... ١٢٠٣
- بحث في أن الرضاء المتأخر كاشف ..... ١٢١٠
- و من شروط المتعاقدين إذن السيد لو كان العاقد عبدا ..... ١٢١٣
- اشاره ..... ١٢١٣
- (فرع لو أمر العبد أمر أن يشتري نفسه من مولاه فباعه ..... ١٢٢٥
- المجلد ٤:تتمه كتاب البيع ..... ١٢٢٧
- اشاره ..... ١٢٢٧
- تتمه كتاب البيع ..... ١٢٢٧
- تتمه الكلام في شروط المتعاقدين ..... ١٢٢٩
- اشاره ..... ١٢٢٩
- قوله مسأله:و من شروط المتعاقدين ان يكونا مالكين أو ..... ١٢٢٩
- اشاره ..... ١٢٢٩
- قبل التعرض لحكم العقود الفضوليه يحسن بنا ان نتعرض لأمرين ..... ١٢٣٠
- الأول:إذا قلنا بصحة العقود الفضوليه فهل يمكن ان يحكم ..... ١٢٣٠
- الأمر الثاني:انه هل يخرج العقد من عنوان الفضولى ..... ١٢٣٢

- ذهب المصنف إلى الأول و حكم بعدم توقيفه على الإجازة - - - - - ١٢٣٢
- و استدل على رايه هذا بوجوه: - - - - - ١٢٣٢
- الأول: ان هذه المعامله مشموله لآيتي وجوب الوفاء بالعقد - - - - - ١٢٣٢
- الوجه الثاني: ما دل على حرمه مال امرء مسلم الا بطيبه - - - - - ١٢٣٣
- الوجه الثالث ما دل على ان علم المولى بنكاح العبد و سكوته إقرار منه بذلك - - - - - ١٢٣٣
- ثم انه ذهب شيخنا الأستاذ الى عدم خروج العقد بالرضاء - - - - - ١٢٣٧
- يقع البحث هنا في مسائل ثلاث: - - - - - ١٢٤٢
- اشاره - - - - - ١٢٤٢
- أما المسأله الاولى ان يبيع الفضولي للمالك - - - - - ١٢٤٢
- و قد استدل على القول بصحه البيع الفضولي مع توقيفه على - - - - - ١٢٤٥
- الأول العمومات و المطلقات الداله على صحه العقود - - - - - ١٢٤٥
- الوجه الثاني روايه عروه ١ - - - - - ١٢٤٩
- الوجه الثالث: صحيحه محمد بن قيس - - - - - ١٢٥٣
- و قد نوقش في الاستدلال بها على ذلك من وجوه شتى: - - - - - ١٢٥٣
- المناقشه الاولى: ان القائلين بصحه عقد الفضولي قد التزموا بصحه - - - - - ١٢٥٤
- المناقشه الثانيه: ان الامام(عليه السلام) قد حكم للسيد الأول بأخذ - - - - - ١٢٥٧
- و قد أجيب عن هذه المناقشه بوجهين - - - - - ١٢٥٧
- الوجه الأول، انه لا - - - - - ١٢٥٧
- الوجه الثاني: ان الولد و ان كان حرا و لكن أخذه السيد - - - - - ١٢٥٧
- المناقشه الثالثه: انه قد حكم الامام عليه السلام للمشتري - - - - - ١٢٥٨
- الوجه الرابع: انه قد دلت النصوص المعبر و الإجماعات - - - - - ١٢٦١
- الوجه الخامس الروايات الداله على صحه نكاح العقد الواقع - - - - - ١٢٦٨
- الأول من ناحيه الفحوى و الأولويه المستفاد من مجموع تلك - - - - - ١٢٦٨
- الثاني: من ناحيه عموم التعليل المذكور في الخبرين - - - - - ١٢٦٩
- الوجه السادس: الروايات الواردة في إباحه المناكح - - - - - ١٢٧٢
- الوجه السابع: الروايات الواردة في عامل مال المضاربه - - - - - ١٢٧٥

- الوجه الثامن:الأخبار الواردة في الاتجار بمال اليتيم ..... ١٢٨٣
- الوجه التاسع:روايه موسى بن أشيم ١ ..... ١٢٨٨
- الوجه العاشر:حسنه الحلبي ١ ..... ١٢٩٦
- الوجه الحادي عشر:روايه عبد الرحمن بن أبي عبد الله ..... ١٣٠٠
- و حاصل كلامه أن في الروايه احتمالات شتى: ..... ١٣٠٠
- الأول:أن يراد من الشراء شراء السمسار لنفسه، ..... ١٣٠٠
- الثاني:أن يكون الشراء لصاحب الورق ..... ١٣٠١
- الثالث:أن يكون الشراء أيضا لصاحب الورق و لكن لا يكون ..... ١٣٠١
- الوجه الثاني عشر:ما ورد في استرباح الودعي الجاحد للوديعة ..... ١٣٠٢
- الوجه الثالث عشر:ما ورد من التصدق بمجهول المالك ..... ١٣٠٣
- و قد استدل على بطلان بيع الفضولي و عدم صحته بالإجازة ..... ١٣٠٤
- الأول الكتاب ..... ١٣٠٤
- و ..... ١٣٠٤
- الأول انها قد دلت على انحصار أكل مال الناس بالتجاره ..... ١٣٠٤
- الوجه الثاني:سياق التحديد ..... ١٣٠٤
- الثاني السنه فهي أخبار كثيره ..... ١٣١٢
- منها النبوى المروى مستفيضا من ..... ١٣١٢
- و منها صحيحه محمد بن القاسم بن الفضيل ..... ١٣٢١
- و منها روايه الاحتجاج فإنه قد ذكر فيها الضيعه لا يجوز ..... ١٣٢٢
- و منها صحيحه محمد بن مسلم ..... ١٣٢٣
- و منها الروايات الداله على عدم جواز شراء السرقة و الخيانه ..... ١٣٢٤
- و منها ما رواه الشيخ في المجالس ..... ١٣٢٤
- قوله:الثالث الإجماع على البطلان. ..... ١٣٢٧
- قوله:الرابع ما دل من العقل و النقل على عدم جواز، ..... ١٣٢٨
- و بيانه يحتاج الى مقدمات: ..... ١٣٢٨
- الاولى ..... ١٣٢٨

- الثانيه:ان الفضولى متصرف فى مال الغير بالعقد عليه ..... ١٣٢٨
- الثالثه:أن التصرف فى مال الغير حرام ..... ١٣٢٨
- و قد يستدل على بطلان بيع الفضولى بأنه انما حكم ببطلان ..... ١٣٣٠
- قوله المسأله الثانيه أن يسبقه منع المالك. .... ١٣٣١
- اشاره ..... ١٣٣١
- ثم انه يقع البحث هنا فى جهتين ..... ١٣٣٢
- اما الجهه الأولى، أى وجود المقتضى على صحه عقد الفضولى ..... ١٣٣٣
- اما الجهه الثانيه وجود المانع على بطلان العقد ..... ١٣٣٥
- اما الفرع الذى حكاه المصنف عن بعض من أنه إذا حلف الموكل على نفي الإذن إلخ، ..... ١٣٣٦
- قوله:المسأله الثالثه أن يبيع الفضولى لنفسه ..... ١٣٣٨
- اشاره ..... ١٣٣٨
- ثم انه يقع الكلام هنا أيضا فى جهتين ..... ١٣٣٩
- الاولى:فى وجود المقتضى لصحه البيع و عدمه، ..... ١٣٣٩
- اما الجهه الثانيه، أى وجود المانع لصحه البيع و عدمه ..... ١٣٤٠
- الأول أنه مع علم البائع بكون المبيع لغيره لا يتمكن من قصد ..... ١٣٤٠
- الوجه الثاني:ان الفضولى لم يقصد الا البيع لنفسه ..... ١٣٤٢
- بقى هنا أمران ..... ١٣٤٧
- الأمر الأول جريان الفضولى فى بيع الكلى ..... ١٣٤٧
- اشاره ..... ١٣٤٧
- و هنا مسألتان ..... ١٣٤٨
- اما المسأله الاولى، فى وقوع البيع للعاقده مطلقا ..... ١٣٤٨
- و اما المسأله الثانيه أعنى صحه المعامله فيما جمع بين المتنافيين ..... ١٣٥٢
- الأمر الثانى (جريان الفضولى فى المعاطاه). ..... ١٣٥٥
- اشاره ..... ١٣٥٥
- الوجه الأول فى جريان بيع الفضولى فى المعاطاه مطلقا ..... ١٣٥٥
- الوجه الثانى الذى استدل به على عدم جريان الفضوليه فى المعاطاه ..... ١٣٥٦

- الوجه الثالث ان العقد الفضولي آتما ثبت جوازه على ١٣٥٧
- الوجه الرابع ما ذكره شيخنا الأستاذ و اختاره. ١٣٥٨
- (الإجازة و الرد في المعامله الفضوليه) ١٣٦٠
- قوله(ره)اما الكلام في الإجازة. ١٣٦٠
- اشاره ١٣٦٠
- و آتما الكلام في طريق ١٣٦٠
- الأول:ان يقال بالكشف الحقيقي بمعنى ان الملكيه إتما ١٣٦٠
- الأول:ان يقال:ان المؤثر التام في المعامله الفضوليه ١٣٦٠
- و الثاني مقابل القول الأول،و هو ان تكون الإجازة من جمله ١٣٦٢
- الثالث:ان يكون المؤثر في الأمر المتقدم هو وصف التعقب ١٣٦٤
- ثم ان هنا وجهها رابعا نقله شيخنا الأستاذ عن المحقق الرشتي ١٣٦٥
- الوجه الثاني من طرق الكشف الحقيقي أيضا ما أشار إليه المحقق ١٣٦٥
- و قد أورد عليه العلامة الأنصاري و تبعه جمله من الاعلام و ١٣٦٦
- الأول:ان المنشأ عباره عن مضمون العقد من الملكيه في ١٣٦٦
- الإشكال الثاني:انه سألنا كون مضمون العقد هو النقل من ١٣٦٨
- و اما الكشف الحكمي ١٣٨٠
- (في ثمره النقل و الكشف) ١٣٨١
- و الحاصل ان الكلام في بيان ثمره القول بالكشف أو النقل ١٣٨٣
- اما الجبهه الاولى في بيان الأحكام الخارجيه الشرعيه المترتبه على تصرفات ١٣٨٣
- و اما الجبهه الثانيه فهى في حكم تصرفات مالك المجيز في ١٣٨٦
- (الجبهه الثالثه في حكم التصرف) ١٣٩٢
- الجبهه الرابعه في ما يرجع الى تصرفات ما انتقل اليه المال ١٣٩٥
- في بيان ما ذكروا للثمره بين الكشف و النقل ١٣٩٦
- منها النماء ١٣٩٦
- و منها ان فسخ الأصل لإنشائه قبل اجازة الآخر. ١٣٩٨
- و اما على القول بالنقل ١٣٩٨

- و اما على القول بالكشف، ..... ١٤٠٢
- الاولى فى جواز فسخ الأصل منهما و عدمه أى تأثيره و عدم ..... ١٤٠٢
- الجهه الثانيه:فى انه على القول بعدم تأثير الفسخ فيه ..... ١٤٠٣
- فى عدم جواز إعدام المنذور ..... ١٤٠٨
- تاره يقع الكلام فى الحكم التكليفى ..... ١٤٠٩
- و اما الحكم الوضعى أعنى صحه التصرفات فى المنذور. .... ١٤١٠
- ثم أنّ بعض المتأخرين ذكر ثمرات آخر. .... ١٤١٢
- الأول:أنه لو مات أحد طرفى العقد من البائع أو المشتري ..... ١٤١٢
- الثمره الثانيه ان يعرض الكفر على أحدهما أو كلاهما - ..... ١٤١٦
- الثمره الثالثه ما انسلخت قابليه المنقول بتلف و نحوه ..... ١٤١٩
- و ينبغى التنبيه على أمور. .... ١٤٣٠
- الأول أنّ النزاع فى باب الفضولى فى أنّ الإجازة ..... ١٤٣٠
- الثانى:أنه يشترط فى الإجازة ان يكون باللفظ الدال ..... ١٤٣٣
- الثالث من شروط الإجازة ان لا يسبقها الرد. .... ١٤٣٩
- الأول:قام الإجماع على ذلك. .... ١٤٣٩
- الوجه الثانى:أنّ الرد ممّا يوجب انحلال العقد و انعدامه ..... ١٤٣٩
- الثالث:أنّ دليل السلطنه و هو يقتضى سلطنه المالك على ..... ١٤٤٢
- ثم بقى هنا أمران. .... ١٤٤٦
- الأول:أنه قيل أنّ إثبات جواز الرد بدليل السلطنه يوجب ..... ١٤٤٦
- الثانى:أنه ذكر شيخنا الأنصارى بعد دعوى ظهور الصحيحه ..... ١٤٤٦
- الرابع الإجازة أثر من آثار سلطنه المالك على ماله. .... ١٤٤٨
- الخامس اجازة البيع ليست اجازة لقبض الثمن و لا لإقباض المبيع. .... ١٤٥٠
- السادس الإجازة ليست على الفور للعمومات. .... ١٤٥٥
- السابع هل يعتبر فى صحه الإجازة مطابقتها للعقد ..... ١٤٥٦
- قوله:و اما القول فى المجيز فاستقصاؤه يتم ببيان أمور. .... ١٤٧١
- اشاره ..... ١٤٧١

- ١٤٧٢ ----- انّ الكلام هنا أى فى شرائط المجيز
- ١٤٧٣ ----- الأولى:انهم ذكروا من شرائط المجيز أن يكون جائز التصرف
- ١٤٧٣ ----- المسأله الثانيه:ان يكون موجودا حال العقد
- ١٤٧٣ ----- ثم انّ هذا الشرط يتصور على وجوه.
- ١٤٧٣ ----- الأول ان يكون المراد من اشتراط وجود مجيز حال العقد وجود
- ١٤٧٣ ----- الثاني
- ١٤٧٤ ----- الثالث:ان يكون المراد من ذلك التمكن الشرعى
- ١٤٧٧ ----- قوله الثالث لا يشترط فى المجيز كونه جائز التصرف حال العقد.
- ١٤٧٧ ----- الثالث ان يكون ذلك من جهه وجود المانع
- ١٤٨٥ ----- واما المسأله الأخرى فهى ما كان ذلك مستندا
- ١٤٨٦ ----- والحاصل انّ الكلام فى عدم كون المجيز جائز التصرف حال
- ١٤٨٦ ----- الاولى ان يبيع مال غيره لنفسه ثم ملكه فهل يصح البيع أم لا
- ١٤٨٧ ----- وقد استدل على البطلان بوجوه
- ١٤٨٧ ----- الأول الإشكال المتقدم فى بيع الغاصب و هو منحل الى وجوه
- ١٤٨٨ ----- الأول عدم تمشى القصد من الغاصب إلى حقيقه المعاوضه
- ١٤٨٩ ----- الثاني انّ الغاصب انّما قصد كون البيع لنفسه و عامل على
- ١٤٩٠ ----- الوجه الثالث:انّ الاخبار تدل على انّ بيع ما لا يملك حين
- ١٤٩١ ----- و لكن نقول فى اليوم انّ بيع مال الغير لنفسه يتصور على قسمين.
- ١٤٩١ ----- الأول ان يكون غرض البائع من ذلك بيع مال الغير فعلا ليشتري
- ١٤٩٢ ----- الثاني من صورتي بيع مال الغير لنفسه ثم يملكه ان يكون
- ١٤٩٣ ----- الإشكال الثاني على بطلان بيع مال الغير لنفسه
- ١٤٩٧ ----- الاشكال الثالث من إشكالات التستري
- ١٥٠٠ ----- الاشكال الرابع:انّ العقد الأول الذى أوقعه البائع الفضولى
- ١٥٠٥ ----- الاشكال الخامس:انه إذا كانت الإجازة المتأخره كاشفه عن
- ١٥٠٦ ----- الاشكال السادس:انّ بيع الأصيل ما له من البائع الفضولى
- ١٥٠٧ ----- الاشكال السابع:على بطلان بيع مال الغير لنفسه الأخبار



- المسأله الثانيه ان يبيع للمالك و يشتري ذلك من المالك قبل ..... ١٥١١
- قوله المسأله الثالثه: لو باع معتقدا لكونه غير جائز التصرف ..... ١٥١٨
- الصوره الأولى: ما إذا باع للمالك باعتقاد أنه غير جائز التصرف ..... ١٥١٨
- قوله الثانيه: ان يبيع لنفسه فانكشف كونه وليا. .... ١٥٢٠
- قوله(ره)الثالثه: ان يبيع عن المالك ثم ينكشف كونه مالكا. .... ١٥٢١
- قوله الرابعه ان يبيع لنفسه باعتقاد انه لغيره فانكشف أنه له. .... ١٥٢٧
- قوله و اما القول في المجاز. .... ١٥٢٩
- الأول ان العقد الفضولي ..... ١٥٢٩
- فرع لو باع شخص خلا لآخر ثم صار ذلك خمرا ثم انقلب إلى ..... ١٥٣٥
- الأمر الثاني في معرفه المجيز العقد المجاز و العلم بكونه واقعا ..... ١٥٣٦
- الاولى في أنه هل تصح- ..... ١٥٣٦
- و اما الجبهه الثانيه أعني إمكان تعلق الإجازة بالأمر المبهم ..... ١٥٣٧
- الأمر الثالث ان العقد المجاز اما أول عقد وقع على مال نفسه ..... ١٥٣٨
- قوله رحمه الله مسأله في أحكام الرد. .... ١٥٥١
- القول في تحقق الرد بالفعل و القول ..... ١٥٥١
- بقي الكلام في الرهن ..... ١٥٥٨
- قوله بقي الكلام في التصرفات الغير المنافيه لملك المشتري من ..... ١٥٦٢
- مسأله لو لم يجز المالك فان كان المبيع في يده ..... ١٥٦٥
- فهناك مسألتان ..... ١٥٦٨
- أما الاولى ان ..... ١٥٦٨
- و قد استدل على كون العين باقيه في ملك ..... ١٥٧٠
- الأول انه لم يحصل منه ما يوجب ..... ١٥٧٠
- الوجه الثاني ما أشار إليه بقوله و مجرد تسليطه عليه لو كان ..... ١٥٧٠
- الوجه الثالث ما أشار بقوله و لان الحكم بصحة البيع لو أجاز المالك ..... ١٥٧٠
- و هنا وجه رابع لشيخنا الأستاذ من أن التسليط لا يزيد على ..... ١٥٧١
- ثم بقي هنا أمور في كلام الشيخ قد ذكرها في ذيل المسأله ..... ١٥٧٦

- الأمر الأول ان مقتضى ما ذكرناه في وجه عدم الرجوع بالثمن ثبوت ..... ١٥٧٧
- الأمر الثاني انه لو أخذ البائع الثمن بنفسه من أن يسلطه ..... ١٥٧٧
- الأمر الثالث انه أفاد تحقق الضمان أيضا لو اشترط على البائع ..... ١٥٧٧
- الأمر الرابع انه لا فرق فيما ذكرناه من الضمان بينما يكون الثمن كلياً أو معيناً ..... ١٥٧٧
- قوله المسأله الثانيه ان المشتري إذا اغترم للمالك ..... ١٥٧٨
- بحث في تعاقب الأيدي ..... ١٥٩٥
- قوله لو باع الفضولي مال غيره مع مال نفسه. .... ١٦١٨
- اشاره ..... ١٦١٨
- و للكلام هنا جهات. .... ١٦١٩
- الاولى في أصل صحه البيع ..... ١٦١٩
- الجهه الثانيه في ثبوت الخيار للمشتري و عدمه ..... ١٦٢٣
- الجهه الثالثه في التقسيط و بسط الثمن الى اجزاء المبيع مع ..... ١٦٢٤
- قوله لو باع من له نصف الدار نصف تلك الدار. .... ١٦٢٨
- اشاره ..... ١٦٢٨
- و اما مسأله الطلاق ..... ١٦٣٧
- و اما مسأله الصلح ..... ١٦٣٧
- و اما مسأله الإقرار بالشريك الآخر ..... ١٦٣٧
- و اما مسأله الإقرار بالنسب بعد ثبوت القسمة و ثبوت حق كل ..... ١٦٣٩
- المجلد ٥: تتمه كتاب البيع ..... ١٦٤٥
- اشاره ..... ١٦٤٥
- تتمه كتاب البيع ..... ١٦٤٥
- تتمه و من شروط المتعاقدين أن يكونا مالكين أو مأذونين من المالك ..... ١٦٤٨
- اشاره ..... ١٦٤٨
- قوله:(مسأله: لو باع ما يقبل التملك و ما لا يقبله كالخمر و الخنزير صفقه ..... ١٦٤٩
- القول في أولياء التصرف ..... ١٦٥٤
- قوله(ره): يجوز للأب و الجدان يتصرفا في مال الطفل بالبيع و ..... ١٦٥٤

- ١٦٥٤ ..... لشاره
- ١٦٥٦ ..... ثم انه يقع الكلام فى جهات:
- ١٦٥٦ ..... الاولى:هل يعتبر العدالة فى الولى
- ١٦٥٩ ..... و أما الجهه الثانيه و هى اعتبار المصلحه فى تصرفات الولى
- ١٦٦٥ ..... الجهه الثالثه:فى انه إذ اعتبرنا عدم جعل الولايه لهما فى صوره
- ١٦٦٧ ..... الجهه الرابعه:بعد الفراغ عن اعتبار عدم المفسده فى تصرفات الأب
- ١٦٦٨ ..... و كان الكلام فى الجهه الثانيه فهى اعتبار المصلحه زائدا عن اعتبار
- ١٦٦٨ ..... الأول:دعوى الإجماع
- ١٦٦٩ ..... الثاني دعوى ان الحكمه فى جعل الولايه للأب و الجد ليس الآ جلب المنفعه للطفل و دفع الضرر عنه،
- ١٦٦٩ ..... الثالث:الآيه المباركه «و لا تَقْرُبُوا مَالَ الْيَتِيمِ إِلَّا بِالَّتِي هِيَ أَحْسَنُ»
- ١٦٧٢ ..... الجهه الخامسه:هل الحكم مختص بالجد الدانى أو يعم العالى أيضا؟
- ١٦٧٣ ..... الجهه السادسه:فى انه إذا فقد الأب فهل الحكم بولايه الأجداد
- ١٦٧٣ ..... و بالجمله ان الكلام فى الجد يقع فى جهات ثلاثه:
- ١٦٧٣ ..... الاولى:فى انه هل
- ١٦٧٤ ..... الجهه الثانيه:هل يختص ولايه الجد بحال حياه الأب أو ثبت له
- ١٦٧٧ ..... الجهه الثالثه:هل تختص الولايه بعد موت الأب بالجد الأدنى أو
- ١٦٧٨ ..... الكلام فى ولايه الفقيه
- ١٦٧٨ ..... ان للفقيه ثلاثه مناصب،
- ١٦٧٨ ..... أحدها الإفتاء فيما يحتاج اليه
- ١٦٧٨ ..... الثاني:الحكومه و القضاوه
- ١٦٧٨ ..... الثالث:ولايه التصرف فى الأموال و الأنفس
- ١٦٨٠ ..... أما الجهه الأولى أى فى ولايتهم التكوينييه.
- ١٦٨٠ ..... و اما الجهه الثالثه أعنى وجوب إطاعتهم فى الأحكام الراجعه إلى
- ١٦٨١ ..... أما الجهه الرابعه فالظاهر أيضا عدم الخلاف فى
- ١٦٨٣ ..... الجهه الثانيه فى ولايتهم التشريعيه
- ١٦٨٥ ..... و اما الجهه الثانيه أعنى الولايه بمعنى توقّف تصرف الغير على اذن

- ١٦٩٨ ..... فى ولاية عدول المؤمنين
- ١٦٩٨ ..... فى جواز ولاية غير الفقيه من العدل و غيره أو اختصاصها
- ١٦٩٨ ..... فمقتضى الأصل
- ١٧٠٢ ..... و لكن قد ادعى ثبوت الولاية لعدول المؤمنين
- ١٧٠٢ ..... منها صحيحه محمد بن إسماعيل
- ١٧٠٤ ..... منها:صحيحه محمد بن إسماعيل
- ١٧٠٧ ..... و منها موثقه سماعه
- ١٧٠٧ ..... و
- ١٧٠٨ ..... قوله:ثم انه حيث ثبت جواز تصرف المؤمنين،فالظاهر انه على وجه
- ١٧٠٩ ..... ثم انه فرق المصنف بين الحكام و عدول المؤمنين فى ثبوت الولاية لهم
- ١٧١١ ..... ذكر المصنف هنا فروعاً لا بأس بالإشاره إليها:-
- ١٧١١ ..... الأول:انه هل يجوز مباشره الفاسق فى مال اليتيم مثلاً أم لا؟
- ١٧١٢ ..... الثانى:فى حكم الشراء من الفاسق
- ١٧١٦ ..... و الحاصل:انه يقع الكلام فى جهتين:-
- ١٧١٦ ..... الاولى:فى اعتبار العدالة فى تصرف المتصرف و عدم اعتبارها فيه.
- ١٧١٦ ..... و أما الجهه الثانيه:أعنى جواز الشرى ممن ليس بعادل
- ١٧٢٠ ..... قوله:ثم انه هل يشترط فى ولاية غير الأب و الجد ملاحظه الغبطه
- ١٧٢٦ ..... الكلام فى بيع العبد المسلم على الكافر
- ١٧٢٨ ..... و الحاصل:انه استدل على عدم تملك الكافر للمسلم بوجوه:-
- ١٧٢٨ ..... منها:التسالم
- ١٧٢٨ ..... و منها:الأخبار الوارده فى موارد عديده
- ١٧٢٩ ..... و منها:ما عن الأمير عليه السلام و لا تقرّوه عنده فيبيعوه من مسلم.
- ١٧٣٧ ..... يقع الكلام فى بيان الكافر،
- ١٧٣٨ ..... و اما الأطفال و المجانين منهم
- ١٧٣٩ ..... و اما المخالف
- ١٧٣٩ ..... و أمّا بيعهم من الكفار

- الأول: في بيع السني منهم ..... ١٧٣٩
- الثاني: انه يجوز بيع المخالف الذي نعلم بكونه كافرا، ..... ١٧٤٠
- قوله: ثم انه قد استثنى من عدم جواز تملك الكافر للعبد المسلم مواضع. .... ١٧٤٢
- الأول: ان يكون البيع مستعقبا للانعقاد القهري واقعا ..... ١٧٤٣
- الثاني: ان يكون العبد المسلم ممن يعتق عليه ظاهرا ..... ١٧٤٣
- الثالث: أن يأمر الكافر بالعتق ..... ١٧٤٤
- و منها: اشتراط العتق في البيع. .... ١٧٤٥
- قوله: و اما التملك القهري. .... ١٧٤٥
- ان كان مدرك الحكم في أصل عدم تملك الكافر ..... ١٧٤٥
- و ان كان المدرك في ذلك قوله عليه السلام فبيعه و لا تقروه عنده ..... ١٧٤٦
- و ان كان المدرك هي آية نفى السبيل ..... ١٧٤٦
- و لشيخنا الأستاذ هنا كلام ..... ١٧٤٦
- قوله: هل يلحق بالإرث كل ملك قهري أو لا يلحق؟ ..... ١٧٤٩
- قوله: أو يفرق بين ما كان سببه اختياريا أو غيره. .... ١٧٥٠
- قوله: و منه يعلم انه لو لم يبعه باعه الحاكم و يحتمل ان يكون ولايه ..... ١٧٥٠
- قوله: و كيف كان فإذا تولاه المالك بنفسه، فالظاهر انه لا خيار له. .... ١٧٥١
- قوله (ره): و يشكل في الخيارات الناشئة عن الضرر ..... ١٧٥٢
- في حرمه بيع المصحف من الكافر ..... ١٧٦١
- القول في شرائط العوضين ..... ١٧٦٤
- قوله: يشترط في كل منهما كونه متمولا. .... ١٧٦٤
- اشاره ..... ١٧٦٤
- و في كلامه مواقع للنظر، ..... ١٧٦٥
- الأول: اعتبار الماليه في العوضين في البيع ..... ١٧٦٥
- و الثاني: ما التزم به من انه مع الشك في التمول إن أحرز كون المعاوضه ..... ١٧٦٥
- الثالث: ما تمسك به بعد عدم إحراز كونه من أكل المال بالباطل من ..... ١٧٦٦
- قوله: ثم انهم احترزوا باعتبار الملكيه في العوضين. .... ١٧٦٦

- الكلام فى أحكام الأراضى ..... ١٧٦٨
- اشاره ..... ١٧٦٨
- ان الأراضى على ..... ١٧٦٨
- أما القسم الأول أى ما يكون مواتا بالأصالة ..... ١٧٦٨
- أما الأولى: فالأرض الموات كلها للإمام عليه السلام ..... ١٧٦٨
- أما الجهه الثانيه: فهل يشترط فى التملك بها مجرد قوله (عليه السلام) فى ..... ١٧٧٠
- الجهه الثالثه: ان الحليه و الملكيه بالإحياء مختصه بالشيعة ..... ١٧٧١
- و الجهه الرابعه: فى أن الخراج الثابت فى تلك الأراضى على المحيى ..... ١٧٧٢
- القسم الثانى: أن تكون عامره بالأصالة ..... ١٧٧٩
- يدل على ذلك طائفتين من ..... ١٧٨٠
- الأولى الأخبار الداله على ان مطلق الأرض للإمام (عليه السلام) ..... ١٧٨٠
- الثانيه: بما دلّ على كون الأرض التى لا رب لها من الأنفال و الأنفال ..... ١٧٨٠
- القسم الثالث: بما عرض له الحياه بعد الموت فهل تكون ملكا للمحيى أو ..... ١٧٨٥
- أما القسم الرابع: من الأرض فهى ما كان خرابا بعد العماره و مواتا ..... ١٧٨٦
- الأول: بما باد عنها أهلها و صارت خربه لذلك و بانجلاء أهلها عنها ..... ١٧٨٦
- القسم الثانى: أن يكون خرابها مستندا الى التعطيل و الترك ..... ١٧٨٦
- الكلام فى بيع الأراضى المفتوحه عنوه ..... ١٧٩٢
- اشاره ..... ١٧٩٢
- أن الأراضى المملوكه للكفار على أقسام: ..... ١٧٩٢
- الأول: ..... ١٧٩٢
- الثانى: ان يسلموا طوعا و يدخلوا فى الإسلام برغبتهم منهم أيضا ..... ١٧٩٢
- الثالث: أن يموتوا و يتركوا أملاكهم إرثا ..... ١٧٩٣
- الرابع: الأرض التى اتجلى عنها أهلها من غير حرب ..... ١٧٩٣
- الخامس: الأرض التى أخذت من الكفار بالحرب و القهر و الغلبه، ..... ١٧٩٣
- و هنا قسم سادس: و هى الأرض التى لم تتصف بشىء من الأمور ..... ١٧٩٣
- و كيف كان فيقع ..... ١٧٩٣

- ١٧٩٤ ----- أما الكلام فى الجهه الاولى أنه هل تملك تلك الأراضى و تجرى عليها
- ١٧٩٥ ----- تنبيه:
- ١٧٩٦ ----- الجهه الثانيه:الظاهر انه يجب الخراج على من كانت الأرض تحت يده
- ١٧٩٦ ----- ثم بقى هنا أمران
- ١٧٩٦ ----- الأول:أن السيره القطعيه و ان قامت على جواز
- ١٧٩٨ ----- الأمر الثانى (قوله:أو بين ما عرض له الموت من الأرض المحياه حال الفتح).
- ١٧٩٩ ----- (قوله:و أعلم أنه ذكر الفاضلان و جمع ممن تأخر عنهما فى شروط
- ١٧٩٩ ----- اشاره
- ١٧٩٩ ----- ما هو المراد بالطلق
- ١٨٠٢ ----- الكلام فى بيع الوقف
- ١٨٠٢ ----- قوله:مسأله:لا يجوز بيع الوقف
- ١٨٠٢ ----- الدليل الأول إجماعا محققا فى الجملة و محكيا.
- ١٨٠٢ ----- الثانى:دلالة الروايات العامه و العمومات على ذلك
- ١٨٠٢ ----- الثالث:قوله تعالى أَوْفُوا بِالْعُقُودِ
- ١٨٠٢ ----- الرابع:الروايات الخاصه فى خصوص بعض الأوقاف
- ١٨٠٥ ----- (قوله:ثم ان جواز البيع لا ينافى بقاء الوقف الى ان يباع).
- ١٨٠٩ ----- الأقوال فى الخروج عن عموم منع بيع الوقف
- ١٨١٠ ----- فذهب
- ١٨١٠ ----- و فصل بعضهم بين المؤبد و المنقطع
- ١٨١١ ----- و فصل بعضهم بقولهم بعكس ذلك،أى بجواز البيع فى المؤبد و بعدمه
- ١٨١١ ----- و فصل بعضهم بين أصل الوقف حيث قال بعدم الجواز
- ١٨١١ ----- و الكلام فعلا يقع فى جواز بيع الوقف المؤبد فى الجملة.
- ١٨١١ ----- الوقف على قسمين تمليكى و فكى
- ١٨١٢ ----- لا خلاف فى عدم جواز بيع الوقف الفكى
- ١٨١٣ ----- كلام كاشف الغطاء فى الأوقاف العامه مع اليأس عن الانتفاع بها
- ١٨١٤ ----- الثانى:أن يكون وقفا للذريه بحيث يوقف أرضا خاصا لهم لتكون منفعتهم

- الثالث: ان يكون وقفا عاما كالوقف على العلماء و السادات ----- ١٨١٥
- الأول) ان يكون وقفا للكلى كالوقف على العلماء و الطلاب ----- ١٨١٥
- الثانى) ان يكون وقفا على الجبهه العامه من دون ان يكون الموقوف ----- ١٨١٦
- و أما المشاهد ----- ١٨١٧
- الكلام فى مسوغات بيع الوقف ----- ١٨٢٣
- منها ان يخرب الوقف ----- ١٨٢٣
- ثم انه يقع الكلام هنا فى جهتين:----- ١٨٢٤
- اما الكلام فى الجبهه الأولى، أى المقتضى ----- ١٨٢٤
- أما الكلام فى جبهه الثانيه أى المانع ----- ١٨٢٦
- ثم انه يقع الكلام فى جهات:----- ١٨٢٩
- الاولى:هل البدل ملك للواقف أو للموجودين أو حكمه حكم الأصل فى ----- ١٨٢٩
- الجبهه الثانيه:فهل يترتب حكم المبدل على البدل ----- ١٨٣٢
- الجبهه الثالثه:فهل يجب شراء المماثل للوقف بقدر الإمكان أم لا ----- ١٨٣٣
- الجبهه الرابعه:فى أنه إذا احتاج الى التبدل فهل يتصدى به ----- ١٨٣٦
- قوله:ثم انه لو لم يمكن شراء بدله و لم يكن الثمن مما ينتفع به. ----- ١٨٣٨
- و فى كلامه قدس سره جهات من البحث:----- ١٨٣٩
- الاولى:أنه هل يجوز بيع الوقف بالدرهم و الدينار ----- ١٨٣٩
- الجبهه الثانيه:فى شراء العين الصالحه للانتفاع بها بهذا الثمن ----- ١٨٤١
- أما الأول:فربما قيل بعدم جواز ذلك ----- ١٨٤١
- أما الأمر الثانى:فالظاهر أنه يجب الشراء ----- ١٨٤٢
- الجبهه الثالثه:فى جعل الثمن عند أمين مع عدم التمكن من شراء ----- ١٨٤٢
- قوله:نعم لو رضى الموجود بالتجار به و كانت المصلحه فى التجاره جاز ----- ١٨٤٣
- قوله:و لو كان صرف ثمنه فى باقيه بحيث يوجب زياده منفعه جاز. ----- ١٨٤٣
- قوله:و لو خرب بعض الوقف و خرج عن الانتفاع و بقى بعضه محتاجا إلى ----- ١٨٤٥
- ثم ذكر المصنف أن هنا فروعا يستخرجها الماهر. ----- ١٨٤٧
- الأول:أنه لو كان الوقف فى موضع لا يتمكن الانتفاع للموقوف عليهم و ان أمكن ----- ١٨٤٧



- الثاني: انه لو علم بزوال الوقف بعد مده لا يمكن الانتفاع به للموقوف ----- ١٨٤٧
- قوله: الصورة الثانيه ان يخرب بحيث يسقط عن الانتفاع المعتد به. ----- ١٨٤٨
- ثم ان المصنف قد ذكر هنا أمرين ----- ١٨٥٠
- أحدهما ما تقدمت الإشارة إليها سابقا ----- ١٨٥٠
- الأمر الثاني: أنه نقل المصنف عن صاحب الجواهر أنه قد يقال بالبطلان ----- ١٨٥٣
- قوله الصورة الثالثه أن تخرب بحيث يقل منفعتة لكن لا الى حد ----- ١٨٥٨
- قوله: الصورة الرابعه أن يكون بيع الوقف انفع و أعود للموقوف عليه. ----- ١٨٥٩
- و قد استدل على الجواز ----- ١٨٦٠
- الأول: روايه جعفر بن حيان ----- ١٨٦٠
- لا يجوز الاستدلال بهذه الروايه على جواز البيع من وجوه: ----- ١٨٦٠
- الأول: أن الروايه ضعيفه السند ----- ١٨٦٠
- الثاني: أنها مضطربه متنا ----- ١٨٦١
- الثالث: أنها تدل على أنه ليس لقرايه الواقف أن يأخذوا حقهم ----- ١٨٦١
- الرابع: أنها لا تدل على المدعى ----- ١٨٦١
- الثاني: خبر الاحتجاج ----- ١٨٦٢
- فلا دلالة في الروايه على المدعى لوجوه: ----- ١٨٦٢
- الأول: أن روايات الاحتجاج ضعيفه السند ----- ١٨٦٢
- الثاني: أن الروايه تدل على جواز البيع مطلقا ----- ١٨٦٢
- الثالث: أن المستفاد من الروايه جواز البيع مطلقا سواء كان أصلح لهم ----- ١٨٦٣
- الرابع: ما ذكره المصنف من أنه لو قلنا في هذه الصورة بالجواز كان ----- ١٨٦٣
- قوله: الصورة الخامسه أن يلحق الموقوف عليهم ضروره شديده. ----- ١٨٦٤
- قوله: الصورة السادسه أن يشترط الواقف بيعه عند الحاجه أو إذا كان ----- ١٨٦٥
- الكلام في الصور الأربعة الأخيره ----- ١٨٧٠
- ثم إن الكلام في هذه الصور الأربعة يقع في جهتين: ----- ١٨٧١
- أما الجهه الأولى فقد استدل على الجواز بوجوه: ----- ١٨٧١
- الأول: ما ذكره ----- ١٨٧١

- ١٨٧٤ ----- ثم نقل المصنف(ره)وجهين على جواز البيع في هذا الصور.
- ١٨٧٤ ----- الأول:ما عن لف و كره و المهذب و غايه المرام
- ١٨٧٤ ----- الثاني:ما عن التنقيح من أن بقاء العين على حاله و الحال هذه إضاعه
- ١٨٧٥ ----- ثم انه استدل على جواز البيع في كل واحده من الصور الأربعة بمكاتبه
- ١٨٧٧ ----- و بالجمله لا يجوز الاستدلال بروايه ابن مهزيار على شيء من الصوره
- ١٨٧٨ ----- فمن حيث السند
- ١٨٧٨ ----- و أما من حيث الدلاله فهي خارجه عن الدلاله على بيع
- ١٨٧٩ ----- جهه الاولى:ان صدر الروايه لا ينطبق على الوقف التمام
- ١٨٧٩ ----- الجبهه الثانيه:أن جواب الامام عليه السلام عن سؤال عن وقوع الخلاف
- ١٨٧٩ ----- الجبهه الثالثه:أنه بعد ما بيع الوقف فلما ذا يقسم بين الموقوف عليهم
- ١٨٧٩ ----- الجبهه الرابعه:و هي العمده
- ١٨٨١ ----- الكلام في الوقف المنقطع
- ١٨٨٤ ----- قوله:مسأله:و من أسباب خروج الملك عن كونه طلقاً كونه مرهوناً
- ١٨٨٤ ----- اشاره
- ١٨٨٦ ----- فيما استدل به المصنف على صحه بيع الرهن
- ١٨٨٦ ----- الأول بفحوى أدله صحه بيع
- ١٨٩٠ ----- الوجه الثاني:مما يدل على صحه بيع الرهن مع الإجازة مع التنزل
- ١٨٩٠ ----- ثم نقل المصنف(ره)عن بعض معاصريه القول ببطلان عقل الراهن
- ١٨٩١ ----- و قد أورد عليه المصنف بوجه كلها صحيحه.
- ١٨٩١ ----- منها:أنه لا فرق في الحكم بين بيع ملك الغير على وجه الاستقلال و
- ١٨٩١ ----- و منها أن مطلق النهي المتعلق بالمعامله لا يقتضى الفساد
- ١٨٩١ ----- و منها:أن قصد النيايه لو كان مصححاً للعقد فيتصور مثل ذلك في
- ١٨٩١ ----- و منها:أن المتيقن من مورد الإجماع و الاخبار أعنى الراهن و المرتهن
- ١٨٩٣ ----- و منها:أن ما ذكره من منع جريان التعليل في روايات العبد فيما
- ١٨٩٣ ----- و منها:أن ما ذكره من المساواه بين بيع الراهن و بيع الوقف و أم الولد
- ١٨٩٣ ----- قوله:و قد يتخيل وجه آخر لبطلان البيع هنا.

- قوله: ثم ان الكلام فى كون الإجازة من المرتهن كاشفه و ناقله هو ----- ١٨٩٤
- قوله: ثم انه لا إشكال فى أنه لا ينفع الردّ بعد الإجازة و هو واضح. ----- ١٨٩٥
- قوله: ثم أنّ الظاهر أنّ فكّ الرهن بعد البيع بمنزله الإجازة لسقوط ----- ١٨٩٦
- ثم انك عرفت أنّ وجه جواز بيع الراهن مع الغض عن جوازه استقلالاً ----- ١٨٩٨
- الوجه الأول: أنّ الظاهر من الراهن و المرتهن ممنوعان من التصرف ----- ١٨٩٨
- الثانى: أنه مع الغض عن الوجه الأول ----- ١٨٩٩
- قوله: بمسأله الثالث من شروط العوضين قدره على التسليم، ----- ١٩٠٢
- اشاره ----- ١٩٠٢
- ثم ان الدليل على اعتبار هذا الشرط وجوه: ----- ١٩٠٣
- الأول: قوله (عليه السلام) نهى ----- ١٩٠٣
- الوجه الثانى: ما ذكره شيخنا الأستاذ من أنه لو لم يمكن التسليم و ----- ١٩٠٥
- ثم انه استدل على البطلان مع العجز عن التسليم بوجوه: ----- ١٩٠٦
- الأول: قوله (عليه السلام) نهى النبى (صلى الله عليه و آله) عن بيع الغرر ----- ١٩٠٦
- و من الوجوه التى استدلت بها على اعتبار هذا الشرط هو أنّ الغرض ----- ١٩١٣
- و من الوجوه أنّ بذل الثمن على غير المقدور سفه فيكون ممنوعاً و أكله ----- ١٩١٣
- و ذكر شيخنا الأستاذ أنّ الوجه فى اعتبار قدره على التسليم أنّ ----- ١٩١٤
- اشاره ----- ١٩١٤
- و تحقيق المقام أنّ يقال أنّ المال الذى يتعدّر تسليمه على أقسام: ----- ١٩١٤
- الأول: أنّ يكون مع تعدّره مما يمكن للمشتري الانتفاع به، ----- ١٩١٤
- الثانى: أنّ لا يمكن الانتفاع به لأحد لا المبتاعين و لا غيرهما بحيث ----- ١٩١٥
- الثالث: أنّ يكون التعدّر موجبا لعدم إمكان الانتفاع للمتبايعين ----- ١٩١٥
- و أما بحسب الروايات ----- ١٩١٦
- هل قدره شرط أو العجز مانع ----- ١٩١٦
- قوله: ثم ان العبرة فى الشرط المذكور انما هو زمان استحقاق التسليم ----- ١٩٢٨
- اشاره ----- ١٩٢٨
- و أنما يتوقف الاستدلال بهما على المقصود على مقدمات ثلاث: ----- ١٩٢٨

- المقدمه الاولى: أن يكون المتعاملين مالكيين على المبيع و الثمن ..... ١٩٢٨
- المقدمه الثانيه: أن يكون الغرر فعليا ..... ١٩٢٨
- المقدمه الثالثه: أن يكون مخاطبا بالتسليم و مأمورا به ..... ١٩٢٨
- و يتفرع على ذلك فروع مهمه: - ..... ١٩٢٨
- الفرع الأول: أنه لو كان المبيع تحت يد المشتري و لم يقدر البائع ..... ١٩٢٨
- الفرع الثاني: ان بيع العبد الآبق ممن ينعقد الآبق ممن ينعقد عليه خارج عما نحن ..... ١٩٣٠
- و من هنا ظهر حكم الفرع الثالث أيضا و هو ما لم يستحق التسليم بمجرد ..... ١٩٣٢
- قوله: ثم ان الخلاف في أصل المسأله لم يظهر الآ من الفاضل ..... ١٩٣٧
- قوله: ثم ان الظاهر كما اعترف به بعض الأساطين أن القدره على ..... ١٩٣٨
- قوله: ثم ان الشرط هي القدره المعلومه للمتبايعين ..... ١٩٤١
- قوله: و لو باع ما يعتقد التمكن فتبتين عجزه في زمان البيع. .... ١٩٤٢
- قوله: ثم لا إشكال في اعتبار قدره العاقد إذا كان مالكا. .... ١٩٤٣
- الكلام في بيع الآبق ..... ١٩٤٩
- اشاره ..... ١٩٤٩
- يقع الكلام في هذه المسأله في أمور ثلاثه، ..... ١٩٤٩
- الأول: أنه ذكر ..... ١٩٤٩
- الأمر الثاني أن مسأله بيع عبد الآبق لا يرتبط بمسأله الغرر، ..... ١٩٥١
- الأمر الثالث إذا اعتبرنا القدره على التسليم في البيع فهل يلحق به ..... ١٩٥٣
- الأول: عدم الاعتبار مطلقا ..... ١٩٥٣
- الثاني: اعتبار الشرط المذكور في الصلح، بل في جميع العقود ..... ١٩٥٣
- الثالث: التفصيل بينما يكون البناء فيه على التسامح كما في الصلح ..... ١٩٥٣
- ثم يقع الكلام في خصوصيات ذلك، ..... ١٩٥٦
- اشاره ..... ١٩٥٦
- الأول: هل يجوز بيع الآبق مع الضميمه مطلقا، ..... ١٩٥٦
- منها أنه يعتبر كون الضميمه مما يصح بيعها مستقلا ..... ١٩٥٨
- و منها أن يصح بيعها منفردا فما لا يصح بيعه كك ..... ١٩٥٨

- و من جمله ما يقع الكلام فيه أنه هل ينتقل العبد إلى المشتري من حين ..... ١٩٥٩
- ثم بقى هنا فرعان قد أشار إليهما المصنف ..... ١٩٦٣
- الأول أنه لو وجد المشتري ..... ١٩٦٣
- الفرع الثاني: انه لو كانت الضميمة ملكا للغير فعقد مالك العبد عليه ..... ١٩٦٤
- الكلام في اشتراط العلم بالثمن ..... ١٩٦٥
- اشاره ..... ١٩٦٥
- استدل على اعتبار هذا الشرط بوجوه: ..... ١٩٦٥
- الأول: الإجماع، ..... ١٩٦٥
- الثاني: النبوى المذكور ..... ١٩٦٦
- الثالث: روايه حماد بن ميسره الوارده فى مورد خاص ..... ١٩٦٦
- فلا بد من التكلم فى ..... ١٩٦٦
- اشاره ..... ١٩٦٦
- أما الجبهه الأولى أى بحسب القواعد ..... ١٩٦٦
- و أما الجبهه الثانيه أى بحسب الروايه الوارده فيها ..... ١٩٦٧
- الكلام فى اشتراط العلم بالثمن ..... ١٩٧٠
- اشاره ..... ١٩٧٠
- و تحقيق الكلام هنا فى جهتين ..... ١٩٧٠
- الأولى فى اعتبار العلم بالمكيل و الموزون ..... ١٩٧٠
- و أما الجبهه الثانيه فالمشهور بل المجمع عليه اعتبار الوزن أو الكيل ..... ١٩٧١
- منها صحيحه الحلبي ..... ١٩٧١
- و منها موثقه سماعه ..... ١٩٧٣
- ثم انه يقع الكلام فى أن اعتبار الكيل و الوزن فى المكيل و الموزون فى ..... ١٩٧٣
- اشاره ..... ١٩٧٣
- أما الكلام فى المعدود ..... ١٩٨٠
- قوله:مسأله لو قلنا بأن المنط فى اعتبار تقدير المبيع فى المكيل ..... ١٩٨١
- اشاره ..... ١٩٨١

- معامله الموزون بوزن معلوم عند أحد المتبايعين ..... ١٩٨٦
- و أما المعدود فالكلام فيه بعينه مثل كلام فى المكمل و الموزون ..... ١٩٨٧
- قوله:بقى الكلام فى تعيين المناط فى كون الشىء مكيلا أو موزونا. .... ١٩٨٩
- الكلام فى الاعتماد بإخبار البائع بقدر المئمن ..... ١٩٩٣
- اشاره ..... ١٩٩٣
- تحقيق المسأله فى ضمن جهات ..... ١٩٩٣
- الاولى،أنه لا شبهه فى جواز ..... ١٩٩٣
- الجهه الثانيه أن الظاهر من الروايات الداله على جواز تصديق ..... ١٩٩٣
- الجهه الثالثه:ما تبين الخلاف فى المبيع اما بالتقيصه أو بالزياده ..... ١٩٩٤
- الجهه الاولى:فى صحه المعامله و بطلانها ..... ١٩٩٤
- الجهه الثانيه:فى أن الخيار الثابت هنا للمشتري أو للبائع هل هو ..... ١٩٩٦
- الجهه الثالثه:هل هذا الخيار كسائر الخيارات الحاصله من تخلف ..... ١٩٩٧
- الجهه الرابعه:هل يثبت الخيار للبائع فى صورته زياده المبيع عن ..... ١٩٩٨
- الكلام فى بيع صاع من الصبره ..... ٢٠٠٠
- اشاره ..... ٢٠٠٠
- قد قسم المصنف بيع بعض من جمله متساويه الأجزاء الى أقسام ..... ٢٠٠٠
- اشاره ..... ٢٠٠٠
- الأول:أن يكون المبيع كسرا مشاعا ..... ٢٠٠٠
- القسم الثاني:أن يكون المبيع كليتا فى الخارج مقابل الكلى فى الذمه ..... ٢٠٠١
- القسم الثالث:أن يكون المبيع فردا منتشرا فى الاجزاء الخارجيه و ..... ٢٠٠٢
- و حاصل ما ذكرناه فى هذه المسأله هو أن بيع شىء يتصور على وجوه: ..... ٢٠٠٥
- الأول:أن يكون كسر مشاع ..... ٢٠٠٥
- الثانى:بيع الكلى فى المعين الخارجى فى مقابل البيع الكلى فى ..... ٢٠٠٥
- الثالث:أن يكون المبيع فردا مبهما مرددا بين الافراد الخارجيه ..... ٢٠٠٦
- ثم انه بقى الكلام فى تصوير الإشاعه و بيع الصياح من الصبره على نحو ..... ٢٠٠٨
- و أما تصوير الكلى فى المعين ..... ٢٠١٦

- مسأله: لو باع صاعا من صبره ----- ٢٠٢١
- لو باع ثمره شجرات و استثنى منها أرطالا معلوما ----- ٢٠٢٣
- الكلام فى أقسام بيع الصبره ----- ٢٠٤٤
- الكلام فى بيع العين على المشاهده السابقه ----- ٢٠٥١
- اشاره ----- ٢٠٥١
- فيقع الكلام فى مقامين، ----- ٢٠٥٢
- اشاره ----- ٢٠٥٢
- أما المقام الأول أى فى صحه البيع و عدمه ----- ٢٠٥٢
- الجهه الثانيه: إذا قلنا بصحه معامله مع الاكتفاء بالرؤيه السابقه ----- ٢٠٥٣
- قوله(ره): فرعان: ----- ٢٠٤١
- الأول: لو اختلفا فى التغير فادعاه المشتري. ----- ٢٠٤١
- و دعوى ----- ٢٠٤١
- الأول: ما ذكره ابن إدريس فى السرائر من أن المشتري هو الذى ينتزع ----- ٢٠٤١
- الوجه الثانى: أن البائع يدعى علمه بالمبيع على هذه الوصف الموجود ----- ٢٠٤٤
- الوجه الثالث: أن الأصل عدم وصول حق المشتري إليه كما استدل ----- ٢٠٤٥
- قوله(ره): الثانى لو انفقا على التغير بعد المشاهده و وقوع العقد ----- ٢٠٧١
- لو اختلفا فى تقدم التلف على البيع و تأخره عنه ----- ٢٠٧٣
- الكلام فى بيع ما لا يفسده الاختبار ----- ٢٠٨٠
- الكلام فى حكم ظهور المبيع معيبا ----- ٢٠٨٧
- اشاره ----- ٢٠٨٧
- الكلام فى ثمره الخلاف ----- ٢٠٩٣
- الكلام فى جواز بيع المسك فى فاره ----- ٢٠٩٧
- الكلام فى عدم جواز بيع المجهول مع الضميمه ----- ٢٠٩٩
- اشاره ----- ٢٠٩٩
- الكلام فى بيان أقسام التابع ----- ٢١٠٣
- اشاره ----- ٢١٠٣

- ٢١٠٦ .....الكلام فى معنى التابع
- ٢١١٢ .....الكلام فى الانذار
- ٢١١٢ .....اشاره
- ٢١١٣ .....تحقيق الكلام هنا
- ٢١١٣ .....اشاره
- ٢١١٣ .....أما الجهه الاولى فى تحقق الانذار
- ٢١١٤ .....الجهه الثانيه:أن يكون الانذار حين البيع بحيث يقع البيع على المنذر
- ٢١١٨ .....الكلام فى بيع الظرف مع مظلوفه
- ٢١٢٢ .....الكلام فى استحباب التفقه فى الدين
- ٢١٢٢ .....اشاره
- ٢١٢٦ .....الكلام فى تزاحم الكسب و طلب العلم
- ٢١٢٩ .....الكلام فى تلقى الركبان و مرجوحيته
- ٢١٣٣ .....الكلام فيما إذا دفع الإنسان إلى غيره مالا
- ٢١٣٣ .....اشاره
- ٢١٣٨ .....الكلام فى الجمع بين الروايات المجوزه و المانع
- ٢١٤١ .....الكلام فى احتكار الطعام
- ٢١٤١ .....اشاره
- ٢١٤١ .....الاولى:فى حكم الاحتكار
- ٢١٤٧ .....الجهه الثانيه:أنه ذكر فى روايه السكونى إن الحكره فى الرخصه
- ٢١٤٨ .....الجهه الثالثه:هل يختص مورد الاحتكار بشراء الطعام فقط أو يتحقق
- ٢١٤٨ .....الجهه الرابعه:أن الاحتكار حرام إذا كان يترك الناس بغير طعام
- ٢١٤٨ .....الخامس:الظاهر أنه لا إشكال فى جواز إجبار المحتكر على البيع
- ٢١٥٠ .....المجلد ٦:كتاب الخيارات
- ٢١٥٠ .....اشاره
- ٢١٥٠ .....اشاره
- ٢١٥٢ .....كتاب الخيارات



- ٢١٥٢ .....مقدمتان
- ٢١٥٢ .....الأولى فى معنى الخيار
- ٢١٦٤ .....المقدمه الثانيه وقع الكلام فى تأسيس الأصل فى المقام ليرجع اليه
- ٢١٦٤ .....اشاره
- ٢١٦٤ .....و قد وقع الكلام فى بيان المراد من هذا الأصل
- ٢١٦٤ .....اشاره
- ٢١٦٥ .....الأول أخذه بمعنى الغلبه
- ٢١٦٦ .....و أما الأصل بمعنى القاعده
- ٢١٦٧ .....و أما الأصل بالمعنى اللغوى
- ٢١٦٨ .....و أما الأصل بمعنى الاستصحاب
- ٢١٦٩ .....قوله بقى الكلام فى معنى قول العلامة فى القواعد و التذكره
- ٢١٧١ .....قد استدل المصنف
- ٢١٧١ .....اشاره
- ٢١٧١ .....منها قوله تعالى أَوْفُوا بِالْعُقُودِ
- ٢١٧١ .....و منها التصرفات بعد الفسخ
- ٢١٨٨ .....قوله و منها قوله تعالى وَ لَا تَأْكُلُوا أَمْوَالَكُم بَيْنَكُم بِالْبَاطِلِ
- ٢١٩٠ .....قوله(ره)و مما ذكر يظهر وجه الاستدلال بقوله عليه السلام لا-
- ٢١٩٢ .....قوله و منها قوله التاس مسلطون على أموالهم
- ٢١٩٣ .....و منها قوله عليه السلام لا يحل مال امرء مسلم الا بطيب نفسه
- ٢١٩٥ .....قوله و منها قوله المؤمنون عند شروطهم
- ٢١٩٧ .....و منها الأخبار المستفيضة فى أنّ البيعان بالخيار ما لم يفترقا
- ٢١٩٨ .....فى عدم جريان الاستصحاب فى المقام
- ٢٢٠٢ .....قوله ثم ان ما ذكرنا من العمومات المثبتة لأصله اللزوم اتما
- ٢٢٠٤ .....فى بيان تعيين العقد بأنه جائز أو لازم
- ٢٢٠٥ .....القول فى أقسام الخيار
- ٢٢٠٥ .....اشاره

- الأول في خيار المجلس ..... ٢٢٠٥
- اشاره ..... ٢٢٠٥
- قوله مسأله لا إشكال في ثبوته للمتبايعين إذا كان اصيلىن ..... ٢٢٠٦
- اشاره ..... ٢٢٠٦
- و يقع الكلام أولا في ثبوته للوكيل ..... ٢٢٠٦
- و لكن المشهور عدم ..... ٢٢٠٧
- الأول: أن ..... ٢٢٠٧
- الثانى أن حكمه ثبوت خيار المجلس هو إرفاق المالك ..... ٢٢٠٨
- الثالث أن بعض أدله خيار المجلس قد تقارن بخيار الحيوان ..... ٢٢٠٩
- و الرابع ما هو العمده و حاصله أن المستفاد من أدله هذا الخيار ..... ٢٢١٠
- و أما الوجه الثانى فحاصله أن خيار المجلس انما ثبت للمتبايعين ..... ٢٢١٤
- و يرد على ما ذكره أصلا و فرعا. .... ٢٢١٤
- أما الأصل ..... ٢٢١٤
- و أما الفرع ..... ٢٢١٥
- كان الكلام في ثبوت الخيار للموكل ..... ٢٢٢٧
- قوله: ثم على المختار من ثبوته للموكلين فهل العبره فيه ..... ٢٢٢٩
- و قد بقى الكلام في أمرين ..... ٢٢٣٣
- الأول أنه إذا اجتمع الموكلان و ..... ٢٢٣٣
- أما الفسخ ..... ٢٢٣٣
- و أما الإمضاء و إسقاط الخيار ..... ٢٢٣٤
- قوله: ثم على المختار من ثبوته للموكلين فهل العبره فيه ..... ٢٢٣٧
- أما على الأول أى ثبوت الخيار للطبيعه ..... ٢٢٣٨
- و أما على الثانى أعنى ثبوت الخيار على الموضوع المفروض الوجود ..... ٢٢٣٩
- قوله: و بما ذكرنا اتضح عدم ثبوت الخيار للفضوليين و ان جعلنا ..... ٢٢٤٠
- (في حكم ثبوت الخيار لشخص واحد من حيث كونه بائعا و مشتريا). ..... ٢٢٤١
- اشاره ..... ٢٢٤١

- و لكن الكلام فى ثبوت المانع عن ذلك فى المقام ..... ٢٢٤٢
- الأول أن المذكور فى الروايات هو المتبايعان أو البيعان ..... ٢٢٤٢
- الوجه الثانى أن الحكم أعنى الخيار مغتيا بالافتراق أو الموضوع و هو المتعاملين مغتيا بالافتراق ..... ٢٢٤٢
- الوجه الثالث أن الغايه التى عباره عن الافتراق غير متحقق ..... ٢٢٤٤
- (مسأله فى استثناء بعض اشخاص المبيع عن ثبوت خيار المجلس)..... ٢٢٤٩
- اشاره ..... ٢٢٤٩
- منها من ينعق على أحد المتبايعين ..... ٢٢٤٩
- الأول أن البيع و الشراء ..... ٢٢٤٩
- الوجه الثانى ما ذكره المصنف فى آخر كلامه ..... ٢٢٤٩
- الوجه الثالث أن فى شراء العمودين و ان كان يحصل النقل ..... ٢٢٥٠
- الوجه الرابع أن معنى الفسخ هو فرض كون العين تالفه فى ملك ..... ٢٢٥١
- الوجه الخامس ما ذكره صاحب المقابيس ..... ٢٢٥٢
- قوله و منها العبد المسلم المشتري من الكافر ..... ٢٢٥٥
- قوله و منها شراء العبد نفسه بناء على جوازه ..... ٢٢٥٨
- قوله مسأله لا يثبت خيار المجلس فى شىء من العقود سوى ..... ٢٢٤١
- اشاره ..... ٢٢٤١
- و الذى ينبغى أن يقال ان غير البيع من العقود لا يخلو اما ..... ٢٢٤٢
- أما الاولى ..... ٢٢٤٢
- و أما العقود الجائزه ..... ٢٢٤٢
- (مبدء هذا الخيار من حين العقد)..... ٢٢٤٣
- اشاره ..... ٢٢٤٣
- فلا بد من ..... ٢٢٤٣
- أما المقام الأول فى وجوب التقابض فى الصرف ..... ٢٢٤٣
- الوجه الثانى ما ذكره العلامة من أو وجوب التقابض فى ..... ٢٢٤٤
- الوجه الثالث الاخبار الوارد فى بيع الصرف و السلم ..... ٢٢٤٥
- و أما المقام الثانى أعنى ثبوت الخيار فى بيع الصرف و السلم ..... ٢٢٤٤

- ٢٢٦٦ ----- أما المقام الأول في مقام الثبوت
- ٢٢٦٦ ----- و أما في مقام الإثبات
- ٢٢٦٨ ----- قوله:القول في مسقطات الخيار و هي أربعة على ما ذكرها
- ٢٢٦٨ ----- اشارة
- ٢٢٦٨ ----- من جمله مسقطات الخيار المجلس اشتراط سقوطه
- ٢٢٦٨ ----- الأول دعوى الإجماع على ذلك
- ٢٢٦٨ ----- الثاني المستفيضه و هي المؤمنون عند شروطهم
- ٢٢٧٣ ----- قوله(ره)ثم ان هذا الشرط يتصور على وجوه:
- ٢٢٧٣ ----- أحدها أن يشترط عدم الخيار
- ٢٢٧٤ ----- الثاني:أن يشترط عدم الفسخ
- ٢٢٨٠ ----- الثالث أن يكون المراد من شرط سقوط الخيار في العقد أن
- ٢٢٨١ ----- قوله قدس سره بقى الكلام في أنّ المشهور أنّ تأثير الشرط
- ٢٢٨١ ----- أن اعتبار الشرط في المعامله
- ٢٢٨١ ----- الأول أن لا يكون مذكورا لا في ضمن المعامله و لا قبلها
- ٢٢٨٢ ----- و
- ٢٢٨٢ ----- و قد يكون الشرط مذكورا قبل العقد
- ٢٢٨٧ ----- قوله فرع ذكر العلامه في التذكرة موردا لعدم جواز اشتراط.
- ٢٢٨٨ ----- قوله:مسأله و من المسقطات إسقاط هذا الخيار بعد العقد
- ٢٢٨٨ ----- و قد استدل عليه المصنف بوجوه
- ٢٢٨٨ ----- الأول:دعوى الإجماع عليه
- ٢٢٨٨ ----- الثاني القاعدة المسلمه بين الفقهاء أن لكل ذى حق إسقاط
- ٢٢٩٠ ----- الثالث قوله(عليه السلام)المؤمنون عند شروطهم
- ٢٢٩٠ ----- الرابع فهو العمده و حاصله أنا استفدنا من النص الدال على
- ٢٢٩٠ ----- و يترتب على ذلك المسألتان اللتان ذكرهما المصنف بعد ذلك
- ٢٢٩٠ ----- الاولى أنه لا يعتبر في إسقاط الخيار لفظ خاص
- ٢٢٩١ ----- المسأله الثانيه ما ورد في بعض الروايات و إن كانت غير جامعته

- ٢٢٩٦ ..... قوله من جمله مسقطات الخيار افتراق المتبايعين
- ٢٢٩٩ ..... (فيما لو أكره أحدهما على التفرق)
- ٢٣٠٠ ..... و قد استدل على هذا بوجه
- ٢٣٠٠ ..... الأول الإجماع المنقول المنجبر بفتوى المشهور.
- ٢٣٠٠ ..... الثاني أن المتبادر من الفعل هو الاختياري
- ٢٣٠٢ ..... الوجه الثالث: الاستدلال بحديث الرفع
- ٢٣١٠ ..... و الوجه الرابع ما أشار إليه شيخنا الأنصاري (ره)
- ٢٣١١ ..... الوجه الخامس ما ذكره المصنف أيضا من صحيحه الفضيل
- ٢٣١٢ ..... الوجه السادس ما ذكره المصنف أيضا في ذيل الصحيحه
- ٢٣١٢ ..... قوله مسأله لو أكره أحد على التفرق و منع عن التخاير و بقى الآخر
- ٢٣١٦ ..... قوله مسأله لو زال الإكراه فالمحكى عن الشيخ و جماعه امتداد
- ٢٣٢٢ ..... الثاني خيار الحيوان،
- ٢٣٢٢ ..... اشاره
- ٢٣٢٢ ..... و يقع
- ٢٣٢٢ ..... اشاره
- ٢٣٢٢ ..... الاولى أن المراد بالحيوان هل هو مطلق الحيوان أو ما لم يقصد
- ٢٣٢٣ ..... ثم ذكر المصنف أنه هل يختص هذا الخيار بالمبيع الشخصي أو
- ٢٣٢٦ ..... قوله المشهور اختصاص هذا الخيار بالمشتري
- ٢٣٣٠ ..... قوله: مسأله لا فرق بين الأمه و غيرها في مده الخيار
- ٢٣٣١ ..... قوله: مسأله مبدء هذا الخيار من حين العقد
- ٢٣٣١ ..... اشاره
- ٢٣٣١ ..... و لكن قد استدل على أن مبدئه بعد حصول التفرق بوجه:
- ٢٣٣١ ..... الأول الأصل العملي
- ٢٣٣٣ ..... الوجه الثاني: الاخبار الداله على أن تلف الحيوان في الثلاثه
- ٢٣٣٤ ..... الوجه الثالث أنه لو كان مبدء خيار الحيوان من حين العقد لزم
- ٢٣٣٤ ..... و الحاصل أنه قد استدل على أن مبدء خيار الحيوان هو زمان

- الأول بالأصل العملى. ----- ٢٣٣٤
- الوجه الثانى:الاخبار الداله على أن التلف فى ثلاثه أيام مئمن ----- ٢٣٣٤
- الوجه الثالث:أن الخيار مسبب واحد فلا يعقل أن يكون له ----- ٢٣٣٥
- قوله ثم ان المراد بزمان العقد هل زمان مجرد الصيغه كعقد ----- ٢٣٣٧
- قوله مسأله لا إشكال فى دخول الليلتين المتوسطتين فى الثلثه ----- ٢٣٣٩
- (فى مسقطات خيار الحيوان) ----- ٢٣٤٢
- اشاره ----- ٢٣٤٢
- أحدهما اشتراط سقوطه فى ----- ٢٣٤٢
- و الثانى ----- ٢٣٤٢
- قوله الثالث التصرف ----- ٢٣٤٢
- (الثالث من الخيارات خيار الشرط) ----- ٢٣٤٩
- اشاره ----- ٢٣٤٩
- و يمكن الاستدلال ----- ٢٣٤٩
- اشاره ----- ٢٣٤٩
- الأولى صحيحه ابن سنان ----- ٢٣٤٩
- و الطائفه الثانيه الأخبار المستفيضة الوارده فى اشتراط الفسخ ----- ٢٣٥١
- ثم انه لا شبهه فى جواز جعل الخيار مده خاصه معينه ----- ٢٣٥٦
- و هل يجوز جعل الخيار إلى الأبد و مده العمر نظير الوقف ----- ٢٣٥٧
- فى جواز اشتراط الشرط فى العقد ----- ٢٣٥٩
- و هل يجوز اشتراط الخيار فى مده مجهوله فى الظاهر و معينه ----- ٢٣٥٩
- اشاره ----- ٢٣٥٩
- و الذى يمكن أن يكون مانعا عن ذلك أحد الأمور الثلثه ----- ٢٣٥٩
- الأول ----- ٢٣٥٩
- الثانى:أن هذا الشرط أن شرط الخيار فى مده مجهوله ----- ٢٣٥٩
- (فى مبدء خيار الشرط) ----- ٢٣٦٣
- (فى جعل الخيار للأجنبى) ----- ٢٣٦٦

- ٢٣٦٦ ..... لشاره
- ٢٣٦٦ ..... يقع الكلام فى جهات
- ٢٣٦٦ ..... الاولى هل يشرع الخيار لا جنبى بعنوان أنه وكيل
- ٢٣٦٨ ..... الجبهه الثانيه فى أنه هل يحتاج هذا الشرط الى القبول
- ٢٣٧٠ ..... الجبهه الثالثه:أنه هل يجوز للمتعاقدين إسقاط هذه الخيار
- ٢٣٧٢ ..... و بقى الكلام فى الجهتين الأخرتين
- ٢٣٧٢ ..... الاولى فى أن خيار
- ٢٣٧٣ ..... الجبهه الثانيه:أنه لو جعل الخيار لشخصين أو لنفسه مع
- ٢٣٧٤ ..... حيث كان الكلام فى جعل الخيار
- ٢٣٧٤ ..... الأول أن يكون مرجع ذلك الى جعل الخيار لنفسه على تقدير
- ٢٣٧٦ ..... الوجه الثاني:أن يشترط أحد الطرفين على الآخر عدم الفسخ
- ٢٣٧٧ ..... الثالث أن يكون المراد من الاستيمار اشتراط أحدهما الفسخ
- ٢٣٧٧ ..... قوله مسأله من افراد خيار الشرط ما يضاف البيع اليه و يقال
- ٢٣٧٧ ..... لشاره
- ٢٣٧٨ ..... فتوضيح المسأله يتحقق بالكلام فى أمور
- ٢٣٧٨ ..... الأمر الأول أن اعتبار رد الثمن فى هذا الخيار يتصور على وجوه
- ٢٣٧٨ ..... الأول أن يكون الخيار معلقا برد الثمن
- ٢٣٧٨ ..... الثاني:أن يكون رد الثمن قيذا للفسخ
- ٢٣٧٨ ..... الوجه الثالث:أن يكون ردّ الثمن فسخا فعليًا
- ٢٣٧٩ ..... الرابع أن يؤخذ ردّ الثمن قيذا لانفساخ العقد.
- ٢٣٧٩ ..... الخامس:أن يكون ردّ الثمن شرطًا لوجوب الإقاله على المشتري
- ٢٣٧٩ ..... قوله(ره)الأمر الثاني الثمن المشروط رده
- ٢٣٨٦ ..... قوله الأمر الثالث قيل ظاهر الأصحاب إلخ
- ٢٣٨٧ ..... قوله الأمر الرابع يسقط هذا الخيار بإسقاط
- ٢٣٩٥ ..... قوله الأمر الخامس لو تلف المبيع كان من المشتري سواء كان
- ٢٤٠٤ ..... قوله الأمر السادس لا إشكال فى قدره على الفسخ

- ٢٤٠٨ - قوله:الأمر السابع إذا أطلق اشتراط الفسخ برد الثمن لم
- ٢٤١٣ - قوله التّامن كما يجوز للبائع اشتراط الفسخ برد الثمن كذلك يجوز
- ٢٤١٦ - قوله مسأله لا اشكال و لا خلاف فى عدم اختصاص خيار الشرط
- ٢٤١٦ - اشاره
- ٢٤١٧ - و قد يقال:بمنع جريانه فى الإيقاعات
- ٢٤٣٦ - ثم انه وقع الخلاف فى جريان الخيار و عدمه فى بعض العقود
- ٢٤٣٦ - و اما الصدقه
- ٢٤٣٨ - و اما الصلح
- ٢٤٣٨ - و اما الضمان
- ٢٤٣٨ - و اما الرهن
- ٢٤٣٩ - ثم انه ذكر المصنف عدم جريان الخيار فى المعاطاه
- ٢٤٤٠ - الرابع خيار الغبن:
- ٢٤٤٠ - اشاره
- ٢٤٤٠ - ثم انه قد اعتبر الفقهاء رضوان الله عليهم شرطين فى تحقق الغبن
- ٢٤٤٠ - الأول:ان يكون المشتري جاهلا بالقيمه السوقيه و اشترى المبيع بأكثر
- ٢٤٤١ - الشرط الثانى:ان يكون ما أخذه الغابن ما زياده القيمه بما
- ٢٤٤١ - فى أدله التى يذكر فى إثبات هذا الخيار و نفيه
- ٢٤٤١ - اشاره
- ٢٤٤١ - و قد
- ٢٤٤٤ - و قد استدل على مشروعيه خيار الغبن و ثبوته بأيه النهى عن الكل
- ٢٤٤٤ - الأول:ما ذكره المصنف
- ٢٤٤٥ - الوجه الثانى:ما ذكره شيخنا الأستاذ
- ٢٤٤٦ - و قد استدل على ثبوت هذا الخيار أيضا بالنبوى الدال على ثبوت
- ٢٤٤٦ - و قد استدل أيضا بقوله(صلى الله عليه و آله)لا ضرر و لإضرار فى الإسلام
- ٢٤٥٣ - ثم انه استدل على بطلان المعامله الغبنيه بجمله من الروايات
- ٢٤٥٤ - قوله مسأله يشترط فى هذا الخيار أمران



- ٢٤٥٤ ..... اشارة
- ٢٤٥٤ ..... الأول جهل المغبون بالتفاوت
- ٢٤٥٨ ..... ثم انه لو اعتقد المشتري عدم كون قيمه هذا المتاع مساويا مع
- ٢٤٥٨ ..... الاولى ان
- ٢٤٥٨ ..... الصورة الثانيه: ان يعتقد التفاوت بما لا يتسامح
- ٢٤٥٩ ..... الثالثه ان يقدم على ما يتسامح به فبان أزيد مما لا يتسامح بالمجموع
- ٢٤٥٩ ..... الرابعه: الإقدام على ما لا يتسامح فبان أزيد بما يتسامح به
- ٢٤٧٣ ..... الأمر الثاني: أن يكون التفاوت فاحشا
- ٢٤٧٦ ..... قوله بقى هنا شيء و هو الفرق بين الضرر الشخصى و النوعى
- ٢٤٨٤ ..... قوله مسأله ظهور الغبن شرط شرعى لحدوث الخيار أو كاشف
- ٢٤٨٤ ..... اشارة
- ٢٤٨٤ ..... و انما المهم هو التكلم فى جهتين:
- ٢٤٨٤ ..... الاولى فى ان هذا الخيار
- ٢٤٨٦ ..... الجبهه الثانيه أعنى التكلم فى ترتب آثار الخيار على خيار الغبن
- ٢٤٨٩ ..... قوله مسأله يسقط هذا الخيار بأمر
- ٢٤٨٩ ..... أحدها إسقاطه بعد العقد
- ٢٤٩٧ ..... قوله الثانى من المسقطات اشتراط سقوط الخيار فى متن العقد
- ٢٥٠١ ..... الثالث تصرف المغبون بأحد التصرفات المسقطه للخيارات المتقدمه
- ٢٥٠٤ ..... قوله الرابع من المسقطات تصرف المشتري المغبون قبل العلم
- ٢٥٠٥ ..... و كيف كان انما الكلام فى دليل ذلك
- ٢٥٠٥ ..... إن كان المدرك لخيار
- ٢٥٠٥ ..... و ان كان المدرك هو دليل لا ضرر
- ٢٥٠٥ ..... و لكن الكلام فى أنه على القولى
- ٢٥٠٥ ..... الأول أنه يسقط
- ٢٥٠٧ ..... الوجه الثانى أن عدم سقوط الخيار بمثل هذا التصرف المخرج
- ٢٥٠٧ ..... قوله ثم ان مقتضى دليل المشهور عدم الفرق فى المغبون المتصرف

- ٢٥٠٨ ..... قوله و مقتضى إطلاقه عدم الفرق بين الناقل اللازم و بين فكّ المالك
- ٢٥٠٩ ..... و أما إذا نقل المغبون العين الى غيره بالإجاره فهل يبقى الخيار
- ٢٥١٠ ..... ثم انه لو امتزجت العين بشيء آخر ثم علم الغبن فهل يوجب ذلك
- ٢٥١٤ ..... ثم انه لو انتقل المبيع بناقل لازم أو جائز إلى غيره ثم رجع الى
- ٢٥٤٥ ..... قوله بقى الكلام فى حكم تلف العوضين مع الغبن
- ٢٥٤٦ ..... بل اللازم ان نتكلم هنا فى مسائل ثلث
- ٢٥٤٦ ..... اما المسأله الاولى فى حكم التلف و الإتلاف
- ٢٥٤٩ ..... المسأله الثانيه فيما كان تلف كل من العوضين بفعل الطرف
- ٢٥٥٢ ..... المسأله الثالثه ان يكون المتلف هو الأجنبي
- ٢٥٥٣ ..... قوله مسأله الظاهر ثبوت خيار الغبن فى كلّ معاوضه ماليه
- ٢٥٥٦ ..... قوله مسأله اختلف أصحابنا فى كون هذا الخيار على الفور أو على
- ٢٥٧٥ ..... المجلد ٧: تتمه كتاب الخيار
- ٢٥٧٥ ..... اشاره
- ٢٥٧٥ ..... اشاره
- ٢٥٧٧ ..... تتمه كتاب الخيار
- ٢٥٧٧ ..... تتمه أقسام الخيار
- ٢٥٧٧ ..... اشاره
- ٢٥٧٨ ..... الخامس خيار التأخير
- ٢٥٧٨ ..... اشاره
- ٢٥٧٨ ..... و انما الكلام فى مدرك ذلك
- ٢٥٧٨ ..... اشاره
- ٢٥٧٨ ..... الأول: ذهاب المشهور اليه بل ادعى عليه الإجماع
- ٢٥٧٨ ..... الثانى: أن لزوم البيع هنا ضررى
- ٢٥٧٩ ..... الوجه الثالث: الاخبار الكثيره المستفيضة
- ٢٥٨٠ ..... و قد ذكرت وجوه لصرف ظهور هذه الاخبار الى نفي اللزوم.
- ٢٥٨٠ ..... الأول: ما ذكره المصنف من أن الروايات و ان كانت ظاهره فى بطلان

- الوجه الثاني: ما ذكره المصنف أيضا من أن ذهاب المشهور الى ..... ٢٥٨٠
- الوجه الثالث: ما يستفاد من كلام المصنف أيضا المذكور في تلك الاخبار ..... ٢٥٨١
- الوجه الرابع: ما ذكره شيخنا الأستاذ أن بعد القطع بأن تشريع ..... ٢٥٨١
- الكلام في شروط خيار التأخير ..... ٢٥٨٢
- اشاره ..... ٢٥٨٢
- الأول: عدم قبض المبيع ..... ٢٥٨٢
- الكلام الى فروع هذا الشرط. .... ٢٥٨٦
- الفرع الأول: هل يعتبر في عدم ثبوت هذا الخيار عدم تحقق الإقباض ..... ٢٥٨٦
- و أما الفرع الثالث: فقد عرفت الكلام فيه و هو أن يأخذ المشتري المبيع ..... ٢٥٨٧
- الفرع الرابع: أن يقبض البائع بعض المبيع ..... ٢٥٨٧
- الشرط الثاني: عدم قبض البائع مجموع الثمن، ..... ٢٥٨٨
- الشرط الثالث: أن لا يشترط المشتري على البائع تأخير الثمن و الآ ..... ٢٥٩٣
- الشرط الرابع: أن يكون المبيع عينا أو شبهه كصاع من صبره ..... ٢٥٩٣
- ثم ان هنا أموراً قيل باعتبارها في هذا الخيار ..... ٢٥٩٨
- في مسقطات خيار التأخير ..... ٢٦٠٧
- اشاره ..... ٢٦٠٧
- الأول إسقاطه بعد الثلاثه، ..... ٢٦٠٧
- الثاني: اشتراط سقوطه في متن العقد ..... ٢٦٠٩
- الثالث: من المسقطات بذل المشتري للثمن ..... ٢٦٠٩
- قوله الرابع: أخذ الثمن من المشتري. .... ٢٦١٠
- مسأله في كون هذا الخيار على الفور أو على التراخي، ..... ٢٦١١
- اشاره ..... ٢٦١١
- أما الأول بحسب الأصول العمليه ..... ٢٦١١
- و أما المقام الثاني: فالروايات الواردة في المقام ..... ٢٦١٢
- قوله مسأله: لو تلف المبيع بعد الثلاثه كان من البائع، ..... ٢٦١٢
- قوله مسأله: لو اشترى ما يفسد من يومه ..... ٢٦٢١

- السادس خيار الرؤية ..... ٢٦٢٨
- اشاره ..... ٢٦٢٨
- أن مورد هذا خيار ..... ٢٦٣٤
- قوله:مسأله الأكثر على أن الخيار عند الرؤية فوري، ..... ٢٦٤٤
- اشاره ..... ٢٦٤٤
- أما المقام الأول:فمقتضى القواعد، ..... ٢٦٤٤
- و أما بحسب الروايات ..... ٢٦٤٤
- في مسقطات خيار الرؤية ..... ٢٦٤٦
- قوله مسأله:يسقط هذا الخيار بترك المبادره عرفاً؟ - ..... ٢٦٤٦
- قوله مسأله:لا يسقط هذا الخيار، ببذل التفاوت و لا بإبدال العين ..... ٢٦٥١
- قوله مسأله:الظاهر ثبوت خيار الرؤية في كل عقد، ..... ٢٦٥٦
- قوله مسأله:لو اختلفا فقال البائع لم يختلف صفه، ..... ٢٦٥٨
- اشاره ..... ٢٦٥٨
- و حاصل الكلام أن البحث هنا يقع في جهتين، ..... ٢٦٦٢
- أما الكلام في الجهه الأولى فيما كان الاختلاف في أصل الاشتراط و عدمه ..... ٢٦٦٣
- و أما الجهه الثانيه أعنى الاختلاف في أن ما تعلق به الشرط موجود أم لا ..... ٢٦٦٥
- قوله مسأله:لو نسج بعض الثوب، ..... ٢٦٦٦
- اشاره ..... ٢٦٦٦
- و توضيح ذلك أن الشقوق المتصور في هذا ..... ٢٦٦٧
- الأول:أن يبيع البائع المنسوج الشخصى الذى موجود مع ..... ٢٦٦٧
- الثانى:أن يبيع هذا المنسوج الموجود الخارجى الشخصى مع مقدار ..... ٢٦٦٧
- الثالث:أن يبيع المنسوج الخارجى الشخصى مع مقدار معين من الغزل ..... ٢٦٦٧
- الرابع:أن يبيع الثوب مع غير المنسوج من غير أن يدخل تحت أحد ..... ٢٦٦٨
- السابع:خيار العيب، ..... ٢٦٦٨
- قوله:مسأله:ظهور العيب فى المبيع يوجب تسلط المشتري على الرد ..... ٢٦٧٤
- اشاره ..... ٢٦٧٤

- ٢٦٧٨ ..... ثم انه هل يختص خيار العيب بالمشتري أى بالمتضمن فيكون الخيار
- ٢٦٧٩ ..... قوله فى مسقطات هذا الخيار بطرفيه أو أحدهما
- ٢٦٧٩ ..... مسأله يسقط الرد
- ٢٦٧٩ ..... اشاره
- ٢٦٧٩ ..... التصريح بالتزام العقد و إسقاط الرد
- ٢٦٨٠ ..... المطلب الثانى: أنه لا شبهه فى سقوط هذا الخيار بالتصرف إجمالاً
- ٢٦٨٠ ..... ان التصرف انما يكون على أنحاء
- ٢٦٨٠ ..... الأول أن يكون تصرفاً مغيراً كقطع الثوب و صبغه و نحو ذلك،
- ٢٦٨١ ..... الثانى: أن لا يكون هنا تصرف يوجب التأثير فى العين خارجاً
- ٢٦٨٢ ..... الثالث: أن يكون التصرف تصرفاً خارجياً من غير ان يكون مغيراً للعين
- ٢٦٨٢ ..... الأول: أن يكون له ظهور عرفى فى سقوط الخيار به كالمسقط اللفظى
- ٢٦٨٢ ..... الثانى: أن لا يكون له بشخصه ظهور فى سقوط الخيار به
- ٢٦٨٢ ..... الثالث: أن لا يكون له ظهور فى الإسقاط
- ٢٦٨٤ ..... و قد استدل على ذلك بوجوه.
- ٢٦٨٤ ..... الأول: أنه ذكر الجماع فى الروايه فى كونه مسقط للرد
- ٢٦٨٤ ..... الوجه الثانى: دعوى الإجماع على ذلك
- ٢٦٨٥ ..... الوجه الثالث: بما ورد فى خيار الحيوان من تفسير الحدث،
- ٢٦٨٥ ..... ان لنا دليل على عدم سقوط الرد بمطلق التصرف
- ٢٦٨٥ ..... الأول: روايه الجماع
- ٢٦٨٦ ..... الثانى: بما دل على أنه لو اشترى أحد أمه و لم يطلها فى سته أشهر جاز ردها
- ٢٦٨٦ ..... الثالث: بما دل على جواز رد المملوك من أحداث السنه
- ٢٦٨٦ ..... الرابع: نفس الروايه التى دلت على عدم جواز الرد بأحداث الحدث
- ٢٦٨٧ ..... الثالث تلف العين أو صيرورته كالتالف
- ٢٦٨٧ ..... قوله: فرع لا خلاق نسا و فتوى فى أن وطى الجاريه يمنع عن ردها.
- ٢٦٨٩ ..... و انما الكلام فى أنه
- ٢٦٨٩ ..... و المشهور هو الثانى، و ان الحمل مع كونه عيباً و الوطى

- ٢٦٩٠ ..... أن العمل على هذا الظهور يستلزم مخالفه الظاهر من وجوه.
- ٢٦٩٠ ..... الأول: أنه يلزم المخالفه على هذه الروايه من أحد الطرفين
- ٢٦٩١ ..... الوجه الثاني: أن الروايات المذكوره منطبقه على وجوب ردّ نصف عشر
- ٢٦٩١ ..... الوجه الثالث: أن الالتزام بعدم كون الوطى مانعا عن الرد مع كون
- ٢٦٩١ ..... الوجه الرابع: أنه ذكر المصنف(ره) أيضا ان هذا المعنى يستفاد من روايتين:
- ٢٦٩٢ ..... و لكن لا بدّ من رفع اليد عن هذا بوجوه و حملها عن أم الولد
- ٢٦٩٢ ..... الأول: أن الجملة الخبريه الفعلية فيها
- ٢٦٩٣ ..... الثاني: أن المنافع المستوفاه انما هي للمشتري
- ٢٦٩٣ ..... الوجه الثالث: أن الالتزام بعدم حملها على أم الولد و القول بجواز
- ٢٦٩٣ ..... الرابع: قد وقعت الإشاره فى مرسله ابن أبي عمير الى كون الجاربه
- ٢٦٩٣ ..... الوجه الخامس: أن هذه الأخبار الداله على جواز ردّ جاربه الحامله
- ٢٦٩٥ ..... الأولى: ما ذهب اليه المشهور من جواز ردّ الجاربه الحامله بالوطى
- ٢٧٠٦ ..... قوله الرابع: من المسقطات حدوث عيب عند المشتري
- ٢٧٠٨ ..... تفصيل الكلام هنا يقع فى جهتين: -
- ٢٧٠٨ ..... الاولى: أن العيب الحادث بعد زمان البيع و قبل القبض
- ٢٧٠٩ ..... و أما إذا حدث العيب بعد القبض و فى زمان الخيار فهل يكون ذلك
- ٢٧١١ ..... قوله: والمراد بالعيب هنا مجرد النقص لا خصوص ما يوجب الأرش
- ٢٧١٥ ..... قوله: ثم مقتضى الأصل عدم الفرق فى سقوط الخيار بين بقاء العيب
- ٢٧١٧ ..... ثم إذا كان الحدث مانعا عن الردّ فهل يجوز رده مع رضى البائع بالردّ
- ٢٧١٨ ..... قوله تنبه: ظاهر التذكرة
- ٢٧٣٠ ..... البحث فى سقوط الرد و الأرش
- ٢٧٣٠ ..... قوله مسأله يسقط الأرش دون الرد فى موضعين
- ٢٧٣٠ ..... الأول: فى الربويات
- ٢٧٣٠ ..... الأول: أن يقال ان وصف الصحه فى المبيع انما يقابل بجزء من الثمن
- ٢٧٣١ ..... الثاني: أن يقال أن الربا انما هو زياده أحد المتماثلين على الآخر
- ٢٧٣٣ ..... المورد الثاني: مما يسقط الأرش فيه ما إذا كان ثمن المعيوب مساويا

- ٢٧٣٤ ----- قوله مسأله:يسقط الرد و الأرش معا بأمر
- ٢٧٣٤ ----- أحدها العلم بالعيب قبل
- ٢٧٣٨ ----- قوله الثانى:تبرى البائع عن العيوب إجماعا فى الجملة،
- ٢٧٤٥ ----- ذكر الأصحاب أمورا يسقط بها الأرش و الردّ
- ٢٧٤٥ ----- منها زوال العيب
- ٢٧٤٩ ----- قوله و منها التصرف بعد العلم بالعيب،
- ٢٧٤٩ ----- أما الكلام فى الجهه الأولى فى أن التصرف هل يسقط الرد و الأرش معا أو لا
- ٢٧٥٠ ----- و أما الجهه الثانيه فهى أنه هل تشمل أخبار ثبوت الأرش على صوره
- ٢٧٥٢ ----- قوله:و منها التصرف فى المعيب الذى لم تنقص قيمته بالعيب كالبغلى
- ٢٧٥٤ ----- قوله:و منها حدوث العيب فى المعيب المذكور،
- ٢٧٥٦ ----- قوله:و منها ثبوت أحد مانعى الرد فى المعيب الذى لا يجوز أخذ
- ٢٧٦٠ ----- قوله:و منها تأخير الأخذ بمقتضى الخيار.
- ٢٧٦٠ ----- يقع الكلام فيه من جهتين:-
- ٢٧٦١ ----- أما الجهه الثانيه فى ثبوت المانع عن الأرش و الرد
- ٢٧٦١ ----- و أما الجهه الاولى فى وجود المقتضى للرد و الأرش
- ٢٧٦٣ ----- إذا كان البائع جاهلا بالعيب فهو و ان كان عالما بالعيب
- ٢٧٦٨ ----- فى اختلاف المتبايعين
- ٢٧٦٨ ----- اشاره
- ٢٧٦٨ ----- أما الصوره الأولى الاختلاف فى موجب الخيار
- ٢٧٦٨ ----- اشاره
- ٢٧٦٨ ----- الاولى:لو اختلفا فى تعيب المبيع و عدمه مع تعذر ملاحظته
- ٢٧٧١ ----- و أما الصوره الثانيه فهى أن يكون الاختلاف فى كون الوصف الموجود
- ٢٧٧٢ ----- و أما الصوره الثالثه:فهى أن يكون المبيع معيوباً فعلاً و بعد العقد
- ٢٧٧٧ ----- قوله:فرع لو باع الوكيل فوجد به المشتري عيباً يوجب الرد.
- ٢٧٧٩ ----- و قد انتهى الكلام الى وقوع العقد من الوكيل و الأصيل ثم وقوع الاختلاف
- ٢٧٧٩ ----- الأولى:فى توجه الدعوى الى أى من الوكيل و الموكل

- ٢٧٨٠ ..... الصورة الأولى كان المشتري قاطعا بأن البائع في دعواه الوكالة عن الغير كاذب حتى مع
- ٢٧٨٠ ..... الصورة الثانية: أن يدعى البائع كونه وكيلًا من قبل الموكل و لم ينكره
- ٢٧٨٠ ..... الصورة الثالثة: أن يعلم المشتري بكون البائع وكيلًا عن الغير و ادعى
- ٢٧٨١ ..... أما الجهه الثانيه: في أن اعتراف الوكيل يكون اعترافا في حق الموكل
- ٢٧٨١ ..... الجهه الثالثه: في أنه مع حكم الحاكم بالأرث أو بالفسخ هل يثبت
- ٢٧٨٢ ..... و انتهى الكلام إلى الجهه الرابعه و هي ان العيب الثابت بحكم
- ٢٧٨٥ ..... قوله الرابعه: لو رد سلعه بالعيب فأنكر البائع أنها سلعته.
- ٢٧٨٦ ..... أما المسأله الاولى: و هي النزاع في ثبوت المقتضى للخيار و عدمه
- ٢٧٨٦ ..... و أما المسأله الثانيه: و هي أن يكون الاختلاف في فعلية الخيار
- ٢٧٨٨ ..... و أما الصوره الثالثه: فهي أن يقبل البائع ثبوت مقتضى الخيار و ثبوت
- ٢٧٨٩ ..... قوله: و اما الثاني: و هو الاختلاف في المسقط ففيه أيضا مسائل:
- ٢٧٨٩ ..... الاولى: لو اختلفا في علم المشتري بالعيب و عدمه،
- ٢٧٩٠ ..... قوله الثانيه: لو اختلفا في زواله قبل علم المشتري.
- ٢٧٩٣ ..... قوله الثالثه: لو كان عيب مشاهدا غير المتفق عليه.
- ٢٧٩٣ ..... يقع الكلام في هذه المسأله في جهتين:
- ٢٧٩٣ ..... أما الجهه الاولى في دعوى المشتري على البائع
- ٢٧٩٤ ..... و أما الجهه الثانيه في دعوى البائع على المشتري
- ٢٧٩٦ ..... قوله الرابع: لو اختلف في البراءه.
- ٢٧٩٨ ..... قوله الخامسه: لو ادعى البائع.
- ٢٧٩٨ ..... قوله: و أما الثالث أى في الفسخ
- ٢٧٩٨ ..... اشاره
- ٢٧٩٨ ..... الأولى لو اختلفا في الفسخ فان كان
- ٢٨٠١ ..... قوله الثانيه: لو اختلفا في تأخير الفسخ في أول الوقت بناء على فوريه
- ٢٨٠٥ ..... قوله الثالثه لو ادعى المشتري الجهل بالخيار أو بفوريته
- ٢٨١١ ..... القول في ماهيه العيب
- ٢٨٢٤ ..... الكلام في افراد العيب



- ٢٨٢٤ ----- قوله:مسأله:لا اشكال و لا خلاف فى كون المرض عيبا.
- ٢٨٢٥ ----- قوله مسأله:الحبل عيب فى الإمام.
- ٢٨٢٥ ----- اشاره
- ٢٨٢٥ ----- يقع الكلام هنا تاره فى الإمام و أخرى فى غيرها.
- ٢٨٢٥ ----- أما الاولى فى الإمام
- ٢٨٢٦ ----- و أما الحمل فى غير الأمه
- ٢٨٢٧ ----- قوله:مسأله:الأكثر على أن الثيبوبه ليست عيبا فى الإمام.
- ٢٨٢٩ ----- قوله:مسأله:ذكر فى التذكره و القواعد من جمله العيوب عدم الختان
- ٢٨٣٠ ----- قوله:مسأله عدم الحيض ممن شأنها الحيض بحسب السن و المكان
- ٢٨٣٠ ----- قوله:مسأله:الإباق عيب بلا اشكال و لا خلاف.
- ٢٨٣١ ----- قوله:مسأله:الثفل الخارج عن العاده فى الزيت و البذر و نحوهما
- ٢٨٣٥ ----- تعرض المصنف هنا بأحداث السنه و هى أربه:الجنون و
- ٢٨٣٥ ----- اشاره
- ٢٨٣٦ ----- و انما الكلام
- ٢٨٣٦ ----- الجبهه الأولى:فى أن الجذام أيضا من جمله هذه الأربه أم لا؟
- ٢٨٣٦ ----- الجبهه الثانيه:أنه قد استشكل المحقق الأردبيلى فى القرن،و هو
- ٢٨٣٧ ----- الجبهه الثالثه:أن المحقق الأردبيلى قد استشكل فى البرص أيضا
- ٢٨٣٨ ----- تنبه
- ٢٨٣٩ ----- الجبهه الرابعه:أنه قد أشكل على الروايات المشتمله على ذكر الجذام
- ٢٨٤٠ ----- الجبهه الخامسه:أن المشهور قد ذهبوا الى أن التصرف يكون مسقطا
- ٢٨٤١ ----- الجبهه السادسه:قد عرفت سابقا أن فى موارد ثبوت العيب يثبت
- ٢٨٤٢ ----- قوله:خاتمته فى عيوب متفرقه.
- ٢٨٤٢ ----- اشاره
- ٢٨٤٢ ----- منها أنه ذكر فى التذكره أن
- ٢٨٤٢ ----- و منها أن يكون العبد أو الأمه محرمة الانتفاع على المشترى
- ٢٨٤٢ ----- منها ما لو كان المبيع متهما بالوقفه

- ٢٨٤٢ ----- و منها الصيام و الإحرام و الاعتداد
- ٢٨٤٣ ----- القول فى الأرش
- ٢٨٤٣ ----- اشارة
- ٢٨٤٣ ----- بل المهم هو التكلم
- ٢٨٤٣ ----- اشارة
- ٢٨٤٣ ----- الجبهه الاولى:فى ان الأرش هل يثبت فى المقام على طبق القاعدة،
- ٢٨٤٩ ----- الجبهه الثانيه:فى ان الأرش هل يجب أن يكون من نفس الثمن أو
- ٢٨٥٠ ----- الجبهه الثالثه:هل يعتبر أن يكون الأرش من النقود أو يكفى كونه من
- ٢٨٥١ ----- الجبهه الرابعه:أنه ذكر المصنف(ره)(أنه قد تبين مما ذكرنا فى
- ٢٨٥٩ ----- قوله:مسأله:يعرف الأرش. بمعرفه قيمه الصحيح و المعيب
- ٢٨٥٩ ----- اشارة
- ٢٨٥٩ ----- قتم المصنف ذلك الى ثلاثه أقسام: -
- ٢٨٥٩ ----- الأول:أن تكون قيمه معروفه و معلومه عند أهل البلد من غير احتياج
- ٢٨٦٠ ----- القسم الثانى:أن لا تكون قيمه معلومه فى السوق لعدم وجوده فيه
- ٢٨٦٠ ----- القسم الثالث:ان تكون قيمه المبيع بحسب أجناسه معلومه فى السوق
- ٢٨٦١ ----- قوله:مسأله:لو تعارض المقومون
- ٢٨٦٩ ----- قوله:القول فى الشروط التى يقع عليها العقد.
- ٢٨٧٤ ----- قوله:الكلام فى شروط صحه الشرط.
- ٢٨٧٤ ----- اشارة
- ٢٨٧٤ ----- من جمله تلك الشروط أن يكون الشرط تحت الخيار المشروط
- ٢٨٨٢ ----- قوله الثانى:أن يكون الشرط سائعا فى نفسه.
- ٢٨٨٣ ----- قوله الثالث:أن يكون مما فيه غرض معتد به عند العقلاء نوعاً أو
- ٢٨٨٦ ----- قوله الرابع:أن لا يكون مخالفاً للكتاب و السنه فلو اشترط رقيه حر أو
- ٢٨٨٦ ----- و لكن هنا أمران ربما يحتملان فى المقام
- ٢٨٨٦ ----- أحدهما أن أدله
- ٢٨٨٦ ----- الأمر الثانى:أنه يحتمل أن تكون الأدله الداله على وجوب الوفاء بالشروط مخصصه

- ٢٨٨٧ ..... ان الكلام فى المقام يقع فى جهات:
- ٢٨٨٧ ..... الاولى:أن المراد من الكتاب المذكور فى هذه الأخبار المستفيضه أو
- ٢٨٨٩ ..... الجبهه الثانيه:أن المراد من الشرط المخالف للكتاب هو الشرط
- ٢٨٨٩ ..... الجبهه الثالثه:فى أن الشرط المخالف يكون على ثلاثه أقسام:
- ٢٩٠٢ ..... ثم انه بقى الكلام فى بعض الفروع التى وقع الكلام فى كون الشرط فيها
- ٢٩٠٢ ..... منها كون من أحد أبويه حره رقا
- ٢٩٠٣ ..... قوله:و منها ارث المتمتع بها هل هو قابل للاشتراط فى ضمن عقد
- ٢٩٠٧ ..... قوله:و منها أنهم اتفقوا على جواز اشتراط الضمان فى العاريه.
- ٢٩٠٩ ..... قوله:و منها اشتراط أن لا يخرج بالزوجه إلى بلد آخر.
- ٢٩١٠ ..... قوله:الشرط الخامس أن لا يكون منافيا لمقتضى العقد.
- ٢٩١١ ..... أن الشروط فى العقود على نحوين
- ٢٩١١ ..... اما القسم الأول الشروط التى معتبره فى ضمن العقد
- ٢٩١١ ..... منها ما تقدم من كون المثلثن بالقيمه
- ٢٩١١ ..... و منها:عدم كون كل من الثمن أو المثلثن معيبا
- ٢٩١١ ..... و منها:انصراف الثمن الى نقد البلد و هكذا انصراف تسليم المبيع
- ٢٩١٣ ..... و أما القسم الثانى من الشرط و هو ما يكون معتبرا فى العقد بالاشتراط
- ٢٩٢٢ ..... قوله السادس:أن لا يكون الشرط مجهولا.
- ٢٩٢٤ ..... قوله:الشرط السابع أن لا يكون مستلزما لمحال.
- ٢٩٢٥ ..... قوله:الشرط الثامن أن يلتزم به فى متن العقد.
- ٢٩٣٠ ..... قوله:و قد يتوهم هنا شرط تاسع.
- ٢٩٣٣ ..... الكلام فى حكم الشرط الصحيح
- ٢٩٤٣ ..... القول فى حكم الشرط الفاسد
- ٢٩٤٣ ..... اشاره
- ٢٩٤٣ ..... الجبهه الأولى:لا إشكال فى أن الشرط الفاسد لا يجب الوفاء به و لا
- ٢٩٤٧ ..... و الوجوه التى استدل بها على فساد العقد بفساد شرطه ثلاثه
- ٢٩٤٧ ..... الأول

- و لا يشترط فى صحتها معرفه ----- ٢٩٦٩
- الوجه الثالث:الاجبار المسماه بأخبار العينه ----- ٢٩٧١
- ثم انه ربما يستدل على ما ذكرناه من عدم سرايه الفساد من الشرط ----- ٢٩٧٣
- قوله الثانى:لو أسقط المشروط له الشرط الفاسد. ----- ٢٩٧٧
- قوله الثالث:لو ذكر الشرط الفاسد قبل العقد. ----- ٢٩٧٩
- قوله الرابع:لو كان فساد الشرط لأجل عدم تعلق غرض معتد به. ----- ٢٩٨١
- الكلام فى أحكام الخيار ----- ٢٩٨٢
- اشاره ----- ٢٩٨٢
- قوله:بقى الكلام فى أن ارث الخيار ليس تابعا لإرث المال. ----- ٢٩٨٥
- قوله:مسأله:فى كيفية استحقاق كل من الورثه للخيار. ----- ٢٩٩١
- اشاره ----- ٢٩٩١
- فيقع الكلام فى كيفية ذلك مع ----- ٢٩٩١
- اشاره ----- ٢٩٩١
- الوجه الأول:أن يكون لكل منهم خيار مستقل، ----- ٢٩٩١
- الوجه الثانى:كصوره السابقه و لكن أن يكون كل منهم مستقلا فى الفسخ ----- ٢٩٩٢
- الوجه الثالث:أن يكون الخيار ثابتا للطبيعه و لصره الوجود ----- ٢٩٩٢
- الرابع:أن يكون لكل من الورثه الخيار بحسب حصته من الثلث أو النصف ----- ٢٩٩٢
- الخامس:ما قواه المصنف من ان الخيار حق واحد قائم بالمجموع ----- ٢٩٩٢
- قوله:فرع إذا اجتمع الورثه كلهم على الفسخ فيما باعه مورثهم. ----- ٣٠٠٤
- اشاره ----- ٣٠٠٤
- الجهه الاولى:فى أنه إذا مات من له الخيار و كان له دين مستغرق ----- ٣٠٠٤
- الجهه الثانيه:أنه إذا كان الفسخ مصلحه للديان فهل يجب الفسخ ----- ٣٠٠٦
- الجهه الثالثه:فيما يعطى لمن هو طرف العقد مع الميت بعد فسخ ----- ٣٠٠٦
- الصوره الاولى أن يكون دين الميت ----- ٣٠٠٦
- الصوره الثانيه:أن لا يكون للميت دين أصلا و فسخ الوارث العقد ----- ٣٠٠٧
- الصوره الثالثه:أن يكون للميت وصيه أو دين و لكن لم يكن ديننا مستغرقا ----- ٣٠٠٨

- ثم أن الظاهر أن تنقيح هذه المسألة يقع في ضمن صور ثلاثه التي ..... ٣٠٠٩
- اشاره ..... ٣٠٠٩
- الصوره الاولى: أن يكون الدين مستغرقا للتركه ..... ٣٠٠٩
- الصوره الثانيه: أن لا يكون للميت مال أصلا ..... ٣٠١٠
- الصوره الثالثه: أن يكون للميت مال و لم يكن له دين، أو كان و لم ..... ٣٠١٢
- قوله: لو كان الخيار لأجنبى و مات ففي انتقاله الى وارثه، إلخ. .... ٣٠١٦
- قوله: مسأله و من أحكام الخيار سقوطه بالتصرف بعد العلم بالخيار ..... ٣٠١٨
- قوله: مسأله هل الفسخ يحصل بنفس التصرف؟ ..... ٣٠٢٤
- اشاره ..... ٣٠٢٤
- و التحقيق أن يقال انه تاره يقع الكلام فى الوضعيات و أخرى فى ..... ٣٠٣٠
- اشاره ..... ٣٠٣٠
- أما الكلام فى الأولى فأيا يقع فى جهتين ..... ٣٠٣٠
- أما الجهه الاولى فى العقود ..... ٣٠٣٠
- أما الجهه الثانيه: أعنى الإيقاعات ..... ٣٠٣١
- و أما الحال بالنسبه إلى الحكم التكميلى فى التصرفات الخارجيه ..... ٣٠٣٣
- قوله: فرع: لو اشترى عبدا بجاريه مع الخيار. .... ٣٠٣٧
- قوله مسأله: من أحكام الخيار عدم جواز تصرف غير ذى الخيار تصرفا ..... ٣٠٤٢
- اشاره ..... ٣٠٤٢
- ثم هنا فروع ثلاثه: ..... ٣٠٥١
- الأول: ان مورد البحث كما عرفت هو تصرف من عليه الخيار فيما انتقل ..... ٣٠٥١
- الفرع الثانى أنه بناء على عدم جواز تصرف من عليه الخيار فى ما انتقل ..... ٣٠٥٣
- الفرع الثالث: أنه إذا نقل من عليه الخيار العين الى غيره بعقد جائز ..... ٣٠٥٥
- فرعان ..... ٣٠٥٩
- قوله الثانى: أنه هل يجوز إجاره العين فى زمان الخيار بدون إذن ..... ٣٠٥٩
- و حاصل الكلام أن من جمله الفروع التى ذكرها المصنف أنه هل يجوز ..... ٣٠٦٥
- الاولى: فيما يرجع الى عباره المصنف ..... ٣٠٦٥

- ٣٠٦٦-----الجهة الثانية:أنه ذكر المصنف(ره)وجهان فيما إذا أجر من عليه
- ٣٠٧٨-----قوله:مسأله المشهور المبيع يملك بالعقد و اثر الخيار تزلزل الملك.
- ٣٠٧٨-----اشاره
- ٣٠٨١-----و قد استدل على القول المشهور و هو عدم توقف حصول الملك على
- ٣٠٨١-----اشاره
- ٣٠٨١-----الأول:الأخبار الواردة في خيار المجلس
- ٣٠٨٢-----الثاني:الأخبار الواردة في جواز النظر إلى الجاربه و تقبيلها،
- ٣٠٨٣-----الثالث:ما تقدم في أدله بيع الخيار أى البيع المشروط برد الثمن
- ٣٠٨٥-----الوجه الرابع:الأخبار الواردة في خيار الحيوان
- ٣٠٨٥-----الوجه الخامس:الأخبار الواردة في العينه
- ٣٠٨٧-----الوجه السادس:صحيحه محمد بن مسلم
- ٣٠٩٣-----قوله مسأله:و من أحكام الخيار كون المبيع في ضمان من ليس له الخيار
- ٣٠٩٣-----اشاره
- ٣٠٩٣-----و يتضح هذه المسأله في ضمن جهات:
- ٣٠٩٣-----الأولى:في بيان أن هذا الحكم تختص بخيارى الحيوان و الشرط أو يجرى
- ٣٠٩٨-----الجهة الثانية:أنك قد عرفت الكلام في كون التلف في زمان خيار
- ٣٠٩٩-----الجهة الثالثه:في أن هذا الحكم مختص بالمبيع أو يشمل الثمن أيضا
- ٣١٠٢-----الجهة الرابعه:في أن المراد من الضمان الذى نبحت في ذلك أى
- ٣١٠٣-----الجهة الخامسه:من الكلام في أن مورد هذه المسأله هل هو العين
- ٣١٠٤-----الجهة السادسه:أنه هل مورد البحث مختص بما إذا كان التالف
- ٣١٠٧-----الجهة السابعه:أنه لا شبهه في أنه إذا كان التلف بأفه سماويه أو
- ٣١٠٨-----ثم ان هنا مسأله أخرى يوهم كلام المصنف الخلط بينها و بين المسأله
- ٣١١٢-----قوله:مسأله و من أحكام الخيار ما ذكره في التذكرة فقال لا يجب على
- ٣١١٢-----اشاره
- ٣١١٢-----الأول:أنه لا يجب على البائع تسليم المبيع في زمان إذا لم يسلم
- ٣١١٣-----الفرع الثاني:انه إذا سلم البائع المبيع لا يجب على المشتري تسليم

- قوله:مسأله:قال فى عد لا يبطل الخيار بتلف العين. ٣١١٤
- قوله:مسأله:لو فسخ ذو الخيار فالعين فى يده مضمونه بلا خلاف. ٣١١٧
- الكلام فى النقد و النسيه ٣١١٨
- اشاره ٣١١٨
- قوله:مسأله:إطلاق العقد يقتضى النقد. ٣١٢٠
- قوله:مسأله:يجوز اشتراط تأجيل الثمن مده معينه. ٣١٢٤
- قوله:مسأله:لو باع بثمان حالا و بأزيد منه مؤجلا. ٣١٢٨
- اشاره ٣١٢٨
- أما المقام الأول من حيث القواعد ٣١٢٩
- اشاره ٣١٢٩
- الأول:أن يكون المراد من ذلك أن البائع قد باع ماله على تقدير أن ٣١٢٩
- الثانى أن يراد من البيع بثمانين التعليق ٣١٢٩
- و الثالث:أنه يمكن أن يراد من هذا البيع المؤجل،المنجز دون ٣١٣٠
- و أما بحسب الروايات ٣١٣٢
- قوله:مسأله:لا يجب على المشتري دفع الثمن المؤجل قبل حلول ٣١٣٨
- اشاره ٣١٣٨
- أن الاشتراط التأخير بحسب مقام الثبوت يتصور على وجوه: ٣١٣٩
- الأول:أن يكون الشرط لخصوص المشتري ٣١٣٩
- الثانى:أن يكون الشرط من ناحيه البائع على المشتري ٣١٣٩
- الثالث:أن يكون الاشتراط من كل من الطرفين على الآخر ٣١٣٩
- ثم إذا أسقط المشتري حقه أى حق تأخير الثمن إلى أجل خاص فهل ٣١٤٠
- لو أسقط المشتري أجل الدين فهل يسقط ٣١٤٢
- اشاره ٣١٤٢
- فالمشهور بين العلماء أنه لا يسقط ٣١٤٢
- اشاره ٣١٤٢
- الأول:ما ذكره فى جامع المقاصد أن التأجيل قد ثبت ٣١٤٢

- الوجه الثاني: أن الحق لكل من البائع والمشتري بحيث يكون لكل ..... ٣١٤٢
- الثالث: أن الحق و ان كان واحدا و لكن قد ثبت ذلك الحق الواحد ..... ٣١٤٤
- الرابعه: ما ذكره العلامة من أن الأجل صفه تابعه لا يفرد بالإسقاط ..... ٣١٤٤
- الوجه الخامس: ما ذكره المصنف(ره) ..... ٣١٤٤
- و ما ذهب اليه غير المشهور ..... ٣١٤٤
- قوله:مسأله:إذا كان الثمن بل كل دين حالا أو حلّ وجب على مالكة ..... ٣١٤٤
- اشاره ..... ٣١٤٤
- قد أشار المصنف(ره)في هذه المسأله الى جهات من الكلام: ..... ٣١٤٤
- الجهه الاولى:انه إذا كان الثمن مؤجلا و حلّ أجله أو كان معجلا ..... ٣١٤٤
- الجهه الثانيه:أنه إذا قلنا بوجود الإقباض للبائع و امتنع هو عن ..... ٣١٤٧
- الجهه الثالثه:أن البائع إذا امتنع عن القبض اما لعدم وجوبه،أو ..... ٣١٤٨
- الجهه الرابعه:أنه بعد ما كان اشتغال ذمه المديون ضررا عليه مع ..... ٣١٤٩
- الجهه الخامسه:أنه إذا عزل حق الدائن فهل حفظه على الدائن ..... ٣١٥٠
- ثم انه بقى هنا فرعان قد تعرض لهما المصنف لأجل المناسبه ..... ٣١٥١
- اشاره ..... ٣١٥١
- أما الفرع الثاني فمن جهه أنا لا نسلم كون المأخوذ من صاحب الشريك ..... ٣١٥٢
- و أما الفرع الأول:فربما يتوهم أن الشريك لما كان في معرض الضرر ..... ٣١٥٣
- قوله:مسأله:لا خلاف على الظاهر من الحدائق المصرح به في غيره. .... ٣١٥٣
- قوله:مسأله:إذا ابتاع عينا شخصيه بثمان مؤجل،جاز بيعه من بايعه ..... ٣١٥٥
- اشاره ..... ٣١٥٥
- فالكلام يقع هنا في ثلاث مسائل: ..... ٣١٥٥
- اشاره ..... ٣١٥٥
- أما المسأله الأولى في أنه هل يجوز بيع العين الشخصيه من الشخص الذي اشتراه منه مؤجلا ..... ٣١٥٦
- و أما المسأله الثالثه فهي أن يبيع شيئا و يشترط في ضمنه أن يبيعه ..... ٣١٦١
- القول في القبض ..... ٣١٦٥
- اشاره ..... ٣١٦٥



- ٣١٤٥ ..... اختلفت الأقوال في معنى القبض
- ٣١٤٧ ..... قوله:القول في وجوب القبض.
- ٣١٤٧ ..... مسأله يجب على كل من المتبايعين تسليم ما استحقه الآخر بالبيع
- ٣١٧٠ ..... قوله:مسأله:يجب على البائع تفرغ المبيع من أمواله مطلقا.
- ٣١٧٣ ..... قوله:لو امتنع البائع من التسلم.
- ٣١٧٥ ..... الكلام في أحكام القبض
- ٣١٧٥ ..... قوله:مسأله من أحكام القبض انتقال الضمان ممن نقله الى القابض.
- ٣١٨١ ..... قوله:لو تلف بعض المبيع قبل قبضه.
- ٣١٨٥ ..... تعريف مركز

سرشناسه: خوئی، ابوالقاسم، ۱۳۷۱ - ۱۲۷۸

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

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

مشخصات ظاهری: ۷ ج. نمونه

یادداشت: کتابنامه

موضوع: معاملات (فقه)

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

رده بندی کنگره: BP۱۹۰/خ ۹ م ۶ ۱۳۷۵

رده بندی دیویی: ۲۹۷/۳۷۲

شماره کتابشناسی ملی: م ۷۵-۷۰۸۹

ص: ۱

المجلد ۱: مکاسب المحرمه

مصباح الفقاهه

من تقرير بحث... ابوالقاسم الموسوي الخوئي

لمولفه محمدعلي التوحيدى التبريزى

ص: ٢

## البحث في مكاسب المعرمة

\*\*\*كلمه المؤلف\*\*\*

بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمَنِ الرَّحِيمِ

الحمد لله الذى هداانا إلى حقائق الايمان، و أنار قلوبنا بأنوار العلم و العرفان، و الصلوات الزاكيات على سيدنا و نبينا محمد الصادع بالدين الحنيف، و الشرع المنيف، و على آله الأطهار الدعاه الى الله و الناشرين لأحكام الله، (و بعد) فلما كان كتاب المكاسب الذى هو من مصنفات الشيخ الأعظم الصناعات الفذ و العلم الفرد المحقق المؤسس شيخ مشايخنا الأنصارى قدس الله روحه من أعظم الكتب الفقيهيه شأننا و أكثرها ماده و أمتنها استدلالا و أجزلها عباره كان هو المعول عليه فى الدراسه الخارجيه عند البحث عن المعاملات و قد جمع قدس الله روحه و أكرم مثواه بين دفتى كتابه زبده أفكار العلماء المتقدمين و خلاصه أنظارهم الدقيقه و أضاف إليها من فكرته الوقاده و قريحته النقاده تحقيقات أنيقه و تأملات رشيقيه و بذلك كان الكتاب صحيفه ناصعه تمثل سداد الرأى و نتاج المجهود الفكرى فى مراتبه الراقيه و علماؤنا الأعلام قدس الله أسرارهم قد أبدوا اهتماما خاصا بهذا الكتاب و عنوا به عنايه فائقه

و تعرضوا اليه و أوسعوه دراسه و شرحا و تعليقا حسب اختلاف أذواقهم فى الشرح و التعليق و بذلك تكونت مجموعه نفيه من الشروح لا يستغنى عنها الباحث و لا يتجاوزها المراجع المتأمل الى ان ألقت العلوم الدينيه زعامتها و أسندت رئاستها الى سيدنا و استاذنا علم الأعلام آيه الله الملك العلام فقيه العصر و فريد الدهر البحر اللجى واسطه قلاده الفضل و التحقيق محور دائره الفهم و التدقيق إمام أئمه الأصول و زعيم أساتذه المعقول و المنقول المبين لاحكام الدين و المناضل عن شريعه جده سيد المرسلين قدوه العلماء الراسخين أسوه الفقهاء العاملين المولى الأعظم و الحبر المعظم مولانا و ملاذنا الحاج السيد أبو القاسم الموسوى الخويى النجفى أدام الله أيام إفاضاته و متع الله المسلمين بطول بقائه و هو أدامه الله قد تعرض الى الكتاب أثناء الدراسه الخارجيه فى الحوزه المقدسه العلويه و أوسعته تهذيبا و تنقيحا و كشف النقاب عن غوامضه و أبان الموارد المعضله منه و أخذ بتلك المسائل و الآراء التى قيلت أو يمكن أن يقال فصهرها فى بوتقه خياله الواسع و فكره الجامع و أفرغها فى قوالب رصينه و شيدها على أسس متينه و كان النتاج دره لماعه على مفرق التشريع الإسلامى و الفقه الجعفرى و كنت ممن وفقه الله للاستفاده من محضره الشريف و الارتواء من منهله العذب فجمعت فى هذا المختصر ما استفدته من تلك الأبحاث ثم عرضت ذلك على السيد الأستاذ دام ظله فراجعه مراجعه كامله و كرر النظر فى أبحاثه و فصوله و ها أنا ذا أقدم كتابى هذا مصباح الفقاهه إلى أرباب العلم و الفضيله آملا أن يقع ذلك منهم موقع القبول و جعلت عملى هذا خالصا لوجهه الكريم سائلا منه أن يجعل ذلك ذخرا اليوم لا- ينفع مال و لا بنون. و قد كان المؤلفون القدماء كثيرا يقولون ان أسواق العلوم كاسده و تجارتها غير مربحه و ان الناس قد رغبت عنها الى ملاذ الدنيا و شهواتها و قصرت بأنظارها الى الخطام العاجل و العرض الزائل و انهم قد استأثروا الكسل على الجد و النوم على السهر و الراحة على العمل و ان الدنيا قد أدبرت عن ورثه الرساله و أصحاب الامانه و أمثال هذه الكلمات صارت عنوانا لفواتح الكتب و مستهلات الخطب و الرسائل و اما نحن فلنا أن نفتخر بحمد الله و إفضاله على هذا العهد الزاهى الذى ازدهرت فيه أنوار العلوم و أشرقت فيه شمس المعارف و أصبحت الأمم من كل حدب و صوب يتجهون الى هذه المدينه المقدسه مدينه سيد العلماء على الإطلاق بعد النبى صلى الله عليه و آله و سلم و ازدحمت المدارس بطلابها و ضاقت بهم أرجاؤها نحمده تعالى على هذه الموهبه الجليله و النعمه الجسيمه و نسأله أن يوفقنا لخدمات الدين و إحياء شريعه سيد المرسلين و أن يجعلنا من المشمولين لقوله عز من قائل (يَزِفَعُ اللَّهُ الَّذِينَ آمَنُوا مِنْكُمْ وَ الَّذِينَ أُوتُوا الْعِلْمَ دَرَجَاتٍ) - وَ تَمَّتْ كَلِمَةُ رَبِّكَ صِدْقًا وَ عَدْلًا لَا مُبَدَّلَ لِكَلِمَاتِهِ وَ هُوَ السَّمِيعُ الْعَلِيمُ .

قوله ره: و روى فى ثل (١) أقول المذكور فى تحف العقول (٢) و البحار (٣) يشتمل على زيادات و قد أسقطها المصنف و ربما يخل بالمقصود و ما فى حاشيه علامه الطباطبائي «ره» من انه لا- يتغير بها المعنى المراد فيظهر لك ما فيه مما سيأتى (بحث و تحقيق) اعلم ان هذه الروايه و ان كانت حاويه للضوابط الكليه و القواعد الكبرى الرجعه إلى اعاشه عالم البشريه من حيث تدينهم بالأحكام الشرعيه إلا انه لا يمكن تصدير الكتاب بها لأجل أخذها مدركا للابحاث الآنيه و دليلا لأحكام التجاره جزئيا و كليها بل لا بد فى كل مسأله من ملاحظه مداركها بالخصوص فان كان فيها ما يدل على المنع أخذ به و إلا فالعمومات الداله على صحه المعاملات محكمه (الوجوه الداله على عدم جواز التمسك بها) و إنما لم يجر التمسك بهذه الروايه لوجوه «الأول» قصورها من ناحيه السند و عدم استيفائها لشروط حجيه اخبار الآحاد فان راويها أبو محمد بن الحسن بن على بن الحسين بن شعبه الحراني أو الحلبي و إن كان رجلا- و جيا فاضلا جليل القدر رفيع الشأن و كان كتابه مشتملا على الدرر و اليواقيت. من مواعظ أهل البيت (ع) و قد اعتمد عليه جملة من الأصحاب [٤] إلا انه لم يذكرها مسنده بل

ص: ٥

(١-١) راجع ج ٢ ثل باب ٢ جوار التكبب بالمباحات من أبواب ما يكتسب به

(٢-٢) ص ٨٠

(٣-٣) ج ٢٣ المكاسب المحرمه ص ١٤.

أرسلها عن الصادق «ع» فلا تكون مشموله لأدله حجيه خبر الواحد لاختصاصها بالخبر الموثوق بصدوره و دعوى قيام القرينه على اعتبار روايتها المحذوفين جزافيه لأن القرينه على اعتبارهم ان كانت هي نقله عنهم فذلك ممنوع لكون النقل أعم من الاعتبار فالإلتزام بالأعم لا يدل على الإلتزام بالأخص و ان كانت شيئاً آخر غير النقل فلم يصل إلينا ما يدل على اعتبارهم و لو سامنا ذلك فإنه لا يفيدنا بوجه بل حتى مع تصريحه باعتبارهم عنده لأن ثبوت الاعتبار له لا يدل على ثبوت لنا ما لم يذكر سببه من التوثيق لنلاحظه حتى يوجب ثبوت عندنا فلعله يعتمد على غير خبر الثقة أيضاً.

## وهم و دفع

و ربما يتوهم انجبار ضعفها بعمل المشهور إلا انه مدفوع لكونه فاسدا كبرى و صغرى اما الوجه فى منع الكبرى فلعدم كون الشهره فى نفسها حجه فكيف تكون موجبه لحجيه الخبر و جابره لضعف سنده و إنما الشهره بالنسبه الى الخبر كوضع الحجر فى جنب الإنسان فلا بد من ملاحظه نفس الخبر فان كان جامعا لشرائط الحجيه عمل به و إلا فإن ضم غير حجه الى مثله لا ينتج الحجيه.

(لا يقال) إذا عمل المشهور بخبر كشف ذلك عن احتفاه بقرائن توجب الوثوق قد اطلعوا عليها و لم تصل إلينا فيكون الخبر موثوقا به كما ان إعراضهم عن الخبر الصحيح يوجب وهنه و سقوطه عن الاعتبار و من هنا اشتهر فى الألسن ان الخبر كلما ازداد صحه ازداد باعراض المشهور عنه و من هنا.

(فإنه يقال) مضافا الى كون ذلك دعوى بلا برهان و رجما بالغيب و عملا بالظن الذى لا يغنى من الحق شيئاً ان المناط فى حجيه خبر الواحد هي وثاقه الراوى و يدل على ذلك للموثقه [١] التى ارجع الامام «ع» السائل فيها إلى العمري و ابنه حيث علل هذا الحكم فيها

بأنهما ثقتان و يدل عليه أيضا الروايات المتواتره (١) التي أرجع فيها إلى أشخاص موثقين فان من المعلوم انه لا خصوصيه لهؤلاء الرواه إلا- من حيث كونهم موثقين اذن فالمناط هي الوثاقه فى الراوى و على هذا فان كان عمل المشهور راجعا الى توثيق رواه الخير و شهادتهم بذلك فيها و إلا فلا يوجب انجبار عفه و من هنا يعلم انه بعد ثبوت صحه الخبر لا يضره إعراض المشهور عنه إلا- أن يرجع الى تضعيف رواته، وبالجملة ان الملا-ك فى حجيه أخبار الآحاد هو وثاقه رواتها و المناط فى عدم حجيتها عدم وثاقتهم و لأجل ذلك نهى (٢) عن الرجوع الى من لا وثاقه له و تفضيل الكلام فى الأصول، و اما الوجه فى منع الصغرى فهو عدم ثبوت عمل المتقدمين بها و اما عمل المتأخرين فهو على تقدير ثبوته غير جابر لضعفها مضافا الى ان استنادهم إليها فى فتياهم ممنوع جدا كما سيأتى فإن المظنون بل الموثوق به هو اعتمادهم فى الفتيا على غيرها، و إنما ذكروها فى بعض الموارد تأييدا للمرام لا تأسيسا للكلام.

(لا- يقال) ان شرائط الحجيه و ان كانت غير موجوده فيها إلا أن موافقتها فى المضمون مع الروايات الأخير الصحيحه أو الموثقه توجب حجيتها على ان آثار الصدق منها ظاهره.

(فإنه يقال) إذا لم تستوف الروايه شرائط الحجيه فمجرد موافقتها مع الحججه فى المضمون لا- تجعلها حجه، و اما قوله ان آثار الصدق منها ظاهره فلا تدرى ماذا يريد هذا القائل من هذه الآثار أ هى غموض الروايه و اضطرابها أم تكرار جملها و ألفاظها أم كثره ضمائها و تعقيدها أم اشتغالها على أحكام لم يفت بها أحد من الأصحاب و من أهل السنه كحرمه بيع جلود السباع و الانتفاع بها و إمساكها و جميع التقلب و التصرف فيها مع ان الروايات المعتمره إنما تمنع عن الصلاه فيها فقط لا عن مطلق الانتفاع بها كموثقه سماعه [٣] و غيرها و كحرمه الانتفاع بالميتة و لو كانت طاهره و سيأتى خلاف ذلك فى بيع الميتة و كحرمه التصرف و الإمساك فيما يكون فيه وجه من وجوه الفساد و سيظهر لك خلاف ذلك من المباحث الآتية و مما ذكرنا ظهر عدم انجبارها بالإجماع المنقول على تقدير حجيته (الوجه الثانى) ان فتاوى أكثر الفقهاء ان لم يكن كلهم لا تطابق بعض جمل الروايه فكيف ينجبر

ص: ٧

١- ١) راجع الباب المذكور من ثل.

٢- ٢) راجع أبواب القضاء من ج ٣ ثل



ضعفها بالشهره الفتوائيه بينهم فان مقتضى بعض فقراتها حرمه بيع النجس مطلقا مع انه لم يلتزم به إلا النادر من الفقهاء بل فى بعض فقراتها حرمه إمساكه و التقلب فيه و لم يفت بهذا أحد فيما نعلم مضافا الى ان ظاهر الروايه هو حرمه بيع الأمور المذكوره تحريما تكليفيا و يدل على ذلك من الروايه قوله «ع» (فهو حرام يبيعه و شرائه و إمساكه و ملكه و هبته و عاريتة و التقلب فيه) فان الإمساك و التقلب يشمل جميع أنواع التصرف حتى الخارجى منه و لا- معنى لحرمة وضعها و الفقهاء رضوان الله عليهم لم يلتزموا فى أكثر المذكورات بذلك و إنما ذهبوا الى الحرمة الوضعيه و استفادوا ذلك من النهى فى أبواب المعاملات نظير النهى عن البيع الغررى فإن معناه الإرشاد إلى بطلان ذلك البيع كما يأتى فى محله ان شاء الله، نعم لو توجه النهى بذات المعامله مع اراده ما يظهر منه من المولويه لتوجه الالتزام بالحرمة التكليفيه كالنهي عن بيع الخمر و سيأتي (الوجه الثالث) ان التقسيم المذكور فيها لا- يرجع الى أمر محصل و ذلك يكشف عن اضطرابها فان تريب أقسام المعامله المعاشيه بجعل كل واحد من الولايات و الصناعات قسما مستقلا من تلك الأقسام فى قبال التجارات و الإجازات لا يسلم عن التكرار، أما الولايه فهى على قسمين لأنها اما عامه ثبتت من الله كالنبوه و الإمامه أو خاصه ثبتت من قبل الولايه العامه أما الولايه العامه فهى خارجة عن حدود الروايه فإن التقسيم فيها باعتبار المعامله المعاشيه فالولايه العامه خارجة عنها تخصصا و إنما هى من المناصب الإلهيه التى جعلت للعصمه الطاهره و اما الولايه الخاصه فمن حيث جواز ارتزاق الولايه من بيت المال تدخل تحت الإجاره المذكوره فى الروايه فلا تكون الولايه فى مقابل الإجاره قسما آخر فان المراد من الإجاره فيها ليس هى الإجاره المصطلحه بين الفقهاء و يدل على ذلك إدخال الجعالة تحتها و عدم ذكرها فى الروايه استقلالا، و اما الصناعات فان كان المقصود منها الصناعات المصطلحه من البنايه و الخياطه و التجاره و نحوها فمن الواضح انها ليست قسما من المعاملات المشرعه للاعاشه و إنما هى موضوع من الموضوعات و ان كان النظر فيها إلى الطوارى و العوارض من حيث ان من يتصف بها اما أن يوجر نفسه للغير لأجل ما عنده من الصناعات و اما أن يجعل ما يحصله منها ثمنا أو مثمنا فى البيع فعلى الأول تدخل تحت الإجاره و على الثانى تحت التجاره فلا تكون وجها آخر فى قبالتها إلا أن يراد منها نفس الحرفه و الصنعه مع تعميم المقسم الى كل ما يكون وسيله إلى المعاش فحينئذ يشملها المقسم لكونها من أعظم الوسائل إلى التعيش، و فيه انه بناء عليه لا يكون التقسيم المذكور فى الروايه حاصرا لخروج كثير من وسائل الاعاشه عن المقسم كالحيازات و النتاجات و الاصطياد و احياء الموات و اجراء القنوات و الضيافات و أخذ الخمس و الزكاه و الصدقات و قد رد هذا الإشكال بأن الحصر فى الروايه إضافى و لكن هذا الرد

فاسد فإنه ناشئ من الاغترار بما اشتهر في ألسنه الأدباء من حسيان الحصر الإضافي قسما آخر يقابل الحصر الحقيقي مع ان الحصر لا- يكون إلا- حقيقيا بل الالتزام بالحصر في مورد مع الالتزام بكونه إضافيا لا حقيقيا التزام بالمتناقضين كما هو واضح للناقد البصير.

نعم قد يكون الحصر في حصه خاصه كما يقال:زيد أعلم من في النجف،وقد يكون غير مقيد بحصه خاصه فيسمى الأول إضافيا و الثاني حقيقيا وهذا غير ما توهم(و توهم بعضهم) ان التقسيم فيها باعتبار المعاملات و حينئذ فلا يوجب حصرها في الأربع حصر كل طرق المعاش اليه و لكن هذا التوهم مما لا يصغى اليه بعد القطع بأن المعاملات المنقسمه إلى الأقسام المذكوره ليست هي المعاملات المصطلحه كما عرفت.

نعم لا- يبعد أن يقال ان التقسيم في الروايه بحسب المعاملات المعاشيه المعروفه كما يدل على ذلك صدرها[١]و قد أسقطه المصنف تبعا لصاحب الوسائل و قد تحصل من مطاوى بعض ما ذكرنا عدم جواز الاستناد إلى شىء من روايات تحف العقول في شىء من الأحكام الشرعيه و مع ذلك لا- ينقضى تعجبي من الشيخ حسين البحراني«ره» كيف رضى القول بأنه كتاب لم يسمح الدهر بمثله مع ان الكتب المعتمده للشيعه نصب عينيه.

## تذييل

لا- يخفى عليك ان المناسب تقسيم المعاش العباد الى قسمين التجاره بالمعنى الأعم و العمل فان الاعاشه العقلائيه لا تخلو منهما،و اما مثل التسؤل و نحوه فليس من الطرق العقلائيه للاعاشه(كشف حقيقه و لطف قريحه)لا يخفى عليك ان الإضافات الموجوده بين المال و مالكه المسماه بالاضافات المالكيه تكون على أنحاء لأنها في دار تقررها أما إضافه ذاتيه تكوينيه و اما إضافه عرضيه أى متكونه بواسطه الأمور الخارجيه.

أما الأولى فكالاضافات الموجوده بين الأشخاص و أعمالهم و أنفسهم و ذمهم فإن أعمال كل شخص و نفسه و ذمته مملوكه له ملكيه ذاتيه و له واجديه لها فوق مرتبه الواجديه الاعتباريه و دون مرتبه الواجديه الحقيقه التى لمكون الموجودات ثم انه ليس المراد من الذاتى هنا الذاتى فى باب البرهان و هو المنتزع من مقام الذات المسمى بخارج المحمول و لا الذاتى فى باب الكليات الخمس بل المقصود منه هنا ما لا يحتاج فى تقرر و ظهوره فى صفحه الوجود إلى شىء آخر وراء نفسه من الاعتبارات الملكيه و لا إلى إعدام موجود و لا الى

إيجاد معدوم و لا الى ضم ضميمه و إنما شأنها شأن الذاتيات التي لا تحتاج إلا الى عله في الوجود ثم ان معنى الملكيه هنا ليس إلا-القدره و السلطنه بمعنى ان كل أحد مسلط على عمله و نفسه و ما في ذمته بأن يؤجر نفسه للغير أو يبيع ما في ذمته و يأتي لذلك زياده توضيح في أول البيع ان شاء الله،و من هنا يندفع ما ربما يتوهم من ان عمل الإنسان لا يعد من الأموال و وجه الاندفاع انه ليس من الأموال بالإضافه الاعتباريه لا بالإضافه التكوينيّه.

و اما الإضافه العرضيه فهي اما أن تكون إضافه أوليه و اما أن تكون إضافه ثانويه و الأوليه إما أصليه استقلاليه أو تبعيه غيريه فالأوليه الأصليه كالإضافه الماليه الحاصله بالعمل أو بالحيازه أو بهما معا فالأول كالأعمال التي يعملها الإنسان فيحصل منها المال و الثاني كحيازه المباحات و الثالث كمن يحوز أشجارا فيجعلها سريرا فإن الصوره السريره توجب.تحقق إضافه ماليه أخرى في ماده الخشبيه وراء الماليه المتقومه بالخشبه فتلك الماليه القائمه في السرير حاصله من العمل و الحيازه معا فإطلاق الأوليه عليها باعتبار عدم سبق اضافه ذلك المال الى الغير و الأصليه باعتبار عدم تبعها للغير.

و اما الإضافه الأوليه التبعيه فهي ما تكون بين المالك و بين نتاج أمواله كالنتاج التي تنتج الحيوانات المملوكه و البيوض التي تبيضها الطيور المملوكه و الثمار التي تثمرها الأشجار المملوكه الى غير ذلك فإنها تضاف الى مالك الأصول اضافه أوليه تبعيه اما إطلاق التبعيه فلكونها تابعه لما تحصل منه و اما إطلاق الأوليه فلعدم سبق اضافه إليها.

و اما الإضافه الثانويه فالمراد بها ما قابل الإضافه الأوليه و ان كانت طارئه على الأموال مرارا عديده فهي نظير المعقولات الثانويه في مقابلتها للمعقولات الأوليه،و هي على قسمين لأنها تاره تكون قهريه و اخرى اختياريه.

(أما الأولي)فكالاضافه التي تحصل بسبب الإرث أو الوقف بناء على كونه من الإيقاعات كما اخترناه في محله و وجه كونها قهريه هو حصول المالكه في هذه الموارد للوارث و الموقوف عليه و الموصى له بالقهر لا بالفعل الاختياري.

(و اما الثانيه)فكالاضافه الحاصله من المعاملات و منها ما يحصل من المكاسب التي نحن بصدد بحثها و تأسيس أصولها و مبانيها بعون الله و حسن توفيقه،و غير خفي على الناقد ان ما ذكرناه من تلك الإضافات على أقسامها من البديهيّات التي لا تحتاج الى المقدمات النظرية الخفيه قوله عليه السلام:كذلك المشتري أقول هو اسم فاعل مقابل البائع و ليس باسم مفعول ليكون المراد منه المبيع كما توهم.

قوله عليه السلام:فيجعل ذلك الشيء أقول يمكن أن يراد منه الحمل أي يحمل

أو الأخذ أى يأخذ أو الوصف أى يوصف فى مقام الإيجار و ليس بمعناه المعروف ليكون الشىء مفعولا- أولا و قوله «ع» (فى عمل) مفعولا ثانيا كما احتمله بعض الأعاضم.

قوله «ع»: «حلالا- أقول ليس منصوبا على الحاليه و لا مجرورا لكونه وصفا لقوله ع (فى عمل) كما تخيل بل إنما هو مرفوع للخبريه فإن أصل النسخه هكذا (فهذه وجوه من وجوه الإجازات حلال).

قوله «ع»: «أو سوقه أقول فى المجمع السوقه بالضم الرعيه و من دون الملك و منه الحديث: ما من ملك و لا سوقه يصل الى الحج إلا بمشقه.

قوله «ع»: «أو عمل التصاوير أقول فى تحف العقول (أو حمل التصاوير) و على هذا فعطف الخنازير و الميته و الدم فى الروايه على التصاوير لا يحتاج إلى عنايه.

قوله «ع»: «اجاره نفسه فيه أو له أقول المراد من الأول هو الإيجار لنفس الشىء بأن يؤجر نفسه لصنع الخمر كإيجار نفسه فى هدم المساجد، و من الثانى الإيجار للمقدمات، و ليس المراد من الأول إيجار نفسه فى المصنوع كحمل الخمر و من الثانى إيجار نفسه لصنعه، و لا- ان المراد من الأول المباشريه و من الثانى التسبيبيه، و لا ان المراد من الأول الإيجار للمقدمات و من الثانى الإيجار لنفس المحرم، فان كل ذلك خلاف الظاهر من الروايه و من هنا ظهر المقصود من قوله «ع» (أو شىء منه أو له) غايه الأمر ان المراد منهما جزء العمل و جزء المقدمات و الضمائر الأربعة كلها ترجع الى الأمر المنهى عنه.

قوله «ع»: «و ينحيا أقول فى المجمع نحى الشىء أزاله و نح هذا عنى أى أزاله و أبعدته عنى قوله «ره»: «و حكاه غير واحد أقول ليس فى كتاب السيد من روايه تحف العقول عين و لا اثر و لم تذكر حتى بمضمونها فيه.

(نعم) ذكرت [١] فيه معائش الخلق على خمسسه أوجه (وجه الاماره و وجه العماره

ووجه الإجاره ووجه التجاره ووجه الصدقات)إلا ان ذلك غير مربوط بما فى تحف العقول سنخا و حكما و لعل هذه الجملة صدرت من المصنف اما من سهو القلم أو من جهه الاعتماد على ما فى ثل فإنه قال بعد نقل روايه تحف العقول(و رواه المرتضى فى كتاب المحكم و المتشابه) و لا يخفى ان كتاب المحكم و المتشابه هذا هو بعينه تفسير النعمانى المعروف.

## فى الفقه الرضوى

### اشاره

قوله «ره»:و فى الفقه المنسوب الى مولانا الرضا«ع» أقول تحقيق الكلام هنا يقع فى جهتين الاولى فى صحه نسبه هذا الكتاب الى الرضا«ع»و عدم صحتها و الثانيه فى دلاله

ص:١٢

هذه الروايه على مقصد المصنف و عدم دلالتها

**(اما الجبهه الأولى) فى صحه نسبه هذا الكتاب الى الرضا«ع»**

**اشاره**

فقد تمسك القائلون باعتباره بوجه كثيره و لكنها تؤل الى وجهين:

**(الأول) و هو عمدته ما تمسك به المبتنون**

ان ظهوره و ان كان فى زمن المجلسى الأول و لكن الذى أخبرنا بالكتاب و رواه المجلسى هو الثقة الفاضل و المحدث الكامل القاضى السيد أمير حسين طاب ثراه[١] فإنه أول من اطلع عليه و استنسخه و قد استنسخه المجلسى من نسخته و هو ثقة فيصدق فى قوله لشمول أدله الخبر الواحد لخبره هذا.

(و فيه) ان اخباره هذا اما أن يكون مستندا إلى القرائن التى أوجبت حصول العلم العادى له من الخطوط الموجوده فيه للإمام«ع» و الإجازات المدونه فيه للاعلام على ما نقله المحدث المتبحر النورى فى المستدرک (١) عن المجلسى الأول.

و اما ان يكون مستندا الى اخبار ثقتين عدلين من أهل قم للسيد المذكور بكون الكتاب للرضا«ع» كما فى المستدرک (٢) أيضا حيث قال: ان السيد الثقة الفاضل القاضى أمير حسين أخبر بأن هذا الكتاب له«ع» و أخبره بذلك أيضا ثقتان عدلان من أهل قم و هذا خبر صحيح داخل فى عموم ما دل على حجيه خبر العدل.

اما الطريق الأول فضعفه بين لان حصول العلم للسيد الأمجد و السند الأوحد من تلك القرائن على صحه النسبه لديه لا يوجب حصول العلم لنا باعتباره و عامه بذلك لا يفيد غيره بوجه و من الغرائب أن يتمسك لحجيه خبره هذا بعموم أدله أخبار الآحاد فان هذه العمومات لا تشمل الأخبار الحدسيه و لو كان المخبر بها من الثقات و أغرب منه أن يقال ان المتيقن من الاخبار الحدسيه الخارجه عن هذه العمومات هى ما لا تعتمد على مبادئ محسوسه يلزم من العلم بها العلم بمضمون الخبر و اما لو اعتمد على مبادئ محسوسه يلزم من العلم بها العلم بصدق الخبر كما فى الشجاعه و السخاوه و العداله بناء على تفسيرها بمعنى الملكه فلا يظن بأحد أن يتوقف فى عموم أدله خبر العدل لها و اخبار السيد باعتبار الفقه الرضوى من قبيل الثانى لا الأول و وجه الغرابه فى هذه القول ان الاخبار بالأمر الحدسيه بواسطه أسبابها الحسيه إنما يكون مشمولاً لأدله الحجيه إذا كان بين الأسباب مسيبتها ملازمه عاديه بحيث يلزم من العلم بها العلم بالمسيبات كما فى الأمثله المذكوره و اما إذا انتفت الملازمه العاديه فأدله حجيه الخبر لا تشملها كما حقق ذلك فى علم الأصول و هذا الشرط مفقود فى موضوع البحث فان

ص: ١٣

(١-١) راجع ج ٣ ص ٣٣٧.

(٢-٢) راجع ج ٣ ص ٣٣٩.

الأمر التي استند إليها السيد في اخباره قابله للمنع فإنه كيف يعلم احد ان الخطوط في النسخة للإمام «ع» و ان الإجازات للاعلام إلا من طريق الحدس الشخصى إذن فإن الأمور المذكوره حدسيه لا حسيه، و أيضا فلا ملازمه بينها و بين العلم بالنتيجه.

(فإن قلت) كيف يصح إنكار ما يدل على صدق نسبه الكتاب للإمام «ع» مع ان فيه عبارات تنطق بكونه له «ع» مثلما قال في أول الكتاب يقول عبد الله على بن موسى الرضا و في بعض كلماته نحن معاشر أهل البيت و أمرنى أبى وجدنا أمير المؤمنين «ع» و أروى عن أبى العالم، الى غير ذلك من العبارات التي لا ينبغي صدورها إلا عن الحجج (عليه السلام) و قد ذكر المحدث النورى جملة منها في المستدرک (1) هذا مضافا الى القرائن التي اعتمد عليها السيد المذكور (قلت) أولا ان احتمال الكذب لا دافع له مع الجهل بمؤلفه و انفتاح باب الجعل و الفريه من المشمرين عن ساق الجدل للكذب على العتره الطاهره.

أفنسيت الأخبار المجهوله في أمر الولاية كيف قامت و ان لكل واحد من الأئمه عليهم السلام من يدس عليه من الكذابين.

و من هذا ظهر فساد توهم الصدق في نسبه الكتاب من جهه موافقه تاريخه لزمان الرضا عليه السلام، و ثانيا لنفرض ان الكتاب ليس من مجعولات الوضاعين فهل يصح أن نتمسك بقوله: نحن معاشر أهل البيت، أو جدنا أمير المؤمنين، لتصحيح كون الكتاب للإمام عليه السلام أليس احتمال كون مؤلفه رجلا علويا بمكان من الإمكان (و اما الطريق الثانى) أعنى استناد اخبار السيد بصدق الكتاب الى أخبار ثقتين بذلك من أهل قم.

(ففيه) أولا انه محض اشتباه من المحدث المتبحر النورى فإنه مع نقله كلام المجلسى الأول بطوله الذى هو الأصل فى السماع عن السيد غفل عنه و سلك مسلكا آخر فقد قال المجلسى الأول كما فى المستدرک (2) ثم حكى -أى السيد- عن شيخين فاضلين صالحين ثقتين انهما قالوا: ان هذه النسخه قد أتى بها من قم إلى مكه المشرفه و عليها خطوط العلماء و إجازاتهم و خط الامام عليه السلام فى عده مواضع قال: و القاضى أمير حسين قد أخذ من تلك النسخه و أتى بها الى بلدنا و انى استنسخت نسخه من كتابه. و هذا الكلام كما ترى يعلن بمخالفته لما أفاده النورى.

و ثانيا فننقل الكلام الى اخبار هذين العدلين فإن غايه ما يحصل لنا من أخبارهما كون الفقه الرضوى من جملة الأخبار المرسله فيتوجه عليه ما قدمناه فى روايه تحف العقول.

و مما يوهن حججه خبر أمير حسين بصدق الكتاب مع كونه ثقة قول المجلسى الأول بعد

ص: ١٤

١- ١) راجع ج ٣ ص ٣٤٣.

٢- ٢) راجع ج ص ٣٣٧.

كلامه المتقدم و العمده فى الاعتماد على هذا الكتاب مطابقه فتاوى على بن بابويه فى رسالته و فتاوى ولده الصدوق لما فيه من دون تغيير أو تغيير يسير فى بعض المواضع و من هذا الكتاب تبين عذر قدماء الأصحاب فيما أفتوا به.

و وجه الوهن انه لو كان اخبار السيد بذلك جامعا لشرائط الحجية فى الخبر الواحد فلا وجه لقول المجلسى الأول: ان العمده فى إثباته هى مطابقته لفتوى الصدوقين، و بالجمله لم يتحصل لنا من الوجه المذكور ما يوجب اعتبار الكتاب.

### (الأمر الثانى) مما تمسك به المثبتون

لنسبه الكتاب موافقته لرساله على بن بابويه الى ولده الصدوق و هى الكتاب المعروف بشرائع الصدوق و قد استند الى هذا الوجه بعض الأصحاب و عرفت ان المجلسى الأول من هؤلاء فقد جعل العمده فى تصحيح الكتاب موافقته لفتوى الصدوقين فلا بد من ان يكون الكتاب موجودا فى زمان الصدوق و معتمدا عليه عنده و لذا نقل عنه و ان لم يسم به.

(و فيه) ان هذا لا يوجب اعتبار الكتاب لاحتمال أخذ مؤلفه ذلك من الرساله المذكوره بل هذا هو الظاهر إذ من المستبعد جدا بل من المستحيل عاده ان يسند على بن بابويه كتاب الرضا عليه السلام الى نفسه من دون ان يشير هو أو ابنه الصدوق الذى كتب لأجله هذه الرساله الى ان هذا الكتاب من تأليف الرضا و هل يرضى احد ان ينسب مثل هذه السرقة إلى الصدوقين فلا بد و ان يكون الأمر بالعكس بأن يكون هذا الكتاب مأخوذاً من رساله على بن بابويه.

(و ربما قيل (1) ان فقه الرضا عليه السلام هذا هو الذى كتبه الرضا لأحمد بن السكين الذى كان مقرباً عنده و هو بخطه «ع» موجود فى الطائف بمكة المعظمه فى جملة كتب السيد عليخان و عليه إجازات العلماء و خطوطهم و هذه النسخه بالخط الكوفى و تاريخها عام مائتين من الهجره و بعد ان نقل المحدث النورى هذا الوجه عن الرياض قال ما حاصله: و من هنا يتضح ان من عدم الاطلاع و من قله الخبره ان يقال ظهور الكتاب إنما كان فى زمن أمير حسين اما قبل ذلك الزمان فلم يكن منه عين و لا أثر.

(أقول) نحن لا ندعى انه لم يكن للرضا «ع» كتاب و آثار حتى ينقض علينا بما كتبه لأحمد بن سكين بل نقول انه لا مدرك لنا لإثبات ان هذا الكتاب الذى عندنا كان له عليه السلام و انه هو الذى كان موجودا فى مكتبه السيد عليخان خصوصا مع ملاحظه أن ظهوره كان من قم كما عرفت و من هنا يعلم ان نقد النورى للقول بظهوره فى زمن أمير حسين

ص: ١٥



ثم انه مع الغض عن جميع ما ذكرناه فان فى الكتاب قرائن قطعيه تدل على عدم كونه لمثل مولانا الرضا«ع» بل هو رساله عمليه ذكرت فيها الفتاوى و الروايات بعنوان الإفتاء كما يظهر لمن يلاحظه كيف و أكثر رواياته اما بعنوان روى و راوى و نحوهما، و اما نقل عن الرواه خصوصا فى آخر الكتاب فإنه ينقل فيه كثيرا عن ابن ابى عمير و زراره و الحلبى و صفوان و محمد بن مسلم و منصور و غيرهم.

على ان فيه عبارات يقبح صدورها عن الامام«ع» نظير قوله جعلنى الله من السوء فداك و قوله فى باب القدر (١) صف لى منزلتين فان هذا القول ظاهر فى جهل القائل و هو مستحيل فى حق الامام«ع» الى غير ذلك و قد نقل جمله منها فى المستدرک (٢) مع انه ذكر فيه [١] من الاحكام المتناقضه و ما يخالف مذهب الشيعة بكثير و حملها على التقيه بديهى الفساد لما ورد فى هذا الكتاب أيضا مما يخالفها بل تكذيبهم و الإزراء عليهم كما فى المتعه [٢] و الالتزام بالتفصيل (٣) بأن بعض الكتاب إملاء منه«ع» و بعضه الآخر لأحمد بن محمد بن عيسى الأشعري و ان موارد التقيه فى الكتاب إنما هى فيما سمع منه عليه السلام تكلف فى تكلف و قول بلا علم هذا كله ما يرجع الى نفس الكتاب، و قد أجاد صاحب الفصول فى بعض ما افاده [٣] هنا فليراجع إذن فقد حق القول انه لو أنيطت الأحكام الشرعيه بمثل هذه المدارك

ص: ١٤

١-١ (١) ص ٤٨.

٢-٢ (٢) ج ٣ ص ٣٥٠.

٣-٣ (٣) راجع ج ٣ المستدرک ص ٣٥٣.

فبين أيدينا البخارى و مسند احمد و صحيح مسلم و على هذا فعلى الفقه السلام.

و اما توهم انجبار رواياته بالشهره إذا قامت على وفقها فقد عرفت ما فيه فى روايه تحف العقول (و ربما يتخيل) اعتبار الكتاب لأجل عمل جملة من الأكابر عليه كالمجلسيين و غيرهما و لكنه فاسد لأنهم قد استندوا فى عملهم هذا بما ذكر من الوجوه التى عرفت جوابها بما لا مزيد عليه.

### (و اما الجبهه الثانيه) عدم إمكان الاستناد بهذه الروايه

فمع الإغضاء عن جميع ما ذكرناه و الالتزام باعتبار الكتاب لا يمكن الاستناد بهذه الروايه [١] التى نقلها العلامة الأنصارى «ره» فى شىء من المباحث و ذلك لوجوه (الأول) عدم وجدان فتوى من فتاوى أعظم الأصحاب على طبقها فإن الروايه صريحه بحرمة استعمال ما نهى عنه مما فيه الفساد بجميع الاستعمالات حتى الإمساك مع انه لم يفت به أحد فيما نعلم و كيف يفتوه فقيه أو متفقه بحرمة إمساك الدم و الميتة و لحوم السباع كما ان ذلك مقتضى الروايه إذن فلا يمكن الفتوى على طبقها.

(الثانى) ان مقتضى قوله (فحرام ضار للجسم و فساد للنفس) أن الضابطه فى تحريم هذه الأمور المذكوره فى الروايه هو أضرارها للجسم كما ان المناط فى جوازها عدم أضرارها له مع ان جملها ليس بضرار للجسم كالملابس و المناكح و أكثر المشارب و المآكل ان لم يكن كلها كذلك و على فرض تسليم ذلك فلا نسلم انضباط القاعده فإنه لا شبهه ان كثيرا من هذه الاستعمالات للأشياء المحرمه لا تكون مضره قطعا كوضع اليد عليها مثلا أو الأكل منها قليلا أو شد اليد بجلد الميتة و شعر الخنزير و إنما المضره هى مرتبه خاصه من الاستعمالات بجميع الأشخاص و الأزمان و الأمكنه و الكميّه فلو كان ذلك موجبا لحرمة جميع الاستعمالات بجميع

مراتبها فتكون نظير قول النبي «ص» (١): (فما أسكر كثيره فقليله حرام) للزم من ذلك القول بحرمه جميع ما خلق الله في الأرض من المباحات فان كل واحد من هذه المباحات لا بد و أن يكون مضرا في الجملة و لو باستعمال الشيء الكثير منه.

على ان الأحكام الشرعيه بناء على مسلك العدليه تدور مدار ملاكاتها الواقعيه من المصالح و المفساد و اما المنافع و المضار فهي خارجه عن حدودها، نعم ربما يكون الضرر أو النفع موضوعا للأحكام إلا ان ذلك غير مربوط بباب ملاكات الأحكام.

(الثالث) ان ظاهر الروايه هو حرمه بيع الأمور المذكوره تحريما تكليفيا كما تقدم نظير ذلك في روايه تحف العقول و كلامنا في الحرمة الوضعيه.

## في اعتبار كتاب دعائم الإسلام

### اشاره

قوله و عن دعائم الإسلام أقول أقصى ما قيل أو يمكن أن يقال في وجه اعتبار هذا الكتاب ان صاحبه أبا حنيفه النعمان حيث كان رجلا إماميا اثني عشريا جليلا فاضلا فقيها و من جملة النوابغ في عصره بل كان فريدا في دهره كما يظهر من كتابه كانت رواياته مشموله لأدله حجيه خبر العدل الإمامي.

(و الذي) ينبغي أن يقال انه لا شبهه في علو مكانه أبا حنيفه النعمان صاحب كتاب دعائم الإسلام و غيره من الكتب الكثيره و نبوغه في العلم و الفضل و الفقه و الحديث على ما نطقت به التواريخ و كتب الرجال و كتابه هذا كما لا شبهه في كونه إماميا في الجملة فإنه كان مالكي الأصل فتبصر و صار شيعيا إماميا كما اتفقت عليه كلمات أكثر المترجمين الذين تعرضوا لترجمته و تاريخه كالبهار [١] و تنقيح المقال للمامقاني (٢) و سفينه البحار [٢]

ص: ١٨

١-١) راجع ج ١١ الوافي باب ١٥٦ ان كل مسكر حرام ص ٨٢.

٢-٢) ج ٣ ص ٢٧٣.

والمستدرک (١) وتأسيس الشيعة للسيد حسن الصدر (٢) وغيرها وقد نقلوا عن أئمة التاريخ والرجال كونه إماميا وعلى هذا فلا يصغى الى قول ابن شهر آشوب في المعالم انه لم يكن إماميا على ما في تنقيح المقال.

إلا أن الذي يقتضيه الإنصاف إنا لم نجد بعد الفحص والبحث من يصرح بكونه ثقة ولا اثني عشريا وإن كان المحدث النورى قد أتعب نفسه في إثباتهما وبالغ في اعتبار الكتاب ومع هذا الجهد والمبالغة لم يأتى بشيء تركن اليه النفس ويطمئن به القلب ولعل كلام السيد في الروضات (٣) ينظر الى ما ذكرناه حيث قال: ولكن الظاهر عندي انه لم يكن من الإماميه الحقه وحينئذ فكيف يمكن إثبات حجيه رواياته بأدله حجيه خبر العدل.

و على تقدير تسليم وثاقته و كونه إماميا اثني عشريا فلا يخرج بذلك ما احتواه كتابه عن سلك الأخبار المرسله فتسقط حجيته للإرسال.

و أما توهم انجباره بالشهره أو بموافقه أكثر رواياته لروايات الكتب المعتمره فقد تقدم جوابهما في ذيل روايه تحف العقول.

(فان قلت) إذا سلمنا وثاقه أبى حنيفه النعمان فلا مناص عن الالتزام بحجيه كتابه لأنه قال في أوله: نقتصر فيه على الثابت الصحيح مما روينا عن الأئمه من أهل بيت رسول الله (صلى الله عليه وآله) فيكون كلامه هذا توثيقا إجماليا لما أسقطه من الرواه.

(قلت) نعم و لكن ثبوت الصحه عنده لا يوجب ثبوتها عندنا لاحتمال اكتفائه في تصحيح الروايه بما لا نكتفى به نحن و الحق فيه ما ذكره المجلسى في البحار (٤) ان رواياته إنما تصلح للتأكيد والتأييد فقط.

(إزاحه شبهه) وقد التجأ المحدث النورى (٥) في تنزيه أبى حنيفه النعمان عن اتهامه

ص: ١٩

---

١- ١) ج ٣ خاتمه الكتاب في الفائدة الثانيه ص ٣١٣.

٢- ٢) ص ٣٨٢.

٣- ٣) ص ٧٢٧.

٤- ٤) ج ١ ص ١٥.

٥- ٥) ج ٣ المستدرک ص ٢١٥

بمذهب الإسماعيلية و إثبات كونه ثقه اثني عشريا الى بيان نبذه من عقائد الإسماعيلية الفاسده كقولهم بأن محمد بن إسماعيل حتى لم يمت و يبعث برسالة و شرع جديد ينسخ به شريعته محمد و انه من اولى العزم و أولو العزم عندهم سبع لأن السماوات سبع و الأرضين سبع و بدن الإنسان سبع و الأئمة سبع و قلبهم محمد بن إسماعيل الى غير ذلك من الخرافات التي تنزه عنها النعمان و كتابه ثم انه صرح في كتابه بكفر الباطنية و أثبت إمامه الأئمة الطاهرة و كونهم مفترضى الطاعة و لم يصرح بإسماعيل و لا بابنه محمد و مع ذلك كله فكيف يرضى المنصف بعده من من الإسماعيلية، انتهى ملخص كلامه.

(و فيه) ان تنزه النعمان من تلك الأقاويل الكاذبه و العقائده الفاسده و تصريحه بكفر الباطنية لا يستلزم عدم كونه من الإسماعيلية لأن الباطنية قسم منهم و ليس كل اسماعيلي من الباطنية و ان عدم ذكره إسماعيل و ابنه في عداد الأئمة لا يكشف عن عدم عقيدته بإمامتهما مع ان عقائده الاسماعيليين لم تصل إلينا بحقيقتها حتى نلاحظها مع ما ذكره النعمان ليتضح لنا انه منهم أو ليس منهم و لقد صادفت زعيما من زعمائهم في الحضرة الشريفه فسألته عن ولى الأمر و الحجة المنتظر «ع» هل هو حتى أو ميت فقال هو لا- حتى و لا- ميت بل يولد من امرأه قرشييه لا- تحيض فيعلم من ذلك انهم لا- يرون ما تذهب إليه الباطنية في محمد بن إسماعيل.

(كشف حقيقته) لا ينقضى تعجبي من المحدث المتبحر النورى حيث قال في المستدرك (1) ما ملخصه: ان الكتاب المذكور لم يخالف في فرع غالبا إلا و معه موافق معروف من الشيعة إلا في إنكار المتعة فليس له موافق عليه، ثم حمل إنكاره هذا على التقية و جعل القرينه على ذلك ما ذكره في باب الطلاق من عدم وقوع التحليل بالمتعة للمطلقه ثلاثا و ما ذكره في باب الحد في الزنا من ان الإحصان لا- يتحقق بالمتعة فإن المتعة لو لم تكن جائزه عنده لكان ذكرها في البابين بلا وجه و تكون من قبيل ذكر الزنا فيهما و لا معنى لأن يقول أحد ان الزنا لا يتحقق به التحليل و الإحصان.

(و وجه العجب) أولا ان الكتاب يشتمل على فروع كثيره تخالف مذهب الشيعة الاثني عشريه و لم يوافق عليه أحد من علماء الشيعة و قد ذكرنا في الحاشيه [1] أنموذجا من هذه المخالفات لتكون حجه على منكرها.

ص: ٢٠

(و ثانيا) ان نقل روایتين فى الكتاب يظهر منهما جواز المتعه لا يدل على التزامه بالجواز و نسبه ذلك إليه محتاجه إلى علم الغيب بأنه كان حين ما نقلهما ملتفتا الى ما يستفاد منهما من مشروعيه المتعه فإن من المحتمل القريب أن يكون نظره فى الروایتين مقصورا على نفي التحليل و الإحصان بالمتعه كنفيهما بالشبهه مع عدم التفاته إلى جهه أخرى لأنه ليس بمعصوم لا يمكن فى حقه مثل هذا الاحتمال.

(اما) ان المتعه بناء على عدم جوازها كالزنا فيكون ذكرها فى البابين من قبيل ذكر الزنا و لا معنى له.

(فيدفعه) ان ذكر المتعه يكون من قبيل ذكر الشبهه فى البابين و لا خفاء فيه و لا معنى للتهويل به.

## تذييل

لا يخفى عليك انا لو قطعنا النظر عن جميع ما ذكرناه فى عدم اعتبار الكتاب فالروايه التى

ص: ٢١

ذكرها المصنف [١] هنا لا- يمكن الاستناد إليها بالخصوص لأن قوله فيها (و ما كان محرما أصله منهي عنه لم يجز بيعه) يقتضى حرمه بيع الأشياء التي تعلق بها التحريم من جهة ما مع انه ليس بحرام قطعا على ان الظاهر منه هي الحرمة التكليفية مع أنها منتفیه جزما في كثير من الموارد التي نهى عن بيعها و شرائها و إنما المراد من الحرمة في تلك الموارد هي الحرمة الوضعيه ليس إلا فلا تكون الروايه معموله بها.

## القول في صحه النبوى المشهور و سقمه

### اشاره

قوله و فى النبوى المشهور أقول توضيح الكلام فى صحه الحديث و سقمه يقع فى مقامين الأول فى سنده و الثانى فى دلالتة،

### أما الأول فى سنده

### اشاره

فالكلام فيه من جهتين الاولى فى حجتيه عند العامه و الثانيه فى حجتيه عند الخاصه.

### اما الكلام فى الجبهه الأولى حجتيه عند العامه

فإن هذا النبوى لم يذكر فى أصول حديثهم إلا فى قضيه الشحوم المحرمه على اليهود التي نقلت بطرق متعدده كلها عن ابن عباس إلا فى روايتين إحداهما عن جابر و الثانيه عن عمر و قد ذكر فى ذيل بعض الروايات [٢] التي عن ابن عباس قوله «ص»: (ان الله إذا حرم على قوم أكل شيء حرم عليهم ثمنه) مع اضافته لفظ (أكل) و على هذا فيكون غير النبوى المشهور.

(نعم) ورد فى مسند أحمد [٣] بإسناده عن ابن عباس فى بعض روايات تلك القضيه (ان الله إذا حرم على قوم شيئا حرم عليهم ثمنه) بإسقاط لفظ (أكل) إلا ان أصول حديثهم كلها مطبقة على ذكره حتى ابن حنبل نفسه نقل ذلك فى موضع آخر من كتابه عن

ابن عباس كما أشرنا إلى مصدره في الحاشية، نعم قد أورده الفقهاء من العامه [١] و الخاصه [٢] في كتبهم الاستدلاليه كثيرا مع إسقاط كلمه أكل تأييدا لمرامهم.

و حاصل ما ذكرناه ان اتحاد القضيه في جميع رواياتها و إطباق أصول حديثهم على ذكر لفظ الأكل و اتصال السند فيما يشتمل عليه و فيما لا يشتمل عليه الى ابن عباس و موافقه أحمد على ذكر لفظ أكل في مورد آخر كلها شواهد صدق على اشتباه أحمد و ان النبوى مشتمل على كلمه أكل.

### و اما الجبه الثانيه حجيته عند الخاصه

فالنبوى و إن اشتهرت روايته في ألسنه أصحابنا في كتبهم قديما و حديثا متضمنه لكلمه أكل تاره و بدونها أخرى إلا ان كلهم مشتركون في نقله مرسلا و العذر فيه أنهم أخذوه من كتب العامه لعدم وجوده في أصولهم.

و حيث أثبتنا في الجبه الاولى ان الصحيح عندهم هو ما اشتمل على كلمه أكل كان اللازم علينا ملاحظه ما ثبت عندهم و إذن فلم يبق لنا وثوق بكون النبوى المشهور روايه فكيف بانجبار ضعفه بعمل المشهور.

### و اما المقام الثاني في دلالتة

فبعد ما عرفت ان الثابت عند العامه و الخاصه اشتمال الروايه على كلمه أكل كان عمومه متروكا عند الفريقين فان كثيرا من الأمور يحرم أكله و لا يحرم بيعه و من هنا قال في جوهر النقى حاشيه البيهقي في ذيل الحديث المشتمل على كلمه «أكل»: قلت عموم هذا الحديث متروك اتفاقا بجواز بيع الآدمى و الحمار و السنور و نحوها.



(تبيين) لو فرضنا ثبوت النبوى على النحو المعروف لم يجرى العمل به أيضا للإرسال و عدم انجباره بالشهره و غيرها و ذلك لأن تحريم الشىء الذى يستلزم تحريم ثمنه اما أن يراد به تحريم جميع منافع ذلك الشىء و اما تحريم منفعه الظاهره و اما تحريم منفعه النادره و لو من بعض الجهات فعلى الاحتمالين الأولين فالمعنى و إن كان وجيها و موافقها لمذهب الشيعة لقولهم بأن ما يحرم جميع منفعه أو منفعه الظاهره يحرم بيعه إلا ان إثبات اعتمادهم فى فتياهم بذلك على النبوى مشكل و ذلك للوثوق بأن مستندهم فى تلك الفتيا ليس هو النبوى بل هو ما سيأتى فى البيع من اعتبار المالىه فى العوضين لأن مالىه الأشياء إنما هى باعتبار المنافع الموجوده فيها الموجبه لرغبه العقلاء و تنافسهم فيها فما يكون عديما لجميع المنافع أو للمنافع الظاهره لا تكون له مالىه و إذن فليست هنا شهره فتوائيه مستنده الى النبوى لتوجب انجباره لأنه بناء على انجبار ضعف الخبر بعمل الأصحاب إنما يكون فيما انحصر الدليل لفتياهم بذلك الخبر الضعيف و لم يكن فى البين ما يصلح لاستنادهم اليه.

(و اما على الثالث) فالحرمة لا- توجب فساد البيع عند المشهور ليحتمل انجبار النبوى بفتياهم «فتحمل» انه لا يكون شىء من الروايات العامه التى ذكرها المصنف دليلا فى المسائل الآتية بل لا بد فى كل مسأله من ملاحظه مداركها فان كان فيها ما يدل على المنع أخذ به و إلا- فالعمومات الداله على صحه العقود كقوله تعالى **أَحِلَّ اللَّهُ الْبَيْعَ وَ أَوْفُوا بِالْعُقُودِ وَ تِجَارَةٌ عَنْ تَرَاضٍ** محكمه كما تقدمت الإشارة الى ذلك فى أول الكتاب.

### بطلان المعامله على الأعمال المحرمه

«تمهيد» لا يخفى عليك ان محل كلامنا فى المسائل الآتية انما هو فى الأعيان المحرمه من الخمر و الخنزير و الميته و نحوها.

و اما الأعمال المحرمه كالزنا و النميمه و الكذب و الغيبه فيكفى فى فساد المعامله عليها الأدله الداله على تحريمها لان مقتضى وجوب الوفاء بالعقود هو وجوب الوفاء بالعقد الواقع على الأعمال المحرمه و مقتضى أدله تحريم تلك الاعمال هو وجوب صرف النفس عنها و إيقاف الحركه نحوها فاجتماعهما فى مراحل الامثال من المستحيلات العقليه و على أقل التقادير فإن أدله صحه العقود و وجوب الوفاء بها مختصه بحكم العرف بما إذا كان العمل سائغا فى نفسه فلا وجه لرفع اليد بها عن دليل حرمه العمل فى نفسه.

و بما ذكرنا يظهر ان الوجه فى فساد المعامله على الأعمال المحرمه هو استحاله الجمع بين وجوب الوفاء بهذه المعامله و بين حرمه هذه الأعمال أو الحكومه العرفيه المذكوره.

و ربما يظهر من كلام شيخنا الأستاذ (١) في حكم الأجره على الواجبات ان الوجه فى ذلك هو عدم كون الأعمال المحرمه من الأموال أو عدم إمكان تسليمها شرعا حيث قال الأول ان يكون العمل الذى يأخذ الأجير أو العامل بإزائه الأجره و جعل ملكا له بأن لا- يكون مسلوب الاختيار بإيجاب أو تحريم شرعى عليه، و بملاحظه ما تقدم يظهر لك ما فيه فإنك قد عرفت ان صحه المعامله عليها و وجوب الوفاء بها لا يجتمعان مع الحرمة النفسيه سواء اعتبرنا المالىه أو القدره على التسليم فى صحه العقد أم لم نعتبر شيئا من ذلك.

### تقسيم المكاسب إلى الثلاثة أو الخمسه

قوله قد جرت عاده غير واحد على تقسيم المكاسب أقول المكاسب جمع مكسب و هو مفعول من الكسب اما مصدر ميمى بمعنى الكسب أو التكسب أو اسم مكان من الكسب قوله مما ندب اليه الشرع أقول أى أمر به بالأمر الاستجابى و قد أشار بذلك الى الأخبار الوارده فى استحباب الرعى [١] و الزرع [٢].

قوله فتأمل أقول لعله إشاره الى ان وجوب الصناعات ليس بعنوان التكسب بل

ص: ٢٥

---

(١-١) ج ١ منه الطالب ص ١٥.

لكون تركها يؤدي الى اختلال النظام كما سنبينه.

«أقول» ملخص كلامه ان الفقهاء رضوان الله عليهم كالمحقق في الشرائع وغيره في كتبهم قسموا المكاسب الى محرم كبيع الخمر و مكروه كبيع الأكفان و مباح كبيع الأشياء المباحه و أهملوا ذكر الواجب و المستحب بناء على عدم وجودهما في المعاملات مع انه يمكن التمثيل للمستحب بمثل الزرع و الرعى و للواجب بالصناعات الواجبه كفايه إذا وجد أكثر من واحد ممن يقوم بها أو عينا إذا لم يوجد غير واحد.

(و فيه) ان الأمثله المذكوره لا تدل على شيء من مراده، إما الزراعه فاستحبابها إنما هو من جهه إيكال الأمر الى الله و انتظار الفرج منه كما في روايه العياشي [١].

و اما الرعايه فاستحبابها لما فيها من استكمال النفس و تحصيل الأخلاق الحسنه و تمرين الطبع على اداره شؤون الرعيه و ازاله الأوصاف الرذيله من السبعيه و البهيميه فان من مصرف برهه من الزمان في تربيته الحيوان صار قابلا لإداره الإنسان و من هنا كان الأنبياء قبل بعثتهم رعاه للاغنام كما في روايه عقبه المتقدمه (ما بعث الله نبيا قط حتى يسترعيه الغنم و يعلمه بذلك رعيه الناس) و في النبوى المتقدم (ما من نبى إلا و قد رعى الغنم قيل و أنت يا رسول الله قال و أنا) و على كل حال فالزراعه و الرعى مستحبان في أنفسهما بما انهما فعلا صادران من

المكلف لا بعنوان التكسب بهما كما هو محل الكلام فلا يصلحان مثلا لما نحن فيه.

(و اما)الصناعات بجميع أقسامها فهي من الأمور المباحه و لا تتصف بحسب أنفسها بالاستحباب فضلا عن الوجوب فلا يكون التكسب بها إلا مباحا،نعم إنما يطرء عليها الوجوب إذا كان تركها يوجب إخلالا بالنظام و حيثئذ يكون التصدي لها واجبا كفائيا أو عينيا و هذا غير كونها واجبه بعنوان التكسب.

(ازاله شبهه)قد يقال ان وجوب الصناعات من جهه أداء تركها ان اختلال النظام يقتضى أن يكون التكسب بها مجانيا و لكن هذا يفضى الى الإخلال بالنظام أيضا و مقتضى الجمع بين الأمرين أن يلتزم بوجوبها مع الأجره و على ذلك فتكون مثلا لما نحن فيه.

(و لكن يرد عليه)أولا ان هذا ليس إلا التزاما بوجوبها لأجل حفظ النظام و عليه فلا يكون التكسب بعنوانه واجبا.

(و ثانيا)ان الواجب من الصناعات إنما هو الطبيعه المطلقه العاريه عن لحاظ المجانيه و غيرها و ما يخل بالنظام إنما هو إيجاب العمل مجانا لا ما هو الجامع بينه و بين غيره و لا ملازمه بين عدم وجوب الصناعات مجانا و بين وجوب الجامع غير المقيد بحصه خاصه من الطبيعه و من هنا نقول يجب الاقدام عليها عينا أو كفايه من حيث هي صناعه يختل بتركها النظام سواء كانت عليها أجره أم لا.

(و التحقيق)ان التقسيم ان كان باعتبار نفس التكسب فلا محيص عن تثلث الأقسام كما تقدم و إن كان بلحاظ فعل المكلف و العناوين الثانويه الطاريه عليه فلا مانع من التخميس و لا يخفى عليك انه إذا كان التقسيم بحسب فعل المكلف لا يختص المثال بالصناعات بل يصح التمثيل بما وجب بالنذر أو اليمين أو العهد و بالكسب لقضاء الدين أو الإنفاق على العيال و نحو ذلك.

(لا يقال)إذا ملك الكافر عبدا مسلما وجب بيعه عليه و يكون بيعه هذا من قبيل الاكتساب بالواجب.

(فإنه يقال)الواجب هنا فى الحقيقه هو إزاله ملكيه الكافر للمسلم و بيع العبد المسلم إنما وجب لذلك و يدلنا على ذلك انه لو زال ملكه بغير البيع كالعق و الهبه أو بالقهر كموت الكافر لا يجب البيع.

قوله: ومعنى حرمه الاكتساب. أقول الحرمة المتعلقة بالمعامله اما أن تكون وضعيه و اما أن تكون تكليفيه و بينهما عموم من وجه، فالبيع وقت الندى لصلاه الجمعه حرام تكليفا و البيع الغررى حرام وضعاً و بيع الخمر حرام وضعاً و تكليفاً و كلام المصنف هنا مسوق لبيان خصوص الحرمة التكليفيه فى البيع.

(إذا عرفت هذا)

**فاعلم ان حرمه البيع تكليفاً تنصور على وجوه.**

### الأول ما أفاده المحقق

الايروانى فى حاشيته

و هو ان معنى حرمه الاكتساب هو إنشاء النقل و الانتقال بقصد ترتب أثر المعامله أعنى التسليم و التسليم للمبيع و الثمن فلو خلا عن هذا القصد لم يتصف الإنشاء الساذج بالحرمة.

(و فيه) ان تقييد موضوع الحرمة بالتسليم و التسلم إنما يتم فى الجملة لا فى جميع البيوع المحرمة، و تحقيقه ان النواهي المتعلقة بالمعاملات على ثلاثه أقسام: الأول أن يكون النهى عنها بلحاظ انطباق عنوان محرم عليها كالنهى عن بيع السلاح لأعداء الدين عند حربهم مع المسلمين فإن النهى عنه إنما هو لانطباق عنوان تقويه الكفر عليه و يدل على ذلك جواز بيع السلاح عليهم إذا لم يفض ذلك الى تقويتهم على المسلمين و لهذا حرم نقل السلاح إليهم بغير البيع أيضاً كإجارته عليهم و هبته لهم و إعارته إياهم إذا لزم منه المحذور المذكور.

و من هنا يتضح ان بين عنوان بيع السلاح منهم و بين عنوان تقويه الكفر و إعانته عموماً من وجه إذ قد يباع السلاح عليهم و لا يلزم منه تقويتهم كبيعهم حال الصلح مثلاً أو حال حربهم مع الكفار الآخرين أو مع المسلمين و لكن بشرط تأخير التسليم الى ما بعد الحرب أو بدون الشرط المذكور و لكن يؤخذ التسليم قهراً عليهم فان هذه الموارد لا يلزم من البيع فيها اعانه كفر على إسلام، و قد تحصل تقويه الكفر على الإسلام بغير البيع كإجاره السلاح عليهم أو هبته منهم، و قد يجتمعان و إذن فتعلق النهى بتقويه الكفر على الإسلام لا يستلزم حرمه بيع السلاح لأعداء الدين إلا فى ماده الاجتماع، نعم لو كان بين العنوانين تلازم خارجاً لتوجه الالتزام بحرمه بيع السلاح منهم مطلقاً و لكنك عرفت ان الأمر على خلافه.

(و الثانى) أن يتوجه النهى إلى المعامله من جهه تعلقها بشىء مبغوض كالنهى عن بيع الخمر و الخنزير و الصليب و الصنم و آلات القمار و غيرها من الآلات المحرمة فإن النهى عن بيع تلك الأمور إنما هو لمبغوضيتها لا بلحاظ عنوان طارئ على المعامله كما فى القسم الأول.

(و الثالث) أن يكون النهى عن المعامله باعتبار ذاتها كالنهي عن البيع وقت النداء

ص: ٢٨

لصلاه الجمعة و النهى عن بيع المصحف و المسلم من الكافر بناء على حرمه بيعهما منه فإن النهى عن البيع فى هذا القسم ليس بلحاظ العناوين الطارئة عليه و لا بلحاظ مبعوضيه متعلقه بل لأجل مبعوضيه نفسه.

إذا عرفت ما تلونا عليك ظهر لك ان تقييد موضوع حرمه البيع بالتسليم و التسلم المستلزم لتقييد أدله تحريمه إنما يتم فى القسم الأول فقط دون الثانى و الثالث فلا بد فيهما من الأخذ بإطلاق أدله التحريم لعدم ثبوت ما يصلح لتقييدها، نعم لو كان دليلنا على التحريم هو عموم ما دل على حرمه الإعانة على الإثم أو الملازمه بين حرمه الشئ و حرمه مقدمته لجاز تقييد موضوع حرمه البيع بالتسليم و التسلم فإن الإعانة على الإثم و المقدميه إلى الحرام لا يتحققان إلا بالتسليم و التسلم.

### (الوجه الثانى) أن يراد من حرمه البيع حرمه إيجاد بقصد ترتب إمضاء العرف

و الشرع عليه

بحيث لا يكفى مجرد صدوره من البائع خاليا عن ذلك القصد.

(و فيه) انه لا وجه لتقييد موضوع حرمه البيع بذلك أيضا لما مر من إطلاق أدله تحريم البيع مع عدم وجود ما يصلح لتقييدها و من هنا لو باع أحد شيئا من الأعيان المحرمة كالخمر مثلا مع علمه بكونه منهيها عنه فقد ارتكب فعلا محرما و إن كان غافلا عن قصد ترتب إمضاء الشرع و العرف عليه فإنه لا دليل على دخاله قصد امضائهما فى حرمه بيع الخمر.

### (الوجه الثالث) ما أفاده العلامة الأنصارى

و حاصل كلامه ان المراد من حرمه البيع حرمه النقل و الانتقال مقيده بقصد ترتب الأثر المحرم عليه كبيع الخمر للشرب و آلات القمار للعب و الصليب و الصنم للتعبد بهما.

(و فيه) ان تقييد ما دل على تحريم البيع بالقصد المذكور تقييد بلا موجب له إذا البيع كغيره من الأفعال إذا حكم الشارع بحرمته و جب التمسك بإطلاق دليله حتى يثبت له المقيد، نعم لو كان الدليل على حرمه البيع هو ما تقدمت الإشارة إليه من الملازمه بين حرمه الشئ و حرمه مقدمته أو عموم ما دل على تحريم الإعانة على الإثم لثم ما ذكره فى الجمله لكن الكلام أعم من ذلك.

(و اما) ما فى المتن من دعوى انصراف الأدله إلى صورته قصد ترتب الآثار المحرمة فهى دعوى جزافية، و نظيرها أن يدعى انصراف أدله تحريم الزنا مثلا الى ذات البعل و الالتزام بمثل هذه الانصرافات يستدعى تأسيس فقه جديد، نعم لدخاله قصد ترتب الأثر المحرم أو المحلل فى حرمه البيع و حليته فى مثل بيع الصليب و الصنم وجه كما سيأتى فى النوع الثانى مما يحرم التكسب به.

(لا يقال) انه لا مناص عن تقييد حرمه البيع بقصد ترتب الأثر المحرم عليه فان من الجائز قطعاً إعطاء الدرهم للخمار و أخذ خمره للاهراق مثلاً.

(فإنه يقال) ان ذلك و إن كان جائزاً إلا انه لا يرتبط بأصل المعامله بل هو من أنحاء النهي عن المنكر و قطع ماده الفساد.

و الذى يقتضيه النظر الدقيق ان ما يكون موضوعاً لحليه البيع بعينه يكون موضوعاً لحرمة، بيان ذلك ان البيع ليس عباره عن الإنشاء الساذج سواء كان الإنشاء بمعنى إيجاد المعنى باللفظ كما هو المعروف بين الأصوليين أم كان بمعنى إظهار ما فى النفس من الاعتبار كما هو المختار عندنا و إلا لزم تحقق البيع بلفظ بعث خالياً عن القصد، و لا ان البيع عباره عن مجرد الاعتبار النفسانى من دون أن يكون له مظهر و إلا لزم صدق البائع على من اعتبر ملكيه ماله لشخص آخر فى مقابل الثمن و ان لم يظهرها بمظهر كما يلزم حصول ملكيه ذلك المال للمشتري بذاك الاعتبار الساذج الحالى من المبرز، بل حقيقه البيع عباره عن المجموع المركب من ذلك الاعتبار النفسانى مع إظهاره بمبرز خارجى سواء تعلق به الإمضاء من الشرع و العرف أم لم يتعلق بل سواء كان فى العالم شرع و عرف أم لم يكن، و إذن فذلك المعنى هو الذى يكون موضوعاً لحرمة البيع و هو الذى يكون موضوعاً لحليته و هكذا الكلام فى سائر المعاملات كما حققناه فى الأصول و سيأتى التعرض له فى أول البيع ان شاء الله.

قوله: فهو متفرع على فساد البيع. أقول بعد أن أثبتنا ان موضوع الحليه و الحرمة فى المعاملات شىء واحد و ان ترتب الأثر على المعامله من النقل و الانتقال أو غير ذلك خارج عن حقيقتها، و بعد أن أوضحنا عند التكلم فى الروايات العامه المتقدمه ان الحرمة التكليفيه لا تستلزم الحرمة الوضعيه ظهر لك بطلان ما ذهب اليه المشهور من ان حرمة المعامله تستلزم فسادها، كما ظهر بطلان ما نسب الى أبى حنيفه من ان حرمة المعامله تستلزم صحتها، و انه لا بد فى إثبات صحتها و فسادها من التماس دليل آخر غير ما دل على الحرمة التكليفيه و قد أوضحناه فى الأصول، و تترتب على ذلك ثمرات مهمه فى المباحث الآتية.

قوله: اما لو قصد الأثر المحلل. أقول قد بينا ان البيع المحرم لا يخرج بقصد الأثر المحلل عن الحرمة المتعلقة به بعنوان البيع، و ان قصد الأثر المحرم لا يكون مأخوذاً فى موضوع تحريم البيع فلا مجال لدعوى انه لو قصد الأثر المحلل فلا دليل على تحريم المعامله، نعم لو قصد حليته شرعاً مع كونه محرماً لتوجه عليه التحريم من جهه التشريع أيضاً كما ان الأمر كذلك فى سائر المحرمات المعلومه إذا أتى بها بعنوان الإباحه.



لا- يخفى عليك ان معنى الحرمة الوضعيه فى العقود عبارته عن فساد المعامله و بطلانها بحيث لا يترتب عليها أثر من الآثار، وان الفاسد و الباطل عندنا و عند غير الحنفية بمعنى واحد و هو ما اختل فى تلك المعامله شىء من الشروط التى اعتبرها الشارع ركناً لها بحيث يلزم من انتفائها انتفاء المشروط فى نظر الشارع.

و اما عند الحنفية (١) فان الباطل و الفاسد فى البيع مختلفان فلكل واحد منهما معنى يغاير معنى الآخر، فالباطل هو ما اختل ركنه أو محله و ركن العقد هو الإيجاب و القبول كما تقدم، فإذا اختل ذلك الركن كأن صدر من مجنون أو صبي لا يعقل كان البيع باطلاً غير منعقد، و كذلك إذا اختل المحل و هو المبيع كأن كان ميتة أو دماً أو خنزيراً فان البيع يكون باطلاً.

و اما الفاسد فهو ما اختل فيه غير الركن و المحل كما إذا وقع خلل فى الثمن بأن كان خمرًا، فإذا اشترى سلعه يصح بيعها و جعل ثمنها خمرًا انعقد البيع فاسداً ينفذ بقبض المبيع، و لكن على المشتري أن يدفع قيمته غير الخمر، و كذلك إذا وقع الخلل فيه من جهة كونه غير مقدور التسليم كما إذا باع شيئاً مغصوباً منه لا- يقدر على تسليمه، أو وقع الخلل فيه من جهة اشتراط شرط لا يقتضيه العقد كما سيأتى، فإن البيع فى كل هذه الأحوال يكون فاسداً لا باطلاً، و يعبرون عن الباطل بما لم يكن مشروعاً بأصله و وصفه، و يريدون بأصله ركنه و محله كما عرفت، و يريدون بوصفه ما كان خارجاً عن الركن و المحل، و حكم البيع الفاسد انه يفيد الملك بالقبض بخلاف البيع الباطل فإنه لا يفيد الملك أصلاً.

و قال ابن الهمام الحنفى فى شرح فتح القدير (٢): و أيضاً فإنه مأخوذ فى مفهومه- الفاسد- أو لازم له انه مشروع بأصله لا وصفه، و فى الباطل غير مشروع بأصله فيبينهما تباين فان المشروع بأصله و غير المشروع بأصله متباينان فكيف يتصادقان. إلا ان أمثال تلك الأقاويل لا تبنى على أساس صحيح من العقل و الشرع و العرف و اللغه.

ص: ٣١

١- ١) راجع ج ٢ الفقه على المذاهب الأربعة ص ٢٢٤.

٢- ٢) راجع ج ٥ ص ١٨٥.

#### إشاره

قوله: ويحرم المعاوضه على أبوال[١] ما لا يؤكل لحمه. أقول فى كلام العلامه الأنصارى هنا و فى المسائل الآتية خلط بين الحرمة التكليفية و الحرمة الوضعيه فقد جعل هنا كلا من النجاسه و الحرمة و عدم جواز الانتفاع بها دليلا عليهما مع ان الأولين دليلان على الحرمة التكليفية و الثالث دليل على الحرمة الوضعيه.

قوله: فيما عدا بعض أفراده كبول الإبل الجلاله. أقول قال المحقق الايروانى:

لعل هذا استثناء من صدر الكلام أعنى قوله يحرم المعاوضه على بول غير ما كوال اللحم بتوهم شمول الإجماع المنقول على جواز بيع بول الإبل له.

(و فيه)أولا ان المصنف لم يستثن بول الإبل الجلاله فيما يأتى من أبوال ما لا يؤكل لحمه لا فى حرمة شربه و لا فى نجاسته، و ثانيا ان الفارق بين بول الإبل الجلاله و بين أبوال ما لا يؤكل لحمه ليس إلا كون الأول نجسا بالعرض و كون الثانيه نجسه بالذات و مجرد هذا لا يكون فارقا بينهما حتى يصح الاستثناء، و الظاهر انه استثناء من قوله (و عدم الانتفاع به) أى ليس لأبوال ما لا يؤكل لحمه نفع ظاهر إلا بول الإبل الجلاله فإنه كبول الإبل غير الجلاله لها منفعه ظاهره.

#### تنقيح و تهذيب

قد انتقت كلمات الأصحاب على حرمة بيع أبوال ما لا- يؤكل لحمه بل فى بعضها دعوى الإجماع بقسميه على ذلك، و فى المراسم (١)حكم بحرمة بيع الأبوال مطلقا إلا- بول الإبل، و فى الغنيه (٢)منع عن بيع كل نجس لا- يمكن تطهيره، و فى نهايه الشيخ (٣)و جميع النجاسات محرم التصرف فيها و التكبسب بها على اختلاف أجناسها من سائر أنواع العذره و الأبوال

ص: ٣٢

١- ١) أول المكاسب.

٢- ٢) أوائل البيع.

٣- ٣) باب المكاسب المحظوره.

وغيرهما، و في المبسوط (١): فاما نجس العين فلا يجوز بيعه كالبول، و في التذكرة (٢):

الإجماع على عدم صحة بيع نجس العين مطلقاً، و في المستند (٣): تحريم بيع الأبوال مما لا يؤكل لحمه شرعاً موضع وفاق، و في الجواهر (٤): ادعى قيام الإجماع المحصل على الحرمة و ان نقل الإجماع بين الأصحاب مستفيض عليها، و على هذا الضوء المذاهب الأربعة، و في الفقه على المذاهب الأربعة (٥): و من البيوع الباطلة بيع النجس، و في شرح فتح القدير (٦): إذا كان أحد العوضين أو كلاهما محرماً فالبيع فاسد.

ثم انه قد استدلل المصنف على حرمة بيع أبوال ما لا يؤكل لحمه وضعاً و تكليفاً بالإجماع و الحرمة و النجاسة و عدم جواز الانتفاع بها، و جميعاً لا يصلح لإثبات الحرمة التكليفية و لا الوضعية.

أما الجماع و ان نقله غير واحد و من أعظم الأصحاب إلا أن إثبات الإجماع التعبدى هنا مشكل جداً للاطمئنان بل العلم بأن مستند المجمعين إنما هو الروايات العامة المتقدمة، و الروايات الخاصة المذكورة في بيع الأعيان النجسه، و الحكم بحرمة الانتفاع بها، مضافاً الى ان المحصل منه غير حاصل و المنقول منه غير حجه.

أما الحرمة فإن أراد منها حرمة الأكل و الشرب فالكبرى ممنوعه لعدم الدليل على ان كلماً يحرم أكله أو شربه يحرم بيعه، و لو فرضنا وجود دليل على ذلك فلا بد من تخصيص أكثر أفراده فإن كثيراً من الأشياء يحرم أكلها و يجوز بيعها و ذلك مستهجن يوجب سقوط الدليل عن الحجية، و ان أراد منها حرمة الانتفاع بها بجميع منافعها أو بالمنافع الظاهره فهو و ان استلزم حرمة البيع كما تقدم في النبوى المشهور و لكن الصغرى ممنوعه لعدم الدليل على تحريم جميع المنافع أو المنافع الظاهره لتلك الأبوال و سيأتى تفصيلها.

و اما النجاسة فإن روايه تحف العقول و ان دلت على حرمة بيع النجس لقوله «ع» فيها (أو شىء من وجوه النجس فهذا كله حرام محرم لأن ذلك كله منهى عن اكله و شربه و لبسه و ملكه و إمساكه و التقلب فيه فجميع تقلبه فى ذلك حرام) إلا ان ذلك فيما تكون منفعه كلها محرمة كما هو مقتضى التعليل المذكور فيها، و اما إذا كان للنجس منفعه محلله فلا دليل على حرمة بيعه و أبوال ما لا يؤكل لحمه مما له منفعه محلله و مقتضى ذلك جواز بيعها، اللهم إلا ان يقال ان كل نجس يحرم الانتفاع به بجميع منفعه فإذا كان كذلك حرم بيعه

ص: ٣٣

١-١) فصل فى حكم ما يصح بيعه و ما لا يصح.

٢-٢) ج ١ شرائط العوضين.

٣-٣) ج ٢ ص ٣٣٤.

٤-٤) ج متاجر أوائل المكاسب المحرمة.

٥-٥) ج ٢ ص ٢٣١

٦-٦) ج ٥ ص ١٨٦.

و شرائه و لكنه دعوى بلا دليل، هذا مضافا الى ضعف سندها و عدم انجبارها بعمل الأصحاب كما عرفت.

على انه لو سلمنا دلالة الحرمة و النجاسة على حرمة البيع لدلنا على الحرمة التكليفية دون الوضعيه كما تقدم فى أول المسأله.

و مما ذكرنا ظهر أن المشهور لم يستندوا فى فتياهم بحرمة بيع النجس إلى روايه تحف العقول، و لا الى غيرها من الروايات العامه المتقدمه كروايه فقه الرضا«ع» الداله على أن كلما يكون محرما من جهه يحرم بيعه، و لو كان مستندهم ذلك لم يكن الحكم بحرمة البيع مختصا بالنجس بل كان يعم سائر المحرمات و لو كانت من الأعيان الطاهره كأبوال ما لا يؤكل لحمه بناء على حرمة شربها.

و أما عدم جواز الانتفاع بها فربما قيل بأنه يستلزم فساد البيع و إن لم يقد دليل على حرمة ذلك البيع تكليفا لأن حرمة الانتفاع بها يستلزم نفي ماليتها التى لا بد منها فى تحقق البيع و فيه أولا- انه لا دليل على اعتبار المالىه فى البيع و إنما المناط صدق عنوان المعاوضه عليه و أما ما عن المصباح من أنه مبادله مال بمال فلا يكون دليلا على ذلك لعدم حجيه قوله.

و ثانيا إذا سلمنا اعتبار المالىه فى البيع فلا نسلم أن أبوال ما لا يؤكل لحمه ليست بمال فى جميع الأزمنه و الأمكنه كيف و أن الانتفاع بها باستخراج الأدوية أو الغازات أو استعمالها فى العماره عند قله الماء ممكن جدا فتكون مالا باعتبار تلك المنافع الظاهره، و مثلها أكثر المباحات التى تختلف ماليتها بحسب الأزمنه و الأمكنه كالماء و الحطب و نحوهما، و من هنا يعلم أن الشرب ليس من منافعها حتى يلزم من حرمة سقوط ماليتها، اللهم إلا أن يقال ان الشارع قد ألغى ماليتها بتحريم جميع منافعها، و لكنه أول الكلام.

و ثالثا إذا سلمنا اعتبار المالىه فى البيع فيكفى أن يكون المبيع مالا بنظر المتبايعين إذا كان عقلايا و لا يجب كونه مالا فى نظر العقلاء أجمع.

و رابعا لو سلمنا عدم كون الأبوال المذكوره مالا حتى فى نظر المتبايعين فإن غايه ما يلزم كون المعامله عليها سفهيه و لا دليل على بطلانها بعد شمول أدله صحه البيع لها، و الفاسد شرعا إنما هو معامله السفهيه لا المعامله السفهائيه، و الدليل على الفساد فيها أن السفهيه محجور شرعا عن المعاملات، هذا كله مضافا الى صحه المعامله عليها بمقتضى آيه التجاره و إن لم يصدق عليها البيع، و قد اتضح مما قدمناه جواز بيع أبوال ما لا يؤكل لحمه وضعيا و تكليفا كما اتضح جواز بيع أبوال ما يؤكل لحمه مطلقا بل الجواز هنا بالأولويه إبلا كان أو غيرها جلالا كان أو غيره قلنا بجواز شربه اختيارا أو لم نقل لأن جواز الشرب لا يعد من منافع

## وهم و دفع

قد استدلل المحقق الايروانى «ره» على فساد المعامله عليها بقوله تعالى (١): «يا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا لَا تَأْكُلُوا أَمْوَالَكُم بَيْنَكُم بِالْبَاطِلِ إِلَّا أَنْ تَكُونَ تِجَارَةً عَنْ تَرَاضٍ مِنْكُمْ» على أن يراد من الباطل ما يعم الباطل العرفى و الشرعى، و مراد المستدل أن أخذ المال عوضا عن أبوال مالا يؤكل لحمه أكل للمال بالباطل.

(و فيه) أن دخول باء السببيه على الباطل و مقابله في الآيه للتجاره عن تراض -و لا ريب ان المراد بالتجاره هى الأسباب-قرينتان على كون الآيه ناظره إلى فصل الأسباب الصحيحه لا معامله عن الأسباب الباطله كما نبه عليه المستدل فى أول البيع و غيره، و على ذلك فيكون الغرض من الباطل الأسباب الباطله فلا يكون لها تعلق بما لا ماله له من العوضين كما يرومه المستدل، كما أن المراد من الأكل فيها ليس هو الازدرداد على ما هو معناه الحقيقى بل هو كناية عن تملك مال الغير من غير استحقاق و إن كان ذلك المال من غير المأكولات كالدار و نحوها، و قد تعارف استعماله بذلك فى القرآن و فى كلمات الفصحاء بل و فى غير العربيه أيضا.

و على هذا فان كان الاستثناء متصلا كما هو الظاهر و الموافق للقواعد العربيه، فيكون مفاد الآيه نفى تملك أموال الغير بالأسباب الباطله من القمار و الغصب و الغزو و بيع المنابذه و الحصاه و التقسيم بالأزلام و الأقداح، إلا بسبب يكون تجاره عن تراض فتفيد حصر الأسباب الصحيحه للمعاملات بالتجاره عن تراض، و إن كان الاستثناء منقطعا فظهور الآيه البدوى و إن كان هو بيان القاعده الكليه لكل واحد من أكل المال بالباطل و التجاره عن تراض و لا تعرض لها للحصر، و تظهر ثمره ذلك فيما لا يعد فى العرف من الأسباب الباطله و لا -من التجاره عن تراض فيكون مهملا، إلا أنه تعالى حيث كان بصدد بيان الأسباب المشروعه للمعاملات و تميز صحيحها عن فاسدها و كان الإهمال مما يخل بالمقصود فلا محاله يستفاد الحصر من الآيه بالقرينه المقاميه، و تكون النتيجة أن الآيه مسوقه لبيان حصر الأسباب الصحيحه بالتجاره عن تراض سواء كان الاستثناء متصلا أم منقطعا، و مما يدل على كون الآيه راجعه إلى أسباب المعاملات تطبقها فى بعض الروايات [١] على القمار.

ص: ٣٥

قوله: كبول الإبل الجلاله. أقول بعد ما عرفت جواز الانتفاع بالأبوال مطلقا و جواز بيعها كذلك فلا وجه لهذا الاستثناء.

قوله: إن قلنا بجواز شربها اختيارا كما عليه جماعه. أقول قد ظهر مما تقدم ان جواز الشرب أو حرمة ليسا مناطين في جواز بيعا و حرمة لعدم كون الشرب من المنافع

ص: ٣٦

الظاهره ليدور الحكم عليه وجودا و عدما، إذن فلا فرق بين أبوال ما يؤكل لحمه و ما لا يؤكل لحمه.

### **استطراد فى حرمه شرب أبوال ما يؤكل لحمه لغير التداوى**

قد وقع الخلاف بين أعظم الأصحاب فى جواز شرب أبوال ما يؤكل لحمه حال الاختيار و عدم جوازه، و ذهب جمع كثير الى الجواز، و جماعه أخرى إلى الحرمة و هو الحق، لمفهوم موثقه عمار[١] فإنه يدل على حرمه شربها لغير التداوى، كما تدل على ذلك أيضا عده روايات اخرى من الخاصه [٢] و العامه [٣].

ص: ٣٧

نعم هناك روايتان [١] إحداهما روايه قرب الاسناد تدل على جواز شرب أبوال مأكول اللحم على وجه الإطلاق و الثانيه روايه الجعفرى تدل على جواز شرب بول الإبل مطلقا و انه خير من لبنه.

(و فيه) مضافا الى ضعف سنديهما، انه لا بد من تقييدهما بمفهوم موثقه عمار المتقدمه، و حيثئذ فيختص جواز شربها بالتداوى فقط، على أن روايه الجعفرى ليست بصدد بيان الجواز التكليفي بل هى مسوقه إلى بيان الوجهه الطبيه و ان أبوال الإبل مما يتداوى بها الناس و يدل على ذلك قوله «ع» فى ذيل الروايه «و يجعل الله الشفاء فى ألبانها».

### دفع توهم

قد استدل بعض الأعاظم (١) على حرمه شربها بقوله تعالى (٢): «و يُحَرِّمُ عَلَيْهِمُ الْخَبَائِثَ» حيث قال: و عندى ان هذا القول هو الأقوى و فى آيه تحريم الخبائث غنى و كفايه بعد القطع بكون البول مطلقا من الخبائث.

(و فيه) ان المقصود من الخبائث كل ما فيه مفسده و رداءه و لو كان من الافعال المذمومه

ص: ٣٨

---

١-١) المامقانى فى حاشيته على المتن.

٢-٢) سوره الأعراف آيه ١٥٦.



المعتبر عنه في الفارسيه لفظ «بليد» ويدل على ذلك إطلاق الخيـث على العمل القبيح في قوله تعالى (١): وَ نَجِّنَاهُ مِنَ الْقَرْيَةِ الَّتِي كَانَتْ تَعْمَلُ الْخَبَائِثَ و يساعده العرف و اللغه [١] و إذن فالآيه ناظره إلى تحريم كل ما فيه مفسده و لو من الأعمال القبيحه فلا تعم شرب الأبوال الطاهره و نحوها مما تتنفر عنها الطبائع.

قوله: لا يوجب قياسه على الأدويه. أقول هذا الكلام بظاهره مما لا يترقب صدوره من المصنف، و ذلك لان التداوى بها لبعض الأوجاع يجعلها مصداقا لعنوان الأدويه، فكما

ص: ٣٩

---

١-١) سورة الأنبياء آيه ٧٢.

يجوز بيعها حتى إذا كانت نجسه، فكذلك يجوز بيع الأبوال مطلقا لكونها مصداقا للأدوية و انطباق الكلى على أفراده غير مربوط بالقياس، و توضيح ذلك ان ماله الأشياء تدور على رغبات الناس بلحاظ حاجاتهم إليها على حسب الحالات و الأزمنة و الأمكنه، و لا شبهه ان المرض من الحالات التي لأجلها يحتاج الإنسان إلى الأدوية و العقاقير طاهره كانت أم نجسه و لأجل ذلك يجلبها الناس من أقصى البلاد، فإذا كانت الأبوال عند العرف من الأدوية و يعد من الأموال في غير حال المرض كانت كسائر الأدوية التي يحتاج إليها الناس في حال المرض و لا مجال لتفريقها عنها.

اللهم إلا أن يكون مراد المصنف سقوط ماله الأبوال لكثرتها.

(و فيه) مضافا الى كونه خلاف الظاهر من كلامه، و الى منع كثرتها في جميع البلاد ان الكثرة لا توجب سقوط ماليتها بعد إمكان الانتفاع بها في بعض الأمكنه و إلا لزم سلب الماله عن أكثر المباحات، نعم لا يبعد الالتزام بسقوط ماليتها إذا لم ينتفع بها في محلها و لم يمكن نقلها الى محل ينتفع بها فيه.

و مما ذكرنا علم ان التداوى بالأبوال من المنافع الظاهره لها فلا وجه لعددها فيما لا نفع فيه كما لا وجه للنقض على ذلك بأنه لو كان التداوى بها موجبا لصحة بيعها لجاز بيع كل شيء من المحرمات لقوله «ع» [١]: «ليس شيء مما حرمه الله إلا و قد أحله لمن اضطر اليه» و ذلك لما بينا من ان المرض من الأحوال المتعارفه للإنسان فلا يقاس بالاضطرار الذي لا يتفق في العمر إلا نادرا.

و من هنا يتضح الفرق بين الأبوال و بين الميتة و لحوم السباع و غيرهما من المحرمات التي يحتاج إليها الإنسان عند الاضطرار، و لذلك فلا يتجر أحد بلحوم السباع و نحوها لاحتمال الحاجة إليها و هذا بخلاف الأدوية فإن بيعها و شرائها من التجارات المهمه.

قوله: و لو عند الضروره المسوغه للشرب. أقول لا تعرض في شيء من الروايات العامه و غيرها للتعليق جواز بيع الأبوال الطاهره غير بول الإبل على جواز شربها.

قوله: و لا ينتقص أيضا بالأدوية المحرمه. أقول قوله: لأجل الإضرار تعليل للحرمه، و حاصل النقض إن الأبوال الطاهره تكون بحكم الأدوية، فكما أن الأدوية محرمه الاستعمال في غير حال المرض لاضرارها بالنفس و مع ذلك يجوز بيعها و استعمالها عند المرض

فى حال المرض لأجل تبدل عنوان الإضرار بعنوان النفع، و هذا بخلاف الأبوال فان حليتها ليست إلا لأجل الضروره فالنقض فى غير محله.

و لكن الإنصاف أن ما أفاده المصنف نقضا و جوابا غير تام، أما الجواب فلأننا لا نجد فرقا بين الأبوال و سائر الأدوية، و إذا كان الاحتياج إلى الأدوية موجه لتبدل عنوان الضرر الى النفع فليكن الاحتياج إلى الأبوال فى حال المرض كذلك، مع أن الأمر ليس كذلك فان من الواضح جدا ان الاحتياج إلى الأدوية و العقاقير حال المرض ليس من قبيل تبدل موضوع الضرر بموضوع النفع كانتقال موضوع التمام الى موضوع القصر، و إنما هو كاحتياج إلى سائر الأشياء بحسب الطبع.

و أما النقض ففيه (أولا-) انه لا- يجوز أن تعلق حرمة الأدوية فى غير حال المرض بالإضرار، لأنه من العناوين الثانويه فلا يمكن أن يكون عله لثبوت الحرمة للشئء بعنوانه الأولى، و لو صح ذلك لم يوجد شئء يكون حلالا بعنوانه الأولى إلا نادرا، و ذلك لانه لا بد من عروض عنوان الضرر عليه فى مرتبه من مراتب استعماله فيكون حراما.

و(ثانيا) ان عنوان الإضرار ليس مما تكون الحرمة ثابتة عليه بالذات، أو بعنوان غير منفك عنه لانه ليس أمرا مضبوطا بل يختلف بالإضافة إلى الأشخاص و الأزمنه و الأمكنه و المقدار، و ربما يكون الشئء مضرا بالإضافة إلى شخص جار المزاج دون غيره، و بالنسبه إلى منطقته دون منطقته، أو بمقدار خاص دون الأقل منه، بل لو كان عنوان الإضرار موجبا لحرمة البيع لما جاز بيع شئء من المشروبات و المأكولات، إذ ما من شئء إلا و هو مضر للمزاج أزيد من حده، نعم لو دل دليل على أن ما أضر كثيره فقليله حرام كما ورد (1) فى الخمر (فما أسكر كثيره فقليله حرام) لتوجه ما ذكره من النقض، و قد تمسك بعض العامه بذلك عند بحثنا معه فى حرمة شرب التتن، و أجبنا عنه بأنه لو صح ما أضر كثيره فقليله حرام للزم الالتزام بحرمة جميع المباحات فان من الواضح أنه ما من شئء فى العالم إلا و تكون مرتبه خاصه منه مضره لامزاج.

**(حرمة بيع شحوم ما لا يؤكل لحمه)**

قوله: و لا ينافيه النبوى [1] لعن الله اليهود. أقول وجه التنافى هو توهم الملازمه

ص: ٤١

بين حرمه الأكل و حرمه البيع، و أجاب عنه المصنف بأن الظاهر أن الشحوم كانت محرمة الانتفاع على اليهود بجميع الانتفاعات لا كتحریم شحوم غير مأكول اللحم علينا.

(و فيه) أنه لا- منشأ لهذا الظهور لا- من الروايه و لا من غيرها بل الظاهر منها حرمه أكلها فقط، كما هو المستفاد من الآيه [١] أيضا فإن الظاهر من تحريم الشحوم فيها تحريم أكلها لكونه منفعه ظاهره لها، إلا أنك عرفت (١) في البحث عن النبوى المشهور أن حرمه الأكل لا يستلزم حرمه البيع و ضعا و تكليفا باتفاق من الشيعة و من العامه.

قوله: و الجواب عنه مع ضعفه. أقول قال المحقق الايروانى ظاهر النبوى ما حرم أكله من المأكولات أعنى ما يقصد للأكل دون ما حرم أكله مطلقا ليخالف غرض المصنف و يلزم تخصيص الأكثر حتى يضطر الى تضعيفه سندا و دلالة.

(و فيه) مضافا الى كونه حملا- تبرعيا انه يلزم تخصيص الأ- أكثر أيضا لجواز بيع المأكولات و المشروبات المحرمه إذا كانت لها منافع محلله، ثم ان الظاهر من ذيل كلامه استظهار ضعف الروايه من عباره المصنف من غير جهه تخصيص الأكثر، إلا انه ناشئ من غلط النسخه و من زياده كلمه مع قبل كلمه ضعفه.

(لا- يقال) لو سلمنا حرمه الإعانه على الإثم لكان الظاهر من الروايه هو بيع اليهود شحومهم من غيرهم، و لم يعلم حرمته على غير اليهود، بل الظاهر من الآيه المباركه اختصاص التحريم بهم، مع انه لو قطع النظر عن هذا الظهور لكان تقييد الروايه بما إذا كان البيع للأكل بلا موجب.

ص: ٤٢

١- ١) ص ٢٣.

قوله: يحرم بيع العذره النجسه من كل حيوان على المشهور. أقول المعروف بين الفقهاء رضوان الله عليهم حرمه بيع العذره النجسه من كل حيوان، بل فى التذكره (١) لا- يجوز بيع سرجين النجس إجماعاً منا، و فى الجواهر ادعى الإجماع بقسميه على حرمه بيع أرواث مالا يؤكل لحمه، و فى النهايه (٢) جعل بيع العذره من المكاسب المحظوره، و فى الغنيه (٣) منع عن بيع سرقين ما لا يؤكل لحمه، و فى المراسم (٤) حكم بحرمه بيع العذره، و فى المستنده (٥) انه موضع وفاق، و على هذا اتفاق المذاهب الأربعة [١] ثم ان تحقيق هذه المسأله فى ضمن مقامين الأول من حيث القواعد و الإجماعات و الروايات العامه، و الثانى من حيث الروايات الخاصه الوارده فى خصوص هذه المسأله.

أما المقام الأول من حيث القواعد و الإجماعات و الروايات العامه فقد ظهر من المسأله السابقه و ما قبلها انه لا يجوز الاستدلال بشىء من تلك الأمور على حرمه البيع و فساده.

و أما المقام الثانى من حيث الروايات الخاصه فالروايات الوارده هنا على ثلث طوائف الأولى [٢] ما يدل على حرمه بيع العذره و كون ثمنها سحتاً، الثانيه [٣] ما يدل على جواز بيعها و هى روايه ابن مضارب

ص: ٤٣

١- ١) ج ١ ص ٣ من البيع.

٢- ٢) باب المكاسب المحظوره.

٣- ٣) ص ٢ من البيع.

٤- ٤) ص ١ من المكاسب.

٥- ٥) ج ٢ ص ٣٣٤.

الثالثة[١] ما يدل على جواز بيعها و حرمتها معا و هي روايه سماعه.

و للجمع بينها وجوه للاعلام، الأول ما ذكره شيخ الطائفة (ره) من حمل روايه المنع على عذره الإنسان، و روايه الجواز على عذره البهائم مما يؤكل لحمه، و استشهد على ذلك بروايه سماعه، قال في التهذيب بعد ما نقل روايه الجواز انه و لا ينافي ذلك ما رواه يعقوب ابن شعيب، لان هذا الخبر محمول على عذره الإنسان، و الأول محمول على عذره البهائم من الإبل و البقر و الغنم، و لا تنافي بين الخبرين، و الذى يكشف عما ذكرناه روايه سماعه، و فى المبسوط (١) فلا يجوز بيع العذره و السرجين مما لا يؤكل لحمه، و فى الخلاف (٢) فالسرجين النجس محرم بالإجماع فوجب أن يكون بيعه محرما.

إذا عرفت مسلكه من كتبه الثلاثه فلا تغتر بإطلاق كلامه فى الاستبصار، حيث حمل روايه الجواز على عذره غير الآدميين، و روايه المنع على عذره الناس، ثم استشهد عليه بروايه سماعه فإن مراده من غير الآدميين إنما هو ما يؤكل لحمه فقط فلا- يعم غير المأكول.

(و فيه) أولا- انه ثبت فى محله أن كون الدليل نصا فى مدلوله غير كون بعض أفراده متيقنا فى الإبراده من الخارج على تقدير صدور الحكم، فما هو الموجب لرفع اليد عن الحكم هو الأول دون الثانى، ففى مثل الأمر [٢] بغسل الثوب من بول الخفاش الصريح فى المحبوبيه و الظاهر فى الوجوب، و ما ورد [٣] من ان بول الخفاش لا بأس به، الصريح فى جواز

ص: ٤٤

١- ١) فصل فى حكم ما يصح بيعه و ما لا يصح.

٢- ٢) ج ١ ص ٢٢٥.

الترك، و الظاهر فى الإباحه الخاصه، برفع اليد عن ظهور كل منهما بصريح الآخر فيثبت الاستحباب، و أما فى أمثال المقام حيث لا صراحه للدليل فى شىء، فلا موجب للجمع المذكور فإنه تبرعى محض و خارج عن صناعه الجمع الدلالى العرفى فلا يوجب رفع التعارض بوجه، إذن فلا- بد إما من طرحهما و إما الرجوع الى المرجحات السنديه، أو الخارجيه من موافقه الكتاب أو مخالفه العامه.

و بعباره اخرى أن الجمع العرفى بين الدليلين بطرح ظهور كل منهما بنص الآخر إنما يجرى فيما كانت لكل منهما قرينيه لرفع اليد عن ظهور الآخر، كالجمع بين الأمر و الترخيص، بحمل الأول على الاستحباب و الثانى على الكراهه، و هذا بخلاف ما إذا ورد النفى و الإثبات على مورد واحد كما فيما نحن فيه، فإنه من أوضح موارد المتعارضين.

(و ثانيا) سلمنا ذلك إلا أن إطلاق العذره على مدفوعات ما يؤكل لحمه ممنوع جدا، و إنما يطلق عليها لفظ الأرواث أو السرقين و هذا واضح لمن كان له انس بالعرف و اللغه [١] (و ثالثا) سلمنا جواز الإطلاق و صحته إلا ان أخذ المتيقن من الدليلين المتنافيين لا يعد

من الجموع العرفيه، لعدم ابتناؤه على أساس صحيح، بل لو جاز أحد المتيقن من الدليل لانسد باب حجه الظواهر و لم يجز التمسك بها، إذ ما من دليل إلا و له متيقن في إرادته المتكلم إلا ان يقال بتخصيص ذلك بصوره التعارض و هو كما ترى.

(و رابعا) سلمنا ذلك أيضا إلا ان أخذ المتيقن من دليلي الجواز و المنع لا ينحصر بما ذكر، بل يجوز أخذه منهما بوجه آخر أوجه منه، بأن تحمل روايه الجواز على فرض كون العذره المبيعه يسيره، و روايه المنع على فرض كونها كثيره، أو تحمل روايه الجواز على بلاد تعارف فيها بيع العذره لأجل التسميد و نحوه، و روايه المنع على بلاد لم يتعارف فيها بيعها أو غير ذلك.

(الثاني) أن تحمل روايه الجواز على بلاد ينتفع بها، و روايه المنع على بلاد لا ينتفع بها، و قد حكى المصنف هذا الوجه من المجلسي ثم استبعده. (و فيه) مضافا الى كونه جمعا تبرعيا ان إمكان الانتفاع بها في مكان يكفى في صحه بيعها على وجه الإطلاع، على أنك عرفت في بيع الأبوال ان غايه ما يلزم هو كون المعامله على أمثال تلك الخبائث سفهيه، و لم يقد دليل على بطلانها و صرف العمومات عنها، مع ان الظاهر من قول السائل في روايه سماعه (اني رجل أبيع العذره) هو كونه بيع العذره و أخذه ذلك شغلا لنفسه، و إنما سئل عن حكمه الشرعي، و هذا كالصريح في كون بيع العذره متعارفا في ذلك الزمان ثم ان هذا الوجه و ان نسبه المصنف إلى المجلسي و لكن لم نجد في كتبه، بل الموجود في مرآه العقول (1) نفى البعد عن حمل روايه الجواز على الكراهه.

(الثالث) ما احتمله السبزواری (2) من حمل روايه المنع على الكراهه، و روايه الجواز على الترخيص المطلق، و قد استبعده المصنف أيضا: و لعل الوجه فيه هو أن استعمال لفظ السحت في الكراهه غير جار على المنهج الصحيح، فان السحت في اللغه [١] عباره عن الحرام

ص: ٤٤

١- ١) ج ٣ باب جامع ما يحل الشراء و البيع ص ٤١١.

٢- ٢) راجع الكفايه المقصد الثاني من التجاره.



إذن فروايه المنع آبيه عن الحمل عليها.

(وفيه)أولاً- ان لفظ السحت قد استعمل فى الكراهه فى عدده من الروايات[١]فإنه أطلق فيها على ثمن جلود السباع، و كسب الحجام، و اجره المعلمين الذين يشارطون فى تعليم القرآن، و قبول الهديه مع قضاء الحاجه، و من الواضح جدا انه ليس شىء منها بحرام قطعاً، و إنما هى مكروهه فقط، و قد نص بصحه ذلك الاستعمال غير واحد من أهل اللغه[٢]بل الروايات[٣]الكثيره تصرح بجواز بيع جلود السباع و أخذ الأجره للحجام

ص:٤٧

و تعليم القرآن حتى مع الاشتراط، و الجمع العرفى يقتضى حمل المانع على الكراهه، و عليها فتاوى الأصحاب و إجماعهم، بل فتاوى أكثر العامه [١] إذن فلا وجه للتهويل على السبزوارى بأن كلمه السحت غير مستعمله فى الكراهه الاصطلاحيه.

(و ثانيا) لو سلمنا حجيه قول اللغوى فغايه ما يترتب عليه ان حمل لفظ السحت على

المكروه خلاف الظاهر، ولا بأس به إذا اقتضاه الجمع بين الدليلين.

(لا يقال) و ان صح إطلاق كلمه السحت على الكراهه كصحه إطلاقها على الحرام، إلا أن نسبته الى الثمن صريحه فى الحرمة، فإنه لا معنى لكراهه الثمن.

(فإنه يقال) ان عنايه تعلق الكراهه بالثمن لا تزيد على عنايه تعلق الحرمة به، فاراده الثانى من كلمه السحت دون الأول مع صحه استعمالها فيهما تحتاج إلى قرينه معينه، و من هنا ذكر فى لسان العرب السحت يرد فى الكلام على المكروه مره، و على الحرام اخرى، و يستدل عليه بالقرائن، غايه الأمر انه إذا تعلق الحرمة بالثمن فيستفاد من ذلك الحرمة الوضعيه أعنى بها فساد البيع زائدا على حرمة التصرف فى الثمن، بخلاف تعلق الكراهه به، فإنه متمحض فى الدلاله على الحكم التكليفى كما فى ثمن جلود السباع و نحوه.

(الرابع) أن تحمل روايه الجواز على الجواز التكليفى لظهور كلمه لا- بأس فى ذلك، و روايه المنع على الحرمة الوضعيه، فتصير النتيجة ان بيع العده فاسد و غير حرام.

(و فيه) مضافا الى كونه جمعا تبرعيا ان استعمال لا بأس فى الجواز التكليفى و مقابله فى البأس الوضعى من الغرابه بمكان كاد أن يلحق بالأغلاط و لم نسمع الى الآن نظير ذلك الاستعمال، بل هما متمحضان لبيان الحكم الوضعى و ان كان يستفاد منهما الحكم التكليفى أحيانا بالالتزام، و من هنا ترون ان الفقهاء رضوان الله عليهم يتمسكون بالأمر بشىء و بالنهى عن شىء فى الصلاه لإثبات الجزئيه و المانعيه فيها، على أن قوله «ع» فى روايه سماعه (حرام بيعها و ثمنها) ظاهر فى الحرمة التكليفيه لو لم يكن نصا فيها فلا وجه لرفع اليد عنها و حملها على الحرمة الوضعيه.

(الخامس) ما اختاره العلامة المامقانى «ره» و قال الأقرب عندى حمل قوله «ع» لا بأس ببيع العذره على الاستفهام الإنكارى. و لعل هذا مراد المحدث الكاشانى حيث قال و لا- يبعد أن يكون اللفظتان مختلفتين فى هيئه التللفظ و المعنى و ان كانتا واحده فى الصورة.

(و فيه) مضافا الى كونه محتاجا الى علم الغيب، انه خلاف الظاهر من الروايه فلا يجوز المصير اليه بمجرد الاحتمال.

و التحقيق انه لا- يجوز العمل بروايات المنع لوجهين، الأول عدم استيفائها شرائط الحجيه بنفسها، أما روايه ابن شعيب فلضعف سندها، لا- للإرسال كما زعمه صاحب الجواهر، اغترارا بإرسال العلامة فى المنتهى، بل لجهاله على بن مسكين أو سكن، و كذا روايه دعائم الإسلام، و توهم انجبارهما بعمل المشهور توهم فاسد، فإنه مضافا الى فساد الكبرى، ان الحكم غير مختص بالعذره، بل شامل لغيرها من النجاسات، و أما روايه سماعه فهى و إن كانت

موثقه، إلا انه لا يجوز الاعتماد عليها، اما لإجمالها لمعارضه صدرها مع ذيلها إن كانت روايه واحده، و إما للتعارض و التساقت لو كانت روايتين، و لكن يدل على التعدد من الروايه أمور: الأول اقتران كلمه قال فيها بالواو، و الثانى وضع المظهر فيها موضع المضمّر، فإنها لو كانت روايه واحده لكان للإمام «ع» أن يقول و لا بأس ببيعها بدل قوله (لا بأس ببيع العذره) الثالث انها لو كانت روايه واحده لكانت مجمله كما عرفت، إذن فلزم للسائل أن يسأل عن بيع العذره ثانيا فينكشف من تلك القرائن تعددها و ان سماعه لما نقل روايه المنع ألحقها بروايه الجواز تفهيمًا للمعارضه و على هذا فيحكم بالتساقت.

(إن قلت) ان السائل لما فهم مقصوده من القرائن الحاليه أو المقاليه و إن لم تصل إلينا ترك التعرض للسؤال، فلا يلزم من ذلك تعدد الروايه.

(قلت) احتمال انه فهم المراد من القرائن و إن كان موجودا إلا أن أصله عدم القرينه التى من الأصول المسلمه عند العقلاء تدفع ذلك الاحتمال، ثم لو صحت روايه ابن مضارب كما هى كذلك و ان رماها المجلسى (١) بضعف السند لوجب الأخذ بها، و إلا فالمرجع فى الجواز التكليفى هى أصله الإباحه، و فى الجواز الوضعى هى العمومات من أَوْفُوا بِالْعُقُودِ، و أحل الله البيع، و تجاره عن تراض.

(الوجه الثانى) انك بعدها عرفت تعدد روايه سماعه و كونها روايتين فتتخصر الروايات هنا فى طائفتين، المانعه عن بيع العذره، و المجوزه لبيعها، و على هذا فإن أمكن الجمع بينهما بإحدى الوجوه المتقدمه فنأخذ بهما، و إلا فلا بد من الرجوع الى المرجحات الخارجيه لتساوى روايتى سماعه من حيث المرجحات السنديه، و لما كان القول بحرمه بيع العذره مذهب العامه بأجمعهم فنأخذ بالطائفه المجوزه لبيعها، و من هنا ظهر ما فى كلام المصنف حيث استبعد حمل الطائفه المانعه عن بيعها على التقيه، و العجب من الفاضل المامقانى «ره» فإنه وجه كلام المصنف و قال ان مجرد كونه مذهب أكثر العامه لا يفيد مع كون فتوى معاصر الإمام الذى صدر منه الحكم هو الجواز كما فيما نحن فيه حيث ان الجواز فتوى أبى حنيفه المعاصر لمن صدر منه أخبار المنع و هو الصادق «ع» فخير الجواز أولى بالحمل على التقيه، و وجه العجب ان أبى حنيفه قد أفتى بحرمه بيع العذره كما عرفت.

و أعجب من ذلك ما نسبه إليه العلامة فى التذكرة (٢) من تجويز بيع السرجين النجس لأن أهل الأمصار يتبايعونه لزروعهم من غير نكير، فإنه «ره» مع اطلاعه على مذهب العامه

ص: ٥٠

١- (١) ج ٣ مرآه العقول باب ١٠٣ جامع فيما يحل الشراء من المكاسب ص ٤١١.

٢- (٢) ص ٣ من البيع.

و آرائهم كيف خفى عليه مذهب أبى حنيفه فى هذه المسأله، نعم لا ينكر تجويز أبى حنيفه (١) بيع العذره إذا اختلطت بالتراب، و بيع الزبل الذى يسمى بالسرجين، و بيع البعر للانتفاع به و جعله وقودا.

قوله: فروايه الجواز لا يجوز الأخذ بها من وجوه لا تخفى. أقول الوجوه المشار إليها فى كلامه هى الإجماعات المنقوله، و الشهره الفتوائيه، و الروايات العامه المتقدمه، و ضعف سند ما يدل على الجواز، إلا أنها مخدوشه بأجمعها، و لا يصلح شىء منها لترجيح ما يدل على المنع أما الإجماعات المنقوله فليست بتعبيديه، بل مدركها هى الوجوه المتقدمه، و لو كانت تعبيديه لكانت حجه مستقله، و ضمها إلى روايه المنع لا يزيد اعتبارها بل هى بنفسها لو كانت حجه لوجب الأخذ بها، و إلا فضم الإجماعات إليها لا يوجب حجيتها.

و أما الشهره الفتوائيه فهى و إن كانت مسلمه، إلا- أن ابتنائها على روايه المنع ممنوع جدا، فان تلك الشهره غير مختصه ببيع العذره، بل هى جاربه فى مطلق النجاسات، و لو سلمنا ابتنائها عليها لا توجب انجبار ضعف سند الروايه، على أن ما يوجب ترجيح احدى الروائتين على الأخرى عند المعارضه هى الشهره فى الروايه دون الشهره الفتوائيه.

و أما الروايات العامه فقد تقدم الكلام فيها، على أن النجاسه لم تذكر فى شىء منها إلا فى روايه تحف العقول، و الذى يستفاد منها ليس إلا حرمه الانتفاع بالنجس مطلقا، و هى و إن كانت مانعه عن البيع، إلا انه لم يقل بها أحد، و أما مانعيه النجاسه من حيث هى نجاسه فلا يستفاد من تلك الروايات، و لا من غيرها، نعم لا شبهه فى حرمه الانتفاع المتوقفه على الطهاره، و من هنا يظهر الجواب عن من ذهب الى حرمه الانتفاع بالعذره فى التسميد و نحوه، و تمسك فى ذلك بقوله «ع» فى روايه تحف العقول (أو شىء يكون فيه وجه من وجوه الفساد) بدعوى ان التسميد و نحوه من التصرفات فيها من وجوه الفساد، بل قد ورد فى بعض الروايات [١] جواز طرح العذره فى المزارع.

و اما تخيل ضعف روايه الجواز من ناحيه السند، ففيه أولا انه محض اشتباه قد نشأ من خلط ابن مضارب بابن مصادف و توهم ان الأول غير موجود فى كتب الرجال فإنه مضافا الى كونه مذكورا فيها و منصوبا بحسنه، انه قد انفقت أصول الحديث على نقل

ص: ٥١

روايه الجواز عنه، و لم يحتمل فيها نقلها عن ابن مصادف.

و ثانيا ان اختصار الكليني بنقل روايه الجواز فقط دون غيرها يشير الى اعتبارها كما هي كذلك لكون روايتها بين ثقات و حسان.

## جواز بيع الأرواث

قوله: الأقفى جواز بيع الأرواث الطاهره. أقول المشهور بين أصحابنا جواز بيع الأرواث الطاهره، و فى المستند (١) يجوز الاكتساب بها مطلقا وفاقا للأكثر بل عن السيد الإجماع عليه لظهارتها و عظم الانتفاع بها فيشملها الأصل و العمومات، و فى الخلاف (٢) سرجين ما يؤكل لحمه يجوز بيعه دليلنا على جواز ذلك انه طاهر عندنا و من منع منه فإنما منع لنجاسته و يدل على ذلك بيع أهل الأمصار فى جميع الأعصار لزروعهم و ثمارهم و لم نجد أحدا أكره ذلك و لا خلاف فيه فوجب أن يكون جائزا، نعم حكم فى النهايه (٣) بحرمة بيع العذره و الأبول إلا بول الإبل خاصة فإنه لا بأس بشربه و الاستشفاء به عند الضروره و فى المراسم (٤) حكم بحرمة التكبس بالعذره و البول إلا بول الإبل خاصة، و كذلك ذهب الشافعيه (٥) إلى نجاسه فضله مأكول اللحم بلا تفصيل بين الطيور و غيرها، مع ذهابهم (٦) إلى عدم صحه بيع كل نجس إلا إذا كان مخلوطا بشيء طاهر لا يمكن فصله منه.

و الظاهر انه لا فرق بين العذره و الأرواث فى جواز البيع و عدمه من جهه مدرك الحكم إلا نجاسه الاولى و طهاره الثانيه، فإن الأخبار الخاصه الوارده فى حرمة بيع العذره لم تتم كما عرفت، و الاخبار العامه المتقدمه إنما تدل على حرمة بيع ما يكون منهيًا عن أكله فتكون شامله للأرواث و العذره كليهما، و حيث عرفت انه لا يصلح شيء من ذلك لإثبات حرمة بيع العذره فتعرف عدم جريانه فى الأرواث أيضا، و أما ما فى روايه تحف العقول من قوله «ع»: (أو شيء من وجوه النجس) فلا تدل على مانعيه النجاسه عن البيع، لما عرفت فى بيع الأبول أن مقتضى التعليل المذكور فيها هو كون منافع النجس بأجمعها محرمة، و أما إذا كانت له منفعه محلله فلا تدل الروايه على حرمة بيعه، إذن فلا وجه لما التزم به شيخنا الأنصارى من التفريق بين العذره و الأرواث.

و أما دعوى الإجماع على التفريق بينهما فهى دعوى جزافيه للاطمئنان بأن مدرك المجمعين

ص: ٥٢

١-١ (١) ج ٢ ص ٣٣٤.

٢-٢ (٢) ج ١ ص ٢٢٥.

٣-٣ (٣) باب المكاسب المحظوره.

٤-٤ (٤) باب المكاسب.

٥-٥ (٥) ج ١ فقه المذاهب ص ١٢.

٦-٦ (٦) ج ٢ فقه المذاهب ص ٢٣٢.

تلك الوجوه المذكوره لمنع بيع العذره دون الأرواث، وإلا فالإجماع التعبدى الكاشف عن رأى الحجه معلوم العدم، وقيام السيره على جواز الانتفاع و المعاوضه لا يختص بالأرواث بل يعم العذره أيضا، كشمول العمومات لهما، وما فى الجواهر من الاستدلال على جواز بيع الأرواث فقط بخبر ابن مضارب، وبذيل روايه سماعه، بعد ما حملهما عليها فاسد لما عرفت من انه لا يصح إطلاق العذره على الأرواث بوجه، و ان الأرواث فى اللغه [١] لا تطلق إلا على رجيع ذى الحافر.

و قد يتوهم تحريم بيعها لآيه تحريم الخبائث بدعوى ان عموم التحريم المستفاد من الجمع المحلى باللام يشمل البيع أيضا.

(و فيه) أولا ما أجاب به المصنف من أن المراد من تحريم الخبائث هو تحريم أكلها، لا مطلق الانتفاعات بها.

و ثانيا انه قد تقدم فى بيع الأبوال ان الخبيث عباره عن مطلق ما فيه نقص و دنائه و لو كان من قبيل الافعال و يرادف فى الفارسيه بلفظ (پليد) فمثل الزنا و الاقتراء و الغيبه و النميمه و غيرها من الأفعال المحرمه التى عبر عنها فى قوله تعالى (١) بالفواحش، من الخبائث أيضا، إذن فليس المراد من تحريم الخبائث فى الآيه إلا- بيان الكبرى الكليه من تحريم ما فيه مفسده، و أما تشخيص الصغرى و بيان ان فى هذا مفسده أو فى ذاك فخارج عن حدود الآيه، و إلا فيلزم التمسك بالعام فى الشبهات المصدقيه و هو لا يجوز كما نقح فى الأصول، و ان أبيت إلا عن اختصاصها بما يكون الطبع متنفرا عنه، فندفعه بعدم الملازمه بين تحريم الأكل و حرمة البيع، كما سبق فى بيع الأبوال و غيره، إلا إذا كان الأكل من المنافع الظاهره

## جواز بيع الدم نجسا كان أم طاهرا

### اشاره

قوله: يحرم المعاوضه على الدم بلا خلاف. أقول المشهور بين أصحابنا شهره عظيمه حرمة بيع الدم النجس كما فى النهايه (٢) و المراسم (٣) و المبسوط (٤) و فى التذکره (٥)

ص: ٥٣

١- ١) سورة الأعراف آيه ٣١: قُلْ إِنَّمَا حَرَّمَ رَبِّي الْفَوَاحِشَ .

٢- ٢) المكاسب المحظوره.

٣- ٣) أول المكاسب.

٤- ٤) فى فصل ما يصح بيعه و ما لا يصح

٥- ٥) ج ١ ص ٣ من البيع.

يشترط في المعقود عليه الطهاره الأصلية و لو باع نجس العين لم يصح إجماعا.

و على هذا المنهج ابن الهمام الحنفى فى شرح فتح القدير (1) و عن المالكية (2) لا يصح بيع النجس، و عن الحنابلة لا يصح بيع النجس كالدم، و عن الشافعية لا يصح بيع كل نجس، و عن الحنفية لا يصح بيع الدم، و فى أخبارهم [1] أيضا شهاده على ذلك إذا عرفت ذلك فاعلم ان المصنف قد فصل بين الدم النجس فحكم بحرمه المعاوضه عليه للإجماع و الاخبار السابقه أى الروايات العامه، و بين الدم الطاهر فقد قوى جواز المعاوضه عليه إذا فرضت له منفعه محلله كالصبغ و نحوه، لكونه من الأعيان التى يجوز الانتفاع بها منفعه محلله.

(و فيه) انه بعد اشتراكهما فى حرمه الأكل، و جواز الانتفاع بهما منفعه محلله كالصبغ و التسميد و نحوهما، فلا وجه للتفكيك بينهما، و أما النجاسه فقد عرفت مرارا انه لا موضوعيه لها، فلا تكون فارقه بين الدم الطاهر و النجس، و أما الاخبار السابقه فمضافا الى ضعف سندها أنها شامله لهما، فلو تمت لدلت على حرمه بيعهما معا و إلا فلا، على ان المستفاد من روايه تحف العقول هو تحريم مطلق منافع النجس، و حينئذ فإن وفقنا على ظاهرها فلازمه الإفتاء بما لم يفت به أحد، و ان اقتصرنا على خصوص تحريم البيع فلا دليل عليه.

و أما الإجماع فهو لا يختص بالمقام، و إنما هو الذى ادعى قيامه على حرمه مطلق بيع النجس، و مدركه هى الوجوه المذكوره لحرمة بيعه من الروايات العامه و غيرها، و إلا- فليس هنا إجماع تعبدى ليكشف عن رأى المعصوم، إذن فلا دليل على حرمه بيع الدم سواء كان نجسا أم طاهرا لا وضعا و لا تكليفا.

## وهم وإزاله

و قد استدل على حرمه بيع الدم مطلقا بمرفوعه أبى يحيى الواسطى [2] فإن فيها نهى

ص: ٥٤

١- ١) ج ٥ ص ١٨٦.

٢- ٢) راجع ج ٢ فقه المذاهب ص ٢٣١ و ص ٢٣٢.



على «ع» عن بيع سبعة منها الدم، فتدل على ذلك وضعا و تكليفا بعد ملاحظه انجبارها بالشهره، بل بعدم الخلاف بين الأصحاب.

(و فيه) أولا- انها ضعيفه السند، و غير منجبره بعمل المشهور صغرى و كبرى، و الوجه فى ذلك هو ما تقدم (1) و لا- انها منجبره بعدم الخلاف و إن ذكره المامقانى «ره» فإنه على تقدير عدم كونه حجه فضمامها لغير الحجه لا يفيد اعتبارها فلا يجوز الاستدلال بها على حرمه بيع الأمور المذكوره فيها. نعم إذا قلنا بشمول أدله التسامح فى السنن للمكروهات لا بأس من الالتزام بكراهه بيعها.

(و ثانيا) ان الظاهر من الدم المذكور فى المرفوعه هو الدم النجس الذى تقذفه الذبيحه المسمى بالمسفوح لكثرتة و مرسوميه أكله فى زمن الجاهليه، دون الطاهر المتخلف فيها الذى يباع بتبع اللحوم كثيرا، فإنه من القله بمكان لم يكن مورد الرغبه لأهل الجاهليه لينجر ذلك الى أن يمر على «ع» بالقصايين و ينهاهم عن بيعه، و لعله لذلك لم يذكر الله تعالى فى القرآن (2) إلا الدم المسفوح، إذن فالروايه لا تشمل الدم الطاهر فلا تدل على حرمه بيعه مطلقا لكونها أخص من المدعى.

و لكن يمكن أن يقال ان تعارف أكل الدم النجس و غلبته فى الخارج لا يوجب اختصاص المنع المذكور فى الروايه، بل يعم الدم الطاهر أيضا، و يدل على ذلك من الروايه ذكر الطحال فيها، فإن الإمام عليه السلام بين كونه من الدم، و فى روايه [1]

ص: ٥٥

١- ١) ص ٦.

٢- ٢) سورة الانعام آيه ١٤٦ أَوْ دَمًا مَسْفُوحًا .

أخرى لأنه دم إلا أنه مع ذلك لا نسلم دلالة المرفوعه على أزيد من حرمة بيعه للأكل فقط تكليفا، أو وضعاً أيضاً، كما نبه على ذلك العلامة الأنصاري «ره» وقال فالظاهر إرادته حرمة البيع للأكل و لا- شك في تحريمه لما سيجيء من أن قصد المنفعه المحرمه في المبيع موجب لحرمة البيع بل بطلانه، و اما حرمة بيعه لغير الأكل فلا- دلالة عليه من الروايه لا وضعاً و لا تكليفاً، و الشاهد لذلك انه لا ريب في جواز بيع الأمور المذكوره فيها لغير الأكل كإطعام الحيوان و نحوه.

## تذكره

ربما يتوهم ان بيع الدم لما كان اعانه على الإثم فيكون محرماً لذلك، و فيه مضافاً الى ما سيأتي من عدم الدليل على حرمتها، ان النسبه بينها و بين بيع الدم هو العموم من وجه، فإنه قد يشتريه الإنسان لغير الأكل كالصبغ و التسميد و نحوهما، فلا يلزم منه إعانه على الإثم بوجه، و على تقدير كونه اعانه على الإثم فالنهي إنما تعلق بعنوان خارج عن البيع فلا يدل على الفساد.

## تذكره اخرى

قد استدلت العلامة المامقاني على حرمة بيعه بما دل من الكتاب (١) و السنه (٢) على تحريم الدم بضميمه قوله «ع» ان الله إذا حرم شيئاً حرم ثمنه.

(و فيه) مضافاً الى ما تقدم في النبوي، ان المراد من تحريم الدم في الكتاب و السنه إنما هو تحريم أكله و قد عرفت مراراً انه لا ملازمه بينه و بين حرمة الثمن.

## في حرمة بيع المنى

قوله: الرابعه لا إشكال في حرمة بيع المنى. أقول قبل التعرض لبيان جهات المسأله و أحكامها لا بد و أن يعلم ان المنى إنما يطلق على ما خرج من المخرج و أريق كما ذكره بعض

ص: ٥٦

---

١- ١) سورة البقره آيه ١٦٩ إِنَّمَا حَرَّمَ عَلَيْكُمُ الْمَيْتَةَ وَ الدَّمَ . و سورة المائده آيه ٥ حُرِّمَتْ عَلَيْكُمُ الْمَيْتَةُ وَ الدَّمُ .  
٢- ٢) راجع ج ١١ الوافي ص ٢٠، و ج ٣ ثل باب ٣٠ ما يحرم من الذبيحه من الأطعمه المحرمه، و ج ٢ كا ص ١٥٣، و ج ٢ التهذيب ص ٣٠٠.

أهل اللغة [١] في وجه تسميته، وهذا بخلاف عسيب الفحل فان له معان عديدة، و الذي يناسب منها المقام أربعة، الطروقه، و ماء الفحل في الأصلاب، و اجره الضراب، و إعطاء الكراء على الضراب، فإن أريد منه المعنيين الأخيرين فيكون ذلك بنفسه موردا للنهي في الروايات الناهيه عنه، و ان أريد المعنيين الأولين فيكون الذي في الحديث بتقدير المضاف، فالتقدير في نهى رسول الله، ص عن عسيب الفحل انه نهى عن بيعه أو عن كرائه، و قد نص على ذلك كثير من اللغويين [٢] و لكن الغرض في ما نحن فيه هو الكسب كما أشير إليه في النبوى الآتى و لعل الوجه في افراد المصنف و بعض آخر عسيب الفحل عن المنى هو الفرق المذكور بينهما.

ثم ان تحقيق الكلام فى هذه المسأله يقع فى ثلاث جهات: الاولى فى بيع المنى إذا وقع فى خارج الرحم، و الثانى فى بيعه بعد وقوعه فيه و يسمى بالملاقيح، و الثالثه فى بيع ماء الفحول فى أصلابها و يسمى بعسيب الفحل.

أما الجهه الأولى فحكم المصنف بحرمه بيعه لنجاسته، و عدم الانتفاع به إذا وقع فى خارج الرحم، و كذلك يحرم بيعه عند كل من يرى النجاسه مانعه عن البيع، و منهم المالكيه و الحنابله (١) غير الشافعيه فإنهم و إن ذهبوا الى مانعيه النجاسه عن البيع إلا انهم يرون طهاره المنى فى بعض الصور [١] أما النجاسه فظهر ما فى مانعيته عن البيع من المسائل المتقدمه، و اما عدم الانتفاع به فمانعيته عنه تتوقف على أمرين: الأول إثبات حرمه الانتفاع به إذا وقع فى خارج الرحم، و الثانى اعتبار المالىه فى البيع، فبانتفاء أحدهما يثبت جواز بيعه، و حيث عرفت و ستعرف عدم اعتبار المالىه فيه فيحكم بجواز بيعه فى هذه الصوره، على انه لو تم ذلك لمنع عن بيعه وضع فقط كما هو واضح.

و اما الجهه الثانى ففى التذكره (٢) لا نعرف خلاف بين العلماء فى فساد بيع الملاقيح للجهاله و عدم القدره على التسليم.

و لكن التحقيق أن يقال انه ان قلنا بتبعيه النماء للحيوان كما هو الحق فبمجرد وقوع المنى فى الرحم يصير ملكا لمالك الحيوان بالتبعيه لكونه جزء منه، كما كان قبل ذلك جزء من الفحل و ملكا لمالكه بالتبع، و على هذا فلا يجوز بيعه لا من صاحب الأنثى، و لا- من غيره، و ان قلنا بعدم الجزئيه و التبعيه، بل بكونه كالبذر المغروس فى أرض الغير، فالظاهر جواز بيعه مطلقا سواء كان من صاحب الأنثى أو من غيره حتى بناء على اعتبار المالىه فى العوضين، لكونه ما لا فى هذه الصوره فتجوز المعاوضه عليه، و أما منع جواز بيعه حينئذ لنجاسته كما فى المتن فمن العجائب كيف فإنها منتفیه قطعاً إذا خرج من الباطن الى الباطن، على انها لو كانت مانعه لمنعت عن بيعه لأجل المنافع التى تتوقف على عدمها لا مطلقاً على انك عرفت عدم مانعيته عن البيع، و ستعرف اعتراف المصنف بذلك فى بيع الميته فإنه قال

ص: ٥٨

١- ١) ج ٣ فقه المذاهب ص ٣٣١ و ص ٢٣٢.

٢- ٢) ج ١ ص ٧ من البيع.

فمجرد النجاسه لا تصلح عله لمنع البيع لو لا الإجماع على حرمه بيع الميتة.

و اما الجهاله و عدم القدره على التسليم فلا تكونان مانعتين عن بيع الملاقيح، لأنها لا تختلف قيمتها باختلاف الكم و الكيف، و أن تسليم كل شىء بحسب حاله و هو فى المنى وقوعه فى الرحم فهو حاصل على الفرض، و بعبارة اخرى ان الجهاله و عدم القدره على التسليم إنما تمنعان عن البيع لأجل الغرر المنهى عنه فى البيع كما يأتى فى البيع الغررى، ففى بيع الملاقيح ليس غرر لا من ناحيه الجهاله و لا من ناحيه عدم القدره على التسليم.

و لكن الذى يسهل الخطب ان السيره القطعيه من العقلاء و المتشرعه قائمه على تبعيه النتاج للأمهات فى الحيوانات، و قد أمضاها الشارع فلا يمكن التخطى عنها، كما ان الولد للفراش فى الإنسان بالنص و الإجماع القطعيين، و من هنا يعاملون مع نتاج الحيوانات معامله الملك حتى مع العلم بأن اللقاح حصل من فحل شخص آخر، و إلا فكان اللازم عليهم اما رد النتاج الى صاحب الفحل ان كان معلوماً أو المعامله معه معامله مجهول المالك ان كان المالك مجهولاً و هذا شىء لا يتفوه به ذو مسكه، و اما دعوى الإجماع التعبدى على البطلان فدعوى جزافيه بعد العلم و لا أقل من الاحتمال بكونه مستندا الى الوجوه المذكوره لبطلان بيع الملاقيح و قياس ذلك بالبذر المغروس فى أرض الغير باطل بعد قيام الدليل على الفرق.

و أما الجهه الثالثه فقد وقع الخلاف بين الفقهاء فى حرمه بيع عسيب الفحل، قال فى التذكرة بعد كلامه المتقدم فى الجهه الثانيه يحرم بيع عسيب الفحل و هو نطفته لانه غير متقوم و لا معلوم و لا مقدور عليه و لا نعلم فيه خلافاً. و قال فى الخلاف (١) اجاره الفحل للضراب مكروه و ليس بمحظور و عقد الإجاره عليه غير فاسد، ثم ادعى الإجماع على الكراهه. و فى المستند (٢) حكم بكراهه أجره الضراب و حمل عليها الاخبار الناهيه عنها للإجماع و هكذا وقع الخلاف فى ذلك بين العامه [١].

ص: ٥٩

١-١) ج ١ ص ٢٢٢.

٢-٢) ج ٢ ص ٣٣٠.

ثم ان تحقيق هذه الجبهه يقع فى مقامين:الأول من حيث القواعد و الثانى بحسب الروايات أما الأول فقد استدل على بطلان المعامله على عسيب الفحل بالبيع أو بالإجاره بوجوه الأول بجهالته.و فيه انه لم يرد نص و لا- انعقد إجماع على اعتبار العلم بعوضى المعامله ليلزم من جهالتهما بطلانها بل إنما نعتبر ذلك فيها من جهه الغرر المرتفع بالعلم بالطروقه و الاجتماع فان الغرض من المعامله على عسيب الفحل هو ذلك.

الثانى بعدم القدره على التسليم بدعوى أن إحبال الحيوان غير مقدور عليه فلا تصح الإجاره عليه لان ذلك ليس فى وسعه و الموجود فى أصلاب الفحول أيضا غير مقدور على تسليمه فلا يصح بيعه.و فيه ان اعتبار ذلك فى المعامله أيضا من جهه الغرر فحيث كان النظر فى ذلك الى الطروقه و الاجتماع فيرتفع الغرر عنها فان تسليم كل شىء بحسبه كما عرفت فى الجبهه الثانيه و الثالث بعدم كون ما فى أصلاب الفحول مالا- لكونه ماء مهينا لا قيمه له فيكون العقد عليه باطلا،و فيه مضافا الى عدم اعتبار المالیه فى عوضى المعامله.أن قوامها إنما هو باعتبار العقلاء و رغبتهم،فلا شبهه فى ترتب الغرض المهم على ما فى أصلاب الفحول،على انه لو تم شىء من تلك الوجوه لدل على الحرمة الوضعيه دون التكليفيه،و أما توهم مانعيه النجاسه عنها هنا لتكون دليلا على الحرمة التكليفيه فما لا يصغى إليه،فإنه مع تسليم مانعيتها عن المعامله فلا دليل على نجاسه ما فى الأصلاب.

و أما المقام الثانى فالروايات الوارده هنا على طائفتين:الأولى[١] تدل على حرمة بيع

عسيب الدابه و إكرائها على الضراب، و ان ثمن ذلك سحت، و يدل عليه بعض الروايات من طرق العامه أيضا[١].

الثانيه[٢] تدل على جواز إكراء التيوس و نفى البأس عن أخذ اجورها، فمقتضى الجمع بينهما هو حمل الطائفه الأولى المانعه على الكراهه، و لا يمنع عن ذلك إطلاق السحت على ثمن عسيب الفحل فى روايه الجعفریات، فإنك قد عرفت فى بيع العذره إطلاقه على الكراهه الاصطلاحيه فى مواضع شتى.

لا- يقال ان النبوى و روايه الجعفریات بنفسهما ظاهران فى الكراهه المصطلحه لاشتغالهما على ما ليس بمحرم قطعاً، فإنه ذكر المنع فى الجعفریات عن بيع جلود السباع و أجر القارى مع أنهما ليسا بمحرمين جزماً، و فى النبوى نهى عن لبس ثياب ينسج بالشام مع عدم ثبوت حرمة، على أن النبوى كمرسله الصدوق و دعائم الإسلام و المنقول من طرق العامه ضعيفه السند.

فإنه يقال إن ثبوت الترخيص فى بعض الأمور المذكوره فيهما بدليل خارجى لا- يوجب ثبوته فى غيره، كيف و قد ثبت فى الشرعيه المقدسه استحباب بعض الأغسال كغسل الجمعة

و العيدين و غيرهما مع انها ذكرت فى جمله من الروايات [١] فى عداد الأغسال الواجبه كغسل الجنابه و الميت و مس الميت، نعم لم تثبت من تلك الروايات المانع إلا- وثاقه روايه الجعفرىات على ان النهى عن بيع عسيب الفحل فى النبوى لا يوجب حرمه المعامله وضعا بل التكسب به حرام تكليفا، والشاهد على ذلك ان فى الروايه نهى عما هو حرام بذاته مثل ثمن الكلب و ما هو حرام بالعرض مثل خاتم الذهب فإنه ليس بذاته من المحرمات بل لبسه و التختم به حرام ثم لا وجه لحمل الطائفه المانع على التقيه لما عرفت من كون المسأله محل الخلاف بين العامه أيضا

## جواز الانتفاع بالميتة و حرمه بيعها

### اشاره

قوله: يحرم المعاوضه على الميتة. أقول

### تحرير هذه المسأله فى مقامين

و قد خلط المصنف بينهما، الأول فى جواز الانتفاع بالميتة، و الثانى فى حرمه بيعها، و تقديم الأول للبحث عنه أول من تقديم الثانى و إن عكسه المصنف.

## أما المقام الأول فى جواز الانتفاع بالميتة

فإن مقتضى الأصل الأولى هو جواز الانتفاع بالميتة إلا- أن المشهور إنما هى حرمه الانتفاع بها ففى النهاية (١) بيع الميتة و التصرف فيها و التكسب بها حرام، و فى المراسم (٢) التصرف فى الميتة ببيع و غيره حرام، و فى الجواهر لا يجوز الانتفاع بشيء من الميتة مما تحله الحياه فضلا عن التكسب، و عليه فتاوى أكثر العامه [١].

ثم ان المهم هنا صرف عنان الكلام الى الروايات الخاصه الوارده فى ذلك و هى على طائفتين الأولى تدل على حرمه الانتفاع بالميتة، و الثانى على جواز الانتفاع بها.

أما الطائفه الأولى فهى متظافره، منها مكاتبه قاسم الصيقل [٢] فإنه سأل الإمام «ع»

ص: ٦٢

١- ١) فى المكاسب المحظوره.

٢- ٢) فى أول المكاسب.



عن جواز جعل أغماد السيوف من جلود الحمر الميتة. فكتب «ع» فان كان ما تعمل وحشيا ذكيا فلا بأس، فإن مفهومها يدل على حرمة الانتفاع بجلود غير الذكى، وفيه مضافا إلى ضعف سندها، أن مناط المنع فيها عن عمل أغماد السيوف من جلود الحمر الميتة، ليس إلا. من جهة إصابتها الثوب الذى يصلى فيه السائل، و من هنا أمره الرضا (عليه السلام) بأن يتخذ ثوبا لصلاته، و أما أصل الانتفاع بها بعمل الاغماد منها فهو مسكوت عنه فيبقى تحت أصاله الإباحه، بل يمكن أن يقال أن الروايه تدل على جواز الانتفاع بالميتة، و ذلك لأن السؤال فيها إنما وقع عن أمرين: أحدهما عمل الأغماد من جلود الحمر الميتة، و الثانى اصابتها الثوب فجوابه (عليه السلام) عن الثانى دون الأول ليس إلا تقريرا لجواز الانتفاع بالميتة، و إلا فكان سكوته عنه مع كونه فى مقام البيان مخالفاً بالمقصود، و من هنا يعلم الوجه فى قول أبى جعفر الثانى (عليه السلام) (فان كان ما تعمل وحشيا ذكيا فلا بأس) إذن فلا بد من جعلها من جمله ما يدل على جواز الانتفاع بها دون العكس.

و منها روايه الوشاء [١] فإنه (عليه السلام) قد منع فيها عن استصباح الاليات المبانه من الغنم الحى فإنه يستلزم اصابتها اليد و الثواب و هو حرام.

(و فيه) انه لما لم يكن اصابه اليد و الثوب للميتة، و سائر النجاسات، بل تلويث تمام البدن فهما، حراما قطعاً، فلا بد إما من أخذ التحريم فى قوله ع (و هو حرام) إرشادا إلى النجاسه كما فى الحدائق، أو إلى المانعيه عن الصلاه، أو إلى صورته المعامله معها معاملته المذكى بل عدم تعرضه ع لحكم الانتفاع بها بالاستصباح المسئول عنه، و تصديه لبيان نجاستها أو مانعيته عن الصلاه أدل دليل على جواز الانتفاع بها دون العكس، سلمنا ذلك و لكن

لا بد من الاقتصار فيها على موردها أعنى صورته اصابتها اليد و الثوب، إلا أن يتمسك في غير موردها بعدم القول بالفصل. نعم و في دلاله الروايات المرويّه عن الكاهلي [١] و علي بن المغيره [٢] و الجرجاني [٣] و سماعه [٤] و غيرها [٥] علي حرمه الانتفاع بالميتة غني و كفايه، و قد ذكر ذلك في أحاديث أهل السنه [٦] أيضا.

و أما الطائفه الثانيه فهى أيضا كثيره مستفيضه منها روايتى الصيقل و الوشاء المتقدمتين و منها روايه أبى القاسم الصيقل و ولده[١] و قد ظهر وجه الاستدلال بها من روايه الصيقل المتقدمه، على أن إصرار السائل فى هذه الروايه على الجواب بقوله(و نحن محتاجون الى جوابك فى هذه المسأله يا سيدنا لضرورتنا إليها) أدل دليل على جواز الانتفاع بالميته، فإن سكوته(عليه السلام) عن حكم المسأله مع إصرار السائل على الجواب تقرير على ذلك بلا ارتياب.

و منها روايه البنظى[٢] التى تدل على جواز الاستصباح بما قطع من أليات الغنم.

و منها[٣] ما عن على بن الحسين(عليه السلام) فإنه كان يلبس الفرو المجلوب من العراق و ينزعه وقت الصلاه، ففعله هذا يدل على جواز الانتفاع بالميته إلا- فيما يكون مشروطا بالطهاره، و الوجه فى كون ذلك الفرو العراقى من جلود الميته هو نزعه فى الصلاه، إلا أن يقال ان

لبسه سلام الله عليه إنما كان في مورد الأخذ من يد المسلم و معه يحكم بالتذكيه و عدم كون الجلد من الميتة، إذن فلان مانع من الصلاة فيه فضلا عن لبسه في غيرها، فلا مناص من حمل فعله عليه السلام على الاحتياط من جهة عدم اقتران صلاته التي هي معراج المؤمن بلبس الميتة الواقعيه، و عليه فلا تبقى للروايه دلالة على جواز الانتفاع بالميتة في نفسها، إلا أن يقال ان الاحتياط إنما يجرى في حق من كان جاهلا- بالأحكام الواقعيه و الموضوعات الخارجيه و أما العالمين بالواقعيات بل بحقائق الأشياء، و الأمور الكائنه و العوالم الكونيه، فلا يجرى الاحتياط في حقهم كالآئمه المعصومين عليهم السلام.

على ان العمل بالاحتياط يقتضى أن لا- يلبسه في غير حال الصلاة أيضا. فإن الانتفاع بالميتة لو كان حراما فإنما هو حرام واقعى تكليفى فلا- يختص بحال الصلاة فقط، نعم ان ما يختص بالصلاه هى الحرمة الوضعيه و أنها تبطل إذا وقعت فى الميتة، إلا أن يتوهم أن عمدته غرضه «ع» من ذلك الاحتياط هو انخفاص صلاته عن احتمال البطلان، و اما الاحتياط فى غير حال الصلاة فليس بمحط لنظره «ع» و لكنه مما لا يمكن التفوه به فى حق الملتزم بالشرع من غير المعصومين فكيف ممن كان معدن العصمه، إلا أن الذى يسهل الخطب أن الروايه ضعيفه السند فلا تكون قابله للبحث عن دلالتها على المطلوب و عدمها.

و منها روايه سماعه [١] فإنها تدل على جواز الانتفاع بالكيمة و هو جلد الميتة إذا كان مملوحا.

إذا عرفت هاتين الطائفتين المانعه عن جواز الانتفاع بالميتة و المجوزه له فتعرف وقوع المعارضه بينهما، و بما ان هذه الروايات المجوزه لذلك صريحه فى جواز الانتفاع بها فى غير ما اشترطت فيه التذكيه، فنرفع اليد عنها عن ظهور تلك الروايات المانعه، فتقيد بغير ذلك و بصوره الانتفاع بها مثل المذكى، أو تحمل الطائفة المانعه على الكراهه كما هو مقتضى الجمع العرفى بين الدليلين المتنافيين، و يدل على الوجه الأول من الطائفة المرخصه خير أبى القاسم الصيقل، فان فيه قرر الامام «ع» جواز الانتفاع بجلود الميتة فى غير الصلاة حيث أمر السائل باتخاذ الثوب لصلاته، و أما دعوى اختصاص موارد الطائفة المجوزه بالجلود و الاليات فهى دعوى جزافيه لعدم القول بالفصل فى أجزاء الميتة قطعا.

(تلويح) قد توهم بعضهم حملها على التقيه لتخيل ذهاب العامه إلى جواز الانتفاع بها.

و فيه أنك عرفت في أول المسأله تصريح بعضهم بذهاب أكثرهم إلى حرمه الانتفاع بالميتة.

حتى بجلودها قبل الدبغ، وقد ورد ذلك في أخبارهم أيضا كما عرفت عند التعرض للطائفة المانعه، و من هنا منعوا عن بيع الميتة و جلودها قبل الدبغ و أيضا عللوا (١) حرمه بيع الميتة بانعدام ركن البيع فيه الذى هو مبادله مال بمال بدعوى أنها لا تعد ما لا عند من له دين سماوى فلو كان الانتفاع بها جائزا عندهم لما تفوهوا بذلك التعليل العليل لدوران ماله الأشياء وجودا و عدما مدار جواز الانتفاع بها و حرمة.

(تلويح آخر) قال المحقق الايروانى «ره» و أحسن جمع بينها و بين الطائفة المانعه عن الانتفاع حمل المانعه على صورته التلويث.

و فيه أنك قد عرفت عند التكلم فى روايه الوشاء أن تلويث اليد بل تلويث جميع البدن بالنجاسات ليس من المحرمات، إذن فلا وجه لحمل الطائفة المانعه على صورته التلويث، و أما ما تخليه بعضهم من تخصيص المجوزه بالأجزاء التى لا تحلها الحياه كالصوف و القرن و الانفحة و الناب و الحافر و غيرها من كل شىء يفصل من الشاه و الدابه فهو ذكى، و حمل المانعه على غيرها، فهو تخيل فاسد و ذلك لأن صدق الميتة عليها ممنوع جدا، على أن هذا الجمع منافع لصراحه ما يدل على جواز الانتفاع بها كما عرفت.

### المقام الثانى حرمه بيع الميتة

و أما المقام الثانى فالمشهور بل المجمع عليه بين الخاصه و العامه هى حرمه بيع الميتة وضعا و تكليفا قال فى المستند (٢) حرمه بيعها و شرائها و التكسب بها إجماعى و كذلك فى التذكرة (٣) بل فى رهن الخلاف (٤) أنها لا تملك، و قد تقدم فى المقام الأول تحريم بيعها، من النهايه، و المراسم، و الجواهر. و شرح فتح القدير، و سبل السلام، و فى الفقه على المذاهب (٥) المالكيه قالوا: لا يصح بيع النجس كعظم الميتة و جلدها و لو دبغ لانه لا يطهر بالدبغ. و الحنابلة قالوا: لا يصح بيع الميتة و لا بيع شىء منها، و كذلك عند الشافعيه، و الحنفيه.

و الذى استدل أو يمكن الاستدلال به على هذا الرأى و جوهه، الأول قيام الإجماع على ذلك كما سمعته عن بعضهم، و فيه لو سلمنا قيام الإجماع المحصل فى المقام أو حجيه المنقول منه فلا نسلم كونه تعبديا محضا و كاشفا عن رأى الحجة «ع» أو عن دليل معتبر، للاطمئنان بأن مدرك المجمعين هو الوجوه المذكوره لعدم جواز بيعها و بيع كل نجس

ص: ٦٧

١- ١) راجع ج ٥ شرح فتح القدير ص ١٨٦.

٢- ٢) ج ٢ ص ٣٣٣.

٣- ٣) ج ١ ص ٣ من البيع.

٤- ٤) ج ١ ص ٢٣٣.

٥- ٥) ج ٢ ص ٢٣١.

كما عرفت في المسائل المتقدمه.

الثانى دعوى حرمه الانتفاع بها فإنها تستلزم سلب المالىه عنها المعتره فى العوضين بالإجماع إذن فتدخل المعامله عليها تحت عموم النهى عن أكل المال بالباطل، و فيه انه بعد ما أثبتنا فى المقام الأول جواز الانتفاع بها، و عرفت فى بيع الأبوال و ستعرف فى أول البيع عدم اعتبار المالىه فى العوضين، و كفايه الأغراض الشخصيه العقلانيه فى صدق المالىه على تقدير اعتبارها لكون تلك الأغراض موجه لخروج المعامله من السفهائيه، مع عدم الدليل على بطلانها، فلا وجه لهذا التوهم، و أما عموم آيه النهى عن أكل المال بالباطل فغير شامل لشرائط العوضين لكونها ناظره إلى بيان أسباب التجاره كما تقدم فى بيع الأبوال.

الثالث انه قامت الضروره من المسلمين على نجاسه ميته ماله نفس سائله، و بيع النجس محظور، و فيه أنها و إن ذكرت فى روايه تحف العقول، و لكن مضافا الى ما تقدم فيها من الوهن، أنها لا تدل إلا على حرمه بيع الميته النجسه و المدعى أعم من ذلك، و قد اعترف المصنف هنا بعدم مانعيه النجاسه عن البيع على خلاف ما تكرر منه سابقا من جعلها مانعه عنه و قال (فمجرد النجاسه لا تصلح عله لمنع البيع لو لا الإجماع على حرمه بيع الميته).

الرابع الروايات العامه المتقدمه، و فيه أنها و إن كانت تدل على حرمه بيعها، و لكنها لمكان ضعف أسانيدها لا تفى بالمقصود كما عرفت.

الخامس الروايات الخاصه الوارده فى المسأله منها روايه البنظى المذكوره فى المقام الأول فإن الإمام «ع» و ان رخص فيها الانتفاع بالميته، و لكنه «ع» منع فيها أيضا عن بيعها بقوله (و لا يبيعه).

و منها روايات السكونى [١] و الصدوق [٢] و الجعفرىات [٣] فان جميعها تدل على أن ثمن الميته من السحت فيكون بيعها فاسدا.

و منها روايه على بن جعفر [١] حيث سأل أخاه «ع» عن بيع جلود ميتة الماشيه و لبسها و(قال «ع» لا و لو لبسها فلا يصل فيها) فان الظاهر ان المنع فيها راجع الى البيع و اللبس، و لكنه «ع» بين المانع عن الصلاه زائدا على المنع فى نفسه، و قد ورد النهى عن بيع الميتة فى بعض روايات العامه [٢] أيضا.

و فيه ان هذه الروايات و إن كانت ظاهره فى المنع عن بيعها، و لكنها معارضه مع ما هو صريح فى الجواز كمكاتبه الصيقل المتقدمه فإن فيها قرر الامام أسئلتهم عن جواز بيع الميتة من جلود الحمير و البغال و شرائها و مسها فلو لا- جوازها لكان تقريره «ع» لتلك الأسئلة و سكوته عن بيان حكمها إغراء بالجهل و تأخيرا للبيان عن وقت الحاجه، و بضميمه عدم القول بالفصل بين مورد المكاتبه و غيره يتم المطلوب، و يؤيد ذلك فعل على بن الحسين «ع» حيث كان يبعث الى العراق و يجلب الفرو منهم فان الظاهر انه «ع» كان يأخذ ذلك منهم بالشراء، إلا أن يقال ان مقتضى السوق و يد المسلم هى التذكيه، و كيف كان فلا بد فى رفع المعارضه بينهما إما من طرح المانع لموافقتهما مع العامه لاتفاقهم على بطلان بيع الميتة كما عرفت فى أول المسأله، و إما من حملها على الكراهه برفع اليد عن ظهورها بما هو صريح فى الجواز أو على صوره البيع ليعامل معها معامله المذكى إذا بيعت بغير إعلام، و إن أبيت عن هذه المحامل كلها فلا- بد من الحكم إما بالتخير فتختار ما يدل على الجواز، و اما بالتساقط فيرجع الى العمومات و الإطلاقات و يحكم بصحه بيعها.

(لا يقال) أن تقرير الامام «ع» أسئلتهم عن الأمور المذكوره و إن كان لا ينكر إلا أنه لأجل اضطرارهم الى جعل أغماد السيوف من جلود الميتة من الحمير و البغال مع عدم وجود معيشه لهم من غير ذلك العمل كما يصرح بذلك ما فى سؤالهم (لا يجوز فى أعمالنا غيرها) و لا ريب أن الضرورات تبيح المحظورات، إذن فلا دلالة فى المكاتبه على جواز بيعها فى غير حال الاضطرار.

(فإنه يقال) لا- منشأ لهذا الكلام إلا توهم إرجاع ضمير غيرها في قول السائل (لا تجوز في أعمالنا غيرها) إلى جلود الميتة و لكنه فاسد، إذ لا خصوصية لها حتى لا يمكن جعل الأعماد من غيرها، بل مرجع الضمير إنما هي جلود الحمير و البغال سواء كانت من الميتة أم من الذكي و يدل على ذلك قوله «ع» في روايه القاسم الصيقل (فإن كان ما تعمل وحشياً ذكياً فلا بأس) إذ لو كانت لجلود الحمر الميتة خصوصية في جعل الأعماد منها لكان هذا الجواب لغوا.

## نقد و دفع

قد أشكل المصنف على الروايه بوجهين:

الأول أن الجواب لا ظهور فيه في الجواز إلا من حيث التقرير الغير الظاهر في الرضا خصوصا في المكاتبات المحتمله للتقيه. و فيه أولا- أن التقيه في المكاتبات و إن كانت كثيره لكونها معرضا لها من جهه البقاء، و لكنها في خصوص هذه الروايه غير محتمله لورودها على غير جهه التقيه لذهاب أهل السنه بأجمعهم إلى بطلان البيع الميتة كما عرفت، و أعجب من ذلك تشكيكه في كاشفيه التقرير عن الرضا و في كونه من الحجج الشرعيه، مع أنه كسائر الامارات مشمول لأدله الحجيه.

و ثانيا ان فعلية التقيه إنما هي بفعلية موضوعها، و أما مجرد الاحتمال فغير قابل لأن يكون موضوعا لها و سببا لرفع اليد عن الأدله الشرعيه، نعم إذا صارت فعلية و جب رفع اليد عما يخالفها مكاتبه كان أم غيرها.

الثاني ان مورد السؤال فيها عمل السيوف و بيعها و شرائها لا خصوص الغلاف مستقلا و لا في ضمن السيف على أن يكون جزء من الثمن في مقابل عين الجلد فغايه ما يدل عليه جواز الانتفاع بجلد الميتة بجعله غمدا للسيف و هو لا ينافي عدم جواز معاوضته بالمال، و قد تبعه بعض و قال لكن مع احتمال كون المبيع هو السيف و الغلاف تابع له بنحو الشرط.

و فيه ان هذا من الغرائب، فإن منشأ ذلك حسب ان الضمائر في قول السائل (فيحل لنا عملها و شرائها و بيعها و مسها بأيدينا) إلى السيوف. و لكنه فاسد فإنه لا وجه لأن يشتري السياف سيوفا من غيره، كما لا وجه لسؤاله عن مسها و إصراره بالجواب عن كلما سأله، بل هذه الضمائر إنما ترجع إلى جلود الحمر و البغال ميتة كانت أم غيرها، كما يظهر ذلك لمن يلاحظ الروايه، مع أن من المستبعد جدا بل من المستحيل عاده أن يجدوا جلود الميتة من الحمير و البغال بمقدار يكون وافيا بشغلهم بلا شرائها من الغير، على أن مقتضى ذلك هي حرمة بيع الغلاف مستقلا مع انه فاسد إذ ربما تكون قيمه الغلاف أكثر من السيف فكيف يحكم بالتبعيه



دائماً، نعم تبعيه مثل الجمل و المسامير للفرس و الجدران فى بيع الفرس و الدار من الوضوح بمكان و ربما ترمى الروايه بالتقيه لذهاب العامه إلى جواز بيع جلود الميتة بعد الدبغ لطهارتها به [١] أو أما قبل الدبغ فلا تصلح للاغماد، و فيه أولاً ان أمره «ع» بأن يجعلوا ثوباً لصلاتهم على خلاف التقيه، و ثانياً لو كانت الروايه مورداً للتقيه لكان الأليق أن يجاب بحرمة البيع و الشراء و يدفع محذور التقيه عند الابتلاء بها بإرادته حرمة بيعها قبل الدبغ، فان فيه بيان الحكم الواقعى مع ملاحظه التقيه، و ثالثاً ان الروايه خاليه عن كون البيع أو الشراء بعد الدبغ لتحمل عليها، و مجرد عدم صلاحية الجلود للغلاف قبل الدبغ لا يوجب تقييدها لإمكان دبغها عند جعلها غمداً، إذن فالروايه أيضاً على خلاف التقيه، و أما توهم أن الأخبار المانعه تشتمل على كلمه السحت التى تأبى عن حملها على الكراهه فهو توهم فاسد لما مر فى بيع العذره من أن إطلاق السحت على المكروه فى الروايات و اللغه كثير جداً.

هذا كله مع قصر النظر على المكاتبه، و لكنها ضعيفه السند فلا تقاوم الروايات المانعه لأن فيها روايه الجعفرىات و هى موثقه، إذن فلا- مناص من الحكم بحرمة بيع الميتة و أجزاءها التى تحلها الحياه، إلا- أن يتمسك فى تجويز بيعها بحسنه الحلبي و صحيحه الواردتين فى بيع الميتة المختلطه بالمذكى ممن يستحلها، فإنهما بعد إلغاء خصوصيتى الاختلاط و المستحل تدلان على جواز بيعها مطلقاً، إلا أن الجزم بذلك مشكل جداً فلا مناص من اختصاص جواز البيع بالمستحل كما سيأتى.

## فرعان

### الأول حكم بيع المذكى المختلط بالميتة

قوله: انه كما لا يجوز بيع الميتة منفردة كذلك لا يجوز بيعها منضمه إلى المذكى. أقول تاره تمتاز الميتة من المذكى و اخرى لا تمتاز، أما الصورة الاولى فلا- إشكال فى جواز البيع و صحته بالنسبه الى غير الميتة، سواء كانت ممتازة عند المتبايعين أم عند المشترى فقط لعدم ترتب الأثر على علم البائع و جهله، و أما بالنسبه إلى الميتة فيجرى فيها جميع ما تقدم فى بيعها منفردة لأن انضمام الميتة إلى المذكى لا بغير حكمها، نعم بناء على حرمة بيعها يكون المقام من مصاديق بيع ما يجوز و ما لا يجوز فيسقط الثمن بالنسبه إليهما و يحكم بالصحة فيما يجوز و بالفساد

فيما لا يجوز، ولا خيار للمشتري بالنسبة الى ما يجوز لأجل تبعض الصفقه لعلمه بالحال كما هو المفروض.

و أما الصورة الثانيه فهى محل الكلام و مورد النقض و الإبرام، و تحقيقها فى مقامين:

الأول من حيث القواعد العامه. و الثانى من حيث الروايات الخاصه الوارده فى خصوص ذلك.

أما المقام الأول فإن كان المدرك فى حرمه بيع الميته منفرده هى النصوص و الإجماعات فلا شبهه فى أنهما لا تشملان صورته الاختلاط لانه لا يصدق بيع الميته على ذلك مع قصد المذكى حتى مع تسليمها إلى المشتري لكونه مقدمه لا قباض المبيع، و على هذا فلا وجه لما ذهب اليه المصنف من المنع على الإطلاق بناء على وجوب الاجتناب عن كلا المشتبهين، نعم لا يجوز أن ينتفع بهما فيما كان مشروطا بالطهاره و التذكيه و إن كان المدارك فى المنع هى حرمه الانتفاع بالميته لكونها فى نظر الشارع مسلوب المالىه نظير الخمر و الخنزير و قلنا بتنجز العلم الإجمالى، فغايه ما يترتب عليه هو عدم جواز بيعهما من شخص واحد للعلم الإجمالى بوجود ما لا يجوز الانتفاع به فيهما فان العلم الإجمالى يوجب وجوب الاجتناب عن كلا المشتبهين، إذن فيجرى هنا ما جرى فى الميته المعلومه تفصيلا من الأحكام التكليفيه و الوضعيه، و أما بيعهما من شخصين فلا بأس فيه لأن حرمه الانتفاع لم تثبت إلا- على الميته المعلومه أما إجمالا أو تفصيلا على سبيل منع الخلو و إذا انتفى أحد العامين انتفت حرمه الانتفاع أيضا فلم يبق فى البين إلا الاحتمال فيندفع بالأصل، فإن هذا نظير انعدام أحد المشتبهين أو خروجه عن محل الابتلاء الموجب لسقوط العلم الإجمالى عن التأثير.

قوله: فأكل المال بإزائه أكل المال بالباطل. أقول قد عرفت ما فيه فى بيع الأبوال قوله: و جوز بعضهم البيع بقصد بيع المذكى. أقول قد عرفت أن هذا هو الصحيح بناء على أن المانع عن بيع الميته هو الإجماع أو النص، فيبيعهما بقصد المذكى ثم يسلمهما إلى المشتري فينتفع بهما فى غير ما يشترط فيه التذكيه، نعم لو كان المانع هى حرمه الانتفاع فيجرى فيه ما ذكرناه.

قوله: و جواز ارتكاب أحدهما. أقول لا- دخل للقول بجواز ارتكاب أحدهما فى جواز البيع بقصد المذكى، فإنه بناء على هذا المنهج يجوز بيع أحدهما معينا أيضا لو كان المانع عن البيع عدم جواز انتفاع المشتري إذ المفروض حينئذ جواز انتفاع كل شخص بما يشتره، نعم بناء على كون المانع من بيع الميته هو النص أو الإجماع لا يصح البيع إلا بقصد المذكى كما عرفت.

قوله: لكن لا- ينبغي القول به في المقام. أقول قد منع المصنف عن جواز بيع أحد المختلطين حتى مع القول بأنه يجوز ارتكاب أحد المشتبهين و عدم تنجيز العلم الإجمالي، و ذلك لأصالة عدم التذكية الجارية في اللحوم، فإنها أصل موضوعي حاكم على سائر الأصول من أصالتي الحل و الطهاره، و فيه ان أصالة عدم التذكية لا- تثبت الميتة التي هي أمر وجودي إلا- على القول بالأصول المثبتة، لا- يقال ان الميتة عبارة عما لم تلحقه الذكاه كما في القاموس، إذن فلا شبهة في ثبوتها بالأصل بلا أن يلزم منه المحذور و المذكور، فإنه يقال ان الأصل المذكور و إن كان متكفلاً لإثبات ذلك العنوان إلا أنه أمر يغير الميتة و يلازمها و ليس متحداً معها، لأنها في عرف الشرع و اللغة [١] إما عبارة عما مات حتف أنفه، و إما عبارة عما فارقت الروح بغير ذكاه شرعيه و على هيئته غير مشروعه إما في الفاعل أو في المفعول، فلا- يثبت شيء منهما بأصالة عدم التذكية إلا على القول بحجيه الأصل المثبت فالمحذور في محله، و أما ما في القاموس فأمر لم تثبت صحته، و كذلك ما عن أبي عمرو من أنها ما لم تدرك تذكيته.

و أما المقام الثاني فالروايات الواردة هنا على طائفتين أما الطائفة الأولى [٢] فتدل على حرمة بيع المذكي المختلط بالميتة، و حرمة الانتفاع بهما، بل يرمى بهما الى الكلاب. و فيه أولاً- ان الرمي بهما الى الكلاب كناية عن حرمة الانتفاع بهما على نحو الانتفاع بالمذكي، كما حملنا على ذلك قوله «ع» في روايه الوشاء المتقدمه (أما علمت أنه يصيب اليد و الثوب و هو حرام) و إلا فلا مناص من الالتزام بالوجوب النفسى للرمى، و هو بديهي البطلان، إذ عمدته ما يكون محط النظر و مورد الرغبة من الميتة هو جلدها و ليس هذا مما تأكله الكلاب، و هذا نظير ما سيأتى في بيع الدراهم المغشوشه من أمره «ع» بكسر درهم من طبقتين طبقه من نحاس و طبقه من فضه فإن المراد بذلك ليس إلا إعدام الهيئه الدرهميه لئلا يعامل عليها معاملة الدراهم الرائجه و إلا فكسر الدرهم المغشوش ليس من الواجبات النفسيه كالصوم و الصلاة، و من هذا القبيل

أيضا أمره «ع» بإراقه الإنائين المشتبهين، و بإراقه المرق المتنجس كما سيأتي فى الانتفاع بالمتنجس و ثانيا ان حرمه الانتفاع بهما بحسب أنفسهما لا- ينافى جواز بيعهما ممن هو فى حكم الكلب أو أضل سيلا، و يؤيده ما ورد فى بعض الروايات [١] من إطعام المرق المتنجس أهل الذمه أو الكلاب فإنه «ع» قد جعل سييلهما واحدا، و أما غير الذمى فهو مثله بل أولى.

و ثالثا لو أغمضنا عن جميع ما ذكرناه فغايه ما يستفاد من الروايه ليس إلا- حرمه الانتفاع بكلا المختلطين لوجود الميته فيهما فتكون مما تدل على حرمه الانتفاع بهما و قد تقدم الكلام فى ذلك و أما الطائفه الثانيه [٢] فهى تدل على جواز بيع المذكى المختلط بالميته ممن يستحلها، و بهما ترفع اليد عن ظاهر روايه الجعفریات لو سلم لها ظهور فى حرمه البيع على الإطلاق، بل يمكن أن يقال ان تخصيص الحكم بالمستحل ليس إلا- لعدم رغبه غيره إليهما فيكونان مسلوبى الماليه خصوصا إذا لم يكن المراد بالمستحل إلا مستحل الأكل فقط كما هو الظاهر دون مستحل البيع و ان كان يحرم أكله، و اما إذا وجد من يرغب إليهما و ينتفع بهما فى غير ما اعتبرت فيه التذكيه و الطهاره كمن يشتريهما لينتفع بهما فى مثل التسميد أو سد الساقيه، أو يصرفهما فى أكل السابغ و الطيور، أو كان المشتري ممن لا يبالى بأكل الميته كفساق المسلمين، فيجوز بيعهما من غير المستحل أيضا، إلا أن الجزم بذلك مشكل جدا فلا مناص من تخصيص جواز البيع بالمستحل، نعم لا يبعد القول بجواز بيع الميته منفرده و مع التميز من المستحل أيضا، ضروره أن الاختلاط و الاشتباه لا- دخل له فى الجواز، و عليه فيخصص بهاتين الروايتين ما دل على حرمه بيع الميته على الإطلاق.

قوله: و عن العلامة (١) حمل الخبرين على جواز استنقاذ مال المستحل للميته بذلك برضاه. أقول يرد عليه أولاً ان النسبه بين الكافر المستحل و بين ما يجوز استنقاذ ماله عموم من وجه، فإنه قد يكون المستحل ممن لا يجوز استنقاذ ماله إلا بالأسباب الشرعيه كالذمي، و قد يكون غير المستحل ممن يجوز استنقاذ ماله.

و ثانيا انه لم يكن في مكان صدور تلك الأخبار و زمانه كافر حربى يجوز استنقاذ ماله فإنها إنما صدرت من الصادق «ع» في الكوفه فكانت هي و نواحيها في ذلك الوقت خاليه عن الحربيين لدخول غير المسلمين فيها بأجمعهم تحت الذمه و الأمان.

قوله: و يمكن حملهما على صورته قصد البائع المسلم أجزائها التي لا تحلها الحياه. أقول الظاهر أن هذا الرأي إنما نشأ من عدم ملاحظه الروايتين، فإنه مضافا الى إطلاقهما و عدم وجود ما يصلح لتقييدهما، إن الحسنه إنما اشتملت على اختلاط المذكى بالميته من الغنم و البقر فبديهي انه ليس في البقر من الأجزاء التي لا تحلها الحياه شيء ليتمكن الانتفاع به حتى يتوهم حمل الروايتين على ذلك. قوله: و الروايه شاذه. أقول لا يضر شذوذها بحجيتها بعد فرض صحتها و الإجماع المحصل على حرمة التصرف في الميته غير ثابت، و المنقول منه مع تصريح جماعه من الفقهاء بالجواز غير حجه، و أما دعوى معارضتها بما دل على المنع فقد عرفت الحال فيها.

قوله: يرجع الى عموم ما دل على المنع عن الانتفاع بالميته. أقول قد تقدم حمل الروايات المانعه على صورته الانتفاع بها كالمذكى بقرينه الروايات المجوزه أو على الكراهه.

## إزاحه وهم

ربما يتخيل الغافل انه بناء على تكليف الكفار بالفروع كتكليفهم بالأصول كما هو الحق و المشهور يكون بيع المذكى المختلط بالميته اعانه على الإثم فهي محرمة، و فيه مضافا الى منع كون المقام من صغريات الإعانه على الإثم، و منع قيام الدليل على حرمتها لو كان منها و إنما هو كبيع العنب و التمر و عصيرهما ممن يعلم انه يجعلها خمرا الذي لا شبهه في جوازه كما سيأتى انه لا ريب في جواز مثل هذا النحو من الإعانه على الإثم، و إلا فلم يجوز سقى الكافر أيضا لتنجس الماء بمجرد مباشرته إياه ببشرته فيحرم عليه شربه فيكون سقيه إعانه عليه، مع أنه لم يقل أحد بحرمة من جهة الإعانه على الإثم، كيف و قد ورد (٢) جواز إبراد الكبد

ص: ٧٥

١- ١) في ج ٤ المختلف ص ١٣١.

٢- ٢) ضريس عن أبي جعفر «ع» قال ان الله يجب إبراد الكبد الحرى، و من سقى كبدا حرى من بهيمه أو غيرها أظله الله يوم لا ظل إلا ظله. موثقه. في القاموس ماده حر الحران العطشان و الأنثى الحرى مثل عطشى، مسمع عن أبي عبد الله «ع» أفضل الصدقه إبراد كبد حرى. ضعيفه لعبد الله. و في روايه أخرى أمر «ع» بسقى نصراني من قبيله الفراسيين عند ضعفه من العطش. راجع ج ١ كا باب ٤١ سقى الماء من الزكاه ص ١٧٨ إسحاق بن عمار عن جعفر عن أبيه ان عليا «ع» كان يقول و لا تصدقوا بشيء من نسككم

إلا- على المسلمين و تصدقوا بما سواه غير الزكاه على أهل الذمه. موثقه. راجع ج ٢ ئل باب ٢٠ استحباب الصدقه من أبواب الصدقات.

الحرى، و جواز تصدق غير النسك و الزكاه على أهل الذمه، و جواز سقى النصرانى، و أيضا مقتضى ذلك التوهم تحريم بيع المأكولات و المشروبات من الكفار، و لا- يلزم من تكليف الكفار بالاجتناب عن المأكولات و المشروبات لتنجسها بالمباشره تكليف بما لا- يطاق فان الامتناع بالاختيار لا ينافى الاختيار. خلاف بداهه عن أول الشهيدين فى الدروس احتمال الرجوع فى المقام الى ما ورد [١] فى اللحم الغير المعلوم كونه ذكيا أو ميتا، من أنه يطرح على النار فكلما انقبض فهو ذكى و كلما انبسط فهو ميت.

و فيه مضافا الى ضعف السند فيه، ان ذلك على خلاف البداهه من الوجدان، فان من المقطوع انه لا تأثير لانقباض اللحم و لا لانبساطه إذا طرح على النار فى وقوع الذكاه عليه و عدم وقوعها، إذن فرد علمه إلى أهله طريق الاحتياط و سبيل النجاه، و ان ادعى الشهيد (ره) قيام الشهره القريبه من الإجماع على العمل به فى مورد.

### **الثانى جواز بيع ميته ما ليس له دم سائل**

قوله: الثانى ان الميته من غير ذى النفس السائله يجوز المعاوضه عليها. أقول المشهور بين الأصحاب شهره عظيمه بل الإجماع على جواز المعاوضه على ميته غير ذى النفس السائله

وقد ذهب الى ذلك أكثر العامه و ان كان قد يظهر من بعضهم الآخر خلافه [١] و ما ذهب اليه المشهور هو الوجيه، فإن المقتضى لجواز بيعها أعنى الانتفاع بها بالمنافع المحلله موجود خصوصا في بعض أقسامها كالسمك فان دهنه من المنافع المهمه المقصوده للعقلاء، و المانع عنه مفقود لعدم ما يصلح للمانع عن المعاوضه على الميتة الطهاره وضعا و تكليفا، إذن فلا مانع من التمسك بالعمومات لإثبات صحتها، بل يمكن التمسك بها حتى مع الشك في وجود المنافع فيها لما عرفته مرارا و ستعرفه من عدم اعتبار الماليه في المعاوضات، و توهم ان بيعها ممن يعلم البائع أنه يأكلها إعانه على الإثم فيكون حراما، توهم فاسد فإنها كبيع التمر و العنب و العصير ممن يجعلها خمرا و سيأتي جوازه و ورود الاخبار عليه و ان صدق عليه عنوان الإعانه على الإثم، و أما الروايات الخاصه التي تدل على حرمه بيع الميتة فلا- ريب في ظهورها بل صراحه بعضها في الميتة النجسه، و أما الروايات العامه المتقدمه فمضافا الى ما تقدم فيها، أن الشهره بل الإجماع على خلافها هنا، فلا يكون ضعفها منجبرا بعمل الأصحاب.

### حرمه التمسك بالكلب الهراش

#### اشاره

قوله: يحرم التمسك بالكلب الهراش و الخنزير البريين إجماعا. أقول وجه التقييد بالبريين هو أن المشهور و المختار عنده طهاره البحرين منهما، و استدل على ذلك في كتاب الطهاره في مسأله نجاسه الكلب بصحيحه ابن الحجاج [٢] بل الظاهر أنهما من أقسام السمك الغير المأكول فيكونان خارجين عما نحن فيه تخصصا، ثم ان تحرير البحث هنا يقع في جهتين: الوجهه الاولى في بيع الكلب الهراش [٣] الظاهر بل المجمع عليه بين أصحابنا حرمه



بيعه و كون ثمنه سحتا، قال في التذكرة (1) الكلب ان كان عقورا حرم بيعه عند علمائنا، بل عند أكثر العامة [1] لا يصح بيع الكلب مطلقا و لو كان كلب صيد.

و تدل على حرمه بيعه الروايات المتضافره [2] إلا- أن أكثرها ضعيفه السند، و جمله منها و إن كانت مطلقه تشمل جميع أقسام الكلاب و لكنها مقيده بالأخبار الآتیه في جواز بيع كلب الصيد التي هي صريحه في جواز بيع الصيود منها، و على هذا المنوال روايات العامة [3] على كثرتها، و عليه فدعوى الإجماع التعبدی على حرمه بيعه في غير محله، لأنه إن كان المراد بالحرمة هي الحرمة الوضعیه فهي و إن كانت مسلمه و لكن المدارك لها ليس إلا- تلك الأخبار المتكثره فيحكم بفساد بيعها لأجلها لا للإجماع التعبدی و ان كان المراد بها هي الحرمة التکلیفیه، ففيه ان الظاهر هو انحصار معقد الإجماع بالحرمة الوضعیه، بل يكفينا الشك في

ص: ٧٨

---

(١-١) ج ١ ص ٣ من البيع.

ذلك لكونه دليلا ليا لا يؤخذ من إلا المقدار المتيقن.

### حرمه التكبب بالخنزير

و الجبهه الثانيه فى بيع الخنزير المشهور بل المجمع عليه بين الخاصه و العامه [١] هو عدم جواز بيعه، قال فى التذكره (١) لو باع نجس العين كالخنزير لم يصح إجماعا. ثم ان الروايات الوارده فى هذه المسأله على طائفتين: الأولى ما دل على حرمه بيعه وضعا و تكليفا، منها قوله «ع» فى روايه قرب الاسناد [٢] فى نصرانيين باع أحدهما الخنزير إلى أجل ثم أسلما (إنما له الثمن فلا بأس أن يأخذه) فإن مفهومه أن غير أخذ الثمن لا يجوز له بعد الإسلام، و عليه فيستفاد من الروايه أمران: الأول حرمه بيع الخنزير بعد الإسلام و إلا لكان الحصر فيها لغوا، و الثانى صحه المعامله عليه قبل الإسلام و إلا لكان أخذ ثمنه بعد الإسلام حراما و أكلا للمال بالباطل.

و منها روايتى الجعفریات و دعائم الإسلام (٢) حيث جعل الامام «ع» ثمن الخنزير فيهما من السحت. و منها جمله من الروايات [٣] الداله على حرمه بيعه بل فى بعضها نهى عن إمساكه.

ص: ٧٩

١- ١) ج ١ ص ٣ من البيع.

٢- ٢) راجع ج ٢ المستدرک باب ٥ مما يكتسب به ص ٤٢٦.

وقد ذكر ذلك في أحاديث أهل السنه أيضا [١].

و الثانيه [٢] ما دل على صحه بيع الخنزير وضعا، بدعوى أنها صريحه فى جواز استيفاء الدين من ثمن الخنزير، فلازم ذلك هو نفوذ بيعه وضعا و ان كان للبائع حراما تكليفا و إلا فيلزم استيفاء الدين من مال الغير فهو حرام لكونه أكلا للمال بالباطل.

و من هنا يظهر الوجه فى دلاله قوله ع فى روايه محمد بن مسلم (أما للمقتضى فحلال و أما للبائع فحرام) على صحه بيع الخنزير وضعا و حرمة تكليفا.

و جمع بينهما فى الوسائل بحمل المجوزه على فرض كون البائع ذميا، و استشهاد عليه بموثقه منصور [٣] الدالته على جواز خصوص بيع الذمى الخنزير، فتكون مقيده لما يدل على جواز بيعه مطلقا

ص: ٨٠

و فيه ان حمل المطلق على المقيد و ان كان من المسلمات، إلا أنه فيما كان بينهما تناف و تعاند نظير أعتق رقبه و لا تعتق رقبه كافر، و لو لم يكن بينهما تناف كما فى المقام فلا- وجه لذلك الحمل و الصحيح أن يقال ان الظاهر من خبر منصور، و من قوله «ع» فى روايه قرب الاسناد (إنما له الثمن فلا بأس أن يأخذه) و من روايه عمار بن موسى [١] هو جواز بيع الذمى الخنزير قبل الإسلام، فيقيد بها ما يدل على حرمه بيعه مطلقا، إذن فتقلب النسبه و تصير المانع أخص من المجوزه و مقيده لها، و عليه فلا يجوز لغير الذمى بيع الخنزير، و قد اتضح مما ذكرناه حكم بيع الخمر أيضا لأنها مذكوره فى الأخبار المتقدمه مع الخنزير. ثم انه استدل غير واحد من الأعظم على حرمه بيعه بالأخبار العامه المذكوره فى أول الكتاب، و قد عرفت ما فيها من ضعف السند و الدلاله، ثم لا ينقضى العجب من المصنف حيث اقتصر فى الاستدلال على حرمه بيع الخنزير بالإجماع فقط و لم يتعرض للروايات و هو أعرف بالحال.

قوله: و كذلك أجزاءهما. أقول ظاهر النصوص و الإجماعات أنما تمنعان عن بيع الكلب و الخنزير بوصفهما العوانى و بصورتها النوعيه التى بها شئيه الأشياء فى دار تحققها و صقع تكونها، و بما أن الأحكام الشرعيه إنما تترتب على الموضوعات العرفيه فلا مانع من شمول المنع للميته منهما، لصدق عنوان الكلب و الخنزير عليها و لو بالمسامحه العرفيه، إذن فتكون المعامله عليها أيضا حراما، و أما أجزاءهما فلا شبهه فى أنه لا يصدق عليها عنوان الكلب و الخنزير لا بالدقه العقليه و لا بالمسامحه العرفيه، و عليه فان كانت مما تحله الحياه شملتها أدله حرمه بيع الميته لصدقها عليها و ان جاز الانتفاع بها فى غير ما هو مشروط بالطهاره و التذكيه، و إن كانت مما لا تحله الحياه كالشعر و نحوه فحرمه البيع و الانتفاع هنا متوقفه على مانعيه النجاسه عنهما، إذ من الواضح جدا ان نجاسه الكلب و الخنزير لا تختص بما تحله الحياه فقط، و حيث علمت أنها لا تصلح للمانعيه عن البيع و لا عن الانتفاع، فلا مانع عن بيعها للعمومات و لا- عن الانتفاع بها بالمنافع المحلله لأصالة الإباحه، و من هنا أفتى بعضهم بجواز بيع شعر الخنزير و الانتفاع به فى غير ما هو مشروط بالطهاره، و ان منع عن بيعه بعض

فقهاء العامه (١) لأنه نجس العين فلا- يجوز بيعه إهانه له، نعم بناء على طهاره الخنزير كما ذهب اليه المالک [١]يجوز بيع شعره لعدم نجاسته المانع عنه.

على أنه ورد في جملة من الأحاديث [٢]جواز الانتفاع بشعر الخنزير في غير ما هو مشروط بالطهاره، و على هذا فهو من الأموال عند الشارع أيضا.

### حرمه التکسب بالخمير و کل مسکر مائع

#### اشاره

قوله: يحرم التکسب بالخمير و کل مسکر مائع و الفقاع إجماعا نصا و فتوى. أقول قد قامت الضروره من المسلمین [٣] و أطبقت الروايات من الفريقين على حرمه بيع الخمر و کل

ص: ٨٢

مسكر مائع مما يصدق عليه عنوان الخمر من النبيذ و الفقاع و غيرهما، أما الخمر فشرابها من أعظم الكبائر و أشد الجرائم في نظر الشارع المقدس، لما فيه من المضار الدينيه و الخلقيه

ص: ٨٣

و البدنيه و الاجتماعيه، و يدل على حرمه جميع شؤونها الخير المشهور بين الخاصه و العامه من أن رسول الله ص «لعن الخمر و عاصرها و معتصرها و بائعها و مشتريها و ساقياها آكل ثمنها و شاربها و حاملها و المحموله إليه». و أما النبيذ المسكر فيدل على حرمه بيعه كلما دل على حرمه بيع الخمر وضعاً و تكليفاً لكونه خمراً واقعاً، لقوله ع [١] «فما فعل فعل الخمر فهو خمر» و لقوله ع «فما كان عاقبته عاقبه الخمر فهو خمر» فمن البديهي أن النبيذ يفعل ما تفعله الخمر و يسكر كاسكار الخمر، إذن فيكون ذلك مثلها في جميع الأحكام، و من هنا ورد في بعض الروايات [٢] «شه شه تلك الحمرة المنته» أي النبيذ المسكر، على أنه جعل الامام ع من أقسام السحت ثمن النبيذ المسكر في روايه عمار الآتيه، و هذه الروايه و ان لم يكن فيها دلالة على حرمه البيع تكليفاً لظهورها في الحكم الوضعي فقط إلا ان في غيرها كفايه، فإنه بعد ما صدقت الخمر عليه حقيقه فيترتب عليه جميع أحكامها التي منها حرمه البيع، و هكذا الفقاع لكونه خمراً مجهولاً استصغرها الناس و قد نزل ذلك منزله الخمر في عده من الروايات [٣] بل في بعضها ما يدل على

مبغوضيه بيعه كقوله ع: لو أن الدار دارى لقتلت بايعه.

## تذکره

هل تختص حرمه البيع بالمائعات المسكره كما يظهر من المصنف أم نعم جميع المسكرات و لو كانت من الجوامد خلاف،ربما يقال بالثانى لوجوه:

الأول ان المستفاد من كلام بعض اللغويين[١] هو أن الخمر ما يخامر العقل و يخالطه فتشمل المسكرات الجامده أيضا.

و فيه انه لا نسلم اعتبار قول اللغوى خصوصا فى مثل المقام من جهه العلم بعدم صحه صدق الخمر على المجامد،على أن الظاهر من كلام تاج العروس[٢] هو ذلك أيضا فإنه ذكر الخلاف فى اختصاص الخمر بما أسكر من عصير العنب خاصه و فى عمومه المسكر من عصير كل شىء،و أما المسكر الجامد فخارج عن محل الخلاف.

الثانى أن الظاهر من التنزيل فى قوله «ص»[٣]«كل مسكر خمر» ترتب جميع آثار الخمر أو آثارها الظاهره عليه التى منها حرمه البيع.



و فيه أن الروايه ضعيفه السند و غير منجبره بعمل المشهور و ان قلنا بالانجبار فى موارد عمل المشهور فان مقتضى العمل بعموم التنزيل الحكم بنجاسه المسكر الجامد، مع أنه لم يقل به أحد و أما التزام الفقهاء رضوان الله عليهم بإجراء جميع أحكام الخمر على كل مسكر مائع فهو ليس لأجل الأخذ بعموم التنزيل بل للروايات الخاصه كما عرفت.

الثالث روايه عمار بن مروان [١] فإنها تدل على أن ثمن المسكر من السحت إلا أنها ظاهره فى الحكم الوضعى.

و فيه أن الاستدلال بها متوقف على أن تكون الروايه كما نقله التهذيب المطبوع و بعض نسخ الوسائل بأن يكون لفظ المسكر معطوفا على النبيذ، و أما إذا كان وصفا له بإسقاط الواو بينهما كما فى غير نسخه التهذيب و بعض نسخ الوسائل فهى لا محاله تسقط عن الدلاله، إذا عرفت ذلك فاعلم انه و إن كان لفظ المسكر معطوفا على النبيذ فى روايه التهذيب إلا أنها مذكوره فى الوافى و الكافى بدون العطف بل بالتوصيف، فترجيحهما على نسخه التهذيب من الوضوح بمكان و لو مع دوران الأمر بين الزيادة و النقيصه، و يؤيد ذلك ما فى روايه الخصال على ما فى الوسائل من جعل لفظ المسكر وصفا للنبيذ.

### تبصره

لا يخفى عليك أنه لا يبعد اختصاص الروايات بما كان المطلوب منه الشرب و الإسكار، و أما لو كان الغرض منه شىء آخر و لم يكن معدا للإسكار عند العرف و لو كان من أعلى مراتب المسكرات كالماعى المتخذ من الخشب أو غيره المسمى بلفظ (أكل) لأجل المصالح النوعيه و الأغراض العقلائيه، فلا يحرم بيعه لانصراف أدله حرمة بيع الخمر عنه و وضعها و تكليفها كانصراف أدله عدم جواز الصلاه فيما لا يؤكل لحمه عن الإنسان.

قوله: و فى بعض الأخبار يكون لى على الرجال دراهم. أقول قد ورد فى جمله من

الروايات جواز تخليل الخمر بمعالجتها بالملح ونحوه، و عليه تحمل الروايه ابن أبي عمير [١] الظاهره فى جواز أخذ الخمر من الغريم لاستيفاء الدين منه و إفسادها بعد الأخذ، و يؤيد ذلك الحمل تفسير على بن حديد الإفساد فيها بالتخلييل.

قوله: و المراد به إما أخذ الخمر مجاناً. أقول حمل الروايه بنحو المانع الخلو إما على أخذ الخمر مجاناً ثم تخليلها، أو أخذها و تخليلها لصاحبها ثم أخذ الخل و فاء عن الدراهم، لا يستقيم، أما الوجه الأول فلأن أخذها مجاناً ثم تخليلها لا يوجب سقوط الدين عن الغريم و هى صريحه فى حصول الوفاء بمجرد الأخذ، و أما الوجه الثانى فهو خلاف ظاهر الروايه فإن الموجود فيها ليس إلا كون استيفاء الدين بالخمر نفسها، على أن المالك لم يعط الخل و فاء عن الدراهم و إنما أعطى الخمر لذلك فقط، إذن فيحتاج أخذ الخل كذلك إلى إذن جديد من المالك، و الروايه صريحه فى خلافه.

لا يتوهم أن الروايه ظاهره فى جواز اشتراء الخمر بقصد التخلييل فنرفع اليد بها عن ظهور ما يدل على حرمه بيعها مطلقاً و ضعا و تكليفاً، و عليه فتخصص حرمه بيع الخمر بغير هذه الصوره، فإن هذا التوهم فاسد لكونها أجنبيه عن قضيه البيع و الشراء و إنما هى راجعه إلى جواز أخذ الخمر من المديون مسلماً كان أو كافراً و فاء عن الدين إذا كان الأخذ بقصد التخلييل و الإفساد، نعم لو التزمنا بما التزم به المصنف فيما تقدم من أن (معنى حرمه الاكتساب حرمه النقل و الانتقال بقصد ترتب الأثر) و أن (ظاهر أدله تحريم بيع مثل الخمر منصرف الى ما لو أراد ترتيب الآثار المحرمه أما لو قصد الأثر المحلل فلا دليل على تحريم المعامله) لتوجه القول بجواز بيع الخمر و شرائها بقصد التخلييل و لكنك عرفت ما فيه من الوهن.

## تنبيه

قد تقدم فى بيع الخنزير ظهور روايه منصور و غيرها فى صحه بيع الدمى خمره و خنازيره

من ذمی آخر، فقیید بها ما یدل علی حرمة بیع الخمر و کون ثمنها سحتاً، و علیہ فتنقلب النسبه و یكون ما یدل علی المنع أخص مما یدل علی الجواز مطلقاً کروایتی محمد بن مسلم و زراره المتقدمین فی ذلك البحث، إذن فنحمل المطلق علی المقید فتصیر نتیجہ أنه یجوز للذمی أن یبیع خمره من ذمی آخر.

## جواز بیع المتنجس

### اشاره

قوله: یحرم المعاوضه علی الأعیان المتنجسه غیر القابله للطهاره. أقول المشهور بین الخاصه و العامه [١] حرمة المعاوضه علی الأعیان المتنجسه غیر القابله للتطهیر، قال فی التذکره (١) ما عرضت له النجاسه ان قبل التطهیر صح بیعه و یجب إعلام المشتري بحاله، و ان لم یقبله کان کنجس العین.

و قال فی المبسوط (٢) ما حاصله ان کان المتنجس جامداً و کان النجاسه العارضه رقیقه و غیر مانعه عن النظر الیه جاز بیعه و إلا فلا یجوز، و ان کان مائعا فإن قبل التطهیر صح بیعه و إلا فلا یصح. بل فی بعض الحواشی ان هذا الحكم مما لا خلاف فیہ بل هو مما قام علیہ الإجماع و الأشکال فی کونه مجمعا علیہ.

ثم ان محصل کلام المصنف ان المتنجس إذا توقف الانتفاع به بالمنافع المحلله علی الطهاره نظیر المائعات المتنجسه المعده للشرب و المأكولات المتنجسه المعده للأکل، فإن بیعه لا یجوز للأخبار العامه المتقدمه، لظهورها فی أن حرمة الشیء تستلزم حرمة بیعه و ثمنه و من هذا القبیل المتنجس، و ان لم یتوقف الانتفاع به علی الطهاره أو کان قابلاً للتطهیر مع توقف الانتفاع به علیها فان بیعه یجوز، نعم لا یجوز الاستدلال بقوله «ع» فی روایه تحف العقول (أو شیء یكون فیہ وجه من وجوه النجس) علی حرمة بیعه، لان الظاهر من وجوه النجس العنوانات النجسه فإن وجه الشیء إنما هو عنوانه فلا یشمل الأعیان المتنجسه فإن النجاسه فیها لیست إلا أمراً عرضياً فلا تكون وجهاً و عنواناً لها.

ص: ٨٨

١- ١) ج ١ ص ٣ من البیع.

٢- ٢) فی حکم ما یصح بیعه و ما لا یصح.

و فيه مضافا الى ما تقدم فى تلك الروايات من ضعف السند و الدلاله و عدم انجبارهما بشىء انه إن كان المراد بالحرمة فيها هى الحرمة الذاتيه فلا تشمل المتنجس، بدهاه أنها مختصه بالأعيان النجسه، إذن فيكون المتنجس خارجا عنها بالتخصص، و إن كان المراد بها ما يعم الحرمة الذاتيه و الحرمة العرضيه فيلزم على المصنف أن لا يفرق حينئذ بينما يقبل التطهير و ما لا يقبله، فان موضوع حرمة البيع على هذا التقدير ما يتصف بالنجاسه سواء كانت ذاتيه أم عرضيه، فإمكان التطهير لا يؤثر فى زوال الحرمة الفعلية عن موضوعها الفعلى، و مع الإغضاء عما ذكرناه لا دلالة فيها على حرمة بيع المتنجس لأنه ان كان المراد بالحرمة فيها حرمة جميع منافع الشىء أو منافعه الظاهره فلا تشمل المتنجس، ضروره جواز الانتفاع به فى غير ما يتوقف على الطهاره كاطعامه الصبى لو قلنا بجوازه أو البهائم أو ينتفع به فى غير ذلك من الانتفاعات المحلله، و إن كان المراد بها حرمة الأكل و الشرب فقط فإنها لا نستلزم حرمة البيع لما عرفت مرارا من أنه لا ملازمه بين حرمة الأكل و الشرب و بين حرمة البيع فان كثيرا من الأشياء يحرم أكلها و شربها و مع ذلك يجوز بيعها، و أما دعوى الإجماع التعبدى على ذلك فجزايفه فان مدرك المجمعين هى الوجوه المذكوره على حرمة بيع المتنجس.

### جواز بيع السباع و المسوخ الا القرد

قوله: قيل بعدم جواز بيع المسوخ من أجل نجاستها. أقول أما المسوخ فالمشهور بين أصحابنا و بين العامة [١] حرمة بيعها، بل فى المبسوط (١) ادعى الإجماع عليها و على حرمة الانتفاع بها، و فى الخلاف (٢) دللنا على حرمة بيعها إجماع الفرقه و قوله (صلى الله عليه و آله): ان الله إذا حرم شيئا حرم ثمنه و هى محرمه الأكل فيحرم ثمنها، و عن بعض فقهاءنا انه لا يجوز بيعها لنجاستها، فالمتحصل من كلماتهم انه لا يجوز بيع المسوخ، لحرمة لحمها، و عدم وجود النفع فيها، و نجاستها و قيام الإجماع على حرمة التكبس بها، و الكل ضعيف، أما الحرمة فلا ملازمه بينها و بين حرمة البيع كما تقدم، و أما النجاسه فأیضا كذلك لو سلمنا نجاسه جميع أفراد المسوخ، و أما عدم النفع فيها ففيه مضافا الى عدم اعتبار المالىه فى العوضين و كفايه

ص: ٨٩

١- ١) فى التجاره فى حكم ما يصح بيعه و ما لا يصح.

٢- ٢) ج ١ ص ٢٢٥.

الأغراض الشخصية في خروجها عن السفهيه، أنه لا- شبهه في جواز الانتفاع بها منفعه محلله أما الإجماع فمنع كونه تعديا و كاشفا عن رأى الحجج»ع» بل هو كسائر الإجماعات المنقوله في المسائل المتقدمه في استناده الى المدارك المعلومه، و يؤيد ذلك ما ورد في بعض الروايات[١] من جواز بيع عظام الفيل.

(نعم) ورد النهى[٢] عن بيع القرد و كون ثمنه سحتا، فان ثبت عدم الفصل فهو و إلا فلا بد من الحكم بعدم الجواز في خصوص القرد.

و أما السباع فلا شبهه في جواز بيعها لجواز الانتفاع بها بالاصطياد و نحوه و كذلك الانتفاع بجلودها على ما ورد في جملة من الروايات (١) بل في حديث[٣] جواز بيع الفهود و فى آخر (٢) جواز بيع الهر و فى الثالث[٤] جواز بيع جلود النمر و فى روايه على بن جعفر[٥] جواز بيع جلود السباع و الانتفاع بها مطلقا.

ص: ٩٠

---

١- ١) منها موثقه سماعه المتقدمه فى ص ٧.

٢- ٢) فى موثقه عبد الرحمن لا بأس بثمان الهر. و سند كرها فى بيع كلاب الصيد.

و بهذا نحمل ما يدل [١] على حرمه بيع جلود السباع على الكراهه، نعم ذكر في بعض روايات العامه [٢] انه لا يجوز بيع السنور و من هنا وقع الخلاف بينهم في ذلك.

## أما المشتى من الأعيان المتقدمه

### جواز بيع العبد الكافر

قوله:يجوز بيع المملوك الكافر أصليا كان أم مرتدا مليا. أقول إن المماليك من الكفار على أقسام ثلاث،فان كفرهم إما أصلى أو عرضى،و على الثانى فاما أن يعرضهم الكفر بارتدادهم عن المله و إما أن يعرضهم ذلك بارتدادهم عن الفطره،أما الكافر الأصلى و المرتد الملى فيجوز بيعهما بلا اشكال بل فى المتن (بلا خلاف ظاهر بل ادعى عليه الإجماع و ليس ببعيد)و لا يتوجه الاشكال على هذا الرأى من ناحيه الأخبار العامه المتقدمه لما عرفت من وهنها،و لا من ناحيه النجاسه فإن الكافر و إن كان من الأعيان النجسه و يشمله قوله «ع» فى روايه تحف العقول (أو شىء من وجوه النجس)إلا- أن جميع منافعه غير متوقفه على الطهاره بل يجوز الانتفاع به فى غير ما اعتبرت فيه الطهاره،و الروايه لضعف سندها لا تصلح للمانعيه، و توهم قيام الإجماع على عدم الجواز،إنما هو توهم فاسد،إذ مع كثره المخالف و دعوى انعقاد الإجماع على الجواز لا يبقى مجال لهذا التخييل،بل من القريب جدا أن يكون مدرك توهم الإجماع تلك الأخبار العامه،إذن فتكون المعاوضه على المملوك الكافر الأصلى و المرتد الملى مشموله للعمومات و هذا مضافا الى ما يظهر من جمله من الروايات [٣]جواز بيع المملوك الكافر

و أما المرتد الفطرى ففى التذكره (١) المرتد إن كان عن فطره ففى صحه بيعه نظر ينشأ من تضاد الحكمين و من بقاء الملك فان كسبه لمولاه. و مراده ان الحكم بالقتل و الحكم بوجوب الوفاء بالعقد متضادان. و التحقيق إن ما يظهر من مطاوى كلمات الأصحاب تصريحاً أو تلويحاً فى منشأ الاشكال هنا و جهان، الأول من جهه نجاسته، و الثانى من جهه عدم صدق المال عليه أما الوجه الأول فهو يظهر من بعض الأساطين فى شرحه على القواعد حيث بنى جواز بيع المرتد على قبول توبته بل بنى جواز بيع مطلق الكافر على قبوله للطهر بالإسلام.

و فيه مضافاً الى منع مانعيه النجاسه عن البيع، انه لو كان جواز بيعه مبني على زوال نجاسته بالتوبه لما كان فرق بين أقسام الكفار فى ذلك، سواء كان كفرهم أصلياً أم عرضياً و سواء كان عروضه بالارتداد عن المله أم عن الفطره، و سواء تقبل توبتهم أم لم تقبل، و ذلك لما عرفت فى بيع المتنفس ان فعليه الحكم إنما هى بفعله موضوعه، فإذا قلنا بمانعيه النجاسه عن البيع كانت مانعه عنه بوجودها الفعلى سواء كانت قابله للزوال أم لا كيف فإنه بعد صيروره الموضوع فعلياً من جميع الجهات فتلك القابليه لا تؤثر فى انفكاك الحكم عنه على أن إمكان طهره بالتوبه لا يستلزم تحقق الطهاره لاحتمال أن لا يتوب و لا يخرج الإمكان الاستقبالى من القابليه إلى الفعلية. إذن فلا تمنع النجاسه عن بيع العبد إذا ارتد عن الفطره.

و أما الوجه الثانى فربما يقال بأن النجاسه و إن لم تكن مانعه عن البيع إلا أن العبد بارتداده عن الفطره يخرج عن المليه لوجوب قتله و إن تاب، إذن فيكون فى معرض التلف، و كذلك المرتد الملى إذا لم يتب، و من هنا استشكل غير واحد من أعظم الأصحاب فى رهن الفطرى بدعوى أن الغرض من الرهانه هى الوثاقه فهى منتفيه فيه.

و فيه أن عدم سقوط القتل عنه لا يخرج عن حدود الماليه، فإن الانتفاع به بالعتق بمكان من الإمكان، و لذا لو قتله غير الحاكم بدون إذنه لضمنه، كيف فإنه من هذه الجهه ليس إلا كالمملوك المريض المشرف على الموت، فهل يتوهم أحد سقوطه بذلك عن الماليه بحيث لا يوجب

ص: ٩٢

إتلافه الضمان، و مع الغمض عن جميع المذكورات ان هذا الوجه إنما يصلح للمانعيه إذا حصل الجزم بالقتل لبسط يد الحاكم الشرعى عليه و على إجراء الحدود لا مطلقاً، إذن فيكون الدليل أخص من المدعى.

### جواز بيع كلب الصيد

قوله: يجوز المعاوضه على غير كلب الهراش فى الجملة بلا خلاف ظاهر. أقول حيث لم يكن غير كلب الهراش من أقسام الكلاب على إطلاقه مما قام الإجماع على جواز بيعه، فجعل المصنف الجواز المقيّد بالإجمال مورداً لعدم الخلاف. فإنك ستعرف وقوع الخلاف فى بيع كلب الماشيه و الحائظ و الزرع.

ثم ان تحقيق هذه المسأله فى ضمن جهات الجبهه الأولى الظاهر أنه لا خلاف بين الإماميه فى جواز بيع كلب الصيد الذى اتصف بملكه الاصطياد، و يطلق عليه الصيود بالحمل الشائع فى الخلاف (١) دليلنا إجماع الفرقه، بل دعوى الإجماع المحصل عليه فضلاً عن الإجماع المنقول غير جزافيه، إلا- ما نسب الى ابن أبى عقيل من المنع عن بيع الكلب على إطلاقه استناداً الى العمومات، و ما يظهر من النهايه (٢) من قصر جواز التكبس به على السلوقى و الماشيه و الزرع، إلا- أنك قد عرفت فى بيع الكلب الهراش أن المطلقات و إن كانت متظافره و لكنها قيّدت بالروايات الخاصه التى تدل على جواز بيع الصيود من الكلاب سلوقياً كان أم غير سلوقى و سندكرها فى الجبهه الثانيه، نعم عن أكثر العامه انه لا يجوز بيع الكلب و لو كان كلب صيد كما تقدم.

و قد ورد النص (٣) من طرقهم عن النبى (صلى الله عليه و آله) على خلافه. و ربما يتوهم تخصيص روايات الجواز بالسلوقى بدعوى انه هو المنساق منها لانصراف كلب الصيد إليه لكثرة وقوع الاصطياد به فى الخارج أو أنه لا يتبادر و لا ينساق غيره من تلك الروايات، فيبقى غير السلوقى تحت مطلقات المنع عن التكبس بالكلاب.

و فيه مضافاً الى كون الروايات خاليه عن ذكر السلوقى، و كثره الاصطياد بغيره و ان كان أقل بالنسبه اليه، و ان المراد بالسلوقى هو مطلق كلب الصيد و ان كان من غير جنسه كما صرح به غير واحد من الأعاظم، أنه يرد عليه ما فى المتن من (عدم الغلبه المعتد بها على فرض تسليم

ص: ٩٣

١-١ (١) ج ١ ص ٢٢٤.

٢-٢ (٢) أول المكاسب.

٣-٣ (٣) فى ج ٦ سنن البيهقى ص ٦ عن جابر نهى عن ثمن الكلب و السنور إلا كلب الصيد.



كون مجرد غلبه الوجود من دون غلبه الاستعمال منشأ للانصراف) و عليه فلا مجال لتخصيص جواز البيع بالسلوقى فقط.

ثم أجاب عنه المصنف ثانيا و قال(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 صفة الاصطياد) و حاصل كلامه ان الكلب و ان كان طبيعه واحده نعم جميع افراد الكلاب و تصدق عليها صدق الكلى على جزئياته و الطبيعى على أفرادها، إلا- أن لحاظ تلك الطبيعه عند جعلها موردا للحكم مع وصف الاصطياد تاره و بدونه اخرى، يستلزم انقسامها الى قسمين متضادين، و على هذا فيتقابل كلب الصيد و كلب الهراش تقابل التضاد كما هو الشأن فى كل ماهيه ملحوظه مع الأوصاف الخارجيه المشخصه تاره و بدونها أخرى، إذن فلا- يصغى الى دعوى الانصراف بوجه لاستلزامه اتحاد المتضادين و وحده المتقابلين فهو محال.

و فيه ان كلامه هذا إنما يصح فى أمثال قوله «ع» فى روايه محمد بن مسلم (ثمن الكلب الذى لا يصيد سحت) فان ظاهر التوصيف ان وصف الاصطياد قد أخذ قيما للموضوع إلا- انه لا- يتم فى قوله «ع» فى مرسله الفقيه (ثمن الكلب الذى ليس بكلب الصيد سحت) فان من القريب جدا ان لا يصدق كلب الصيد و لو بحسب نوعه على غير السلوقى، و لكن المرسله ضعيفه السند، ثم ان السلوقى قريه فى ناحيه اليمن نسبت إليها كلاب الصيد إما لأجل أخذ أصلها منها أو لكون كلابها صيودا.

الجهه الثانيه انك قد عرفت ان مورد الروايات و معقد الإجماعات إنما هو الكلب المتصف بملكه الاصطياد و صار صيودا بالفعل، و حيث ان تلك الملكة التى هى مناط صحه بيع الكلاب و ملاكها لم تصر فعليه فى الجر و القابل للتعليم من السلوقى و الكبير الغير المعلم منه فيشكل الحكم بجواز بيعهما.

و ربما يقال فى وجه الصحه فيهما. بأن الأخبار الوارده فى بيع الكلاب على ثلاث طوائف أما الطائفة الأولى فتدل على حرمة بيع الكلاب على وجه الإطلاق كالمطلقات و قد تقدمت جمله منها فى بيع الكلب الهراش و سمعت ان أكثرها ضعيفه السند.

و أما الطائفة الثانيه [١] فتدل على جواز بيع ما كان صيودا بالفعل و متصفا بملكه

الاصطياد سواء كان سلوقيا أم غير سلوقى.

و أما الطائفة الثالثة[١]فتدل على جواز بيع كلب الصيد كمرسلة الصدوق و غيرها، و المحتمل فى الطائفة الأخيره منها ثلاثة:الأول ان يكون المراد بكلب الصيد ما كان صيودا بالفعل و كلب صيد بشخصه و واجدا للملكه الاصطياد بنفسه،فيكون الغرض من المركب هى اضافه الشخص الى وصفه،و حينئذ فترجع هذه الطائفة إلى الطائفة الثانيه و يجرى فيها الاشكال المتقدم أيضا من دعوى انصرافها إلى السلوقى مع جوابها،و عليه فنقيد بها و بالطائفة الثانيه الطائفة الأولى،فتصير النتيجة ان غير الصيود من الكلاب لا يجوز بيعه.

الثانى أن يراد به نوع كلب الصيد و ان لم يتصف بعض أفراده بملكه الاصطياد، و عليه فتختص هذه الطائفة الأخيره بالسلوقى فقط،فتكون النسبه بينها و بين الطائفة الثانيه هو العموم من وجه،إذ قد يكون الكلب صيودا و لا يكون من أفراد الكلاب السلوقيه و قد يكون من أفرادها و لا يكون صيودا بالفعل كالغير المعلم من السلوقى،و قد يجتمعان و حينئذ فيجوز تخصيص العمومات بكل من الطائفة الثانيه و الثالثه بناء على ما نقحناه فى الأصول من جواز تخصيص العام بالخاصين بينهما عموم من وجه،كما إذا ورد أكرم العلماء ثم ورد لا تكرم الفساق منهم و لا تكرم النحويين منهم،فإنه جاز تخصيص أكرم

ص:٩٥

العلماء بكلا الخاصين و ان كانت النسبه بينهما هو العموم من وجه، و عليه فيجوز بيع الصيود من غير السلوقى و بيع غير الصيود من السلوقى.

الثالث أن يراد به ما يكون بينه و بين الصيد نسبه و علاقته، بدعوى كفايه أدنى الملابسه فى صحه الإضافه كما هو الظاهر و الموافق للاستعمالات الدائره بين المحاورين، ضروره ان جمله كلب الصيد فى اللغه العربيه لم توضع لمعنى خاص بل أطلقت على حصه من الكلاب بوجه من المناسبه و بعلاقه الملابسه، كيف فإنها ترادف فى اللغه الفارسيه بلفظ (سك شكارى) و لا يعتبرون فى صحه ذلك الإطلاق أزيد من تلك المناسبه الإجماليه، و عليه فالنسبه بينها و بين الطائفه الثانيه هو العموم المطلق فإنه على هذا يصح إطلاق كلب الصيد على الصيود مطلقا سلوقيا كان أم غيره و على السلوقى كذلك صيودا كان أم غيره، و على ذلك أيضا فيجوز تخصيص العمومات بهما بناء على جواز تخصيص العام بالخاصين بينهما عموم مطلق كما هو الظاهر على ما حققناه فى محله.

و أظهر المحتملات الثلاث هو الاحتمال الأخير لما عرفت من كفايه أدنى الملابسه فى صحه الإضافه ثم الثانى لكثرت إضافه الموصوف الى وصف نوعه و بهذا صح جعله موضوعا للأحكام الشرعيه، و أما الاحتمال الأول فغير سديد جزما فان من المستبعد جدا اعتبار الانصاف الفعلى فى صحه إضافه الموصوف إلى الصفه و أن لا يكتفى فيها بأدنى المناسبه، هذا غايه ما يمكن أن يقال فى جواز بيع السلوقى على الإطلاق.

و لكنه فاسد إذ العمل بما ذكرناه على كلام الاحتمالين إنما يجوز فيما إذا لم يكن كل من الخاصين مقيدا بقيد به، يوافق العام و يسانخه، و إلا- فينفى ذلك القيد بمفهومه أو منطوقه ما اختص به الخاص الآخر من ماده الافتراق، فيكونان من أفراد الدليلين المتعارضين فيسقطان للتعارض.

و فى المقام ان الظاهر من قوله «ع» فى الطائفه الثانيه (ثمن الكلب الذى لا يصيد سحت) (و أما الصيود فلا بأس) هو ان غير الصيود من الكلاب يحرم بيعه و ان كان سلوقيا، فيشارك العام بمقتضى اشتماله القيد العدمى، كما ان الظاهر من قولهم عليهم السلام فى الطائفه الثالثه (و لا- بأس بثمن كلب الصيد و الآخر لا يحل ثمنه) هو انه كلما كان كلب صيد بنوعه جاز بيعه صيودا كان أم لم يكن، و أما غير كلب الصيد فلا- يجوز بيعه و إن كان صيودا، فيتعارضان فى الصغير و الكبير غير المعلمين من السلوقى على الاحتمال الثالث من دعوى العموم المطلق بين الخاصين، و فى الصيود من غير السلوقى أيضا على الاحتمال الثانى من دعوى العموم من وجه بينهما، فصارت النتيجة على الاحتمال الثالث ان غير الصيود من

الكلاب لا يجوز بيعه و إن كان سلوقيا، و على الثاني فالصيود من غير السلوقى أيضا لا يجوز بيعه هذا كله مع الإغضاء عن سند الطائفة الثالثه، و إلا فهى لا تقاوم الطائفة الثانيه لضعف سندها، و عدم انجبارها بعمل المشهور، و حينئذ فينحصر المخصص لتلك العمومات فى الطائفة الثانيه، فترفع الغائله من أصلها.

### حرمه بيع كلب الحراسه

قوله الثالث كلب الماشيه. أقول: هذه هى الجبهه الثالثه من الكلام، الظاهر انه لا- شبهه فى حرمه بيع الكلاب الثلاثه: أى كلب الماشيه، و كلب الحائط، و كلب الزرع، و يسمى كل واحد منهما بالكلب الحارس، و هذا هو المشهور بين القدماء، و قد دلت عليه العمومات المتقدمه، كما ان المشهور بين الشيخ (ره) و من تأخر عنه الجواز.

و قد استدل عليه بوجوه: الوجه الأول، دعوى الإجماع عليه كما يظهر من العلامه فى التذكره على ما حكاه المصنف (ره) قال: (يجوز بيع هذه الكلاب عندنا) و لكننا لم نجد ذلك فى التذكره. نعم ذكر الشيخ (ره) فى الخلاف (1): ان بيع هذه الكلاب يجوز عندنا و ما يصح بيعه يصح إجارتها بلا خلاف). و المحكى عن حواشى الشهيد: (ان أحدا لم يفرق بين الكلاب الأربعة). و ظاهر هذه العبارة عدم وجود القول بالفرق بين الكلاب الأربعة فى جواز البيع و عدمه.

و فيه ان ذلك معارض بدعوى الإجماع على حرمه بيعها، على ان دعواه فى مثل هذه المسأله المختلف فيها من الصعب المستصعب خصوصا مع عدم كونه إجماعا تعبديا كاشفا عن رأى الحجه لاحتمال ان المجمعين قد استندوا الى المدارك المعلومه المذكوره فى المقام.

و لا ينقضى العجب من الشهيد (ره) كيف يدعى: ان أحدا لم يفرق بين الكلاب الأربعة فى حرمه البيع و جوازه، مع كثره الاختلاف فى المسأله!!

إلا أن يكون نظره الشريف فى ذلك الى العامه، فقد عرفت فى بيع كلب الهراش: ان طائفه منهم كالحنابله و الشافعيه و بعض فرق المالكيه ذهبوا الى ان بيع الكلاب مطلقا لا يصح حتى كلب الصيد و طائفه أخرى منهم كالحنفيه و بعض آخر من المالكيه ذهبوا الى صحه بيعها مطلقا حتى كلب الحراسه. أو يكون نظره الى جواز الانتفاع بها مطلقا و عدم جوازه كذلك، فان الفقهاء رضوان الله تعالى عليهم لم يفرقوا فى ذلك بين الكلاب الأربعة.

الوجه الثاني: ان ثبوت الديه على قاتلها فى الشريعه المقدسه يدل على جواز المعاوضه عليها و الى هذا أشار العلامه فى المختلف (2) و قال: (و لأن لها ديات منصوصه، فتجوز المعاوضه

عليها). و قدرت هذه الدية في كلب الماشيه بكيش، أو بعشرين درهما، و في كلب الحائط بعشرين درهما، و في كلب الزرع بقفيز من طعام.

و فيه ان ثبوت الدية لها في الشريعة لا- يدل على ملكيتها فضلا عن جواز المعاوضه عليها فقد ثبتت الدية في الحر مع انه غير مملوك قطعاً، بل لا يبعد ان يكون ثبوت الدية كاشفا عن عدم الملك مع فرض كون الشيء محترماً، و إلا لكان الثابت نقص قيمه، أو تخيير المالك بينه و بين الدية كما في العبد و الأمة.

الوجه الثالث: انه لا- شبهه في جواز إجارتها لحفظ الماشيه و الحائط و الزرع اتفاقاً كما في المتن، فيجوز بيعها لوجود الملازمه بينهما، و الى هذا الدليل أشار العلامة أيضاً في المختلف (1) و قال: (و لأنه يجوز إجارتها فيجوز بيعها) و فيه انه لا ملازمه شرعيه بين صحه الإجاره و صحه البيع، فإن إجاره الحر و أم الولد جائزه بالاتفاق و لا يجوز بيعهما، كما لا ملازمه بين صحه البيع و صحه الإجاره، فإن بيع الشعير و الحنطه و عصير الفواكه و سائر المأكولات و المشروبات جائز اتفاقاً، و لا تصح إجارتها فإن من شرائط الإجاره ان العين المستأجره مما يمكن الانتفاع بها مع بقاء عينها، و الأمور المذكوره ليست كذلك.

و بعبارة اخرى ان جواز بيع الكلاب و عدمه من الأحكام الشرعيه و هي أمور توقيفيه فلا محيص عن اتباع أدلتها، فإن كان فيها ما يدل على جواز بيعها أخذ به، و إلا فالعمومات الداله على المنع متبعه.

الوجه الرابع: ما ذكره العلامة أيضاً في المختلف (2) من انه (إذا جاز بيع كلب الصيد جاز بيع باقي الكلاب الأربعة، و الأول ثابت إجماعاً فكذا الثاني، بيان الشرطيه: ان المقتضى للجواز هناك كون المبيع مما ينتفع به، و ثبوت الحاجه الى المعاوضه، و هذان المعنيان ثابتان في صورته النزاع فيثبت الحكم علماء بالمقتضى السالم عن المعارض إذا الأصل انتفائه). و زاد عليه بعض أصحابنا: ان ما يترتب على الكلاب الثلاثة من المنافع أكثر مما يترتب على كلب الصيد، فإذا جاز بيعه كان بيع تلك الكلاب الثلاثة أولى بالجواز.

و فيه انه قياس واضح، فقد نهينا عن العمل به في الشريعة المقدسه، بالأدله القاطعه، و عليه فلا وجه لرفع اليد عن العمومات إلا في الكلب الصيد.

الوجه الخامس: ان الحكم بجواز بيعها هو مقتضى الجمع بين الروايات، لأننا إذا لاحظنا للعمومات الداله على المنع، مع قوله (عليه السلام) في روايه تحف القول: (و كل شيء يكون لهم

ص: ٩٨

١- ١) الموضوع المتقدم.

٢- ٢) الموضوع المتقدم.

فيه الصلاح من جهة من الجهات فهذا كله حلال يبيعه و شراؤه و إمساكه و استعماله و هبته و عاريته) وجدنا ان النسبه بينهما هي العموم من وجه، فان العمومات تقتضى حرمة بيع الكلاب كلها، و إنما خرج منها بيع كلب الصيد فقط للروايات الخاصه، و هذه الفقره من روايه تحف العقول تقتضى صحه بيع كلما كان فيه جهه صلاح، فتشمل بيع كلب الماشيه و كلب الحائط و كلب الزرع أيضا، لجواز الانتفاع بها فى الحراسه، و بعد سقوطهما المعارضه يرجع فى إثبات الجواز التكليفى إلى أصاله الإباحه، و فى إثبات الجواز الوضعى إلى عمومات صحه البيع و التجاره عن تراض.

و فيه أولا- انا لو أغمضنا عما تقدم فى روايه تحف العقول. فإنها لا- تقاوم العمومات المذكوره فى خصوص المقام، لأن كثره الخلاف هنا مانعه عن انجبار ضعفها بعمل المشهور.

و ثانيا: انه لا مناص من ترجيح العمومات عليها، إذ قد بينا فى علم الأصول: ان من جمله المرجحات عند معارضه الدليلين بالعموم من وجه ان يلزم من العمل بأحدهما إلغاء الآخر من أصله، و إسقاط ما ذكر فيه من العنوان عن الموضوعيه، و حينئذ فلا بد من العمل بالآخر الذى لا يلزم منه المحذور المذكور، و فى المقام لو عملنا بروايه تحف العقول للزم من ذلك إلغاء العمومات على كثرتها، و لسقط عنوان الكلب المذكور فيها عن الموضوعيه لخروج الكلب الصيد منها بالروايات الخاصه كما عرفت، و لو خرجت الكلاب الثلاثه منها بالروايه المذكوره لما بقى تحتها إلا الكلب الهراش فقط. و يكفى فى المنع عن بيعه عدم وجود النفع فيه، فلا- يحتاج الى تلك العمومات المتظافره، و يلزم المحذور المذكور، و اما إذا علمنا بالعمومات، و رفعنا اليد عن الروايه فإن المحذور لا يتوجه أصلا، لأن ما فيه جهه صلاح من الأشياء لا ينحصر فى الكلاب الثلاثه.

و نظير ذلك المعارضه بين ما ورد[١] من الأمر بغسل الثوب من أبواب ما لا يؤكل لحمه و ما ورد[٢] من نفى اليأس عن بول الطير و خثرته، فإننا لو قدمنا الخبر الأول، و حكمنا

بسببه بنجاسه خرى الطيور التى لا يؤكل لحمها لكان ذكر الطير فى الخبر الثانى لغوا محضاً، إذ لا يبقى تحته إلا ما يؤكل لحمه من الطيور، و يكفى فى طهاره ذرقها ما يدل [١] على طهاره بول مأكول اللحم، و هذا بخلاف العكس، فانا إذا عملنا بالخبر الثانى لم يلزم المحذور لكثرة أفراد غير المأكول من غير جنس الطيور.

و من هذا القبيل أيضاً معارضه ما يدل (١) على انفعال الماء القليل بملاقاته النجاسه لما يدل (٢) على عدم انفعال الجارى بذلك، فان العمل بالطائفة الاولى، و الحكم بانفعال الجارى بملاقاته النجاسه إذا كان قليلاً يوجب كون ذكر الجارى فى الطائفة الثانية لغوا، إذ لا يبقى فيها إلا الكرى، و يكفى فى عدم انفعاله بملاقاته النجاسه ما يدل [٢] على عدم انفعال الكرى بذلك على الإطلاق، و لو انعكس الأمر لم يلزم المحذور لكثرة أفراد القليل من غير الجارى.

الوجه السادس: ما فى المتن من حكاية روايه ذلك عن الشيخ فى المبسوط، قال: (إنه روى ذلك يعنى جواز البيع فى كلب الماشيه و الحائط المنجبر قصور سنده و دلالتة- لكون المنقول مضمون الروايه، لا معناها، و لا ترجمتها- باشتهاه بين المتأخرين).

و فيه أن الشهره بين المتأخرين لا تجبر ضعف الروايه، بل و لم يعلم استنادهم إليها فى فتياهم بالجواز، فلعلهم استندوا فى ذلك الى الوجوه المذكوره، كما يظهر ذلك ممن يلاحظ كلماتهم على أنه لم يثبت لنا كون المحكى عن الشيخ روايه فضلاً عن انجبارها هنا بالاشتهار، و توضيح ذلك: أن ناقل الروايه تاره ينقلها بألفاظها الصادره عن المنقول عنه، و اخرى بترجمتها بلغه اخرى غير لغه المروى عنه، و ثالثه بمعناها، كما هو المتعارف بين الرواه، خصوصاً فى الأحاديث الطوال التى يعسر حفظ ألفاظها عادة، و رابعه بمضمونها، كما هو المرسوم بين الفقهاء فى مرحله الإفتاء.

ص: ١٠٠

- 
- ١-١) راجع ج ١ ثل باب ٨ نجاسه ما نقص عن الكرى من أبواب ماء المطلق.  
٢-٢) راجع ج ١ ثل باب ٥ عدم نجاسه الماء الجارى من أبواب ماء المطلق.

أما غير القسم الأخير فلا- شبهه في شمول أدله اعتبار الخبر له، كما هو واضح، و أما القسم الأخير فلا- تشمله تلك الأدلة قطعاً، لانحصارها في الاخبار الحسية، و رأى الفقيه من الأمور الحدسية، فلا يكون حجه لغيره و لغير مقلديه، كما حقق في علم الأصول.

و إذا عرفت ذلك اتضح لك أن المحكى عن الشيخ (ره) لا- يكون مشمولاً لأدله اعتبار الخبر لأن ظاهره أنه (ره) فهم باجتهاده جواز البيع من الروايات، و أشار إليه بلفظ الإشارة بدهاه أن الامام «ع» لم يبين الحكم على النحو المذكور في العبارة، و بلفظ الإشارة ابتداء من دون أن يكون مسبقاً أو ملحوقاً بكلام آخر يدل عليه، و عليه فلم يثبت كون المحكى روايه حتى ينجبر ضعفها بعمل المشهور، و تكون حجه لنا في مقام الفتوى، نعم لو كانت الروايه بأصلها و أصله إلينا، و قلنا بانجبار ضعف الخبر بشيء لكان لهذه الدعوى مجال واسع هذا كله على تقدير أن يكون المنقول في المتن هو عين عبارته الشيخ (ره).

و لكنها ليست كك، فإنه قال في تجارته المبسوط (1): (و روى ان كلب الماشيه و الحائظ كذلك) و على هذا فهي روايه مرسله، و قابله للانجبار.

و مع ذلك لا يجوز الاستناد إليها أيضاً، لما عرفت في البحث عن روايه تحف العقول من منع انجبار ضعف الروايه بشيء صغرى و كبرى. على أن من البعيد جدا بل من المستحيل عادة أن تكون هناك روايه، و لم يظفر عليها غير الشيخ من علماء الحديث، أو وصلوا إليها و لكنهم لم يوردوها في أصولهم المعده للروايه، حتى هو (ره) في تهذيبه.

و المظنون أن الشيخ (ره) اطلع عليها في كتب العامه، و أوردها في كتابه للمناسبه إلا- أن أحاديثهم عن النبي (صلى الله عليه و آله) في النهي عن بيع الكلاب خاليه أيضاً عن استثناء كلب الماشيه و كلب الحائظ.

لا يقال: إن عدم اشتهار المرسله بين القدماء لا يمنع انجبار ضعفها بعمل المشهور من المتأخرين، فإن ظهورها إنما كان من زمان الشيخ (ره)، فيكون هذا عذراً لعدم عمل القدماء بها، و إنما يضر ذلك فيما إذا كانت الروايه بمرأى منهم و مسمع، ثم لم يعملوا بها لإعراضهم عنها.

فإنه يقال: إن ضعف الروايه إنما ينجبر بالشهره إذا عمل بها المشهور مع نقلهم إياها في كتبهم من دون أن يستندوا في ذلك الى نقل شخص واحد، و أما إذا انتهى سند الناقلين الى شخص واحد فنسبتها إلى النقلة و غيرهم سيان، فمثل هذه الشهره لا توجب الانجبار.

ص: ١٠١

---

(١- ١) راجع فصل حكم ما يصح بيعه و ما لا يصح. و ج ٢ ثل باب ٤٢ تحريم بيع الكلاب مما يكتسب به.



ضروره عدم اختصاص النقله بقرينه زائده ليمتازوا بها على غيرهم. و إذن ففسبه المرسله الى العاملين و الناقلين كنسبتها إلينا، لأن مستندهم أجمع هو نقل الشيخ(ره) فقط: فلا يكون عملهم هذا جابرا لو هنها.

و يضاف الى ذلك ما قد عرفته مرارا من فساد البناء و المبني، و أن الشهره لا تجبر ضعف الروايه صغرى و كبرى.

## تذييل

المستفاد من أخبار الباب إنما هو حرمة بيع كلب الماشيه و كلب الحائط و كلب الزرع و أما المعاملات الأخرى غير البيع فلا بأس في إيقاعها عليها، كاجارتها، و هبتها، و الصلح عليه بناء على عدم جريان أحكام البيع عليه إذا كانت نتيجه المبادله بين المالكين، فان المذكور في تلك الأخبار هي حرمة ثمن غير الصيد من الكلاب، و لا يطلق الثمن على ما يؤخذ بدلا بغير عنوان البيع من المعاملات.

ثم لا يخفى: أن اقتناء تلك الكلاب و لو في غير أو ان الاصطياد و الحراسه مما لا إشكال فيه لأنها من الأموال و لو باعتبار الانتفاع بها في وقت الاصطياد و الحراسه، و حرمة بيع هذه الكلاب لا يضر بجواز اقتنائها، إذ لا ملازمه بين حرمة بيع شيء و حرمة اقتنائه و الانتفاع به كيف و إن الانتفاع بها أكثر من الانتفاع بالكلب الصيد، خصوصا لأهل الباديه، و أصحاب الماشيه و البساطين و الزروع و نحوها، و لم يستشكل أحد في جواز ذلك فيما نعلم، بل ورد في أخبار الفريقين [١] جواز اقتناء الكلاب الأربعة، إلا أن تلحق بالكلب الهراش.

و قد يقال: بجواز بيع كلب الماشيه لقول علي «ع» في روايه قيس [١]: (لا خير في الكلاب إلا كلب صيد أو كلب ماشيه). فإن جواز البيع من الخير الثابت فيه.

و فيه أن غايه ما يستفاد من الروايه هو جواز اقتنائه للارتفاع به في حراسه الماشيه و اتصافه بالماليه بهذا الاعتبار، و أما جواز بيعه فلا يستفاد منها، لأنك قد عرفت عدم الملازمه بين كون الشئ مالا، و بين جواز بيعه، و إذن فالروايه من جمله ما يدل على جواز اقتناء كلب الماشيه. و من هنا اتضح: أنه لا وجه لقياس ما يحرم بيعه من الكلاب الثلاثه بالخمير لإثبات عدم الماليه فيها، لا وجه لذلك لان الشارع قد ألغى ماليه الخمر، بخلاف الكلاب الثلاثه، فإن ماليتها محفوظه في نظر الشارع و إن حرم بيعها.

### جواز بيع العصير العنبي إذا غلى و لم يذهب ثلثاه

قوله الأقوى جواز المعاوضه على العصير العنبي إذا غلى، و لم يذهب ثلثاه. أقول:

الغليان عباره عن القلب، كما في روايه الحماد [٢]، قال: (قلت: أي شئ الغليان؟ قال:

القلب). و المراد به حصول النشيش فيه بحيث يصير أعلاه أسفله، ثم ان العصير إذا غلى بنفسه حكم بنجاسته بمجرد ظهور النشيش فيه عند بعض القدماء، و قد شيد أركان هذا القول البطل البحاثه شيخ الشريعه (ره) في رسالته العصريه، و تبعه جمله ممن تأخر عنه و على هذا فلا تحصل الطهاره و الحليه فيه إلا بصيرورته خلا.

و يمكن تأييد هذا القول بروايه الكلبى النسابه المتقدمه في بيع النبيذ (قال: سألت أبا عبد الله «ع» عن النبيذ؟ فقال: حلال، قلت: إنا ننبذه فنطرح فيه العكر و ما سوى ذلك فقال «ع»: شه شه تلك الخمره المنتنه): و قد كنا نجزم بذلك القول في سالف الأيام، ثم عدلنا عنه، و تحقيق الحق في محله.

و ان كان غليانه بالنار فهو محل الكلام فى المقام، و مورد النقض و الإبرام من جهه طهارته و عدمها، و جواز شربه و بيعه و عدمهما، و فصل بعضهم بين العصير العنبى و التمرى و حكم بنجاسه الأول و طهاره الثانى، و تحقيق ذلك و تفصيله فى كتاب الطهاره، و وجهه الكلام هنا فى خصوص البيع فقط، و الظاهر جوازه.

و لنمهد لبيان ذلك مقدمه، و هى أنه لا إشكال فى ان العصير العنبى سواء غلى أم لم يغل من الأموال المهمه فى نظر الشارع و العرف، و عليه فلو أتلفه أحد ضمن قيمته لمالكه، كما لو أغلاه الغاصب، فإنه يضمه بنقصان قيمته إذا كان الغليان موجبا للنقص، كأن أخذ للتداوى فى غير أو ان العنب، فإنه لا قصور فى شمول دليل اليد لذلك مع قيام السيره القطعيه عليه و إن كان غليانه لا يوجب نقصان قيمته، أو كان سببا لزيادتها فلا وجه للضمان، كأن أخذ للذبس و نحوه فغصبه الغاصب فأغلاه، و الوجه فى ذلك هو أن الغاصب و إن أحدث فى العصير المغصوب وصفا جديدا، إلا أن تصرفه هذا لم يحدث عيبا فى العصير ليكون موجبا للضمان، بل صار وسيله لزيادة قيمه.

و من هنا ظهر لك ضعف قول المتن: (لو غصب عصيرا فأغلاه حتى حرم و نجس لم يكن فى حكم التالف، بل وجب عليه رده، و وجب عليه غرامه الثلثين، و اجره العمل فيه حتى يذهب الثلثان) فقد عرفت عدم صحه ذلك على إطلاقه.

إذا علمت ذلك وقع الكلام فى ناحيتين، الناحيه الأولى: فى جواز بيع العصير العنبى و عدمه بحسب القواعد، و الناحيه الثانيه: فى جواز بيعه و عدم جوازه بحسب الروايات.

أما الناحيه الأولى: فقد يقال: بحرمه بيعه إذا غلى من جهه النجاسه، و الحرمة، و انتفاء المالىه، و لا يرجع شىء من هذه التعليقات الى معنى محصل، أما النجاسه فإنها لم تذكر إلا فى روايه تحف العقول، و المراد بها النجاسات الذاتيه، فلا تشمل المتنجسات، لأن نجاستها عرضيه، و لو سلمنا شمولها للمتنجسات فالنهي عن بيعها ليس إلا من جهه عرائها عن المنفعه المحلله، و لا شبهه فى أن العصير العنبى المغلى ليس كذلك، لوجود المنافع المحلله فيه بعد ذهاب ثلثيه، على أن مانعيه النجاسه عن البيع ممنوعه كما تقدم.

و أما الحرمة فقد يقال: إن الروايات العامه المتقدمه دلت على وجود الملازمه بين حرمة الشىء و حرمة بيعه، إلا أنه فاسد، فقد تقدم أنها ضعيفه السند، و أشرنا أيضا الى عدم الملازمه بين حرمة الشىء و حرمة بيعه، على أن المراد بالحرمة فيها ما يعرض على الشىء بعنوانه الذاتى الأولى، فلا تشمل الأشياء المحرمه بواسطه عروض أمر خارجى، و إلا للزم القول بحرمه بيع الأشياء المباحه إذا عرضتهم النجاسه أو غيرها مما يوجب حرمتها العرضيه

و أما انتفاء المالىه ففیه أن العصیر العنبی المغلی من الأموال الخطیره فی نظر الشارع و العرف و لذا لو أتلفه أحد لضمنه كما عرفته. علی أن الظاهر ان المالىه لا- تعتبر فی صحه المعاوضه علی الشىء و أما الناحیه الثانيه: فقد استدل علی حرمه بیعه بروایات: منها قوله «ع» فی روايه محمد ابن الهيثم [١]: إنه (إذا تغير عن حاله و غلی فلا خیر فیہ حتى یذهب ثلثاه). فان البیع من جمله الخیر منفی فلا یجوز. و فیہ أولا: انها روايه مرسله، فلا تصلح للاستناد إليها فی الأحكام الشرعیه. و ثانيا: إنها بعیده عن حرمه البیع الظهور السؤال فی حرمه الشرب فقط، فلا تشمل البیع.

و منها قوله «ع» فی روايه أبی كهيمس [٢]: (و إن غلی فلا یحل بیعه) فان ظاهرها نفی الحلیه المطلقه تکلیفیه كانت أم وضعیه، فتدل علی حرمه بیع العصیر إذا غلی و لم یذهب ثلثاه و فیہ أولا: انها ضعیفه السند. و ثانيا: ان ظهورها فی غلیان العصیر بنفسه لا بالنار، فتكون غریبه عما نحن فیہ، و راجعه إلى القسم الأول من العصیر، و قد عرفت من بعض القدماء و من شیخ الشریعه أن الطهاره و الحلیه فیہ لا تحصلان إلا بصیورته خلا، علی أن الظاهر من الحلیه فیها بقربینه الصدر و الذیل هی التکلیفیه فقط دون الوضعیه وحدها، أو ما هو

أغم منها و من التكليفه، إذن فالروايه ناظره إلى حرمه بيع العصير للشرب، فان إشراب النجس أو المتنجس للمسلم حرام، و أما حرمه بيعه للدبس و نحوه فلا يستفاد منها.

ثم لا يخفى: ان قوله «ع» فى ذيل الروايه: (هو ذا نحن نبيع تمرنا ممن نعلم انه يصنعه خمرا). إنما هو لدفع وسوسه السائل من تجويز الامام «ع» بيع العصير قبل الغليان، و إن كان المشتري ممن يصنعه خمرا، و سيأتى فى مبحث بيع العنب ممن يجعله خمرا تعليلا للامام «ع» جواز البيع بقوله بعته حلالا- فجعله حراما فأبعده الله) و قد تكرر ذلك فى جملة من الروايات و منها ما فى روايه أبى بصير [١] من قوله «ع»: (إذا بعته قبل ان يكون خمرا و هو حلال فلا- بأس). فإن منطوقها يدل على جواز بيع العصير قبل صيرورته خمرا، و مفهومها يدل على عدم جواز البيع بعد حرمه العصير بالغليان.

و فيه أولا: انها ضعيفه السند. و ثانيا: ان روايتها أبا بصير مشترك بين اثنين، و كلاهما كوفى، و من أهل الثقة، و من المقطوع به ان بيع العصير العنبى لم يتعارف فى الكوفه فى زماننا هذا مع نقل العنب إليها من الخارج فضلا عن زمان الراوى الذى كان العنب فيه قليلا جدا، و عليه فالمسؤول عنه هو حكم العصير التمرى الذى ذهب المشهور الى حليته حتى بعد الغليان ما لم يصر خمرا، فلا يستفاد من الروايه إلا- حرمه بيع الخمر و جواز بيع العصير التمرى قبل كونه خمرا، فتكون غريبه عن محل الكلام، و إن أبيت عن ذلك فلا إشكال انها غير مختصه بالعصير العنبى، فغايبه الأمر أن تكون الروايه شامله لكلا العصيرين، إلا أنه لا بد من التخصيص بالتمرى، لان ظاهر قوله «ع»: (و هو حلال) هو أن العصير قبل كونه خمرا حلال و لو كان مغليا، و من الواضح ان هذا يختص بالتمرى دون العنبى.

قوله و الظاهر أنه أراد بيع العصير للشرب من غير التثليث. أقول: قد حكى المصنف عن المحقق الثانى فى حاشيه الإرشاد: انه (لو تنجس العصير و نحوه فهل يجوز بيعه على من يستحله فيه اشكال؟) ثم ذكر المحقق الثانى: (ان الأقوى العدم، لعدم و لا تعاونوا على الإثم و العدوان).

و قد استظهر المصنف من كلامه هذا: أنه أراد بيع العصير للشرب من غير التثليث، إلا أن الذى يظهر لنا منه: أنه أراد من العصير مطلق المعتصرات كعصير الفواكه و غيره، و يدل على أن هذا هو المراد من كلامه و جهان: الوجه الأول: عطف كلمه (نحوه) على

العصير، فان الظاهر أن المراد منها مطلق المائعات المضافه، فلا بد و أن يكون المراد من العصير مطلق المعتصرات، إذ لا خصوصيه العصير العنبي في المقام. و الوجه الثاني: تقييده جواز البيع بمن يستحل، إذ لو كان مراده خصوص العصير العنبي فقط لكان ذلك التقييد لغوا، لجواز بيعه من غير المستحل أيضا، فقد عرفت حليته و طهارته و جواز الانتفاع به على وجه الإطلاق بعد ذهاب ثلثيه.

و يؤيد ذلك ما استدل به المحقق الثاني على حرمه البيع من حرمه الإعانه على الإثم. فان العصير العنبي و إن كان يتنجس و يحرم بمجرد الغليان، إلا- أنه يطهر و يحل بذهاب ثلثيه، فلا- يكون بيعه من غير المستحل إعانه على الإثم، و يستكشف من ذلك أن غرضه من العصير هو ما ذكرناه.

### جواز المعاوضه على الدهن المتنجس

قوله يجوز المعاوضه على الدهن المتنجس. أقول: المعروف بين الأصحاب هو جواز المعاوضه على الدهن المتنجس، لفائده الاستصحاب به تحت السماء خاصه، بل في الخلاف (١) دعوى الإجماع على ذلك، قال: (يجوز بيع الزيت النجس لمن يستصبح به تحت السماء، و قال أبو حنيفة [١]: يجوز بيعه مطلقا، و قال مالك و الشافعي: لا يجوز بيعه بحال، دليلنا إجماع الفرقه و أخبارهم). و عن الحنابلة أيضا لا يجوز، إلا ان الظاهر من أخبار العامه (٢) جواز ذلك، لا طباقها على جواز الانتفاع به. بل في بعضها [٢] ذكر

ص: ١٠٧

١-١) ج ١ كتاب البيوع ص ٢٢٥.

٢-٢) راجع ج ٩ سنن البيهقي ص ٣٥٤.

قوله و جعل هذا من المستثنى عن بيع الأعيان النجسه. أقول: حاصل كلامه أن مسأله المعاوضه على الدهن للاستصباح إنما يمكن جعله من المستثنى من حرمه بيع الأعيان النجسه إذا قلنا بحرمه الانتفاع بالمتنجس إلا ما خرج بالدليل، أو قلنا بحرمه بيع المتنجس و إن جاز الانتفاع به منفعه محلله مقصوده، و إلا- فيكون الاستثناء منقطعاً، لعدم دخول بيع الدهن المتنجس و لا- غيره من المتنجسات القابله للانتفاع بها فى المستثنى منه، و قد تقدم أن المنع عن بيع النجس فضلاً عن المتنجس ليس إلا من حيث حرمه المنفعه المقصوده، فإذا فرض حلها فلا مانع من البيع.

و فيه أولاً: أنه قد تقدم مرارا عديده أن النجاسه بما هى نجاسه لا تمنع عن البيع إلا إذا استلزمت حرمه الانتفاع بالنجس من جميع الجهات و قد اعترف المصنف هنا و فى مسأله بيع الميته الحكم الأول، و قد تقدم أيضا أن النجاسه لا تمنع عن الانتفاع بالنجس لو كان له نفع محلل، بل و ستعرف أن مقتضى الأصل إنما هو جواز الانتفاع بالأعيان النجسه فضلاً عن المتنجسات، و إذن فلا مناص عن كون الاستثناء منقطعاً لا متصلاً.

و ثانياً: أنا لا نعرف وجهاً لا ابتداء كون الاستثناء متصلاً على حرمه الانتفاع بالمتنجس، إذا العنوان فى المستثنى منه إنما هو حرمه بيع النجس، أو المتنجس من حيث هما كذلك و لم يقيد بحرمه الانتفاع بهما، نعم يجوز تعليل جواز البيع، أو حرمة جواز الانتفاع بهما أو حرمة، و عليه فتكون حرمه الانتفاع بهما من علة التشريع لحرمه بيعهما، و من قبيل الواسطه فى الثبوت لذلك، و قد ظهر مما ذكرناه: أن القاعده الأوليه تقتضى جواز بيع الدهن المتنجس بلا احتياج الى الروايات، كما أنها تقتضى حرمه بيعه، و عدم جواز الانتفاع به لو قلنا بمانعيه النجاسه عن البيع، و عدم جواز الانتفاع بالمتنجس.

و ثالثاً: أن جعل المصنف المعاوضه على الأعيان المتنجسه من جمله المسائل الثمانيه و ان كان يقتضى اتصال الاستثناء و شمول المستثنى منه للنجس و المتنجس كليهما، إلا أن تخصيصه الكلام فى عنوان هذه المسائل الثمانيه بالاكتساب بالأعيان النجسه عدا ما استثنى يقتضى انقطاع الاستثناء، سواء قلنا بجواز الانتفاع بالمتنجس أم لم نقل، و عليه فذكر مسأله المعاوضه على الأعيان المتنجسه فى عداد المعاوضه على الأعيان النجسه من باب الاستطراد.

لا يخفى أن الروايات الواردة في بيع الدهن المتنجس على طوائف، الأولى [١]: ما دل على جواز بيعه مقيدا بإعلام المشتري. الثانية [٢]: ما دل على جواز البيع من غير تقييد بالإعلام كرواية الجعفریات الداله على جواز بيع الدهن المتنجس لجعله صابونا. الثالثة [٣]: ما دل على



عدم جواز بيعه مطلقاً، ومقتضى القاعده تخصيص الطائفة الثالثه الداله على عدم الجواز بما دل على جواز البيع مع الإعلام، و بعد التخصيص تنقلب:نسبتها إلى الطائفة الثانيه الداله على جواز البيع مطلقاً،فتكون مقيده لها لا محاله،فيحكم بجواز بيعه مع الإعلام دون عدمه، و على هذا فيجب الإعلام بالنجاسه مقدمه لذلك.

و لا يخفى أن وجوب الاعلام على ما يظهر من دليله إنما هو لأجل أن لا يقع المشتري فى محذور النجاسه، إذ قد يستعمل الدهن المتنجس فيما هو مشروط بالطهاره لجهله بالحال، و عليه فلو باع المتنجس الذى ليس من شأنه أن يستعمل فيما يشترط بالطهاره كاللحاف و الفرش فلا يجب الاعلام فيه.

قوله منها الصحيح عن معاويه بن وهب. أقول:لا دلالة فى الروايه على جواز البيع و لا على عدمه،بل هى داله على جواز إسراج الزيت المتنجس.

قوله و منها الصحيح عن سعيد الأعرج. أقول:الروايه للحلبى،و هى أيضا داله على الإسراج،فلا إشعار فيها بحكم البيع بوجه.

قوله و زاد فى المحكى عن التهذيب. أقول:بعد ما نقل الشيخ(ره)روايه ابن وهب المشار إليها الداله على جواز إسراج الزيت المتنجس قال:(و قال:فى بيع ذلك الزيت تبيعه و تبينه لمن اشتراه ليستصبح به)فأشار به الى روايه أخرى لابن وهب،و هى الروايه المتقدمه الداله على جواز بيع ذلك الزيت مع الإعلام،إذن فلا وجه لجعل هذه العبارة روايه كما صنعه المصنف،و إنما هى من كلام الشيخ(ره).

### **عدم اشتراط الاستصباح فى صحه بيع**

الدهن المتنجس

قوله إذا عرفت هذا فالإشكال يقع فى مواضع:الأول) أقول:ما قيل أو يمكن ان يقال فى حكم بيع الدهن المتنجس وجوه بل أقوال،

### **الأول:جواز بيعه على أن يشترط**

على المشتري الاستصباح،

كما استظهره المصنف من عبارته السرائر الثانى:جوازه مع قصد المتبايعين الاستصباح و إن لم يستصبح به بالفعل، كما استظهره المصنف من الخلاف.الثالث جواز بيعه بشرط أن لا يقصد المتبايعان فى جواز بيعه المنافع المحرمه و إن كانت نادره سواء

قصدًا مع ذلك المنافع المحلله أم لا. الرابع: صحه بيعه مع قصد المنفعه المحلله إلا إذا كانت شايعه، فلا يعتبر في صحه البيع ذلك القصد. الخامس: جواز بيعه على وجه الإطلاق من غير اعتبار شيء من القيود المذكوره. السادس: اشتراط تحقق الاستصباح به خارجا في جواز بيعه، كما استظهره المحقق الايرواني من عبارتي الخلاف و السرائر، وجعلهما أجنبيتان عما ذكره المصنف (ره).

و قد اختار في المتن الوجه الرابع في مطلق كلامه، وقال: يمكن أن يقال باعتبار قصد الاستصباح، واختار الوجه الثالث في آخر كلامه، وقال نعم يشترط عدم اشتراط المنفعه المحرمه، والذي تقتضيه القواعد مع الإغماض عن الروايات هو الوجه الخامس.

و لنبدأ بذكر ما اختاره المصنف، و ذكر ما يرد عليه من الاشكال، و سيظهر من ذلك وجه القول المختار، فنقول: ملخص كلامه: أن ماله الأشياء عند العرف و الشرع إنما هي باعتبار منافعها المحلله الظاهره المقصوده منها لا باعتبار مطلق الفوائد و لو كانت غير ملحوظه في ماليتها، أو كانت نادره الحصول، و لا باعتبار المنافع الملحوظه إذا كانت محرمه، و عليه فإذا فرض أن الشيء لم تكن له فائده محلله ملحوظه في ماليتها فلا يجوز بيعه، لا مطلقا لانصراف الإطلاق إلى كون الثمن بإزاء المنافع المقصوده منه، و المفروض حرمتها، فيكون أكلا للمال بالباطل. و لا مع قصد الفائده المحلله النادره، فإن قصدها لا يوجب الماله مع حرمه منفعته الظاهره، نعم لو دل نص خارجي على جواز بيعه كما فيما نحن فيه لوجب حملته على ما إذا قصد المتبايعان المنفعه النادره، فإنها و إن لم توجب الماله بحسب نفسها، و لكن توجبها بحكم الشارع، فلا يكون أكلا للمال بالباطل، كما أن حكمه قد يوجب سلب الماله في بعض الأحيان كما في الخمر و الخنزير، فيكون أكل المال في مقابلهما أكلا له بالباطل، و هكذا لو لم تقصد المنفعه النادره في الصوره المتقدمه، فإن المال في هذه الصوره يقع في مقابل المنفعه الظاهره المحرمه.

و فيه أن جميع الأدهان و لو كانت من العطور مشتركه في أن الإطلاء و الاستصباح بها أو جعلها صابونا من منافعها المحلله الظاهره، و أنها دخيله في ماله الدهن، غايه الأمر ان توفق بعض منافعها كالأكل فيما قصد منه أكله، و الشم فيما قصد منه شمه أو جب لها زياده في الماله، و أوجب إلحاق المنافع الأخر المغفول عنها بالمنافع النادره و إن كانت في نفسها من المنافع الظاهره، لأن اختلاف المرتبه في المنفعه بمجرد لا يجعل المرتبه النازله من المنافع نادره في حد ذاتها و إن خفيت في نظر أهل العرف، و عليه فالمرتفع من منافع الدهن إذا تنجس إنما هو خصوص إباحه أكله، و اما ما سواها من المنافع فهو باق على حاله.

و على الجملة انتفاء بعض المنافع الظاهره المعروفه عن الأشياء، كذهاب رائحه الأدهان العطريه، و عروض حرمه الأكل لما قصد منه اكله من الادهان لا يوجب انتفاء ماليتها بالكليه، بل هي موجوده فيها باعتبار منافعها الأخر الظاهره و إن كانت غير معروفه.

و من هنا يتوجه الحكم بالضممان إذا غصبها غاصب أو أتلفها متلف، للسيره القطعيه العقلائيه، و لدليل اليد، و إذن فلا وجه لجعل الاستصباح من المنافع النادره للدهن، بل هو كغيره من المنافع الظاهره، فإن اعتبر قصدها في صحه البيع اعتبر مطلقا، و ان لم يعتبر ذلك لم يعتبر مطلقا.

و أما المنافع النادره للشئ فإنها لا توجب ماليتها، فكيف يقال: باعتبار قصدها في صحه بيعه، و لا نظن ان أحدا يلتزم بماليه الكوز المصنوع من الطين المتنجس بلحاظ الانتفاع بخزفه في البناء!! على أنه لا دليل على اعتبار أصل القصد وجودا و عدما في صحه البيع.

قوله نعم يشترط عدم اشتراط المنفعه المحرمه. أقول: أشار به الى الوجه الثالث.

و يرد عليه: أن ماليه الأشياء قائمه بها بما لها من المنافع حسب رغبات العقلاء، إذ الرغبه فيها لا تكون إلا لأجل منافعها، فالمنافع المترتبه عليها من قبيل الجهات التعليليه: بمعنى أن رغبه العقلاء فيها ليس إلا لأجل منافعها الموجوده فيها، و حينئذ فبذل المال إنما هو بإزاء نفس العين فقط، و عله ذلك البذل هي المنافع، و عليه فلو قصد البائع المنفعه المحرمه لم يلزم منه بطلان البيع، فقد عرفت أن ماليه الأشياء قائمه بذواتها، و أن المنافع المترتبه عليها من قبيل العلل و الدواعي، فحرمه بعض المنافع لا توجب حرمه المعامله على الأشياء إذا كانت حلالا- بلحاظ المنافع الأخره، و مثال ذلك صحه بيع العنب ممن يجعله خمرا، و سيأتي البحث فيه و بعبارة واضحه الثمن إنما يقع بإزاء العين دون المنافع، غايه الأمر ان ترتب المنفعه عليها غايه للشراء و داع اليه، فحرمه المنفعه المشروطه عليه لا توجب بطلان البيع ما لم يكن الثمن بإزائها، و مما يدلنا على ذلك أنه إذا استوفى المشتري منافع المال الأخرى غير هذه التي اشترطت عليه في البيع، أو التي انصرف إليها الإطلاق لم يبطل البيع، و لا يكون هذا التصرف منه بغير استحقاق، و مما ذكرناه تجلئ: ان أكل الثمن في مقابله ليس أكلا للمال بالباطل كما في المتن فإنه مضافا الى ما تقدم من كون الآيه أجنبيه عن شرائط العوضين، و إنما هي ناظره إلى حصر المعاملات الصحيحه بالتجاره عن تراض، و ناهيه عن الأسباب الباطله لها. ان اشتراط المنفعه المحرمه لا- يوجب كون الثمن بإزائها، لكي يكون أكل المال في مقابلها أكلا له بالباطل إذ الشروط لا تقابل بالثمن، و سيأتي ذلك في مبحث الشروط ان شاء الله.

قوله و إلا فسد العقد بفساد الشرط. أقول: يرد عليه أن العقد لا يفسد باشتراط

الشرط الفاسد فيه، وقد اختاره المصنف في باب الشروط، والوجه فيه أن الالتزام الشرطي أمر آخر وراء الالتزام العقدي، فلا يستلزم فساد العقد، وعليه فلا وجه للالتزام ببطلان العقد في المقام باشتراط المنفعة المحرمة فيه، لأنه من صغريات الكبرى المذكورة.

قوله بل يمكن القول بالبطلان بمجرد القصد وإن لم يشترط في متن العقد. أقول: يرد عليه ما ذكرناه سابقاً من أن بذل المال إنما هو بإزاء نفس العين، والمنافع المترتبة عليها من قبيل الجهات التعليلية، ثم لتسلم أنا قد التزمنا ببطلان العقد باشتراط المنفعة المحرمة. فلا مجال للالتزام بالبطلان بمجرد القصد بعد ما لم يكن مذكوراً في العقد، إذ لا عبره بالقصد الساذج إذا لم يكن شرطاً في ضمن العقد، وقد انجلى مما حققناه بطلان سائر الوجوه والأقوال بأجمعها. هذا كله بحسب ما تقتضيه القواعد.

و أما بحسب الروايات فقد يقال: بلزوم قصد الاستصباح في بيع ذلك الدهن. لقول الصادق «ع» في روايه ابن وهب: (بعه و بينه لمن اشتراه ليستصبح به). و لقوله «ع» في روايه إسماعيل بن عبد الخالق: (أما الزيت فلا تبعه إلا لمن تبين له فيبتاع للسراج).

فإنهما ظاهران في تقييد جواز البيع بقصد الاستصباح، بل بالغ بعضهم وقال: إن الروايه الثانيه صريحه في ذلك بدعوى حصر جواز البيع فيها بصورة الشراء للإسراج فقط.

و فيه أولاً: أن الروايه الثانيه ضعيفه السند كما تقدم. و ثانياً: أن الظهور البدوي في الروايتين و إن كان ذلك، و لكن الذي يظهر بعد التأمل في مدلولهما هو أن الاستصباح و الإسراج من فوائد التبيين و متفرعاته، و قد أخذ غايه لذلك لكي لا يقع المشتري في محذور النجاسه باستعماله الدهن المتنجس فيما هو مشروط بالطهاره كالأكل و نحوه، إذن فلا دلالة في الروايتين على أن اعتبار قصد الاستصباح من شرائط البيع.

و ثالثاً: أن التوهم المذكور مبني على جعل الأمر بالبيان في الروايتين للإرشاد إلى الاستصباح بالدهن، و ليس كذلك، لأن الأوامر و النواهي إنما تحمل على الإرشاد إذا اكتنفت بالقرائن الصارفة عن ظهور الأمر في الوجوب، و عن ظهور النهي في التحريم، سواء أ كانت القرائن حاله أم مقالیه، و سواء أ كانت عامه أم خاصه، كالأوامر و النواهي المتعلقة بأجزاء الصلاة و شرائطها، و كالأوامر و النواهي الواردة في أبواب المعاملات، كقوله تعالى: (أَوْفُوا بِالْعُقُودِ)، و كالنهي عن بيع ما ليس عندك، و النهي عن بيع الغرر، و سيأتي البحث عنها في مواضعها، و أما فيما نحن فيه فلا قرينه توجب رفع اليد عن ظهور الأمر بالبيان في الوجوب النفسى، و حملة على الإرشاد.

قوله كما يومئ إلى ذلك ما ورد في تحريم شراء الجارية المغنيه و بيعها. أقول: وجه

الإيماء دلالتها على بطلان بيع الجارية المغنيه إذا كان لأجل الغناء، فتكون مؤيده لما ذكره من كون قصد المنفعة المحرمه موجبا لبطلان البيع و إن لم يشترط في ضمن العقد، و سيأتي الكلام في تلك الروايات.

قوله في روايه الأعرج المتقدمه. أقول: ليست الروايه للأعرج، و ليس متنها هو الذى ذكره المصنف (ره)، و قد عرفت ذلك فى أول المسأله.

### وجوب الإعلام بنجاسه الدهن عند البيع

قوله الثانى: أن ظاهر بعض الاخبار وجوب الإعلام. أقول: قد وقع الخلاف بين الفقهاء فى وجوب إعلام المشتري بنجاسه الدهن و عدم وجوبه، و على الأول فهل يجب مطلقا، أو فيما إذا كان المشتري بصدد الاستعمال للدهن فيما هو مشروط بالطهاره؟ و على التقديرين فهل الوجوب المذكور نفسى، أم شرطى بمعنى اعتبار اشتراطه فى صحه البيع؟ و جوه: المصرح به فى كلامهم هو الوجوب مطلقا، و قد تقدم فى عنوان المسأله نقل صاحب الحاشيه على سنن البيهقى عن بعض العامه دعوى الإجماع على ذلك، و استشهد على ذلك أيضا بما نقله من الروايه [١].

ثم لا يخفى أن موضوع البحث فى الاشكال السابق يرجع إلى اشتراط البيع بالاستصباح أو بقصده، و أما هنا فموضوع البحث متمحض فى بيان وجوب الإعلام و عدم وجوبه مطلقا أو فى الجملة نفسيا أو شرطيا، إذن فالنسبه بينهما هى العموم من وجه، لانه قد يكون البيع للاستصباح مع جهل المشتري بالنجاسه، و قد يبيعه لغرض آخر غير الاستصباح مع الاعلام بها، و قد يجتمعان بأن يبيعه للاستصباح مع الاعلام بها، و عليه فدعوى اتحاد الشرطين مجازفه قوله و الذى ينبغى أن يقال: إنه لا إشكال فى وجوب الإعلام) أقول: ظاهر كلامه أنا إذا اعتبرنا الشرط السابق فى بيع الدهن المنتجس فلا مناص لنا عن القول بوجوب الاعلام بنجاسته، لتوقف قصد الاستصباح أو اشتراطه على العلم بها، و عدم انفكاك أحدهما عن الآخر. و فيه أن كلا من الأمرين مستقل بنفسه لا يرتبط بالآخر، نعم قد يجتمعان، لما عرفته من النسبه المذكوره.

إذا عرفت ذلك فاعلم، أنه ربما يقال: بأن الاعلام بنجاسه الدهن واجب شرطى للبيع، لقوله «ع» فى روايه أبى بصير: (و أعلمهم إذا بعته). و فيه أن ظهور الروايه فى ذلك

و إن كان لا ينكر، و لكن يجب رفع اليد عنه، لقوله «ع» في روايه إسماعيل: (أما الزيت فلا تبعه إلا لمن تبين له). و لقوله «ع» في روايه ابن وهب: (بعه و بينه لمن اشتراه ليستصيح به). إذ الأمر بالبيان فيها ظاهر في الوجوب النفسى، و لا يجوز المصير إلى إرادته الوجوب الشرطى منه إلا بالقرينه، و هى هنا منتفيه. و هكذا الحال فى مطلق الأوامر.

على انا و إن قلنا بظهور الأمر بالبيان فى الوجوب الشرطى ابتداء، فإن روايه ابن وهب ظاهره فى الوجوب النفسى لوجهين: الأول ان الظاهر من قوله «ع» فيها: (بعه و بينه لمن اشتراه). ان الاعلام بالنجاسه إنما هو بعد وقوع البيع و تحققه كما يقتضيه التعبير بالماضى بقوله «ع» (لمن اشتراه). و من الواضح جدا ان البيان بعد البيع لا يكون من شرائطه إلا بنحو الشرط المتأخر، و هو فى نفسه و إن كان جائزا كما حقق فى علم الأصول، و لكن لم يقل به أحد فى المقام، و عليه فلا محيص عن إرادته الوجوب النفسى من الأمر بالبيان فى الروايه، إذ ليس فيها احتمال ثالث.

الثانى: أن الاستصباح قد جعل فيها غايه للبيان و فائده له، و ليس هذا إلا لبيان منفعه ذلك الدهن و مورد صرفه، لئلا يستعمل فيما هو مشروط بالطهاره، و إلا فلا ملازمه بينهما بوجه من الوجوه الشرعيه و العقليه و العاديه، و هذا المعنى كما ترى لا يناسب إلا الوجوب النفسى، و يختص وجوب الإعلام بصوره التسليم، فلا يجب مع عدمه، أو مع العلم بأن المشتري لا ينتفع به فى غير الاستصباح و نحوه مما هو غير مشروط بالطهاره، فتحصل أن بيع الدهن المتنجس مشروط بالإعلام، فيكون من صغريات ما ورد فى الحديث [١]: أن شرط الله قبل شركم، فلا يجوز البيع بدون الإعلام.

### **حرمه تغريب الجاهل و إلقاءه فى الحرام الواقعى**

قوله و يشير إلى هذه القاعده كثير من الأخبار. أقول: لما كان بيع الدهن المتنجس من المسلم قد يوجب إلقاءه فى الحرام الواقعى حكم بحرمته فى الشريعه المقدسه، فإنه يستفاد من مذاق الشارع حرمه إلقاء الغير فى الحرام الواقعى.

و يدل على صدق هذه الكبرى الكليه مضافا إلى ما ذكرناه من وجوب الإعلام ما ورد

فى الأخبار الكثره فى مواضع شتى الداله على حرمة تغرير الجاهل بالحكم أو الموضوع فى المحرمات.

منها ما دل [١] على حرمة الإفتاء بغير علم، و لحوق وزر العامل به للمفتى، فإن ثبوت ذلك عليه، و استحقاق العقوبه الإلهيه و المهلكه الأبدية إنما هو لوجهين: أحدهما: افتراءه على الله فهو بالضروره من المحرمات الذاتيه و المبعوضات الإلهيه، و قد توافق العقل و النقل على حرمة. و ثانيهما التغرير و التسبب و إلقاء المسلم فى الحرام الواقعى، و هو أيضا حرام فى الشريعه المقدسه.

و منها ما دل [٢] على ثبوت أوزار المأمومين و إثمهم على الإمام فى تقصير نشأ من تقصير الامام، فيدل على حرمة تغرير الجاهل بالحكم و إلقاءه فى الحرام الواقعى.

ص: ١١٤

و منها الروايات [١] المتضمنه لكراهه إطعام الأَطعمه و الأَشربه المحرمه للبهيمه، فقد استشعر منها المصنف حرمه ذلك بالنسبه إلى المكلف، فتكون مؤيده للمدعى.

و فيه أنا إذا قلنا بالتعدى عن مورد الروايات لثبتت الكراهه أو الكراهه المغلظه فى ذلك بالنسبه إلى المكلف بالأولويه القطعيه، و أما الحرمه فلا.

و منها ما دل [٢] على ضمان الإمام صلاه المأمومين إذا صلى بهم جنباً أو على غير طهر، و معنى الضمان هنا هو الحكم بوجوب الإعاده على الامام دون المأمومين، و تحمله كل وزر يحدث على المأمومين من جهه النقص إذا كان عالماً.

و منها ما دل [٣] على حرمه سقى الخمر للصبى و الكفار، و أن على الساقى كوزر من شربها،



و إذا كان التسبب و التغرير بالإضافه إلى الصبى و الكفار حراما فهو أولى بالحرمة فى غير الصبى و الكفار.

و منها الأخبار الآمره بإهراق المائعات المتنجسه، و سيأتى التعرض لها فى حكم الانتفاع بالمتنجس.

و منها الأخبار الداله على حرمة ارتكاب المحرمات، فإنه لا فرق فى إيجاد المحرم بين الإيجاد بالمباشره أو بالتسبب. و يؤيد ما ذكرناه ما ورد [١] فى جواز بيع العجين المتنجس من مستحل الميتة دون غيره. و ما ورد من الاخبار الداله على حرمة بيع المذكى المختلط بالميتة، و انه يرمى بهما إلى الكلاب، و قد تقدم ذكرها فى مبحث بيع الميتة، و ما يدل على جواز إطعام المرق المتنجس لأهل الذمه أو الكلاب، و قد تقدم ذلك أيضا فى المبحث المذكور.

قوله و يؤيده ان أكل الحرام و شربه من القبيح و لو فى حق الجاهل. أقول:

توضيح كلامه: ان الاحكام الواقعيه كما حقق فى محله ليست مقيده بعلم المكلفين، و إلا- لزم التصويب المستحيل أو الباطل، فالأحكام الواقعيه و ملاكاتها شامله لحالتي العلم و الجهل، ثم إن غرض الشارع من بعث المكلفين نحوها و تكليفهم بها ليس إلا امتثالها بالإتيان بالواجبات و ترك المحرمات، حتى لا يوجد ما هو مبغوض للشارع، و لا يترك ما هو مطلوب.

و نتيجة المقدمتين ان المكلف الملتفت كما يحرم عليه مخالفه التكاليف الإلزاميه من ارتكاب المحرمات و ترك الواجبات، فكذلك يحرم عليه التسبب إلى مخالفتها بإلقاء الجاهل فى الحرام الواقعي، لأن مناط الحرمة فى ذلك إنما هو تفويت غرض المولى بإيجاد المفسده و ترك المصلحه الملزمتين، و هذا المنط موجود فى كلتا صورتين، فالأدله الأوليه كما تقتضى حرمة

مخالفة التكليف الإلزامية بالمباشرة، فكذلك تقتضى حرمة مخالفتها بالتسيب.

و بعبارة أخرى قد ذكرنا فى علم الأصول فى الكلام على حديث الرفع: ان المرفوع عن المكلفين عند جهلهم بالتكليف الواقعيه ليس إلا- خصوص الإلزام الظاهرى و العقاب الذى تستلزمه مخالفه الواقع، و أما الأحكام الواقعيه و ملاكاتها فهى باقيه على حالها، و عليه فتغريير الجاهل بالأحكام الواقعيه و إن لم يوجب مخالفه المغرور التكليف الإلزاميه، إلا انه يوجب تفويت غرض الشارع فهو حرام، و مثال ذلك فى العرف ان المولى إذا نهى عبده عن الدخول عليه فى وقت خاص عينه لفراغه، فان نهيه هذا يشمل المباشرة و التسيب، و لذلك لو سبب أحد العبيد لدخول أحد على مولاه فى ذلك الوقت لصح عقابه، كما يصح عقابه لو دخل هو بنفسه لاتحاد الملا- ك فى كلتا صورتين بحكم الضروره و البديهيه، و مما ذكرناه ظهر لك ان فى تعبير المصنف تسامحا واضحا، فإنه أتى بلفظ القبيح بدل لفظ الحرمة، و من الضرورى ان القبيح يرتفع عند الجهل بالتكليف، و لا يلزمه ارتفاع الحرمة، اللهم إلا إذا أراد بالقبيح الحرمة، و لكنه لا يرفع التسامح.

ثم إن الوجوه المتقدمه إنما تقتضى حرمة تغريير الجاهل بالأحكام الواقعيه فيما إذا كان المغرور فى معرض الارتكاب للحرام، و إلا- فلا موضوع للإغراء، و يترتب على ذلك تقييد وجوب الإعلام فى بيع الدهن المتنجس بذلك أيضا، فإنه إنما يجب فيما إذا كان المشتري فى معرض الانتفاع به فيما هو مشروط بالطهاره، و إلا فلا دليل على وجوبه.

قوله بل قد يقال: بوجوب الاعلام و إن لم يكن منه تسيب. أقول: قد عرفت بما لا- مزيد عليه حرمة إلقاء الجاهل فى الحرام الواقعي، و أما لو ارتكبه الجاهل بنفسه من دون تغريير و لا- تسيب من الغير، فهل يجب على العالم بالواقع إعلامه بالحال؟ فيه وجهان:

فعن العلامة (ره) فى أجوبه المسائل المهنايه التصريح بوجوب الاعلام، حيث سأله السيد المهنا عن رأى فى ثوب المصلى نجاسه؟ فأجاب بأنه يجب الاعلام لوجوب النهى عن المنكر.

و لكن يرد عليه أن أدله وجوب النهى عن المنكر مختصه بما إذا كان صدور الفعل من الفاعل منكرا، و فى المقام ليس كذلك، لأننا قد فرضنا جهل الفاعل بالواقع.

و قد يقال: بعدم الوجوب فى غير موارد التسيب، لروايه ابن بكير [١] فإنها صريحه

فى عدم وجوب الإعلام بنجاسه ثوب المصلى. و فى ان الروايه أجنبيه عما نحن فىه، لان عدم وجوب الإعلام بالنجاسه إنما هو لأن الطهاره الخبيثه ليست من الشرائط الواقعيه للصلاه، و إنما هى من الشرائط العلميه، لأن تنبيه الجاهل و إعلامه ليس بواجب على العالم، و يرشدك الى ذلك ان الروايه مختصه بصوره الجهل، و لا تشمل صوره النسيان.

نعم يمكن الاستدلال عليه على وجه الإطلاق بخبرين آخرين، الأول: خبر محمد بن مسلم [١] فإن الإمام «ع» نهى فيه عن الاعلام بالدم فى ثوب المصلى، و (قال: لا يؤذنه حتى ينصرف) من صلاه. و لا يرد عليه الاشكال المتقدم فى روايه ابن بكير، فقد عرفت أن مورد السؤال فيها مختص بصوره الجهل بالواقع فقط، و هذا بخلاف مورد السؤال فى هذه الروايه فإنه مطلق يشمل صورتى الجهل و النسيان، و من الواضح ان الطهاره الخبيثه فى صوره النسيان من الشرائط الواقعيه للصلاه.

الثانى: خبر عبد الله بن سنان [٢] فإنه صريح فى عدم وجوب الاعلام فى صوره الجهل فى غير الصلاه أيضا، و فى هذا الخبر كفايه و إن لم يسلم الخبر السابق من الاشكال المذكور و مع الإغضاء عما ذكرناه فالمرجع فى المقام هو أصاله البراءه، إذ ليس هنا ما يدل على وجوب الاعلام، لنخرج به عن حكم الأصل.

ثم ان هذا كله إذا لم يكن ما يرتكبه الجاهل من الأمور التى اهتم الشارع بحفظها من كل احد كالدماء و الفروج و الأحكام الكليه الإلهيه، كما إذا اعتقد الجاهل ان زيدا مهدور الدم شرعا، فتصدى لقتله و هو محترم الدم فى الواقع أو اعتقد ان امرأه يجوز له نكاحها فأراد التزويج بها، و كانت فى الواقع محرمة عليه، أو غير ذلك من الموارد، فإنه يجب على الملتفت إعلام الجاهل فى أمثال ذلك، لكى لا يقع فى المحذور، بل تجب مدافعتة لو شرع فى العمل و ان كان فعله من غير شعور و التفات، و اما فى غير تلك الموارد فلا دليل عليه، بل ربما لا يحسن لكونه إيذاء للمؤمن.

قوله و الحاصل: ان هنا أمورا أربعة). أقول: ملخص كلامه: ان إلقاء الغير فى الحرام الواقعى على أربعة أقسام، الأول: ان يكون فعل احد الشخصين عله تامه لصدور

الحرام من الآخر، كإكراه الغير على الحرام، وهذا مما لا إشكال في حرمة على المكروه بالكسر، وثبوت وزر الحرام عليه، الثاني: أن يكون فعل أحدهما سببا لصدور الحرام من الآخر، كإطعام الشيء المحرم للجاهل بحرمة و هذا أيضا مما لا إشكال في حرمة، فان استناد الفعل إلى السبب أولى من استناده إلى المباشر، فتكون نسبة الحرام إلى السبب أولى، كما يستقر الضمان أيضا على السبب دون المباشر في موارد الإلتلاف.

و من هذا القبيل ما نحن فيه أعنى بيع الدهن المتنجس ممن لا يعلم بنجاسته من دون بيان.

الثالث: أن يكون فعل أحدهما شرطا لصدور الحرام من الآخر، وهذا على وجهين: لأن عمل الشخص الأول تاره يكون من قبيل إيجاد الداعي للثاني على المعصية، سواء كان باثاره الرغبة إلى الحرام في نفس الفاعل بالتحريض و التوصيف و نحوهما، أو بإيجاد العناد في قلبه، كسب آله الكفار الموجب لالقائهم في سب الحق عنادا، و اخرى يكون من قبيل إيجاد مقدمه من مقدمات الحرام غير إيجاد الداعي كبيع العنب ممن يعلم أنه يجعله خمرا. الرابع:

أن يكون من قبيل رفع المانع، و هو أيضا على وجهين: لأن حرمة العمل الصادر من الفاعل إما أن تكون فعليه على أى تقدير، كسكوت الشخص عن المنع من المنكر، و لا إشكال في حرمة السكوت إذا اجتمعت شرائط النهى عن المنكر، و إما أن تكون غير فعليه على تقدير وجود المانع، كسكوت الملتفت إلى الحرام عن منع الجاهل الذى يريد أن يرتكبه، فان الجاهل ما لم يلتفت إلى الحرام لا- يكون ارتكابه محرما ليجتمع سكوت الملتفت عن المنع مع الحرمة الفعلية، كما فيما نحن فيه، و هذا الأخير إن كان من الأمور المهمة في نظر الشارع حرم السكوت، و وجب رفع الحرام، و إلا ففيه إشكال.

أقول: هذا التقسيم الذى أفاده المصنف (ره) لا- يرجع إلى محصل، مضافا إلى جريه في إطلاق العله و المعلول على غير ما هو المصطلح فيهما، و المناسب في المقام تقسيم إلقاء الغير في الحرام الواقعى على نحو يمكن تطبيقه على القواعد، و استفاده حكمه من الروايات.

فنقول: إن الكلام قد يقع في بيان الأحكام الواقعية، و قد يقع في إضافة فعل أحد الشخصين إلى الشخص الآخر من حيث العلية أو السببية أو الداعوية، أما الأول فقد يكون الكلام في الأحكام الكلية الإلهية، و قد يكون في الأحكام الجزئية المترتبة على الموضوعات الشخصية.

أما الأحكام الكلية الإلهية فلا ريب في وجوب إعلام الجاهل بها، لوجوب تبليغ الأحكام الشرعية على الناس جيلا بعد جيل إلى يوم القيامة، و قد دلت عليه آية النفر [١]

و الروايات (١) الواردة في بذل العلم و تعليمه و تعلمه.

و أما الأحكام الجزئية المترتبة على الموضوعات الشخصية فان لم نقل بوجود الدليل على نفى وجوب الإعلام-كالرواية المتقدمة الداله على صحة الصلاه فى الثوب النجس جهلا، و أنه لا يجب على المعير إعلام المستعير بالنجاسه-فلا ريب فى عدم الدليل على وجوبه، و على هذا فلو رأى أحد نجاسه فى طعام الغير فإنه لا يجب عليه إعلامه، كما أنه لا يجب تنبيه المصلى إذا صلى بالطهاره الترابيه مع الغفله عن وجود الماء عنده، إلا إذا كان ما ارتكبه الجاهل من الأمور المهمه، فإنه يجب إعلام الجاهل بها كما عرفت.

و أما الثانى: (أعنى إضافه فعل أحد الشخصين إلى الشخص الآخر) فقد يكون فعل أحد الشخصين سببا لوقوع الآخر فى الحرام، و اخرى لا يكون كذلك، أما الأول: فلا شبهه فى حرمة، كما كراه الغير على الحرام، و قد جعله المصنف من قبيل العله و المعلول، و الدليل على حرمة هى الأدله الأوليه الداله على حرمة المحرمات، فان العرف لا يفرق فى إيجاد مبعوض المولى بين المباشره و التسيب.

و أما الثانى: فإن كان الفعل داعيا إلى إلى إيجاد الحرام كان حراما، فإنه نحو من إيقاع الغير فى الحرام، و مثاله تقديم الطعام المتنجس أو النجس أو المحرم من غير جهه النجاسه إلى الجاهل ليأكله، أو توصيف الخمر بأوصاف مشقوقه ليشربها، و من هذا القبيل بيع الدهن المتنجس من دون إعلام بالنجاسه، و سب آلهه المشركين الموجب للجرأه على سب الإله الحق، و سب آباء الناس الموجب لسب أبيه، و قد جعل المصنف بعض هذه الأمثله من قبيل السبب، و بعضها من قبيل الشرط، و بعضها من قبيل الداعى، و لكنه لم يجر فى جعله هذا على المنهج الصحيح و قد أشير إلى حرمة التسيب إلى الحرام فى بعض الآيات [١] و الروايات [٢]

ص: ١٢٢

و إن لم يكن الفعل داعيا إلى الحرام فاما أن يكون مقدمه له، و إما أن لا يكون كذلك أما الأول: فكإعطاء العصا لمن أراد ضرب اليتيم، فإن إعطائه و إن كان مقدمه للحرام، إلا- أنه ليس بداع إليه، و الحكم بحرمة يتوقف على أمرين، الأول: كونه إعانه على الإثم، و الثانى: ثبوت حرمة الإعانه على الإثم فى الشريعة المقدسه، و سيأتى الكلام على ذلك فى مبحث بيع العنب ممن يجعله خمرا.

و أما الثانى: فكمن ارتكب المحرمات و هو بمرأى من الناس، فإن رؤيتهم له عند الارتكاب ليست مقدمه لفعل الحرام، نعم لا بأس بإدخاله تحت عنوان النهى عن المنكر فيجب النهى عنه إذا اجتمعت شرائطه.

لا- يخفى أن فى كلام المصنف تهافتا واضحا، حيث جعل ما نحن فيه تاره من القسم الثانى، و اخرى من القسم الرابع، و يمكن توجيهه بوجهين، الأول: أن يراد بالفرض الذى أدخله فى القسم الثانى هو فرض الدهن المتنجس، فإن إعطائه للغير لا يخلو عن التسبب إلى الحرام الذى سيق هذا القسم لبيان حكمه، و أن يراد بالفرض الذى جعله من القسم الرابع هو فرض الثوب المتنجس، كما تقدم فى مسأله السيد المهنا عن العلامة عمن رأى فى ثوب المصلى النجاسه، فإن القسم الرابع لم يفرض فيه كون فعل شخص سببا لصدور الحرام من الشخص الآخر، بل المفروض فيه كونه من قبيل عدم المانع كسكوت العالم عن إعلام الجاهل، و لا- شبهه فى مناسبه الثوب المتنجس لذلك. الوجه الثانى: أن يراد من كلامه الدهن المتنجس فى كلا الموردین مع الالتزام فيهما باختلاف الجهتين، بأن يكون الملحوظ فى القسم الثانى كونه تسببا لإيقاع الجاهل فى الحرام، و الملحوظ فى إلحاقه بالقسم الرابع هو الحرمة النفسية مع قطع النظر عن التسبب.

قوله ثم إن بعضهم استدل على وجوب الإعلام بأن النجاسه عيب خفى فيجب إظهارها. أقول: أشكل عليه المصنف (ره) بوجهين، الأول: (أن وجوب الإعلام على القول به ليس مختصا بالمعاوضات، بل يشمل مثل الإباحه و الهبه من المجانيات). و الثانى:

(أن كون النجاسه عيبا ليس إلا لكونه منكرا واقعا و قبيحا، فإن ثبت ذلك حرم الإلقاء فيه مع قطع النظر عن مسأله وجوب إظهار العيب، و إلا لم يكن عيبا فتأمل).

أقول: إن ما أفاده أولا و إن كان وجيها، إلا أن الثانى غير وجيه، فإن النجاسه.

لا- ينكر كونها عيبا فى الأعيان النجسه و المتنجسه. سواء كانت من القبائح الواقعيه أم لم تكن بل ربما يوجب جهل المشتري بها تضرره، كما إذا اشترى الدهن المتنجس مع جهله بنجاسته و مزجه بدهنه الطاهر، ثم اطلع عليها، و لعله لذلك أمر بالتأمل.

و الذى يسهل الخطب أنه لا دليل على وجوب إظهار العيب الخفى فى المعاملات، و إنما الحرام هو غش المؤمن فيها، كما سيأتى فى البحث عن حرمة الغش، و عليه فالعيب الخفى إن استلزم الغش فى المعاملات و جب رفع الغش، و إلا فلا دليل على وجوبه، و من المعلوم أن رفع الغش هنا لا ينحصر بإظهار العيب الخفى، بل يحصل بالتبرى عن العيوب، أو باشتراط صرفه فيما هو مشروط بالطهاره، و من هنا يعلم أنه لا وجه لتوهم: أن النجاسه عيب خفى و جب إظهارها حتى لا يكون غشا للمسلم.

ثم إن وجوب الإعلام بالنجاسه فيما إذا كان المشتري مسلما مباليا فى أمر الطهاره و النجاسه و أما إذا كان كافرا أو مسلما غير مبال فى الدين فلا يجب الإعلام، لكونه لغوا، و إن كان الجميع مكلفين بالفروع كتكليفهم بالأصول.

### جواز استصباح الدهن المتنجس تحت الظلال

قوله الثالث: المشهور بين الأصحاب وجوب كون الاستصباح تحت السماء. أقول:

المشهور بين الأصحاب هو جواز الاستصباح بالدهن المتنجس على وجه الإطلاق، و ذهب بعضهم إلى جواز الإسراج به تحت السماء، و ذهب المشهور من العامه (1) إلى جواز الاستصباح به فى غير المسجد ففى أطعمه السرائر: و قال شيخنا أبو جعفر فى مبسوط فى كتاب الأَطعمه: روى أصحابنا أنه يستصبح به تحت السماء دون السقف، و هذا يدل على أن دخانه نجس غير أن عندى أن هذا مكروه، إلى أن قال: و أما ما يقطع بنجاسته فقال قوم: دخانه نجس، و هو الذى دل عليه الخير الذى قدمناه من روايه أصحابنا. و قال آخرون- و هو الأقوى-: إنه ليس بنجس و قال ابن إدريس بعده: و لا- يجوز الاستصباح به تحت الظلال لأجل التعبد. ثم قال: و لا يجوز الإدهان به و لا استعماله فى شىء من الأشياء سوى الاستصباح به تحت السماء، ثم قال: ما ذهب أحد من أصحابنا إلى أن الاستصباح به تحت الظلال مكروه، بل محظور بغير خلاف بينهم، و قول شيخنا أبى جعفر محجوج بقوله فى جميع كتبه إلا ما ذكره هنا، فالأخذ بقوله و قول أصحابنا أولى من الأخذ بقوله المتفرد من أقوال أصحابنا.

ص: ١٢٤

أقول: إن الروايات و إن استفاضت من الفريقين على جواز إسراج الدهن المتنجس إلا أنها خالية عن ذكر الاستصباح به تحت السماء فقط، و ستأتى الإشارة إلى هذه الروايات المستفيضة فى البحث عن جواز الانتفاع بالمتنجس. نعم استدل على ذلك بوجوه: الأول دعوى غير واحد من أعاضم الأصحاب الإجماع عليه. و فيه أن دعواه فى المقام مجازفه لمخالفه جمله من الأعاضم كالشيخ و العلامه و غيرهما، على أن الإجماع التعبدى هنا ممنوع لاحتمال استناد المجمعين إلى الوجوه المذكوره فى المسأله.

الثانى: الشهره الفتوائيه. و فيه أنها و إن كانت مسلمه إلا أنها ليست بحجه.

الثالث: مرسله الشيخ المتقدمه، المنجبر ضعفها بعمل المشهور، و هى صريحه فى كون الإسراج به تحت السماء.

و فيه أن من المظنون أنها صدرت من سهو القلم، فإن أصحاب الحديث لم ينقلوها فى أصولهم حتى الشيخ بنفسه فى تهذيبه، و ظاهره قوله (ره): (روى أصحابنا: أنه يستصبح به تحت السماء) يقتضى كون الروايه مشهوره فى المقام، فلا وثوق بوجود الروايه المذكوره نعم لو كانت العبارة أنه (روى: أنه يستصبح به تحت السماء) كانت حينئذ روايه مرسله.

و إذا سلمنا كون العبارة المذكوره روايه مرسله، فإن العمل بها لا- يجوز للإرسال، و توهم انجبارها بعمل المشهور بها ممنوع صغرى و كبرى، كما هو واضح، خصوصا مع مخالفه الشيخ (ره)، فإنه حملها على الكراهه، و مخالفه العلامه (ره)، فإنه أعرض عنها، و جعل العله فى تحريم الإسراج به تحت الظلال هى حرمة تنجيس السقف، قال فى المختلف (1):

(نعم لو كان صعود بعض الأجزاء الدهنيه بواسطه الحراره موجبا لتنجس السقف فلا يجوز الاستصباح به تحت الظلال، و إلا فيجوز مطلقا).

الرابع: ما نقلناه عن العلامه من أن الاستصباح به تحت الظلال يوجب تنجيس السقف لتصاعد بعض الأجزاء الدهنيه قبل إحاله النار إياه إلى أن تلاقى السقف، فهو حرام.

و لكن يرد عليه أولا: أن دخان النجس كرماده ليس بنجس للاستحاله، و مجرد احتمال صعود الأجزاء الدهنيه إلى السقف قبل الاستحاله لا يمنع عن الإسراج به تحت الظلال لكونه مشكوكا.

و ثانيا: أن الدليل أخص من المدعى، لأن الدخان قد لا يؤثر فى السقف، إما لعلوه، أو لقله الزمان، أو لخروجه من الأطراف، أو لعدم وجود دخان فيه.

و ثالثا: إذا سلمنا جميع ذلك فلا دليل على حرمة تنجيس السقف، نعم لا يجوز تنجيسه فى

ص: ١٢٥



المساجد و المشاهد، و عليه فلا- وجه للمنع عن الاستصباح به تحت السقف من جهة حرمة تنجيسه قوله لكن الأخبار المتقدمه على كثرتها. أقول: محصل كلامه: أن المطلقات حيث كانت متظافره، و وارده في مقام البيان فهي آيبه عن التقييد، و لو سلمنا جواز تقييدها إلا انه ليس في المقام ما يوجب التقييد عدا مرسله الشيخ، و هي غير صالحه لذلك، لأن تقييد المطلقات بها يتوقف على ورودها للتعبد، أو لحرمة تنجيس السقف، كما فهمها الشيخ، و كلا الوجهين بعيد، فلا بد من حمل المرسله على الإرشاد إلى عدم تنجيس السقف بالدخان.

و فيه أن غايه ما يترتب على كون المطلقات متظافره أن تكون مقطوعه الصدور لا مقطوعه الدلاله، و إذن فلا مانع عن التقييد، إذ هي لا تزيد على مطلقات الكتاب القابله للتقييد حتى بالأخبار الآحاد، و أوهن من ذلك دعوى إبانها عن التقييد من جهة ورودها في مقام البيان فان ورودها في مقام البيان مقوم لحجيتها، و من الواضح أن مرتبه التقييد متأخره عن مرتبه الحجيه في المطلق، و نسبه حجيته إلى التقييد كنسبه الموضوع إلى الحكم، و لا يكون الموضوع مانعا عن ترتب الحكم عليه.

و أما ما ذكره من أن المرسله غير صالحه لتقييد المطلقات ففيه أنه بناء على جواز العمل بها و انجبار ضعفها بعمل المشهور لا مانع من حملها على التعبد المحض فتصلح حينئذ لتقييد المطلقات، و مجرد الاستبعاد لا يكون مانعا عن ذلك، و إنما الإشكال في أصل وجود المرسله كما تقدم.

و أما تقييد المطلقات بها من جهة أن المرسله تدل على حرمة تنجيس السقف فبعيد غايته.

قوله لكن لو سلم الانجبار. أقول: قد أشار به إلى أنها غير منجبره بشيء، كما أشرنا إليه، لأن الشهره إنما تجبر الخبر الضعيف إذا علم استنادها إليه، و من المحتمل أن تكون فتوى المشهور بعدم جواز الإسراج به تحت السقف مستنده إلى ما ذهب إليه العلامة من حرمة تنجيس السقف، لا إلى المرسله المذكوره.

قوله و لو رجع إلى أصاله البراءه حينئذ لم يكن إلا- بعيدا عن الاحتياط و جرأه على مخالفه المشهور. أقول: لا يكون البعد عن الاحتياط مانعا عن الرجوع إلى البراءه في شيء من الموارد، و أما الجرأه على خلاف المشهور فلا محذور فيها لأن الشهره ليست بحجه.

غير الاستصباح

قوله هل يجوز الانتفاع بهذا الدهن في غير الاستصباح؟. أقول: حاصل كلامه:

أنه حيث إن جواز الانتفاع بالدهن المتنجس في غير الاستصباح لم ترد فيه إلا روايه ضعيفه في جعله صابونا، فلا بد من الرجوع فيه إلى القواعد. ثم قرب الجواز. و عن الحنفية [١] التصريح بذلك.

و قد يتوهم عدم جواز استعماله في غير الاستصباح مطلقا استنادا إلى روايه قرب الاسناد [٢] الداله على عدم جواز التدهن به. و لكن الروايه ضعيفه السند.

لا يقال: إن هذه الروايه لا يجوز العمل بها و إن كانت صحيحه، لأنها غير معمول بها بين الأصحاب، لفتواهم بجواز الانتفاع بالدهن المتنجس في غير الاستصباح أيضا. فإنه يقال قد ذكرنا في علم الأصول: أن إعراض المشهور عن الروايه الصحيحه لا يوجب الوهن فيها و قد أشرنا إليه في الكلام على روايه تحف العقول.

لا يقال: إن هذه الروايه مجمله لا تفي بإثبات المقصود فإنه يحتمل أن يكون قوله «ع»:

(لا تدهن به) من باب الافتعال بالتشديد، فيكون دالا على عدم جواز تنجيس البدن، أو من باب الإفعال، فلا يمكن الاستناد إليها في عدم جواز الاستعمال مطلقا. فإنه يقال:

إن ظاهر الروايه هو النهى عن طلبى البدن بالدهن المتنجس، و من الواضح أن الأدهان من الإفعال بمعنى الخدعه، و أن الذى بمعنى الطلى هو من باب الافتعال.

و الذى ينبغى أن يقال: إن جواز الانتفاع بهذا الدهن في غير الموارد المنصوصه و عدم جوازه مبنى على تحقيق الأصل في الانتفاع بالمتنجس، فهل الأصل يقتضى جواز ذلك أو حرمة حتى يخرج الخارج بالدليل؟ فذهب جمع من الأصحاب إلى الثانى، و قال جمع من المتأخرين: بالأول، و هو الأقوى، و هو مقتضى أصاله البراءه الثابته بالأدله المستفيضه، و يدل هذا الأصل على إباحه ما لم يرد فيه نهى و حليته، و من البين أن الانتفاع بالمتنجس في

غير ما هو مشروط بالطهاره من صغريات ذلك.

قوله و قاعده حل الانتفاع بما فى الأرض. أقول: لا وجه لهذه القاعده إلا قوله تعالى [١] هُوَ الَّذِي خَلَقَ لَكُمْ مَا فِي الْأَرْضِ جَمِيعاً .

و لكن الآيه ليست بداله على جواز الانتفاع بجميع ما فى الأرض ليكون الانتفاع بالمتنجس من صغرياته، بل هى إما ناظره إلى بيان أن الغايه القصوى من خلق الأجرام الأرضيه و ما فيها ليس إلا خلق البشر و تربيته و تكريمه، و أما غير البشر فقد خلقه الله تعالى تبعاً لخلق الإنسان و مقدمه له، و من البديهى أن هذا المعنى لا ينافى تحليل بعض المنافع عليه دون بعض.

و إما ناظره إلى أن خلق تلك الأجرام و تكوينها على الهيئات الخاصه و الاشكال المختلفه و الأنواع المتشتمه من الجبال و الأودية و الأشجار و الحيوانات على أنواعها، و أنحاء المخلوقات من النامى و غيره، لبيان طرق الاستدلال على وجود الصانع و توحيد ذاته و صفاته و فعاله و على إتقان فعله و علو صنعه و كمال قدرته و سعه علمه، إذن فتكون اللام للانتفاع، فإنه أى منفعه أعظم من تكميل البشر، و لعل هذا هو المقصود من قوله «ع» فى دعاء الصباح:

(يا من دل على ذاته بذاته).

### الأصل جواز الانتفاع بالمتنجس

قوله و لا حاكم عليها سوى ما يتخيل) أقول: قد استدل على حرمة الانتفاع بمطلق المتنجس بجمله من الآيات و الروايات.

اما الآيات فمنها قوله تعالى (١): (يا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا إِنَّمَا الْخَمْرُ وَالْمَيْسِرُ وَ الْأَنْصَابُ وَ الْأَزْلَامُ رِجْسٌ مِنْ عَمَلِ الشَّيْطَانِ فَاجْتَنِبُوهُ) فان المتنجس رجس فيجب الاجتناب عنه.

و فيه ان الرجس و إن أطلق على الأعيان النجسه كثيرا، كما أطلق على الكلب فى صحيحه البقباق [٢] إلا ان الآيه لا ترتبط بالمدعى لوجوه، الأول: ان الظاهر من الرجس

ص: ١٢٨

هى الأشياء التى يحكم عليها بالنجاسه بعناوينها الأولى، فيختص بالأعيان النجسه، و لا يشمل الأعيان المتنجسه، لأن النجاسه فيها من الأمور العرضيه.

الثانى: أن الرجس فى الآيه لإيراد منه القذاره الظاهريه لكى ينازع فى اختصاصه بالأعيان النجسه، أو شموله الأعيان المتنجسه أيضا. بل المراد منه القذاره المعنويه: أى الحسه الموجوده فى الأمور المذكوره فى الآيه، سواء كانت قدره بالقذاره الحسيه أيضا أم لم تكن، و الذى يدل على ذلك من الآيه إطلاق الرجس على الميسر و الأنصاب و الأزلام، فان من البديهي أن قذاره هذه الأشياء ليست ظاهريه، و لا شبهه فى صحه إطلاق الرجس فى اللغه [١] على ما يشمل القذاره الباطنيه أيضا، و عليه فالآيه إنما تدل على وجوب الاجتناب عن كل قذر بالقذاره الباطنيه التى يعبر عنها فى لغه الفرس بلفظ (بليد) فتكون المتنجسات خارجه عنها جزما.

الثالث: أن جعل المذكورات فى الآيه من عمل الشيطان، إما من جهه كون الأفعال المتعلقة بالخمير و الأنصاب و الأزلام رجسا من عمل الشيطان، كما يشير اليه قوله تعالى [٢]:

(إِنَّمَا يُرِيدُ الشَّيْطَانُ أَنْ يُوقِعَ بَيْنَكُمُ الْعِدَاوَةَ وَ الْبُغْضَاءَ فِي الْخَمْرِ وَ الْمَيْسِرِ وَ يَصِيدَكُمُ عَنِ الذِّكْرِ اللّهِ). فان الرجس قد يطلق على مطلق القبائح و المعاصي، و قد عرفت ذلك فى الهامش من القاموس و غيره.

و إما من جهه كون تلك الأمور نفسها من عمل الشيطان، فعلى الأول تكون الآيه داله

على وجوب الاجتناب عن كل عمل قبيح يصدق عليه أنه رجس، و أما ما لم يحرز قبحه فلا تشمله الآية، و على الثاني يكون موضوع الحكم فيها كل عين من الأعيان صدق عليها أنها من عمل الشيطان، و عليه فكل عين محرمة صدق هذا العنوان عليها تكون مشموله للآية و من الواضح أن الخمر من عمل الشيطان باعتبار صنعها، أو بلحاظ أن أصل تعليمها كان من الشيطان، و كذلك النصب بلحاظ جعلها صليبا، و الأزلام بلحاظ التقسيم، كالحظ و النصيب فى الزمن الحاضر المعبر عنه فى لغة الفارس بكلمه (بليط آزمايش بخت) و أما ما لا يصدق عليه ذلك و إن كان من الأعيان النجسه كالكلب و الخنزير فضلا عن المتنجسات فلا- تشمله الآية الرابع: إذا سلمنا شمول الآية للنجاسات و المتنجسات فلا دلالة فيها على حرمة الانتفاع بالمتنجس، فان الاجتناب عن الشيء إنما يكون بالاجتناب ما يناسب ذلك الشيء، فالاجتناب عن الخمر عباره عن ترك شربه إذا لم يدل دليل آخر على حرمة الانتفاع بها مطلقا، و الاجتناب عن النجاسات و المتنجسات عباره عن ترك استعمالها فيما يناسبها، و من القمار عن ترك اللعب، و من الأمهات و البنات و الأخوات و الحالات و بقيه المحارم عباره عن ترك تزويجهن، كما أن الاجتناب عن المسجد هو ترك العباده فيه، و الاجتناب عن العالم ترك السؤال عنه، و الاجتناب عن التاجر ترك المعامله معه، و الاجتناب عن أهل الفسوق ترك معاشرتهم و هكذا و على الجملة نسبه الاجتناب إلى ما يجب الاجتناب عنه تختلف باختلاف الموارد، و ليست فى جميعها على نسق واحد، و عليه فلا دلالة فى الآية على حرمة الانتفاع بالمتنجس مطلقا، بل الأمر فى ذلك موقوف على ورود دليل خاص يدل على وجوب الاجتناب مطلقا.

قوله مع أنه لو عم التنجيس لزم أن يخرج عنه أكثر الأفراد. أقول: لا- يلزم من خروج المتنجسات كلها من الآية تخصيص الأكثر فضلا عما إذا كان الخارج بعضها، فان الخارج منها عنوان واحد ينطبق على جميع أفراد المتنجس انطباق الكلى على أفراده نعم لو كان الخارج من عموم الآية كل فرد فرد من أفراده للزم المحذور المذكور.

و منها قوله تعالى (١): (وَ الرَّجْزَ فَمَا هُجِرَ). بناء على شمول الرجز للأعيان النجسه و المتنجسه، و قد ظهر الجواب عنها من كلامنا على الآية السابقه، ثم إن نسبه الهجر إلى الأعيان الخارجيه لا تصح إلا بالعايه و المجاز، بخلاف نسبه إلى الأعمال، فإنها على نحو الحقيقه، و عليه فالمراد من الآية خصوص الهجر عن الأعمال القبيحه و الأفعال المحرمه، و لا تشمل الأعيان المحرمه.

و يحتمل أن يراد من الرجز العذاب، كما فى قوله تعالى (٢): (فَأَنْزَلْنَا عَلَى الَّذِينَ ظَلَمُوا رِجْزًا مِنَ السَّمَاءِ)

ص: ١٣٠

١-١) سورة المدثر، آيه: ٥.

٢-٢) سورة البقره، آيه: ٥٦.

وقد صرح بذلك بعض أهل اللغة، كصاحب القاموس وغيره، وعلى هذا فالمراد من هجر العذاب هجر موجباته، كما أريد من المسارعة إلى المغفرة، ومن الاستباق إلى الخيرات المسارعة والاستباق إلى أسبابهما في آيتهما (١).

و منها قوله تعالى (٢): (وَ يُحَرِّمُ عَلَيْهِمُ الْخَبَائِثَ) بناء على صدق الخبائث على المتنجسات و حيث إن التحريم فى الآيه لم يقيد بجهه خاصه فهى تدل على عموم تحريم الانتفاع بالمتنجسات.

و أجاب عنها المصنف بأن المراد من التحريم خصوص حرمة الأكل بقرينه مقابلته بحليه الطيبات. و فيه أن مقتضى الإطلاق هو حرمة الانتفاع بالخبائث مطلقا، فتدل على حرمة الانتفاع بالمتنجس كذلك.

و الحق أن يقال: إن متعلق التحريم فى الآيه إنما هو العمل الخبيث و الفعل القبيح، فالمتنجس خارج عن مدلولها لانه من الأعيان. لا يقال: إذا أريد من الخبيث العمل القبيح و جب الالتزام بالتقدير، و هو خلاف الظاهر من الآيه.

فإنه يقال: إنما يلزم ذلك إذا لم يكن الخبيث بنفسه بمعنى العمل القبيح، و قد أثبتنا فى مبحث بيع الأبوال (٣) صحه إطلاقه عليه بدون عنايه، و خصوصا بقرينه قوله تعالى:

(وَ نَجِّنَاهُ مِنَ الْقَوَيْهِ الَّتِي كَانَتْ تَعْمَلُ الْخَبَائِثَ). فإن المراد من الخبائث فيها اللواط.

و أما الأخبار فهى كثيره: منها ما تقدم من روايه تحف العقول، حيث علل النهى فيها عن بيع وجوه النجس بأن (ذلك كله محرم أكله و شربه و إمساكه و جميع الثقلب فى ذلك حرام و محرم). فان الظاهر منها أن جميع الانتفاعات من المتنجس حرام، لكونه من وجوه النجس.

و فيه أولا: ما تقدم فى أول الكتاب من ضعف سند الروايه، و عدم انجباره بشيء.

و ثانيا: أن الظاهر من وجوه النجس هى الأعيان النجسه، فإن وجه الشئ هو عنوانه الاولى، فلا تشمل المتنجسات، لأنها ليست نجسه بعناوينها الاولى.

و منها روايه السكونى [١] الأمره بإهراق المرق المتنجس بموت الفاره فيه فتدل على حرمة

ص: ١٣١

١- ١) سورة آل عمران، آيه: ١٢٧ (وَ سَارِعُوا إِلَى مَغْفِرَةٍ مِنْ رَبِّكُمْ). سورة البقره آيه: ١٤٣ (فَاسْتَبِقُوا الْخَيْرَاتِ).

٢- ٢) سورة الأعراف، آيه: ١٥٦.

٣- ٣) ص ٣٩.

الانتفاع به، إذ لو لا- ذلك لجاز الانتفاع به بإطعامه الصبي و نحوه و بضميمه عدم القول بالفصل يتم المطلوب. و أجاب عنها المصنف بأن الأمر بالإهراق كناية عن خصوص حرمة الأكل. و فيه أن الظاهر من الأمر بالإهراق هو عدم جواز الانتفاع بالمرق مطلقاً، إلا أنها لا تدل على المدعى لخصوصيه المورد، فان المرق غير قابل للانتفاع به إلا في إطعام الصبي و نحوه بناء على ما هو الظاهر من جواز ذلك، و من الواضح أن ذلك إنما يكون عادة إذا كان المرق قليلاً، لا بمقدار القدر و نحوه.

و منها الأخبار [١] الدالة على أن الفأره إذا ماتت في السمن الجامد و نحوه و جب أن تطرح الفأره و ما يليها من السمن، لأنه لو جاز الانتفاع بالمنتجس لما أمر الإمام «ع» بطرحه، لإمكان الانتفاع به في غير ما هو مشروط بالطهارة، كتدهين السفن (١) و الأجر (٢) و نحوهما، فتدل على المدعى بضميمه عدم القول بالفصل بين أفراد المنتجسات و قد أجاب عنها المصنف بأن الطرح كناية عن حرمة الأكل فقط، فان الانتفاع بالاستصباح به جائز إجماعاً. و لكن يرد عليه ما تقدم من ظهور الأمر بالطرح في حرمة الانتفاع به مطلقاً، و أما الاستصباح به فإنما خرج بالنصوص الخاصة كما عرفت.

ص: ١٣٢

---

١- ١) السفن محرکه جلد خشن يجعل على قوائم السيوف.

٢- ٢) في المنجد: الجرب و هو داء يحدث في الجلد بثورا صغارها لها حكة شديده.

و الصحيح فى الجواب ما أشرنا إليه من أن الأمر بطرح ما تلى الفأره من السمن للإرشاد إلى عدم إمكان الانتفاع به بالاستصباح و نحوه لقلته، فتكون الروايه غريبه عن المقام.

و من هنا ظهر ما فى روايه زكريا بن آدم [١] التى تدل على إهراق المرق المتنجس، فإن الأمر بالهراقه فيها إرشاد إلى ما ذكرناه من قله نفعه، مضافا إلى أنها ضعيفه السند.

و منها قوله «ع» فى روايتى سماعه و عمار [٢] الواردتين فى الإنائين المشتبهين: (يهريقها جميعا و يتيمم) فإن أمره «ع» بهراقه الإنائين مع إمكان الانتفاع بهما فى غير ما هو مشروط بالطهاره ظاهر فى حرمة الانتفاع بالماء المتنجس، و بضميمه عدم القول بالفصل بين أفراد المتنجسات يتم المطلوب.

و فيه أن خصوصيه المورد تقتضى كون الأمر بالإهراق إرشادا إلى مانعيه النجاسه عن الوضوء، ثم إذا سلمنا كون الأمر فيهما للمولويه التكليفيه فمن المحتمل القريب أن يكون الغرض من الأمر هو تميم موضوع جواز التيمم، لأن جوازه فى الشريعه المقدسه مقيد بفقدان الماء، و قبل إراقه الإنائين لا يتحقق عنوان فقدان لوجود الماء الطاهر عنده و إن لم يعرفه بعينه، و لذلك أفتى بعض الفقهاء بعدم جواز التيمم قبل إهراق الإنائين.

و منها الأخبار الوارده [٣] فى إهراق الماء المتنجس، فإنه لو لا حرمة الانتفاع به فى



غير ما هو مشروط بالطهاره لم يؤمر بذلك، وفيه أولا- ما عرفت من أن خصوصيه المورد تقتضى ذلك، لقله نفعه فى العاده. و  
ثانيا: أن الأمر بالهراقه فى تلك الأخبار إرشاد إلى عدم جواز التوضى من ذلك الماء للنجاسه المشتبهه، ولا يجوز التعدى من  
موردها إلى غيره من الاستعمالات إلا إذا كان مشروطا بالطهاره، و إذن فلا دلالة فيها على المطلوب أيضا.

و منها الأخبار المستفيضه عند الخاصه [١] و العامه [٢] الوارده فى استصباح الدهن المتنجس، فإنها ظاهره فى أن الانتفاع به منحصر  
فى الإسراج، فإنه لو جاز الانتفاع به فى غيره أيضا لتعرض له الامام «ع» فيها أو فى غيرها.

و فيه أن وجه التخصيص أن النفع الظاهر للدهن هو الا- كل و الإسراج فقط، فإذا حرم أكله للتنجس اختص الانتفاع به  
بالإسراج، فلذا لم يتعرض الامام «ع» لغير الاستصباح، و إذن فلا دلالة فيها أيضا على المدعى.

على أنه قد ورد فى بعض الروايات جواز الانتفاع به بغير الاستصباح، كقوله «ع» فى روايه قرب الاسناد [٣]: (و لكن ينتفع به كسراج  
و نحوه). و كقوله على «ع» المروى

عنه بطرق شتى [١]: (الزيت خاصه يبيعه لمن يعلمه صابونا). فان الظاهر أنه لا خصوصيه للمورد فيهما، و نتيجة التعدى عنه هو جواز الانتفاع بكل منتجس بجميع الانتفاعات المحلله.

بل ورد فى أحاديث العامه [٢] جواز الانتفاع به مطلقا من غير تقييد بنوع خاص من المنافع و قد يخطر بالبال أن الأمر فى الروايات بخصوص الاستصباح دون غيره إنما هو فيما لا- يتمكن الإنسان من الانتفاع به بغير الاستصباح و لو فى الوجوه النادره من المنافع، و إلا فلا خصوصيه للتقييد بالاستصباح، كما لا خصوصيه للتقييد بجعله صابونا، و لذا جوز الامام «ع» أن ينتفع به بغيرهما أيضا فى روايه قرب الاسناد كما عرفت، و لكنها ضعيفه السند و قد يقال: بانعقاد الإجماع على حرمه الانتفاع بالمنتجس مطلقا، فيكون مقتضى الأصل هو حرمه الانتفاع به فى المقام. إلا- أن ذلك ممنوع، فإن الإجماع المنقول ممنوع الحجيه، و قد حققناه فى علم الأصول. على أن دعوى الإجماع فى المسأله موهونه بكثرة المخالفين فيهما

و أما الإجماع المحصل على ذلك فهو ممنوع التحقق أيضا.

و يضاف إلى ما ذكرناه كله أنه لا ظهور لعبارات الفقهاء المحتوية لنقله في ذلك المدعى، قال في الغنيه (١) بعد أن اشترط في البيع أن يكون مما ينتفع به منفعه محلله: (و قيدنا بكونها «المنفعة» مباحه تحفظا من المنافع المحرمه، و يدخل في ذلك كل نجس لا- يمكن تطهيره إلا- ما أخرجه الدليل من بيع الكلب المعلم للصيد، و الزيت النجس للاستصباح به تحت السماء، و هو إجماع الطائفه).

و هذه العبارة و إن كانت صريحه في نقل الإجماع، إلا أن الظاهر رجوعه إلى مطلع كلامه: أعنى حرمه بيع النجس، فلا دلالة فيها على حرمه الانتفاع بالمتنجس، و يحتمل قريبا أن يرجع إلى آخر كلامه: أعنى استثناء الكلب المعلم للصيد، و الزيت المتنجس للاستصباح من حرمه البيع.

و قال الشيخ في الخلاف (٢): (إذا مات الفأره في سمن أو زيت أو شيرج أو بزر نجس كله، و جاز الاستصباح به، و لا- يجوز أكله، و لا- الانتفاع به لغير الاستصباح). ثم ذكر المخالفين في المسألة من العامه و غيرهم إلى أن قال: (دليلنا إجماع الفرقه و أخبارهم).

و فيه أن محط كلامه إنما هو الدهن المتنجس فقط، فلو صح ما ادعاه من الإجماع لدل على حرمه الانتفاع به خاصه، لكونه هو المتيقن من مورد الإجماع، فلا- يشمل سائر المتنجسات و قد أجاب المصنف عما ادعاه الشيخ من الإجماع بأن (معقده ما وقع الخلاف فيه بينه و بين من ذكر من المخالفين، إذ فرق بين دعوى الإجماع على محل النزاع بعد تحريره و بين دعواه ابتداء على الاحكام المذكورات في عنوان المسألة، فإن الثاني يشمل الاحكام كلها، و الأول لا يشمل إلا الحكم الواقع مورد الخلاف، لانه الظاهر من قوله دليلنا إجماع الفرقه) و فيه أن ما أفاده و إن كان صحيحا بحسب الكبرى، إلا- أنه خلاف ما يظهر من كلام الشيخ (ره)، فان ظاهره دعوى الإجماع على جميع الأحكام المذكوره. فالصحيح في الجواب هو ما ذكرناه.

على أننا لو سلمنا قيام الإجماع على ذلك فلا نسلم كونه إجماعا تعبديا كاشفا عن رأى المعصوم «ع». إذ من المحتمل القريب جدا، بل المظنون عادة أن مدركه هو الوجوه المذكوره في المقام لحرمه الانتفاع بمطلق المتنجس.

قوله أن بل الصبغ و الحناء. أقول: الصبغ و الحناء ليسا من محمل النزاع هنا في شيء، و لم يتقدم لهما ذكر سابق، فلا ترى وجهها صحيحا لذكرهما.

ص: ١٣٦

١- (١) ص ٢ من البيع.

٢- (٢) ج ٢ ص ٢١٢.

قوله و مراده بالنص ما ورد من المنع عن الاستصباح بالدهن المتنجس تحت السقف).

أقول: قد عرفت عدم ورود النص بذلك.

قوله و الذى أظن و إن كان الظن لا يغنى لغيرى شيئاً. أقول: بل لا يغنيه أيضاً، لعدم كونه من الظنون المعتره، اللهم إلا أن يكون مراده من ذلك هو الظن الاطمئنانى، فيكون حجه له، لا لغيره.

قوله و الروايه إشاره إلى ما عن الراوندى فى كتاب النوادر. أقول: قد عرفت:

أنها روايه واحده نقلت بطرق ثلاثه، و لم يقع السؤال عن الشحم فى شىء منها، فما نقل فى المتن ناشئ عن سهو القلم.

قوله ثم لو قلنا بجواز البيع فى الدهن)، أقول: كما يصح الانتفاع بالمتنجس على وجه الإطلاق، فكذلك يصح بيعه للعمومات المقتضيه لذلك من قوله تعالى: (أَوْفُوا بِالْعُقُودِ، وَ أَحَلَّ اللَّهُ الْبَيْعَ، وَ تِجَارَةً عَن تَرَاضٍ) و عليه فلا نحتاج فى ذلك إلى التمسك بقوله «ع» فى روايه تحف العقول: (و كل شىء يكون لهم فيه الصلاح من جهه من الجهات فهذا كله حلال بيعه و شراؤه و إمساكه و استعماله) كما تمسك به المصنف هنا.

قوله و هذا هو الذى يقتضيه استصحاب الحكم قبل التنجيس)، أقول: إذا سلمنا جريان الاستصحاب فى الأحكام الكليه الإلهيه، و أغمضنا عن معارضته دائماً بأصالة عدم الجعل كما نقحناه فى الأصول، فلا نسلم جريانه فى المقام، لأن نمحل الكلام هو الجواز الوضعى بمعنى نفوذ البيع على تقدير وجوده، و عليه فاستصحاب الجواز بعد التنجس يكون من الاستصحاب التعليقى الذى لا نقول به.

قوله و أما قوله تعالى: فَأَجْتَبَاهُ، و قوله تعالى: وَ الرَّجَزَ فَاهْجُرْ. أقول: قد يتوهم أن إيراد المصنف (ره) الآيات المذكوره هنا لا يخلو من الاشتباه و سهو القلم، لأنه قد استدل بها فيما مضى على حرمه الانتفاع بالمتنجس، و كلامنا هنا مختص بجواز البيع فقط، و لكنه توهم فاسد، فان ذكر الآيات هنا ليس إلا- لدفع توهم الاستدلال بها على بطلان بيع المتنجس و القرينه على ذلك قوله (ره) فى مقام الجواب عنه: (فقد عرفت أنها لا تدل على حرمه الانتفاع بالمتنجس فضلا عن حرمه البيع).

قوله و أما مثل بيع الصابون المتنجس فلا يندفع الاشكال عنه. أقول: وجه عدم الاندفاع هو أن الثوب المغسول بالصابون المتنجس و إن كان يقبل الطهاره بالغسل، إلا- انه ليس معنى ذلك أن الصابون رجع إلى حاله يقبل معها الطهاره، فإن الأجزاء الصابونيه تنفصل عن الثوب بالغسل و إن كانت فى غايه النجاسه و الخبثه.

قوله بقى الكلام فى حكم نجس العين. أقول:الظاهر ان الأصل جواز الانتفاع بالأعيان النجسه أيضا إلا- ما خرج بالدليل كما اختاره بعض الأعظم و إن ذهب المشهور إلى حرمة الانتفاع بها، بل ادعى عليه الإجماع.

قال فى أول المكاسب من المراسم:التصرف فى الميتة و لحم الخنزير و شحمه و الدم و العذرة و الأبوال بيع و غيره حرام. و فى المكاسب المحظوره من النهايه. جميع النجاسات محرم التصرف فيها. و فى فصل ما يصح بيعه و ما لا يصح من المبسوط، نجس العين لا يجوز بيعه و لا إجارته و لا الانتفاع به و لا اقتناؤه بحال إجماعا إلا الكلب فان فيه خلافا، و على هذا النهج مذاهب فقهاء العامه [١].

و كيف كان فقد استدل على عدم الجواز بوجوه، منها الآيات المتقدمه من قوله تعالى (فَاجْتَنِبُوهُ) و قوله تعالى: (وَ الرُّجْزَ فَاهْجُرُوا) ، و قد عرفت الجواب عن ذلك آنفا.

و منها قوله تعالى (١): (حُرِّمَتْ عَلَيْكُمْ الْمَيْتَةُ وَ الدَّمُ وَ لَحْمُ الْخِنْزِيرِ). فان عموم التحريم فيها يقتضى حرمة الانتفاع بما ذكر فيها، و بعدم القول بالفصل بين أفراد النجس يتم المطلوب و فيه ان تحريم أى شىء إنما هو بحسب ما يناسبه من التصرفات، فما يناسب الميتة و الدم و لحم الخنزير إنما هو تحريم الأكل، لا جميع التصرفات، كما أن المناسب لتحريم الام و البنت

ص: ١٣٨

فى قوله تعالى (١): (حُرِّمَتْ عَلَيْكُمْ أُمَّهَاتُكُمْ وَبَنَاتُكُمْ) إنما هو تحريم النكاح فقط دون النظر و التكلم و منها ما أشار إليه المصنف بقوله و يدل عليه أيضا كلما دل من الأخبار و الإجماع على عدم جواز بيع نجس العين بناء على أن المنع من بيعه لا يكون إلا مع حرمة الانتفاع به) و لكننا لم نجد فيما تقدم، و لا فيما يأتي ما دل من الاخبار على عدم جواز بيع النجس بعنوانه فضلا عن كون المنع عن البيع من جهة عدم جواز الانتفاع به.

نعم تقدم فى مبحث بيع الميتة ما دل على حرمة الانتفاع بالميتة، إلا أنك عرفت هناك معارضتها بما دل على جواز الانتفاع بها، و أن الترجيح للروايات المجوزة، على أنا إذا أخذنا بالروايات المانعة فهى أخص من المدعى لأنها مختصة بالميتة، و موضوع كلامنا أعم منها و من سائر النجاسات.

نعم روايه تحف العقول صريحه فى المدعى، فان دلالة قوله «ع» فيها: (أو شىء من وجوه النجس فهذا كله حرام محرم لان ذلك كله منهى عن أكله و شربه و لبسه و ملكه و إمساكه و الثقلب فيه فجميع ثقلبه فى ذلك حرام)، صريحه لا تكاد تنكر و لا وجه لحملها على الإمساك و الثقلب لأجل الأكل و الشرب كما فى المتن، إلا أن الروايه لا يجوز الاعتماد عليها لضعف سندها و عدم انجبارها بعمل المشهور بها.

منها قوله «ع» (٢) فى دعائم الإسلام: (و ما كان محرما أصله منهيها عنه لم يجز بيعه و لا شراؤه) بدعى أن حرمة البيع فى الروايه قد عقلت على حرمة الشىء من أصله، فلا بد و أن يكون الانتفاع به محرما مطلقا، إذ لو جاز الانتفاع به لجاز بيعه لا ملازمه بينهما.

و فيه مضافا إلى ضعف السند فيها، أن المراد بالحرمة فى الروايه حرمة التصرفات المناسبه لذلك الشىء المحرم، لا حرمة جميع التصرفات، و عليه فلا- يستفاد منها حرمة جميع الانتفاعات على أنا لو سلمنا دلالتها على حرمة جميع التصرفات فغايه ما يستفاد منها: أن كلما لا- يجوز الانتفاع به بوجه فلا- يجوز بيعه، لا- أن كل ما لا يجوز بيعه فلا يجوز الانتفاع به، كما هو المدعى و مما ذكرناه تجلى ما فى النبوى المشهور المجعول: (إن الله إذا حرم على قوم شيئا حرم عليهم ثمنه) و بالجمله: أنا لم نجد آيه و لا روايه تدل على حرمة الانتفاع بنجس العين مطلقا إلا فى موارد خاصه كالخمر.

و منها الإجماع المدعى على حرمة الانتفاع بها، و تقريره بوجهين، الأول: دعوى الإجماع على حرمة بيعها، و بما أن حرمة البيع تستلزم حرمة الانتفاع للملازمه بينهما (و قد عرفت

ص: ١٣٩

(١-١) سورة النساء، آيه: ٢٣.

(٢-٢) قد تقدم فى ص ٢٢.

ذلك في الحاشية عن بعض العامة) فيكون الثاني أيضا موردا للإجماع.

و فيه منع الملازمه بين الحرمتين، لجواز كون النهى عن بيعه تعبدا محضاً، و عليه فإذا قام الإجماع على حرمه البيع فلا يمكن أن يستدل به على حرمه الانتفاع إلا بالحدس الظنى، و من الواضح أن الظن لا يغنى من الحق شيئاً، بل اللازم أن يقتصر من الإجماع على مورده المتيقن من دون أن يتعدى إلى غير.

الثانى: دعوى الإجماع على حرمه الانتفاع بها ابتداء كما هو الظاهر من فخر الدين و الفاضل المقداد. و فيه أن دعواه فى مثل هذه المسأله مع ذهاب الأكثر إلى جواز الانتفاع بها من الأمور الصعبه، و لو سلمت هذه الدعوى فلا يمكن إثبات كونه إجماعاً تعبدياً، لإمكان استناد المجمعين فى ذلك إلى الوجوه المذكوره.

قوله الجابر لروايه تحف العقول. أقول: قد تقدم فى أول الكتاب عدم انجبار ضعف الروايه بشىء من الشهره و الإجماع و غيرهما. قوله مع احتمال أن يراد من جميع القلب جميع أنواع التعاطى لا الاستعمالات).

أقول: إذا فرضنا اعتبار الروايه فلا مناص من القول بحرمه التصرف فى الأعيان النجسه على وجه الإطلاق و لو بالإمساك، و لا وجه لتقيدها بخصوص التعاطى، كما لا وجه لتقييد النهى عن الإمساك بالإمساك على وجه محرم.

قوله نعم يمكن أن يقال: أن مثل هذه الاستعمالات. أقول: توضيحه أن النهى عن الانتفاع بشىء ينصرف إلى النهى عن الانتفاع به فى منافعه الظاهره لأن المنفعه النادره لا تعد من المنافع عرفاً، فهى خارجة عن حدود النهى و إن كان الإطلاق فى نفسه شاملاً لها، لا يقال: إن النهى عن الانتفاع بشىء يدل على تحريم جميع منافعه، لأن النهى عن الطبيعه يقتضى الانزجار عن جميع أفرادها، و لذلك كان دالاً على العموم.

فإنه يقال: إن الدلاله على العموم إنما تسلم بمقدار ما ينصرف اليه اللفظ فقط، و نظير ذلك العمومات الناهيه عن الصلاه فى أجزاء ما لا يؤكل لحمه، فإنه ينصرف إلى غير الإنسان، فلا ينعقد للعموم ظهور إلا به.

و لا يخفى: أن القول بحرمه الانتفاع بالنجس مطلقاً لا يقتضى حرمه اقتنائه و إن كان الاقتناء لغير الغرض العقلانى، و من هنا ورد فى جملة من الأحاديث [١] جواز اقتناء الخمر،

بل أخذها للتخلييل، مع أنها من الخبائث الشديده، و ورد أيضا جواز اقتناء بعض الكلاب و قد تقدم ذلك فى البحث عن بيعها (١).

قوله و العذره للتسميد. أقول:التسميد فى اللغه [١] ما يصلح به الزرع.

قوله كما يدل عليه وقوع السؤال فى بعض الروايات [٢] عن الجص. أقول:

قال المحدث القاسانى فى كتاب الوافى: (لعل المراد بالماء الماء الممزوج بالجص، أو بالماء ماء المطر الذى يصيب أرض المسجد المجصص بذلك الجص، و كأنه كان بلا سقف، فإن السنه فيه ذلك. و المراد بالنار ما يحصل من الوقود التى يستحيل بها أجزاء العذره و العظام المختلطه بالجص رمادا، فإنها تطهر بالاستحاله، و الغرض أنه قد ورد على ذلك الجص أمران مطهران:

هما النار و الماء فلم يبق ريب فى طهارته، فلا يرد السؤال بأن النار إذا طهرته أولا فكيف يحكم بتطهيره الماء له ثانيا!!! إذ لا يلزم من ورود المطهر الثانى تأثيره فى التطهير).

و قال فى الوسائل: تطهير النار للنجاسه بإحالتها رمادا أو دخانا، و تطهير الماء: أعنى ما يجبل به الجص يراد به حصول النظافه و زوال النفره.

أقول: يمكن أن يراد من الماء ماء المطر الذى يصيب الموضوع المجصص بذلك الجص المتنجس لكون المسجد مكشوبا و بلا سقف كما احتمله القاسانى، و أن يراد من النار الشمس فان الشمس إذا جففت شيئا طهرته.

و يمكن أن يراد من التطهير التنظيف مجازا كما احتمله فى المستند (٢) مطلقا، و صاحب الوسائل فى خصوص الماء، و مع الإغماض عما ذكرناه فالروايه مجمله يرد علمها إلى أهلها، فإن الثابت فى الشريعه أن النار إنما تطهر من النجاسات ما أحالته رمادا، و هذا الشرط غير

ص: ١٤١

١-١) ص ١٠٢.

٢-٢) راجع ج ١ ص ٥٧.



حاصل في الجص. و أن الماء القليل إنما يطهر الموضع المغسول إذا ورد عليه ثم انفصلت غسالته عنه، وكلا الأمرين منتف هنا، إلا- أن يقال: بعدم انفعال الماء القليل بامتزاجه الجص، وعدم اشتراط انفصال الغساله في التطهير به كما أشار إليه المحدث القاساني في كلامه المتقدم، قال: (لعل المراد بالماء الممزوج بالجص) وكلا الأمرين مخدوش، وتفصيل الكلام في محله.

و كيف كان فالمستفاد من الروايه أمران، أحدهما: اعتبار الطهاره فيما يسجد عليه و ثانيهما: جواز السجود على الجص و لو كان مطبوخا.

قوله ثم إن منفعه النجس المحلله للأصل أو للنص قد جعلها ما لا عرفا إلا أنه منع الشرع عن بيعه كجلد الميتة. أقول: قد ظهر مما ذكرناه أنه لا- ملازمه بين حرمه بيع الأعيان النجسه و بين حرمه الانتفاع بها و سقوطها عن الماليه، بل لا بد من ملاحظه دليل الحرمة، هل يوجد فيه ما يدل على إلغاء الماليه من قبل الشارع كما في الخمر و الخنزير؟ فان كان فيه ما يدل على ذلك أخذ به و حكم بعدم ترتب آثار الماليه عليها من الإرث و الضمان و غيرهما، وإلا فلا يصح أن يحكم بحرمه الانتفاع بها لمجرد حرمه بيعها، كيف و قد علمت جواز الانتفاع بالميتة و العذرة و شعر الخنزير و كلب الماشيه و كلب الحائط و كلب الزرع و غيرها من أنواع النجاسات مع ذهاب الأكثر إلى حرمه بيعها!! و على ذلك يجب أن تترتب عليها جميع آثار الماليه، فإذا أتلفها أحد ضمنها لمالكها، و إذا مات مالكها انتقلت إلى ورائه، و لا يجوز للغير أن يزاحم الورثه في تصرفاتهم، و كذلك تجوز إعارتها و إجارتها و هبتها و لو هبه معوضه، لأن حقيقه الهبه متقومه بالمجانیه، و اشتراط العوض فيها أمر زائد على حقيقتها، و فائدته جواز فسخ الواجب إياها إذا لم يف له المتهب بالشرط.

لا يقال: إن الشيء إذا حرم بيعه حرمت سائر المعاملات عليه بطريق الأولويه القطعيه.

فإنه يقال: إن الاحكام الشرعيه توقيفيه محضه. فلا يجوز التعدى عن مورد ثبت فيه التبعيد إلى غيره إلا بدليل، و الموجود في أدله النهى عن بيع الأعيان النجسه في غير ما ألغى الشارع ماليته إنما هو حرمه ثمنها، فلا تشمل العوض في سائر المعاملات، لعدم إطلاق الثمن عليه إلا في الصلح بناء على كونه بيعا و من قبيل المبادله بين المالين.

قال المحقق الايرواني: (أن الماليه لا تدور مدار المنفعه، فإن الجواهر النفيسه و منها النقود أموال، و لا فائده فيها، و في الماء على الشط أهم المنافع، و لا يعد مالا، و التراب ينتفع به أهم الانتفاع من اصطناع آجر أو خزف أو أناه و ليس بمال).

و فيه أنه لا شبهه في دوران المالىه الشرعيه مدار المنفعه المحلله، و دوران المالىه العرفيه مدار مطلق المنافع و إن كانت محرمه، و لكن الانتفاع بالأشياء ليس على نسق واحد، بل يختلف باختلاف ذى النفع، فنفع الجواهر و النقود يبيعها و شرائها، و جعلها أثمانا للأمتعه و العروض، و أما عدم كون الماء على الشط و التراب فى البر من الأموال مع الانتفاع بها أهم الانتفاع فلكون الناس فى الانتفاع بهما شرعا سواء، و لذا لو اختصا بشخص واحد كبعض أقسام التراب فان الناس يبذلون بإزائهما المال المهم. و على الإجمال مالىه الأشياء إنما هى باعتبار منافعها فعديم المنفعه ليس من الأموال.

### حقيقه حق الاختصاص و منشأ ثبوته

قوله و الظاهر ثبوت حق الاختصاص فى هذه الأمور. أقول: قد قامت السيره القطعيه الشرعيه و العقلائييه على ثبوت حق الاختصاص و الأولويه للمالك فى أموالهم التى سقطت عن المالىه للعوارض و الطوارى كالماء على الشط، و الحيوان المملوك إذا مات، و الأراضى المملوكه إذا جعلها الجائر بين الناس شرعا سواء كالطرق و الشوارع المغصوبه، بديهه عدم جواز مزاحمه الأجانب عن تصرف الملاك فى أمثال تلك الموارد ما لم يثبت الإعراض و هذا مما لا ريب فيه.

و إنما الكلام فى منشأ ذلك الحق، و قد استدل عليه بوجوه، الأول: أن حق الاختصاص سلطنه ثابتة فى الأموال و هى غير الملكيه، فإذا زالت الملكيه بقى الحق على حاله، لأن كل واحد منهما ناشئ عن سبب خاص به.

و فيه أن ذلك و إن كان ممكنا فى مقام الثبوت، إلا أنه ممنوع فى مقام الإثبات لعدم الدليل عليه.

الثانى: أن حق الاختصاص مرتبه ضعيفه من الملكيه، فإذا زالت الملكيه بحدها الأقوى بقيت منها المرتبه الضعيفه التى نسميها بحق الاختصاص لعدم الملازمه بينهما فى الارتفاع، و يتضح ذلك بملاحظه الألوان و الكيفيات الخارجيه.

و فيه ان الملكيه الحقيقه من أیه مقوله كانت، جده أو إضافه ليست قابله للشده و الضعف حتى تعتبر بحدها الضعيف تاره، و بحدها القوى تاره أخرى، بل هى أمر بسيط فإذا زالت زالت بأصلها.

و لو سلمنا كون الملكيه الحقيقه ذات مراتب لم يجر ذلك فى الاعتباريه فإن اعتبار كل مرتبه منها مغاير لاعتبار المرتبه الأخرى، و إذا زال اعتبار المرتبه القويه لم يبق بعده اعتبار

آخر للمرتبه الضعيفه، و عليه فلا يبقى هناك شيء آخر لكى يسمى بالحق.

و هذا لا- ينافى ما هو المعروف من أن الحق فى نفسه مرتبه ضعيفه من الملك. فان معنى هذا الكلام: أن الملك و الحق كليهما من مقوله السلطنه، و أن الملك سلطنه قويه، و الحق سلطنه ضعيفه، و هو أمر آخر غير اختلاف حقيقه الملك بالشده و الضعف، و الكمال و النقص نظير الألوان كما توهم.

و نظير ما نحن فيه تسميه الرجحان الضعيف فى باب الأوامر بالاستحباب و الرجحان الشديد بالوجوب، و هو أمر وراء كون الاستحباب مرتبه ضعيفه من الوجوب.

الثالث: قد ثبت فى الشريعه المقدسه أنه لا يجوز لأحد أن يتصرف فى مال غيره إلا بطيب نفسه، و قد دلت على ذلك سيره القطعيه و جمله من الاخبار [١] فإذا زالت الملكيه، و شككنا فى زوال ذلك الحكم كان مقتضى الاستصحاب الحكم ببقائه.

و فيه مضافا إلى عدم جريان الاستصحاب فى الأحكام، لمعارضته دائما بأصاله عدم الجعل كما نفتحناه فى علم الأصول. أن موضوع الحكم محرمه التصرف هو مال الغير فإذا سقط

الشيء عن المالىه سقطت عنه حرمة التصرف حتى إذا كان باقيا على صفه المملوكيه. إذ لا دليل على حرمة التصرف فى ملك الغير، فكيف إذا زالت عنه الملكيه أيضا!! الرابع: دعوى الإجماع على ذلك. و فيه أن دعوى الإجماع التعبدى فى المسأله بعيده جدا، فان من الممكن استناد المجمعين إلى الوجوه المذكوره.

الخامس: دلالة المرسله المعروفه بين الفقهاء «من جاز ملك» و قوله «ص»: [١] (من سبق إلى ما لم يسبقه اليه مسلم فهو أحق به). على وجود ذلك الحق فى الأشياء التى سقطت عنها المالىه.

و فيه أن حديث الحيازه و إن اشتهر فى ألسنه الفقهاء و كتبهم الاستدلاليه، و لكننا لم نجده فى أصول الحديث من الخاصه و العامه. و الظاهر انه قاعده فقهيه متصيده من الروايات الوارده فى الأبواب المختلفه، كإحياء الموات و التحجير و غيرهما كسائر القواعد الفقهيه المضروبه لبيان الأحكام الجزئيه.

و لو سلمنا كون ذلك روايه، أو كان بناء الفقهاء على الاستدلال بالقاعده فلا دلالة فيها على ثبوت حق الاختصاص بعد زوال الملكيه، فإن الظاهر منها ليس إلا ثبوت مالكيه المحيز للمحاز، و أما الزائد عن ذلك فلا دلالة لها عليه.

على انها ضعيفه السند، و غير منجره بشيء، فإن الشهره إنما تكون جابره لضعف سند الروايه إذا علم استناد المشهور إلى الروايه الضعيفه، و لا ريب ان استناد أكثرهم هنا أو كلهم الى غيرها، و إنما ذكروها للتأييد و التأكيد. و يضاف الى ذلك: ان جبر الروايه الضعيفه بالشهره ضعيف المبنى، و قد أشرنا إليه فى أول الكتاب.

و أما حديث السابق ففيه أولا: انه ضعيف السند، و غير منجره بشيء صغرى و كبرى، و ثانيا: ان ما نحن فيه خارج عن حدود هذا الحديث، فان مورده الموارد المشتركه بين المسلمين بأن يكون لكل واحد منهم حق الانتفاع بها، كالأوقات العامه من المساجد و المشاهد و المدارس و الرباط و غيرها، فإذا سبق إليها أحد من الموقوف عليهم و اشغلها بالجهه التى انعقد عليها الوقف حرمت على غيره مزاحمته و ممانعته فى ذلك. و لو عممناه الى موارد الحيازه فإنما يدل على ثبوت الحق الجديد للمحيز فى المحاز، و لا يدل على بقاء العلقه

بين المالك و ملكه بعد زوال الملكيه.

و من جميع ما ذكرناه ظهر ما فى كلام المحقق الايروانى من الوهن، حيث قال: (و الظاهر ثبوت حق الاختصاص: اما فى الحيازه فلمعوم دليل من سبق الى ما لم يسبقه احد «مسلم» فهو أولى به «أحق به» و اما فيما إذا كان أصله ملكا للشخص فلاستصحاب بقاء العلقه).

فقد علمت ان المورد ليس مما يجرى فيه الاستصحاب. و ان الحديث لا يدل على المدعى.

قوله ثم انه يشترط فى الاختصاص بالحيازه قصد الحائز للانتفاع. أقول: محصل كلامه انه يشترط فى الاختصاص قصد الحائز الانتفاع بالمحاز، فلو خلت حيازته عن ذلك القصد لم يثبت له حق الاختصاص فى المحاز، و جاز لغيره مع العلم بذلك ان يزاحمه فى التصرفات و لا فرق فى ذلك بين الأوقات العامه و المباحات الأصلية، و عليه فيشكل الأمر فيما يتعارف فى أكثر البلاد من جمع العذره و بيعها لتسميد البساطين و الزروع، فان الظاهر بل المقطوع به انه ليس للشخص قصد الانتفاع بفضلاته، و لم يحرزها للانتفاع بها، فيكون أخذ المال بإزائها أخذاً محرماً.

و لكن التحقيق ان يقال: ان المحاز قد يكون من الأمكنه المشتركه كالأوقات العامه، و قد يكون من المباحات الأصلية، اما الأول فلا-ريب فى ان اختصاص الحائز به مشروط بقصد الانتفاع على حسب ما أوقفه أهله و إلا فلا يثبت له الاختصاص لكونه على خلاف مقصود الواقف، و من هنا لم يجز بيعه، و لا هبته، و لا إجارته، و لا استملاكه.

على انا لو قلنا: بعدم الاشتراط بذلك لجاز إشغال المساجد و معابد المسلمين بنحو من الحيازه و لو بإلقاء السجاده و وضع التربه ثم بيعها من المصلين، و من البديهى ان هذا على خلاف وجهه الوقف، نعم لو اكتفينا فى ثبوت الاختصاص بمجرد قصد الحيازه، و لم نشترط فيه قصد الانتفاع، و قلنا بأن حق الاختصاص بما تجوز المعاوضه عليه لا يرتفع الاشكال و أما الثانى: كالاختطاب و الاصطياد فالظاهر أن الاختصاص به غير مشروط بشيء، بل يكفى فيه مجرد الحيازه الخارجيه لعدم الدليل على التقييد، و من هنا ذهب جمع من الأصحاب و من العامه الى عدم الاشتراط. و يظهر ذلك لمن يلاحظ الموارد المناسبه لما نحن فيه قال الشيخ فى الخلاف (1): (الأرضون الموات للإمام خاصه لا يملكها أحد بالإحياء إلا أن يأذن له الإمام. و قال الشافعى: من أحيها ملكها أذن له الإمام أو لم يأذن).

و قال أبو حنيفه: لا يملك إلا بإذن، و هو قول مالك. دليلنا إجماع الفرقه و أخبارهم). و لو كان لتقييد الاختصاص بقصد الانتفاع وجه لكان ذلك مورداً للخلاف كالتقييد بإذن الإمام

ص: ١٤٦

و يؤيده عموم روايه:(من سبق إلى ما لا يسبقه إليه مسلم فهو أحق به) وقاعده الحيازه المتقدمتين، بل يمكن استفاده الإطلاق من الإخبار المتظافره الوارده فى إحياء الموات من الأراضى، كصحيحه محمد بن مسلم:(أيما قوم أحيوا شيئاً من الأرض و عمروها فهم أحق بها و هى لهم). و كحسنه زراره لإبراهيم بن هاشم عن أبى جعفر«ع»:(قال:قال رسول الله(صلى الله عليه و آله)من أحيأ مواتا فهو له).و غير ذلك من الروايات من طرق الشيعة (١)و من طرق العامه [١].

## النوع الثانى مما يحرم التكبب به ما يحرم لتحريم ما يقصد به

### الأول: ما لا يقصد من وجوده على نحوه الخاص إلا الحرام

#### حرمه بيع مياكل العباده المبتدعه

قوله النوع الثانى مما يحرم التكبب به ما يحرم لتحريم ما يقصد به و هو على أقسام:

الأول: ما لا يقصد من وجوده على نحوه الخاص إلا الحرام و هى أمور، منها هياكل العباده المبتدعه. أقول: المشهور بل المجمع عليه بين الشيعة و السنه [٢]هو تحريم بيع هياكل [٣] العباده المبتدعه، و فى المتن (بلا خلاف ظاهر بل الظاهر الإجماع عليه).

ص: ١٤٧

---

١- ١) راجع ج ١ كا ص ٤٠٩، و ج ٢ التهذيب ص ١٥٨، و ج ١٠ الوافى ص ١٣١، و ج ٣ ئل إحياء الموات ص ١٤٩، و ج ٣ المستدرک إحياء الموات ص ١٤٩.

وقد استدل على ذلك أولا: بما فى روايه تحف العقول من قوله «ع»: (فكل أمر يكون فيه الفساد مما هو منهى عنه) وقوله «ع» فيها: (إنما حرم الله الصناعه التى هى حرام كلها التى يجىء منها الفساد محضاً نظير البرابط و المزامير و الشطرنج و كل ملهوبه و الصلبان و الأصنام) وقوله «ع» أيضا فيها: (أو على التصاوير و الأصنام).

و فيه أولا: ان روايه تحف العقول ضعيفه السند فلا يمكن الاستناد إليها فى الأحكام الشرعيه، وقد تقدم ذلك فى أول الكتاب. و ثانيا: أن النهى فيها ظاهر فى الحرمة التكليفيه فلا دلالة فيها على الحرمة الوضعيه، وهذا أيضا تقدم فى أول الكتاب.

و ثانيا: بأن أكل المال بإزائها أكل له بالباطل، لآيه التجاره عن تراض، و فيه أنك عرفت مرارا عديده: أن الآيه ليست عن شرائط العوضين فى شىء، و إنما هى راجعه إلى بيان أسباب المعاملات، و ستعرف ذلك أيضا فيما يأتى.

و ثالثا: بقوله تعالى (١): (فَاجْتَنِبُوا الرِّجْسَ مِنَ الْأَوْثَانِ) و بقوله تعالى (٢):

(إِنَّمَا الْخَمْرُ وَالْمَيْسِرُ وَ الْأَنْصَابُ وَ الْأَزْلَامُ رِجْسٌ مِّنْ عَمَلِ الشَّيْطَانِ فَاجْتَنِبُوهُ) و بقوله تعالى (٣): (وَ الرُّجْزَ فَاهْجُرُوا). بناء على أن بيع هياكل العباده و الاكتساب بها مناف للاجتنب المطلق، كما أن المراد من الأنصاب هى الأوثان و الأصنام [١] و المراد من الرجز الرجز، و من الهجر الاجتناب.

و رابعا: بالنبوى المشهور المجعول (إن الله إذا حرم على قوم شيئا حرم عليهم ثمنه).

و بقوله «ع» فى دعائم الإسلام (٤): (نهى عن بيع الأصنام).

ص: ١٤٨

١-١) سورة الحج، آيه: ٣٢.

٢-٢) سورة المائدة، آيه ٩٠.

٣-٣) سورة المدثر، آيه: ٥.

٤-٤) راجع ج ٢ المستدرک ص ٤٢٧.

و فيه مضافا إلى ضعف السند فيهما، و عدم ثبوت النبوى على النحو المعروف أن الظاهر من النهى فى روايه الدعائم هى الحرمة التكليفيه، و المراد إثبات ما هو أعم منها و من الحرمة الوضعيه.

و خامسا: بأنه قد ورد المنع [١] عن بيع الخشب ممن يجعله صليبا أو صنما فإذا حرم بيع الخشب لذلك فإن بيع الصليب و الصنم أولى بالتحريم، و هذا هو الوجه الوجيه، و يؤيده قيام السيره القطعيه المتصله إلى زمان المعصوم «ع» على حرمة بيع هياكل العباده، و يؤيده أيضا وجوب إتلافها حسما لماده الفساد كما أتلف النبى (صلى الله عليه و آله) و على «ع» أصنام مكه [٢] فإنه لو جاز بيعها لما جاز إتلافها.

ص: ١٤٩



إن كفيات الأشياء و أوصافها محسوسه كانت أم غير محسوسه و إن كانت بحسب الدقه الفلسفيه من مقوله الأعراض، إلا أنها فى نظر العرف المبني على المسامحه و المساهله منقسمه إلى قسمين، الأول: أن يكون النظر إلى الأشياء أنفسها بالأصالة، و إلى أوصافها بالتبع، لفنائها فى المعروض و اندكاكها فيه، و مثال ذلك الأعراض التى هى من لوازم الوجود كالألوان، و من هذا القبيل أيضا الليرات العثمانيه التى ألغيت عن الرواج، و الذهب و الفضة غير المسكوكين.

الثانى: أن يكون النظر فيها إلى الهيئه و الصوره بالأصالة، و إلى الماده و الهولى بالتبع، لكون الأوصاف معدوده من الصور النوعيه فى نظر العرف، و ذلك كالإشكال التى يكون عليها مدار التسميه و العنوان فى الخارج، كما فى الكأس و الكوز و نحوهما مع أن موادها من جنس واحد، و من هذا القبيل الفرش و الثوب و نحوهما.

أما القسم الأول: فالماليه فيها من ناحيه المواد، لاین أوصافها خارجه عن حدود الرغبات التى هى من علل ثبوت الماليه فى المرغوب فيه.

و أما القسم الثانى: فالماليه فيها لخصوص الهيئات، لخروج موادها عن حريم الماليه و حدودها، لكونها إما مرغوبا عنها كالنقود الرائجه المضروبه من القراطيس، أو مغفولا- عنها فى قبال الهيئه للتبعيه و الاندكاك، و من هنا اتضح أن الماليه إنما تقوم بمواد الأشياء، أما للرغبه فيها أنفسها، و إما للميل إلى هيئاتها، و إما للاشتياق إليهما معا، و لا تضر بذلك استحاله عراء الماده عن هيئه ما كما لا يخفى.

و قد انضح: ان المراد بالصوره النوعيه هنا هى العرفيه دون العقليه المبحوث عنها فى طبيعيات الفلسفه، و ان بينهما عموما من وجه، إذ قد يكون الوصف من الصور النوعيه العرفيه مع كونه فى نظر العقل من الأعراض، كالرجوله و الأ-نوته، فإنهما و إن كانا عرضين للإنسان، إلا انهما فى نظر العرف من الصور النوعيه، فالعبد و الأمه نوعان فى نظر العرف و إن كانا بالنظر الدقيق صنفين من طبيعه واحده. و قد ينعكس الأمر، فيكون ما هو من الصور النوعيه فى نظر العقل من الأعراض فى نظر العرف، و ذلك كالثوبين المنسوج أحدهما من الحرير و الآخر من الفنتاز، فإنهما عند العقل ماهيتان متباينتان، و فى نظر العرف

حقيقه واحده لا تعدد فيها، وقد يجتمعان كالفراشين المنسوجين بنسج واحد و من جنس واحد، والكأسين المصوغين بصياغه واحده، و من فلز واحد.

و إذا عرفت ما تلوناه عليك نقول: الملحوظ استقلالاً فى بيع الصليب و الصنم إن كانت هى الهيئات العاربه عن المواد- إما لعدم مالىه المواد كالمصنوع من الخزف، أو لكونها مغفولاً- عنها- فلا- شبهه فى حرمه بيعها وضعا و تكليفاً، لوقوع البيع فى معرض الإضلال و لتمحض المبيع فى جهه الفساد، و انحطاطه عن المالىه لحرمه الانتفاع مهما بالهيئه الوثنيه، و لذا وجب إتلافها.

و ان كان الملحوظ فى بيعهما هى المواد مجردة عن الصورة الوثنيه إلا- باللحاظ التبعى غير المقصود فلا- إشكال فى صحه بيعهما، لآيه التجاره و سائر العمومات، لان البيع و المبيع لم يتصفان بجهه من الجهات المبعوضه المنهى عنها.

و إن كان المقصود من البيع هى المواد و إلهيه معا- كما إذا كانا مصنوعين من الجواهر النفيسه أو الأشياء الثمينه- فلا إشكال فى حرمه البيع وضعا و تكليفاً كالصوره الأولى، لعموم أدله المنع عن البيع لهذا الغرض أيضاً.

لا- يقال: إذا كان كل من الهيئه و الماده ملحوظاً فى البيع كان المورد من صغريات بيع ما يملك و ما لا يملك، كبيع الخل مع الخمر، و بيع الشاه مع الخنزير فى صفقه واحده، و حكم ذلك أن يقسط الثمن عليهما، و سيأتى، و يثبت للمشتري خيار تخلف الشرط لفوات الانضمام، و على ذلك فلا وجه للحكم بالبطلان.

فإنه يقال: إن الانحلال و التقسيط و إن كلما بحسب الكبرى موافقين للتحقيق، إلا ان الاشكال فى صحه الصغرى، لأن الهيئه الوثنيه فى الصليب و الصنم كالصوره النوعيه للماده فى نظر العرف، فلا تكونان فى الخارج إلا شيئاً واحداً، فلا موضع هنا للانحلال و التقسيط، كما لا موضع لهما فى الماده و الصوره العقليتين عند التخلف بأن يحكم بالصحه فى الماده السياله المسماه بالهيولى الأولى، لأنها محفوظه فى جميع الأشياء و إن تبادلت عليها الصور و بالبطلان فى الهيئه، لأن المقصود منها غير واقع، و الواقع منها غير مقصود، و يتبع ذلك تقسيط الثمن عليها بالنسبه.

و وجه الفساد ان الماده و الهيئه ليستا من الاجزاء الخارجيه لكى تنحل المعامله الواحده إلى معاملات متكرره حسب تكثر اجزاء المبيع، فالمعامله عليهما واحده لاتحاد متعلقها خارجاً و الكثره إنما هى تحليليه عقليه. و لازم ذلك ان المعامله إذا بطلت فى جزء بطلت فى الجميع فلا منشأ للانحلال و التقسيط، و لا فرق فى ذلك بين ان تكون الصوره عقليه أو عرفيه.

لا- يقال: ان بيع المادة مع قصد الصورة الوثنيه و ان كان موجبا للبطلان إلا أن اشتراط إعدام الهيئه و فنائها يوجب صحه البيع و ترتب الأثر عليه، لجواز الانتفاع بأجزائها بعد الكسر، لأنها ليست بأصنام.

فإنه يقال: إذا تحقق موضوع الحرمة و ترتب عليه الحكم لم يؤثر هذا الاشتراط فى الجواز، لأن الشيء لا ينقلب عما هو عليه.

ثم لا يخفى: أنه لو اتصف شيء من آلات الصنائع كالمكائن و نحوها بصورة الوثنيه لكان داخلا فى الأعيان ذات المنافع المحلله و المحرمة، و سيأتى الكلام عليها، و لو قلنا: بجواز بيعها باعتبار منافعها المحلله فإنما هو فيما إذا أوجبت هذه المنافع ماليتها مع قطع النظر عن المنافع الأخرى المحرمة و عن لحاظ الجبهه الوثنيه، و إلا فلا وجه لتوهم جواز البيع.

قوله لو أتلف الغاصب لهذه الأمور ضمن موادها. أقول: قد عرفت أنه يجب إعدام الصورة الوثنيه، و عليه فان كانت لأبعضها المكسوره قيمه كما إذا كانت مصوغه من الذهب أو الفضة فلا يجوز إتلافها بمواردها، بل يجب إتلافها بهيئتها فقط، و لو أتلفت بموادها ضمنها المتلف لمالكها، إلا أن يتوقف إتلاف الهيئه على إتلاف المادة. و ان لم تكن لرضاضها قيمه فلا مانع من إتلاف المادة أيضا مع الهيئه.

لا يقال: إن توقف إتلاف الهيئه على إتلاف المادة لا ينافى ضمان المادة إذا كانت لها قيمه، كما أن جواز أكل طعام الغير بدون إذنه فى المجاعه و المخصصه لا ينافى ضمان ذلك الطعام.

فإنه يقال: الفرق واضح بين المقامين، إذ الباعث إلى أكل طعام الغير فى المخصصه إنما هو الاضطرار الموجب لإذن الشارع فى ذلك، و أما هياكل العباده فإن الباعث الى إتلافها ليس إلا خصوص أمر الشارع بالإتلاف فلا يستتبع ضمانا.

### حرمه بيع آلات القمار

قوله و منها آلات القمار. أقول: قد اتفقت كلمات الأصحاب على حرمه بيع آلات القمار، بل فى المستند (1) دعوى الإجماع عليها محققا بعد أن نفى عنها الخلاف أولا. ثم إن مورد البحث هنا- سواء كان من حيث حرمه البيع أم من حيث وجوب الإتلاف- ما يكون معدا للمقارمه و المراهنه كالنرد و الشطرنج. و نحوهما مما بعد آله قمار بالحمل الشائع، و إلا فلا وجه لحرمه بيعه و إن أنفقت المقارمه به فى بعض الأحيان، كالجواز و البيض و نحوهما، كما لا يجوز إتلافه، لكونه تصرفا فى مال الغير بغير إذن منه، و لا من الشارع،

ص: ١٥٢

نعم يجب نهى المقامرین بذلك عن المقامرة إذا اجتمعت فيه شرائط النهى عن المنكر.

و يظهر حكم هذه المسأله مما أسسناه فى المسأله السابقه من الضابطه الكليه فى حرمه بيع ما قصدت منه الجهه المحرمه، فلا يحتاج الى التكرار. على أن حرمه البيع هنا قد دلت عليها جمله من الاخبار[١] منها روايه أبى الجارود الداله على حرمه بيع آلات القمار، و حرمه الانتفاع بها. و منها قوله «ع» فى روايه أبى بصير: (بيع الشطرنج حرام و أكل ثمنه سحت) و منها ما فى حديث المناهى: (نهى رسول الله صلى الله عليه و آله) عن بيع النرد). و مورد الخبرين الأخيرين و إن كان خصوص بعض الآلات، و لكن يتم المقصود بعدم القول بالفصل بين آلات القمار

ص: ١٥٣

المعده لذلك. ثم انه قد ورد فى جملة من أحاديث العامه (١) الأمر بكسر النرد و إحراقها.

فتدل على حرمه بيعها، لان ما لا يجوز الانتفاع به لا يجوز بيعه عندهم. وقد تقدم ذلك فى البحث عن جواز الانتفاع بالنجس، و سيأتى التعرض له فى المسأله الآتية.

قوله و فى المسالك إنه لو كان لمكسورها قيمه. أقول: قال فى التذكرة (٢):

(ما أسقط الشارع منفعتة لا- نفع له فيحرم بيعه، كآلات الملاهى و هياكل العباده المبتدعه، كالصليب و الصنم، و آلات القمار، كالنرد و الشطرنج إن كان رضاؤها لا يعد مالا، و به قال الشافعى، و إن عد مالا فالأقوى عندى الجواز مع زوال الصفه المحرمه). و ذكر المصنف: إن أراد بزوال الصفه زوال الهيئه فلا- ينبغى الإشكال فى الجواز، و لا- ينبغى جعله محلا للخلاف بين العلامه و الأكثر). و فى حاشيه السيد: (لعله أراد بزوال الصفه عدم مقامه الناس به و تركهم له بحيث خرج عن كونه آله القمار و ان كانت الهيئه باقيه).

و يرد على التوجيهين: أن ظاهر عباره العلامه أن الحرمة الفعلية لبيع الأمور المذكوره تدور مدار عدم صدق المالىه على اكسارها، و توجيهها بما ذكره المصنف أو بما ذكره السيد رحمهما الله بعيد عن مساق كلامه جدا، نعم يحتمل وقوع التحريف فى كلامه بالتقديم و التأخير: بأن تكون عبارته (و إن عد مالا مع زوال الصفه المحرمه فالأقوى عندى الجواز) فيكون ملخص كلامه جواز البيع إذا كانت الماده من الأموال. أو يوجهه بتقدير المضاف بين كلمه مع و كلمه زوال: بأن يكون التقدير (فالأقوى عندى الجواز مع اشتراط زوال الصفه المحرمه). و كيف كان فهو أعرف بمرامه، و لا- ندرى ما الذى فهم منه المسالك حتى استحسنة.

قوله ثم إن المراد بالقمار مطلق المراهنه بعوض. أقول: فى مجمع البحرين: أصل القمار الرهن على اللعب بشىء، و ربما أطلق على اللعب بالخاتم و الجواز، و سيأتى التعرض لحقيقه القمار و الميسر و الأزلام، و التعرض لبيان أن المحرم هو مطلق المراهنه و المغالبه أو المغالبه مع العوض فى مسأله حرمه القمار.

### حرمه بيع آلات الملاهى

قوله و منها آلات اللهو على اختلاف أصنافها. أقول: اتفق فقهاؤنا بل الفقهاء

ص: ١٥٤

(١-١) راجع ج ١٠ سنن البيهقى ص ٢١٦.

(٢-٢) ج ١ ص ٤ من البيع.

كافه ظاهرًا [١] على حرمه بيع آلات الملاهي وضعا و تكليفا، بل في المستند (١) دعوى الإجماع على ذلك محققا.

و قد يستدل على ذلك بالروايات العامه المتقدمه في أول الكتاب و لكنه فاسد لما فيها من ضعف السند و الدلاله، و ظهورها في الحرمه التكليفيه كما عرفت.

و الذي ينبغي ان يقال: ان الروايات (٢) قد تواترت من طرقنا و من طرق العامه على حرمه الانتفاع بآله اللهو في الملاهي و المعازف، و أن الاشتغال بها و الاستماع إليها من الكبائر الموبقه و الجرائم المهلكه، و أن ضربها ينبت النفاق في القلب كما ينبت الماء الخضره، و يتسلط عليه شيطان ينزع منه الحياء، و أنه من عمل قوم لوط، و في سنن البيهقي: يخسف الله بهم الأرض و يجعل منهم القردة و الخنازير، بل من الوظائف اللازمه كسرها و إتلافها حسما لماده الفساد، و ليس في ذلك ضمان بالضروره، و في بعض أحاديث العامه (٣) ان رجلا كسر طنبوراً لرجل فرفعه الى شريح فلم يضمه.

إذن فالمسأله من صغريات الضابطه الكليه التي ذكرناها في البحث عن حرمه بيع هياكل العباده المبتدعه، و عليه فالحق هو حرمه بيع آلات اللهو وضعا و تكليفا، على أنه ورد في الحديث [٢] ما يدل على حرمه بيع آلات الملاهي و شرائها و حرمه ثمنها و التجاره فيها.

ص: ١٥٥

١-١) راجع ج ٢ ص ٣٣٥.

٢-٢) سنتعرض لهذه الأخبار المنقوله من الفريقين في البحث عن حرمه الغناء.

٣-٣) راجع ج ٦ سنن البيهقي ص ١٠١.

و لكنه ضعيف السند.

لا يخفى: أن موضوع الحرمة هنا هي آله الله، وقد حقق في محله أن المضاف اليه خارج عن حدود المضاف، فلا يعد جزء له، إلا أنه داخل فيه بنحو الاشتراط والتقييد، و حيث إن معرفه الحكم فرع معرفه الموضوع بقيوده و شؤونه فلا بد هنا من العلم بحقيقه الله، و سيأتى التعرض له في محله، و من أوضح مصاديقه ما هو مرسوم اليوم من تغنى أهل الفسوق و لهوهم بالراديات و غيرها من آلات الملاهى.

### حكم بيع آنيه الذهب و الفضة

قوله و منها أوانى الذهب و الفضة. أقول: مفهوم الإناء أمر معلوم لكونه من المفاهيم العرفيه، و هو ما يكون معدا للأكل و الشرب، جمعه آنيه و أوان، و الظرف أعم منه، و مجمل القول هنا أن النهى عن آنيه الذهب و الفضة إن كان مختصا بالأكل أو الشرب فيها، و كانت محرمه الاستعمال فى خصوصهما، كما أنفق عليه الفقهاء كإفاه [١] و استفاضت الروايات بينهم من الفريقين (١) فلا- شبهه فى جواز بيعها لسائر الجهات المحلله، و منها اقتناؤها لأنحاء الاستعمالات و أقسام الترينات غير الأكل و الشرب فيها، و هكذا الحكم لو كان المستفاد من الروايات هو حرمة استعمالها على وجه الإطلاق، كما ادعى عليه الإجماع أيضا، و ذكر النهى عنه فى بعض الأحاديث [٢] إذ لا يعم ذلك مثل التزين لعدم صدق الاستعمال عليه، فيجوز بيعها لذلك.

و إن كان المستفاد حرمة جميع منافعتها و جميع أنحاء التقلب و التصرف فيها حتى التزين

ص: ١٥٦

---

١- ١) راجع ج ٢ كا ص ١٨٧، و ج ٢ التهذيب ص ٣٠٥، و ج ١١ الوافى ص ٧٥ و ج ١ ثل باب ٦٥ عدم جواز استعمال أوانى الذهب و الفضة و من أبواب النجاسات، و ج ١ المستدرک ص ١٦٦، و ج ١٤ البحار ص ٩٢٣ الى ص ٩٢٥، و ج ١ سنن البيهقى ص ٢٧

بها فلا- ريب في حرمه المعاوضه عليها مطلقا، لكونها مما يجيء منها الفساد محضا، و تكون من صغريات الكبرى المتقدمه في البحث عن حرمه بيع هياكل العباده المبتدعه.

و قد استدل على هذا الاحتمال الأخير بقوله «ع» [١]: (آنيه الذهب و الفضه متاع الذين لا يوقنون). و فيه مضافا الى ضعف السند في الروايه، أنها ناظره إلى الجبهه الأخلاقيه فلا تكون مدركا في الأحكام الفرعيه، و تفصيل الكلام في كتاب الطهاره.

### حكم بيع الدراهم المغشوشه

قوله و منها الدراهم الخارجه المعموله لأجل غش الناس. أقول: لا شبهه في حرمه غش المؤمن في البيع و الشراء و ضعا و تكليفا، و سنذكر ذلك عند التعرض لحرمه الغش، و إنما الكلام هنا يقع في ناحيتين: الأولى جواز الانتفاع بها في التزين و في دفعه الى العشار في المكوس و الكمارك، و إلى الظالم، و عدم جوازه. الثاني جواز المعاوضه عليها و عدم جوازها أما الناحيه الأولى فقد استدل على الحرمه بروايات، منها ما في روايه الجعفي [٢] من الأمر بكسر الدرهم المغشوش، فإنه لا يحل بيعه و لا إنفاقه.

و فيه أن الأمر فيها ليس تكليفيا ليجب كسره، و يحرم تركه، بل هو إرشاد الى عدم صحه المعاوضه عليها، و عدم جواز أداء الحقوق الواجبه منها، و يدل على ذلك من الروايه تعليلا لامام «ع» الأمر بالكسر بأنه لا يحل بيعه و لا إنفاقه، إذ من البديهي أن الصد عن



عن بيعه و إنفاقه فى الخارج لا ینحصر فى الكسر بل ینحصل بغيره أيضا.

و منها ما فى روايه موسى بن بكر [١] من أن الامام «ع» قطع الدينار المغشوش بنصفين و أمره بإلقائه فى البالوعه حتى لا ینباع ما فيه غش، إذ لو جاز الانتفاع به فى وجه لما قطعه بنصفين.

و فيه أولا: أن الروايه ضعيفه السند، و غير منجره بشىء. و ثانيا: أن فعله «ع» و إن كان حجه كسائر الأمارات الشرعيه كما حقق فى محله، إلا أن ذلك فيما تكون وجهه الفعل معلومه، و عليه فلا يستفاد من الروايه أكثر من الجواز الشرعى، و يكون مؤداها الإرشاد الى عدم نفوذ المعامله عليه، لوجود الغش فيه، و الشاهد على ذلك من الروايه قوله «ع»:

(حتى لا ینباع شىء فيه غش). بل الظاهر أنه كان غشا محضا، و إلا لما أمر الإمام «ع» بإلقائه فى البالوعه، لكون هذا الفعل من أعلى مراتب الإسراف و التبذير. و من هنا ظهر ما فى روايه دعائم الإسلام [٢] من حكمه «ع» بقطع الدرهم المغشوش.

و أما الناحيه الثانيه فتوضیح الكلام فيها أن للدرهم المغشوشه حالتين، الاولى: أن تكون رائجه بين الناس حتى مع العلم بالغش، كالدرهم الرائجه فى زماننا. و الثانيه: أن لا تكون رائجه بينهم.

أما الصوره الاولى فلا شبهه فى جواز المعاضه على الدرهم المذكوره لأن الفرض الأصليل منها أعنى الرواج غير تابع لخلوص المواد و نقائها من الغش، بل هو تابع لاعتبار سلطان الوقت لها، و جريان القانون الحكومى عليه من غير فرق بين اغتشاف ماده و خلوصها نعم إذا سقطت عن الاعتبار فلا تجوز المعاضه عليها من دون إعلام.

و أما الصوره الثانيه فإن المعاضه قد تقع على الدرهم الكلبى ثم یندفع البائع الدرهم المغشوش عند الإقباض، و قد تقع على شخص الدرهم الخارجى المغشوش، فعلى الأول لا وجه للبطلان أيضا، و لا خيار للمشتري، بل ینجبر البائع على التبدال، فان حصل التبدال فيها،

و إلا كان للمشتري الخيار.

و على الثانى فقد يكون المتعاملان كلاهما عالمين بالغش، و قد يكونان جاهلين به، و قد يكونان مختلفين، أما الصورة الاولى فلا ريب فى إباحه البيع تكليفا و نفوذه وضعا للعمومات و دعوى أن الغش مانع عن صحه البيع للأخبار المتظافره الآتیه فى البحث عن حرمه الغش دعوى جزافیه، ضروره خروج هذه الصورة عن موردها خروجا تخصيصا، إذ الغش إنما يتقوم بعلم الغار و جهل المغرور، و قد فرضنا علم المتبايعين بالحال، و التمسك لذلك روايتى الجعفى و موسى بن بكر المتقدمتين بدعوى ظهورهما فى رحمة بيع الدراهم و الدنانير المغشوشه توهم فاسد، فان الروائتين و إن كانا ظاهرتين فى ذلك، و لكن يجب حملها على الكراهه لصراحه ما دل من الروايات [١] على جواز البيع مع علم المتبايعين بالحال.

و أما للصورة الثانيه فالتحقيق فيها أن الكلام تاره يقع فى الحرمة التكليفيه، و اخرى فى الحرمة الوضعيه، أما الحرمة التكليفيه فمنفيه جزما، لفقد موضوعا (و هو الغش) مع جهل المتبايعين.

و أما الحرمة الوضعيه بمعنى عدم نفوذ البيع فتوضيح الحال فيها يتوقف على مقدمه قد أوضحناها فى البحث عن بيع هياكل العباده، و تعرض المصنف لها فى خيار تخلف الشرط، و لا بأس هنا بالإشاره إليها إجمالا، و ملخصها: أن القيود فى المبيع -سواء كانت من قبيل الأوصاف أو الشروط- إما صور نوعيه عرفيه، أو جهات كماليه.

فإن كانت من القبيل الأول فلا ريب فى بطلان البيع مع التخلف، كما إذا اشترى جاريه على أنها شابه جميله فظهرت عبدا شائبا كرهه الوجه، أو اشترى صندوقا فظهر أنه طبل.

و وجه البطلان أن ما جرى عليه العقد غير واقع، و ما هو واقع لم يجر عليه العقد، فان ما تعلق به المعامله و إن اتحد فى الحقيقه مع ما تسلمه المشتري، إلا انهما فى نظر العرف

متباينان، ولا يتقسط الثمن على المادة و الهيئه، لتبطل المعامله فيما قابل الهيئه، و تنفذ فيما قابل ماده، كما يتجزأ فيما إذا باع ما يملك و ما لا يملك صفقه واحده، كالشاه مع الخنزير، و ذلك لما عرفت من فساد الانحلال و التقسيط فيما إذا كانت الكثره تحليليه عقليه.

و إن كانت من القبيل الثاني فلا وجه للبطلان، بل يثبت خيار تخلف الشرط، كما إذا باع عبدا على أنه كاتب فإن أنه غير كاتب أو باع كبشا فظهر أنه نعمه. و الوجه في ذلك هو أن الفأئ ليس إلا من الأوصاف الكماليه، فلا يوجب تخلفه إلا الخيار.

ففي المقام إذا باع درهما على أنه مسكوك بسكه السلطان فبان أنه مسكوك بسكه التاجر بطل البيع، لكون الاختلاف بينهما من الاختلاف في الصور النوعيه. و أما لو باع درهما على أنه طازج فبان أنه عتيق فان البيع صحيح، و إنما يثبت المشتري خيار تخلف الشرط.

و من هنا ظهر ما في كلام المصنف من الوهن حيث أثبت خيار التدليس مع تفاوت السكه، و وجه الوهن هو أن الملحوظ إن كان هي ماده المجرده فلا بطلان و لا خيار، و إن كان هي مع الهيئه أو الهيئه المحضه فلا مناص عن البطلان، نعم لو كان الملحوظ هي ماده المجرده، و كان التفاوت بكثره الخليط و قلته لثبت خيار العيب، إلا أنه غير مفروض المصنف. و أما الصوره الثالثه فتاره يفرض علم البائع بالغش دون المشتري و اخرى بالعكس، أما الأولى فهو من أوضح مصاديق الغش في المعامله، و يجرى فيه جميع ما ذكرناه في الصوره الثانيه، و أما الثاني فلا مانع من نفوذ البيع فيه وضعا و إباحته تكليفا للعمومات و توهم أن الغش مانع عن النفوذ مندفع بما ذكرناه من تقومه بعلم البائع و جهل المشتري، و المفروض عكسه.

قوله و هذا بخلاف ما تقدم من الآلات. أقول: أراد بذلك إبداء الفرق بين بيع آلات اللهو و القمار و بيع الدراهم المغشوشه، بدعوى استحاله صحته في الآلات، لأن ماده و الهيئه اجزاء تحليليه عقليه فلا تقابل ماده بجزء من الثمن و الهيئه بجزء آخر منه، ليحكم بصحة البيع في ماده و بفساده في الهيئه، بل إذا بطل في جزء بطل في الجميع و إذا صح في جزء صح في الجميع، و التقسيط إنما يكون في الأجزاء الخارجيه كتقسيط الثمن على الخل و الخمر إذا بيعا صفقه واحده، و هذا بخلاف الدراهم المغشوشه لنفوذ المعامله فيها مع الخيار إلا إذا وقع عنوان المعاوضه على الدراهم المنصرف إطلاقه إلى المسكوك بسكه السلطان فان البيع حينئذ يبطل إذا بان الخلاف.

و فيه ان التزامه بالانحلال و التقسيط في الاجزاء الخارجيه إذا ظهر الخلاف، و عدم التزامه بهما في آلات اللهو و القمار و سائر ما كان التعدد فيه بالتحليل العقلي متين و من الواضح

بمكان، إلا أن الحال في الدراهم أيضا كذلك، فإذا كان الاختلاف من جهة السكه لا يمكن التصحيح من جهة المادة و الإبطال من جهة الهيئه، و أما الصورة الأخرى التي يصح البيع فيها مع الخيار أو مع عدمه فلا جامع بينها و بين آلات القمار ليحتاج إلى إبداء الفارق بينهما، و من المحتمل أن هذه العبارة قد حررها النساخ في غير موضعها اشتباها و الله العالم.

قوله و هذا الكلام مطرد في كل قيد فاسد. أقول: الشروط سواء كانت صحيحة أم فاسده لا تقابل بجزء من الثمن كما سيأتى بيان ذلك في بابها، و عليه فتخلفها لا يوجب إلا الخيار حتى على مسلك المصنف، و دعوى الخصوصيه في المورد جزافيه.

### القسم الثاني ما يقصد منه المتعاملان المنفعه المحرمه.

#### حكم بيع العنب على أن يعمل خمرا

قوله القسم الثاني ما يقصد منه المتعاملان المنفعه المحرمه. أقول: أراد به تقسيم ما يقصد من بيعه الحرام إلى ثلاثة أقسام، و بيان حكم كل منها على حده، و منشأ القسمة هو أن المنفعه المحرمه التي يقصدها المتعاملان إما أن تكون تمام الموضوع في المعاوضه بحيث يرجع مفادها إلى بذل المال بإزاء تلك المنفعه المحرمه لا غير، كالمعاوضه على العنب بشرط التخمير فقط، و على الخشب بشرط صنعه صنما فحسب، و إما أن تكون بنحو الداعى إلى المعاوضه من دون اشتراط فيها كالمعامله على العنب ليجعله خمرا من غير اشتراط لذلك في المعاوضه، و إما أن تكون جزء الموضوع بحيث يرجع مفاد المعاوضه إلى ضم الغايه المحرمه للغايه المحلله، و بذل المال بإزائهما، كبيع الجاربه المغنيه إذا لو حظ بعض الثمن بإزاء صفه الغناء، فهنا مسائل ثلاث. ثم إن الوجوه المذكوره جاربه في الإجاره أيضا، بل هي تزيد على البيع بوجه رابع، و هو أن يؤجر نفسه لفعل الحرام كالزنا و النميمه و الغيبه و القتل و الافتراء، و من هذا القبيل إجاره الجاربه المغنيه للتغنى.

قوله الأولى بيع العنب على أن يعمل خمرا و الخشب على أن يعمل صنما. أقول: ادعى في المستند (1) و في متاجر الجواهر و غيرهما عدم الخلاف بل الإجماع على حرمه الإجاره و البيع، بل كل معامله و تكسب للمحرم سواء اشتراطه في العقد أم حصل اتفاق المتبايعين عليه، كإجاره المساكن و الحمولات للخمر و ركوب الظلمه و إسكانهم للظلم، و بيع العنب و التمر و غيرهما مما يتخذ منه المسكر ليعمل خمرا أو الخشب ليعمل صنما أو بربطا، و إلى هذا القول ذهب بعض أهل الخلاف [1] بل هو ظاهر جميعهم، لنصهم على حرمه الإجاره للأموار

ص: ١٤١

المحرمة، و سيأتي، و لا فرق في ذلك بين الإجاره و سائر المعاملات.

## و كيف كان فالكلام يقع في ناحيتين:

الاولى في جواز بيع المباح على أن يجعل حراما و عدم جوازه. و الثانيه: في بيان أقسام ما يقصد من إجارته الحرام و ذكر أحكامه.

## أما الناحية الاولى في جواز بيع المباح على أن يجعل حراما و عدم جوازه

فالذى يمكن الاستدلال به على حرمه البيع وجوه، الوجه الأول:

أن بيع الأشياء المباحه على أن تصرف في الحرام- كبيع العنب للتخمير، و بيع الخشب لجعله صنما أو آله لهو- إعانه على الإثم، بل في المستند (1) أنه معاونه على الإثم المحرم كتابا و سنه و إجماعا.

و فيه أولا: أن الكبرى ممنوعه إلا في موارد خاصه، كما سيأتي. و ثانيا: أنك علمت في بعض المباحث أن بين عنوان البيع و عنوان الإعانه على الإثم عموما من وجه، لتقوم مفهوم الإعانه بالإقباض و التسليط الخارجى على العين و لو بغير عنوان البيع، مع العلم بصرفها في الحرام و إن كان ينطبق عنوان الإعانه على البيع في بعض الأحيان، و عليه فلا- تستلزم حرمه الإعانه على الإثم حرمه البيع في جميع الموارد.

و ثالثا: أن حرمه المعاوضه لو سلمت لا تدل على فساد المعامله و ضعا، لأنها حرمه تكليفية محضه.

و رابعا: لو قلنا: بدلاله النهى التكليفى على فساد المعامله فإن ذلك فيما إذا كانت المعامله بعنوانها الاولى موردا للنهى، كبيع الخمر، لا بعنوانها العرضى كما في المقام. و هذا لا ينافى ما سلكتناه في بعض المباحث، و أشرنا إليه فيما سبق من كون النواهي في باب المعاملات إرشادا إلى الفساد كالنهي عن البيع الغررى، كما أنها في أبواب الصلاه إرشاد إلى المانع، فإن ذلك فيما لم تقصد المولويه التكليفية من النهى كالنهي عن بيع الخمر.

و خامسا: أن تخلف الشروط الصحيحه إنما يوجب الخيار للمشتري، لان الشروط لا تقابل بجزء من الثمن، و قد حققناه في محله، و التزم به المصنف في باب الشروط، و من الواضح أن الشروط الفاسده لا تزيد على الصحيحه في ذلك، فلا يسرى فساد الشرط إلى العقد و دعوى امتياز الموارد عن بقيه الشروط الفاسده موهونه جدا.

و لو سلمنا أن للشروط حصه من الثمن فيقسط عليها و على المشروط فإنما هو في الشروط التى تجعل على البائع: كأن يشترط المشتري عليه في ضمن العقد خياطه ثوبه أو بنائه داره أو نجاره بابه و نحوها مما يوجب زياده الثمن. و أما الشروط التى تجعل على المشتري: كأن



يشترط البائع عليه صرف المبيع فى جهه خاصه سواء أ كانت محرمة أم محلله فلا تقابل بشىء من الثمن. و إذن فاشترط البائع على المشتري صرف المبيع فى الحرام لا يوجب فساد البيع حتى على القول بالتقسيط.

الوجه الثانى: أن ذلك أكل للمال بالباطل فهو حرام لآيه التجاره. و فيه أولا:

ما عرفته مرارا و ستعرفه من أن الآيه الشريفه مسوقه لبيان الضابطه الكليه فى الأسباب الصحيحه و الأسباب الفاسده للمعاملات، و أن شرائط العوضين خارجه عن حدودها.

و ثانيا: ما عرفته مرارا أيضا من أن الشروط لا تقابل بجزء من الثمن ليلزم من فسادها أكل المال بالباطل، و إنما هى مجرد التزامات لا يترتب على مخالفتها إلا الخيار.

الوجه الثالث: دعوى الإجماع على الحرمة. و فيه مضافا إلى عدم حجيه الإجماع المنقول. أن دعوى الإجماع التعبدى فى المقام موهونه جدا، لإمكان استناد المجمعين الى الوجوه المذكوره فى المسأله.

الوجه الرابع: ما ذكره فى المستند (1) من كونه بنفسه فعلا محرما لما بينا فى موضعه:

أن فعل المباح بقصد التوصل به إلى الحرام محرّم. و فيه أنا لو قلنا: بحرمة مقدمه الحرام فإنما ذلك فى المقدمات التى لا يمكن التفكيك بينها و بين ذى المقدمه بحيث لا يتمكن المكلف بعد إيجاد المقدمه عن ترك ذى المقدمه، فيعاقب على ذلك. و من الضرورى أن بيع المباح بقصد التوصل به إلى الحرام أو بشرط صرفه فيه ليس عله لإيجاده، و إنما هو من الدواعى و التخلف فيها ليس بعزیز.

الرابع: ما توهم من شمول أدله النهى على المنكر للمقام، بدعوى أنه إذا وجب النهى عن المنكر لرفعه فإن النهى عنه لدفعه أولى بالوجوب.

و فيه أنا لو استفدنا من الأدله وجوب النهى عن المنكر لدفعه فلا يمكن الالتزام و بوجوب النهى عنه لرفعه بالفحوى، و أما العكس فلا. و لو أغمضنا عن ذلك فهو إنما يتم إذا علم البائع بأن المشتري يصرف المبيع فى الحرام على حسب الاشتراط، و إلا فلا مقتضى للوجوب، على أن مقتضاه إنما هو مجرد التكليف، و النهى التكليفى فى المعاملات لا يقتضى الفساد.

قوله خبر جابر. أقول: لا. وجه لذكره فى المقام إلا من جهه اتحاد حكم البيع و الإجاره فيما نحن فيه، و إلا فهو أجنبى عن البيع، و صريح فى حرمة الإجاره للغايه المحرمة كما سيأتى.

ص: ١٦٣

## و أما الناحيه الثانيه حكم ما يقصد من إجارته الحرام

و أما الناحيه الثانيه فقد علمت أن ما يقصد من إجارته الحرام يكون على أربعة أقسام الأول: ان يكون متعلق الإجاره من الأمور المحرمه، كأن يؤجر نفسه للعمل الحرام، و هذا لا شبهه في حرمة من حيث الوضع و التكليف، بل لا نعرف فيه خلافا من الشيعه و السنه [١] إلا ما يظهر مما نسب إلى ابي حنيفه في بعض الفروع [٢] و قد عرفت في معنى حرمة البيع أن نفس أدله المحرمات كافيه في حرمة هذا القسم من الإجاره، إذ هي تقتضى الانزجار عنها، و مقتضى العمومات هو وجوب الوفاء بالعقد، و هما لا يجتمعان، و لعل المقصود من خبر جابر الآتى هو هذا القسم أيضا.

الثانى: أن يشترط المؤجر على المستأجر أن ينتفع بالعين المستأجره بالمنافع المحرمه من دون ان يكون أصل الإيجار للحرام، كاستئجار الثياب و الحلى و الأمتعه و الخيام و السيارات و سائر المحموله بشرط الانتفاع بها بالجهات المحرمه، المشهور بيننا و بين العامه [٣] عدم جواز



ذلك، إلا ان الظاهر ان المسأله من صغريات الشرط الفاسد، و بما أنك علمت إجمالاً و ستعلم تفصيلاً ان فساد الشرط لا يستلزم فساد العقد و لا يسرى إليه، فلا موجب لفساد الإجاره من ناحيه الشرط المذكور.

و قد يستدل على الفساد بروايه جابر[١] حيث حكم الامام «ع» فيها بحرمة الأجره فى رجل آجر بيته فيباع فيه الخمر.

و فيه مضافاً إلى ضعف السند فيها. أولاً: أنها أجنبيه عن اشتراط الانتفاع بالعين المستأجره فى الحرام، إذ لا داعى للمسلم ان يؤاجر بيته و يشترط على المستأجر ان ينتفع منها بالمنافع المحرمه، بل موردها فرض العلم بالانتفاع المحرم من غير شرط.

و ثانياً: انها محموله على الكراهه لمعارضتها بحسنه ابن أذينه[٢] الداله على جواز إيجاز الحموله لحمل الخمر و الخنازير.

و جمع المصنف بينهما بأن روايه ابن أذينه محموله على ما إذا اتفق الحمل من غير أن يؤخذ ركناً أو شرطاً فى العقد، بتقريب ان خبر جابر نص فيما نحن فيه و ظاهر فى هذا، و أن حسنه ابن أذينه بالعكس، فيطرح ظاهر كل منهما بنص الآخر.

و فيه أنه قد تقدم فى البحث عن بيع العذره ان المتيقن الخارج عن مقام التخاطب من

الدليلين لا يصح الجمع الدلالي بينهما ما لم يساعده شاهد من النقل و الاعتبار، وإنما هو تبرعى محض.

و من هنا اندفع ما فى التهذيب من انه(إنما حرّم إجاره البيت لمن يبيع الخمر لأن بيع الخمر حرام و أجاز إجاره السفينه يحمل فيها الخمر، لأن حملها ليس بحرام، لأنه يجوز ان يحمل ليجعل خلا، و على هذا لا تنافى بين الخبرين).على انه ذكر فى الحسنه جواز حمل الخمر و الخنازير، و ما ذكره من التوجيه فى حمل الخمر لا يجرى فى حمل الخنازير.

و قد يتوهم عدم نفوذ الإجاره وضعا و حرمتها تكليفا لروايه دعائم الإسلام[١]الظاهره فيهما، و لكنه توهم فاسد لأن هذه الروايه ضعيفه السند و غير منجره بشيء فلا تفى لإثبات المقصود.على انها معارضه بالحسنه المذكوره، فتحمل على الكراهه.

ثم انه بفحوى ما ذكرناه ظهر حكم القسم الثالث و الرابع، أعنى صوره العلم بترتب الحرام على الإجاره من غير ان يجعل شرطا فى العقد أو داعيا إليها، و صوره ان يكون ترتب الحرام داعيا لإنشاء المعامله. و يتضح ذلك و ضوحا من المسأله الثانيه و الرابعه.

(قوله بل الأظهر فساده و إن لم نقل بإفساد الشرط الفاسد). أقول: قد سمعت كون المسأله من صغريات الشرط الفاسد، و دعوى الخصوصيه فيها و امتيازها عن سائر الشروط الفاسده مجازفه.

قوله مع ان الجزء اقبل للتفكيك بينه و بين الجزء الآخر من الشرط و المشروط).

أقول: جواز الانحلال و التقسيط فى الاجزاء الخارجيه و إن كان صحيحا كما أشرنا اليه، و سيأتى تفصيله فى بيع ما يملك و ما لا يملك، إلا انه غير صحيح فى الاجزاء التحليليه العقلية فإن الانحلال فى ذلك باطل جزما، و من ذلك يظهر ان بطلان بيع الآلات اللهويه لا- يستلزم بطلان البيع فيما إذا كان الشرط؟؟؟؟ الشرط إنما جعل بإزاء نفس المال فقط، و ليس للشرط حصه من الثمن، ليقاس ببيع الآلات المحرمه.

### حكم بيع الجاريه المغنيه

قوله المسأله الثانيه يحرم المعاوضه على الجاريه المغنيه. أقول: محصل كلامه: ان الصفات سواء كانت محلله أم محرمة قد تكون داعيه الى المعاوضه، و لا دخل لها فى المعاوضه

بأكثر من ذلك، وقد تكون دخيله في ازدياد الثمن فيها، وقد تكون أجنيبه عنها أصلاً، أما الأول و الثالث فلا ريب في صحه المعاوضه فيهما، لأن المفروض أن الصفه المحرمه لم توجب زياده في الثمن، وكذا الثاني لو كانت الصفه الموجهه لازدياد الثمن هي الصفه المحلله، و أما لو كان الموجب للزياده هي الصفه المحرمه فلا شبهه في فساد المعاوضه حينئذ، كملاحظه صفه التغنى في بيع الجاريه المغنيه، و المهاره في القمار و السرقة و اللهو في بيع العبد، و وجه الفساد أن بذل شىء من الثمن بملاحظه الصفه المحرمه أكل للمال بالباطل، و أما التفكيك بين القيد و المقيد فيحكم بصحه العقد في المقيد و بطلانه في القيد بما قابله من الثمن فتوهم فاسد، لأن القيد أمر معنوى لا يوزع عليه شىء من المال.

أقول: تحقيق المسأله في جهتين، الأولى: من حيث القواعد، و الثانية: من حيث الروايات. أما الجهه الأولى: فالقاعده تقتضى صحه المعاوضه في جميع الوجوه المذكوره، لوجهين، الوجه الأول: أن بعض الأعمال كالخياطه و نحوها و إن صح أن تقع عليه المعاوضه و أن يقابل بالمال إذا لو حظ على نحو الاستقلال، إلا أنه إذا لوحظ و صفا في ضمن المعاوضه فإنه لا يقابل بشىء من الثمن، و إن كان بذل المال بملاحظه وجودها. و عليه فحرمه الصفه لا تستلزم حرمه المعاوضه في الموصوف، و إنما هي كالشروط الفاسده لا توجب إلا الخيار.

الوجه الثانى: لو سلمنا أن الأوصاف تقابل بجزء من الثمن فان ذلك لا يستلزم بطلان المعامله، إذ الحرام إنما هي الأفعال الخارجيه من التغنى و القمار و الزنا دون قدره عليها التي هي خارجه عن اختيار البشر.

على أنه قد ورد في الآيات و الأحاديث (١): أن قدره الإنسان على المحرمات قد توجب كونه أعلى منزله من الملائكه، فإن الإنسان يحتوى على القوه القدسيه التي تبعث إلى الطاعه، و القوه الشهويه التي تبعث إلى المعصيه، فإذا ترك مقتضى الثانيه و انبعث بمقتضى الأولى فقد حصل على أرقى مراتب العبوديه. و هذا بخلاف الملك، فإنه لا اختصاصه بالقوه الروحيه و الملكه القدسيه الباعثه إلى الطاعه و الرادعه عن المعصيه، و لعرائه عن القوه الأخرى الشهويه لا يعصى الله، فيكون الإنسان الكامل أفضل من الملك، و تفصيل الكلام في محله.

و أما الجهه الثانيه فقد استفاضت الروايات من الشيعة [١]

ص: ١٦٧

و السنه [١] على حرمه بيع الجواز المغنيات، و كون ثمنهن سحتا كئمن الكلب، و أكثر هذه الروايات و إن كان ضعيف السند، و لكن فى المعبر منها غنى و كفايه.

و قد يتوهم وقوع المعاوضه بينها و بين ما دل على جواز البيع و الشراء للتذكير بالجنه

ص: ١٦٨

و فيه أولا: أنهما ضعيفتا السند و غير منجرتين بشىء. و ثانيا: أن روايه الصدوق خارجه عن محل الكلام أصلا، فإن المفروض فيها شراء الجاربه التى لها صوت، و مورد البحث هنا بيع الجاربه المغنيه و بينهما بون بعيد، و أما روايه الدينورى فهى راجعه إلى البيع و الشراء لطلب الرزق و تحصيله فقط لا سوى ذلك، فلا يكون حراما على أن المحرم إنما هو التغنى الخارجى، و أما مجرد القدره عليه فليس بحرام جزما.

ثم الظاهر من الأخبار المانعه هو أن الحرام إنما هو بيع الجوارى المغنيه المعده للتلهى و التغنى كالمطربات اللاتى يتخذن الرقص حرفه لهن، و يدخلن على الرجال، إذ من الواضح جدا ان القدره على التغنى كالقدره على بقيه المحرمات ليست بمبغوضه ما لم يصدر الحرام فى الخارج كما عرفت. على أن نفعها لا ينحصر بالتغنى لجواز الانتفاع بها بالخدمه و غيرها.

و مع الإغضاء عن جميع ذلك أن بيعها بقصد الجهه المحرمه لا يكون سببا لوقوع الحرام، لبقاء المشتري بعد على اختياره فى أن ينتفع بها بالمنافع المحرمه إن شاء أو بالمنافع المحلله، و عليه فلا موجب لحرمه البيع إلا من جهه الإعانه على الإثم، و هى بنفسها لا تصلح للمانعيه قال السيد (ره) فى حاشيته على المتن: (و يمكن الاستدلال بقوله «ع» فى حديث تحف العقول أو شىء يكون فيه وجه من وجوه الفساد خصوصا بقريته تمثيله بالبيع بالربا، و ذلك لأن المبيع فى بيع الربا ليس مما لا يجوز بيعه، بل الوجه فى المنع هو خصوصيه قصد الربا، ففى المقام أيضا الجاربه من حيث هى ليست مما لا يجوز بيعها، لكن لو قصد بها الغناء يصدق أن فى بيعها وجه الفساد).

و فيه مضافا إلى وهن الحديث من حيث السند، أنه لا مورد للقياس، لأن البيع الربوى

حرام لذاته، وبيع الجارية لو كان حراما فإنما هو حرام لأجل قصد التغنى، فالحرمة عرضيه و القياس مع الفارق.

### حرمة كسب المغنيه

لا بأس بالإشارة إلى حكم كسب المغنيه و إن لم يتعرض له المصنف. فنقول: إنه ورد في جملة من الروايات [١] عدم جواز كسب المغنيه، و أنها ملعونه، و ملعون من أكل من كسبها، فيدل ذلك على حرمة كسبها وضعا و تكليفا، على أنه يكفي في الحرمة جعلهن الأفعال المحرمة موردا للتكسب، كالتغنى و الدخول على الرجال و غيرهما، لما علمت سابقا، من أن أدله صحة العقود، و وجوب الوفاء بها مختصه بما إذا كان العمل سائغا في نفسه، فلا وجه لرفع اليد بها عن دليل حرمة العمل في نفسه، نعم لو دعين لزف العرائس، و لم يفعلن شيئا من الأفعال المحرمة فلا بأس بكسبهن، و قد ورد ذلك في روايه أبي بصير، و ذكرناها في الهامش. و من جميع ما ذكرناه ظهر حكم الرجل المغنى أيضا.

### حكم بيع العنب ممن يجعله خمرا

قوله المسألة الثالثة يحرم بيع العنب ممن يعمله خمرا بقصد أن يعمله إلخ. أقول:

قد وقع الخلاف بين الفقهاء فى جواز بيع الأشياء المباحه ممن يعلم البائع أنه يصرفه فى الحرام و عدم جوازه، ففى المختلف (١): (إذا كان البائع يعلم ان المشتري يعمل الخشب صنما أو شيئا من الملاهى حرم بيعه و إن لم يشترط فى العقد ذلك، لنا أنه قد اشتمل على نوع مفسده، فيكون محرما، لأنه إعانه على المنكر). و نقل عن ابن إدريس جواز ذلك، لأن الوزر على من يجعله كذلك، لا- على البائع، و فصل المصنف (ره) بين ما لم يقصد منه الحرام فحكم بجواز بيعه، و بينما يقصد منه الحرام فحكم بحرمته، لكونه إعانه على الإثم، فتكون محرمة بلا خلاف. و قد وقع الخلاف فى ذلك بين العامه أيضا [١].

أما ما ذكره المصنف (ره) من التفصيل فيرد عليه أولا: أن مفهوم الإعانه على الإثم و العدوان كمفهوم الإعانه على البر و التقوى أمر واقعى لا يتبدل بالقصد، و لا يختلف بالوجوه و الاعتبار.

و ثانيا: لا دليل على حرمه الإعانه على الإثم ما لم يكن التسبيب و التسبب فى البين كما سيأتى.

و ثالثا: أنا إذا سلمنا حرمه البيع مع قصد الغايه المحرمه لصدق الإعانه على الإثم عليه فلا بد من الالتزام بحرمه البيع مع العلم بترتب الحرام أيضا، لصدق الإعانه على الإثم عليه أيضا. و إن قلنا بالجواز فى الثانى من جهه الأخبار المجوزه فلا بد من القول بالجواز فى الأول أيضا، لعدم اختصاص الجواز الذى دلت عليه الاخبار بفرض عدم القصد.

و رابعا: أنا لم نستوضح الفرق بين القسمين، فان القصد بمعنى الإراده و الاختيار يستحيل ان يتعلق بالغايه المحرمه فى محل الكلام، لأنها من فعل المشتري، إذ هو الذى يجعل العنب خمرا و الخشب صنما، فلا معنى لفرض تعلق القصد بالغايه المحرمه، و أما القصد بمعنى

ص: ١٧١

العلم و الالتفات فهو مفروض الوجود فى القسمين فلا وجه للتفصيل بينهما، نعم يمكن ان يكون الداعى إلى بيع البائع هو ترتب الغايه المحرمه تاره، و غير ذلك تاره أخرى، مع العلم بترتبها فى الخارج، و لكن هذا لا يكون سببا فى اختلاف صدق الإعانه عليهما، لأن دعوه الحرام الى الفعل ليست شرطا فى صدق الإعانه على الإثم، و هو واضح، إذن فلا وجه للتفصيل المذكور فى كلام المصنف.

**ثم إن تحقيق هذه المسأله يقع تاره من حيث الروايات، و اخرى من حيث القواعد،**

### **أما الصوره الأولى**

فالكلام فيها من جهتين، الأولى: فى الحرمة الوضعيه، و الثانيه: فى الحرمة التكليفيه.

أما الجهه الأولى: فربما يقال بفساد المعاوضه مع العلم بصرف المبيع أو الانتفاع بالعين المستأجره فى الجهه المحرمه. لخبر جابر المتقدم (عن الرجل يؤاجر بيته فيباع فيه الخمر؟ قال حرام أجرته). فإنه لا وجه لحرمة الأجره إذا كانت المعامله صحيحه، و بعدم القول بالفصل بين الإجاره و البيع يتم المقصود.

و فيه مضافا الى ضعف السند فيه، و اختصاصه بالإجاره، انه لا بد من حملة على الكراهه لمعارضته بحسنه ابن أذينه المتقدمه التى دلت على جواز إجاره الحموله لحمل الخمر و الخنازير.

و أما الجهه الثانيه فقد يقال: بحرمة البيع تكليفا، لما دل من الاخبار على حرمة بيع الخشب ممن يتخذه صلبانا، و قد تقدم ذكرها فى البحث عن بيع آله الله، و بعدم القول بالفصل بين موردها و غيره يتم المطلوب.

و لكن يعارضها ما ورد من الاخبار المتظافره [١] الداله على جواز بيع العنب و التمر و عصيرهما ممن يجعلها خمرا، بدعوى عدم الخصوصيه فى موردها، لعدم القول بالفصل بين



هذه الموارد و بين غيرها، إذ لو قيل: بالجواز قيل به مطلقا، وإلا فلا.

و قد يوجه ما ذكر في روايتي رفاعه و أبي كهمس المذكورتين في الحاشيه من بيعهم «ع» تمرهم ممن يجعله خمرا: بأن يراد من لفظ الخمر فيهما العصير المغلى، و لم يذهب ثلثاه فان

ص: ١٧٣

ظاهر غير واحده من الروايات ان شربه كان متعارفا في زمان الصادق «ع». إذن من المستبعد جدا انهم عليهم السلام يبيعون تمرهم في كل سنه ممن يصنعه خمرا.

و فيه أن استعمال الخمر في العصير المغلى مجازا و ان صح إلا أنه لا يمكن الالتزام به مع عراء الكلام عن القرينه المجوزه على أن هذا الحمل إنما يصح على القول بنجاسه عصير التمر أو بحرمة بعد غليانه، و لم يثبت شىء منهما، بل الظاهر طهارته و إباحته ما لم يكن مسكرا و عليه فلا مجوز لإطلاق لفظ الخمر أو الشراب الخبيث عليه.

قال المصنف: (فالأولى حمل الأخبار المانعه على الكراهه لشهاده غير واحد من الأخبار على الكراهه، كما أفتى به جماعه و يشهد له روايه رفاعه [١] عن بيع العصير ممن يصنعه خمرا قال: بعه ممن يطبخه أو يصنعه خلا أحب إلى و لا أرى به- بالأول- بأسا).

و فيه أولا: أنه معارض بما في بعض الروايات من بيعهم عليهم السلام تمرهم ممن يجعله شرابا خبيثا على ما أشرنا إليه، لبعده صدور الفعل المكروه منهم «ع» دفعه واحده فضلا عن الدفعات، و بما في بعض روايات الباب من تعليل جواز البيع بأنه قد وقع على العنب الحلال و إنما المشتري جعله حراما أبعد الله و أسحقه، فلا تزر وازره و زر اخرى، و قد ذكرنا الروايات في الحاشيه.

و ثانيا: أن كون بيع العصير ممن يجعله خلا- أحب الى الامام «ع»- يدل على كراهه بيعه ممن يجعله خمرا، خصوصا مع تصريحه «ع» فيها بالجواز ب قوله و لا أرى بالأول بأسا نعم لو كان لفظ الروايه: إنى لا أحب بيعه ممن يجعله خمرا، لكان دالا على كراهه البيع. ثم إنه لم نجد روايه تدل على الكراهه غير روايه الحلبي التى نسبها المصنف إلى رفاعه و قد عرفت عدم دلالتها على ذلك و إذن فلا وجه لقول المصنف: (لشهاده غير واحد من الأخبار على الكراهه).

قال السيد فى حاشيته ما ملخصه: أنه يمكن الجمع بحمل الأخبار المجوزه على صورته العلم بأن ذلك عمل المشتري و إن لم يعلم بصرف هذا المبيع الخاص فى المحرم، و حمل الأخبار المانعه على صورته العلم بصرفه فى الحرام. و يمكن الجمع أيضا بحمل المانعه على العلم بقصد المشتري صرفه فى الحرام، و حمل المجوزه على العلم بالتخمير مع عدم العلم بأن قصده ذلك.

و يرد على الوجهين: أنهما من الجموع التبرعيه، فلا شاهد لهما.

و فى المتن (وقد يجمع بينها و بين الاخبار المجوزه بحمل المانع على صورته اشتراط جعل الخشب صليبا أو صنما أو توأطئهما عليه).

و فيه مضافا الى إطلاق الروايات المانعه، و عدم تقيدها بصوره الاشتراط، و إطلاق الروايات المجوزه، و عدم تقيدها بصوره عدم الاشتراط. أنه يرد عليه أولا: ما فى المتن من أنه لا داعى للمسلم الى هذا النحو من البيع ثم سؤاله عن حكمه.

و ثانيا: أن ذكر جواز بيع الخشب ممن يجعله برابط، و عدم جواز بيعه ممن يجعله صلبانا فى روايتى ابن أذينه و المقنع [١] لا يلائم هذا الجمع ضروره أن حمل روايه واحده على جهتين متنافيتين من غير تقييد شبيه بالجمع بينهما، فإن السؤال إن كان عن جواز البيع مع اشتراط الصرف فى جهه الحرام فلا- يلائمه الجواب بجواز البيع فيما جعله برابط، و إن كان السؤال عن الجواز مع عدم الاشتراط فلا يلائمه الجواب بعدم الجواز فيما جعله أصنما أو صلبانا و الذى ينبغى أن يقال: إنه إذا تم عدم الفصل بين موارد الروايات المجوزه و المانع كان من قبيل تعارض الدليلين، فيؤخذ بالطائفة المجوزه، لموافقته لعمومات الكتاب، كقوله تعالى: (أَوْفُوا بِالْعُقُودِ) ، (وَ أَحَلَّ اللَّهُ الْبَيْعَ) ، (وَ تِجَارَةً عَنْ تَرَاضٍ) ، و إن لم يثبت عدم الفصل بين موارد كما احتمله المصنف و جب أن يقتصر بكل طائفة على موردها و لا تصل النوبه إلى التعارض بينهما، و العمل بقواعده، و هذا هو الظاهر من الروايات، و تشهد له أيضا روايه ابن أذينه المفصله بين الأصنام و البرابط.

و يقربه: أن شرب الخمر و صنعها، أو صنع البرابط و ضربها و إن كانت من المعاصى الكبيره و الجرائم الموبقه، إلا أنها ليست كالشرك بالله العظيم، لأن الله لا يغفر أن يشرك به و يغفر ما دون ذلك، و عليه فيمكن اختلاف مقدمه الحرام من حيث الجواز و عدمه باختلاف ذى المقدمه من حيث الشده و الضعف. و دعوى الإجماع على عدم الفصل دعوى جزافيه، لذهاب صاحبى الوسائل و المستدرک فى عناوين الأبواب من كتابيهما الى التفصيل مضافا الى عدم حجيه الإجماع المنقول فى نفسه.

هذا كله بحسب الروايات، و حاصل جميع ما ذكرناه: أنه ليس فى الروايات ما يدل على

حرمه بيع المباح ممن يجعله حراما.

## و أما الصورة الثانية (أعنى التكلم فى حكم المسأله من حيث القواعد)

فالكلام فيها من نواحى شتى، الأولى: فى تحقيق مفهوم الإعانه و بيان ما يعتبر فيه، الثانية: فى حكم الإعانه على الإثم، الثالثة: أنه على القول بحرمه الإعانه على الإثم فهل هى كحرمه الظلم لا تختلف بالوجوه و الاعتبار، و لا تقبل التخصيص و التقييد، أو هى كحرمه الكذب التى تختلف بذلك و عليه فتتصف بالأحكام الخمسه.

## حقيقه الإعانه و مفهومها

ما حقيقه الإعانه و مفهومها؟ الظاهر أن مفهوم الإعانه كسائر المفاهيم التى لا يمكن تحديدها إلا بنحو التقريب، فمفهوم الماء مثلا مع كونه من أوضح المفاهيم ربما يشك فى صدقه على بعض المصاديق على ما اعترف به المصنف فى أول كتاب الطهاره.

و قد وقع الخلاف فى بيان حقيقه الإعانه على وجوه، الأول: ما استظهره المصنف من الأكثر، و هو أنه يكفى فى تحققها مجرد إيجاد مقدمه من مقدمات فعل الغير و إن لم يكن عن قصد، و الثانى: ما أشار إليه فى مطلع كلامه من أن الإعانه هى فعل بعض مقدمات فعل الغير بقصد حصوله منه، لا مطلقا، ثم نسبه الى المحقق الثانى و صاحب الكفايه، و الثالث:

ما نسبه الى بعض معاصريه، من أنه يعتبر فى تحقق مفهومها وراء القصد المذكور وقوع الفعل المعان عليه فى الخارج، و الرابع: ما نسبه الى المحقق الأردبيلى من تعليقه صدق الإعانه على القصد أو الصدق العرفى، بداهه أن الإعانه قد تصدق عرفا فى موارد عدم وجود القصد مثل أن يطلب الظالم العصا من شخص لضرب مظلوم فيعطيه إياها، أو يطلب القلم لكتابه ظلم فيعطيه أباه، و نحو ذلك مما يعد معونه عرفا، و الخامس: الفرق بين الإعانه فى المقدمات القريبه فتحرم و بين المقدمات البعيده فلا تحرم، السادس: عدم اعتبار شىء فى صدق الإعانه إلا وقوع المعان عليه فى الخارج.

و أوجهها هو الوجه الأخير، و تحقيق ذلك بيان أمرين: الأول فى بيان عدم اعتبار العلم و القصد فى مفهوم الإعانه، و الثانى فى بيان اعتبار وقوع المعان عليه فى صدقها.

أما الأمر الأول: فإن صحه استعمال كلمه الإعانه و ما اقتطع منها فى فعل غير القاصد بل و غير الشاعر بلا عنايه و علاقته تقتضى عدم اعتبار القصد و الإراده فى صدقها لغه، كقوله «ع» فى دعاء أبى حمزه الشمالى: (و أعانى عليها شقوتى) و قوله تعالى (١):

ص: ١٧٤

(وَاسْتَعِينُوا بِالصَّبْرِ وَالصَّلَاةِ). و في بعض الروايات [١] أن المراد بالصبر هو الصوم.

و في أحاديث الفريقين [٢]: (من أكل الطين فمات فقد أعان على نفسه). و من البديهي أن أكل الطين لم يقصد موته بذلك، بل يرى أن حياته فيه. و في روايه أبي بصير [٣]:

(فأعينونا على ذلك بورع و اجتهاد). و من المعلوم أن المعين على ذلك بالورع و الاجتهاد لا يقصد الإعانه عليه في جميع الأحيان، و كذلك ما في بعض الأحاديث [٤] من قوله «ع»:

(من أعان على قتل مؤمن و لو بشطر كلمه). و كذلك قوله (صلى الله عليه و آله) [\(١\)](#): (من تبسم على وجه مبدع فقد أعان على هدم الإسلام). و في روايه أبي هاشم الجعفرى [\(٢\)](#): (و رزقك

ص: ١٧٧

---

١-١) راجع ج ٢ المستدرک ص ٣٨٩.

٢-٢) راجع ج ٣ الوافى باب تذاكر الاخوان ص ١١٦.

العافية فأعانتك على الطاعة). و فى الصحيفه الكامله السجديه فى دعائه عليه السلام فى طلب الحوائج (و اجعل ذلك عوناً لى) و أيضاً يقال: الصوم عون للفقير، و الثوب عون للإنسان، و سرت فى الماء و أعاننى الماء و الريح على السير، و أعاننى العصا على المشى، و كتبت باستعانه القلم، الى غير ذلك من الاستعمالات الكثيره الصحيحه، و دعوى كونها مجازات جزافيه لعدم القرينه عليها.

و نتيجه جميع ذلك أنه لا يعتبر فى تحقق مفهوم الإعانه علم المعين بها. و لا اعتبار الداعى إلى تحققها، بلديه صدق الإعانه على الإثم على إعطاء العصا لمن يريد ضرب اليتيم و ان لم يعلم بذلك، أو علم و لم يكن إعطاؤه بداعى وقوع الحرام كما لا يخفى.

و يدل على ما ذكرناه ما تقدمت الإشاره إليه من أن القصد سواء كان بمعنى الإراده و الاختيار أم بمعنى الالتفات لا يعتبر فى مفهوم الإعانه.

و على الجملة لا- نعرف وجهها صحيحاً لاعتبار القصد بأى معنى كان فى صدق الإعانه، و من هنا لا نظن أن أحداً ينكر تحقق الإعانه بإعطاء السيف أو العصا لمن يريد الظلم أو القتل و لو كان المعطى غير ملتفت الى ضمير مريد الظلم أو القتل، أو كان غافلاً عنه. نعم لو نسب ذلك الى الفاعل المختار انصرف الى صورته العلم و الالتفات.

و أما الأمر الثانى فالذى يوافق الاعتبار و يساعد عليه الاستعمال هو تقييد مفهوم الإعانه بحسب الوضع بوقوع المعان عليه فى الخارج، و منع صدقها بدونها. و من هنا لو أراد شخص قتل غيره بزعم أنه مصون الدم، و هياً له ثالث جميع مقدمات القتل، ثم أعرض عنه مريد القتل، أو قتله ثم بان أنه مهدور الدم فإنه لا يقال: إن الثالث أعان على الإثم بتهيئه مقدمات القتل، كما لا تصدق الإعانه على التقوى إذا لم يتحقق المعان عليه فى الخارج، كما إذا رأى شبحاً يغرق فتوهم أنه شخص مؤمن فأنقذه إعانه منه له على التقوى فبان أنه خشبه و قد يمنع من اعتبار وقوع المعان عليه فى الخارج فى مفهوم الإعانه و صدقها، بدعوى أنه لو أراد رجلاً- التهجم على بيضه الإسلام أو على قتل النفوس المحترمه فهياً لهما آخران جميع مقدمات القتال فمضى أحدهما و ندم الآخر، فإنه لا- شبهه فى استحقاق كل من المهين الدم و اللوم من جهه الإعانه على الإثم و إن تحقق الفعل المعان عليه فى أحدهما و لم يتحقق فى الآخر، فلو كان ذلك شرطاً فى صدق الإعانه لم يتوجه الدم إلا على الأول.

و فيه أن الصادر من النادم ليس إلا التجرى، و هو على تقدير الالتزام بقبحه و استحقاق العقاب عليه لا يصدق عليه الإثم لتكون الإعانه عليه إعانه على الإثم. و أما إذا قلنا بعدم استحقاق العقاب عليه فان الأمر أوضح، مع أنه لا مضايقه فى صحه ذم معينه، بل فى

صححه

عقابه أيضا بناء على حرمة الإعانة على الإثم و صحه العقاب على التجري، فإن المعين حينئذ يرى نفسه عاصيا لتخيله أنه معين على الإثم فهو متجر في فعله، و المفروض أن التجري يوجب استحقاق العقاب.

و قد تجلى من جميع ما ذكرناه ما فى بقيه الوجوه و الأقوال المتقدمه من الوهن و الخلل.

كما اتضح ضعف ما أورده المصنف على بعض معاصريه من أن (حقيقه الإعانه على الشىء هو الفعل بقصد حصول ذلك الشىء سواء حصل فى الخارج أم لا، و من اشتغل ببعض مقدمات الحرام الصادر من الغير بقصد التوصل اليه فهو داخل فى الإعانه على الإثم.

ثم لا- يخفى: أن عنوان الإعانه كما يتوقف على تحقق الفعل المعان عليه فى الخارج فكذلك يتوقف على تحقق المعين و المعان: بأن يكونا مفروضى الوجود مع قطع النظر عن تحقق الإعانه فى الخارج ليقع فعل المعين فى سلسله مقدمات فعل المعان، فيكون عنوان الإعانه بهذا الاعتبار من الأمور الإضافيه، و عليه فإيجاد موضوع الإعانه كتوليد المعين مثلا- خارج عن حدودها. و إلا- لحرم التناكح و التناسل. للعلم العادى بأن فى نسل الإنسان فى نظام الوجود من يرتكب المعاصى، و تصدر منه القبائح.

و أما مسير الحاج و متاجره التاجر مع العلم بأخذ المكوس و الكمارك، و هكذا عدم التحفظ على المال مع العلم بحصول السرقة كلها داخل فى عنوان الإعانه، فإنه لا وجه لجعل أمثالها من قبيل الموضوع للإعانه و خروجها عن عنوانها، كما زعمه شيخنا الأستاذ و المحقق الايروانى، كما لا- وجه لما ذهب اليه المصنف (ره) من إخراجها عن عنوان الإعانه من حيث إن التاجر و الحاج غير قاصدين لتحقيق المعان عليه، لما عرفت من عدم اعتبار القصد فى صدقها.

و قد ظهر من مطاوى جميع ما ذكرناه: أن المدار فى عنوان الإعانه هو الصدق العرفى، و عليه فلا يفرق فى ذلك بين المقدمات القريبه و المقدمات البعيده، و لذلك صح إطلاق المعين على من تسبب فى قضاء حوائج الغير و لو بوسائط بعيده.

### حكم الإعانه على الإثم

ما حكم الإعانه على الإثم؟ الظاهر جواز ذلك لانه مقتضى الأصل الاولى، و لا دليل يثبت حرمة الإعانه على الإثم و إن ذهب المشهور و بعض العامه [١] إلى الحرمة، و عليه

فالحكم هو جواز الإعانة عليه إلا ما خرج بالدليل، كإعانة الظالمين و إعانة أعوانهم و تهيئه مقدمات ظلمهم، لاستفاضه الروايات على حرمة إعانتهم و تقويتهم و تعظيم شوكتهم و لو بمدى قلم أو بكتابه رقعته أو بجبايه خراج و نحوها، و سيأتي هذه الروايات فى البحث عن معونه الظالمين، بل الحرمة فى هذا النحو من الإعانة مما استقل به العقل، و قامت عليه ضروره العقلاء، بل قال فى العروه فى مسأله ٢٩ من صلاه المسافر: إنه لو كانت تبعيه التابع إعانة للجائر فى جوره و جب عليه التمام و إن كان سفر الجائر طاعه فإن التابع حينئذ يتم مع أن المتبوع يقصر.

قوله بعموم النهى عن التعاون على الإثم و العدوان. أقول: استدلو على حرمة الإعانة على الإثم بوجوه، الوجه الأول: قوله تعالى (١): (وَتَعَاوَنُوا عَلَى الْبِرِّ وَ التَّقْوَى وَ لَا تَعَاوَنُوا عَلَى الْإِثْمِ وَ العُدْوَانِ). فان ظاهرها حرمة المعاونه على الإثم و العدوان مطلقا.

و فيه أن التعاون عباره عن اجتماع عده من الأشخاص لإيجاد أمر من الخير أو الشر ليكون صادرا من جميعهم، كنهب الأموال و قتل النفوس و بناء المساجد و القناطر. و هذا بخلاف الإعانة فإنها من الافعال، و هى عباره عن تهيئه مقدمات فعل الغير مع استقلال ذلك الغير فى فعله، و عليه فالنهي عن المعاونه على الإثم لا يستلزم النهى عن الإعانة على الإثم فلو عصى أحد فأعانه الآخر فإنه لا يصدق عليه التعاون بوجه، فان باب التفاعل يقتضى صدور الماده من كلا الشخصين، و من الظاهر عدم تحقق ذلك فى محل الكلام.

نعم قد عرفت فيما سبق حرمة التسبب الى الحرام و جعل الداعى إليه، لكن حرمة ذلك لا تستلزم الحرمة فى المقام.

الوجه الثانى: ادعاء الإجماع على ذلك. و فيه أنها دعوى جزافيه، لاحتمال كون مدرك المجمعين هى الوجوه المذكوره فى المسأله، فلا يكون إجماعا تعديا. مضافا الى عدم حجيه الإجماع المنقول فى نفسه.

الوجه الثالث: أن ترك الإعانة على الإثم دفع للمنكر، و دفع المنكر واجب كرفعه، و اليه أشار المحقق الأردبيلى فى محكى كلامه، حيث استدل على حرمة بيع العنب فى المسأله

ص: ١٨٠



بأدله النهى عن المنكر، واستشهد له المصنف بروايه أبي حمزه [١] عن أبي عبد الله «ع» من أنه لو لا أن بنى أميه وجدوا لهم من يكتب و يجبى لهم الفىء و يقاتل عنهم و يشهد جماعتهم لما سلبوا حقنا).

و فيه أولاً: أن الاستدلال بدفع المنكر هنا إنما يتجه إذا علم المعين بانحصار دفع الإثم بتركه الإعانة عليه، و أما مع الجهل بالحال، أو العلم بوقوع الإثم بإعانة الغير عليه فلا يتحقق مفهوم الدفع.

و ثانياً: أن دفع المنكر إنما يجب إذا كان المنكر مما اهتم الشارع بعدم وقوعه، كقتل النفوس المحترمة، و هتك الاعراض المحترمة، و نهب الأموال المحترمة، و هدم أساس الدين و كسر شوكة المسلمين، و ترويع بدع المضلين و نحو ذلك، فان دفع المنكر فى هذه الأمثلة و نحوها واجب بضروره العقل و اتفاق المسلمين، و قد ورد الاهتمام به فى بعض الأحاديث [٢] و أما فى غير ما يهتم الشارع بعدمه من الأمور فلا دليل على وجوب دفع المنكر، و على كلا الوجهين فالدليل أخص من المدعى.

و أما النهى عن المنكر فإنه و إن كان سبيل الأنبياء و منهاج الصالحاء و فريضه عظيمه بها تقام الفرائض و تحل المكاسب و ترد المظالم، إلا- أنه لا- يدل على وجوب دفع المنكر، فان معنى دفع المنكر هو تعجيز فاعله عن الإتيان به و إيجاداه فى الخارج سواء ارتدع عنه باختياره أم لم يرتد، و النهى عن المنكر ليس إلا ردع الفاعل و زجره عنه على مراتبه المقرره فى الشريعه المقدسه. و على الإجمال: إنه لا- وجه لقياس دفع المنكر على رفعه. و أما روايه أبي حمزه فمضافا الى ضعف السند فيها أنها أجنبيه عن رفع المنكر فضلا عن دفعه، لا اختصاصها بحرمه إعانة الظلمه.

قال المحقق الايروانى: (الرفع هنا ليس إلا الدفع فمن شرع بشرب الخمر بالنسبه إلى جرعه شرب لا معنى للنهى عنه و بالنسبه الى ما لم يشرب كان النهى دفعا عنه).

و فيه أن مرجع الرفع و إن كان الى الدفع بالتحليل و التدقيق إلا- أن الاحكام الشرعيه و موضوعاتها لا- تبتنى على التدقيقات العقلية، و لا شبهه فى صدق رفع المنكر فى العرف و الشرع على منع العاصى عن إتمام المعصيه التى ارتكبها بخلاف الدفع.

قوله و توهم أن البيع حرام على كل أحد فلا يسوغ لهذا الشخص فعله معتذرا بأنه لو تركه لفعله غيره. أقول: محصل الاشكال ما ذكره المحقق الايروانى: من أن النهى عن الطبيعه ينحل إلى نواهى متعدده حسب تعدد أفراد تلك الطبيعه على سبيل العموم الاستغراقى فكان كل فرد تحت نهى مستقل، و على هذا فترك بيع فرد من العنب دفع لتخمير هذا الفرد و إن علم أن عنباً آخر يباع و يخمر لو لم يبع هو هذا، فإذا تراكت التروك بترك هذا للبيع و ترك ذاك له و هكذا حصل ترك التخمير رأساً، و كان كل ترك مقدمه لترك فرد من الحرام، لا أن مجموع التروك يكون مقدمه لترك حرام واحد.

و فيه أن النهى إنما ينحل إلى أفراد الطبيعه، لأن معنى النهى عن الشئ عبارة عن الزجر عنه، لما فيه من المفسده الإلزاميه، فإذا توجه النهى إلى طبيعه ما و كان كل واحد من أفرادها مشتملاً على المفسده الإلزاميه فلا محاله ينحل ذلك النهى إلى نواهى عديده حسب تعدد الافراد، و أما فى مثل المقام فإن منشأ النهى فيه هو أن لا- يتحقق الإثم فى الخارج، فالغرض منه إنما هو الوصول الى ذلك، فإذا علم صدور الإثم فى الخارج و لو مع ترك الإعانه من شخص خاص فلا موجب لحرمتها، و هذا كما إذا نهى المولى عبيده عن الدخول عليه فى ساعه عينها لفراغه، فان غرضه يفوت إذا دخل عليه واحد منهم، فترفع المبعوضيه عن دخول غيره.

و يدلنا على ذلك ما فى الروايات المتقدمه من تجويزهم عليهم السلام بيع العنب و التمر و عصيرهما ممن يصنعها خمراً، إذ لو لم تدل تلك الروايات على عدم حرمة الإعانه على الإثم مطلقاً فلا أقل من دلالتها على عدم الحرمة فيما إذا علم المعين تحقق الحرام فى الخارج على كل حال.

إذن فما نحن فيه من قبيل رفع الحجر الثقيل الذى لا يرفعه إلا جماعه من الناس، فان الوجوب يرتفع عن الجماعه بمخالفه شخص واحد منهم، و هكذا ما نحن فيه، لان عدم تحقق المعصيه من مشترى العنب يتوقف على ترك كل أرباب العنب للبيع، لان ترك المجموع سبب واحد لترك المعصيه، كما أن بيع أى واحد منهم على البدل شرط لتحقيق المعصيه من المشتري.

قد عرفت فيما تقدم: أن جواز الإعانة على الإثم هو مقتضى الأصل لعدم الدليل على التحريم، ويمكن الاستدلال عليه مضافا الى ذلك بأمور:

الأول: انه لو لم تجز الإعانة على الإثم لما جاز سقى الكافر، لكونه إعانة على الإثم، لتنجس الماء بمباشرته إياه، فيحرم عليه شربه، لكن السقى جائز، لقوله «ع»: «(إن الله يحب إيراد الكبد الحرا)». على ما تقدم تفصيله في البحث عن بيع الميتة المختلطة مع المذكى (1) فتجوز الإعانة على الإثم. والاعتذار عن ذلك بعدم قدرتهم على شرب الماء الطاهره في حال الكفر اعتذار غير موجه، إذ الامتناع بالاختيار لا ينافي الاختيار.

الثاني: أنك علمت سابقا استفاضه الروايات على جواز بيع العنب و التمر و عصيرهما ممن يجعلها خمرا، و جواز بيع الخشب ممن يجعله برابط، و من الواضح جدا كون هذا البيع إعانة على الإثم، و من أنكره فإنما أنكره بلسانه، أو هو مكابر لوجدانه، و بعدم القول بالفصل يثبت الجواز في غير موارد الروايات.

على أن في بعضها إشعارا إلى كليه الحكم، و عدم اختصاصه بالأمور المذكوره فيها، كقول الصادق «ع» في روايه أبي بصير: (إذا بعته قبل أن يكون خمرا فهو حلال فلا بأس به). و في روايه الحلبي عن بيع العصير ممن يجعله حراما (فقال: لا بأس به تبعه حلالا فيجعله حراما أبعد الله و أسحقه). و في روايه ابن أذينه عن بيع العنب و التمر ممن يعلم أنه يجعله خمرا (فقال: إنما باعه حلالا في الإناء الذي يحل شربه أو أكله فلا بأس ببيعه). فان الظاهر من هذه الروايات أن المناط في صحه البيع هي حليه المبيع للبائع حين البيع و إن كان يبيعه هذه إعانة على المحرم، و مثل هذه الروايات غيرها أيضا.

الثالث: قيام السيره القطعيه على الجواز، ضروره جواز المعامله مع الكفار و غير المباليين في أمر الدين من المسلمين ببيع الطعام منهم و لو كان متنجسا كاللحم و إعاره الأواني إياهم للطبخ و غيره، مع أنه إعانة على أكل الطعام المتنجس بمباشرتهم إياه، و وجوب تمكين الزوجه للزوج و إن علمت بعدم اغتساله عن الجنابه، فيكون التمكين إعانة على الإثم، و أيضا قامت السيره القطعيه على جواز تجاره التاجر و مسير الحاج و الزرار و إعطائهم الضربه المعينه للظلمه، مع أنه من أظهر مصاديق الإعانة على الإثم.

و أيضا قضت الضروره بجواز إجاره الدواب و السفن و السيارات و الطيارات من

المسافرين، مع العلم إجمالاً بأن فيهم من يقصد في ركوبه معصيه. و أيضاً قامت السيره القطعيه على جواز عقد الأنديه و المجالس لتبليغ الاحكام، و إقامه شعائر الافراح و الأحزان بل على وجوبها في بعض الأحيان إذا توقف عليها إحياء الدين و تعظيم الشعائر، مع العلم بوقوع بعض المعاصي فيها من الغيبه و الاستهزاء و الكذب و الافتراء و نظر كل من الرجال و النساء الى من لا يجوز النظر اليه و غيرها من المعاصي.

قوله ثم إنه يمكن التفصيل في شروط الحرام المعان عليها بين ما ينحصر فائدته و منفعته عرفاً في المشروط المحرم. أقول: قد ظهر مما ذكرناه أن الميزان في حرمه المقدمه هو كونها سبباً لوقوع ذى المقدمه، و إلا فلا وجه للتحريم و ان انحصرت فائدته في الحرام.

قوله و إنما الثابت من العقلاء و العقل القاضى بوجوب اللطف و جوب رد من هم بها أقول: إن كان المنكر مثل قتل النفس و نحوه مما يهتم الشارع بعدم تحقيقه فلا ريب في وجوب رفعه، بل دفعه شرعاً و عقلاً كما تقدم، و أما في غير الموارد التي يهتم الشارع بعدم تحقيقها فلا وجه لدعوى الوجوب العقلي فيها و ان ادعاه المشهور مطلقاً، لمنع استقلال العقل بذلك في جميع الموارد، و لذا ذهب جمع من المحققين [١] إلى الوجوب الشرعى.

### حرمه الإعانه على الإثم كحرمه الكذب

تقبل التخصيص

إن حرمه الإعانه على الإثم على فرض ثبوتها هل تقبل التخصيص و التقييد أم لا؟ قد ظهر من مطاوى ما ذكرناه أن حرمه ذلك على فرض ثبوتها إنما هي كحرمه الكذب تقبل التخصيص و التقييد، و تختلف بالوجه و الاعتبار، و ليست هي كحرمه الظلم التي لا تختلف بذلك قال شيخنا الأستاذ: (لا إشكال في عدم إمكان تخصيصها بعد تحقق موضوعها. لان هذه من العناوين الغير القابله للتخصيص، فإنها كنفس المعصيه و كالظلم، فإنه كما لا يمكن أن يكون معصيه خاصه مباحه فكذلك لا يمكن أن تكون الإعانه على المعصيه مباحه، فما عن الحدائق بعد ما حكى عن الأردبيلي (ره) من القول بالحرمه في مسألتنا من جهه كونها إعانه على الإثم من أنه جيد في حد ذاته لو سلم من المعارضه بأخبار الجواز لا وجه له لانه لو كان بيع العنب ممن يعلم بأنه يعمله خمراً داخلاً في عنوان الإعانه فلا يمكن أن يدل دليل

على جواز فمع ورود الدليل على الجواز نستكشف بأنه ليس داخلا فى هذا العنوان).

و لكن الوجوه المتقدمه الداله على الجواز حجه عليه،و من هنا لو أكره الجائر أحدا على الإعانه على الإثم أو اضطر إليها فإنه لا شبهه حينئذ فى جوازها،و لو كانت حرمتها كحرمه الظلم لا تختلف بالوجوه و الاعتبار،و لا تقبل التخصيص و التقييد لما كانت جائزه فى صورتى الإكراه و الاضطرار أيضا.

قوله و قد تلخص مما ذكرنا أن فعل ما هو من قبيل الشرط لتحقيق المعصيه من الغير من دون قصد توصل الغير به الى المعصيه غير محرم أقول:بعد ما علمت أنه لا دليل على حرمه الإعانه على الإثم،و لا على اعتبار القصد فى مفهوم الإعانه،و لا فى حكمها فلا-وجه لما ذهب اليه المصنف و أتعب به نفسه من التطويل و التقسيم.ثم على القول:بحرمه الإعانه على الإثم فلا وجه للحكم بحرمه البيع فى شىء من الشقوق التى ذكرها المصنف،إذا الإعانه على الإثم إنما تتحقق بالتسليم و التسلم فى الخارج،و من الواضح أن بينهما و بين البيع عموما من وجه.

قوله و إن علم أو ظن عدم قيام الغير سقط عنه وجوب الترك. أقول:إذا كان البيع على تقدير ترك الآخرين محرما فلا إشكال فى ارتفاع الحرمه عند العلم ببيع غيره، و أما مع الشك فيه فلا-مانع من استصحاب تركه.و الحكم بحرمه البيع،و أما الظن ببيع الغير فما لم تثبت حجيته لا يغنى من الحق شيئا.

قوله ثم كل مورد حكم فيه بحرمه البيع من هذه الموارد الخمسه فالظاهر عدم فساد البيع. أقول:توضيح كلامه:أنه لا ملازمه بين الحرمه التكليفيه و الحرمه الوضعيه فى المعاملات،فالبيع وقت النداء لصلاه الجمعه مثلا صحيح و إن كان محرما بالاتفاق.

و لو سلمنا الملازمه بينهما فلا-نسلمها فيما إذا تعلق النهى بعنوان عرضى ينطبق على البيع، كتعلقه بعنوان الإعانه فى بيع العنب ممن يعلم أنه يجعله خمرا،إذ بين عنوان الإعانه على الإثم و بين البيع عموم من وجه.و على القول بالفساد مطلقا أو فى الجملة فلا يفرق فى ذلك بين علم المتبايعين بالحال و بين علم أحدهما مع جهل الآخر،فان حقيقه البيع عبارته عن المبادله بين العوض و المعوض فى جهه الإضافه،فإذا بطل من أحد الطرفين بطل من الطرف الآخر أيضا،إذ لا يعقل التبعض من حيث الصحه و الفساد فى بيع واحد،كما هو واضح.

قوله القسم الثالث ما يحرم لتحريم ما يقصد منه شأننا بمعنى أن من شأنه أن يقصد منه الحرام. أقول: هذا العنوان يعم جميع الأشياء و لو كانت مباحه، إذ ما من شيء إلا- و له شأنه الانتفاع به بالمنافع المحرمه، فلا- يصح أن يجعل عنوانا للبحث، و لا بد من تخصيصه بالموارد المنصوصه، و لذا خصه الفقهاء ببيع السلاح من أعداء الدين.

ثم إن تحقيق هذه المسأله يقع فى ناحيتين، الناحيه الاولى: فى حرمة بيعه و جوازه فى الجمله أو مطلقا، و الأقوال فى ذلك و إن كانت كثيره قد أنهاها السيد فى حاشيته الى ثمان إلا- أن الأظهر منها هى حرمة بيعه من الكفار مطلقا و من المخالفين عند محاربتهم مع الشيعة الناجيه. و ذهب بعض العامه [١] إلى حرمة بيعه فى حال الفتنه.

و فصل المصنف (ره) بين حالتى الحرب و الصلح، فذهب إلى الحرمة فى الاولى، و الى الجواز فى الثانیه، و ملخص كلامه: أن الروايات الوارده فى المقام على طوائف، الاولى [٢]

ما دل على جواز بيعه من أعداء الدين في حال الهدنه الثانيه [١] ما دل على جواز بيعه منهم مطلقا، الثالثه [٢] ما دل على حرمه بيعه منهم كذلك.

و يمكن الجمع بينها بحمل الطائفه المانع على صورته قيام الحرب بينهم و بين المسلمين، و حمل الطائفه المجوزه على صورته الهدنه في مقابل المباته و المنازعه، و شاهد الجمع الطائفه الأولى المفصله بين الحالتين «الهدنه و المنازعه».

و عن الشهيد في حواشيه انه لا يجوز مطلقا، لان فيه تقويه الكافر على المسلم، فلا يجوز

على كل حال، و يرد عليه أولاً: أنه لا- يمكن المساعدة على دليبه، لا-ن بيع السلاح عليهم قد لا- يوجب تقويتهم على المسلمين، لإمكان كونه في حال الصلح، أو عند حربهم مع الكفار الآخرين، أو كان مشروطاً بأن لا يسلمه إياهم إلا بعد الحرب.

و ثانياً: أن رأيه هذا شبه اجتهاد في مقابل النص، فإنه أخذ بظهور المطلقات الداله على المنع، و ترك للعمل بالمقيد الذى هو نص في مفهومه، و هو و إن لم يكن اجتهادا في مقابل النص، و لكنه شبيه بذلك. انتهى حاصل كلام المصنف.

و لكن الظاهر أن ما ذهب اليه الشهيد(ره) ووجهه جدا، و لا يرد عليه شيء مما ذكره المصنف لوجهه، الأول: أن ما جعله وجهاً للجمع بين المطلقات لا يصلح لذلك، فان مورده هم الجائرون من سلاطين الإسلام، كما دل عليه السؤال في روايتى الحضرمى و هند السراج عن حمل السلاح الى أهل الشام، «و قد ذكرناهما في الهامش» إذ لا شبهه في إسلامهم في ذلك الزمان و إن كانوا مخالفين، فتكون الطائفة الأولى المفصلة بين الهدنه و قيام الحرب مختصه بغير الكفار من المخالفين فلا يجوز بيعه منهم عند قيام الحرب بينهم و بين الشيعة، و اما في غير تلك الحالة فلا- شبهه في جوازه خصوصا عند حربهم مع الكفار، لان الله يدفع بهم أعداءه، و أما المطلقات فأجنيبه عن الطائفة المفصلة لاختصاصها بالمحاربين من الكفار و المشركين الثانى: أنه لا وجه لرد كلام الشهيد تاره برميه الى شبه الاجتهاد في مقابل النص، و اخرى بتضعيف دليبه، أما الأول فلانه لا مناص هنا من العمل بالمطلقات لما عرفت من عدم صلاحية الطائفة المفصلة للتقييد، فلا يكون ترك العمل بها و الأخذ بالمطلقات شبه اجتهاد في مقابل النص، و أما الثانى فلان تقويه شخص الكافر بالسقى و نحوه و إن كان جائزا، إلا أن تقويته لوجهه كفره غير جائزه قطعاً، و من الواضح أن تمكين المشركين و المحاربين من السلاح يوجب تقويتهم على المسلمين، بل ربما يستقل العقل بقبح ذلك، لان تقويتهم تؤدى الى قتل النفوس المحترمه.

ثم إن هذا كله لو تقارن البيع مع التسليم و التسلم الخارجى، و إلا فلا شبهه في جوازه، لما عرفت من أن بين البيع و عنوان الإعانه عموماً من وجه، فلا يلزم من البيع المجرد تقويه الكافر على الإسلام.

الثالث: أنه قد أمر في الآية الشريفه (١) بجمع الأسلحه و غيرها، للاستعداد و التهيئه الى إرهاب الكفار و قتالهم، فبيعه منهم و لو في حال الهدنه نقض للغرض، فلا يجوز.

ص: ١٨٨

١- ١) سورة الأنفال، آيه ٦٢، قوله تعالى: (وَاعْتَدُوا لَهُمْ مَا اسْتَطَعْتُمْ مِنْ قُوَّةٍ وَ مِنْ رِباطِ الْخَيْلِ تُرْهِبُونَ بِهِ عَدُوَّ اللَّهِ وَ عَدُوَّكُمْ وَ آخَرِينَ مِنْ دُونِهِمْ لَا تَعْلَمُونَهُمُ اللَّهُ يَعْلَمُهُمْ). .



و أما ما دل على الجواز فإنه لضعف سنده لا يقاوم الروايات المانعه، و يضاف إليه أنه ظاهر في سلاطين الجور من أهل الخلاف.

ثم إن السيد(ره) في حاشيته احتمل دخول هذا القسم الذى هو مورد بحثنا تحت الإعانه على الإثم بناء على عدم اعتبار القصد فيها، و كون المدار فيها هو الصدق العرفى، لحصول الصدق فى المقام، و حينئذ فيتعدى الى كل ما كان كذلك، و يؤيده قوله «ع»: يستعينون به علينا.

و فيه أن الإعانه على الإثم و إن لم يعتبر فى مفهومها القصد، إلا- انك قد عرفت أنها ليست محرمة فى نفسها و على القول بحرمتها فبينها و بين ما نحن فيه عموم من وجه كما هو واضح، و أما قوله «ع» فى روايه هند السراج المتقدمه فى الهامش: (فمن حمل الى عدونا سلاحا يستعينون به علينا فهو مشرك). فخارج عن حدود الإعانه على الإثم. و إنما يدل على حرمه إعانه الظلمه، و لا سيما إذا كانت على المعصومين عليهم السلام الموجه لزوال حقوقهم.

قوله بل يكفى مظنه ذلك بحسب غلبه ذلك مع قيام الحرب. أقول: قد علمت أن الروايات المانعه تقتضى حرمه بيع السلاح من أعداء الدين و لو مع العلم بعدم صرفه فى محاربه المسلمين، أو عدم حصول التقوى لهم بالبيع، و عليه فلا وجه لما ذكره المصنف من تقييد حرمه البيع بوجود المظنه بصرف السلاح فى الحرب لغلبه ذلك عند قيامها بحيث يصدق حصول التقوى لهم بالبيع.

الناحيه الثانيه: الظاهر شمول التحريم لمطلق آله الحرب و حديدتها سواء كانت مما يدفع به فى الحرب أم مما يقاتل، و ذلك لوجه:

الأول: أن السلاح فى اللغه [١] اسم لمطلق ما يكن. فيشمل مثل: المجن (١) و الدرع

ص: ١٨٩

(١- ١) فى القاموس: المجن و المجنه بكسرهما الترس، و الجنه بالضم كل ما وقى.

و المغفر (١) و سائر ما يكن به (٢) فى الحرب.

الثانى: أنه تعالى أمر فى الآيه المتقدمه بالتهيئه و الاستعداد الى قتال الكفار و إرهابهم، فبيع السلاح منهم و لو بمثل المغفر و الدرع نقض لغرضه تعالى.

الثالث: أن تمكين الكفار من مطلق ما يكن به فى الحرب تقويه لهم فهو محرمة عقلا و شرعا كما علمت.

الرابع: أنه يحرم حمل السروج و أدواتها الى أهل الشام، و بيعها منهم و الإعانه لهم عند قيام الحرب بينهم و بين الشيعة، لروايتى الحضرمى و هند السراج، فبيعهما من الكفار أولى بالتحريم و لكن هذا الوجه يختص بحال الحرب، على أن كلتا الروايتين ضعيفه السند.

### وهم و دفع

قد يتوهم أن المراد بالسروج المذكوره فى روايه الحضرمى هى السيوف السريجه، فلا تكون لها دلالة و لو بالفحوى على حرمه بيع ما يكن من أعداء الدين.

و لكن هذا التوهم فاسد، فإنه مضافا الى أن الظاهر من كون السائل سراجا أن سؤاله متصل بصنعتة (و هى عمل السروج و نقلها) فلا ربط له بالسيوف و بيعها، أن حمل السروج بالواو على السيوف السريجه لا تساعده القواعد اللغويه، لان السريجي يجمع على سرجيات، لا على سروج، و إنما السروج جمع سرج. على أنه لا يساعده صدر الروايه، لاشتماله على كلمه الأداة و ليست للسيف أدوات بخلاف السرج، و حملها على أدوات السيف من الغمد و نحوه بعيد جدا.

قوله بمقتضى أن التفصيل قاطع للشركه. أقول: قد يقال: بجواز بيع ما يكن من الكفار لصحيحه محمد بن قيس [١] عن بيع السلاح من فئتين تلتقيان من أهل الباطل؟ فقال: بعهما ما يكنهما.

ص: ١٩٠

١- ١) فى القاموس: المغفر كمنبر زرد من الدرع يلبس تحت القلنسوه، أو حلق يتقنع بها المتسلح.

٢- ٢) فى ج ٩ تاج العروس ص ٣٢٣: الكن بالكسر وقاء كل شىء و ستره، و كن أمره عنه أخفاه، و قال بعضهم: أكن الشىء ستره، و فى التنزيل العزيز: (أو أكنتم فى أنفسكم) أى أخفيتم.

و فيه ما ذكره المصنف من عدم دلالتها على المطلوب، و توضيح ذلك: أن الامام «ع» فصل بين السلاح و بين ما يكن، فلا بد و أن يكون بيع السلاح حراما بعد ما جوز الامام بيع الثانى، لأن التفصيل قاطع للشركه فى الحكم، و إلا لكان التفصيل لغوا، و عليه فترفع اليد عن ظهور الصحيحه، و تحمل على فريقين محقونى الدماء من أهل الخلاف، إذ لو كان كلاهما أو أحدهما مهذور الدم لم يكن وجه لمنع بيع السلاح منهم، و حينئذ فيجب ان يباع منهما ما يكن ليتحفظ كل منهما عن صاحبه، و يتترس به عنه، بل لو لم يشتروا و جب إعطاؤهم إياه مجانا، فان اضمحلهم يوجب اضمحلال وجهه الإسلام فى الجملة، و لذا سكت على «ع» عن مطالبه حقه من الطغاه خوفا من انهدام حوزة الإسلام، و من هنا أفتى بعض الأعظم فى سالف الأيام بوجود الجهاد مع الكفار حفظا للدولة العثمانية.

قوله ثم إن مقتضى الاقتصار على مورد النص عدم التعدى الى غير أعداء الدين كقطاع الطريق. أقول: بيع السلاح من السرقة و قطاع الطريق و نحوهم خارج عن حريم بحثنا، و إنما هى من صغريات المسأله المتقدمه، فإن قلنا بحرمة الإعانه على الإثم فلا يجوز بيعه منهم، و إلا جاز كما هو الظاهر.

قوله إلا- أن المستفاد من روايه تحف العقول إباطه الحكم بتقوى الباطل و وهن الحق. أقول: لم يذكر ذلك فى روايه تحف العقول بل المذكور فيها هى حرمة و هن الحق و تقويه الكفر، و عليه فلا- يمكن التمسك بها على حرمة بيع السلاح من قطاع الطريق و نحوهم، نعم يجوز الاستدلال على ذلك بقوله «ع» فيها: (أو شىء فيه وجه من وجوه الفساد). إلا- أنك علمت فى أول الكتاب ان الروايه ضعيفه السند.

قوله ثم النهى فى هذه الاخبار لا يدل على الفساد. أقول: لا شبهه فى ان الحرمة الوضعيه متقومه بكون النهى إرشاديا إلى الفساد، و لا نظر له إلى مبغوضيه المتعلق، كما ان قوام الحرمة التكليفيه بكون النهى مولويا تكليفيا ناظرا إلى مبغوضيه متعلقه، و لا نظر له الى فساد، و عدم تأثيره، فهما لا يجتمعان فى استعمال واحد.

و أيضا النهى من حيث هو تحريم بحت لا يقتضى الفساد لا شرعا. و لا عرفا، و لا عقلا، سواء تعلق بذات المعامله، أو بوصفها، أو بأمر خارج منطبق عليها، إذن فلا ملازمه بين الحرمة الوضعيه و الحرمة التكليفيه على ما عرفت مرارا عديده.

و عليه فان كان المراد بالنهاى المتوجه إلى المعامله هو النهى التكليفى المولى كما هو الظاهر منه بحسب الوضع و اللغه لذل على خصوص الحرمة التكليفيه، كالنهاى عن البيع وقت النداء لصلاه الجمع، إذ ليس الغرض منه إلا بيان مبغوضيه البيع.

و ان لم ترد منه المولى التكليفيه كان إرشادا إلى الفساد، كالنهاى المتوجه إلى سائر المعاملات، أو الى المانعيه، كالنهاى المتوجه الى أجزاء الصلاه.

إذا عرفت ذلك فنقول: ان النهاى عن بيع السلاح من أعداء الدين ليس إلا لأجل مبغوضيه ذات البيع فى نظر الشارع، فيحرم تكليفا فقط، و لا- يكون دالا- على الفساد، و يتضح ذلك جليا لو كان النهاى عنه لأجل حرمة تقويه الكفر، لعدم تعلق النهاى به، بل بأمر خارج يتحد معه.

### النوع الثالث مما يحرم الاكتساب به ما لا منفعه فيه محلله معتدا بها عند العقلاء.

#### إشاره

جواز بيع ما لا نفع فيه قوله النوع الثالث مما يحرم الاكتساب به مالا منفعه فيه محلله معتدا بها عند العقلاء. أقول: البحث فى هذا النوع ليس على نسق البحث فى الأنواع السابقه لنمحصه هنا لبيان الحرمة الوضعيه بخلافه فى المسأله السابقه فإن البحث فيها كان ناظرا إلى الحرمة التكليفيه و من ذلك يعلم انه لا وجه لهذا البحث هنا إلا استطرادا فان المناسب لهذا ذكره فى شرائط العوضين و العجب من المصنف (ره) حيث ذكر عدم جواز بيع المصحف من الكافر فى شروط الصحه، مع انه اولى بالذكر هنا، لإمكان دعوى كونه حراما تكليفا!

ثم ان مالا نفع فيه تاره يكون لقلته كحبه من الشعير و الحنطه و غيرهما، فان هذه الأمور و ان كانت تعد عند العرف و الشرع من الأموال، بل من مهماتها، إلا ان قلتها أخرجتها عن حدودها، و حدود إمكان الانتفاع بها. و اخرى يكون لخسته و رذائته، كحشرات الأرض من العقارب و الحيات و الخنافس و الجعلان و الضفادع و الديدان، و كبعض اقساط الطيور من بغائها (١) و النسر و الغربان و الرخم (٢) و نحوها.

#### تحقيق و تكميل

قد تطابقت كلمات الأصحاب على فساد المعامله على ما لا نفع فيه نفعا يعتد به. قال

ص: ١٩٢

١- ١) فى القاموس: البغاث مثلته طائر أغبر ج كغزلان و شرار الطيور.

٢- ٢) فى القاموس: الرخم طائر من الجوارح الكبيره الجثه الوحشيه الطباع، الواحده رخمه ج رخم.

الشيخ في المبسوط (١): (وإن كان مما لا ينتفع به فلا يجوز بيعه بلا خلاف مثل الأسد و الذئب و سائر الحشرات).

و في التذكرة (٢) منع عن بيع تلك الأمور لحستها، و عدم التفات نظر الشرع الى مثلها في التقويم، و لا يثبت لأحد الملكيه عليها، و لا اعتبار بما يورد في الخواص من منافعتها، فإنها مع ذلك لا تعد مالا، و كذا عند الشافعي.

و في الجواهر ادعى الإجماع محصلا و منقولا- على حرمة بيع ما لا- ينتفع به نفعاً مجوزاً للتكسب به على وجه يرفع السفه عن ذلك. و على هذا المنهج فقهاء العامه أيضا [١] و ان جوز بعضهم بيع الحشرات و الهوام إذا كانت مما ينتفع بها.

إذا عرفت ذلك فنقول: المتحصل من كلمات الفقهاء لفساد بيع ما لا نفع فيه وجوه:

الوجه الأول: أن حقيقه البيع كما عن المصباح عبارته عن مبادله مال بمال، فلا يصح بيع ما ليس بمال.

و فيه أولاً: انه لا يعتبر في مفهوم البيع و صدقه لغه و عرفاً عنوان المبادله بين المالين، و من هنا ذكر في القاموس: أن كل من ترك شيئاً و تمسك بغيره فقد اشتراه، و من الواضح جدا عدم تحقق الاشتراء بدون البيع، للملازمه بينهما، و لذا قال الراغب الأصفهاني الشراء و البيع يتلازمان، بل كثر في الكتاب [٢] العزير استعمال البيع و الشراء في غير المبادله الماليه.

و أما ما عن المصباح فمضافاً الى عدم حجيه قوله. أنه كسائر التعاريف ليس تعريفاً حقيقياً، بل لمجرد شرح الاسم. فلا يبحث فيه طرداً و عكساً نقضاً و إبراماً.

و ثانياً: أنه لو ثبت ذلك فغايه ما يلزم منه أنه لا يمكن تصحيح البيع بالعمومات الداله

ص: ١٩٣

---

١- ١) في فصل ما يصح بيعه و ما لا يصح من فصول البيع.

٢- ٢) ج ١ ص ٤ من البيع.

على صحة البيع، وهو لا يمنع عن التمسك بالعمومات الداله على صحة العقد و التجاره عن تراض، بدهاه صدقها على تبديل مالا نفع فيه بمثله، أو بما هو مال.

الوجه الثاني: ما عن الإيضاح من أن المعامله على ما ليس له نفع محلل أكل المال بالباطل فتكون فاسده.

و فيه ما سمعته مرارا من أن الآيه أجنبيه عن بيان شرائط العوضين، بل هي ناظره إلى تمييز الأسباب الصحيحه للمعامله عن الأسباب الفاسده لها، و عليه فلا يكون الأكل فى محل الكلام من أكل المال بالباطل بعد كون سببه تجاره عن تراض.

الوجه الثالث: أن بيع مالا نفع فيه من المعاملات السفهيه فهى فاسده. و فيه أنه ممنوع صغرى و كبرى، أما الوجه فى منع الصغرى فهو أن المعامله إنما تكون سفهيه إذا انتفت عنها الأغراض النوعيه و الشخصيه كليهما، و ليس المقام كذلك، إذ ربما تتعلق الأغراض الشخصيه باشتراء مالا نفع فيه من الحشرات و غيرها، و هى كافيه فى خروج المعامله عن السفهيه، و أما الوجه فى منع الكبرى فلانه لا دليل على فساد المعامله السفهيه بعد أن شملت العمومات كما أشرنا الى ذلك مرارا، نعم قام الدليل على فساد معاملة السفهيه، لكونه محجورا عن التصرف، و المعامله السفهيه غير معاملة السفهيه.

الوجه الرابع: ما استدل به المصنف (ره) من قوله «ع» فى روايه تحف العقول: (و كل شىء يكون لهم فيه الصلاح من جهه من الجهات فذلك كله حلال بيعه و شراؤه). إذ لا يراد منه مجرد المنفعه و إلا لعم الأشياء كلها. و قوله «ع» فى آخرها (إنما حرم الله الصناعه التى يجىء منها الفساد محضا نظير كذا و كذا). الى آخر ما ذكره، فان كثيرا من الأمثله المذكوره هناك لها منافع محلله، فالاشربه المحرمه مثلا كثيرا ما ينتفع بها فى معالجه الدواب بل الأمراض، فجعلها مما يجىء منه الفساد محضا باعتبار عدم الاعتناء بهذه المصالح لندرتها.

و فيه أن هاتين القطعتين من الروايه إنما سيقتا لبيان حكم الأشياء التى تمحضت للصلاح أو للفساد، أو تساوت فيها الجهتان، أو غلبت إحدهما على الأخرى، فيحكم بصحة بيعها أو فساده حسب ما اقتضته تلك الجهه التعليليه المكونه فيها، و أما الأشياء التى لها نفع محلل نادر فخارجه عن حدود الروايه، إذ ليس فيها تعرض لذلك بوجه، لا من حيث صحة البيع و لا من حيث فساده، و عليه فلا مانع من صحة المعامله عليها للعمومات.

على أنها لو تمت فإنما تدل على فساد بيع ما لا نفع فيه لخسته، لكونه مما يجىء منه الفساد محضا، و لا تشمل ما لا نفع فيه لقلته كحبه من الحنطه، إذ ليست فيه جهه فساد أصلا.

و مع الإغضاء عن جميع ما ذكرناه فهى مختصه بالحرمة التكليفيه على ما تقدم فى أول الكتاب

فلا تشمل الحرمة الوضعيه، و يضاف الى ما ذكرناه كله أنها ضعيفه السند فلا يصح الاستدلال بها.

الوجه الخامس: دعوى غير واحد من الأعاظم الإجماع على ذلك. و فيه أن المحصل منه غير حاصل و المنقول منه ليس بحجه، على أن لا تظمن بوجود الإجماع التعبدى الكاشف عن الحجه المعبره، لاحتمال استناد المجمعين الى الوجوه المذكوره فى المسأله.

و ربما يؤيد القول بالجواز بصحيحه محمد بن مسلم [١] الصريحه فى جواز بيع الهر، مع أنه مما لا نفع فيه، بل كثيرا ما يضر الناس، و فى التذكره (١): لا بأس ببيع الهر عند علمائنا و به قال ابن عباس و الحسن و ابن سيرين و الحكم و حماد و الثورى و مالك و الشافعى [٢] و إسحاق و أصحاب الرأى.

و العجب من المصنف حيث منع عن بيع القرد لكون المصلحه المقصوده منه: أعنى حفظ المتاع نادره بخلاف الهره، لورود غير واحد من الروايات على جواز بيعها، و وجه العجب أن منافع القرد المحلله ليست بنادره، بل هى من مهمات المنافع!! و إنما الوجه فى المنع عن بيع القرد هو الروايات التى تقدمت فى بيع المسوخ.

قوله و لو فرض الشك فى صدق المال على مثل هذه الأشياء المستلزم للشك فى صدق البيع. أقول: العلم بعدم صدق المال على شىء لا يمنع عن وقوع البيع عليه فضلا عن الشك فى صدقه عليه، و إذن فلا وجه لرفع اليد عن عموم ما دل على صحه البيع و التمسك بعمومات التجاره و الصلح و العقود و الهبه المعوضه و غيرها كما صنعه المصنف.

قوله لان ظاهر تحريمها عليهم تحريم أكلها أو سائر منافعها المتعارفه. أقول:

ص: ١٩٥

(١-١) ج ١ ص ٣ من البيع.

هذا ينافى ما تقدم منه فى بيع الأبوال من حمل النبوى على كون الشحوم محرمة الانتفاع على اليهود بجميع الانتفاعات.

قوله و منه يظهر أن الأقوى جواز بيع السباع بناء على وقوع التذكية عليهما .

أقول:يجوز بيع جلود السباع و الانتفاع بها على وجه الإطلاق لجملة من الاخبار التى ذكرناها فى بيع المسوخ و السباع،و عليه فلا وجه لدعوى ان النص إنما ورد ببعضها فقط،فيجب تقييد جواز البيع به كما فى المتن.

ثم ان السباع مما يقبل التذكية كما هو المشهور،بل عن السرائر الإجماع عليه.و تدل عليه موثقه سماعه التى تقدمت فى مبحث جواز الانتفاع بالميتة،عن جلود السباع ينتفع بها؟ قال«ع»: (إذا رميت و سميت فانتفع بجلده).إلا أنه لا وجه لتعليق جواز بيعها على قبول التذكية إلا على القول بحرمه الانتفاع بالميتة،و إلا فلا مانع من بيعها فى حال الحياه للانتفاع بجلودها بعد الموت.

قوله و لو غصبه غاصب كان عليه مثله إن كان مثليا. أقول الدليل على الضمان إنما هو السيره القطعيه من العقلاء و المتشرعه،و عليه فلا بد و أن يخرج من عهده الضمان إما برد عينه أو مثله،و مع فقدهما لا يمكن الخروج منها بأداء قيمه،بل أصبح الغاصب مشغول الذمه لصاحب العين الى يوم القيامه مثل المفلس،إذ الانتفاع إلى قيمه إنما هو فيما إذا كان التالف من الأموال.فلا ينتقل إليها إذا لم يكن التالف مالا.

و ربما يتمسك للقول بالضمان بقاعده ضمان اليد،لشمولها لمطلق المأخوذ بالغصب سواء كان من الأموال أو من غيرها.

و فيه ان القاعده و إن ذكرت فى بعض الأحاديث[١]و استند إليها المشهور فى موارد الضمان.و لكنها ضعيفه السند و غير منجره بشىء كما سيأتى التعرض لها فى المقبوض بالعقد الفاسد.



و قد يتمسك للضمان بقاعده الإلتلاف (من أتلف مال الغير فهو له ضامن) و لكنه واضح الفساد لاختصاص موردها بالأموال، فلا تشمل غيرها. نعم لو انفصلت كلمه ألما عن اللام و أريد من الأول الموصول و من الثانى حرف الجر بحيث تكون العبارة هكذا: (من أتلف ما للغير إلخ) لشملت هذه القاعده صوره الإلتلاف و غيره، إلا انه بعيد جدا. على ان القاعده المذكوره متصيده و ليست بمتن روايه. و كيف كان فموردتها. خصوص الإلتلاف، فلا تدل على الضمان عند عدمه، فلا دليل على الضمان إلا السيره كما عرفت.

قوله خلافا للتذكرة فلم يوجب شيئا كغير المثلى (أقول: ضعفه بعضهم بأن اللازم حينئذ عدم الغرامه فيما لو غصب صبره تدريجا. و يرد عليه ان نظر العلامه (ره) ليس إلا- عدم الضمان مطلقا، بل فيما إذا لم يكن المغصوب مقدارا يصدق عليه عنوان المال، و من البديهي ان كل حبه من الصبره و إن لم تكن مالا بشرط لا و مجردة عن الانضمام إلى حبه أخرى، إلا انها إذا انضمت الى غيرها من الحبات صارت مالا، فتشملها أدله الضمان.

## فرع

لو حاز مالا نفع له كالحشرات لثبت له الاختصاص به، فيكون أولى به من غيره، فليس لأحد ان يزاحمه فى تصرفاته فيه للسيره القطعيه. على ان أخذ المحاز من المحيز قهرا عليه ظلم، فهو حرام عقلا و شرعا. و أما حديث (من سبق الى ما لم يسبق إليه أحد من المسلمين فهو أحق به) فقد تقدم انه ضعيف السند، و غير منجبر بشيء.

## النوع الرابع ما يحرم الاكتساب به لكونه عملا محرما فى نفسه

### حكم تدليس الماشطه

قوله النوع الرابع ما يحرم الاكتساب به لكونه عملا محرما فى نفسه. أقول:

قد جرت عادة الأصحاب بالبحث عن جمله من الأعمال المحرمه فى مقدمه أبحاث التجاره و تبعهم المصنف بذكر أكثرها فى مسائل شتى بترتيب حروف أوائل عنواناتها، و نحن أيضا نقتفى أثرهم.

ثم إنك قد علمت فى البحث عن معنى حرمة البيع تكليفا انه يكفى فى عدم جواز المعامله على الأعمال المحرمه ما دل على حرمتها من الأدله الأوليه، إذ مقتضى أدله صحه العقود لزوم الوفاء، بها و مقتضى أدله المحرمات حرمة الإتيان بها، و هما لا يجتمعان. و عليه فلا- موجب المبحث فى كل مسأله من المسائل الآتية عن صحه المعامله عليها و فسادها، بل فى جهات اخرى، و أما ما فى حاشيه السيد من عدم جواز أخذ الأجره على العمل المحرم لقوله «ع»:

إن الله إذا حرم شيئا حرم ثمنه، فان المراد من الثمن مطلق العوض، فهو فاسد، فإنه مضافا

الى ضعف سند هذا الحديث، أنا نمنع صدق الثمن على مطلق العوض.

قوله المسأله الأولى: تدليس الماشطه المرأه التى يراد تزويجها أو الأمه التى يراد بيعها حرام. أقول: الماشطه و الماشطه التى تحسن المشط. و تتخذ ذلك حرفه لنفسها.

و الظاهر انه لا- خلافاً فى حرمه تدليسها إذا أظهرت فى المرأه التى يراد تزويجها، أو الأمه التى يراد بيعها ما ليس فيهما من المحاسن، بل ادعى عليه الإجماع كما فى الرياض و غيره، قال فى تجاره المقنع: (و لا بأس بكسب الماشطه إذا لم تشارط و قبلت ما تعطى و لا تصل شعر المرأه بشعر امرأه غيرها). و فى المكاسب المحظوره من النهايه: (كسب المواشط حلال إذا لم يغشش و لا يدلن فى عملهن فيصلن شعر النساء بشعر غيرهن من الناس و يوشمن الخدود و يستعملن ما لا يجوز فى شريعته الإسلام) و فى فتاوى العامه [١] انه لا يجوز وصل شعر الإنسان بشعر المرأه.

و تحقيق هذه المسأله فى ثلاث جهات، الجبهه الأولى: فى تدليس الماشطه. الظاهر انه لا دليل على حرمه التدليس و الغش من حيث هما تدليس و غش إلا فى بيع أو شراء أو تزويج للروايات الخاصه التى ستتعرض لها فى البحث عن حرمه الغش، بل ربما يكونان مطلوبين للعقلاء، كترتين الدور و الألبسه و الأمتعه، لإظهار العظمه و الشوكه و حفظ الكيان و إراءه انها جديده، نعم لو قلنا بحرمه الإعانه على الإثم لكان تزوين المرأه التى فى معرض التزويج أو الأمتعه التى فى معرض البيع حراماً، لكونه مقدمه للغش المحرم.

و قد أجاد المحقق الايروانى حيث قال: (إن الماشطه لا ينطبق على فعلها غش و لا تدليس و إنما الغش يكون بفعل من يعرض المغشوش و المدلس فيه على البيع، نعم الماشطه أعدت المرأه لأن يغش بها، و حالها كحال الحائك الذى بفعله تعد العامه لأن يدلن بلبسها، و كفعل صانع السبحه لان يدلن بالتسييح بها رياء. و اما نفس التمشيط فلا دليل يدل على المنع عنه بقول مطلق، بل الاخبار رخصت فيه).

الجبهه الثانيه: فى تمشيط الماشطه. الظاهر انه لا دليل على المنع عنه بقول مطلق و إن

ورد النهى عن خصوص وصل الشعر بالشعر، بل يتجلى من الاخبار [١] الكثيره جوازه

ص: ١٩٩

مطلقا سواء اشترت فيه الأجره أ لم تشتط،بل فى روايه قاسم بن محمد صرح بجواز تعيش الماشطه بالتمشيط إذا لم تصل الشعر بالشعر.

و قد يقال:بتقييدها بمفهوم مرسله الفقيه و فقه الرضا[١]فإنهما تدلان على جواز كسب الماشطه ما لم تشارط و قبلت ما تعطى،إذ مفهومهما يدل على حرمة كسبها مع انتفاء القيدىن أو أحدهما،فتقيد به المطلقات،و عليه فالنتيجه انه لا بأس بكسب الماشطه إذا لم تشارط الأجره و قبلت ما تعطى،و الا فيحرم كسبها.

و فيه أولا:إنهما ضعيفتا السند،فلا يجوز الاستدلال بهما على الحرمة.نعم لا بأس بالاستدلال بهما على الكراهه بناء على شمول اخبار من بلغ للمكروهات.و ما ذكره المصنف من ان(المراد بقوله«ع»:إذا قبلت ما تعطى البناء على ذلك حين العمل و إلا فلا يلحق العمل بعد وقوعه ما يوجب كراهته).بين الخلل،فإنه لا موجب لهذا التوجيه بعد إمكان الشرط المتأخر و وقوعه.فلا غرو فى تأثير عدم القبول بعد العمل فى كراهه ذلك العمل،كتأثير الأغسال الليليه فى صحه الصوم على القول به.

و ثانيا:ما ذكره المصنف(ره)،و ملخص كلامه:أن الوجه فى أولويه قبول ما تعطى و عدم مطالبتهما بالزياده إنما هو أحد أمرين على سبيل منع الخلو:

الأول:ان ما يعطى للماشطه و الحجام و الختان و الحلاق و أمثالهم لا ينقص غالبا عن اجره مثل عملهم،إلا أنهم لكثرتهم و دناءه طباعهم يتوقعون الزياده،خصوصا من أولى المروه و الثروه،بل لو منعوا عما يطلبونه بادرروا الى السب و هتك العرض،و لذا أمروا فى الشريعه المقدسه بالقناعه بما يعطون و ترك المطالبه بالزائد عنه.

الثانى:ان المشارطه و المماكسه فى مثل تلك الأمور لا تناسب المحترمين من ذوى المجد و الفخامه،كما أن المسامحه فيها ربما توجب المطالبه بأضعاف أجره المثل،فلذلك أمر الشارع أصحاب هذه الاعمال بترك المشارطه و الرضا بما يعطى لهم،و هذا كله لا- ينافى جواز المطالبه بالزائد،و الامتناع عن قبول ما يعطى إذا اتفق كونه أقل من اجره المثل،إذ لا يجوز الإعطاء أقل من ذلك لاحترام عملهم.

قوله و لأن الاولى فى حق العامل قصد التبرع. أقول: المرسله إنما دلت على عدم مشارطه المستلزمه لعدم تحقق الإجاره المعتبر فيها تعيين الأجره، وهذا لا- يستلزم قصد التبرع، لجواز ان يكون إيجاد العمل بأمر الأمر، فيكون امره هذا موجبا للضمان بأجره المثل، كما هو متعارف فى السوق كثيرا.

قوله: «فلا- ينافى ذلك ما ورد». أقول: إن تم ما ذكره المصنف من حمل المرسله على ان الاولى بالعامل ان يقصد التبرع كانت المرسله خارجه عن حدود الإجاره موضوعا.

و إن لم يتم ذلك فلا بد و ان يلتزم بتخصيص ما دل [١] على اعتبار تعيين الأجره قبل العمل بواسطه المرسله إذا كانت حجه، و إلا فيرد علمها إلى أهلها.

الجهه الثالثه: قد ورد فى بعض الاخبار [٢] العن الماشطه على خصال أربع: الوصل،

و النمص، و الوشم، و الوشر. أما الوصل فان كان المراد به ما هو المذكور في روايتي سعد الإسكاف و الاحتجاج المتقدمين في الحاشيه من تفسير الواصله بالفاجره و القواده فحرمته من ضروريات الإسلام، و سيأتي التعرض لذلك في البحث عن حرمه القيادة.

و إن كان المراد به ما في تفسير علي بن غراب من أن (الواصله التي تصل شعر المرأه بشعر امرأه غيرها). فقد يقال بحرمته أيضا لظهور اللعن فيها.

و لكن يرد عليه أولا: أنه لا حجه في تفسير ابن غراب، لعدم كونه من المعصوم، مع ورود الرد عليه في روايتي سعد الإسكاف و الاحتجاج، و تفسير الواصله و الموصوله فيها بمعنى آخر، و يحتمل قريبا أنه أخذ هذا التفسير من العامه فإن مضمونه مذكور في سنن البيهقي (١).

و ثانيا: لو سلمنا اعتباره فإنه لا بد و أن يحمل على الكراهه، كما هو مقتضى الجمع بين الروايات، و توضيح ذلك أن الروايات الوارده في وصل الشعر بشعر امرأه على ثلاث طوائف الأولى: ما دل على الجواز مطلقا كروايه سعد الإسكاف المتقدمه (عن القرامل التي تضعها النساء في رؤوسهن يصلنه بشعورهن؟ فقال: لا بأس على المرأه بما تزينت به لزوجها) و كروايه الاحتجاج [١].

الثانيه: ما دل على التفصيل بين شعر المرأه و شعر غيرها، و جَوَز الوصل في الثاني دون الأول، كقوله «ع» في مرسله الفقيه المتقدمه: (لا- بأس بكسب الماشطه ما لم تشارط و قبلت ما تعطى و لا تصل شعر المرأه بشعر امرأه غيرها و أما شعر المعرف فلا بأس بأن توصله بشعر المرأه) الثالثه: ما تظهر منه الحرمه في مطلق وصل الشعر بالشعر كجمله من الروايات المتقدمه من الفريقين، و كروايتي عبد الله بن الحسن [٢]

ص: ٢٠٢

و ثابت بن أبى سعيد [١] و هاتان الروايتان تدلان أيضا على جواز وصل الصوف بالشعر.

و مقتضى الجمع بينهما أن يلتزم بجواز وصل شعر المعز بشعر المرأة فلا كراهه، و بجواز وصل شعر المرأة بشعر امرأة أخرى مع الكراهه، فإن ما دل على المنع مطلقا يقيد بما دل على جواز الوصل بشعر المعز، و ما دل على حرمه وصل شعر المرأة بشعر امرأة أخرى يحمل على الكراهه، لما دل على جواز تزين المرأة لزوجها مطلقا، فإن روايه سعد الإسكاف و ان كانت بصراحتها تدفع توهم السائل من حيث الموضوع و هو إرادته وصل الشعر بالشعر من الواصلة و الموصولة، و لكنها ظاهره أيضا فى جواز وصل الشعر بالشعر مطلقا، إذ لو لم يكن جائزا لكان على الامام «ع» أن يدفع توهم السائل من حيث الحكم، فيقول له مثلا:

إن وصل شعر المرأة بشعر امرأة أخرى حرام، على أن روايتى عبد الله بن الحسن و ثابت غير ظاهرتين فى الحرمه كما هو واضح لمن يلاحظهما.

بقى هنا أمران، الأول: أن روايه سعد مختصه بزينة المرأة لزوجها. فلا تدل على جواز الوصل مطلقا.

و فيه أنها و إن كانت وارده فى ذلك إلا- أن من المقطوع به أن جواز تزين المرأة لزوجها لا- يسوغ التزين بالمحرم كما تقدم، فيعلم من ذلك أن وصل الشعر بالشعر و لو بشعر امرأة كان من الأمور السائغة فى نفسها.

الثانى: أن روايه سعد مطلقه تدل على جواز وصل الشعر بالشعر مطلقا و لو كان شعر امرأة أخرى، فتقيد بما اشتمل على النهى عن وصل شعر المرأة بشعر امرأة غيرها.

و فيه أن روايه سعد و إن كانت مطلقه و لكن السؤال فيها كان عن خصوص وصل الشعر بالشعر، فلو كان فى بعض أفراده فرد محرم لوجب على الامام «ع» أن يتعرض لبيان حرمة فى مقام الجواب، فيعلم من ذلك أنه ليس بحرام، هذا كله مع صحه الروايات، و لكنها جميعا ضعيفه السند، و إذن فمقتضى الأصل هو الجواز مطلقا.

و ربما يقال: إن لعن الواصلة فى النبوى صريح فى الحرمه، فلا يجوز حمله على الكراهه،

و فيه مضافا الى ضعف سنده، واستعمال اللعن في الأمور المكروهه في بعض الأحاديث [١] أن اللعن ليس بصريح في الحرمه حتى لا- يجوز حمله الكراهه. وإنما هو دعاء بالابعاد المطلق الشامل للكراهه أيضا، نظير الرجحان المطلق الشامل للوجوب و الاستحباب كليهما، غايه الأمر أن يدعى كونه ظاهرا في التحريم، لكنه لا بد من رفع اليد عن ظهوره و حمله على الكراهه إذا تعارض بما يدل على الجواز كما عرفت.

و من هنا ظهر جواز بقيه الأمور المذكوره في النبوى كالمص و الوشم و الوشر و إن كانت مكروهه، بل ربما يشكل الحكم بالكراهه أيضا، لضعف الروايه إلا أن يتمسك في ذلك بقاعده التسامح في أدله السنن بناء على شمولها للمكروهات أيضا. بل ورد جواز المص: أعنى حف الشعر من الوجه في الخبر [٢] و من جميع ما ذكرناه ظهر الجواب أيضا عن روايه عبد الله بن سنان [٣] المشتمله على اللعن على الواشمه و الموتشمه.



وقد يتوهم أنه ثبت بالأخبار المستفيضة المذكورة في أبواب النكاح، وبالسيره القطعيه جواز تزين المرأة لزوجها، بل كونها من الأمور المستحبه. ومقتضى ما دل على حرمه الوصل و النمص و الوشم و الوشر هو عدم جواز التزين بها سواء كان ذلك للزوج أو لغيره فيتعارضان فيما كان التزين بالأمر المذكوره للزوج، ويتساقطان، فيرجع الى الأصول العمليه و فيه أنه لو تم ما دل على حرمه الأمور المزبوره فالنسبه بينه و بين ما دل على جواز التزين هو العموم المطلق. فيحكم بجواز التزين مطلقا إلا- بالأشياء المذكوره. بيان ذلك:

أن المذكور في الروايات و إن كان هو جواز تزين الزوجه لزوجها فقط، و لكننا نقطع بعدم مدخلية الزوجيه في الحكم بحيث لولاها لكان التزين للنساء حراما، بل هو أمر مشروع للنساء كلها، كما عليه السيره القطعيه، إذن فلا بد من تخصيص الحكم بما دل على حرمه الأمور المذكوره في النبوى.

قوله خصوصا مع صرف الإمام للنبوى الوارد في الواصله عن ظاهره. أقول:

صرف النبوى عن ظاهره بالتصرف في معنى الواصله و المستوصله بإرادته القياده من الواصله يقتضى حرمه الوصل و النمص و الوشم و الوشر المذكوره في النبوى، لاتحاد السياق، دون الكراهه.

نعم لو كان معنى اللعن في الروايه هو مطلق الابعاد الذى يجتمع مع الكراهه لصار مؤيدا لحمل ما عدا الوصل على الكراهه.

قوله نعم يشكل الأمر في وشم الأطفال من حيث إنه إيذاء لهم بغير مصلحه).

أقول: لا- شبهه أن الوشم لا- يلانزم الإيذاء دائما، بل بينهما عموم من وجه، فإنه قد يتحقق الإيذاء حيث يتحقق الوشم كما هو الكثير، و قد يتحقق الوشم حيث لا يتحقق الإيذاء، لأجل استعمال بعض المخدرات المعروفه في اليوم، و قد يجتمعان. و على تقدير الملازمه بينهما فالسيره القطعيه قائمه على جواز الإيذاء إذا كان لمصلحه التزين، كما في ثقب الآذان و الأناف قوله ثم إن التدليس بما ذكرنا إنما يحصل بمجرد رغبه الخاطب أو المشتري).

أقول: التدليس في اللغه (1)عباره عن تلبيس الأمر على الغير، أو كتمان عيب السلعه عن المشتري و إخفائه عليه بإظهار كما ليس فيها، و أما ما يوجب رغبه المشتري و الخاطب فليس بتدليس ما لم يستلزم كتمان عيب، أو إظهار ما ليس فيه من الكمال، و إلا لحرمت تزيين السلعه، لكون ذلك سببا لرغبه المشتري، و لحرمت أيضا لبس المرأة الثياب الحمر

ص: ٢٠٥

---

١- (١) في القاموس: التدليس كتمان عيب السلعه عن المشتري. و في المنجد دلس البائع كتم عيب ما يبيعه عن المشتري.

و الحضر الموجه لظهور بياض البدن و صفائه،بداهه كونه سببا لرغبه الخاطيين،و لا نطن أن يلتزم بذلك فقيه أو متفقه.

## تزيين الرجل بما يحرم عليه

### اشاره

قوله المسأله الثانيه تزيين الرجل بما يحرم عليه من لبس الجريير و الذهب حرام).

أقول:اتفق فقهائنا و فقهاء العامه[١]و استفاضت الاخبار و من طرقنا (١)و من طرق السنه (٢)على حرمه ليس الرجل الحرير و الذهب إلا- في موارد خاصه،و لكن الأخبار خاليه عن حرمه تزيين الرجل بهما،فعمد المسأله بهذا العنوان كما صنعه المصنف(ره)فيه مسامحه واضحه،نعم ورد في بعض الأحاديث (٣):«لا تختم بالذهب فإنه زيتك في الآخره» و في بعضها الآخر (٤):«جعل الله الذهب في الدنيا زينه النساء فحرم على الرجال لبسه و الصلاه فيه».و لكن مضافا الى ضعف السند فيهما،أنهما لا تدلان على حرمه تزيين الرجل بالمذهب حتى يشمل النهى غير صوره اللبس أيضا،بل تفريره«ع»في الروايه الثانيه حرمه ليس الذهب على كونه زينه النساء في الدنيا لا يخلو عن الاشعار بجواز تزيين الرجل بالذهب ما لم يصدق عليه عنوان اللبس.

ص:٢٠٦

١-١) راجع ج ٢ كا باب ١٣ لبس الحرير ص ٢٠٦.و باب ٢٣ الخواتيم من التجمل ص ٢١٠.و ج ١١ الوافي باب ١٨٦ الخواتيم ص ١٠٣.و باب ١٧٦ أجناس اللباس من التجمل ص ٩٨.و ج ١ ثل ١١ عدم جواز صلاه الرجل في الحرير.و باب ٣٠ عدم جواز لبس الرجل الذهب من لباس المصلى.

٢-٢) راجع ج ٢ سنن البيهقي ص ٤٢٢ و ص ٤٢٤.

٣-٣) ضعيفه لغالب بن عثمان.راجع أبواب الخواتيم المتقدمه من كا و الوافي و ثل.

٤-٤) مرسله.راجع ج ٣ ثل باب ٣٠ عدم جواز لبس الرجل المذهب من لباس المصلى.

وقد يقال: إن عنوان التزين بالذهب و الفضة و إن لم يذكر في الاخبار، إلا أن ليس الحرير و الذهب يلزم التزين بهما، فالنهي عن لبسهما يلزم النهي عن التزين بهما.

و فيه أنها دعوى جزافيه، لمنع الملازمه، بل بين العنوانين عموم من وجه. فان التزين قد يصدق حيث لا- يصدق اللبس، كما إذا جعلت أزرار الثوب من الذهب، أو من الحرير، و كما إذا خيط بهما الثوب، كما تتعارف خياطه الفراء بالحرير و الديقاج، و كما إذا صاغ الإنسان أسنانه من الذهب، و قد يصدق اللبس و لا يصدق التزين، كلبس الحرير و الذهب تحت سائر الألبسه، و تختم الرجل بالذهب للتجربه و الامتحان، و قد يجتمع العنوانان، و تفصيل الكلام في البحث عن لباس المصلى في كتاب الصلاه.

و من هنا ظهر أنه لا- وجه لما ذهب إليه في العروه في المسأله ٢٢ من مسائل الباس المصلى قال: (نعم إذا كان زنجير الساعه من الذهب و علقه على رقبته أو وضعه في جيبه لكن علق رأس الزنجير يحرم لانه تزين بالذهب و لا تصلح الصلاه فيه أيضا).

### **تشبه الرجل بالمرأه و تشبه المرأه بالرجل**

هل يجوز تشبه الرجل بالمرأه و بالعكس أولاً: بأن يلبس الرجل ما يختص بالنساء من الألبسه، و تلبس المرأه ما يختص بالرجل منها، كالمنطقه و العمامه و نحوهما، و لا ريب ان ذلك يختلف باختلاف العادات؟.

فنقول: إنه ورد النهي عن التشبه في الاخبار المتظافره [١] و لعن الله و رسوله المتشبهين

من الرجال بالنساء و المتشبهات من النساء بالرجال، و لكن هذه الاخبار كلها ضعيفه السند، فلا تصلح دليلا للقول بالحرمة.

و مع الإغضاء عن ذلك فلا- دلالة فيها على حرمة التشبه فى اللباس، لان التشبه فيها إما ان يراد به مطلق التشبه أو التشبه فى الطبيعه، كتأنت الرجل و تذكره المرأة، أو التشبه الجامع بين التشبه فى الطبيعه و التشبه فى اللباس.

أما الأول فبديهي البطلان، فان لازمه حرمة اشتغال الرجل بأعمال المرأة، كالغزل و غسل الثوب و تنظيف البيت و الكنس و نحوها من الأمور التى تعملها المرأة فى العاده، و حرمة اشتغال المرأة بشغل الرجال، كالاختطاب و الاصطياد و السقى و الزرع و الحصد و نحوها، مع انه لم يلتزم به احد، بل و لا يمكن الالتزام به.

و اما الثالث فلا يمكن أخذه كذلك، إذ لا جامع بين التشبه فى اللباس و التشبه فى الطبيعه فلا يكون امرا مضبوطا، فيتعين الثانى، و يكون المراد من تشبه كل منهما بالآخر هو تأنت الرجل باللواط، و تذكر المرأة بالسحق، و هو الظاهر من لفظ التشبه فى المقام.

و يؤيد ما ذكرناه تطبيق الامام «ع» النبوى على المختئين و المساحقات فى جملة روايات من الخاصه [١]

و طرق العامه [١] و لكنها ضعيفه السند.

و قد اتضح مما تلوناه بطلان ما ادعاه المحقق الايروانى من (أن إطلاق التشبه يشمل التشبه فى كل شىء، و دعوى انصرافه الى التشبه فيما هو من مقتضيات طبع صاحبه، لا ما هو مختص به بالجعل كاللباس فى حيز المنع، بل كون المساحقه من تشبه الأثنى بالمذكر ممنوع، بل التخث أيضا ليس تشبها بالأثنى). و كذلك ما فى حاشيه السيد من: (عدم اختصاص النبوى بالتشبه فى التأنث و التذكر، لإمكان شموله للتشبه فى اللباس أيضا).

و العجب من المحقق الايروانى حيث قال فى توجيه روايه العامل: (لعل الرجل الذى أخرجته على «ع» من المسجد كان متزينا بزينه النساء كما هو الشائع فى شبان عصرنا و كان هو المراد من التأنث، لا التخث) و هو أعرف بمقاله.

ص: ٢٠٩

ثم إنه قد ورد في بعض الأحاديث [١] النهي عن التشبه في اللباس، كروايه سماعه في الرجل يجر ثيابه (قال: إنى لأكره أن يتشبه بالنساء). وفي روايه اخرى: كان رسول الله ينهى المرأة أن تتشبه بالرجال في لباسها. فإنه يستفاد منهما تحريم التشبه في اللباس.

و فيه أنه ليس المراد من التشبه في الروايتين مجرد لبس كل من الرجل و المرأة لباس الآخر، و إلا لحرم لبس أحد الزوجين لباس الآخر لبعض الدواعي كبرد و نحوه، بل الظاهر من التشبه في اللباس المذكور في الروايتين هو أن يتزيب كل من الرجل و المرأة بزى الآخر، كالمطربات اللاتي أخذن زى الرجال، و المطربين الذين أخذوا زى النساء، و من البديهي أنه من المحرمات في الشريعة، بل من أخبث الخبائث و أشد الجرائم و أكبر الكبائر.

على ان المراد في الروايه الأولى هي الكراهه، إذ من المقطوع به أن جر الثوب ليس من المحرمات في الشريعة المقدسه.

و قد تجلى مما ذكرناه أنه لا شك في جواز لبس الرجل لباس المرأة لإظهار الحزن، و تجسم قضيه الطف، و إقامة التعزیه لسيد شباب أهل الجنة عليه السلام، و توهم حرمة لاخبار النهي عن التشبه ناشئ من الوسوس الشيطانيه، فإنك قد عرفت عدم دلالتها على حرمة التشبه.

و قد علم مما تقدم أيضا أنه لا وجه لاعتبار القصد في مفهوم التشبه و صدقه، بل المناط في صدقه وقوع وجه الشبه في الخارج مع العلم و الالتفات، كاعتبار وقوع المعان عليه في صدق الإعانه، على أنه قد أطلق التشبه في الاخبار، على جر الثوب و التخنث و المساحقه مع أنه لا يصدر شيء منها بقصد التشبه، و دعوى أن التشبه من الفعل الذي لا يتحقق إلا بالقصد دعوى جزافيه، لصدقه بدون القصد كثيرا.

قوله و فيها خصوصا الأولى بقرينه المورد ظهور في الكراهه. أقول: قد علم مما ذكرناه أنه لا وجه لحمل ما ورد في التشبه في اللباس على الكراهه، بدعوى ظهوره فيها، إذ لا نعرف منشأ لهذه الدعوى إلا قوله «ع» في روايه سماعه في رجل يجر ثيابه: (إنى لأكره أن يتشبه بالنساء) و من الواضح جدا أن الكراهه المذكوره في الروايات أعم من

على أن روايه الصادق«ع»عن آبائه عن رسول الله(صلى الله عليه و آله)إنه(كان يزجر الرجل أن يتشبه بالنساء و ينهى المرأة أن تتشبه بالرجال فى لباسها).كالصريحه فى الحرمة،لعدم إطلاق الزجر فى موارد الكراهه الاصطلاحيه.

قوله ثم الخنثى يجب عليها ترك الزينتين إلخ. أقول:اختلفوا فى الخنثى هل هو من صنف الرجال،أو من صنف الإناث،أو هو طبيعه ثالثه تقابل كلا من الصنفين على أقوال؟قد ذكرت فى محلها،و ما ذكره المصنف(ره)من أنه(يجب عليها ترك الزينتين المختصتين بكل من الرجل و المرأة)مبنى على كونه داخلا تحت أحد العنوانين«الذكر و الأنثى»و إلا فأصالة البراءه بالنسبه إلى التكاليف المختصه بهما محكمه.

قوله و يشكل بناء على كون مدرك الحكم حرمة التشبه بأن الظاهر عن التشبه صورته علم المتشبه. أقول:لا إشكال فى اعتبار العلم بصدور الفعل فى تحقق عنوان التشبه، إلا- أنه لا- يختص بالعلم التفصيلي،بل يكفى فى ذلك العلم الإجمالى أيضا،فهو موجود فى الخنثى

## التشيب بالمرأه الأجنبية

### اشاره

قوله المسأله الثالثه:التشيب بالمرأه المعروفه المؤمنه المحترمه و هى كما فى جامع المقاصد ذكر محاسنها و إظهار حبها بالشعر حرام. أقول:لا- شبهه فى حرمة ذكر الأجنبية و التشيب بها،كحرمة ذكر الغلمان و التشيب بهم بالشعر و غيره إذا كان التشيب لتمنى الحرام و ترجى الوصول إلى المعاصي و الفواحش،كالزنا و اللواط و نحوهما،فان ذلك هتك لاحكام الشارع،و جرأه على معصيته،و من هنا حرم طلب الحرام من الله بالدعاء،و لا- يفرق فى ذلك بين كون المذكوره مؤمنه أو كافره،و على كل حال فحرمة ذلك ليس من جهه التشيب.

و أما التشيب بالمعنى الذى ذكره المحقق الثانى فى جامع المقاصد مع القيود التى اعتبرها المصنف ففى حرمة خلاف،فذهب جمع من الأكابر إلى الحرمة،و ذهب بعض آخر الى الجواز،و ذهب جمع من العامه إلى حرمة مطلق التشيب[١].

و قد استدل القائلون بالحرمة بوجهه،الوجه الأول:أن التشييب هتك للمشيب بها و إهانه لها،فيكون حراما.

و فيه أولا:لو سلمنا كون التشييب هتكا لها فان ذلك لا يختص بالشعر كما لا يختص بالمؤمنه المعروفه المحترمه،فإنه لا فرق فى حرمه الهتك بين أفراد الناس من المحرم و غير المحرم،و الزوجه و غير الزوجه،و المخطوبه و غير المخطوبه،فإن هتك جميعها حرام عقلا و شرعا و أيضا لا فرق فى الشعر بين الإنشاء و الإنشاد.

و ثانيا:أن النسبه بين عنوانى الإهانه و التشييب هى العموم من وجه،فان الشاعر أو غيره قد يذكر محاسن امرأه أجنبيه فى حال الخلوه بحيث لا- يطلع عليه أحد ليلزم منه الهتك،أو يكون التوصيف و إظهار محاسنها و ذكر جمالها مطلوبا،سواء كان ذلك بالنظم أم بغيره،كما إذا سأل سائل عن بنات أحد الأعظم و الملوك ليخطب منهن واحده،فهل يقوم أحد أن توصيفها بالجمال و الكمال و الأدب و الأخلاق حرام؟؟و كثيرا ما يتحقق عنوان الهتك من دون تحقق التشييب،و قد يجتمعان،و عليه فلا ملازمه بينهما دائما.

و ثالثا:أن كلامنا فى المقام فى حرمه التشييب بعنوانه الأولى،فإثبات حرمة لعنوان آخر عرضى-كعنوان الهتك أو الإهانه أو غيرهما-خروج عن محل الكلام.

الوجه الثانى:أنه إيذاء للمشيب بها،و هو حرام.

و فيه أنه لا دليل على حرمه فعل يترتب عليه أذى الغير قهرا إذا كان الفعل سائغا فى نفسه،و لم يقصد العامل أذيه الغير من فعله.و إلا- لزم القول بحرمه كل فعل يترتب عليه أذى الغير و إن كان الفعل فى نفسه مباحا أو مستحبا أو واجبا،كتأذى بعض الناس من اشتغال بعض آخر بالتجاره و التعليم و التعلم و العباده و نحوها،و كثيرا ما يتأذى بعض التجار باستيراد البعض الآخر مال التجاره،و يتأذى الجار بعلو جدار جاره أو من كثره أمواله،مع أن أحدا لا يتفوه بحرمه ذلك.

على أن النسبه بين التشييب و الإيذاء أيضا عموم من وجه،إذ قد يتحقق التشييب و لا يتحقق الإيذاء كالتشييب بالمتبرجات،و قد يتحقق الإيذاء حيث لا يتحقق التشييب،و هو واضح،و قد يجتمعان.



و الجواب عنه

قوله و يمكن أن يستدل عليه بما سيحىء. أقول: بعد أن أشكل المصنف على الوجوه المتقدمه، و اعترف بعدم نهوضها لإثبات حرمه التشيب أخذ بالاستدلال عليه بوجوه أضعف من الوجوه الماضيه:

الوجه الأول: أن التشيب من اللهو و الباطل، فيكون حراما، لما سيأتى من دلاله جمله من الآيات و الروايات على حرمتها.

و فيه أن هذه الدعوى ممنوعه صغرى و كبرى: أما الوجه فى منع الصغرى فلانه لا دليل على كون التشيب من اللهو و الباطل، إذ قد يشتمل الكلام الذى يشب به على المطالب الراقيه و المدائح العاليه المطلوبه للعقلاء خصوصا إذا كان شعرا كما هو مورد البحث.

و أما الوجه فى منع الكبرى فلعدم العمل بها مطلقا، لان اللهو و الباطل لو كان على إطلاقهما من المحرمات لزم القول بحرمه كل ما فى العالم، فان كل ما أشغل عن ذكر الله- و ذكر الرسول و ذكر القيامة و ذكر النار و الجنه و الحور و القصور- لهو و باطل، و قد نطق بذلك القرآن الكريم أيضا فى آيات عديده [١] و سيأتى من المصنف الاعتراف بعدم حرمه اللهو إلا على نحو الموجهه الجزئيه.

الوجه الثانى: أنه ورد النهى فى الكتاب العزيز [٢] عن الفحشاء و المنكر، و منهما التشيب فيكون حراما.

و فيه أنا نمنع كون التشيب من الفحشاء و المنكر، على ان هذا الوجه، مع الوجه السابق، و سائر الوجوه الآتية لو دلت على الحرمة لدلت عليها مطلقا، سواء أ كان بالشعر أم بغيره و سواء أ كان التشيب بأنثى أم بذكر، و سواء أ كانت الأنثى مؤمنة أم غير مؤمنة، فلا وجه لتخصيص الحرمة بالشعر.

و يضاف الى ذلك ان النسبه بين التشيب و بين تلك العناوين المحرمه هي العموم من وجه فلا تدل حرمتها على حرمه التشيب دائما، مع ان الكلام فى التشيب بعنوانه الاولى، فحرمته بعنوان اللهو أو الفحشاء أو غيرهما من العناوين المحرمه خارج عن حدود البحث و محل النزاع.

الوجه الثالث: انه مناف للعفاف الذى اعتبر فى العدالة بمقتضى بعض الروايات [١] و حيث إن العفاف واجب، فيحرم الإخلال به.

و فيه انا نمنع اعتبار أى عفاف فى العدالة، و إنما المعتبر فيها العفاف عن المحرمات، و كون التشيب منها أول الكلام.

الوجه الرابع: الأخبار الداله على حرمه ما يثير الشهوه الى غير الحليله حتى بالأسباب البعيده و هي كثيره قد ذكرت فى مواضع شتى: منها ما دل [٢] على النهى عن النظر إلى الأجنبيه لأنه سهم مسموم من سهام إبليس: و النكته فى إطلاق لفظ السهم على النظر هي تأثيره فى قلب الناظر و إيمانه، كتأثير السهم الخارجى فى الغرض، و من هنا أطلق عليه زنا العين كما فى روايه أبى جميله و وجه دلالة هذه الاخبار على حرمه التشيب هو ان النظر الى

الأجنيبات إذا كان سهما مسموما مؤثرا في هدم الايمان وقلعه عن قلوب الناظرين،فالتشيب أولى بالتحريم،فإن تأثير الكلام أشد من تأثير النظر.

و فيه انك قد عرفت عدم الملازمه بين التشيب و بين سائر العناوين المحرمه،و كذلك فى المقام،إذ قد يكون التشيب مهيجا للقوه الشهويه.فلا يكون حراما كالتشيب بالزوجه،و قد يكون التشيب غير مهيج للشهوه كما إذا شبب بإحدى محارمه،و قد يجتمعان فلا ملازمه بينهما.

و منها الأخبار الداله على المنع عن الخلوه بالأجنيبه،و هى كثيره [١]منها قوله«ع»فى

ص:٢١٥

روايه مسمع فى قضيه أخذ الرسول ص البيعه على النساء: ولا يقعدن مع الرجال فى الخلاء، و هكذا فى روايه مكارم الأخلاق، و منها ما فى روايه موسى بن إبراهيم من قوله ع:

من كان يؤمن بالله و اليوم الآخر فلا يبيت فى موضع يسمع نفس امرأه ليست له بمحرم، و منها قوله (عليه السلام) فى روايه محمد بن الطيار: فان الرجل و المرأة إذا خليا فى بيت كان ثالثهما

ص: ٢١٤

الشیطان.الی غیر ذلك من الروایات التی دلت علی حرمة الخلوہ مع الأجنبيہ،ففى بعضها:

لا یخلون رجل بامرأه فإن ثالثهما الشیطان،و فى بعضها:إن الشیطان لا یغیب عن الإنسان فى موضع خلوة الرجال مع امرأه أجنبيہ.و علی هذا النهج أحادیث العامه (١)فستفاد من جمیعها حرمة خلو الرجل مع امرأه أجنبيہ،لأن الشیطان لا یغیب عنه فى هذه الحاله، فیهیج قوته الشهویہ لیلقیه الی المهلكه و المضله،و بما أن التشیب بالمرأه الأجنبيہ یهیج الشهوه أزید مما تهیجه الخلوہ بها فیکون أولى بالتحريم.

و فیہ أنه لا دلالة فى شیء من تلك الأخبار علی حرمة الخلوہ مع الأجنبيہ فضلا عن دلالتها علی حرمة التشیب،أما روايتنا مسمع و مكارم الأخلاق فالمستفاد منهما حرمة قعود الرجل مع المرأه فى بیت الخلاء،فقد كان من المتعارف فى زمان الجاهلیه أنهم یهیئون مكانا لقضاء الحاجه،و یسمونه بیت الخلاء،و یقعد فیہ الرجال و النساء و الصبیان،و لا یستتر بعضهم عن بعض،كبعض أهل البادیه فى الزمن الحاضر،و لما بعث نبی الرحمه نهى عن ذلك، و أخذ البیعه علی النساء أن لا یقعدن مع الرجال فى الخلاء،علی أن الخلوہ مع الأجنبيہ إذا كانت محرمة فلا تختص بحاله القعود،بل هی محرمة مطلقه و إن كانت بغير قعود.

و یؤید ما ذكرناه من المعنى أن النهی فى الروایتین قد تعلق بقعود الرجال مع النساء فى الخلاء مطلقا و إن كن من المحارم،و من الواضح أنه لا مانع من خلوہ الرجل مع محارمه، و إن لم یكن للروایتین ظهور فیما ادعیناه،فلا ظهور لهما فى حرمة الخلوہ أيضا،و لا أقل من الشك،فتسقطان عن الحجیه.

علی ان من جملة ما أخذ رسول الله (صلی الله علیه و آله)البیعه به علی النساء أن لا یزنین،و لعل أخذ البیعه علیهن أن لا یقعدن مع الرجال فى الخلاء من جهه عدم تحقق الزنا،فان حاله الخلوہ مظنه الوقوع علی الزنا،و علیہ فلا موضوعیه لعنوان الخلوہ بوجه،و الغرض المهم هو النهی عن الزنا،و إنما تعلق بالخلوہ لكونها من المقدمات القریبه له.

و یدل علی ما ذكرناه أيضا ما ورد فى جملة من الروایات من تعلیل النهی عن الخلوہ بأن الثالث هو الشیطان،فان الظاهر منها هو أنه لو خلا-الرجل مع المرأه الأجنبيہ فإن الشیطان یکاد أن یوقعهما فى البغى و الزنا،و من هنا ظهر أنه لا یجوز الاستدلال أيضا بهذه الروایات المشتمله علی التعلیل المذكور.و قد ذكرنا جمیع هذه الروایات فى الحاشیه.

و أما روايه موسى بن إبراهيم فهى خارجه عما نحن فیہ،فإنها دلت علی حرمة نوم الرجل فى موضع یسمع نفس الامرأه الأجنبيہ،و لا ملازمه بین سماع النفس و الخلوہ دائما،بل

ص:٢١٧

بينهما عموم من وجه، كما أن النهى عن نوم الرجل مع المرأة تحت لحاف واحد كما فى بعض الأحاديث (١) لا يدل على حرمه عنوان الخلوه.

و يمكن أن يكون نهى الرجل عن النوم فى مكان يسمع نفس المرأة الأجنبيه من جهه كون سماع نفس المرأة من المقدمات القريبه للزنا، كما أن النهى عن النوم تحت لحاف واحد كذلك، فان سماع النفس فى الأشخاص العاديه لا يكون إلا مع نومهم فى محل واحد، و من القريب جدا أن هذا يوجب الزنا كثيرا.

بل يمكن أن يقال: إنه لو ورد نص صريح فى النهى عن الخلوه مع الأجنبيه فلا- موضوعيه لها أيضا، و إنما نهى عنها لكونها من المقدمات القريبه للزنا، فان أهميه حفظ الاعراض فى نظر الشارع المقدس تقتضى النهى عن الزنا، و عن كل ما يؤدى إليه عرفا.

و أما الروايات المشتمله على أن إبليس لا- يغيب عن الإنسان فى مواضع منها موضع خلوه الرجل مع امرأه أجنبيه، فإن الاستفادة منها أن الشيطان يقطن فى تلك المواضع يجر الناس الى الحرام، فلا دلالة فيها على المدعى. و على الجملة فلا دليل على حرمه الخلوه بما هى خلوه، و إنما النهى عنها للمقدميه فقط.

و يضاف الى جميع ما ذكرناه أن الروايات الوارده فى النهى عن الخلوه بالأجنبيه كلها ضعيفه السند و غير منجره بشىء.

و لو سلمنا وجود الدليل على ذلك فإنه لا ملازمه بين حرمه الخلوه و حرمه التشبيب و لو بالفحوى، إذ لا طريق لنا الى العلم بأن ملاك الحرمة فى الخلوه هو إثارة القوه الشهويه حتى يقاس عليها كل ما يوجب تهيجها. و من هنا على أنه لا وجه لقياس التشبيب على شىء يوجب تهيج القوه الشهويه.

قوله و كراهه جلوس الرجل فى مكان المرأة حتى يبرد المكان. أقول: استدل المصنف على حرمه التشبيب بفحوى أمور مكروهه: منها ما ورد [١] فى كراهه الجلوس فى

ص: ٢١٨

---

١- (١) راجع ج ٣ نل باب ١٣ تحريم خلوه الرجال بالمرأة تحت لحاف واحد من أبواب النكاح المحرم ص ٤١. و ج ٢ كا باب ٥ ما يوجب الجلد من الحدود ص ٢٨٧. و ج ٩ الوافى باب المجردين و جدا فى لحاف واحد من الحدود ص ٤٧.

مجلس المرأة حتى يبرد المكان، و منها ما ورد[١] فى رجحان تستر المرأة عن نساء أهل الذمه و منها ما ورد[٢] فى التستر عن الصبى المميز الى غير ذلك من الموارد التى نهى الشارع عنها تنزيها، لكونها موجهة لتهييج الشهوة. فتدل بالفحوى على حرمة التشبيب، لكونه أقوى فى إثارة الشهوة.

و لكنها لا تعرف وجهها صحيحا لهذا الاستدلال، إذ لا معنى لإثبات الحرمة لموضوع لثبوت الكراهة لموضوع آخر حتى بناء على العمل بالقياس. على أن لا نعلم أن مناط الكراهة فى تلك الأمور هو تهييج الشهوة حتى يلتزم بالحرمة فيما إذا كان التهييج أشد و أقوى، و قد تقدم نظير ذلك من المصنف فى البحث عن حرمة إلقاء الغير فى الحرام الواقعى (١)، حيث استدل على الحرمة بكراهة إطعام النجس للبهيمه.

على أن رجحان التستر عن نساء أهل الذمه إنما هو لثلاث يطلعن رجالهن على محاسن نساء المسلمين، و رجحان التستر عن الصبى المميز إنما هو لكونه مميزا فى نفسه، كما يظهر من الرواية الدالة على ذلك.

قوله و النهى فى الكتاب العزيز) أقول: قد ورد النهى فى الكتاب الشريف (٢) عن خضوع النساء بالقول لثلاث يطعم الذى فى قلبه مَرَضٌ. و عن أن يضربن بأرجلهن لئلا يعلم ما يخفين من زينتتهن (٣).

إلا أنه لا دلالة فى شىء من ذلك على حرمة التشبيب، كما لا دلالة عليها فى حرمة التعريض بالخطبة لذات البعل و لذات العده الرجعية، و التعريض هو الإتيان بلفظ يحتمل الرغبة فى النكاح مع كونه ظاهرا فى النكاح، كأن يقول: رب راغب فيك، و حريص عليك،

ص: ٢١٩

١-١ ص ١١٧.

٢-٢ سورة الأحزاب، آية ٣٢.

٣-٣ سورة النور، آية ٣١.

أو انى راغب فيك، أو أنت على كريمه، أو عزيزه، أو إن الله لسائق إليك خيرا، أو رزقا، أو نحو ذلك.

قوله سواء علم السامع إجمالا بقصد معينه أم لا ففيه إشكال. أقول: إذا ثبتت حرمة التشبيب و حرمة سماعه فلا يحرم سماعه إذا كان المشبب بها امرأه غير معينه، لعدم علم السامع بها حتى يترتب عليه ما تقدم من الأمور.

قوله و فيه إشكال من جهة اختلاف الوجوه المتقدمه للتحريم. أقول: قد عرفت عدم دلالة شىء من الوجوه المتقدمه على حرمة التشبيب. و لو سلم ذلك فلا دلالة فيها على حرمة التشبيب بامرأه مبهمه أو خياليه إلا إذا كان مرجعه إلى تمنى الحرام. و قد عرفت أنه خارج عما نحن فيه.

قوله أما التشبيب بالغلام فهو محرم على كل حال. أقول: التشبيب بالغلام إن كان داخلا في عنوان تمنى الحرام فلا ريب في حرمة، لكونه جرأه على حرمت المولى كما تقدم و إلا فلا. وجه لحرمة فضلا عن كونه حراما على كل حال. بل ربما يكون التشبيب به مطلوباً. و لذا يجوز مداح الابطال و الشجعان، و مدح الشبان بتشبيهم بالقمر و النجوم، و لا شبهه في صدق التشبيب عليه لغه [١] أو عرفاً.

قوله لأنه فحش محض. أقول: لا شبهه في حرمة الفحش و السب كما سيأتى، إلا أنه لا يرتبط ذلك بالتشبيب بعنوانه الأولى الذى هو محل الكلام فى المقام.

### حرمة التصوير

### إشارة

قوله المسألة الرابعة تصوير صور ذوات الأرواح حرام إذا كانت الصورة مجسمة بلا خلاف. أقول: لا خلاف بين الشيعة و السنة [٢] فى حرمة التصوير فى الجملة.



ففى المستند (١) ادعى الإجماع على حرمة على الصور لذوات الأرواح إذا كانت الصورة مجسمة، و ذكر الخلاف فى غير هذا القسم.

و فى المختلف (٢): (مسأله: قال ابن براج: يحرم التماثيل المجسمة و غير المجسمة، و قال ابن إدريس: و سائر التماثيل و الصور ذوات الأرواح مجسمة كانت أو غيرها. و أبو الصلاح قال: يحرم التماثيل و أطلق). و عن المحقق الثانى إنه قسم التصوير إلى أربعة أقسام، و قال: أحدها محرم إجماعاً، و هو عمل الصور المجسمة لذوات الأرواح، و باقى الأقسام مختلف فيها.

فالمتحصل من كلمات الأصحاب أن الأقوال فى حرمة التصوير أربعة، الأول: أن التصوير حرام إذا كانت الصورة مجسمة لذى روح، و هذا مما لا خلاف فى حرمة بين الأصحاب، بل ادعى عليه الإجماع.

الثانى: أن تصوير ذوات الأرواح حرام سواء كانت الصورة مجسمة أم غير مجسمة، و قد اختاره المصنف وفاقاً لما ذهب إليه الحلّى و القاضى و غيرهما من الأصحاب.

الثالث: حرمة التصاوير مطلقاً إذا كانت مجسمة. الرابع: القول بحرمتها على وجه الإطلاق سواء كانت مجسمة أم غيرها، و سواء كانت لذوات الأرواح أم غيرها، و القولان الأخيران و إن كانا أيضاً مورد الخلاف بين الفقهاء كما أشار إليه التراقي و المحقق الثانى: إلا أنا لم نجد قائلاً بهما عدا ما يستفاد من ظاهر بعض العبائر.

و كيف كان فالمهم فى المقام هو التكلم فى مدرك الأقوال، فنقول: الظاهر من بعض المطلقات المنقولة من طرق الشيعة [١]

ص: ٢٢١

١-١) ج ١ ص ٣٣٧.

٢-٢) ج ٢ ص ١٦٣.

و من طرق العامه (1) حرمة التصاوير مطلقا و لو كانت لغير ذوات الأرواح. و لم تكن مجسمه، كقول على «ع»: (إياكم و عمل الصور فإنكم تسألون عنها يوم القيامة) و كالنبوى

ص: ٢٢٢

---

١-١) راجع ج ٧ سنن البيهقى ص ٢٦٨.

المذكور فى سنن البيهقى: (إن أشد الناس عذابا عند الله يوم القيامة المصورون).

و لكن لا بد من تقييد هذه المطلقات بما دل [١] على جواز التصوير لغيرها ذوات الأرواح و عليه فتحمل المطلقات على تصوير ذوات الأرواح. و يحكم بجواز التصوير لغيرها سواء كانت الصورة مجسمة أم غير مجسمة، و هو الموافق للأصل و الإطلاقات و العمومات من الآيات و الروايات الواردة فى طلب الرزق و جواز الاكتساب بأى كيفية كان إلا ما خرج بالدليل.

و يضاف الى ما ذكرناه أن المطلقات المذكوره بأجمعها ضعيفه السند و غير منجره بشىء.

على ان مقتضى السيره القطعيه المستمره إلى زمان المعصوم «ع» جواز التصوير لغير ذوات الأرواح، و لم نر و لم نسمع من أنكر جواز تصوير الأشجار و الفواكه و الجبال و البحار و الشطوط و الحدائق، بل السيره المذكوره ثابتة فى تعلم بعض الأشياء، خصوصا فى بعض العلوم الرياضيه حيث يعملون الصور لتسهيل التفهيم.

و يؤيد ما ذكرناه ما ورد فى بعض الأحاديث [٢] من ان رسول الله (صلى الله عليه و آله) بعث عليا (عليه السلام)

فى هدم القبور و كسر الصور، و أيضا قال له: لا تدع صوره إلا محتها. فإنه ليس من المعهود ان عليا (عليه السلام) كسر الصور التى لغير ذوات الأرواح، و ان رسول الله (صلى الله عليه و آله) أمره أيضا على ذلك.

و يضاف الى ما ذكرناه ان الصورة فى اللغة [١] و إن كانت مساوقه للشكل و شامله لصور ذوات الأرواح و غيرها، إلا ان المراد بها فى المقام صور ذوات الأرواح فقط، لما ورد فى جملة من الروايات التى سنذكرها: ان من صور صوره كلفه الله تعالى يوم القيامة ان ينفخ فيها و ليس بنافخ.

و من الواضح ان الأمر بالنفخ و لو كان تعجيزا إنما يمكن إذا كان المورد قابلا لذلك، و لا شبهه ان نفس الأشجار و الأحجار و البحار و الشطوط و نحوها غير قابله للنفخ فضلا عن صورها، فان عدم القدره على النفخ فيها ليس من جهة عجز الفاعل فقط، بل لعدم قابليه المورد.

و اما القول الثانى -أعنى حرمة تصوير الصور لذى الروح سواء كانت الصورة مجسمة أم غير مجسمة- فتدل عليه الاخبار المستفيضة من الفريقين [٢] التى تقدمت الإشارة إليها،

فإنه قد ذكر فيها أن من صور صورته يعذب يوم القيامة، ويكلف أن ينفخ فيها و ليس بnafخ، و فى بعضها (١): (أحيوا ما خلقتم). و لكنها مع كثرتها ضعيفه السند. و غير منجره بشىء، فلا تكون صالحه للاستناد إليها فى الحكم الشرعى.

و يضاف الى ما ذكرناه ما تقدم فى الحاشيه من الروايات الداله على حرمه خصوص التصوير لذوات الأرواح، كصحيحه البقباق عن أبى عبد الله (عليه السلام): (فى قول الله يَعْْمَلُونَ لَهُ مَا يَشَاءُ مِنْ مَحَارِبٍ وَ تَمَائِيلٍ؟ فقال: و الله ما هى تماثيل الرجال و النساء و لكنها الشجر و شبهه).

فان ذكر الرجال و النساء فيها من باب المثل، و يدل على ذلك من الروايه قوله (عليه السلام) (و لكنها الشجر و شبهه). و غيرها من الروايات المعتمده.

### ما استدل به على اختصاص الحرمه

بالصور المجسمه

و قد يقال: إن التحريم مختص بالصور المجسمه لوجوه قد أشار الى جملة منها فى متاجر الجواهر:

### الوجه الأول: أن الأخبار المشتمله على نفخ الروح ظاهره فى ذلك،

فان الظاهر منها أن الصوره التى صنعها المصور جامعه لجميع ما يحتاج اليه الحيوان سوى الروح، و هذا إنما يكون فى الصوره إذا كانت مجسمه، و واجده للجنه و الهيكل، و مشتمله على الأبعاد الثلاثه، إذ يستحيل الأمر بنفخ الروح فى النقوش الخاليه عن الجسم، فإن الأمر بالنفخ لا- يكون إلا- فى محل قابل له، و الصور المنقوشه على الألواح و الأوراق و نحوهما غير قابله لذلك، لاستحاله انقلاب العرض الى الجوهر. و دعوى إرادته تجسيم النقش مقدمه للنفخ ثم النفع فيه خلاف الظاهر من الروايات.

و أجاب عنه المصنف بوجهين، الأول:

ص: ٢٢٥

(أن النفخ يمكن تصويره فى النقش بملاحظه محله، بل بدونها، كما فى أمر الإمام (عليه السلام) [١] الأسد المنقوش على البساط بأخذ الساحر فى مجلس الخليفه).

و فيه أن هذا خلاف ظواهر الأخبار، فإن الظاهر منها أن التكليف إنما هو بإحياء نفس الصور دون محلها، و أما أمر الإمام (عليه السلام) الأسد المنقوش على البساط بأخذ الساحر فسيأتى الجواب عنه.

الثانى: أن النفخ إنما هو (بملاحظه لون النقش الذى هو فى الحقيقه أجزاء لطيفه من الصبغ، و الحاصل: أن مثل هذا لا يعد قرينه عرفا على تخصيص الصورة بالمجسمه).

و هذا الجواب متين، و بيان ذلك: أنه إذا كان المقصود من النفخ هو النفخ فى النقوش الخاليه عن الجسم التى هى ليست إلا أعراضا صرفه، فإنه لا مناص عن الاشكال المذكور، و هو واضح. و إذا كان المقصود من النفخ فيها بملاحظه لون النقش، و أجزاء الصبغ اللطيفه فهو متين، إذ النفخ حينئذ إنما هو فى الأجزاء الصغار، و لا ريب فى قابليتها للنفخ لتكون حيوانا، و لا يلزم منه انقلاب العرض الى الجوهر، بل هو من قبيل تبدل جوهر بجوهر آخر. و عليه فلا يتوجه الاشكال المذكور على شمول الروايات المتقدمه (أعنى الأخبار المشتمله على نفخ الروح) لصور ذى الروح مطلقا و إن كانت غير مجسمه. و لكن قد عرفت أنها ضعيفه السند.

و مع الإغضاء عن جميع ما ذكرناه فى ما دل على حرمه تصوير الصور لذوات الأرواح مطلقا غنى و كفايه كما عرفت.

و يضاف الى ذلك كله ما تقدم من المطلقات التى دلت على حرمه التصوير، فإن الخارج عنها ليس إلا تصوير الصور لغير ذى الروح، فيبقى الباقي تحتها. و لكن قد عرفت أن تلك المطلقات ضعيفه السند.

و من هنا يعلم أنه لا استحاله فى صيوره الصورة الأسيه المنقوشه على البساط أسدا

حقيقيا و حيوانا مفترسا بأمر الإمام (عليه السلام)، غايه الأمر أنه من الأمور الخارقة للعادة، لكونه إعجازا منه (عليه السلام)، و قد حققنا فى مبحث الاعجاز من مقدمه التفسير أن الإعجاز لا بد و أن يكون خارجا عن النواميس الطبيعیه، و خارقا للعادة.

و توضیح ذلك أن الخلق و الإيجاد على قسمين، الأول: أن يكون بحسب المقدمات الإعدادیه و النواميس الطبيعیه، فإنه تعالى و إن كان قادرا على خلق العوالم بمجرد الإراده التكوینیة، إلا أن حکمته قد جرت على أن یخلقها بالسير الطبيعى، و طى المراتب المختلفه بلبس الصور و خلعها حتى تصل الى المقصد الأقصى و الغايه القصوى.

مثلا- إذا تعلق المشیه الإلهیه بخلق الإنسان بحسب المقدمات الإعدادیه و السير الطبيعى جعل الله موادہ الأصلیه فى كمون الأغذیه فیأكلها البشر فتحللها القوى المكونه فيه الى أن تصل الى حد المنویه، ثم يستقر المنى فى الرحم، فىكون دما ثم علقه ثم مضغه ثم لحما ثم عظما ثم إنسانا، و هذا هو الخلق بالנוاميس الطبيعیه. و كذلك الحال فى سائر المخلوقات.

الثانى: أن يكون الخلق غير جار على النواميس الطبيعیه، بل أمرا دفعيا و خارقا للعادة، و تكون المقدمات الطبيعیه كلها مطويه فيه، كجعل الحبوب أشجارا و زروعا، و الأحجار لؤلؤا و یواقیتا دفعه واحده، و یسمى ذلك بالاعجاز، و هذا من المواهب الإلهیه التى خص الله بها أنبیاءه و رسله (صلی الله علیه و آله) و الأئمه الطاهرين (عليه السلام). و صیوره الصوره الاسديه حیوانا مفترسا بأمر الإمام (عليه السلام) من القبیل الثانی.

### **الوجه الثانی: ما ذكره فى متاجر الجواهر،**

و هو أن (فى بعض النصوص التى تقدمت فى كتاب الصلاه من أنه لا بأس إذا غير رؤوسها [١] و فى آخر [٢] قطعت و فى ثالث [٣])

كسرت نوع إشعار بالتجسم).

و فيه أولا: أنه لا إشعار في شيء من هذه الروايات بكون الصور المنهى عنها مجسمة إلا في روايه قرب الاسناد (تكسر رؤوس التماثيل و تلتخ رؤوس التصاوير) و هي ضعيفه السند، و الوجه في عدم إشعار غيرها بذلك هو أن قطع الرأس أو تغييره كما يصدق في الصور المجسمة، فكذلك يصدق في غيرها.

و ثانيا: أن الكلام في المقام في عمل الصور، و هو لا- يرتبط بالصلاه في بيت فيه تماثيل، بل الصلاه فيه كالصلاه في الموارد المكروهه.

### الوجه الثالث: ما في الجواهر أيضا

من أنه (يظهر من مقابله النقش للصوره في خبر المناهى ذلك أيضا) أي كون الصور المحرمه مجسمة.

و فيه أولا: أن خبر المناهى ضعيف السند و مجهول الراوى، كما عرفت مرارا.

و ثانيا: ما ذكره السيد في حاشيته: و هو أن ما اشتمل على كلمه النقش (خبر آخر عن النبي (صلى الله عليه و آله) نقله الامام (عليه السلام): فلا مقابله في كلام النبي، و الامام أراد أن ينقل اللفظ الصادر عنه (عليه السلام)).

### فروع مهمه

### تصوير الملك و الجن

الأول: هل يلحق الجن و الملك بالحيوان فيحرم تصويرهما أولا؟ ففيه قولان، و قد يقال بالثاني، كما في الجواهر، و حكاه عن بعض الأساطين في شرحه على القواعد.

و الوجه فيه أن المطلقات المتقدمه و ان اقتضت حرمة التصوير مطلقا إلا أنك قد عرفت أنها مقيده بالروايات المعتمده كصحيحه محمد بن مسلم: (لا بأس ما لم يكن شيئا من الحيوان) و غيرها، و قد عرفت ذلك آنفا، و عليه فنفي البأس عن تصوير غير الحيوان يقتضى اندراج الملك و الجن تحت الحكم بالجواز، فان من الواضح أنهما ليسا من جنس الحيوان.

و فيه أن المراد من الحيوان هنا ما هو المعروف في مصطلح أهل المعقول من كونه جسما حساسا متحركا بالإرادته، و من البديهي أن هذا المفهوم يصدق على كل ماده ذات روح سواء كانت من عالم العناصر أم من عالم آخر هو فوقه، و عليه فلا قصور في شمول صحيحه محمد بن مسلم للملك و الجن و الشيطان، فيحكم بحرمة تصويرهم.



و دعوى أن الملك من عالم المجردات فليس له ماده، كما اشتهر في ألسنه الفلاسفه، دعوى جزافيه. فإنه مع الخدشه في أدله القول بعالم المجردات ما سوى الله كما حقق في محله. انه مخالف لظاهر الشرع. و من هنا حكم المجلسي (ره) في اعتقاداته بكفر من أنكر جسميه الملك. و تفصيل الكلام في محله.

و إن أبيت إلا إرادته المفهوم العرفي من الحيوان فاللازم هو القول بانصرافه عن الإنسان أيضا، كانصرافه عن الملك و الجن، و لذا قلنا: إن العمومات الداله على حرمة الصلاه في أجزاء ما لا- يؤكل لحمه منصرفه عن الإنسان قطعاً، مع أنه لم يقل أحد هنا بالانصراف، فتحصل أنه لا يجوز تصوير الملك و الجن.

و في حاشيه السيد (ره) ما ملخصه: أن كلا من صحيحه ابن مسلم، و ما في خير تحف العقول (و صنعه صنوف التصاوير ما لم يكن مثل الروحاني) مشتمل على عقدين عقد ترخيصي و عقد تحريمي، فلا يكونان من الأعم و الأخص المطلقين، لوجود التعارض بين منطوق الصحيحه و بين مفهوم الخبر بالعموم من وجه في الملك و الجن، فان مقتضى الصحيحه هو جواز تصويرهما، و مقتضى مفهوم روايه تحف العقول هو حرمة تصويرهما، و حيث إن الترجيح بحسب الدلاله غير موجود، و المرجح السندی مع الصحيحه، فلا بد من ترجيح ما هو أقوى من حيث السند.

و فيه أولاً: أن خبر تحف العقول ضعيف السند، و مضطرب الدلاله، فلا- يجوز العمل به في نفسه فلا عما إذا كان معارضاً لخبر صحيح، و قد تقدم ذلك.

و ثانياً: أنا سلمنا جواز العمل به، و لكننا قد حققنا في باب التعادل و الترجيح من الأصول أن أقوائه السند لا تكون مرجحه في التعارض بالعموم من وجه، بل لا بد من الرجوع الى المرجحات الأخر، و حيث لا ترجيح لكل منهما على الآخر، فيحكم بالتساقط و يرجع الى المطلقات الداله على حرمة التصوير مطلقاً، و عليه فيحرم تصوير الملك و الجن لهذه المطلقات، إلا أنك قد عرفت أننا أن المطلقات بأجمعها ضعيفه السند، فلا تكون مرجعا في المقام، فلا بد و أن يرجع الى البراءه.

و سيأتي ان صحيحه محمد بن مسلم غريبه عن حرمة التصوير.

اللهم إلا أن يقال: إن المتعارف من تصوير الملك و الجن ما يكون بشكل أحد الحيوانات فيحرم من هذه الجهه، و لكن يرد عليه أن من يصور صوره الملك و الجن إنما يقصد صورتهما لا- صوره الحيوان، و لا- بما هو أعم منهما و من الحيوان، إلا أن يكونا معدودين من أفراد الحيوان كما عرفت.

نعم يمكن استفاده الحرمة من صحيحه البقباق المتقدمه، بدعوى أن الظاهر من قوله (عليه السلام)

فيها: (و الله ما هي تماثيل الرجال و النساء و لكنها الشجر و شبهه هو المقابله بين ذى الروح و غيره من حيث جواز التصوير و عدمه، و ذكر الأمور المذكوره فيها إنما هو من باب المثال و الله العالم.

### ان حرمه التصوير غير مقيده

بكون الصورة معجبه

الفرع الثانى: ما ذكره المصنف و حاصله: انا إذا عممنا الحكم لغير الحيوان مطلقاً أو مع التجسيم فالظاهر أن المراد به ما كان مخلوقاً لله سبحانه على هيئته خاصه معجبه للناظر، و إلا فلا وجه للحرمه، و على هذا فلا يحرم تصوير الصور لما هو من صنع البشر و إن كان على هيئته معجبه كالسيوف و الابنيه و القصور و السيارات و الطيارات و الدبابات و غيرها.

و كذلك لا يحرم تصوير الصور لما هو مخلوق لله و لكن لا بهيئته معجبه كالخشب و القصب و الشطوط و البحار و الأوديه و العرصات و نحوها. و من هنا ظهر الاشكال فيما حكاه المصنف عن كاشف اللثام فى مسأله كراهه الصلاه فى الثوب المشتمل على التماثيل من أنه (لو عمت الكراهه لتماثيل ذى الروح و غيرها كرهت الثياب ذوات الأعلام لشبه الأعلام بالأخشاب و القصبات و نحوها، و الثياب المحشوه لشبه طرائقها المخيطه بها، بل الثياب قاطبه أشبه خيوطها الأخشاب و نحوها).

و فيه أولاً: أن ما دل على حرمه التصوير لم يقيد بكون الصورة أو ذى الصورة معجبه فلا وجه لجعل الإعجاب شرطاً فى حرمه التصوير.

و ثانياً: ما ذكره المحقق الايروانى من أن (الإعجاب الحاصل عند مشاهدته الصورة إنما هو من نفس الصورة لكشفها عن كمال مهاره النقاش و لو كانت صورته نمل أو دود، و لذا لا يحصل ذلك الإعجاب من مشاهدته ذى الصورة).

و أما ما حكاه عن كاشف اللثام فيرد عليه أولاً: أن مورد البحث هنا إنما هو الشبه الخاص بحيث يقال فى العرف: إن هذا صورته ذاك، و من البديهي أن مجرد كون الأعلام و الطرائق و الخيوط فى الثياب على هيئته الأخشاب و القصب لا يحقق الشبه المذكوره، و إلا فلا محيص عن الاشكال حتى بناء على اختصاص الحكم بذوات الأرواح لشبه أعلام الثياب و طرائقها المخيط بالحيات و الديدان و نحوها.

و ثانياً: أنه يعتبر فى حرمه التصوير قصد الحكايه كما سيأتى فى الفرع الآتى، فصانع الثوب لم يقصد شباهته بشيء من ذوات الأرواح و غيرها، بل غرضه نسج الثوب فقط،

و عليه فلا بأس بشباهته بشيء من الحيوانات و غيرها شباهاه اتفقيه.

نعم إذا قلنا بتعميم الحكم الغير الحيوان مطلقا أو فى الجملة فلا مناص من الالتزام بانصرافه الأدله عما هو مصنوع للعباد بديبه أن  
ييجاد نفس ذى الصوره جائز فإيجاد صورته أولى بالجواز.

### اعتبار قصد الحكايه فى حرمه التصوير

الفرع الثالث: ما ذكره المصنف ب قوله هذا كله مع قصد الحكايه و التمثيل، فلو دعت الحاجه الى عمل شىء يكون شبيها بشيء  
من خلق الله و لو كان حيوانا من غير قصد الحكايه فلا بأس قطعاً).

و توضيح كلامه: أنه لا شبهه فى اعتبار قصد حكاية ذى الصوره فى حرمه التصوير، لأن المذكور فى الروايات النهى عن التصوير  
و التمثيل، و لا يصدق ذلك إذا حصل التشابه بالمصادفه و الاتفاق من غير قصد للحكاية، و هذا نظير اعتبار قصد الحكايه فى  
صحته استعمال الألفاظ فى معانيها، و بدون ذلك ليس هناك استعمال.

و عليه فإذا احتاج أحد إلى عمل شىء من المكائن أو آلاتها أو غيرهما من الأشياء اللازمه على صوره حيوان فلا يكون ذلك  
حراماً، لعدم صدق التصوير عليه بوجه. و المثال الواضح لذلك الطائرات المصنوعه فى زماننا، فإنها شبيهاه بالطيور و مع ذلك لم  
يفعل صانعها فعلاً - محرماً، و لا يتوهم أحد حتى الصبيان أن صانع الطائره يصور صوره الطير، بل إنما غرضه صنع شىء آخر  
للمصلحه العامه، و لكونه على هيئه الطير إنما هو اتفاقى. و من هنا لا وجه لما توهمه كاشف اللثام على ما عرفت من أنه (لو عمت  
الكراهه لتمثيل ذى الروح و غيره كرهت الثياب ذوات الاعلام لشبه الاعلام بالأخشاب). فان النساج لم يقصد الحكايه فى فعله.

و توهم بعضهم أن مراد المصنف من كلامه فى هذا الفرع هو أن يكون الداعى إلى التصوير هو الاكتساب دون التمثيل بأن  
يكون غرض المصور نظر الناس الى الصور و التماثيل و إعطاء شىء بإزاء ذلك.

و فيه أنه من العجائب، لكونه غريباً عن كلام المصنف، على أنه من أوضح أفراد التصوير المحرم فكيف يحمل كلام المصنف  
عليه!!

الفرع الرابع: ما ذكره المصنف أيضا، وهو (أن المرجع في الصورة إلى العرف، فلا يقدر في الحرمه نقص بعض الأعضاء). و توضيح ذلك: أنه يعتبر في تحقق الصورة في الخارج الصدق العرفي، فإن الأدلة المتقدمة التي دلت على حرمه التصوير إنما تقتضى حرمه الصورة العرفيه التامه الأعضاء و الجوارح بحيث يصدق عليها أنها مثال بالحمل الشائع و عليه فإذا صور أحد نصف حيوان من رأسه الى وسطه أو بعض أجزائه فإن قدر الباقي موجودا فهو حرام، كما إذا صور إنسانا جالسا لا يتبين نصد بدنه، أو كان بعض أجزائه ظاهرا و بعضه مقدرا بأن صور إنسانا وراء جدار أو فرس أو يسبح في الماء و رأسه ظاهر و إن قصد النصف فقط فلا يكون حراما، فإن الحيوان لا يصدق على بعض أجزائه كرجله و يده و رأسه. نعم إذا صدق الحيوان على هذا النصف كان تصويره حراما، و على هذا فإذا صور صوره حيوان متفرق الأجزاء فلا يكون ذلك حراما، فإذا ركبها كان حراما لصدق التصوير على التركيب، و إذا كان الغرض تصوير بعض الأجزاء فقط ثم بدئ له الإكمال حرم الإتمام فقط، فإنه مع قطع النظر عن الإتمام ليس تصويرا لذى روح و مما ذكرناه ظهر بطلان قول المحقق الايرواني: (إن من المحتمل قريبا حرمه كل جزء جزء أو حرمه ما يعم الجزء و الكل، فنقش كل جزء حرام مستقل إذا لم ينضم اليه نقش بقيه الاجزاء، و إلا كان الكل مصداقا واحدا للحرام) الى أن قال: (و يحتمل أن يكون كل فاعلا للحرام، كما إذا اجتمع جمع على قتل واحد. فإن الهيئه تحصل بفعل الجميع، فلو لا نقش السابق للأجزاء السابقه لم تحصل الهيئه بفعل اللاحق).

على أن المقام لا يقاس باجتماع جمع على قتل واحد، فإن الإعانه على القتل حرام بالروايات المستفيضه بل المتواتره، بخلاف ما نحن فيه، فإن التصوير المحرم إنما يتحقق بفعل اللاحق، و تحصل الهيئه المحرمه بذلك.

غايه الأمر أن نقش السابق للأجزاء السابقه يكون إعانه على الإثم، و هي ليست بحرام كما عرفت فيما سبق.

الفرع الخامس: الظاهر من الأدلة المتقدمة الناهية عن التصوير و التمثيل هو النهى عن إيجاد الصورة، كما أن النهى عن سائر الأفعال المحرمة نهى عن إيجادها فى الخارج، و عليه فلا يفرق فى حرمة التصوير بين أن يكون باليد أو بالطبع أو بالصياغة أو بالنسج، سواء أ كان ذلك أمرا دفعيا كما إذا كان بالآله الطابعه أم تدريجيا.

و على هذا المنهج فلا يحرم أخذ العكس المتعارف فى زماننا، لعدم كونه إيجادا للصورة المحرمة، و إنما هو أخذ للظل، و إبقاء له بواسطة الدواء، فإن الإنسان إذا وقت فى مقابل المكينه العكاسه كان حائلا بينها و بين النور، فيقع ظله على المكينه، و يثبت فيها لأجل الدواء فيكون صورته لذى ظل، و اين هذا من التصوير المحرم؟.

و هذا من قبيل وضع شىء من الأدويه على الجدران أو الأجسام الصيقليه لتثبت فيها الاظلال و الصور المرتمسه، فهل يتوهم أحد حرمة من جهة حرمة التصوير، و إلا- لزمه القول بحرمة النظر إلى المرآه، إذ لا يفرق فى حرمة التصوير بين بقاء الصورة مدته قليله أو مدته مديده!!.

و قد اشتهر انطباع صور الأشياء فى شجره الجوز فى بعض الأحيان، و لا نحتمل أن يتفوه أحد بحرمة الوقوف فى مقابلها فى ذلك الوقت، بدعوى كونه تصويرا محرما.

و على الاجمال لا- نتصور حرمة أخذ العكس المتعارف، لا من جهة الوقوف فى مقابل المكينه العكاسه، و لا من جهة إبقاء الظل فيها كما هو واضح.

الفرع السادس: قد عرفت آنفا أن المناط فى حرمة التصوير قصد الحكايه و الصدق العرفى، و عليه فيحرم تصوير الصورة للحيوانات مطلقا سواء ما كان منها فرد لنوع من الحيوانات الموجوده، و ما لم يكن كذلك كالعنقاء و نحوه من الحيوانات الخياليه، و ذلك لإطلاق الأدله.

الفرع السابع: إذا صور صورته مشتركه بين الحيوان و غيره لم يكن ذلك حراما إلا إذا قصد الحكايه عن الحيوان، ثم إذا اشترك أشخاص عديده فى صنعه صورته محرمة، فإن قصد كل واحد منهم التصوير المحرم فهو حرام، و إلا فلا يحرم غير تركيب الاجزاء المتشتمه الفرع الثامن: قد عرفت فى البحث عن حرمة تغيير الجاهل: أن إلقاء الغير فى الحرام الواقعى حرام، و عليه فلا- فرق فى حرمة التصوير بين المباشره و التسبيب. بل قد عرفت فى المبحث المذكور: أن نفس الأدله الأوليه تقتضى عدم الفرق بين المباشره و التسبيب فى

إيجاد المحرمات، و على هذا فلا نحتاج في استفاده التعميم إلى القرينه و ملاحظه المناط كما في حاشيه السيد(ره).

### ما استدل به على حرمه

اقتناء الصور المحرمه و الجواب عنه

قوله بقى الكلام فى جواز اقتناء ما حرم عمله من الصور. أقول: هل يجوز اقتناء الصور المحرمه أو لا؟ ففيه قولان: فالمحكى عن شرح الإرشاد للمحقق الأردبيلي، و عن جامع المقاصد للمحقق الثانى هو الجواز، إلا أن المعروف بين القدماء حرمه بيع التماثيل و ابتاعها و التكسب بها. بل حرمه اقتنائها.

و قد استدل على حرمه اقتنائها بوجوه،

### الوجه الأول: أن الوجود و الإيجاد فى الحقيقة

شئ واحد و إنما يختلفان بالاعتبار،

فان الصادر من الفاعل بالنسبه إليه إيجاد، و بالنسبه إلى القابل وجود، فإذا حرم الإيجاد حرم الوجود.

و فيه أن حرمه الإيجاد و إن كان ملازماً لحرمه الوجود إلا- ان الكلام هنا ليس فى الوجود الاولى الذى هو عين الإيجاد أو لازمه، بل فى الوجود فى الآن الثانى الذى هو عبارته عن البقاء، و من البديهي انه لا ملازمه بين الحدوث و البقاء، لا حكماً، و لا موضوعاً، و عليه فما يدل على حرمه الإيجاد لا يدل على حرمه الوجود بقاء، سواء كان صدوره من الفاعل عصياناً أو نسياناً أم غفله إلا إذا قامت قرينه على ذلك، كدلاله حرمه تنجيس المسجد على وجوب إزاله النجاسه عنه.

بل ربما يجب إبقاء النتيجة و إن كان الفعل حراماً، كما إذا كتب القرآن على ورق مغصوب، أو بحبر مغصوب، أو كتبه العبد بدون إذن مولاه، أو بنى مسجداً بدون إذنه أو تولد احد من الزنا، فان فى ذلك كله يجب حفظ النتيجة و إن كانت المقدمه محرمه.

و على الجملة ما هو متحد مع الإيجاد ليس مورداً للبحث، و ما هو مورد للبحث لا دليل على اتحاده مع الإيجاد.

لا- يقال: إن النهى عن الإيجاد كاشف عن مبغوضيه الوجود المستمر فى عمود الزمان، كما أن النهى عن بيع العبد المسلم من الكافر حدوثاً يكشف عن حرمه ملكيته له بقاء.

فإنه يقال: إن النهى عن بيع العبد المسلم من الكافر إن تم فهو يدل على وجوب إزاله علاقه الكافر عنه كما سيأتى بيان ذلك فى محله، و لا- يفرق فى ذلك بين الحدوث و البقاء، بخلاف ما نحن فيه، إذ قد عرفت: أن مجرد وجود الدليل على حرمه الإيجاد لا يدل على



حرمه الإبقاء إلا إذا كان محفوظا بالقرائن المذكوره.

على إذا سلمنا الملازمه بين مبغوضيه الإيجاد و بين مبغوضيه الوجود فإنما يتم بالنسبه إلى الفاعل فقط فيجب عليه إتلافه دون غيره، مع أن المدعى وجوب إتلافه على كل احد فالدليل أخص منه.

### **الوجه الثاني: أن صنعه التصاوير لذوات الأرواح من المحرمات الشرعيه،**

و قد دل عليه قوله «ع» في روايه تحف العقول: (و صنعه صنوف التصاوير ما لم يكن مثال الروحاني) و كل صنعه يجيء منها الفساد محضا من دون أن يكون فيها وجه من وجوه الصلح فهي محرمة، و قد دل على ذلك ما في روايه تحف العقول من الحصر: (إنما حرم الله الصناعه التي هي حرام كلها التي يجيء منها الفساد محضا و لا يكون منه و فيه شيء من وجوه الصلح) و كل ما يجيء منه الفساد محضا يحرم جميع الثقلب فيه، و منه الاقتناء و البيع، و قد دل عليه قوله «ع» فيها: (و جميع الثقلب فيه من جميع وجوه الحركات كلها). و قوله «ع» فيها أيضا: (فكل أمر يكون فيه الفساد مما هو منهى عنه، الى ان قال: فهو حرام محرم بيعه و شراؤه و إمساكه و ملكه و هبته و عاريتة و جميع الثقلب فيه).

و فيه أولا: ان الروايه ضعيفه السند فلا يجوز الاستناد إليها في شيء من المسائل الشرعيه كما عرفت في أول الكتاب.

و ثانيا: قد عرفت انه لا ملازمه بين حرمه عمل شيء و بين حرمه بيعه و اقتنائه و التصرف فيه و التكسب به، و من هنا نقول بحرمه الزنا، و لا نقول بحرمه تربيته أولاد الزنا، بل يجب حفظهم لكونهم محقوني الدماء.

و ثالثا: لا نسلم أن عمل التصاوير مما يجيء منه الفساد محضا، فإنه كثيرا ما تترتب عليه المنافع المحلله من التعليم و التعلم و حفظ صور بعض الأعظم و نحوه ذلك من المنافع المباحه.

### **الوجه الثالث: قوله (صلى الله عليه و آله) في الخبر المتقدم: (لا تدع صورته إلا محتوها).**

و فيه أولا: أنه ضعيفه السند. و ثانيا: ما ذكره المحقق الايرواني من انه (وارد في موضوع شخصي فعمل تصاوير المدينه كانت أصناما و كلابها مؤذيات و قبورها مسنمات).

### **الوجه الرابع: ما دل اعلى عدم صلاحيه اللعب بالتمثيل.**

و فيه أولا: انه ضعيف السند. و ثانيا: ان عدم الصلاحيه أعم من الحرمة، فلا يدل



عليها. و ثالثا: لو سلمنا دلالته على حرمه اللعب بها فلا ملازمه بين حرمة و حرمة اقتنائها، فإن حرمه اللعب أعم من حرمه الاقتناء.

و رابعا: انه غريب عما نحن فيه، إذ من المحتمل القريب ان يراد من التماثيل فى هذه الطائفة من الروايه الشطرنج و الوجه فى صحه إطلاق التماثيل عليه هو ان القطع التى يلعب بها فى الشطرنج على سته أصناف، و كل صنف على صورته، كالشاه و الفرزان (1) و الفيل و الفرس و الرخ (2) و البيدق (3) و قد صور هذه القطع فى كتاب المنجد فراجع.

و يؤيد ما ذكرناه من إرادته الشطرنج من التماثيل انا لا نتصور معنى لحرمة اللعب بالتصاوير المتعارفه كما هو واضح، و عليه فما دل على حرمه اللعب بها إنما هو من أدله حرمه اللعب بالشطرنج، و لا- أقل من الاحتمال، فلا- يبقى له ظهور فى إرادته الصور المتعارفه.

### الوجه الخامس: صححه البقاي- المتقدمه عند الاستدلال على حرمه التصوير

(عن أبى عبد الله «ع» فى قول الله تعالى (4): يَعْْمَلُونَ لَهُ مَا يَشَاءُ مِنْ مَحَارِبٍ وَ تَمَاثِيلَ؟ فقال:

و الله ما هى تماثيل الرجال و النساء و لكنها الشجر و شبهه). و بدعى ان ظاهر الروايه ان الامام «ع» أنكر ان شاء سليمان «ع» هذا الصنف من التماثيل، فتكون داله على مبعوضيه وجود التماثيل، و حرمة اقتنائها.

و فيه ان الظاهر من الروايه رجوع الإنكار إلى كون التصاوير المعموله لسليمان «ع» تصاوير الرجال و النساء، فلا تدل الروايه على مبعوضيه العمل فضلا عن مبعوضيه المعمول و الوجه فيه هو ان عمل تصاوير الرجال و النساء و اقتنائها من الأمور اللاهيه غير اللاتقه بمنصب الأعاظم و المراجع من العلماء و الروحانيين فضلا عن مقام النبوه، فإن النبى (صلى الله عليه و آله) لا بد و ان يكون راغبا عن الدنيا و زخرفها، و اما عمل الصور و جمعها فمن لعب الصبيان و شغل المجانين و السفهاء، فلا- يليق بمنصب النبوه، بخلاف تصاوير الشجر و شبهه، فإنها

ص: ٢٣٦

١-١) الفرزان بضم الفاء و سكران الرء المهمله الملكه فى لعب الشطرنج ج فرازين بفتح الفاء، و الكلمه من الدخيل.  
٢-٢) الرخ بضم الرء المهمله و الخاء المعجمه طائر و همى كبير، الواحده رخه قطعه من قطع الشطرنج ج رخاخ و رخخه بكسر الرء.

٣-٣) البيدق بفتح الباء و سكون الياء الماشى راجلا و منه بيدق الشطرنج ج بياذق.

٤-٤) سوره سبأ، آيه: ١٢.

غير منافيه لذلك.

و قد يقال: ان الصانعين للتماثيل هم الجن، و إنما يتم الاستدلال بالروايه على حرمه اقتناء الصور إذا قلنا بحرمه التصوير على الجن كحرمته على الانس، و هو أول الكلام.

و فيه ان الكلام ليس فى عمل الصور، بل فى اقتنائها، و من الواضح انه يعود الى سليمان.

### **الوجه السادس: حسنه زواره المتقدمه فى الحاشيه (لا بأس بأن يكون التماثيل فى البيوت**

إذا غيرت رؤوسها منها و ترك ما سوى ذلك).

فإنها بمفهومها داله على ثبوت البأس إذا لم يغير الرأس.

و فيه ما ذكره المصنف من حمل البأس فيها على الكراهه للصلاه. و عليه فتدل الروايه على جواز اقتناء الصور مع قطع النظر عن الصلاه.

و يؤيده ما فى روايه قرب الاسناد [١] من انه (ليس فيما لا يعلم شىء فإذا علم فليزغ الستر و ليكسر رؤوس التماثيل). فان الظاهر ان الأمر بكسر رؤوس التماثيل لأجل كون البيت معدا للصلاه. و مع الإغضاء عما ذكرناه و تسليم ان البأس ظاهر فى المنع فالروايه معارضه بما دل على جواز الاقتناء كما سيأتى. و يضاف الى جميع ذلك انها ضعيفه السند و مجهوله الراوى.

### **الوجه السابع: ما دل على كراهه على «ع» وجود الصور فى البيوت،**

فإنه بضميمه ما دل [٣] على ان عليا «ع» لم يكن يكره الحلال يدل على حرمه اقتناء الصور فى البيوت.

و فيه ان المراد من الحلال الذى كان على «ع» لا يكرهه المباح المتساوى طرفاه، لا ما يقابل الحرمه، لأن عليا «ع» كان يكره المكروه أيضا. و من هنا يظهر ان الكراهه المذكوره فى الروايه الأولى أعم من الحرمه و الكراهه المصطلحه. و إذن فلا دلاله فيها أيضا على حرمه اقتناء الصور.

## الوجه الثامن: روايه الحلبي افقد أمر الإمام «ع» فيها بتغيير رأس الصورة و جعلها

كهيته الشجر،

فتدل على حرمه إبقاء الصور من غير تغيير فيها.

و فيه ان أمر الإمام «ع» بتغيير الصورة في الطنفسه التي أهديت إليه ليس إلا- كفعله بنفسه، و من الواضح ان فعل الامام «ع» لا يدل على الوجوب، و لا- يقاس ذلك بسائر الأوامر الصادره منه «ع» الداله على الوجوب، و قد تقدم نظير ذلك في البحث عن بيع الدراهم المغشوشه من أمره «ع» بكسر الدرهم المغشوش، و إلقاءه في البالوعه، على ان الروايه مرسله، فلا يجوز الاستناد إليها.

## الوجه التاسع، صحيحه محمد بن مسلم المتقدمه (عن تماثيل الشجر و الشمس و القمر؟

فقال: لا بأس ما لم يكن شيئاً من الحيوان).

فإنها ظاهره في حرمه اقتناء الصور المحرمه، فإن التماثيل جمع تماثل بالفتح، و يجمع على تماثلات. و عليه فالسؤال عن التماثيل إنما هو سؤال عن الصور الموجوده في الخارج، فلا بد و أن يحمل على الأمور المناسبه لها من البيع و الشراء و الاقتناء و التزين و نحوها، لا- على نفس عمل الصور، كما أن السؤال عن بقيه الأشياء الخارجيه- من المأكولات و المشروبات و المركوبات و المنكوحات و نحوها- سؤال عن الأفعال المناسبه لها، و الطارئه عليها بعد كونها موجوده في الخارج. و إذن فالصحيحه داله على حرمه اقتناء الصور المحرمه و بيعها و شرائها و التزين بها، كما هو واضح.

قال المحقق الايرواني: (و الجواب أما عن الصحيحه فبعد تسليم السؤال فيها عن حكم الاقتناء و كون اقتنائها من منافعها. أن غايه ما يستفاد منهما ثبوت البأس، و هو أعم من التحريم.

و فيه أن كلمه البأس ظاهره في المنع ما لم يثبت الترخيص من القرائن الحاليه أو المقاليه، كما أن مقابلها: أعنى كلمه لا بأس ظاهر في الجواز المطلق.

فالإنصاف أنها ظاهره في التحريم، إلا أنها معارضه بما دل [٢] على جواز اقتناء الصور

فلا بد من حملها على الكراهه، كغيرها من الأخبار المتقدمه لو سلمت دلالتها على الحرمة،

ص: ٢٣٩

بل الظاهر من بعضها ان النهى عن اقتناء الصور فى البيوت إنما هو من جهة كراهه الصلاه إليها، و عليه فلا يكره الاقتناء فى غير بيوت الصلاه. و قد ذكر المصنف هنا جمله من الروايات [١] و لكنها ضعيفه السند.

ثم ان مقتضى العمومات الداله على حليه البيع و نفوذه هو جواز بيع الصور و ان كان عملها حراما، لعدم الدليل على حرمه بيعها و ضعا و تكليفا، بل الظاهر من بعض الأحاديث الداله على جواز إبقاء الصور هو جواز بيعها، فان المذكور فيها جواز اقتناء الثياب و البسط و الوسائد التى فيها الصور، و من الواضح جدا انها تبتاع من السوق غالبا، و قد ذكرنا جمله منها فى الحاشيه، و المتحصل من جميع ما ذكرناه: أن المحرم هو خصوص تصوير الصور لذوات الأرواح فقط، و أما اقتنائها و تزيين البيوت بها و بيعها و شراؤها فلا إشكال فى جوازها.

قوله و يؤيد الكراهه الجمع بين اقتناء الصور و التماثيل فى البيت. أقول: قد عرفت

أنه لا دليل على حرمة اقتناء الصورة المحرمة، وأن مقتضى الجمع بين ما دل على جواز الاقتناء و بين ما دل على الحرمة هو حمل الثاني على الكراهة.

و يؤيد ذلك أيضا الأخبار المستفيضة<sup>[١]</sup>المصرحة بأن الملائكة لا- تدخل بيتا فيه صورة أو كلب أو إناء يبال فيه،و فى بعض أحاديث العامه (١):لا- تدخل الملائكة بيتا فيه كلب و لا- صوره تماثيل.و فى بعض أحاديثنا<sup>[٢]</sup>إضافه الجنب إلى الأمور المذكوره.

و وجه التأييد أن وجود الجنب و الكلب و الإناء الذى يبال فيه فى البيوت ليس من الأمور المحرمة فى الشريعة المقدسه،بل هو مكروه،و اتحاد السياق يقتضى كون اقتناء الصور فيها أيضا مكروها.

ثم إنه لا فرق فيما ذكرناه من جواز اقتناء الصور و بيعها و شرائها بين كونها مجسمه و غير مجسمه،لاتحاد الأدله نفيًا و إثباتًا كما عرفت.

ص:٢٤١

قوله الخامسة التطفيف حرام): أقول:التطفيف[١]مثل التقليل و زنا و معنى، و المراد به هنا أن يجعل الإنسان نفسه كيالا- أو وزانا،فيقلل نصيب المكيل له فى إيفائه و استيفائه على وجه الخيانه.و البخس[٢]نقص الشىء عن الحد الذى يوجب الحق على سبيل الظلم.و كيف كان فلا إشكال فى حرمتها عند المسلمين قاطبه.و تدل على ذلك الأدله الأربعة.

أما الكتاب فقوله تعالى[٣]: (وَيُؤَلِّمُ لِلْمُطَفِّفِينَ). و قوله تعالى: (١) (وَلَا تَبْخَسُوا النَّاسَ أَشْيَاءَهُمْ). و قوله تعالى (٢): (وَلَا تَنْقُصُوا الْمِكْيَالَ وَالْمِيزَانَ). و أما السنه فقد ورد النهى عن البخس و التطفيف فى جمله من الروايات[٤]و أما الإجماع فإنه و إن كان

ص: ٢٤٢

---

١-١) راجع سورة الأعراف، آيه: ٨٣. و سورة هود، آيه ٨٦. و سورة الشعراء آيه: ١٨٠.

٢-٢) سورة هود، آيه: ٨٥.

قائما على حرمه التطفيف و البخس، إلا أنه ليس إجماعا تعبديا، بل من المحتمل القريب أن يكون مدركه الكتاب و السنه، و أما العقل فلأن تنقيص حق الناس و عدم الوفاء به ظلم.

و قد استقل العقل بحرمته.

و مما ذكرناه ظهر ما فى كلام المحقق الايروانى من الوهن حيث قال:الظاهر بل المقطوع به أن التطفيف بنفسه ليس عنوانا من العناوين المحرمه:أعنى الكيل بالمكيال الناقص و كذا البخس فى الميزان مع وفاء الحق كاملا).و وجه الوهن أن التطفيف قد أخذ فيه عدم الوفاء بالحق،و البخس هو نقص الشىء على سبيل الظلم،و هما بنفسهما من المحرمات الشرعيه و العقلية.

على أنه قد ثبت الذم فى الآيه الشريفه على نفس عنوان التطفيف،فان الويل كلمه موضوعه للوعيد و التهديد،و تقال لمن وقع فى هلاك و عقاب،و كذلك نهى فى الآيات المتعدده عن البخس كما عرفت آنفا.و ظاهر ذلك كون التطفيف و البخس بنفسهما من المحرمات الإلهيه

ص: ٢٤٣



قوله ثم إن البخس في العدد و الذرع يلحق به حكما و إن خرج عن موضوعه).

أقول: قد عرفت أن التطفيف و البخس مطلق التقليل و النقص على سبيل الخيانه و الظلم في إيفاء الحق و استيفائه. و عليه فذكر الكيل و الوزن في الآيه و غيرها إنما هو من جهة الغلبه، فلا- وجه لإخراج النقص في العدد و الذرع عن البخس و التطفيف موضوعا، و إلحاقهما بهما حكما.

### صحة المعامله المطفف فيها و فسادها

قوله و لو وزن الربوى بجنسه فطفف في أحدهما فإن جرت المعاوضه إلخ. أقول قد عرفت أنه لا- إشكال في حرمه التطفيف تكليفا، فإجاره نفسه عليه- كإجاره نفسه على سائر الأفعال المحرمه- محرمه و ضعا و تكليفا، كما عرفت مرارا.

و أما الكلام في صحة المعامله المطفف فيها و فسادها فنقول: إن المعامله قد تقع على الكلى في الذمه، و قد تقع على الكلى في المعين الخارجى، و قد تقع على الشخص المعين الموجود في الخارج المشار إليه بالإشاره الحسيه.

أما على الصورتين الأولتين فلا إشكال في صحة المعامله و عدم فسادها بالتطفيف الخارجى فإن المعامله قد انعقدت صحيحه، و لكن البائع، أو من يباشر الإقباض و التسليم طفف في الكيل و الوزن، أو في الذرع و العدد، و هو لا يوجب فسادها، بل يكون الدافع مشغول الذمه بما نقص عن الحق، و لا يفرق في ذلك بين كون المعامله ربويه أو غير ربويه كما هو واضح.

و على الجملة: إن هاتين الصورتين خارجتان غما نحن فيه.

و أما على الصوره الثالثه فربما يقال: يبطلان المعامله إذا وقعت على المتاع الخارجى بما أنه مقدر بمقدار كذا فظهر عدم انطباق العنوان الملحوظ في البيع على المشار إليه الخارجى و وجه البطلان أن ما هو معنون بعنوان كذا غيره موجود في الخارج، و ما هو موجود في الخارج غير معنون بذلك العنوان، و توهم إلغاء الإشاره أو الوصف فاسد، فإن اللازم هو الأخذ بكليهما، لتعلق قصد المتبايعين بهما.

و فيه أنه لا وجه للبطلان إذا تخلف العنوان، فإنه ليس من العناوين المقومه، بل هو إما أن يكون مأخوذا على نحو الشرطيه، أو على نحو الجزئيه كما سيجىء. و لا يقاس ذلك بتخلف العناوين التى تعد من الصور النوعيه عند العرف، كما إذا باع صندوقا فظهر أنه طبل، أو باع ذهباً فظهر أنه مذهب، أو باع بغلا فظهر أنه حمار فإن البطلان في أمثالها ليس

من انفكاك العنوان عن الإشارة، بل من جهه عدم وجود المبيع أصلاً، وقد تقدم ذلك في البحث عن بيع هياكل العباده و عن بيع الدراهم المغشوشه.

و ربما يقال: إن المورد من صغريات تعارض الإشارة و العنوان، و تقديم أحدهما على الآخر يختلف بحسب اختلاف الموارد.

و فيه أن الكبرى و إن كانت المذكوره في كتب الشيعه و السنه [١] إلا أنها لا تنطبق على ما نحن فيه، فان البيع من الأمور القصديه، فلا معنى لتردد المتبايعين فيما قصده. نعم قد يقع التردد منهما في مقام الإثبات من جهه اشتباه ما هو المقصود بالذات.

و الذى ينبغى أن يقال: إن الصور المتصوره في المقام ثلاث، الأولى: أن يكون إنشاء البيع معلقا على كون المبيع متصفا بصفه خاصه، بأن يقول: بعثك هذا المتاع الخارجى على أن يكون منا فظهر الخلاف، و هذا لا إشكال فى بطلانه، لا من جهه التطفيف، و لا من جهه تخلف الوصف، بل لقيام الإجماع على بطلان التعليق فى الإنشاء.

الثانيه: أن ينشأ البيع منجزا على المتاع الخارجى بشرط كونه كذا مقدار ثم ظهر الخلاف، و هذا لا إشكال فى صحته، فان تخلف الأوصاف غير المقومه للصوره النوعيه لا يوجب بطلان المعامله، غاية الأمر أنه يوجب الخيار للمشتري.

الثالثه: أن يكون مقصود البائع - من قوله: بعثك هذا المتاع الخارجى بدينارين على أن يكون كذا مقدار - بيع الموجود الخارجى فقط، و كان غرضه من الاشتراط الإشارة إلى تعيين مقدار العوضين، و وقوع كل منهما فى مقابل الآخر بحيث يقسط الثمن على أجزاء المثلين، و عليه فإذا ظهر الخلاف صح البيع فى المقدار الموجود و بطل فى غيره، نظير بيع ما يملك و ما لا يملك، كالخزير مع الشاه و الخمر مع الخل.

و الظاهر هى الصوره الأخيره، فإن مقصود البائع من الاشتراط المذكور ليس إلا بيان مقدار المبيع فقط، من غير تعليق فى الإنشاء، و لا اعتبار شرط فى المعامله كما هو واضح، هذا كله إذا لم يكن البيع ربويا.

و أما إذا كان ربويا، فان كان من قبيل الصوره الأولى بطل البيع للتعليق، مع قطع النظر

عن التخلف، وكون المعامله ربويه، وإن كان من قبيل الصوره الثانيه بطل البيع، لكونه ربويا، مع قطع النظر عن تخلف الشرط. وإن كان من قبيل الصوره الثالثه قسط الثمن على الاجزاء، و صح البيع فى المقدار الموجود، و بطل فى غيره.

## التنجيم

### اشاره

قوله السادسه:التنجيم (1)حرام، و هو كما فى جامع المقاصد الإخبار عن أحكام النجوم. أقول:

### تحقيق المرام يتنى على مقدمتين:

### المقدمه الاولى فى بيان أمرين:

### الأمر الأول: أن أصول الإسلام أربعه:

### الأول: الايمان بالله، و الإقرار بوجوده، و كونه صانعا للعالم،

و بجميع ما يحدث فيه من غرائب الصنع، و آثار الرحمه، و عجائب الخلق، و اختلاف الموجودات من الشمس و القمر و النجوم و الرياح و السحاب و الجبال و البحار و الأشجار و الاثمار، و اختلاف الليل و النهار، فمن أنكر ذلك كان كافرا، كالدهرية القائلين: بكون الأمور كلها تحت سلطان الدهر بلا- احتياج الى الصانع، و كفره ثابت بالضروره من المسلمين، بل و من جميع الملميين، و قد دلت الآيات الكثيره على أن من لم يؤمن بالله و أنكره فهو كافر.

### الثانى: الإقرار بتوحيده تعالى،

و يقابله الشرك، و القول: بأن للعالم أكثر من صانع واحد، كما يقوله الثنويه و غيرهم، و كفر منكر التوحيد ثابت بكثير من الآيات- كقوله تعالى (٢): (إِنَّمَا الْمُشْرِكُونَ نَجَسٌ) - و الروايات.

### الثالث: الإيـمان بنبوـه محمد (صلى الله عليه و آله) و الاعتراف بكونه نبيا مرسلا:

(لا- ينطق عن الهوى إن هُوَ إِلَّا- وَحْيٌ يُوحى) و من أنكر ذلك- كاليهود و النصرارى و أشباههم- كان كافرا يحكم الضروره من المسلمين، و قد دلت عليه جمله من الآيات و الروايات. و أما الإقرار بالأنبياء السابقين فهو داخل فى الإقرار بما جاء به النبى (صلى الله عليه و آله)، فإنكاره يوجب الكفر من جهه التكذيب النبى (صلى الله عليه و آله).

## الرابع: الايمان بالمعاد الجسماني، والإقرار بيوم القيامة والحشر والنشر،

و جمع العظام الباليه، و إرجاع الأرواح فيها، فمن أنكر المعاد أو أنكر كونه جسمانيا فهو كافر بالضروره و لا بد و أن يعلم أن الإقرار بهذه الأمور الأربعة له موضوعيه في التلبس بحليه الإسلام، و إنكار أى واحد منها فى حد نفسه موجب للكفر، سواء كان مستندا الى العناد و اللجاج

ص: ٢٤٤

---

١-١) نجم من التفعيل رعى النجوم و راقبها ليعلم منها أحوال العالم.

٢-٢) سورة التوبه، آيه: ٢٨.

أم كان مستندا إلى الغفلة و عدم الالتفات الناشئ عن التقصير أو القصور، وقد دلت الآيات الكثيره أيضا على كفر منكر المعاد.

### الأمر الثاني: أنه يجب على العباد الاعتراف بفرائض الله و سنن رسوله (صلى الله عليه و آله)، و بما جاء

به النبي (صلى الله عليه و آله)،

فمن تركها جاحدا و هو عالم بأن إنكاره هذا يستلزم تكذيب النبي (صلى الله عليه و آله) فهو كافر، و إلا فلا ملازمه بين الإنكار و بين الكفر، و من هنا لا يحكم بكفر المخالفين في الظاهر مع إنكارهم الولاية.

و قد دلت الآيات و روايات الفريقين على اعتبار الأمور المذكوره في الإسلام، و حقن الدماء، و حفظ الأموال، ففي موثقه سماعه (١): (الإسلام شهاده أن لا إله إلا الله و التصديق برسول الله به حققت الدماء و عليه جرت المناكح و المواريث و على ظاهره جماعه الناس). و في روايه داود بن كثير الرقى (٢): (إن الله تعالى فرض فرائض موجبات على العباد فمن ترك فريضه من الموجبات و جحدها كان كافرا). و من طرق العامه (٣) عن رسول الله (صلى الله عليه و آله): (أقاتل الناس حتى يشهدوا أن لا إله إلا الله و يؤمنوا بى و ما جئت به فإذا فعلوا ذلك عصموا منى دماءهم و أموالهم).

### المقدمه الثانيه: أنه لا إشكال في اختلاف الأجرام العلويه

و الكيفيات الخاصه الحاصله بين الفلكيات بعضها مع بعض، و تأثيرها في الأوضاع الأرضيه و الأجسام العنصرية، كتأثير قرب الشمس من خط الاستواء و بعدها عنه في اختلاف الفصول، و كزياده الرطوبه في الأبدان بزياده نور القمر و نقصانها بنقصانها، و زياده أدمغه الحيوانات و ألبانها بزياده نوره و نقصانها بنقصانها، و زياده البقول و الثمار نموا و نضجا احمرارا و اخضرارا عند زياده نور القمر، بل ذكر المحقق البهائى في الحديقه الحلاليه ان المزولين لها يسمعون صوتا من القثاء و القرع و البطيخ عند تمدده وقت زياده النور، و كزياده المياه في البحار و الشطوط و الينابيع في كل يوم من النصف الأول من الشهر و نقصانها يوما فيوما في النصف الأخير منه، الى غير ذلك من الآثار الواضحه التى يجوز الاعتقاد بها، و الإخبار عنها، من دون أن يترتب عليه محذور شرعا.

و أيضا لا إشكال في جواز النظر إلى أوضاع الكواكب و سيرها، و ملاحظه اقتران بعضها مع بعض، و الإذعان بها و الإخبار عنها، كالإخبار عن سير الكواكب حركه سريعه من المشرق الى المغرب في يوم و ليله التى بها يتحقق طلوعها و غروبها، و يتحقق الليل

ص: ٢٤٧

١-١) راجع ج ٣ الوافى ص ١٨.

٢-٢) راجع ج ٣ الوافى ص ٤٠.



و النهار، كما حقق في الهيئه القديمه، و كالأخبار عن الخسوف و الكسوف، و عن مميزات الكواكب و مقارناتها، و اختفائها و احتراقها، و نحوها من الأمور الواضحه المقره في علم معرفه التقويم و علم الهيئه، فإن الأخبار عنها- نظير الأخبار عن طلوع الشمس في أول اليوم و عن غروبها في آخره- مبنية على التجربه و الامتحان و الحساب الصحيح الذى لا يتخلف غالباً، و من الواضح جدا أنه لا يرتبط شئ منها بما نحن فيه، بل هي خارجه عن علم النجوم.

نعم إذا استند المخبر عن تلك الأمور إلى الظنون غير المعتمده عقلاً، و كان كلامه ظاهراً في الأخبار الجزمى كان الأخبار حراماً من جهه الكذب، و عليه فلا وجه لما ذكره المصنف من تجويز الأخبار عن سير الكواكب مع الاستناد إلى الأمارات الظنيه.

إذا عرفت هاتين المقدمتين فنقول: قد اختلفت الأقوال في جواز تعلم النجوم و تعليمها و النظر فيها مع عدم اعتقاد تأثيرها أصلاً و عدم جوازها.

### **و تنقيح المسأله و تهذيبها يقع فى أمور:**

#### **الأول: قال جمع من الفلاسفه: إن للأفلاك نفوساً ترسم فيها صور المقدرات،**

و يقال لها: لوح المحو و الإثبات، و إن الأفلاك متحركه على الاستداره و الدوام حركه إراديه اختياريه للشبهه بعالم العقول: و الوصول إلى المقصد الأقصى، و إنما مؤثره فى ما يحدث فى عالم العناصر من الموت و المرض و الصحه و الفقر و الغنى، و إن نظام الكل بشخصيته هو الإنسان الكبير، و العقول و النفوس بمنزله القوى العاقله و العامله التى هي مبادئ الإدراكات و التحريكات و النفوس مفوضه إلى النفوس المنطبعه بمنزله الروح الحيوانى. و على الجملة التزموا بأن الموجودات الممكنه برمتها مفوضه إلى النفوس الفلكيه، و العقول الطويله، و أن الله تعالى بعد خلقه العقل الأول منعزل عن التصرف فى مخلوقه.

و فيه أنه على خلاف ضروره الدين، و إجماع المسلمين، و الاعتقاد به كفر و زندقه، لكونه إنكاراً للصانع، فإن الأدله العقليه و السمعيه من الآيات و الروايات مطبقه على إثبات الصانع، و إثبات قدره المطلقه له تعالى، و أن أزمه المخلوقات كلها فى قبضه قدرته، يفعل فيها ما يشاء، و لا يسئل عما يفعل و هم يسألون.

إلا- أن يكون مراد الفلاسفه أن الفياض على الإطلاق فى جميع الحالات هو البارى تعالى و لكن إفاضه الوجود بواسطه النفوس الفلكيه، و هي طرق لوصول الفيض، و ليست مؤثره فى عالم العناصر ليلزم منه إنكار الصانع. و يظهر هذا من كلام جماعه منهم.

على أن الظاهر من الآيات و الروايات أن حركه الأفلاك إنما هي حركه قسريه،

و بمباشره الملائكة، فالاعتقاد على خلافه مخالف للشرع، و تكذيب النبي الصادق (صلى الله عليه و آله) في إخباره، فيكون كفراً، و إرادته النفوس الفلكية من الملائكة من تأويلات الملاحده، كما صرح به المجلسي (ره) في اعتقاداته.

ثم إن الاعتقاد بالأمر المذكور إنما يوجب الكفر إذا علم المعتقد بالملازمه بينها و بين إنكار الصانع، أو تكذيب النبي (صلى الله عليه و آله)، و إلا فلا محذور فيه، كما عرفت في مقدمه الثانيه.

### **الأمر الثاني: أن يلتزم بتأثير الأوضاع الفلكية و الكيفيات الكوكبية بنفسها في حوادث**

العوالم السفليه،

كتوسعه الرزق و أنوثة الولد و رجولته و صحه المزاج و سقمه و ازدياد الأموال و نقصانها و غيرها من الخيرات و الشرور، سواء قلنا بالنفوس الفلكية أم لم نقل.

و هو على وجهين، الأول: أن يكون ذلك عله تامه لحدوث الحوادث. و الثاني: أن يكون شريكاً للعله في الأمور المذكوره.

و كلا- الوجهين باطل، لأنه إنكار للصانع، أو لتوحيده جل و علا، و الظاهر أنه لا خلاف في ذلك بين الشيعة و السنه [١] بل قامت الضروره بين المسلمين على كفر من اعتقد بذلك.

قال العلامة المجلسي في مرآه العقول: (إن القول باستقلال النجوم في تأثيرها كفر و خلاف لضروره الدين، و أن القول بالتأثير الناقص إما كفر أو فسق). و قال المحقق البهائي في الحديقته الهلاليه: إن الالتزام بأن (تلك الأجرام هي العله المؤثره في تلك الحوادث بالاستقلال أو أنها شريكه في التأثير فهذا لا يحل للمسلم اعتقاده و علم النجوم المبتنى على هذا كفر. الى غير ذلك من كلمات الأعظم الصريحه فيما ذكرناه.



### الأمر الثالث: أن يلتزم بكون أوضاع الكواكب علامه على حوادث عالم العناصر

من التقارن و التباعد و الاتصال و التربيع و الاختفاء و غيرها من الحالات-علامه على حوادث عالم العناصر التي تحدث بقدره الله و إرادته: بأن يجعل الوضع الفلانى علامه رجوله الولد، و الوضع الفلانى علامه أنوثته و هكذا، كما أن سرعه حركه النبض علامه على الحمى، و اختلاج بعض الأعضاء علامه على بعض الحوادث المستقبله، و نصب العلم علامه على التعزیه و الرثاء.

و هذا الوجه قد اختاره السيد بن طاوس فى محكى كلامه فى رسالته النجوميه، و وافقه عليه جمع من الأعاضم، كالمحقق البهائى فى الحديقته الهلاليه، و السيد الجزائري فى شرح الصحيفه السجديه (١). و المحدث النورى فى المستدرک (٢) و غيرهم، و حملوا عليه ما روى من صحه علم النجوم و جواز تعلمه.

### الأمر الرابع: أن يلتزم بأن الله تعالى قد أودع فى طبائع أوضاع الكواكب

خصوصيات تقتضى حدوث بعض الحوادث

من غير أن يكون لها استقلال فى التأثير و لو بنحو الشركه، و تلك الخصوصيات كالحراره و البروده المقتضيتين للإحراق و التبريد.

و هذان الوجهان و إن لم يكن الاعتقاد بهما موجبا للكفر بأنفسهما، إلا أنهما باطلان لوجه الأول: أنه لا طريق لنا الى كشف هذا المعنى فى مقام الإثبات و إن كان ممكنا فى مقام الثبوت.

الثانى: أن ذلك مناف لإطلاق الروايات [١] الداله على حرمه العمل بعلم النجوم و جعلها

ص: ٢٥٠

١-١ ص ١٨١.

٢-٢ ج ٢ ص ٤٣٣.

علامه على الحوادث، و ظاهر جمله من

ص: ۲۵۱

الروايات [١] ان لعلم النجوم حقيقه واقعيه، و لكن لا يحيط بها غير علام الغيوب، و من

ص: ٢٥٢

ارتضاه لغيبه، فلا يجوز لغيره أن يجعلها علامه على الحوادث.

و من هنا قال الشهيد فى محكى قواعدہ: (و أما ما يقال: من أن استناد الأفعال إليها كاستناد الإحراق إلى النار، و غيرها من العاديات. الى أن قال: فهذا لا يكفر معتقده، و لكنه مخطئ أيضا).

الثالث: أن ذلك مناف للاخبار المتواتره الوارده فى الحث على الدعاء و الصدقات و سائر وجوه البر، و الدلاله على أنها ترد القضاء الذى نزل من السماء، و أبرم إبرامها، و أنها ترد البلاء المبرم، و من الواضح جدا أن الالتزام بالوجهين المذكورين إنكار لذلك، و هو مستلزم للكفر من حيث إنه تكذيب النبى (صلى الله عليه و آله)، و لا- يفرق فى ذلك بين كون الالتزام بأن أوضاع الكواكب مجرد علامه على الحوادث، أو مؤثره فيها و لو بغير شعور و اختيار نظير الحراره و البروده.

لا يقال: قد ورد فى بعض الأحاديث [١] أنه يكره التزيح فى بعض الإيلام و الساعات لنحوستها كمحاق الشهر، و عند كون القمر فى برج العقرب، فيستفاد من ذلك أن سير الكواكب و أوضاعها علامه على بعض الحوادث.

فان ذلك لا- ينافى ما قدمناه بعد أن كان المبين له هو الشارع على ألسنه أمائه، و قد عرفت دلاله بعض الأخبار على أن لعلم النجوم حقيقه، و لكن لا يعلم بها غير علام الغيوب، و من ارتضاه لغيبه.

على أن ذلك أجنبى عما نحن فيه، فان كراهه التزيح فى تلك الأوقات ككراهه الصلاه فى المواضع المكروهه، و كراهه الجماع فى الأوقات المخصوصه، فلا دلاله فى ذلك على المطلوب الأمر الخامس: هل يجوز تعلم علم النجوم فى حد ذاته من غير إذعان بتأثير الكواكب أم لا؟ نسب الشهيد فى محكى الدروس القول بالحرمة الى بعض الأصحاب، و لكن الظاهر

من بعض الأحاديث [١] هو الجواز إذا كان ذلك لمجرد معرفه سير الكواكب و أوضاعها الخاصه وفاقا لجمع من الأعظم رضوان الله عليهم. و أما ما يوهم حرمه تعلم النجوم من أحاديث الشيعة (١) و السنه (٢) فمحمول على غير هذه الصوره و الله العالم.

## حفظ كتب الضلال

### اشاره

قوله السابعه حفظ كتب الضلال حرام فى الجمله بلا خلاف. أقول: قال الشيخ فى غنائم المبسوط: إذا وجد فى المغنم كتب نظر فيها- الى أن قال:- و إن كانت كتبنا لا يحل إمساكه كالكفر و الزندقه و ما أشبه ذلك لا يجوز بيعه. ثم حكم بوجوب تمزيقها و إتلافها، و حكم بكون التوراه و الإنجيل من هذا القبيل، لوقوع التحريف فيهما. و نحوه العلامه فى غنائم التذكره.

ثم إن المراد بكتب الضلال كل ما وضع لغرض الإضلال و إغواء الناس، و أوجب الضلاله و الغوايه فى الاعتقادات أو الفروع. فيشمل كتب الفحش و الهجو و السخرية، و كتب القصص و الحكايات و الجرائد المشتمله على الضلاله، و بعض كتب الحكمه و العرفان و السحر و الكهانه و نحوها مما يوجب الإضلال.

### و قد استدل على حرمه الحفظ بوجوه:

### الأول: حكم العقل بوجوب قلع ماده الفساد.

و فيه أن مدرك حكمه إن كان هو حسن العدل و قبح الظلم- بدعوى أن قلع ماده الفساد حسن، و حفظها ظلم و هتك للشارع- فيرد عليه أنه لا دليل على وجوب دفع الظلم فى جميع الموارد، و إلا لوجب على الله و على الأنبياء و الأوصياء الممانعه عن الظلم تكويناً، مع أنه تعالى هو الذى أقدر الإنسان على فعل الخير و الشر، و هداه السبيل إما شاكراً، و إما كفوراً.

ص: ٢٥٤

١- (١) راجع المصادر المذكوره و ج ١٤ البحار ص ١٤٥-١٥٦.

٢- (٢) راجع ج ٨ سنن البيهقى ص ١٣٨.

و إن كان مدرك حكمه وجوب الإطاعه و حرمة المعصيه، لأمره تعالى بقلع ماده الفساد فلا- دليل على ذلك إلا فى موارد خاصه، كما فى كسر الأصنام و الصلبان و سائر هياكل العباده. و أما التمسك بروايه تحف العقول فى استفاده كليه الحكم فسيأتى الكلام فيه.

نعم إذا كان الفساد موجب لوهن الحق و سد بابه، و إحياء الباطل و تشييد كلمته و جب دفعه، لأهميه حفظ الشريعه المقدسه، و لكنه أيضا وجوب شرعى فى مورد خاص، فلا يرتبط بحكم العقل بقلع ماده الفساد.

### **الوجه الثانى: قوله تعالى : ( وَ مِنَ النَّاسِ مَنْ يَشْتَرِي لَهْوَ الْحَدِيثِ لِيُضِلَّ عَنْ سَبِيلِ اللَّهِ ) .**

(١)

فقد قيل ٢ فى تفسير الآيه: أن يشتري كتابا فيه لهو الحديث، فتشمل حفظ كتب الضلال أيضا.

و فيه أولًا: أن المذموم فى ظاهر الآيه هو اشتراء لهو الحديث للإضلال، و من الواضح ان هذا المعنى أجنبى عن حفظ كتب الضلال، لعدم العلم بترتب الغايه المحرمه عليه، غايه الأمر احتمال ترتب الإضلال على الحفظ.

و ثانيًا: أنا إذا سلمنا ذلك فالمستفاد من الآيه حرمة اشتراء كتب الضلال، و لا- دلالة فيها على حرمة إبقائها و حفظها بعد الشراء، كما أن التصوير حرام، و أما اقتناؤه فليس بحرام، و الزناء حرام و تربيته أولاد الزناء ليس بحرام. و قد تقدم ذلك فى البحث عن جواز اقتناء الصور المحرمه.

و ثالثًا: أنه قيل ٣: إن الآيه قد نزلت فى الضر بن الحارث بن كلده، فإنه كان يشتري كتبها فيها احاديث الفرس من حديث رستم و إسفنديار، و كان يلهى الناس بذلك، و يظرف به ليصدهم عن سماع القرآن و تدبر ما فيه. نظير الجرائد المعروفه فى هذا الزمان فإنها مشتمله على الأمور اللاهيه التى تصد الناس عن الحق.

و رابعًا: ما ذكره المحقق الايروانى من ان المراد من الاشتراء هو التعاطى، و هو كناية عن التحدث به، و هذا داخل فى الإضلال عن سبيل الله بسبب التحدث بلهو الحديث و لا إشكال فى حرمة الإضلال، و ذلك غير ما نحن فيه من إعدام ما يوجب الإضلال.

ص: ٢٥٥

(١)

و فيه ان قول الزور قد فسر بالكذب [١]. و سيأتى فى مبحث حرمه الغناء تفسير قول الزور بالغناء فى جملة من الروايات، و لا منافاه بين التفسيرين، فان كلا منهما لبيان المصداق، و قد ذكرنا فى مبحث التفسير ان القرآن لا يختص بطائفه، و لا بمصداق و إلا لنفد بنفاد تلك الطائفه و انعدم ذلك المصداق، بل القرآن يجرى مجرى الشمس و القمر، كما فى عده من الروايات، و قد ذكرنا جملة منها فى مقدمات التفسير، و جمعها فى مشكاة الأنوار المعروف بمقدمه تفسير البرهان، و كيف كان فالآيه غريبه عما نحن فيه.

لا يقال: إن الآيه تدل على إعدام كتب الضلال، لكونها من أظهر مصاديق الكذب بل فى كذب على الله و رسوله.

فإنه يقال: غايه ما يستفاد من الآيه وجوب الاجتناب عن التكلم بالكذب، و أما إعدامه فلا، و إلا لوجب إعدام جميع ما فيه كذب كأكثر التواريخ و نحوها، و لم يلتزم به احد من المحصلين فضلا عن الفقهاء.

#### الوجه الرابع: ان جملة من فقرات روايه تحف العقول تدل على حرمه حفظ كتب

الضلال:

منها قوله «ع»: (إنما حرم الله الصنائه التى يجيء منها الفساد محضا) بدعوى أن مفهوم الحصر يقتضى حرمه الصنائه المحرمه بجميع منافعها، و منها الحفظ.

و فيه ان حرمه الصنائه لا- تلازم حرمه إبقاء المصنوع كما تقدم فى مبحث إبقاء الصور المحرمه، فغايه ما تدل عليه الروايه ان تأليف كتب الضلال أو استنساخها من المحرمات، لصدق الصنائه عليهما، و لا تدل على حرمه الإبقاء.

و منها قوله «ع»: (و ما يكون منه و فيه الفساد محضا- الى قوله «ع»- و جميع التقلب فيه من جميع وجوه الحركات كلها). و فيه ان صدق التقلب على الحفظ ممنوع خصوصا إذا كان غرض الحافظ عدم وقوع كتب الضلال فى أيدي الناس لتوجب إضلالهم.

و منها قوله «ع»: (أو يقوى به الكفر و الشرك فى جميع وجوه المعاصى أو باب يوهن به الحق فهو حرام محرم بيعه و شراؤه و إمساكه).

و فيه ان الكبرى و ان كانت مسلمه، و لكن للمناقشه فى الصغرى مجالا واسعا، لمنع كون الحفظ تقويه للكفر و اهانه للحق، كما هو واضح، الا ان يكون بهذا الداعى.





و يضاف الى جميع ما ذكرناه من الأجوبه أنها ضعيفه السند و غير منجبره بشيء كما تقدم، فلا تصلح أن تكون مستندا لشيء من الأحكام الشرعيه.

### **الوجه الخامس: حسنه عبد الملك بن أعين التي تقدمت في مبحث التنجيم،**

حيث سأل عن ابتلائه بالنجوم (فقال لى: تقضى؟ قلت: نعم، قال: أحرق كتبت).

و فيه أن مقتضى التفصيل فيها القاطع للشركه هو جواز الحفظ مع عدم الحكم.

### **الوجه السادس: الإجماع.**

و فيه أولا: أنا لا نسلم تحققه على المطلوب، و لذا قال فى الحدائق، ما حاصله: أنه لا دليل على حفظ كتب الضلال. و أما الوجوه التى أقاموها على حرمة فهى تخمينيه اعتباريه لا يجوز الاعتماد عليها فى الأحكام الشرعيه.

و ثانيا: لو سلمنا تحققه على المطلوب فليس إجماعا تعديا، لاحتمال استناده الى الوجوه المذكوره فى المسأله. و لو سلمنا جميع ذلك فالمتيقن من الإجماع ما يترتب عليه الإضلال خارجا، و لا ريب أن حرمة إضلال الناس عن الحق من الضروريات بين المسلمين، فلا يحتاج فى إثباتها إلى الإجماع.

ثم لو سلمنا حرمة حفظ كتب الضلال فإنه لا بأس بحفظها لردّها، أو إظهار ما فيها من العقائد الخرافيه و القصص المضحكه و الأحكام الواهيه، و مما ذكرناه ظهر حكم المعامله عليها وضعا و تكليفا، و كذلك ظهر حكم كتب المخالفين المدونه فى الفقه و العقائد و الأخبار و غيرها.

### **حرمة حلق اللحيه**

### **اشاره**

و لا- بأس بالتعرض لحرمة حلق اللحيه إجابته لالتماس بعض الأفاضل. فنقول: المشهور بل المجمع عليه بين الشيعه و السنه [١] هو حرمة حلق اللحيه،

### **و قد استدل عليها بوجوه:**

## الوجه الأول: قوله تعالى في التحدث عن قول الشيطان: (وَأَمْرُهُمْ فَيُغَيِّرُنَّ خَلْقَ اللَّهِ) .

(١)

بدعوى أن خلق اللحيه من تغيير الخلقه، و كل ما يكون تغييرا لها فهو حرام.

و فيه أنه إن كان المراد بالتغيير فى الآيه المباركه تغييرا خاصا فلا شبهه فى حرمة على إجماله، و لكن لا دليل على كون المراد به ما يعم خلق اللحيه، و إن كان المراد به مطلق التغيير فالكبرى ممنوعه، ضروره عدم الدليل على حرمة تغيير الخلقه على وجه الإطلاق، و إلا- لزم القول بحرمة التصرف فى مصنوعاتة تعالى حتى بمثل جرى الأنهار و غرس الأشجار و حفر الآبار و قطع الأخشاب و قلم الأظفار و غيرها من التغييرات فى مخلوقاته سبحانه.

و الظاهر أن المراد به تغيير دين الله الذى فطر الناس عليها وفاقا للشيخ الطوسى (ره) فى تفسيره [١]. و يدل عليه قوله تعالى (٢):  
(فَطَرَتِ اللَّهُ الَّتِي فَطَرَ النَّاسَ عَلَيْهَا لَا تَبْدِيلَ لِخَلْقِ اللَّهِ ذَلِكَ الدِّينُ الْقَيِّمُ). و قد نقل الشيخ (ره) فى تفسير الآيه أقوالا شتى، و ليس منها ما يعم خلق اللحيه.

## الوجه الثانى: ما فى جملة من الروايات ٢ من الأمر بإعفاء اللحي و حف الشوارب،

و النهى عن التشبه باليهود و المجوس.

ص: ٢٥٨

---

١- ١) سورة النساء، آيه: ١١٨.

٢- ٢) سورة الروم، آيه: ٢٩.

و فيه أولا: أنها ضعيفه السند. و ثانيا: أنها لا تدل على الوجوب، فان من الواضح جدا أن إعفاء اللحي ليس واجبا، بل الزائد عن القبضه الواحده مدموم. نعم غايه الأمر أنه يستفاد منها الاستحباب. أقول: الظاهر أن الأمر بالإعفاء عقيب الإحفاء ثم النهى عن التشبه باليهود ما ذكره المحدث القاساني «ره» بعد نقل الحديث من أن (اليهود لا يأخذون من لحاهم، بل يطيلونها، فذكر الإعفاء عقيب الإحفاء ثم النهى عن التشبه باليهود دليل على أن المراد بالإعفاء أن لا يستأصل و يؤخذ منها من دون استقصاء، بل مع توفير و إبقاء بحيث لا يتجاوز القبضه فتستحق النار). و على هذا فلا دلالة في ذلك على حرمه حلق اللحيه، لأن المأمور به حينئذ هو الاعفاء و إبقاء اللحيه بما لا يزيد على القبضه، و هو ليس بواجب قطعاً.

و أما النهى عن التشبه بالمجوس عقيب الاعفاء و الإحفاء فالمراد به أن لا- تحلق اللحيه، و تترك الشوارب، كما يصنعون(قال رسول الله: إن المجوس جزوا الحاهم و وفروا شواربهم و أما نحن نجز الشوارب و نعفى اللحي و هى الفطره) و عليه فلا يدل هذا النهى على حرمه حلق اللحيه و ترك الشوارب معا، فان نفى التشبه يحصل بفعل أى منهما.

و أما ما يقال: من أن الروايات لا تدل على وجوب الاعفاء: لاشتمالها على قص الشوارب، و هو مستحب اتفاقاً. ففيه أن ظهور الأمر فى الوجوب إنما ترفع اليد عنه بمقدار ما ثبت فيه الترخيص، و قد حققنا ذلك فى موضعه.

### **الوجه الثالث: روايه الجعفر بنات الداله على أن حلق اللحيه من المثله، و من مثل**

فعليه لعنه الله.

و فيه أولا: أنها مجهوله السند. و ثانيا: أن المثله هو التنكيل بالغير بقصد هتكه و إهانته

بحيث تظهر آثار فعل الفاعل بالمنكسر به، و عليه فتكون الروايه داله على حرمة هتك الغير بإزاله لحيته، لكون ذلك مثله و المثلته محرمة، فلا ترتبط بحلق اللحيه بالاختيار، سواء أ كان ذلك بمباشرة نفسه أم بمباشرة غيره.

و ثالثا: أن اللعن كما يجتمع مع الحرمة فكذلك يجتمع مع الكراهه أيضا، فترجيح أحدهما على الآخر يحتاج إلى القرينه المعينه. و يدل على هذا ورود اللعن على فعل المكروه في موارد عديده، و قد تقدمت في مسأله الوصل و النمص (1) و من تلك الموارد ما في وصيه النبي «ص» لعل «ع» (قال: يا علي لعن الله ثلاثه: آكل زاده وحده و راكب الفلاه وحده و النائم في بيت وحده).

و من ذلك يظهر بطلان الفرق بين اللعن المطلق و بين كون اللعن من الله أو من رسوله بتوهم أن الأول يجتمع مع الكراهه، لكونه ظاهرا في العبد المطلق، بخلاف الثاني، فإنه يختص بالحرمة، لكونه ظاهرا في إنشاء الحرمة. اللهم إلا أن يقال: إن الروايه المذكوره ضعيفه السند، و لم نجد في غيرها ورود اللعن من الله على فعل المكروه، و عليه فلا بأس في ظهور ذلك في الحرمة.

### **الوجه الرابع: ما دل على عدم جواز السلوك مسلك أعداء الدين.**

و من شعارهم حلق اللحيه.

و فيه أولا: أنه ضعيف السند. و ثانيا: أن السلوك مسلك أعداء الدين عباره عن اتخاذ سيرتهم شعارا و زيا، و هذا لا يتحقق بمجرد الاتصاف بوصف من أوصافهم.

### **الوجه الخامس: قوله ص لرسولي كسرى (ويلكما من أمركما بهذا؟)**

(2)

قالا: أمرنا بهذا ربنا يعنيان كسرى فقال رسول الله (صلى الله عليه و آله): (لكن ربي أمرني بإعفاء لحيتي و قص شواربي).

و فيه أولا: أن الروايه ضعيفه السند. و ثانيا: ما تقدم من أن الأمور به إنما هو الإعفاء و هو ليس بواجب قطعاً.

ص: ٢٦٠

١-١ (١) ص ٢٠٤.

٢-٢ (٢) راجع ج ١ المستدرک ص ٥٩.

## الوجه السادس: قوله «ع» ١: (أفوام حلقوا اللحي و فتلوا الشوارب فمسخوا).

و فيه أن الروايه و إن كانت ظاهره في الحرمه، إلا أنها ضعيفه السند.

الوجه السابع: و هو العمده صحيحه البنزطى [٢] الدلاله على حرمه حلق اللحيه و أخذها و لو بالنتف و نحوه. و تدل على ذلك أيضا السيره القطعيه بين المتدينين المتصله إلى زمان النبي (صلى الله عليه و آله)، فإنهم ملتزمون بحفظ اللحيه، و يذمون حالقها، بل يعاملونه معاملة الفساق في الأمور التي تعتبر فيها العداله. و يؤيد ما ذكرناه دعوى الإجماع عليه، كما في كلمات جملة من الأعلام، و عدم نقلهم الخلاف في المقام من الشيعة و السنه، كما هو كذلك و الله العالم.

ص: ٢٤١

و موضوع حرمه حلق اللحيه هو إعدامها،و عليه فلا- يفرق في ذلك بين الحلق و النتف و غيرهما مما يوجب إزاله الشعر عن اللحيه.أما مقدار اللحيه في جانب الفله فلم يرد في تحديده نص خاص،فالمقدار في ذلك هو الصدق العرفي،و على هذا فإذا أخذت بمثل المكيه و المقرض أو غيرهما-بحيث لم تصدق اللحيه على الباقي-كان حراما.

## موضوع الرشوه و حقيقتها

### اشاره

قوله الثامنه الرشوه حرام. أقول:لم نجد نصا من طرق الخاصه و من طرق العامه يحقق موضوع الرشوه،و يبين حقيقتها،غير أنه ورد في بعض الروايات أنها تكون في الأحكام،و لكنها لم توضح أن الرشوه هل هي بذل المال على مطلق الحكم،أو على الحكم بالباطل؟بل لا يفهم منها الاختصاص بالأحكام،و إلا لما صح إطلاقها في غيرها.

و كيف كان فلا بد في تحقيق مفهومها من الرجوع الى العرف و اللغه و كلمات الأصحاب.

ففي المستند (1) أن مقتضى كلام الأكثر و المتفاهم في العرف أن الرشوه عامه لكل ما يدفع من المال للحاكم،سواء أ كان لحق أم كان لباطل،و حكى ذلك عن تصريح والده،ثم قال و هو الظاهر من القاموس و الكنز و مجمع البحرين.

و يدل عليه استعمالها فيما أعطى للحق في الصحيح عن رجل يرشو الرجل على أن يتحول عن منزله فيسكنه غيره؟قال:لا بأس فإن الأصل في الاستعمال إذا لم يعلم الاستعمال في غيره الحقيقه،كما حقق في موضعه.انتهى ملخص كلامه،و سنذكر الروايه في البحث عن حكم الرشوه في غير الاحكام و عن حاشيه الإرشاد إن الرشوه ما يبذله المتحاكمان.و في كلمات جماعه ان الرشوه ما يبذله المحقق ليحكم له بحق بحيث لو لم يبذله لأبطل حقه،و لحكم عليه بالباطل،الى غير ذلك من كلمات الأصحاب بمضامين مختلفه.

و المتحصل من كلمات الفقهاء رضوان الله عليهم،و من أهل العرف و اللغه [1]مع ضم

ص: ٢٤٢

(١-١) ج ٢ ص ٥٢٤.

بعضها الى بعض أن الرشوه ما يعطيه أحد الشخصين للآخر لإحقاق حق أو تمشييه باطل أو للتملق، أو الوصله إلى الحاجه بالمصانعه، أو في عمل لا يقابل بالأجره و الجعل عند العرف و العقلاء و إن كان محطا لغرضهم و موردا لنظرهم.

بل يفعلون ذلك العمل للتعاون و التعاضد فيما بينهم، كإحقاق الحق، و إبطال الباطل، و ترك الظلم و الإيذاء أو دفعهما، و تسليم الأوقاف-من المدارس و المساجد و المعابد و نحوها- الى غيره، كأن يرشو الرجل على ان يتحوله عن منزله فيسكنه غيره، أو يتحوله عن مكان في المساجد فيجلس فيه غيره، الى غير ذلك من الموارد التي لم يتعارف أخذ الأجره عليها.

نعم ما ذكره في القاموس من تفسير الرشوه بمطلق الجعل محمول على التفسير بالأعم، كما هو شأن اللغوى أحيانا، و إلا لشمل الجعل في مثل قول القائل: من رد عبدى فله ألف درهم، مع انه لا يقول به أحد.

### حرمه الرشوه

ما حكم الرشوه؟ الظاهر بل الواقع لا خلاف بين الشيعه و السنه [1] في الجملة للآخذ و المعطى، بل عن جامع المقاصد أجمع أهل الإسلام على تحريم الرشا في الحكم، سواء أ كان الحكم لحق أم لباطل، و سواء أ كان للباذل أم عليه. و في تجاره المسالك على تحريمه إجماع المسلمين.

و تدل على حرمتها في الجملة الروايات المتظافره «و سند كرها في الحاشيه». و قوله تعالى (1): (وَلَا تَأْكُلُوا أَمْوَالَكُمْ بَيْنَكُمْ بِالْبَاطِلِ وَ تَدُلُّوا بِهَا إِلَى الْحُكَّامِ لِتَأْكُلُوا فَرِيقًا مِّنْ أَمْوَالِ النَّاسِ بِالْإِثْمِ) .

ص: ٢٤٣

ووجه الدلالة انه تعالى نهى عن الأدلاء بالمال الى الحكام لإبطال الحق و إقامه الباطل حتى يأكلوا بذلك فريقا من أموال الناس بالإثم و العدوان. و هذا هو معنى الرشوه، و إذا حرم الإعطاء حرم الأخذ أيضا، للملازمه بينهما.

لا- يقال: إن الآيه إنما نزلت فى خصوص أموال اليتامى و الوديعه و المال المتنازع فيه، و قد نهى الله تعالى فيها عن إعطاء مقدار من تلك الأموال للقضاء و الحكام لأكل البقيه بالإثم و العدوان، و على هذا فهى أجنبيه عن الرشوه.

فإنه يقال: نعم قد فسرت الآيه الشريفه بكل واحد من الأمور المذكوره [١] إلا أن هذه التفاسير من قبيل بيان المصداق، و القرآن لا يختص بطائفه، و لا- بمصداق، بل يجرى كجرى الشمس و القمر، كما دلت عليه جملته من الروايات، و قد ذكرناها فى مقدمه التفسير على أن فى مجمع البحرين عن الصحاح إن قوله تعالى: (و تَدُلُّوْا بِهَا إِلَى الْحُكَّامِ) يعنى الرشوه و قد يتوهم ان الآيه ليست لها تعرض لحكم الرشوه، فإن قوله تعالى: (و تَدُلُّوْا بِهَا إِلَى الْحُكَّامِ) ظاهر فى ان المحرم هو الأدلاء بأموال الناس الى الحكام ليستعين بهؤلاء على أكل فريق آخر من أموال الناس بالإثم، و من المعلوم ان الرشوه هى ما يعطيها الراشى من مال نفسه لإبطال حق أو إحقاق باطل.

و فيه أولا: ان الرشوه فى العرف و اللغه أعم من ذلك، كما تقدم، فلا وجه للتخصيص بقسم خاص.

و ثانيا: انه لا ظهور فى الآيه المباركه فى كون المدفوع الى الحكام مال الغير، بل هى أعم من ذلك، أو ظاهره فى كون المدفوع مال المعطى. و مجمل القول ان حرمة الرشوه فى الجمله من ضروريات الدين، و مما قام عليه إجماع المسلمين، فلا حاجه الى الاستدلال عليها.

ثم ان تفصيل الكلام فى أحكام الرشوه ان القاضى قد يأخذ الرشوه من شخص ليحكم له بالباطل مع العلم بطلان الحكم، و قد يأخذها ليحكم للباذل مع جهله، سواء طابق حكمه الواقع أم لم يطابق، و قد يأخذها ليحكم له بالحق مع العلم و الهدى من الله تعالى.

اما صورتان الأوليان فلا شبهه فى حرمتهما، فان الحكم بالباطل، و الإفتاء و القضاء مع الجهل بالمطابقه للواقع محرمان بضروره الدين و إجماع المسلمين، بل هما من الجرائم



الموبقه و الكبائر المهلكه.

و يدل على حرمتها أيضا العقل و الكتاب [١] و السنه [٢].

و على هذا فمقتضى القاعده حرمه الرشوه فى كلتا الصورتين لما عرفت فى أوائل الكتاب من حرمه المعامله على الأعمال المحرمه وضعا و تكليفا، على أن الروايات من الشيعه [٣]

ص: ٢٤٥

و السنه [١] قد أطبقت على حرمه الرشاه فى الحكم.

و أما الصوره الثالثه فمقتضى القاعده فيها جواز أخذ المال على القضاء و الإفتاء، فإن عمل المسلم محترم فلا يذهب هدرا، و أما الآيه المتقدمه فلا تشمل المقام، لاختصاصها بالحكم بالباطل كما عرفت. نعم الحرمه فيها هى مقتضى إطلاق الروايات المتقدمه الداله على ذلك، و هذا المعنى هو الذى تقتضيه مناسبه الحكم و الموضوع، فان القضاء من المناصب الإلهيه التى جعلها الله للرسول، فلا ينبغى لمن يتفضل عليه الله بهذا المنصب الرفيع أن يأخذ عليه الأجره.

و مع الإغضاء عن جميع ما ذكرناه فى الروايات الداله على حرمه أخذ الأجره على القضاء غنى و كفايه «و سنتعرض لهذه الروايات فى البحث عن حكم أخذ الأجره على القضاء» إذ الظاهر من الأجره فيها الجعل المأخوذ للقضاء دون الأجر المقرر من قبل السلطان و لو كان جائزا، فإنه لا شبهه فى جواز أخذه إذا كان الدخول فيه بوجه محلل كعلى بن يقطين و النجاشى و أمثالهما. لا يقال: إن الرشوه فى اللغه ما يؤخذ لإبطال حق أو إحقاق باطل، فلا تصدق على ما يؤخذ للقضاء بما يحق.

فإنه يقال: إن مفهوم الرشوه أعم من ذلك كما عرفت، فلا وجه للحصر، و تقييد المطلقات. على أن الأمور التى يكون وضعها على المجانيه فإن أخذ الأجره عليها بعد رشوه فى نظر العرف، و من هذا القبيل القضاوه و الإفتاء. نعم لو فرضنا قصور الأدله المتقدمه عن إثبات الحرمه كان مقتضى أصاله الحل هو الإباحه، بل و هو مقتضى عمومات صحه المعاملات، كأوفوا بالعقود، و تجاره عن تراض، و أحل الله البيع، و غيرها.

قوله و ظاهر روايه حمزه بن حمران. أقول: ربما يقال بجواز أخذ الأجره على القضاوه الحقه، لقوله «ع» فى روايه حمزه بن حمران [٢] عن المستأكلين بعلمهم: إنما

ذلك الذى يفتى الناس بغير علم، ولا- هدى من الله ليبتل به الحقوق طمعا فى حطام الدنيا، فان الظاهر منها حصر الاستيكال المذموم فيما كان لأجل الحكم بالباطل، أو مع عدم معرفه الحق، فيجوز الاستيكال مع العلم بالحق.

وقد يدعى كون الحصر إضافيا بالنسبه إلى الفرد الذى ذكره السائل، فلا يدل إلا على عدم الذم على هذا الفرد المخصوص دون سائر الأفراد التى لا تدخل فى الحصر إلا أن هذه الدعوى خلاف الظاهر.

وفيه أولا: أن الروايه ضعيفه السند. وثانيا: أنها مسوقه لدفع توهم السائل أن من تحمل علوم الأئمه و بثها فى شيعتهم و وصل اليه منهم البر و الإحسان بغير مطالبه كان من المستأكلين بعلمه. فأجاب الإمام «ع» بأن هذا ليس من الاستيكال المذموم، وإنما المستأكلون الذين يفتون بغير علم لإبطال الحقوق. وعلى هذا فمفهوم الحصر هو العقد السلبي المذكور فى الروايه صريحا و ليس فيها تعرض لأخذ الأجره على الحكم بالحق، لا مفهوما و لا منظوقا.

و أما ما ذكره أخيرا من كون الحصر ليس إضافيا فهو متين، و لكن لا- من جهه كونه خلاف الظاهر، بل من جهه أنه لا- معنى للحصر الإضافى فى قبال الحصر الحقيقى، غايه الأمر أن دائره الحصر تختلف سعه و ضيقا، و قد تقدم ذلك فى أول الكتاب (١).

وقال العلامة فى المختلف (٢): (إن تعين القضاء عليه- إما بتعيين الامام «ع» أو بعقد غيره، أو بكونه الأفضل، و كان متمكنا- لم يجوز الأجر عليه. و إن لم يتعين- أو كان محتاجا- فالأقرب الكراهه. لنا الأصل الإباحه على التقدير الثانى، و لأنه فعل لا يجب عليه فجاز أخذ الأجر عليه. أما مع التعيين فلا أنه يؤدى واجبا، فلا يجوز أخذ الأجره عليه كغيره من العبادات الواجبه).

وفيه أنه لا وجه لذكر هذا التفصيل فى المقام، فإن حرمة الأجره على القضاء لكونه واجبا عينيا أو كفاثيا من صغريات البحث عن أخذ الأجره على الواجب الذى سيأتى الكلام فيه. و كلامنا هنا فى حكم أخذ الرشوه على القضاء من حيث هى رشوه، لا عن جهات

ص: ٢٦٧

١- ١) ص ٩.

٢- ٢) ج ٢ ص ١٦٤.

آخر، و عليه فمقتضى الإطلاقات الداله على حرمه أخذ الأجره على الحكم هو عدم الفرق بين صورتى الاحتياج إلى أخذ الأجره و الانحصار و بين عدمهما، كما هو واضح.

و من هنا ظهر أنه لا وجه لقول المصنف: (و أما اعتبار الحاجه فلظهور اختصاص أدله المنع بصوره الاستغناء).

ثم الظاهر أنه لا يجوز أخذ الأجره و الرشوه على تبليغ الأحكام الشرعيه و تعليم المسائل الدينيه، فقد عرفت فيما تقدم: أن منصب القضاوه و الإفتاء و التبليغ يقتضى المجانيه.

و يدل على الحرمة أيضا ما فى روايه يوسف بن جابر [١] من أنه لعن رسول الله (صلى الله عليه و آله) رجلا- احتاج الناس اليه لفقهم فسألهم الرشوه. و لكن الروايه ضعيفه السند، و العمده فى المقام التمسك بالإطلاقات المتقدمه الناهيه عن أخذ الرشوه على الحكم.

### جواز ارتزاق القاضى من بيت المال

قوله و أما الارتزاق من بيت المال فلا إشكال فى جوازه للقاضى. أقول: الفرق بين الأجره و الارتزاق ان الأجره تفتقر الى تقدير العمل و العوض و ضبط المده. و أما الارتزاق من بيت المال فممنوط بنظر الحاكم من غير ان بقدر بقدر خاص.

و لا إشكال فى جواز ارتزاق القاضى من بيت المال فى الجملة كما هو المشهور. لأن بيت المال معد لمصالح المسلمين و القضاء من مهماتها. و لما كتبه على أمير المؤمنين «ع» الى مالك الأشرى فى عهد طويل (١) فقد ذكر «ع» فيه صفات القاضى ثم قال: (و افسح له فى البذل ما يزيل عنته و تقل معه حاجته الى الناس). و العهد و إن نقل مرسلا إلا ان آثار الصدق منه لائح، كما لا يخفى للناظر اليه. و يدل على ذلك أيضا بعض الفقرات من مرسله الحماد [٢] الطويله.

ص: ٢٤٨

١- ١) راجع ج ٣ نهج البلاغه فى العهد ٥٣ الذى كتبه للأشتر النخعى. و ج ٣ ثل باب ٨ تحريم الرشوه فى الحكم من آداب القاضى. و ج ٢ المستدرک ص ٤٤٧.

ثم إن القاضي قد يكون جامعا لشرائط القضاة على النحو المقرر في الشريعة، و منصوبا من قبل الامام «ع» خاصا أو عاما. و قد يكون جامعا لشرائط القضاء، ولكنه كان منصوبا من قبل سلطان الجور، و لم يكن له غرض في قبولها إلا التوادم و التحجب الى فقهاء الشيعة و قضاء حوائجهم و إنفاذ أمورهم و إنقاذهم من المهلكة و الشدة، و قد لا يكون جامعا للشرائط سواء كان منصوبا من قبل الجائر أم لا.

أما الأولان فلا شبهة في جواز ارتزاقهم من بيت المال، لما عرفت من انه معد لمصالح المسلمين و القضاء من مهماتها، و لا مجال في هاتين الصورتين للبحث عن خصوصيات المسألة من انه يجوز مطلقا أو مع الاحتياج و عدم التعيين، لأن الفرض ان القاضي أعرف بموارد مصرف بيت المال، و عدالته المفروضه تمنعه عن الحيف.

و أما الثالث فيحرم ارتزاقه من بيت المال، لعدم قابليته لمنصب القضاة، كخلفاء الجور، فلا يكون من موارد المصرف لبيت المال.

و قد يستدل على حرمه ارتزاق القاضي بحسنه عبد الله بن سنان (1): (عن قاض بين قريتين يأخذ من السلطان على القضاء الرزق؟ فقال: ذلك السحت).

و فيه ان الرواية محمولة على الصورة الثالثة من عدم كونه قابلا- للقضاة، لأنه إذا كان جامعا للشرائط لا يحرم ارتزاقه من بيت المال أو من جوائز السلطان، و هو واضح، و يمكن حملها على كون الرزق اجره على القضاء، فقد عرفت: ان أخذ الأجره على القضاء حرام.

### جواز أخذ القاضي للهدية

قوله و اما الهدية فهي ما يبذله على وجه الهبة. أقول: قد عرفت حكم الرشوة و الأجره على الحكم و القضاء، و اما الهدية ففي حرمتها خلاف: و هي كما عن المصباح

ص: ٢٤٩

---

١- ١) راجع ج ٢ كا باب ٥ أخذ الأجره على الحكم من القضاء ص ٣٥٨. و ج ٩ الوافي باب أخذ الرشوة من القضاء ص ١٣٥. و ج ٣ ثل باب ٨ تحريم الرشوة في الحكم من آداب القضاء ص ٣٩٦.

ثم إنها قد تكون للملاطفه و التودد فقط بحيث لا مساس لها للدواعى الأخرى. وقد تكون على وجه الهبه لتورث الموده التى توجب الحكم له حقا كان أم باطلا، إذا علم المبدول له ان ذلك من قصد الباذل و إن لم يقصد هو إلا الحكم بالحق. وقد تكون لأجل الحكم للباذل و لو باطلا، و لكن المبدول له لم يكن ملتفتا الى ذلك و إلا لكان رشوه محرمه و قد تكون متأخره عن الفعل المحرم و لكنها بداعى المجازاه و أداء الشكر.

و مقتضى القاعده جواز أخذها للقاضى فى جميع الصور و إن حرم الدفع على المعطى إذا كان غرضه الحكم له. و قد استدل على حرمه الأخذ بوجوه، الأول: قوله «ع» فى روايه الأصبغ [١]: (و ان أخذ هديه كان غلولا).

و فيه أولان: ان الروايه ضعيفه السند. و ثانيا: أنها وارده فى هدايا الولاه دون القضاء، فتكون أجنبيه عن المقام، و بما أن الهديه إلى الولاه جائزه فلا بد من حمل الروايه على غير ذلك من الوجوه الممكنه:

الأول: ان تحمل على الكراهه، لأن إهداء الهديه إلى الوالى قد يجب إليه أخذ الرشوه المحرمه.

الثانى: ان تحمل على ظاهرها، و لكن يقيد الإعطاء بكونه لدفع الظلم، أو إنقاذ الحق أو لأجل أن يظلم غيره، فإنها فى هذه الصور كلها محرمه على الوالى، و فى الصوره الأخيره محرمه على المعطى أيضا.

الثالث: ان تحمل على كون ولايتهم من قبل السلطان مشروطه بعدم أخذ شىء من الرعيه، لأنهم يرتزقون منه. و على الجملة لا يمكن الاستدلال بها على المطلوب.

الوجه الثانى: ما ورد [٢] من ان هدايا العمال أو الأمراء غلول أو سحت.

و فيه أولان: انه ضعيف السند. و ثانيا: انه أجنبي عما نحن فيه لوروده فى هدايا العمال

و هم غير القضاء، و وجه كونها محرمه قد علم من الوجوه المتقدمه. و ثالثا: انه يمكن ان يراد من إضافه الهدايا الى العمال إضافه المصدر الى الفاعل دون المفعول: بمعنى أن الهدايا التي تصل إلى الرعيه من عمال سلاطين الجور غلول، فتكون الروايه راجعه إلى جوائز السلطان و عماله، و سنتكلم عليها. و هذا الوجه الأخير و إن كان في نفسه جيدا، إلا أنه إنما يتم فيما إذا علم كون الهديه من الأموال المحرمه، و إلا فلا وجه لكونها غلولا. على أنه بعيد عن ظاهر الروايه.

الوجه الثالث: ما استدل به في المستند [١] على حرمه أخذ القاضي للهديه من أن النبي زجر عمال الصدقه عن أخذهم الهدايا.

و فيه أولا: أن الروايه ضعيفه السند، لكونها منقوله من طرق العامه. و ثانيا: أنها وردت في عمال الصدقه فلا ترتبط بما نحن فيه، و لعل حرمتها عليهم من جهه الوجوه التي ذكرناها في حرمتها على الولاه.

الوجه الرابع: ما تقدم فيما سبق (١): (عن الرضا عن آباءه عن علي «ع» في قوله تعالى (٢): أَكَلُونَ لِلسُّخْتِ؟ قال: هو الرجل يقضى لأخيه الحاجه ثم يقبل هديته).

و فيه أولا: أن الروايه مجهوله. و ثانيا: أنها وردت في خصوص الهديه بعد قضاء حاجه المؤمن، و لم يقل أحد بحرمتها هناك، لما دل على جواز قبول الهديه من المؤمن، بل من الكافر، و لما دل على استحباب الاهداء على المسلم، و إذن فلا بد من حمل الروايه على الكراهه، و رجحان التجنب عن قبول الهدايا من أهل الحاجه إليه لثلا- يقع يوما في الرشوه الوجه الخامس: أن المناط في حرمه الرشوه للقاضي هو صرفه عن الحكم بالحق الى الحكم بالباطل، و هو موجود في الهديه أيضا، فتكون محرمه. و فيه أن غايه ما يحصل من تنقيح المناط هو الظن بذلك، و الظن لا يغني عن الحق شيئا.

ص: ٢٧١

١-١ (١) ص ٤٨.

٢-٢ (٢) سورة المائده، آيه: ٤٦.

قوله و هل يحرم الرشوه فى غير الحكم. أقول: الرشوه فى غير الأحكام قد تكون لإتمام أمر محرم، وقد تكون لإصلاح أمر مباح، وقد تكون لإنهاء أمر مشترك الجبه بين المحلل و المحرم.

أما الأول فلا شبهه فى حرمة من غير احتياج إلى أدله حرمة الرشوه، لما عرفت من حرمة أخذ المال على عمل محرم.

و أما الثانى فلا- شبهه فى جوازه، لعدم الدليل على الحرمة مع كون العمل سائغا فى نفسه و صالحا لأن يقابل بالمال و إن كان كثيرون يفعلونه للتعاوض و التعاون، و لا يأخذون عليه مالا و اما الثالث: فان قصدت به الجبه المحرمه فهو حرام، و إن قصدت به الجبه المحلله فهو حلال، و إن بذل المال على إصلاح أمره حلالا- أم حراما فقد استظهر المصنف حرمة، لوجهين، الوجه الأول: أنه أكل للمال بالباطل، فيكون حراما.

و فيه أن أخذ المال على الجبه المشتركه بين المحلل و المحرم ليس من أكل المال بالباطل، فإن أكل المال إنما يكون باطلا إذا كان بالأسباب التى علم بطلانها فى الشريعة، كالقمار و الغزو و نحوهما، و لم يعلم بطلان أخذ المال على العمل المشترك بين الحلال و الحرام، فلا يكون من مصاديق أكل المال بالباطل.

الوجه الثانى: إطلاق فحوى ما تقدم فى هديه الولاه و العمال.

و فيه أولا: أن الروايات المتقدمه فى هديه الولاه و العمال ضعيفه السند. و قد عرفت ذلك آنفا. و ثانيا: أن حرمة الهديه لهما إنما تقتضى حرمة إعطاء الرشوه لهما، و لا دلالة لهما على حرمة الرشوه على غيرهما من الناس.

و قد يقال: بحرمة الرشوه مطلقا حتى فى غير الأحكام، لإطلاق بعض الروايات المتقدمه فى الحاشيه من طرق الخاصه، و من طرق العامه.

و فيه أولا: أنها ضعيفه السند، و قد عرفت ذلك آنفا. و ثانيا: أنها منصرفه إلى الرشا فى الحكم كما فى المتن. و ثالثا: أنها مقيدة بما دل [١] على جواز الرشوه لأمر مباح



و للتحويل [١] عن المنزل المشترك، كالأوقاف العامه.

و قد يتوهم أن موضوع الرشوه مختص بالأحكام، لما ورد في جمله من الروايات الماضيه من أن الرشا في الحكم حرام، أو كفر، أو سحت.

و فيه أولا: أن المستفاد منها ليس إلا- حرمة الرشوه في الحكم، لاختصاص موضوعها به، و هو واضح. بل قد يدعى أنها مشعره بعموم مفهوم الرشوه لغير الأحكام، و إلا للزم إلغاء التقييد في قوله «ع»: (و أما الرشا في الحكم فهو الكفر بالله العظيم).

و ثانيا: أن مفهوم الرشوه في اللغه غير مختص بما يؤخذ في الحكم، بل هو أعم من ذلك

### من الرشوه في الحكم

المعامله المحاباتيّه مع القاضى

قوله و مما يعد من الرشوه أو يلحق بها المعامله المشتمله على المحاباه. أقول:

الكلام في المعامله المشتمله على المحاباه بعينه هو الكلام فيما تقدم من الرشوه، فإذا باع من القاضى ما يساوى عشره دراهم بدرهم كان الناقص من الرشا المحرم، و إن كان غرضه من ذلك تعظيم القاضى- أو التودد المحض أو التقرب الى الله- فلا وجه للحرمة.

ثم إن في حكم بذل العين له بذل المنافع كسكنى الدار و ركوب المراكب و نحوهما من المنافع كما لا يخفى. و أما ما يرجع الى الأقوال كمدح القاضى و الثناء عليه فلا يعد رشوه فضلا عن كونه محرما لذلك. نعم لو كان ذلك إعانه على الظلم كان حراما من هذه الجبهه.

قوله و فى فساد المعامله المحابى فيها وجه قوى. أقول: لا وجه لفساد المعامله المشتمله

على المحاباه المحرمه إلا إذا كان الحكم للمحابي شرطا فيها، وقلنا: بأن الشرط الفاسد مفسد للعقد، فيحكم بالبطلان.

## فأئده

الظاهر من الأخبار المتقدمه أن منزله الرشوه منزله الربا، فكما أن الربا حرام على كل من المعطى و الآخذ و الساعى بينهما، فكذلك الرشوه، فإنها محرمه على الراشى و المرتشى و الرائش أى الساعى بينهما يستزيد لهذا و يستنقص لذاك.

نعم لا- بأس بإعطائها إذا كان الراشى محقا فى دعواه، و لا يمكن له الوصول الى حقه إلى بالرشوه، كما استحسنة فى المستند (1) (لمعارضه إطلاقات تحريمها مع أدله نفى الضرر، فيرجع الى الأصل لو لم يرجح الثانى) بل يتعين ترجيحه لحكومته أدله نفى الضرر على أدله الأحكام بعناوينها الأولى كما هو واضح.

## حكم الرشوه وضعاً

قوله ثم إن كلما حكم بحرمه أخذه و جب على الآخذ رده و رد بدله مع التلف).

أقول: قد ذكرنا أن الباذل قد يعطى الرشوه للقاضى أو غيره ليحكم له على خصمه، و قد يحاييه فى معاملته ليحكم له فى الخصومات و الدعاوى، و قد يرسل اليه هديه بداع الحكم له أما الأول فلا شبهه فى ضمان القابض المال الذى أخذه من الدافع بعنوان الرشوه، كما لا شبهه فى الحرمة عليهما تكليفاً، فيجب على الآخذ رد المال أو رد بدله من المثل أو القيمه مع التلف.

قال فى الجواهر: (لا- خلاف و لا- إشكال فى بقاء الرشوه على ملك المالك، كما هو مقتضى قوله «ع»: إنها سحت، و غيره من النصوص الداله على ذلك- الى أن قال-: فإذا أخذ ما لم ينتقل اليه من مال غيره كان ضامناً).

و وجه الضمان أن الرشوه فى هذه الصوره إنما وقعت فى مقابل الحكم، فتكون فى الحقيقه إجاره فاسده، أو شبيهه بها، فيحكم بالضمان، لكونها من صغريات كل عقد يضمن بصحيحه يضمن بفاسده، و هذه القاعده و إن لم يرد عليها نص بالخصوص، و لكنها متصيده من الأخبار الوارده فى موارد الضمان، فتكون حجه، و سيأتى ذكرها فى محلها. و من هنا ظهر بطلان القول بعدم الضمان إذا علم الدافع بالحرمة، لكون التسليط حينئذ مجانياً.

ص: ٢٧٤

و أما الثاني فهو كالأول من حيث الحرمة التكليفية، و لكن لا وجه للضمان لما نقص من قيمه، فإن غاية الأمر أن المعاملة كانت المشروطة بالشرط الفاسد، و قد عرفت إجمالاً، و ستعرف تفصيلاً: أن الشروط مطلقاً لا تقابل بجزء من الثمن، و أن الفاسد منها لا يوجب فساد المعاملة، و إنما يثبت الخيار فقط للمشروط له.

و أما الثالث فالظاهر أنه لا ضمان فيه أيضاً، لأن الدافع لم يقصد المقابلة بين الحكم و المال المبذول للقاضي، و إنما إعطاء مجاناً ليحكم له، فيكون مرجعه إلى هبه مجانيه فاسده، لأن الداعي ليس قابلاً للعوضيه، و لا مؤثراً في الحكم الشرعي وضعاً، و لا تكليفاً. و عليه فيكون المورد من صغريات الضابطه الكليه (كل عقد لا يضمن بصحيحه لا يضمن بفاسده).

و قد يقال: بالضمان لقاعده الضمان باليد. و فيه أن عموم على اليد مختص بغير اليد المتفرعه على التسليط المجاني، و لذا لا يضمن بالهبه الفاسده في غير هذا المقام.

قوله و في كلام بعض المعاصرين ان احتمال عدم الضمان في الرشوه مطلقاً غير بعيد) أقول: علله القائل في محكي كلامه بوجهين: الأول أن المالك قد سلطه عليها تسليطاً مجانياً فلا موجب للضمان. و الثاني: أنها تشبه المعاوضه، و ما لا يضمن بصحيحه لا يضمن بفاسده أما الأول فيرد عليه أن التسليط في المقام ليس بمجاني، بل هو في مقابل الحكم للباذل كما عرفت.

و أما الثاني فيرد عليه أن عملهم هذا إما إجاره فاسده أو شبيهه بها، و على أي حال يكون موجبا للضمان، لقاعده ما يضمن بصحيحه يضمن بفاسده.

### اختلاف الدافع و القابض

قوله فروع في اختلاف الدافع و القابض. أقول: ذكر المصنف هنا فروعاً ثلاثه و تعرض لحكمها. و تحقيق الكلام في مسأله المترافعين في الدفع و القبض، و بيان الضابطه الكليه فيها أن الفروض المتصوره فيها أربع كلها تنطبق على المقام غير الصوره الرابعه.

و لعل المصنف لذلك أهملها.

الصوره الاولى أن يتوافق المترافعان على فساد الأخذ و الإعطاء و لكن الدافع يدعى كون المدفوع رشوه على سبيل الإجاره و الجعاله، فتكون موجبه للضمان، لأن الإجاره الصحيحه توجب الضمان، فكذلك الإجاره الفاسده، و القابض يدعى أنه على سبيل الهديه إلا أنها فاسده، فلا تكون موجبه للضمان، لأن الهبه الصحيحه لا ضمان فيها، فكذا الهبه الفاسده

و قد رجح المصنف القول الأول (لأن عموم خبر على اليد يقضى بالضمان إلا مع تسليط المالك مجاناً و الأصل عد تحققة، و هذا حاكم على أصاله عدم سبب الضمان فافهم).

و فيه أن موضوع قاعده الضمان باليد إنما هو التسليط غير المجاني، و التسليط هنا محرز بالوجدان، و عدم كونه مجاناً محرز بالأصل (فلتتم الموضوع بضم الوجدان الى الأصل، و يترتب عليه الحكم، و لا يلزمه المحذور المذكور. نعم يرد عليه أن خبر على اليد ضعيف السند، و غير منجر بشيء، فلا يجوز الاستناد اليه، و قد عرفته فيما سبق (1) و يأتي التعرض له في أحكام الضمان.

و التحقيق أنه ثبت في الشريعة المقدسه عدم جواز التصرف في مال امرئ مسلم إلا بطيب نفسه، و قد تقدمت الإشارة إليه فيما سبق (2). و ثبت فيها أيضاً أن وضع اليد على مال الغير بدون رضى مالكة موجب للضمان، للسيره القطعيه، و من الواضح جداً ان وضع اليد على مال الغير في المقام محرز بالوجدان، فإذا ضمنا إليه أصاله عدم رضى المالك بالتصرف المجاني تألف الموضوع من الوجدان و الأصل، و حكم بالضمان، و لا يلزم شيء من المحاذير، و ليس المراد من الأصل المذكور استصحاب العدم الأنزلي ليرد عليه ما أورده في علم الأصول بل المراد به استصحاب العدم المحمولي، و هو واضح، و إن قلنا بحجيه الأول أيضاً.

الصوره الثانيه: أن يتسالم المترافعان على شيء واحد، و لكن القابض يدعى صحته على وجه لا يمكن معه الرجوع، و يدعى الباذل فساده، كما إذا ادعى الباذل كون المبدول هديه على سبيل الرشوه، و ادعى القابض كونها هبه صحيحه لازمه.

و هذا النزاع إنما يكون له أثر فيما إذا كانت الدعوى قبل تلف العين، مع عدم كون الهبه لذي رحم أو على وجه قربي، فإنه يترتب على النزاع ح استرجاع العين من الموهوب له و أما إذا كان النزاع بعد التلف فلا أثر له بوجه، فإنه لا ضمان للهبه بعد التلف، سواء أ كانت فاسده أم صحيحه، و عليه فلا وجه لما ذكره المصنف (ره) من قوله و لأصاله الضمان في اليد إذا كانت الدعوى بعد التلف).

و قد يقال هنا: بالضمان، لعموم قاعده على اليد، لأن وضع القابض يده على مال الدافع محرز بالوجدان، و عدم كونه بالهبه الصحيحه الناقله محرز بالأصل فيلتم الموضوع منهما، و يترتب عليه الحكم بالضمان، و لا يعارض ذلك الأصل بأصاله عدم الهبه الفاسده. لأنها لا أثر لها.

و التحقيق هو القول بعدم الضمان، لأن أصاله الصحه في العقود تتقدم على جميع الأصول

ص: ٢٧٦

١-١) ص ١٩٦.

٢-٢) ص ١٤٤.

الموضوعيه، و عليه اتفاق كافة العلماء، و بناء العقلاء.

لا- يقال: الدافع إنما يدعى ما لا- يعلم إلا من قبله فيقدم قوله في دعواه، لأنه أعرف بضميره. فإنه يقال: لا دليل على ثبوت هذه القاعده في غير الموارد الخاصه، كإخبار المرأه عن الحمل أو الحيض أو الطهر، فلا يجوز التعدي إلى غيرها.

الصوره الثالثه: أن يكون مصب الدعوى أمرا مختلفا، كما إذا ادعى الباذل أنها رشوه محرمة أو أجره على الحرام، و ادعى القابض كونها هبه صحيحه. و الظاهر هنا تقديم قول الدافع، لأصاله عدم تحقق الهبه الصحيحه الناقله، فإنها أمر وجودي و موضوع للأثر، فالأصل عدمها. و لا تعارضها أصاله عدم تحقق الرشوه المحرمه أو الإجاره الفاسده لأنهما لا أثر لهما، و إنما الأثر مترتب على عدم تحقق السبب الناقل، سواء تحقق معه شيء من الأسباب الفاسده أم لم يتحقق.

و ربما يقال: بتقديم أصاله الصحه على الأصول الموضوعيه، لحكومتها عليها في باب المعاملات على حذو ما تقدم.

و فيه أن مدرك أصاله الصحه هو الإجماع و بناء العقلاء كما عرفت، و هما من الأدله اللبيه فلا بد من الأخذ بالقدر المتيقن، و هو ما كان مصب الدعوى أمرا واحدا معلوما للمترافعين و كان الاختلاف في الخصوصيات، و قد فرضنا أن المقام ليس كذلك.

الصوره الرابعه: أن يدعى كل منهما عنوانا صحيحا غير ما يدعيه الآخر، كأن يدعى الباذل كونه يبيعا ليتحقق فيه الضمان، و يدعى القابض كونه هبه مجانيه لكي لا- يتحقق فيه الضمان، فإن أقام أحدهما بينه أو حلف مع نكول الآخر حكم له، و إلا- وجب التحالف، و يفسخ العقد، و عليه فيجب على القابض رد العين مع البقاء، أو بدلها مع التلف، و هذه الصوره لا تنطبق على ما نحن فيه.

### حرمه سب المؤمن

قوله التاسعه سب المؤمن حرام في الجملة بالأدله الأربعة. أقول: قد استقل العقل بحرمه سب المؤمن في الجملة، لكونه ظلما و إيذاء، و على ذلك إجماع المسلمين من غير نكير و قد تعرض الغزالي لذلك في إحياء العلوم [١].

وقد استفاضت الروايات من طرقنا [١] و من طرق العامه [٢] على حرمة.

ص: ٢٧٨

نعم المراد هنا من المؤمن في رواياتنا غير ما هو المراد في روايات العامة، و من هنا منعوا عن سب أبي حنيفه [١] أو أشباهه، و يدل على الحرمة أيضا قوله تعالى (١): (وَ اجْتَنِبُوا قَوْلَ الزُّورِ) فان سب المؤمن من أوضح مصاديق قول الزور، و لا ينافي ذلك ما ورد من تطبيق الآيه على الكذب كما سيأتي.

قوله و روايه ابن الحجاج عن أبي الحسن في الرجلين يتسابان قال: البادى منهما أظلم و وزره على صاحبه ما لم يعتذر الى المظلوم. و في مرجع الضمائر اغتشاش، و يمكن الخطأ من الراوى. أقول: محصول كلامه: أن الظاهر وقوع الاغتشاش في مرجع الضمائر في روايه بحسب المعنى، فإنه إذا رجع الضمير ان المجرور ان في قوله «ع»: (و وزره على صاحبه) الى الراد لزم كون الوزرين كليهما على البادى، و ليس على الراد شىء، و يمكن ان يكون لفظ الروايه (مثل وزره على صاحبه) فتكون داله على ان البادى يستحق وزرين: أحدهما للمباشره. و الثانى للتسبب من غير ان يخفف عن الراد شىء، و لكن الراوى أخطأ فحذف كلمه مثل.

و عليه فشان الروايه شأن ما عن ابى جعفر «ع» (قال أيما عبد من عباد الله سن سنه هدى كان له مثل أجر من عمل بذلك من غير ان ينقص من أجورهم شىء و أيما عبد من عباد الله سن سنه ضلال كان عليه مثل وزر من فعل ذلك من غير ان ينقص من أوزارهم شىء). و غير ذلك من الروايات المستفيضه (٢) الوارده بهذا المضمون.

و لكن ما أفاده المصنف على خلاف الظاهر من الروايه، فإن الظاهر منها ان الضمير المضاف إليه فى كلمه (وزره) يرجع الى السب المستفاد من قوله «ع»: (يتسابان)، نظير قوله تعالى (٣): (اغْدِلُوا هُوَ أَقْرَبُ لِلتَّقْوَى) فالمعنى ان وزر كل سب على فاعله، و لا يرتفع عنه إلا بالاعتذار من المسبوب، لهتك كل من المتساين صاحبه و ظلمه إياه، و على هذا فلا اغتشاش فى الضمائر.

و لكن الذى يسهل الخطب انا لم نجد الروايه على النحو الذى نقله المصنف، بل هى مرويه هكذا: (و وزره و وزر صاحبه عليه ما لم يعتذر الى المظلوم. و فى روايه أخرى:

ص: ٢٧٩

١-١) سورة الحج آيه: ٣١.

٢-٢) راجع ج ٢ ثل باب ١٦ إقامه السنن الحسنه من الأمر بالمعروف ص ٤٩٦.

٣-٣) سورة المائده آيه: ١١.

(ما لم يتعد المظلوم) أى ما لم يتجاوز عن الاعتداء بالمثل. وقد ذكرنا هما فى الحاشيه آنفا، أما الأولى فتدل على ان البادى منهما يستحق وزرين: أحدهما بالأصله و الآخر بالتسيب.

و إلقاء غيره فى الحرام الواقعى، وقد عرفت فى البحث عن حرمه تغير الجاهل ان التسيب الى الحرام حرام بالأدله الأوليه، مع قطع النظر عن الروايات الخاصه.

و اما الثانيه فتدل على جواز الاعتداء بالمثل، و كون وزر الاعتداء على البادى من دون ان يكون للمظلوم شىء من الوزر ما لم يتجاوز و إذا تجاوز كان هو البادى فى القدر الزائد و قد ذهب الى ذلك جمع من الأكابر، قال العلامة المجلسى (١): إن أثم سباب المتساين على البادى، اما إثم ابتدائه فلأن السب حرام و فسق، لحدیث: سباب المؤمن فسوق و قتاله كفر، و اما إثم سب الراد فلأن البادى هو الحامل له على الرد-الى ان قال:-

لكن الصادر عنه هو سب يترتب عليه الإثم، إلا ان الشرع أسقط عنه المؤاخذه، و جعلها على البادى، للعله المتقدمه، و إنما أسقطها عنه ما لم يتعد، فان تعدى كان هو البادى فى القدر الزائد.

و عن المحقق الأردبیلی فى آیات الاحكام بعد ذكر جمله من الآيات الظاهره فى الاعتداء بالمثل قال: فيها دلالة على جواز القصاص فى النفس و الطرف و الجروح، بل جواز التعويض مطلقا حتى ضرب المضروب و شتم المشتوم بمثل فعلهما-الى أن قال- و تدل على عدم التجاوز عما فعل به و تحريم الظلم و التعدى. و من هنا ظهر أن هذا الرأى لا بعد فيه خلافا لما استظهرناه فى الدوره السابقه. و قد وقع التصريح بذلك فى جمله من أحاديث العامه، و تقدم بعضها فى الهامش.

قوله ثم إن المرجع فى السب الى العرف. أقول: الظاهر من العرف و اللغه [١] اعتبار الإهانه و التعبير فى مفهوم السب، و كونه تنقيصا و إزرءا على المسبوب، و أنه متحد مع الشتم، و على هذا فيدخل فيه كلما يوجب إهانه المسبوب و هتكه كالقذف و التوصيف بالوضع و اللاشئ و الحمار و الكلب و الخنزير و الكافر و المرتد و الأبرص و الأجذم و الأعور و غير ذلك من الألفاظ الموجبه للنقص و الإهانه، و عليه فلا يتحقق مفهومه إلا بقصد الهتك

ص: ٢٨٠



و اما مواجهه المسبوب فلا تعتبر فيه.

قوله فالنسبه بينه و بين الغيبه عموم من وجه. أقول: ذكر المصنف فى البحث عن مستثنيات الغيبه ما هذا نص عبارته: (نعم لو تأذى من ذمه بذلك دون ظهوره لم يقدح فى الجواز و لذا جاز سبه بما لا يكون كذبا و هذا هو الفارق بين السب و الغيبه حيث إن مناط الأول المذمه و التنقيص فيجوز و مناط الثانى إظهار عيوبه فلا يجوز إلا بمقدار الرخصه) و التحقيق ان النسبه بينهما هى العموم من وجه، فإنه قد يتحقق السب و لا- يتصف بعنوان الغيبه، كأن يخاطب المسبوب بصفه مشهوره مع قصد الإهانه و الإذلال، فإن ذلك ليس إظهارا لما ستره الله، و قد تتحقق الغيبه حيث لا يتحقق السب، كأن يتكلم بكلام يظهر به ما ستره الله من غير قصد للتنقيص و الإهانه، و قد يجتمعان، و يتعدد العقاب فى مورد الاجتماع، لكون كل من العنوانين موضوعا للعقاب، فلا وجه للتداخل، و لعل هذا مراد المصنف هنا و فى مبحث الغيبه.

و قال المحقق الايروانى: ان النسبه بين السب و الغيبه (هو التباين فان السب هو ما كان بقصد الإنشاء و اما الغيبه فجملة خبريه).

و فيه انه لا دليل على هذه التفرقه فان كلا منهما يتحقق بكل من الإنشاء و الإخبار.

قوله ثم إنه يستثنى من المؤمن المتظاهر بالفسق. أقول: يجوز سب المتجاهر بالفسق بالمعصيه التى تجاهر فيها، لزوال احترامه بالتظاهر بالمنكرات، كما فى بعض الأحاديث، و سيأتى ذكره فى البحث عن مستثنيات الغيبه، و اما المعاصى التى ارتكبتها العاصى و لكن لم يتجاهر فيها فلا يجوز السب بها، و اما السب بما ليس فى المسبوب فافتراء عليه فيحرم من جهتين.

قوله و يستثنى منه المبدع أيضا. أقول: قد دلت الروايات المتظافره [١] على جواز سب المبدع فى الدين و وجوب البراءه منه و اتهامه، و لكن الظاهر أنه لا وجه لجعله من

المستثنيات باستقلاله، فإنه إن كان المراد به المبدع في الأحكام الشرعية فهو متجاهر بالفسق، و إن كان المراد به المبدع في العقائد و الأصول الدينية فهو كافر بالله العظيم، فيكون خارجاً عن المقام موضوعاً، لعدم كونه متصفاً بالآيمان.

قوله و يمكن أن يستثنى من ذلك ما إذا لم يتأثر المسبوب عرفاً. أقول: مقتضى الإطلاقات المتقدمة أن سب المؤمن حرام مطلقاً سواء تأثر أم لم يتأثر، نعم إذا لم يوجب إهانته المسبوب في نظر العرف كان خارجاً عن عنوان السب موضوعاً، لما عرفت من اعتبار الإهانة و الاستنقاص في مفهوم السب.

و عليه فلا وجه لاستثناء بعض الأمثلة عن مورد البحث كسب الوالد ولده، و سب المعلم متعلمه، و سب المولى عبده، لأنه إن كان موجبا لإهانتهم فلا يجوز للاستثناء و إن لم يكن موجبا لذلك فهو خارج عن السب موضوعاً.

و قد ظهر أيضاً فساد ما يقال: من أن السب في الأمثلة المذكورة فخر للمسبوب و تأديب له فلا يحرم. و وجه الفساد أن مفهوم السب يناهى مفهوم الفخر و التأديب، فلا يجتمعان في مورد واحد، و أضعف من جميع ذلك دعوى السيره على الجواز في الموارد المزبورة، فإننا لو سلمنا تحقق السيره من المتدينين فإنما هي في غير موارد الهتك و الظلم، فلا تكون إلا على جواز التأديب دون السب.

قوله و أما الوالد فيمكن استفادة الجواز في حقه مما ورد من مثل قولهم «ع» أنت و مالك لأبيك. أقول: قد وردت هذه الجملة المباركة في الروايات المتظافرة (١) الصحيحة و غيرها، و لكنها راجعة إلى الجهات الأخلاقية الناشئة من الجهات التكوينية، فإن الولد بحسب التكوين من المواهب الإلهية للوالد فلا يناسبه أن يعارض أباه في تصرفاته.

و يؤيد ذلك المعنى ما في روايه محمد بن سنان الضعيف، من تعليق حليه مال الولد لأبيه بأن الولد موهب للوالد في قوله تعالى (يَهَبُ لِمَنْ يَشَاءُ إِنْ شَاءَ إِنْ شَاءَ لِمَنْ يَشَاءُ الذُّكُورَ) و عليه فليس لفظ اللام في قوله «ع»: (أنت و مالك لأبيك) إلا للاختصاص فقط الناشئ من المحبه الجبليه و المعطوفه الغريزيه المنافيه للإيذاء و الإذلال و لو بالسب و الشتم.

نعم لو دلت هذه الروايات على الملكيه حقيقه كانت أم تنزيله، أو على الولايه المطلقه و السلطنه التامه كان لكلام المصنف وجه.

و لكن كلا الاحتمالين بدهى البطلان. أما الأول فلأنه لو تم لجاز للأب أن يتصرف

ص: ٢٨٢

١- (١) راجع ج ٢ ثل باب ١٠٧ حكم الأخذ من مال الولد و الأب مما يكتسب به ص ٥٥٩

٢- (٢) سورة الشورى آيه: ٤٩.

فى ما يرجع الى اولاده، و يتصرف فى شؤونهم تصرف الموالى فى عبيدهم و أمورهم مع أنه لم يلتزم به أحد.

على أنه مخالف للروايات (1)المعتبره الصريحه فى أن للأب أن يستقرض من مال ابنه، و يقوم جاريتة بقيمه عادله، و يتصرف فيها بالملك، فان من الواضح أنه لو كان الابن و ماله للأب لما احتاج فى جواز التصرف فى ماله و جاريتة الى الاستقراض و التقويم.

و أما الثانى فأيضاً فاسد، لأن مورد بعضها الولد الكبير، و من المقطوع به أنه لا ولايه للأب عليه، و مع الإغضاء عن جميع ما ذكرناه فهى معارضه بما دل على حرمه سب المؤمن بالعموم من وجه، ففى مورد التعارض يرجع الى عمومات ما دل على حرمه الظلم، و هو واضح

### حرمه السحر

### اشاره

قوله العاشره السحر حرام فى الجمله بلا خلاف. أقول: لا خلاف فى حرمه السحر فى الجمله، بل هى من ضروريات الدين، و مما قام عليه إجماع المسلمين، و قد استفاضت بها الروايات من طرقنا [1].

ص: ٢٨٣

---

١-١) راجع ج ٢ ثل باب ١٠٧ و باب ١٠٨ مما يكتسب به ص ١٦٠.

و من طرق العامه [١] و هذا لا شبهه فيه، و إنما الكلام فى تحقيق موضوع السحر و بيان حقيقته.

و قد اختلفت كلمات أهل اللغه [٢] فى ذلك، فذكر بعضهم أنه الخدعه و التمويه،

ص: ٢٨٤

وقال بعضهم: إنه إظهار الباطل بصورة الحق. وقيل: هو الأخذ في العين. وفي القاموس: إنه ما لطف مأخذه و دق. وقال بعضهم: إنه صرف الشيء عن وجهه إلى غير حقيقته بالأسباب الخفية على سبيل الخدعه و التمويه، إلى غير ذلك من التعاريف.

وقد وقع الخلاف بين الأصحاب في ذلك أيضا، فعن العلامة في القواعد إنه كلام يتكلم به، أو يكتبه أو رقيه، أو يعمل شيئا يؤثر في بدن المسحور أو قلبه أو عقله من غير مباشره.

وعن المنتهى إنه زاد أو عقد، وفي المسالك إنه زاد أو أقسام و عزائم يحدث بسببها ضرر على الغير، و عن الدروس إنه زاد الدخنه و التصوير و النفث و تصفيه النفس إلى غير ذلك من كلماتهم.

و التحقيق أن المتبادر عند أهل العرف من كلمه السحر- و الظاهر من استقراء موارد استعمالها و ما اشتق منها عند أهل اللسان، و المتصيد من مجموع كلمات اللغويين في تحديد معناها- أن السحر هو صرف الشيء عن وجهه على سبيل الخدعه و التمويه، بحيث إن الساحر يلبس الباطل لباس الحق، و يظهره بصورة الواقع فيرى الناس الهياكل الغريبه و الاشكال المعجبه المخوفه.

و الوجه فى ذلك أن السحر عمل خفى يحصل بالأسباب الخفيه، و تصور الشئ على خلاف صورته الواقعيه، و يصرفه عن وجهه بالخدعه و التمويه، و يقلبه من جنسه فى الظاهر، لا- فى الحقيقه، بحيث إن الساحر يسحر الناظرين حتى يتخيلوا أنه يتصرف فى الأمور التكوينيّه، و غيرها عن حقيقتها إلى حقيقه أخرى، فيريهم البر بحرا عجبا تجرى فيه السفن و تتلاطم فيه الأمواج، من غير أن يلتفتوا الى كونه خدعه و تمويها. و إظهارا للباطل بصوره الحق و قصه السحره مع موسى «ع» المذكوره فى القرآن (١) حين ألقوا (فَإِذَا جِبَالُهُمْ وَعِصِيُّهُمْ يُخَيَّلُ إِلَيْهِ مِنْ سِحْرِهِمْ أَنَّهَا تَسْعَى).

لا يقال: قد تكون للسحر حقيقه واقعيه كالتصرف فى عقل المسحور أو بدنه، أو ما يرجع اليه، و عليه فلا يتم تعريفه المذكور.

فإنه يقال: ليست للسحر حقيقه واقعيه، و لكن قد يترتب عليه أمر واقعي، فقد يظهر الساحر للمسحور شيئا مهولا، فيخاف هذا و يصبح مجنوناً، أو يريه بحرا و فيه سفينه جاريه، فيحاول المسحور أن يركبها فيقع من شاهق و يموت، فان الجنون و الموت و إن كانا من الأمور الواقعيه، إلا أنهما ترتبا على الأمور التخيلي الذي هو السحر، و يقرب ما ذكرناه ما عن صاحب العين من أنه (يقلب الشئ من جنسه فى الظاهر، و لا يقلبه عن جنسه فى الحقيقه). و قد أشير الى ما ذكرناه فى خبر الاحتجاج [١] حيث سئل الإمام عليه السلام عن الساحر أ يقلب الواقع الى الواقع آخر؟؟ فقال «ع»: هو أضعف من ذلك.

و على ما ذكرناه من المعنى قد استعملت كلمه السحر فى مواضع شتى من الكتاب العزيز [٢] و أطلق المشركون صفه الساحر على النبى الصادق المصدق، فقد زعموا أن محمدا (صلى الله عليه و آله) يظهر الباطل بصوره الحق بكلمات فصيحه و خطب بليغه حتى يسحر بها أعين الناظرين و قلوبهم،

ص: ٢٨٤

و من هنا أيضا أطلق السحر على البيان الجيد [١] بلحاظ المدح و الذم، فإنه يصرف حواس الحاضرين و آذان السامعين الى المتكلم.

و بهذا الاعتبار أيضا أطلق السحر على تمويه الفضه بالذهب. و على الجملة أن الناظر الى كلمات أهل اللغه و موارد الاستعمال يقطع بأن السحر ليست له حقيقه واقعيه، و إنما هو ما ذكرناه، و من جميع ما تقدم ظهر ما هو المراد من الأخيار المتظافره الداله على حرمه السحر و قد ذكرناه بعضها فى الهامش.

و أما ما ذكره فى القاموس من أن السحر ما لطف مأخذه و دق فإنه و إن انطبق على ما ذكرناه، لأن صرف الشىء عن وجهه على سبيل التمويه له مأخذ دقيق جدا، إلا أنه تعريف بالأعم، فإن الأمور التى يلفظ مأخذها- و هى ليست من السحر فى شىء- كثيره جدا، كالقوى الكهربائيه، و الراديو، و الطائرات، و بعض أقسام أدوات الحرب، و غير ذلك مما لا يعرفه أكثر الناس، خصوصا الصناعات المستحدثه.

و قد ظهر مما ذكرناه الفرق بين السحر و بين المعجزه و الشعوذ، فإنك قد عرفت فى البحث عن حرمه التصوير (١) إجمالا أن الإعجاز أمر حقيقى له واقعيه، إلا- أنه غير جار على السير الطبيعى، بل هو أمر دفعى خارق للعادة، و اما المقدمات الطبيعيه فكلها مطويه فيه، كجعل الحبوب أشجارا و زروعا، و الأحجار لؤلؤا و يواقيت دفعه واحده، و منه صيروره عضا موسى «ع» ثعبانا، و صيروره الأسد المنقوش على البساط حيوانا مفترسا بأمر الإمام عليه السلام فى مجلس الخليفه، و قد تقدم ذلك فى المبحث المذكور، و اما السحر فقد عرفت انه ليست لها حقيقه واقعيه أصلا.

ص: ٢٨٧

و أما الشعوذه فسيأتى انها عباره عن الخفه فى اليد و السرعه فى الحركه المعبر عنها فى لغه الفارس بكلمه (تردستى و تند كارى) فان المشعوذ الحاذق يفعل الأمور العاديه، و الأفعال المتعارفه بتمام السرعه، بحيث يشغل أذهان الناظرين بأشياء، و يأخذ حواشيمهم إليها، ثم يعمل شيئاً آخر بسرعه شديد و بحركه خفيفه فيظهر لهم غير ما انتظروه، و يتعجبون منه و لكن الصادر منه أمر واقعى، كأخذ الأشياء من موضع و وضعها فى موضع آخر بالسرعه التامه حتى يتخيل الناظر إليها أنها انتقلت بنفسها، فالنقل و الانتقال أمر حقيقى، و لكن الناظر لا يلتفت الى الناقل، و هذا بخلاف السحر، فإنه أمر خيالى محض كما عرفت التنبه عليه و من هنا اتضح الفرق بين الشعوذه و المعجزه أيضا. و اما ما ذكره الأصحاب من بيان حقيقه السحر و أسبابه و اقسامه فكلها تقريبه، فإن انطبق على ما ذكرناه فهو، و إلا فيرد الى قائله، و هو أعرف بمقاله.

## أقسام السحر

و لا بأس بالتعرض لما ذكره الأصحاب من أقسام السحر ليعلم هل انما مشموله لما دل على حرمه السحر أم لا؟ و قد تكلم عليها العلامه المجلسى فى البحار (1) و أطال الكلام فيها موضوعا و حكما، نقضا و إبراما.

و حاصل كلامه فى تحقيق أقسام السحر: انه على أنواع شتى،

## النوع الأول: سخر

الكذابين (أو الكلدانيين) الذين كانوا من قديم الدهر، و هم قوم يعبدون الكواكب،

و يزعمون كونها مدبره للعالم السفلى، و مبادئ لصدور الخيرات و الشرور، و قد بعث الله إبراهيم «ع» مبطلا لمقالتهم و هدم أساس مذهبهم، و هم على فرق ثلاث:

فان منهم من يزعم ان الكواكب هى الواجبه الخالفه للعالم، و منهم من يزعم أنها قديمه لقدم العله المؤثره فيها، و منهم من يزعم أنها حادثه مخلوقه، و لكنها فعاله مختاره فوض خالقها أمر العالم إليها.

و الساحر من هذه الفرق الثلاثه من يعرف القوى العاليه الفعاله: بسائطها و مركباتها، و يعرف ما يليق بالعالم السفلى و حوادثه، و يعرف معدات هذه الحوادث ليعدها، و عوائقها ليرفعها بحسب الطاقه البشريه، فيكون متمكنا من استحداث ما يخرق العاده. انتهى ملخص كلام المجلسى فى النوع الأول.

أقول: قد عرفت ان السحر هو صرف الشئ عن وجهه على سبيل الخديعه و التمويه

ص: ٢٨٨



من دون أن يكون له واقعيه، فاستحداث الأمور الخارقة للعادة ليس من السحر، و لو تمكن أحد من إحداث الأمور الغريبه بواسطه القوه النفسانيه الحاصله بالرياضه، أو بصرف المقدمات فلا يقال له: إنه ساحر، بل لا دليل على حرمة، فإن هذا شعار أهل الكرامه.

نعم لا شبهه فى كفر الفرق المذكوره، كما اعترف به المجلسى (ره) حتى الفرقه الثالثه القائله: بتفويض أمر العالم الى الكواكب، فإن قولهم هذا مخالف لضروره الدين، فإن الله هو الذى يحيى و يميت، و يهب لمن يشاء ذكورا، و يهب لمن يشاء إناثا، و يصور فى الأرحام كيف يشاء.

### **النوع الثانى: سحر أصحاب الأوهام و النفوس القويه،**

فقد ثبت بالوجوه العديده إمكان تسلط النفوس على جوارح الغير و أعضائه، فتسخره للقيام بحركات و تأديه أعمال على غير اراده منه، و من دون وساطه شىء آخر.

و هذه النفوس قد تكون لرياضاتها قويه صافيه عن الكدورات البدنيه، فتستغنى فى تأثيرها عن الاستعانه بأدوات من خارجها، و تصدر عنها الأمور الغريبه الخارقة للعادة، و قد تكون ضعيفه و ممزوجه بأوساخ المواد، فتحتاج فى إتمام تأثيرها إلى الاستعانه بأدوات سحريه أخرى، انتهى حاصل كلامه فى النوع الثانى.

أقول: لا شبهه أن بعض النفوس لصفائها بالرياضات تؤثر فى الأمور التكوينييه، و تصرفها عن وجهها صرفا حقيقيا، كإيقاف الماشى عن المشى، و المياه الجاريه عن الجريان، بل قيل إن هذا المعنى مكنون فى الأسد بحسب الغريزه و الطبيعه، فإنه إذا نظر الى حيوان أوقفه عن المشى و الحركة، إلا- أنه لا- دليل على حرمة بعنوان الأولى ما لم يترتب عليه شىء من العناوين المحرمه، بل نمنع عن صدق السحر عليه، و إنما هو نحو من الكرامه إن كان بطريق حق، و من الكفر أو الفسق إن كان بطريق الباطل.

و لا نظن أن يتوهم أحد أن تصفيه النفس بالرياضات الحقه حتى تصير مؤثره فى الأمور التكوينييه من المحرمات، بل هو مطلوب فى الشريعه المقدسه إذا كان بالإطاعه و التقوى، و من المعروف المشهور أن سلمان رضى الله عنه قد وصل بمجاهداته و تقواه و عظيم طاعته لمولاه الى حد أن انقادت الأمور التكوينييه لإرادته و التزمت فرض طاعته.

### **النوع الثالث: من السحر الاستعانه بالأرواح الأرضيه،**

و اعلم أن القول بوجود الجن مما أنكره بعض المتأخرين من الفلاسفه و المعتزله. و أما أكابر الفلاسفه فإنهم لم ينكروا القول بوجود الجن، و لكنهم سموها بالأرواح الأرضيه.

و هى بأنفسها مختلفه الأصناف، فإن منها خيره و منها شريره. و قد شاهد أهل الصنعه

والتجربه أن الاتصال بها يحصل بأمر خفيفه و بأفعال سهله لا مشقه فى إيجادها، كالرق و الدخن و التجريد، و قد سموا هذا النوع بالعزائم و عمل تسخير الجن، انتهى حاصل كلام المجلسى فى النوع الثالث.

أقول: لا ريب فى خروج هذا النوع أيضا من السحر موضوعا و حكما، تعليما و تعلمنا، بل لا دليل على حرمة فى نفسه إلا إذا ترتب عليه عنوان محرم من إيذاء إنسان و الإضرار به، أو كانت مقدماتها محرمة، فيحرم الاشتغال بها، و إلا فلا يحرم استخدام الجن، و كشف الغائبات بواسطتهم، بل لا دليل على حرمة إيذاهم.

### **النوع الرابع: مما ذكره المجلسى (ره) من أقسام السحر: التخيلات و الأخذ بالعيون،**

و هذا النوع يتضح بأمر:

الأول: وقوع الاغلاط فى البصر كثيرا، فان الساكن قد يرى متحركا و بالعكس، كما أن راكب السفينه إذا نظر الى البحر يرى السفينه ساكنه و يرى الماء متحركا، و القطره النازله من السماء ترى خطا مستقيما، و الشعلة الجواله ترى دائره من النار، و الأشياء الصغيره ترى فى الماء كبيره، و غير ذلك من اغلاط البصر.

الثانى: أن المحسوسات قد يختلط بعضها ببعض إذا كانت مدركه بسرعه النظر، لأن القوه الباصره إذا وقفت على محسوس و قوفا تاما فى زمان معتد به أدركته على نحو لا- يشتهه غيره كثيرا، و أما إذا أدركته فى زمان قليل، ثم أدركت محسوسا آخر و هكذا، فإنه يختلط بعضه ببعض.

الثالث: أنه قد تشغل النفس بشيء فلا تشعر حينئذ بشيء و إن كان حاضرا عند الإنسان كالوارد على السلطان، فإنه قد يلقاه شخص فيتكلم معه، و لكن لا يلتفت اليه، و الناظر فى المرآه يرى القذاره فى عينيه و لا يرى أكبر منها.

إذا عرفت هذه الأمور اتضح لك تصوير هذا النوع من السحر، فان المشعبذ الحاذق يشغل أذهان الناظرين بأمر، و يأخذ بأبصارهم، ثم يعمل شيئا آخر بسرعه شديد، و بحركه خفيفه، فيظهر لهم غير ما انتظروه، فيتعجبون منه.

أقول: هذا النوع هو المعروف بالشعوذه، فلا يرتبط بالسحر، و سيأتى أنه لا دليل على حرمتها، فإنها ليست إلا الحركه السريعه فى الأعضاء، فلا معنى لحرمتها فى نفسها، إلا إذا اقترنت بعناوين محرمة. نعم أطلق عليها السحر فى خبر الاحتجاج المتقدم فى الحاشيه، فإنه قد ذكر الامام «ع» فيه: (و نوع آخر منه خطفه و سرعه و مخاريق و خفه) إلا- أنه على سبيل المجازيه، فقد عرفت الفرق بين السحر و الشعوذ، و عدم صدق كل منهما على الآخر

## النوع الخامس: الاعمال العجيبة التي تظهر من تركيب الآلات على النسب الهندسيه،

كراقص يرقص، وكفارسين يقتتلان، وكراكب على فرسه، وفي يده بوق كلما مضى ساعه من النهار ضرب البوق من غير أن يمسه أحد، ومن هذا القبيل الصور المصنوعه لأهل الروم والهند بحيث يراها الناظر إليها إنسانا على كفيات مختلفه ضاحكه و باكيه حتى يفرق فيها بين ضحك السرور و ضحك الخجل و ضحك الشامت، فهذه الوجوه كلها من لطائف التخيل، و كان سحر سحره فرعون من هذا الضرب.

ومن ذلك أيضا تركيب صندوق الساعات، و علم جر الأثقال و الأجسام العظيمة بآلات خفيفه، و هذا النوع فى الحقيقه لا ينبغى أن يعد من السحر، فان لها أسبابا معلومه معينه، و من اطع عليها قدر على إيجادها، و حيث لم يصل إليها إلا الفرد النادر لصعوبتها عدها أهل الظاهر من السحر، انتهى ملخص كلامه.

أقول: إن إيجاد الصنائع المعجبه و تركيب الأمور الغريبه- كما هو المعروف كثيرا فى العصر الحاضر، كالمطائرات و القطارات و السيارات و سائر أدوات النقل و الآلات العجيبة المعبده للحرب- ليس من المحرمات بعناوينها الأولى إلا إذا انطبقت عليه عناوين محرمه اخرى، و ليس من مقوله السحر، كما اعترف به المجلسى، و لم يثبت كون سحر سحره فرعون من هذا القبيل.

## النوع السادس من السحر: الاستعانه بخواص الأدوية

مثل أن تجعل فى الطعام بعض الأدوية المبدله، أو المزيله للعقل، أو الدخن المسكر «البخور» أو عصاره البنج المجمعول فى الملبس، و هذا مما لا سبيل إلى إنكاره، فإن أثر المغناطيس شاهد. انتهى ملخص كلام المجلسى.

أقول: هذا النوع أيضا خارج عن السحر موضوعا و حكما، و إنما هى أسرار يكتشفها علم الكيمياء، و قد يستعان بها فى علم الطب، و لو كانت الاستعانه بالأدويه محرمه للزم القول بحرمه علم الطب، و لم يلتزم به أحد، بل وجوبه من الضروريات عند الملل و عقلاء العالم

## النوع السابع من السحر: تعليق القلب،

و هو أن يدعى الساحر علم الكيمياء و علم الليميا و الاسم الأعظم، و يدعى أن الجن يطيعونه، فإذا كان السامع ضعيف العقل قليل التميز اعتقد بذلك و تعلق قلبه به، و يلزم ذلك أن يحصل فيه الرعب و الخوف، و يفعل فيه الساحر ما يشاء، مع أن تلك الدعاوى ليس لها أصل، و من جرب هذا المعنى و أهله علم أن لتعليق القلب أثرا عظيما من حيث الخوف و الرجاء كليهما.

و فيه أنه لا وجه لجعله من أقسام السحر، و إنما هو قسم من الكذب، إذا لم يكن له

واقع، على أن تعليق القلب لو كان سحرا لكانت الاستماله بمطلقها سحرا محرما، سواء كانت بالأمر الواقعيه أم بغيرها.

## النوع الثامن: النميمه.

و فيه أنها و إن كانت محرمة بالضرورة عند الفريقين، بل عند العقلاء، إلا أنها أجنيه عن السحر و عن مورد الأخبار الداله على كفر الساحر و وجوب قتله، فان من البديهي أن التمام ليس بكافر و لا يجوز قتله.

و على الجملة لم يتحصل لنا من الأقسام المذكوره ما يكون سحرا و محرما بعنوانه، فانحصر السحر المحرم بما ذكرناه: أعنى صرف الشيء عن وجهه على سبيل الخدعه و التمويه. و قد تقدم أن هذا هو المورد للأخبار الداله على حرمة السحر.

ثم إنه ورد في جملة من الروايات المتقدمه ما دل على كفر الساحر. و في الروايات الأخرى المتقدمه في الحاشيه أنه يقتل.

أما الحكم بالكفر فلا يمكن أن يراد به الكفر المصطلح في الشرعيه المقدسه. ضروره عدم جريان أحكام الكفر عليه، و من قسمه الأموال، و بينونه زوجته و الحكم بنجاسته، فيشملة ما دل على إسلام من أقر بالشهادتين و المعاد، على أنا لم نر و لم نسمع من يعامل الساحر معاملة الكافر حتى في زمن النبي (صلى الله عليه و آله) و الأئمه.

و يؤيد ما ذكرناه ما سيأتى في البحث عن جواز دفع السحر بالسحر من قوله «ع» للساحر الذي أخذ السحر صناعه لنفسه: (حل و لا تعقد). فلو كان السحر موجبا للكفر لحكم أبو عبد الله بكفره، و لكن الروايه مجهوله.

و كيف كان فما دل على كفر الساحر لا بد من حمله إما على مستحل السحر، و إما على من يعارض به القرآن و النبوه، و يدعى به الرساله أو الإمامه، أو يدعى ما لا يقدر عليه إلا الله، و يدل على الأخير ما في روايه العسكرى «ع» في قصه هاروت و ماروت من قوله عليه السلام: (فلا تكفر باستعمال هذا السحر و طلب الإضرار و دعاء الناس الى أن يعتقدوا أنك تحيي و تميت و تفعل ما لا يقدر عليه إلا الله فان ذلك كفر).

و لكن الروايه ضعيفه السند. و ستتعرض لها في البحث عن جواز دفع السحر بالسحر و أما الحكم بقتله فهو المشهور بين الأصحاب، بل في كلمات غير واحد منهم دعوى الإجماع عليه من دون فرق بين المستحل و غيره.

و في حدود الرياض: (يقتل الساحر إذا كان مسلما، و يعزر إذا كان كافرا، بلا خلاف فتوى و نصاب، ثم قال: إن مقتضى إطلاق النص و الفتوى بقتله عدم الفرق فيه بين كونه مستحلا أم لا، و به صرح بعض الأصحاب، و حكى آخر من متأخر المتأخرين قولا بتقييده

بالأول، ووجهه غير واضح).

أقول: (قد ورد في الروايات العديده المتقدمه في أول المسأله أن حد الساحر هو القتل، إلا أنها روايات ضعيفه، و غير منجبره بالشهره الفتوائيه، فقد عرفت مرارا أنها لا تجبر ضعف الروايه. و عليه فان تم الإجماع و التسالم على ذلك أخذ به، و إلا فعمومات ما دل على حرمه قتل النفس محكمه.

نعم إذا كان الساحر مستحلا للسحر، أو كان يعارض به بعض المناصب الإلهيه و جب قتله، إلا- أن القتل لم يجب عليه بما أنه ساحر، بل بما أنه منكر لما هو من ضروريات الإسلام.

قوله و بعضها قد ذكر فيما ذكره في الاحتجاج. أقول: قد ظهر مما تقدم أن إطلاق السحر على بعض الأمور المذكوره في خبر الاحتجاج- كالسرعه و الخفه و النيمه- إنما هو بنحو من العنايه و المجاز، على أن الروايه ضعيفه السند و غير منجبره بشيء.

قوله و أما الأقسام الأربعة المتقدمه من الإيضاح إلخ. أقول: قال في محكى الإيضاح: إن استحداث الخوارق إما بمجرد التأثيرات النفسانيه: و هو السحر، أو بالاستعانه بالفلكيات فقط: و هو دعوه الكواكب، أو بتمزيج القوى السماويه بالقوى الأرضيه: و هي الطلسمات، أو على سبيل الاستعانه بالأرواح الساذجه: و هي العزائم، و يدخل فيه النيرنجات، و الكل حرام في شريعه الإسلام و مستحله كافر.

و تبعه المصنف في ذلك، لوجهين: الأول شهادة المجلسي (ره) في البحار بدخولها في السحر عند أهل الشرع، فتشملها الإطلاقات.

الثاني: دعوى فخر الدين في الإيضاح كون حرمتها من ضروريات الدين، و هذا الوجه يوجب الاطمئنان بالحكم، و باتفاق العلماء عليه في جميع الأعصار.

أما الوجه الأول: فيرد عليه أولا- انه لا- حجه في شهادة المجلسي، لاستناده الى اجتهاده و قد اعترف به المصنف أيضا فيما سيأتي. فقد قال: (لكن الظاهر استناد شهادتهم الى الاجتهاد).

و ثانيا: أنا لم نجد في كلام المجلسي شهادة على كون الأقسام المذكوره من السحر عند عرف الشارع، فإنه قال: (إن لفظ السحر في عرف الشرع مختص بكل مخفى سببه، و يتخيل على غير حقيقته، و يجرى مجرى التمويه و الخداع). ثم ذكر الأنواع المتقدمه، و أى شهاده في ذلك على مقصود المصنف.

و ثالثا: أنك قد عرفت خروج كثير من الأقسام المزبوره بل كلها عن حقيقه السحر.

بل يكفى الشك فى منع شمول الإطلاقات لها، لعدم جواز التمسك بها عند الشك فى الصدق.

و رابعاً: ما ذكره المصنف فيما سيأتى من معارضه شهادة المجلسى بما ذكره الفخر من إخراج علمى الخواص و الحيل من السحر، و بما ذكره صاحب لك و غيره من تخصيصهم السحر بما يحدث ضرراً، و بما ذكره العلامة من تخصيصه السحر بما يؤثر فى بدن المسحور أو قلبه أو عقله، و هذه الشهادات من هؤلاء الأعيان تكشف عن عدم العموم فى لفظ السحر لجميع ما تقدم، و عن كون الإطلاق فى جملة منها مجازاً.

و من هنا ظهر الجواب عن الوجه الثانى أيضاً. على أن الدعوى المذكوره لا- توجب الاطمئنان بالحكم إلا- فى المورد المتيقن، كالإضرار بالمسحور فى عقله أو بدنه أو ماله أو ما يرجع اليه من شؤونه، و أما فى غير الموارد المتيقنه فإنه لا دليل على حرمة الاستعانة بالأموال المتقدمه، بل ربما تكون مطلوبه لإبطال سحر مدعى النبوه و الإمامه، و مع الشك فيه فأصالة البراءه محكمه.

### عدم اختصاص حرمة السحر

بالمضر منه هل تختص حرمة السحر بالمضر منه أو تعم غير المضر أيضاً؟ فيه خلاف. فالمحكى عن الشهيدى فى الدروس و لك ان المعتبر فى السحر الإضرار، و عن شارح النخبه أن ما كان من الطلسمات مشتملاً على إضرار أو تمويه على المسلمين أو الاستهانه بشىء من حرمان الله فهو حرام، سواء عد من السحر أم لا، و عن جملة من الأكابر انه حرام مطلقاً سواء أ كان مضراً أم لا تمسكاً بظاهر الإطلاقات المتقدمه، و من هنا ظهر أنه لا وجه لتقييد السحر بما كان مؤثراً فى بدن المسحور أو عقله أو قلبه من غير مباشره كما عرفته عن العلامة فى القواعد.

و قد يستدل على اختصاص حرمة السحر بالمضر منه ببعض الروايات الوارده فى قصه هاروت و ماروت، و سيأتى ذكرها.

و فيه أولاً: أن هذه الروايات ضعيفه السند. و ثانياً: أنه لا تنافى بينها و بين المطلقات الداله على حرمة السحر مطلقاً.

قوله فمثل احداث حب مفرد فى الشخص بعد سحراً. أقول: الوجه فيه ما ورد

فى بعض الأحاديث [١] من تشديد النبى (صلى الله عليه و آله) المرأه التى صنعت ذلك لزوجهها، و استقباله إياها باللعن و التوبيخ، و حكمه عليها بعدم قبول التوبه.

و فيه أولاً: أنه ليس فى الروايه ما يدل على كون المصنوع سحراً. و ثانياً: أن العمل بها يقتضى حرمه إدخال الزوجه جبهها فى قلب الزوج و إن كان ذلك بالأخلاق الحسنه و الأفعال المرضيه، مع انه مطلوب فى الشريعه المقدسه، و قد أمر به فى الأخبار المتظافره، بل المتواتره المذكوره فى أبواب مقدمات النكاح، و عليه فلا بد من حمل الروايه على كون المصنوع أمراً غير مشروع يوجب تكدر البحار و الطين، و استحقاق المرأه باللعن و ثالثاً: ان الروايه مخالفه للقواعد، فإنها مشتمله على عدم قبول التوبه من المرأه التى صنعت لزوجهها شيئاً يوجب المحبه و العطف، مع ان الثابت فى الإسلام جواز توبه المرأه المرتده، سواء أ كانت فطريه أو مليه، و من المقطوع به ان سحرها لا يزيد على الارتداد، و يضاف الى جميع ما ذكرناه ان الروايه ضعيفه السند.

### **جواز دفع ضرر السحر بالسحر**

قوله بقى الكلام فى جواز دفع ضرر السحر بالسحر. أقول: و قد يستدل على الجواز بالروايات [٢] الوارده فى قصه هاروت و ماروت و غيرها، فإنها تدل على جواز

دفع ضرر السحر بالسحر. وفيه انها و إن كانت ظاهره الدلاله على ذلك، و لكنها ضعيفه السند، فلا يمكن الاستناد إليها.

نعم يمكن الاستدلال على الجواز بالآيه الوارده فى قصه هاروت و ماروت [١] بتقريب أن السحر لو لم يكن جائز الاستعمال حتى فى مقام دفع الضرر لم يجر تعليمه أصلا، فجواز التعليم يدل على جواز العمل به فى الجملة، و القدر المتيقن منه هو صورته دفع ضرر الساحر، و كيف كان فلا ريب فى انه قد يجب إذا توقفت عليه مصلحه ملزمه، كما إذا ادعى الساحر منصبا من المناصب الإلهيه، كالنبوه و الإمامه.

### التسخير ليس من السحر

و قد يقال: بأن من السحر التسخيرات بأقسامها حتى تسخير الحيوانات، بدعوى أن تعاريف السحر صادقه عليها، حتى ان الشهيدين مع أخذهما الإضرار فى تحريم السحر ذكروا ان استخدام الملائكه و الجن من السحر، و عليه فتشملها الإطلاقات المتقدمه الداله على حرمة السحر بجميع شؤونه.

و فيه أنك قد عرفت خروج الاستعانه بالأرواح الأرضيه و استخدام الجن من السحر موضوعا و حكما. و حينئذ فإن انطبق على ذلك شىء من العناوين المحرمه حكم عليه بالحرمة لتلك الجبهه المحرمه، لا لكونه سحرا، كما إذا اشتملت التسخيرات على المقدمات المحرمه،



أو كان المسخر بالكسر لعمله ذلك عرضا للتضرر أو التلف أو الجنون، أو لارتكاب شيء آخر من الأمور غير المشروعه، أو كان المسخر بالفتح مؤمنا من الإنس أو ملكا، و كان التسخير ظلما عليهم، و مع انتفاء العناوين المحرمه فلا وجه للحرمه، كتسخير الكفار من الانس و الجن و إن اشتمل ذلك على إيذائهم، و إلا لما جاز قتل الكفار، و أخذ الجزيه منهم و هم صاغرون.

و كذلك يجوز تسخير الحيوانات مطلقا، خصوصا المؤذيات منهم كالعقارب و الحيات و السباع، و إلا- لما جاز استخدام الحموله، و قتل المؤذيات منها، و قد أجاد المحقق الايروانى و قال: (فالأمر فى تسخير الحيوانات أوضح، فهل يمكن الالتزام بجواز تسخير الحيوانات بالقهر و الغلبه و الضرب، و مع ذلك لا يجوز تسخيرها بما يوجب دخولها تحت الخدمه طوعا)

## الشعوذه

قوله الحاديه عشره الشعبده حرام بلا خلاف. أقول: الشعوذة [١] هى اللعبه المعروفه: أعنى الخفه فى الحركه المعبر عنها فى لغه الفرس بكلمه (تردستى) و أما الذى يترتب على الشعوذة فهو أمر واقعى، فان المشعوذ يفعل ما يفعله سائر الناس من الأمور العاديه، إلا- أنه يشغل أذهان الناظرين بسرعه حركته و خفه يده بحيث يتعجبون من أفعاله من غير أن تكون تلك الأفعال الصادره منه خياليه محضه كما فى السحر أو غير جاريه على السير الطبيعى كما فى المعجزات، على ما عرفت من التفرقه بينها و بين السحر و المعجزه فى المسأله السابقه. و يمكن أن تكون الشعوذة أعم من السحر، و يظهر ذلك من ملاحظه ما ذكره

بعض اللغويين مع ملاحظه ما ذكرناه فى معنى الشعوذہ بحسب المتفاهم العرفى. و لكن الظاهر هو ما ذكرناه من المبائنه بينهما.

و قد استدل المصنف (ره) على حرمه الشعوذہ بأمر:

الأول: الإجماع. و فيه أنه ليس هنا إجماع تعبدى، لاحتمال استناده إلى سائر الوجوه المذكوره فى المسأله.

الثانى: أنه من اللهو و الباطل. و فيه أنه ممنوع صغرى و كبرى، أما الوجه فى منع الصغرى فلأننا لا نسلم كونها من اللهو و الباطل إذا ترتب عليها غرض عقلائى. و أما الوجه فى منع الكبرى فلأنه لا- دليل على حرمتها على الإطلاق، بل الحرام منهما هو القسم الخاص.

الثالث: قوله «ع» فى خبر الاحتجاج: (و نوع آخر منه خطفه و سرعه و مخاريق و خفه). و فيه أولاً: إنه ضعيف السند و غير منجبر بشىء و قد تقدم ذلك آنفاً. و أما جبره بالإجماع المحكى، فإن الإجماع إن كان حجه فى نفسه لزم اتباعه لذلك، و إلا فإن ضم غير الحجه إلى مثله لا يفيد الاعتبار.

الرابع: صدق بعض تعاريف السحر على الشعوذہ، فتكون مشموله لما دل على حرمه السحر. و فيه أنك قد عرفت خروجها عن حدود السحر موضوعاً، و عدم صدقه عليها.

## الغش الحرام

### إشاره

قوله الثانیه عشره الغش حرام بلا- خلاف. أقول: لا- شبهه فى حرمه غش المسلم فى الجمله بلا- خلاف بين الشيعه و أهل السنه [١] لتواتر الروايات من طرقنا [٢]

ص: ٢٩٨

و من طرق العامه (1) بل هي من ضروريات مذهب المسلمين.

و العجب من المحقق الايروانى حيث ألغى عنوان الغش عن الموضوعيه و التزم بحرمة للعناوين الثانويه من الكذب و أكل أموال الناس بلا رضى منهم!

و لا- ريب أن الروايات حجه عليه، لظهورها فى حرمة الغش فى نفسه، فإذا تحقق موضوعه فى مورد ترتب عليه حكمه، كسائر القضايا الحقيقيه، و سيأتى أن موضوع الغش أمر عرفى.

فقد ظهر أنه لا- وجه لما ارتكبه المحقق المذكور من السير و التقسيم فى نفي موضوعيه الغش بدعوى أنه لا دليل على حرمة شوب اللبن بالماء و لا- على حرمة عرض المشوب على البيع، و لا- على حرمة مجرد الإنشاء، فتعين أن يكون الغش المحرم أخذ قيمه غير المغشوش بإزاء المغشوش

ص: ٢٩٩

---

١-١) راجع ج ٥ سنن البيهقى ص ٣٢٠.

لا شك في أن الغش ليست له حقيقته شرعيه، ولا متشرعيه، بل المراد به ما جرى عليه العرف و اللغه [١] من كونه بمعنى الكدر و الخديعه و الخيانه، و يعبر عنه في لغه الفرس بكلمه (گول زدن) و لا- يتحقق ذلك إلا- بعلم الغاش و جهل المغشوش، فإذا كان كلاهما عالمين بالواقع، أو جاهلين به، أو كان الغاش جاهلا و المغشوش عالما انتفى مفهوم الغش.

ثم إنه لا- يعتبر في مفهوم الغش انحصار معرفته بالغاش، فإن أكثر أفراد الغش يعرفه نوع الناس بإمعان النظر، خصوصا من كان من أهل الفطانه و التجربه، و من كان شغله الغش، فإنه لا شبهه أن من الغش جعل الجيد من الحبوب على ظاهر الصبره و رديه في باطنها و بيع الأمتعه في الظلال، و من الواضح أن نوع الناس يلتفتون الى الغش في أمثال ذلك بتدقيق النظر، و لو اختص مفهوم الغش بما انحصر طريق معرفته بالغاش لم يبق له إلا مورد نادر.

نعم قد تنحصر معرفته بالغاش كمزج اللبن بالماء، و خلط الدهن الجيد بالدهن الردي، و وضع الحرير و نحوه في مكان بارد ليكتسب ثقلا، و بيع الحيوان مسموما لا يبقى أزيد من يوم و يومين، و غير ذلك من الموارد التي لا يطلع على الغش إلا خصوص الغاش فقط، و لكن هذا لا يوجب اختصاص الغش بتلك الموارد، و عدم تحقق مفهومه في غيرها.

و قد ظهر مما ذكرناه أن الغش لا يصدق لغه و لا عرفا على الخلط الظاهر الذي لا تحتاج معرفته إلى إمعان النظر، فإذا مزج الردي بالجيد مزجا يعرفه أي ناظر اليه من الناس- بغير تدقيق النظر، و جعل الردي في ظاهر الصبره و الجيد في باطنها- فإن ذلك لا يكون غشا، و يدل على ذلك بعض الأحاديث [٢].

إن ظاهر المطلقات المتقدمه هو حرمه الغش على وجه الإطلاق سواء أ كان فى المعامله أم فى غيرها، إلا أنه لا بد من صرفها الى خصوص المعاملات فى الجملة، بداهه أنه لا بأس بتزيين الدور و الألبسه و الأمتعه لإراءه أنها جديده، مع أنها عتيقه، و كذلك لا بأس بإطعام الطعام المغشوش و سقى اللبن الممزوج للضيف و غيره، و بذل الأموال المغشوشه للفقراء. بل يمكن دعوى عدم صدق الغش فى هذه الموارد، أو فى بعضها. نعم لو أخبر بموافقه الظاهر فى ذلك للواقع كان حراما من جهه الكذب، سواء كان إخباره قوليا أم فعليا، و هو أجنبى عما نحن فيه.

### لا يعتبر فى صدق الغش قصد مفهومه

قوله و يمكن أن يمنع صدق الاخبار المذكوره إلا على ما قصد التلبيس. أقول:

ظاهر المصنف أنه يعتبر فى حقيقه الغش قصد مفهومه من التلبيس و الخديعه. و أما ما يكون ملتبسا فى نفسه فلا- يجب عليه الإعلام به.

و فيه أنه لا- دليل على اعتبار القصد بمعنى الداعى فى مفهوم الغش. بداهه كونه من الأمور الواقعيه، و هى لا تختلف باختلاف الدواعى كالأمر القصدية، و إنما المعتبر فيه علم البائع بالخلط مع جهل المشتري إياه.

و عليه فإذا اختلط الجيد بالردى أو امتزج اللبن بالماء بغير اختيار من المالك، و لا رضى و باعهما بدون التنيه كان ذلك أيضا غشا محرما، لإطلاق الروايات، و عدم دلالة شىء منها على اعتبار القصد فى تحقق الغش.

و مما ذكرناه ظهر بطلان ما فى الرياض من قوله ثم لو غش لا بقصده بل بقصد إصلاح المال لم يحرم للأصل و اختصاص ما مر من النص بحكم التبادر بصوره القصد).

من حيث الصحه أو الفساد

قوله ثم إن في جامع المقاصد ذكر في الغش بما يخفى بعد تمثيله له بمزج اللبن بالماء وجهين في صحه المعامله و فسادها. أقول: ضابط الصحه و الفساد في المقام هو ما حققناه في البحث عن بيع الدراهم المغشوشه و غيره، و إجماله: أن المبيع إما أن يكون كلياً، و يكون الغش في الفرد المقبوض، كما إذا باع منا من الحنطه الجيده. و دفع عنها حنطه مغشوشه فإنه لا شبهه في صحه البيع في هذه الصوره، لعدم كون الغش في البيع، و إنما هو في تطبيق المبيع الكلى على الفرد الخارجى، فللمشترى تبديله بغيره.

و إما أن يكون المبيع شخصياً، و هو على أقسام، لأن الأوصاف المأخوذه في المبيع قد تكون من قبيل الصور النوعيه في نظر العرف، و لا- شبهه في بطلان البيع في هذه الصوره إذا ظهر المبيع مغشوشاً، كما إذا باع فلزا على أنه ذهب فبان مذهباً. و وجه البطلان أن ما وقع عليه العقد ليس بموجود، و ما هو موجود لم يقع عليه العقد.

و قد تكون الأوصاف المأخوذه فيه من قبيل وصف الكمال أو الصحه، كما إذا باع عبداً على أنه كاتب أو نجار أو بصير فبان أنه لا- يحسن الكتابه و التجاره أو أنه أعمى، و حينئذ فإن كان العقد معلقاً على الوصف بحيث ينتفى البيع مع انتفاء الوصف فهو باطل، للتعليق المجمع على كونه مبطلاً للعقد، و إن كان مشروطاً بالوصف حكم بالصحه.

و عليه فإذا كان التخلف في الأوصاف الكماليه ثبت خيار تخلف الشرط للمشترى. و إذا كان التخلف في وصف الصحه كان المشترى مخيراً بين الأمور الثلاثه الفسخ، أو الإمضاء بدون الأرش، أو الإمضاء معه.

و قد يكون المبيع المجموع المركب من جزئين، أو من أجزاء، و هو على قسمين:

أحدهما: أن يكون للهيئه الاجتماعيه دخل في ازدياد الثمن، بأن كانت واسطه في زياده ماليه المبيع و إن لم يقابلها بنفسها جزء من الثمن، كما هو الشأن في عامه الأوصاف حتى ما كان من قبيل الصور النوعيه.

و عليه فلا- شبهه في بطلان البيع في الجزء الفئات و كون المشترى مخيراً في الباقي بين الفسخ و الإمضاء. و مثاله أن يبيع دوره البحار، فيظهر ان احد الأجزاء التى وقع عليها البيع كتاب لغه، أو يبيع مصراعى الباب، فيبين أنه مصراع واحد، أو يبيع زوجى

الخف فيبين أنه فرد واحد، أو يبيع عدلى الغراره-أى الجوالق-فبين أنه عدل واحد.

و غير ذلك من الأمثله.فإنه لا- شبهه فى دخل الهيئه الاجتماعيه فى زياده المالىه فى الأمور المذكوره،فترتب عليها الحكم المزبور.

و ثانيهما:ان لا- يكون للهيئه الاجتماعيه مساس فى زياده مالىه المبيع أصلا،بل كان الانضمام كوضع الحجر فى جنب الإنسان،و عليه فلا- شبهه فى صحه البيع و لزومه بالنسبه إلى الجزء الموجود،من دون ان يثبت للمشتري خيار تخلف الوصف،كما إذا باع صبره حنطه بدينارين على انها وزنتان فوجد نصفها ترابا،فيصح البيع فى الوزن الموجوده و يبطل فى الأخرى،فإن مرجع ذلك الى بيع كل وزنه من هذه الحنطه بدينارو.و من هنا ظهر ما فى كلام المصنف من أن الغش (إن كان من قبيل التراب الكثير فى الحنطه كان له حكم تبعض الصفقه و نقص الثمن بمقدار التراب الزائد).

و من جميع ما ذكرناه يظهر ضعف كلام الشهيد حيث قال فى شرائط الاقتداء من الذكري:(الثالث يشترط القصد الى إمام معين)الى ان قال:(و لو نوى الاقتداء بالحاضر على أنه زيد فبان عمروا ففى ترجيح الإشاره على الاسم،فيصح،أو بالعكس،فيبطل نظر،نظير ان يقول المطلق لوجه اسمها عمره:هذه-هنا-زينب طالق،و يشير البائع إلى حمار،فيقول:بعتك هذا الفرس).و منشأ للتردد فى ذلك تغليب الإشاره أو الوصف و يضاف الى ما ذكرناه انك قد عرفت فى مبحث التطفيف:ان البيع من الأمور القصدية فلا معنى لتردد المتبايعين فيما قصدها.

و كذلك ظهر بطلان ما استدل به القائلون بالفساد مطلقا من أن العقد لم يتعلق بذات المبيع بأى عنوان اتفق،بل تعلق بالمبيع بعنوان انه غير مغشوش،فإذا ظهور الغش فقد ظهر ان ما هو المبيع غير موجود،و ما هو موجود غير المبيع.

و وجه البطلان انه إنما يتم فيما إذا كانت الأوصاف المختلفه من قبيل الصور النوعيه لا مطلقا،و قد أوضحنا ذلك فيما تقدم.

و قد يستدل على الفساد بوجه آخر،قد أشار إليها المصنف:

الأول:النهى الوارد عن بيع المغشوش،فإنه يدل على فساده.و فيه انا لم نجد ما يدل على النهى عن بيع المغشوش فى نفسه غير خبر موسى بن بكر،و خبر الجعفى،و سيجىء الكلام عليهما.

الثانى:النهى عن الغش الوارد فى الروايات الكثيره،و قد تقدم ذكرها فى الحاشيه، و من الواضح ان الغش متحد مع البيع،كما تدل عليه روايه هشام المتقدمه(أما علمت ان

البيع في الظلال غش). فيدل على الفساد.

و فيه ان النهى إنما تعلق بالغش، و هو أمر خارج عن البيع، و النهى إذا تعلق بأمر خارج عن الشيء لا يدل على فساد ذلك الشيء، و قد حقق ذلك في محله. و اما روايه هشام فهي لا تدل على أزيد من ذلك، خصوصا بعد ملاحظه قوله «ع» في ذيلها: (و الغش لا يحل) فإنه ظاهر في الحكم التكليفي فقط.

الثالث: خبر موسى بن بكر عن أبي الحسن «ع» فإنه (أخذ ديناراً من الدينير المصبوبه بين يديه فقطعها بنصفين ثم قال: ألقه في البالوعه حتى لا يباع شيء فيه غش). فان تعليقه عليه السلام ذلك بأن لا يقع بيع على شيء فيه غش يدل على فساد هذه المعامله.

و نظير ذلك خبر الجعفي، و قد تقدم الكلام عليهما في البحث عن البيع الدراهم المغشوشه (١) مع انها ضعيفتا السند كما تقدم في المبحث المذكور.

## حرمه الغناء

## اشاره

قوله الثالثه عشره الغناء، لا خلاف في حرمة في الجملة. أقول: لا خلاف في حرمة الغناء في الجملة بين الشيعة، و اما العامه فقد التزموا (٢) بحرمة لجهات خارجيه، و إلا فهو بنفسه أمر مباح عندهم.

قال في المستند (٣) بعد ان ذكر موضوع الغناء: (فلا خلاف في حرمة ما ذكرناه انه غناء قطعاً، و لعل عدم الخلاف بل الإجماع عليه مستفيض، بل هو إجماع محقق قطعاً، بل

ص: ٣٠٤

١-١) ص ١٥٧ و ص ١٥٨.

٢-٢) في ج ٢ فقه المذاهب ص ٤٢: فالتغنى من حيث كونه ترديد الصوت بالألحان مباح لا شيء فيه. و لكن قد يعرض له ما يجعله حراماً أو مكروهاً. و على هذا المنهج تفصيل المذاهب الأربعة. ثم قال: فما عن أبي حنيفة من انه يكره الغناء و يجعل سماعه من الذنوب فهو محمول على النوع المحرم منه. و في ص ٤٣ نقل الغزالي في الإحياء عن الشافعي: لا أعلم أحداً من علماء الحجاز كره السماع. و قد استدلل الغزالي على الجواز برقص الحبشه و الزنوج في المسجد النبوي يوم عيد و أقرهم الرسول (صلى الله عليه و آله). ثم ذكر ان حرمة الغناء من جهة المحرمات الخارجيه. أقول قد تضافرت الأحاديث من طرقهم في حول الغناء إثباتاً و نفيًا. راجع ج ١٠ سنن البيهقي ص ٢٢١-٢٣٠.

٣-٣) ج ٢ ص ٣٤٠.



ضروره دينيه).

و في متاجر الرياض: (بل عليه إجماع العلماء، كما حكاه بعض الأجلاء، و هو الحجه).

و غير ذلك من كلمات الأصحاب المشتمله على دعوى الإجماع و الضروره على حرمة الغناء.

و يدل على حرمة وجوهه، الوجه الأول: قيام الإجماع عليها محصلا و منقوله.

و فيه أن دعوى الإجماع على الحرمة في الجملة و إن لم تكن جزافيه، بل في كلمات غير واحد من الأعلام دعوى الضروره عليها، إلا أنه ليس إجماعا تعديا، فان من المحتمل القريب استناد المجمعين الى الآيات و الروايات الداله على حرمة الغناء.

الوجه الثاني: جملة من الآيات الكريمة و لو بضميمه الروايات، منها قوله تعالى (١):

(وَ اجْتَنِبُوا قَوْلَ الزُّورِ) و منه الغناء، للروايات [١] الوارده في تطبيقه عليه، و لا- فرق في هذه النتيجة بين كون الغناء نفسه من مقوله الكلام، أو هو كيفيه مسموعه تقوم به، لاتحادهما في الخارج على كل حال، فلا وجه للخدشه في الروايات الوارده في تفسير الآيه:

بأن مقتضاها أن الغناء من مقوله الكلام، مع أنه كيفيه تقوم به.

و منها قوله تعالى (٢): (وَ مِنَ النَّاسِ مَن يَشْتَرِي لَهْوَ الْحَدِيثِ لِيُضِلَّ عَن سَبِيلِ اللَّهِ) فقد ذكرت عدة من الروايات [٢] أن الغناء من مصاديق لهو الحديث الذي حرمة الآيه

ص: ٣٠٥

---

١-١) سورة الحج آيه: ٣١.

٢-٢) سورة لقمان آيه: ٥.

الكريمه، بل نسبة الطبرسى (١) الى أكثر المفسرين، و لفظ الاشتراء فى الآيه يجرى على ضرب من المجاز، أو على بعض التعاريف التى يذكرها فريق من اللغويين، و قد تقدم ذلك فيما سبق (٢)، فلا ضير فى أن يتعلق بلهو الحديث و بالغناء كما ذكرته الروايات و إن لم يكونا من الأعيان.

و منها قوله تعالى (٣): (وَ الَّذِينَ هُمْ عَنِ اللَّغْوِ مُعْرِضُونَ) بضميمه ما فى تفسير القمى (٤) من تطبيق الآيه على الغناء.

و منها قوله تعالى (٥): (وَ الَّذِينَ لَا يَشْهَدُونَ الزُّورَ) فإنه قد ورد فى بعض الأحاديث [١] تفسير الزور فى الآيه بالغناء، و يؤيده ما تقدم من الروايات فى قوله تعالى: (وَ اجْتَنِبُوا قَوْلَ الزُّورِ). و الروايات المذكوره فى تفسير الآيات المزبوره و إن كان أكثرها ضعيف السند إلا أن فى المعبر منها غنى و كفايه.

و قد أورد فى المستند على دلالة الآيات على حرمة الغناء بأن الروايات الوارده فى تفسيرها بالغناء معارضه بما ورد فى تفسيرها بغيره.

و فيه أن الأحاديث المذكوره فى تفسير القرآن كلها مسوقه لتنقيح الصغرى و بيان المصداق، فلا تدل على الانحصار بوجه حتى تقع المعارضه بينهما، و قد أشرنا الى هذا

ص: ٣٠٦

---

١-١) ج ٤ مجمع البيان ط صيدا ص ٣١٢.

٢-٢) ص ١٩٣.

٣-٣) سورة المؤمنين آيه: ٣.

٤-٤) ص ٤٤٤ وَ الَّذِينَ هُمْ عَنِ اللَّغْوِ مُعْرِضُونَ، عن الغناء و الملاهى.

٥-٥) سورة الفرقان آيه: ٧٢.

فيما سبق مرارا، و تكلمنا عليه في البحث عن مقدمات التفسير مفصلا.

الثالث: الروايات [١] الداله على حرمه الغناء، و حرمه تعليمه و تعلمه، و حرمه التكسب به و استماعه. و أنه ينبت النفاق في القلب كما ينبت الماء الخضره. و أنه يورث الفقر و القساوه و ينزع الحياء. و أنه رقيه الزناء، و يرفع البركه، و ينزل البلاء، كما نزل البلاء على المغنين من بنى إسرائيل. و أنه مما وعد الله عليه النار و بئس المصير. و أنه غش النفاق و أن الغناء مجلس لا ينظر الله الى أهله. و أن استماع الغناء نفاق و تعلمه كفر. و أن صاحب الغناء يحشر من قبره أعمى و أخرس و أبكم. و أن من ضرب في بيته شيئا من الملاهى أربعين يوما فقد باء بغضب من الله فان مات في أربعين مات فاجرا فاسقا مأواه النار و بئس المصير. و أن من أصغى الى ناطق يؤدى عن الشيطان فقد عبد الشيطان. و أن الغناء أخبث ما خلق الله و شر ما خلق الله و أنه يورث الفقر و النفاق. و أن من استمع الى الغناء يذاب في اذنه الإفك.

و غير ذلك من المضامين المدهشه التي اشتملت عليها الأخبار المتواتره. و الروايات الواردة في حرمه الغناء و إن كان أكثرها ضعيف السند، و لكن في المعتمد منها غنى و كفايه.

و العجب من المحقق الأردبيلي، حيث قال في محكى شرح الإرشاد: ما رأيت روايه صحيحه صريحه في التحريم. و هو أعرف بمقاله.

### رأى المحدث القاسانى في حرمه الغناء

و الجواب عنه

قال في الوافى (١) ما حاصله: الذى يظهر من مجموع الأخبار الواردة في الغناء هو اختصاص حرمة، و حرمه التكسب به، و حرمه تعليمه و تعلمه و استماعه بما كان متعارفا من بنى أميه و بنى العباس، من دخول الرجال على النساء، و تكلمهن بالأباطيل، و لعبهن بالماهى على أقسامها، و أما غير ذلك فلا محذور فيه، و عليه فلا بأس بسماع الغناء بما يتضمن ذكر الجنه

ص: ٣٠٧

و النار، و التشويق الى دار القرار، و الترغيب الى الله، و الى عبادته و طاعته.

ثم حمل على هذا كلام الشيخ في الاستبصار. و قد استشهد على رأيه هذا بوجوه:

الأول: مرسله الفقيه (سأل رجل على بن الحسين «ع» عن شراء جاريه لها صوت؟ فقال: ما عليك لو اشتريتها فذكرتك الجنة).

الثاني: رواه أبي بصير (قال: قال أبو عبد الله «ع»: أجر المغنيه التي تزف العرائس ليس به بأس و ليست بالتى يدخل عليها الرجال).

الثالث: الروايات (١) المشتمله على مدح الصوت الحسن. و على استحباب قراءه القرآن به و بألحان العرب، و أن لكل شىء حليه و حليه القرآن الصوت الحسن. و أن الامام على ابن الحسين «ع» كان أحسن الناس صوتا بالقرآن. فان الاستفادة من جميعها جواز الغناء فى نفسه، بل استحبابه فى خصوص القرآن، و أن حرمة إنما تكون للأموال الخارجيه التي قد تقارنه فى الوجود.

أقول: يرد عليه أمور، الأول: أن الظاهر من الروايات المتظافره، بل المتواتره (من حيث المعنى) الناهيه عن الغناء، و عن جميع ما يتعلق به هو تحريمه بنفسه مع قطع النظر عن اقترانه بسائر العناوين المحرمه، و قد عرفت جمله منها فى الهامش، و عرفت مصادرها، فراجع.

الثاني: أنه إذا كان تحريم الغناء إنما هو للعوارض المحرمه كان الاهتمام بالمنع عنه فى هذه الروايات لغوا محضاً، لورود النهى عن سائر المحرمات بأنفسها.

الثالث: أن ما استشهد به على مقصده لا يفي بمراده، أما مرسله الفقيه فمضافاً الى ضعف السند فيها أنها أجنبيه عن الغناء نفيًا و إثباتاً، كما تقدم فى بيع الجاريه المغنيه (٢).

و اما روايه أبي بصير فإنها و إن كانت صحيحه إلا أنها لا دلالة فيها على مقصد المحدث المذكور، فإن غايه ما يستفاد منها و من روايه أخرى لأبى بصير (٣) أنه لا بأس بأجر المغنيه التي تدعى إلى العرائس، و لا يدخل عليها الرجال، اما الغناء فى غير زف العرائس فلا تعرض فى الروايتين لحكمه.

و اما الروايات الواردة فى قراءه القرآن بصوت حسن فلا صله لها بالمقام، إذ لا ملازمه بين حسن الصوت و بين الغناء، بل بينهما عموم من وجه، فيقع التعارض فى مورد الاجتماع، و تحمل الطائفه المجوزه على التقيه، لما عرفت من ذهاب العامه إلى جواز الغناء فى نفسه.

على ان هذه الروايات ضعيفه السند، و ستأتى الإشارة الى ذلك.

ص: ٣٠٨

(١-١) سنشير الى مصادرها فى البحث عن مستثنيات الغناء.

(٢-٢) ص ١٦٩.

٣-٣) قد تعرضنا لهاتين الروایتین فی ص ١٧٠.

و يضاف الى ذلك كله ان ما ذهب اليه المحدث المذكور مخالف للإجماع بل الضروره من مذهب الشيعة و قد عرفت ذلك في أول المسأله.

ثم إن هذا القول نسب الى صاحب الكفايه، و لكنه بعيد، فإن المتأخرين عنه نسبوا اليه استثناء الغناء في القرآن، و من الواضح ان ذلك فرع الالتزام بحرمه الغناء.

و قد يستدل على ما ذهب إليه القاساني بروايه قرب الاسناد (1): (عن علي بن جعفر عن أخيه قال: سألته عن الغناء هل يصلح في الفطر و الأضحى و الفرع؟ قال: لا بأس به ما لم يعص به) و هي و إن كانت مجهوله لعبد الله بن الحسن، و لكن رواها علي بن جعفر في كتابه، إلا انه قال: ما لم يزم به، و عليه فهي صحيحه. فتدل على جواز الغناء في نفسه و حرمة إذا اقترن بالمعاصي الخارجيه.

و فيه ان الظاهر من قوله «ع»: ما لم يزم به، ان الصوت بنفسه صوت مزماري، و لحن رقصي، كألحان أهل الفسوق: و يعبر عنها في الفارسيه بكلمه (پسته و سرود و دو بيت و آوازه خواندن) لا- أنه صوت يكون في المزمار، و إلا لقال ما لم يكن في المزمار أو بالنفخ في المزمار، و عليه فتدل الروايه على تحقق الغناء بالصوت المزماري، و اللحن الرقصي لا مطلقاً، و سيأتي، و على هذا يحمل قوله «ع»: ما لم يعص به، في روايه قرب الاسناد على تقدير صدورها من المعصوم.

و اما إطلاق الغناء على غير هذا القسم في هاتين الروايتين في قول السائل: (سألته عن الغناء)، و تقرير الامام «ع» صححه الإطلاق بالجواب عن حكمه ب قوله لا بأس به)، فهو كإطلاق نوع أهل اللغه لفظ الغناء على المعنى الأعم.

### تحقيق موضوع الغناء

قوله و إن اختلف فيه عبارات الفقهاء و اللغويين. أقول: عرفوا الغناء بتعاريف مختلفه [1] إلا- انها ليست تعاريف حقيقيه، لعدم الاطراد و الانعكاس، بل هي بين إفراط

ص: ٣٠٩

(١-١) راجع ج ٢ ثل باب ٤٣ تحريم كسب المغنيه مما يكتسب به ص ٥٤١.

و تفريط، فقد عرفه فى المصباح بأنه مد الصوت المشتمل على الترجيع المطرب، و على قوله هذا يخرج أكثر أفراد الغناء مما لم يحتوى على القيدىن المذكورىن، فان من أظهر أفراده الألحان التى يستعملها أهل الفسوق، و هى لا توجب الطرب إلا أحياناً، و لذا التجأ الطريحي فى المجمع و بعض آخر فى غيره إلى توسعه التعريف المذكور بقولهم (أو ما يسمى فى العرف غناء) نعم قد يحصل الطرب لحسن الصوت و إن لم يشتمل على ترجيع.

و عرفه آخرون بأنه مجرد مد الصوت، أو رفعه، مع الترجيح أو بدونه، و بأنه تحسين الصوت فقط، أو ترجيعه كذلك، و يلزم من هذه التعاريف أن يدخل فى الغناء ما ليس من أفراده قطعاً، كرفع الصوت لنداء أحد من البعيد، و رفع الصوت أو تحسينه لقراءة القرآن و المراثى و المدائح و الخطب، بل التكلم العنيف، مع أن الشارع قد ندب إلى قراءة القرآن بصوت حسن، و بألحان العرب.

بل فى بعضها (كان على بن الحسين «ع» أحسن الناس صوتاً بالقرآن). و فى بعضها:

إنه (كان يقرأ القرآن فربما مر به المار فصعق من حسن صوته) و فى بعضها: (و رجع بالقرآن صوتك فان الله تعالى يحب الصوت الحسن يرجع به ترجيعاً) و ستأتى الإشارة إلى هذه الروايات، فان جميع هذه الأفراد مما يصدق عليه الغناء على التفاسير المذكورة، و هى ليست منه قطعاً.

و أيضاً ثبت فى الشريعة المقدسه استحباب رفع الصوت بالأذان، و لم يتوهم أحد أنه غناء

وقد ورد (١) أنه (ما بعث الله نبيا إلا حسن الصوت) و من الواضح جدا أن حسن الصوت لا يعلم إلا بالمد و الرفع و الترجيع.

و قد دلت السيره القطعيه المتصله إلى زمان المعصوم «ع» على جواز رفع الصوت بقراءه المراثي، بل ورد الحث على قراءه الرثاء للأئمه و أولادهم، و دلت الروايات على مدح بعض الرائيين كدعبل و غيره، فلو كان مجرد رفع الصوت غناء لما جاز ذلك كله. و توهم خروج جميع المذكورات بالتخصيص تكلف في تكلف.

و التحقيق أن المستفاد من مجموع الروايات بعد ضم بعضها الى بعض هو ما ذكره المصنف من حيث الكبرى. و توضيح ذلك: أن الغناء المحرم عباره عن الصوت المرجع فيه على سبيل اللهو و الباطل و الإضلال عن الحق سواء تحقق في كلام باطل أم في كلام حق، و سماه في الصحاح بالسماع، و يعبر عنه في لغة الفرس بكلمه: (دو بيت و سرود و پسته و آوازه خواندن).

و يصدق عليه في العرف أنه قول زور و صوت لهوى. فان اللهو المحرم قد يكون بآله اللهو من غير صوت كضرب الأوتار. و قد يكون بالصوت المجرد، و قد يكون بالصوت في آله اللهو كالنفخ في المزمار و القصب، و قد يكون بالحركات المجرده كالرقص، و قد يكون بغيرها من موجبات اللهو.

و على هذا فكل صوت كان صوتا لهويا و معدودا في الخارج من ألحان أهل الفسوق و المعاصي فهو غناء محرم، و من أظهر مصاديقه الأغاني الشائعه بين الناس في الراديوات و نحوها، و ما لم يدخل في المعيار المذكور فلا دليل على كونه غناء فضلا عن حرمة و إن صدق عليه بعض التعاريف المتقدمه.

ثم إن الضابطه المذكوره إنما تتحقق بأحد أمرين على سبيل مانعه الخلو، الأول: أن تكون الأصوات المتصفه بصفه الغناء مقترنه بكلام لا. يعد عند العقلاء إلا باطلا، لعدم اشتماله على المعاني الصحيحه، بحيث يكون لكل واحد من اللحن و بطلان الماده مدخل في تحقق معنى السماع و الغناء.

و مثاله الألفاظ المصوغه على هيئه خاصه المشتمله على الأوزان و السجع و القافيه، و المعاني المهيجه للشهوه الباطله و العشق الحيوانى من دون أن تشتمل على غرض عقلائى، بل قد لا تكون كلماتها متناسبه، كما تداول ذلك كثيرا بين شبان العصر و شباباته، و قد يقترن

ص: ٣١١

١- ١) راجع كما بهامش ج ٢ مرآه العقول ص ٥٣٢، و ج ٥ الوافى ص ٢٦٧. مرسله و ضعيفه لسهل، و موسى بن عمر الصيقل.



بالتصفيق، و ضرب الأوتار، و شرب الخمر، و هتك الناس، و غيرها من الأمور المحرمة.

و عليه فلو وجد اللحن المذكور فى كلام له معنى صحيح عند العقلاء لما كان غناء.

و مثاله قراءه القرآن و الأدعيه و الخطب و الأشعار المشتمله على الحكم و المواعظ، و مدائح الأنبياء و الأوصياء و أعظم الدين و مصائبهم و رثائهم.

نعم قد يتوهم صدق الغناء على رفع الصوت و ترجيعه بالأمور المذكوره لجمله من التعاريف المتقدمه، فيكون مشمولاً لإطلاقات حرمة الغناء.

و لكنك قد عرفت: أنها تعاريف لفظيه، و إنما سيقت لمجرد شرح الاسم فقط و إن كان بلفظ أعم، فلا- تكون مطرده، و لا منعكسه. و عليه فلا وجه لما ذكره بعضهم من عد المرائى من المستثنيات من حرمة الغناء، فإنها خارجه عنه موضوعاً كما عرفت. و إذا ثبت كونها غناء فلا دليل على الاستثناء الذى يدعيه هؤلاء القائلون، و سيأتى بيانه إنشاء الله.

الثانى: أن يكون الصوت بنفسه مصداقاً للغناء و قول الزور و اللهو المحرم، كألحان أهل الفسوق و الكبائر التى لا تصلح إلا للرقص و الطرب، سواء تحققت بكلمات باطله أم تحققت بكلمات مشتمله على المعانى الراقيه، كالقرآن و نهج البلاغه و الأدعيه. نعم و هى فى هذه الأمور المعظمه و ما أشبهها أبغض، لكونها هتكا للدين، بل قد ينجر الى الكفر و الزندقه، و من هنا نهى فى بعض الأحاديث [١] عن قراءه القرآن بألحان أهل الفسوق و الكبائر، أو بألحان أهل الكتائب كما فى بعض الأحاديث (١). و يريدون بأهل الكتائب اليهود و النصارى.

و من هذا القبيل ما ذكر فى غناء جوارى الأنصار [٢]: (جئناكم جئناكم حيونا حيونا

ص: ٣١٢

نحيكم)، و منه أيضا الرجز [١] الذى يشبه ما جاء فى غناء جوارى الأنصار، فان التكلم العادى بذلك ليس من المحرمات فى الشريعة المقدسه، بل هو مطلوب، لكونه مصداقا للتحيه و الإكرام، و إنما يكون حراما إذا تكيف فى الخارج بكيفيه لهويه، و ظهر فى صورته السماع و الغناء.

و على الجملة لا- ريب أن للصوت تأثيرا فى النفوس، فان كان إيجاده للحزن و البكاء و ذكر الجنه و النار بقراءة القرآن و نحوه لم يكن غناء ليحكم بحرمة، بل يكون القارى مأجورا عند الله، و إن كان ذلك للرقص و التلهى كان غناء و سماعا، و مشمولا للروايات المتواتره الداله على حرمة الغناء و الله العالم.

### مستثنيات حرمة الغناء

### منها رثاء الحسين عليه السلام

منها رثاء الحسين و سائر المعصومين «ع»، قال المحقق الأردبيلي (ره) فى محكى شرح الإرشاد: (و قد استثنى مراثى الحسين «ع» أيضا، و دليله أيضا غير واضح) ثم قرب الجواز، لعدم الدليل على حرمة الغناء مطلقا، ثم قال: (و يؤيده أن البكاء و التفجع عليه عليه السلام مطلوب و مرغوب، و فيه ثواب عظيم، و الغناء معين على ذلك، و أنه متعارف دائما فى بلاد المسلمين فى زمن المشايخ الى زماننا هذا من غير نكير، و هو يدل على الجواز غالبا). ثم أيد رأيه هذا بما دل على جواز النياحه فى الشريعة المقدسه، و بأن التحريم إنما هو للطرب، و ليس فى المراثى طرب، بل ليس فيها إلا الحزن. و استدل بعض متأخر المتأخرين على ذلك بعمومات أدله البكاء و الرثاء.

أقول: قد عرفت آنفا ان المراثى خارجه عن الغناء موضوعا، فلا وجه لذكرها من مستثنيات حرمة الغناء، و لو سلمنا إطلاق الغناء عليها لشملتها إطلاقات حرمة الغناء المتقدمه و لا- دليل على الاستثناء، و وجود السيره على الرثاء و إقامة التعزیه على المعصومين «ع»

فى بلاد المسلمين و إن كان مسلماً، و لكنها لا تدل على جواز الغناء فىها الذى ثبت تحريمه بالآيات و الروايات.

و أما ما دل على ثواب البكاء على الحسين «ع»، أو ما دل على جواز النوح على الميت، فلا- يعارض بما دل على حرمة الغناء، و سياتى.

و أما ما ذكره الأردبيلى من أنه معين على البكاء فهو ممنوع، فإن الغناء على ما حققنا من مفهومه لا يجتمع مع البكاء و التفجع. و أما ما ذكره من أن التحريم إنما هو للطرب، و ليس فى المراثى طرب فهو يدل على خروج الغناء عن المراثى موضوعاً، لا حكماً.

### جواز الحداء لسوق الإبل

و منها الحداء لسوق الإبل، و قد اشتهر فىه استثناء الغناء، و لكنه ممنوع، لعدم الدليل عليه، نعم ذكر فى جملة من النبويات المنقولة من طرق العامه (١) جواز ذلك. و لكنها ضعيفه السند، و غير منجبره بشىء. و لو سلمنا انجبارها فلا دلالة فىها على كون الحداء الذى جوزه النبى (صلى الله عليه و آله) غناء، فإن القضية التى ذكرت فىها لم يعلم وقوعها بأى كيفية، نعم الظاهر خروجه من مفهوم الغناء موضوعاً، و قد مال إليه صاحب الجواهر، قال: (بل ربما ادعى أن الحداء قسيم للغناء بشهادة العرف، و حينئذ يكون خارجاً عن الموضوع، لا عن الحكم، فلا بأس به).

### جواز الغناء فى زف العرائس

و منها غناء المغنيه فى زف العرائس، و قد استثناءه جمع كثير من أعظم الأصحاب، و هو كذلك، للروايات الداله على الجواز، كصحيحه أبى بصير (قال: قال أبو عبد الله «ع» أجر المغنيه التى تزف العرائس ليس به بأس، و ليست بالتى يدخل عليها الرجال). و غيرها من الروايات المتقدمه فى البحث عن بيع الجاربه المغنيه (٢).

ثم إن هذا فيما لم يطرأ عليه عنوان آخر محرم، و إلا- كان حراماً، كالتكلم بالأباطيل و الكذب و ضرب الأوتار و دخول الرجال عليهن و غيرها من الأمور المحرمه، و قد صرح

ص: ٣١٤

١-١) راجع ج ١٠ سنن البيهقى ص ٢٢٧ و ص ٢٢٨.

٢-٢) ص ١٦٩ و ص ١٧٠.

بذلك المحقق الأردبيلي في محكي شرح الإرشاد.

لا يقال: إن الظاهر من قوله «ع»: (و ليست بالتي يدخل عليها الرجال) أن الغناء إنما يكون حراما للمحرمات الخارجيه، كما ذهب اليه المحدث القاساني (ره). و لذا جوزه الامام «ع» في زفاف العرائس مع عدم اقترانه بها.

فإنه يقال: الظاهر من هذه الروايه، و من قوله «ع» في روايه أخرى: (لا بأس بمن تدعى إلى العرائس أن الغناء على قسمين، أحدهما: ما يختلط فيه الرجال و النساء. و الثاني:

ما يختص بالنساء. أما الأول فهو حرام مطلقا. و أما الثاني فهو أيضا حرام إلا في زف العرائس.

### الغناء في قراءه القرآن

و منها الغناء في قراءه القرآن، و قد اشتهر بين المتأخرين نسبه استثناء الغناء في قراءه القرآن الى صاحب الكفايه، قال في تجاره الكفايه: (إن غير واحد من الاخبار [١] يدل على جواز الغناء في القرآن، بل استحبابه، بناء على دلالة الروايات على استحباب حسن الصوت و التحزين و الترجيع به، و الظاهر أن شيئا منها لا يوجد بدون الغناء على ما استفيد من كلام أهل اللغه و غيرهم، على ما فصلنا في بعض رسائلنا).

و فيه أن مفاد هذه الروايات خارج عن الغناء موضوعا كما عرفت، فلا دلالة في شيء منها على جواز الغناء في القرآن، بل بعضها صريح في النهي عن قراءه القرآن بألحان أهل الفسوق و الكبائر الذين يرجعون القرآن ترجيع الغناء، و قد ذكرنا هذه الروايه في البحث عن موضوع الغناء.

و على الجملة أن قراءه القرآن بالصوت الحسن و إن كان مطلوبا للشارع، و لكنها محدوده

بما إذا لم تنجر الى الغناء، وإلا- كانت محرمة. نعم لا- شبهه في صدق الغناء عليه على تعاريف بعض أهل اللغة، ولكنك قد عرفت: أنها ليست بجامعه، ولا مانعه.

و لقد أجاد صاحب الكفايه في الوجه الأول من الوجهين الذين جمع بهما بين الأخبار، قال: (أحدهما: تخصيص تلك الأخبار الواردة المانعه بما عدا القرآن، وحمل ما يدل على ذم التغنى بالقرآن على قراءه تكون على سبيل اللهو كما يصنعه الفساق). ثم أيد بروايه عبد الله بن سنان الناهيه عن قراءه القرآن بألحان أهل الفسوق.

وقد يقال: بجواز الغناء في القرآن، بدعوى أن أخبار الغناء معارضه بالأخبار الكثيره المتواتره الداله على فضل قراءه القرآن والأدعيه والأذكار بالعموم من وجهه، وبعد التساقت في مورد الاجتماع يرجع الى أصاله الإباحه، وقد ذكر المصنف هذا الوجه في خلال كلام صاحب الكفايه، ولكن ليس في تجاره الكفايه من ذلك عين ولا أثر، ولا لما نسبه اليه المصنف من جمله من العبارات، ولا تأييد مذهبه بروايه على بن جعفر.

وقد أشكل عليه المصنف بما حاصله: أن أدله الأحكام غير الإلزاميه لا تقاوم أدله الأحكام الإلزاميه. والوجه في ذلك أن الفعل إنما يتصف بالحكم غير الإلزامي إذا خلا في طبعه عما يقتضى الوجوب أو الحرمة.

ومثاله أن إجابته دعوه المؤمن - وقضاء حاجته وإدخال السرور في قلبه وكشف كربته - من الأمور المستحبه في نفسها، ولكن إذا استلزم امتثالها ترك واجب كالصوم والصلاه، أو إيجاد حرام كالزنا واللواط - تخرج عن الاستحباب، وتكون محرمة.

وفيه أن ما ذكرناه لا يرتبط بكلام المستدل، وتحقيق ذلك أن ملاحظه اجتماع الأحكام الإلزاميه مع الاحكام غير الإلزاميه يتصور على وجوه:

الأول: أن تقع المزامحه بين الطائفتين في مرحله الامتثال من دون أن ترتبط إحداهما بالأخرى في مقام الجعل والإنشاء، كالمزامحه الواقعه بين الإتيان بالواجب وبين الإتيان بالأمور المستحبه، فإنه لا شبهه حينئذ في تقديم أدله الأحكام الإلزاميه على غيرها وكونها معجزه عنه، كما ذكره المصنف.

الثاني: أن يكون الموضوع فيهما واحدا من دون أن يكون بينهما تماس في مرحلتى الثبوت والإثبات، ولا يقع بينهما تراحم وتعارض أصلا. كما إذا حكم الشارع بجواز شيء في نفسه وطبعه، وبحرمته بلحاظ ما يطرأ عليه من العناوين الثانويه.

ومثال ذلك إباحه الشارع أكل لحم الضأن مثلا في حد نفسه، وحكمه بحرمة إذا كان الحيوان جلالا أو موطوءا، فإنه لا تنافى بين الحكمين ثبوتا وإثباتا، إذ لا إطلاق لدليل

الحكم غير الإلزامى حتى بالنسبة إلى العناوين الثانويه لتقع المعارضه بينهما.

الثالث: أن يتحد موضوع الحكمين أيضا، ولكن يقيد الحكم غير الإلزامى بعدم المخالفه للحكم الإلزامى.

مثاله أن قضاء حاجه المؤمن و إجابته دعوته و إدخال السرور فى قلبه و تفريجه غمه من الأمور المرغوبه فى الشريعه المقدسه. إلا أنها مقيده بعدم ترك الواجب، و فعل الحرام، لما ورد [١] من أنه لا- طاعه للمخلوق فى معصيه الخالق. فتقديم دليل الوجوب أو الحرمة فى هذه الصوره على أدله الأمور المذكوره و إن كان مسلما إلا انه لدليل خارجى، لا لما ذكره المصنف. فهذه الصور الثلاثه كلها غريبه عن كلام المستدل.

نعم لو صحت روايه عبد الله بن سنان المتقدمه- التى دلت على استحباب قراءه القرآن بألحان العرب، و حرمة قراءته بألحان أهل الفسوق و الكبائر- لوجب تقييد ما دل على استحباب قراءه القرآن بصوت حسن بغير الغناء. و لكن الروايه ضعيفه السند.

الرابع: أن يكون الحكم متحدا فى مقام الثبوت. و لكن الأدله متعارضه فى إثبات كونه إلزاميا أو غير إلزامى.

الخامس: ان يكون الحكمان الإلزامى و غير الإلزامى فى مرحله جعلهما مطلقين. بحيث لا- يرتبط أحدهما بالآخر، و لكنهما قد يتصادقان على مورد فى الخارج، و يتعارضان بالعموم من وجه، لا- بنحو التباين، و فى هاتين الصورتين لا وجه لدعوى أن أدله الأحكام غير الإلزاميه لا- تقاوم أدله الأحكام الإلزاميه، بل لا بد من ملاحظه المرجحات فى تقديم إحداها على الأخرى، و قد حقق ذلك فى محله.

و ما ذكره المستدل إنما هو من قبيل الصوره الرابعه، و عليه فلا وجه للحكم بالتساقط، و الرجوع الى أصاله الإباحه، بل يقدم ما دل على حرمة الغناء، لكونه مخالفا للعامه، و يترك ما دل على الجواز لموافقته لهم. و نتيجة ذلك أنه لا دليل على استثناء الغناء فى القرآن و الأدعيه و الأذكار.

هل يجوز تعلم الغناء و تعليمه أولاً؟ قد يكون ذلك بالتغنى و استماعه و قد يكون بالتوصيف و السؤال عن قواعده. أما الأول فلا شبهه في حرمة، فان التغنى و الاستماع اليه كلاهما حرام. و أما الثانى فقد ذكر تحريمه فى بعض الروايات [١] و لكنها ضعيفه السند. فمقتضى الأصل هو الجواز، إلا أن يطرأ عليه عنوان محرم.

### حرمة الغيبة

### إشارة

قوله الرابعه عشره الغيبه حرام بالأدله الأربعة. أقول: لا إشكال فى حرمة الغيبه فى الجملة، للآيه و الروايات المتظافره المتواتره من طرق الشيعة (١) و من طرق العامه (٢) و أكثر هذه الروايات و إن كان ضعيف السند، و لكن فى المعتمد منها غنى و كفايه. على أنها متواتره معنى. بل حرمتها من ضروريات الدين، و مما قام عليه إجماع المسلمين. و قد حكم العقل بحرمتها أيضاً، لكونها ظلماً للمغتاب بالفتح و هتكاً له.

و يكفى فى إثبات الحرمة قوله تعالى (٣): (وَ لَا يَغْتَابَ بَعْضُكُمْ بَعْضًا أَيُّحِبُّ أَحَدُكُمْ أَنْ يَأْكُلَ لَحْمَ أَخِيهِ مَيْتًا فَكَرِهْتُمُوهُ). فإنه تعالى بعد نهيه عن الغيبه صريحاً أراد بيان كونها من الكبائر الموبقه و الجرائم المهلكه. فشبّه المغتاب بالكسر بآكل الميتة، إما لأنه يأكل

ص: ٣١٨

١- (١) راجع كما بهامش ج ٢ مرآه العقول ص ٣٤١-٣٥٠. و ج ٣ الوافى باب الغيبه ص ١٦٣. و ج ٢ ثل باب ١٥٢ تحريم اغتياى المؤمن من العشره ص ٢٣٧. و ج ٢ المستدرک باب ١٣٢ تحريم اغتياى المؤمن من العشره ص ١٠٥-١٠٧. و ج ١٥ البحار العشره ص ١٧٧.

٢- (٢) راجع ج ١٠ سنن البيهقى ص ٢٤٥-٢٤٧. و ج ٣ إحياء العلوم للغزالي ص ١٢٤.

٣- (٣) سوره الحجرات آيه: ١٢.

الجيف في الآخـره كما في بعض الروايات [١] أو لتشبيـهه بالسباع و الكلاب، أو لكون حرمه الغيبه كحرمه أكل الميتة، بل أعظم، كما في روايه العسكري «ع» [٢].

و قد شبه عرض المؤمن باللحم، فإنه ينتقص بالهتك، كما ينتقص اللحم بالأكل. و شبه الاغتياب بالأكل، لحصول الالتذاذ بهما، و وصف المؤمن بأنه أخ، فإن المؤمنين إخوه، و من طبيعه الإخوه أن يكون بينهم تحاب و توادد.

و شبه المغتاب (بالفتح) بالميت، لعدم حضوره في أكثر حالات الاغتياب. و صدر سبحانه و تعالى الجملة بالاستفهام الإنكارى إشعارا للفاعل بأن هذا العمل يقبح أن يصدر من أحد، إذ كما لا يجب أحد أن يأكل لحم أخيه الميت، لاشتمزاز طبيعه عنه، و شده رأفته به. و كذلك لا بد و أن يشتمز عقله عن الغيبه، لكونها هتكا لعرض أخيه المؤمن.

و قد استدل على حرمه الغيبه بآيات أخره، و لكن لا دلالة في شىء منها على ذلك إلا بالقرائن الخارجيه، فلا يكون الاستدلال بها بالآيات، بل بتلك الأمور الخارجيه.

منها قوله تعالى (١): (لَا يُحِبُّ اللَّهُ الْجَهْرَ بِالسُّوءِ مِنَ الْقَوْلِ). و فيه أو لا أنه ليس في الآيه ما يدل على أن الغيبه من الجهر بالسوء إلا بالقرائن الخارجيه. و ثانيا: لا يستفاد منها التحريم، فان عدم المحبوبيه أعم منه و من الكراهه المصطلحه.

و منها قوله تعالى (٢): (وَيُؤَلِّمُ لِكُلِّ هُمْزَةٍ لُّمَزَةٍ). و فيه أن الهمزه و اللمزه بمعنى كثير الطعن على غيره بغير حق، سواء كان في الغياب أم في الحضور. و سواء كان باللسان أم بغيره، و سيأتى أن الغيبه عباره عن إظهار ما ستره الله. و بين العنوانين عموم من وجه.

و منها قوله تعالى (٣): (إِنَّ الَّذِينَ يُحِبُّونَ أَنْ تَشِيعَ الْفَاحِشَةُ فِي الَّذِينَ آمَنُوا لَهُمْ عَذَابٌ أَلِيمٌ). و فيه أن الآيه تدل على أن حب شيوع الفاحشه من المحرمات. و قد أوعد الله

ص: ٣١٩

١-١) سورة النساء آيه: ١٤٧.

٢-٢) سورة الهمزه آيه: ١.

٣-٣) سورة النور آيه: ١٨.



عليه النار، والغيبه إخبار عن الفاحشه و العيب المستور، و هما متباينان. إلا- أن يكون الإخبار عن العيوب المستوره بنفسه من الفواحش، كما هو مقتضى الروايات الداله على حرمه الغيبه.

بل فى بعض الروايات [١] عن أبى عبد الله «ع» قال: من قال فى مؤمن ما رأته عيناه و سمعته أذناه فهو من الذين قال الله عز و جل: **إِنَّ الَّذِينَ يُجِبُّونَ، الْآيَةَ.**

و يرد عليه أولا: أنه خروج عن الاستدلال بالآيه إلى الروايه.

و ثانيا: أنه أخص من المدعى، فان الآيه لا يندرج فيها حينئذ إلا نشر الغيبه لا مطلقا و يضاف الى ذلك أن الروايه ضعيفه السند.

### **الغيبه من الذنوب الكبيره**

قوله ثم ظاهر هذه الاخبار كون الغيبه من الكبائر. أقول: وجه الظهور ما ذكره فى مبحث الكبائر من رسالته فى العدالة، و أن عد المعصيه كبيره يثبت بأمر: قال: (الثانى النص المعتبر على أنها مما أوجب الله عليها النار سواء أوعده فى الكتاب، أو أخبر النبى ص أو الإمام بأنه مما يوجب النار، لدلاله الصحاح المرويه فى الكافى و غيرها على أنها مما أوجب الله عليه النار). و من الواضح أن الغيبه كذلك.

و توضيح المسأله على نحو الإجمال أنه اشتهر بين الفقهاء التفصيل بين الكبيره و الصغيره حكما و موضوعا. و اختلف كلماتهم فى تفسيرهما على نحو لا يمكن الجمع بينهما.

فقيل: إن الكبيره كل ذنب توعده الله عليه بالعذاب فى كتابه العزيز، بل ربما نسب هذا القول الى المشهور. و قيل: إنها كل ذنب رتب الشارع المقدس عليه حدا، أو صرح فيه بالوعيد. و قيل: إنها كل معصيه تؤذن بقله اعتناء فاعلها بالدين. و قيل:

كلما علمت حرمة بدليل قاطع فهو من الكبائر. و قيل: كلما توعده عليه توعدا شديدا فى الكتاب أو السنه فهو من الكبائر. الى غير ذلك من التفاسير. ثم قالوا: إن الكبائر تنافى العدالة دون الصغائر.

و التحقيق ما ذكرناه فى مبحث العدالة من كتاب الصلاه من أن المعاصى كلها كبيره

و إن كان بعضها أكبر من بعضها الآخر، كالشرك بالله العظيم، فإنه من أعظم المعاصي و قتل النفوس محترمه، فإنه أعظم من بقيه الذنوب. و هكذا و إنما أطلقت الكبيره عليها بالتشكيك على اختلاف مراتبها شده و ضعفها. و عليه فلا وجه للنزاع فى أن الغيبه من الكبائر أم من الصغائر.

و قد اختار هذا الرأى جمع من الأصحاب، بل ظاهر ابن إدريس فى كتاب الشهاده من السرائر دعوى الإجماع عليه، فإنه بعد ما نقل كلام الشيخ فى المبسوط الظاهر فى أن الذنوب على قسمين: صغائر و كبائر قال: (و هذا القول لم يذهب اليه (ره) إلا فى هذا الكتاب أعنى المبسوط، و لا ذهب إليه أحد من الأصحاب، لأنه لا صغائر عندنا فى المعاصي إلا بالإضافة إلى غيرها).

و من هنا يتضح أن الاخبار الوارده فى عد الكبائر إنما هى مسوقه لبيان عظمها بين سائر الذنوب: لحصر المعاصي الكبيره بالأمر المذكوره، و عليه يحمل قوله تعالى (١): (إِنْ تَجْتَنِبُوا كَبَائِرَ مَا تُنْهَوْنَ عَنْهُ نُكَفِّرْ عَنْكُمْ سَيِّئَاتِكُمْ).

و مع الإغضاء عما ذكرناه فلا ثمره للنزاع فى الفرق بين الكبائر و الصغائر، فإن الذنوب كلها تضر بالعداله و تنافىها، فإن العداله هى الاعتدال فى الدين، و الاستقامه على طريقه سيد المرسلين، و ارتكاب أیه معصيه و إن كانت صغيره يوجب الانحراف فى الدين، و الخروج عن الصراط المستقيم، لكون ذلك هتكا للمولى و جراه عليه، كما أن الخروج عن الطرق التكوينييه انحراف عنها.

و لو سلمنا أن الصغائر لا تنافى العداله إلا ان الغيبه من الكبائر، فإن الكبيره ليست لها حقيقه شرعيه لنبحث فيها، بل المراد بها هو معناها اللغوى، و هو الذنب العظيم عند الشارع و يعرف عظمه تاره بالنص على كونه من الكبائر كالشرك و الزناء و قتل النفس المحترمه و غيرها من الكبائر المنصوصه. و اخرى بالتوعد عليه فى الكتاب أو السنه المعبره.

و ثالثه بترتيب آثار الكبيره عليه. و رابعه بالقياس الى ما ثبت كونه من الكبائر الموبقه، كقوله تعالى (٢): (وَ الْفِتْنَةُ أَشَدُّ مِنَ الْقَتْلِ) و قد ثبت فى السنه المعبره التوعد على الغيبه، فتكون من الكبائر.

و تدل على ذلك أيضا الروايات الداله على أن الخيانه من الكبائر، و بديهي أن الغيبه من أعظم الخيانات. و يدل على كون الغيبه من الخيانه قول النبى ص [١] فى وصيته

ص: ٣٢١

١- ١) سورة النساء آيه: ٣٥

٢- ٢) سورة البقره آيه: ١٨٧.

لأبى ذر: (يا أبا ذر المجالس بالأمانه و إفشاء سر أخيك خيانه فاجتنب ذلك و اجتنب مجلس العشره). و لكنها ضعيفه السند.

و قد يستدل أيضا على كون الغيبه كبيره بالروايات [١] الداله على أن الغيبه أشد من الزناء، و هو من الكبائر، فالغيبه أولى منه بأن تكون كبيره.

و لكن يرد عليه أولًا: أن ما ورد بهذا المضمون كله ضعيف السند. و ثانيًا: أن هذه الروايات عللت ذلك بأن الغيبه لا تغفر حتى يغفرها صاحبها بخلاف بعض أقسام الزناء.

و يؤيد ما ذكرناه أن كل واحد من الذنوب فيه جهه من المبعوضيه لا توجد في غيره من المعاصي، فلا عجب في كونه أشد من غيره في هذه الخصوصيه و إن كان غيره أشد منه من جهات شتى، و اختلافها في ذلك كاختلاف المعاصي في الآثار.

نعم هذه الأخبار صالحه لتأييد ذلك. و يصلح لتأييده أيضا ما روى مرسلًا [٢]: أن أربى الربا عرض المؤمن، فيكون تناول عرضه بالغيبه كبيره. فإنه ثبت في الشريعه المقدسه أن الربا من الذنوب الكبيره. بل في جمله من الروايات (١) أنه أشد من ثلاثين أو سبعين زنيه كلها بذات محرم.

ص: ٣٢٢

قوله ثم إن ظاهر الأخبار اختصاص حرمه الغيبه بالمؤمن. أقول: المراد من المؤمن هنا من آمن بالله و برسوله و بالمعاد و بالأئمه الاثني عشر عليهم السلام: أولهم على بن أبي طالب «ع»، و آخرهم القائم الحجه المنتظر عجل الله فرجه، و جعلنا من أعوانه و أنصاره و من أنكر واحدا منهم جازت غيبته لوجوه:

الوجه الأول: أنه ثبت في الروايات (١) و الأدعيه و الزيارات جواز لعن المخالفين، و وجوب البراءه منهم، و إكثار السب عليهم، و اتهامهم، و الوقيعه فيهم: أي غيبتهم، لأنهم من أهل البدع و الريب [١].

بل لا شبهه في كفرهم، لأن إنكار الولايه و الأئمه حتى الواحد منهم، و الاعتقاد بخلافه غيرهم، و بالعقائد الخرافيه، كالجبر و نحوه يوجب الكفر و الزندقه. و تدل عليه الأخبار (٢) المتواتره الظاهره في كفر منكر الولايه، و كفر المعتقد بالعقائد المذكوره، و ما يشبهها من الضلالات.

و يدل عليه أيضا قوله «ع» في زياره الجامعه: (و من جحدكم كافر). و قوله «ع» فيها أيضا: (و من وحده قبل عنكم). فإنه ينتج بعكس النقيض أن من لم يقبل عنكم لم يوحده، بل هو مشرك بالله العظيم.

و في بعض الأحاديث (٣) الوارده في عدم وجوب قضاء الصلاه على المستبصر (إن الحال

ص: ٣٢٣

١- ١) راجع ج ١ الوافى باب البدع و الرأي ص ٥٦. و كما بهامش ج ١ مرآه العقول باب البدع ص ٣٨ و ج ٢ نل باب ٣٩ و وجوب البراءه من أهل البدع من الأمر بالمعروف ص ٥١٠.

٢- ٢) راجع ج ٣ نل باب ٦ جمله ما يثبت به الكفر و الارتداد من أبواب المرتد ص ٤٥٧

٣- ٣) راجع ج ١ نل باب ٣١ عدم وجوب قضاء المخالف عبادته إذا استبصر من مقدمات العباده ص ٢٠.

التي كنت عليها أعظم من ترك ما ترك من الصلاة).

و في جملة من الروايات (١)الناصب لنا أهل البيت شر من اليهود و النصارى، و أهون من الكلب، و أنه تعالى لم يخلق خلقا أنجس من الكلب، و أن الناصب لنا أهل البيت لأنجس منه. و من البديهي أن جواز غيبتهم أهون من الأمور المذكورة. بل قد عرفت جواز الوقيعه في أهل البدع و الضلال، و الوقيعه هي الغيبه. نعم قد ثبت حكم الإسلام على بعضهم في بعض الاحكام فقط تسهيلا للأمر، و حقنا للدماء.

الوجه الثاني: أن المخالفين بأجمعهم متجاهرون بالفسق. لبطان عملهم رأسا، كما في الروايات المتظافره (٢). بل التزموا بما هو أعظم من الفسق، كما عرفته، و سيجيء أن المتجاهر بالفسق تجوز غيبته.

الوجه الثالث: أن المستفاد من الآيه و الروايات هو تحريم غيبه الأخ المؤمن، و من البديهي أنه لا أخوه و لا عصمه بيننا و بين المخالفين. و هذا هو المراد أيضا من مطلقات أخبار الغيبه، لا من جهه حمل المطلق على المقيد، لعدم التنافي بينهما، بل لأجل مناسبه الحكم و الموضوع.

على ان الظاهر من الاخبار الوارده في تفسير الغيبه هو اختصاص حرمتها بالمؤمن فقط و سيأتي، فتكون هذه الروايات مقيده للمطلقات. فافهم. و قد حكى عن المحقق الأردبيلي تحريم غيبه المخالفين. و لكنه لم يأت بشيء تركن اليه النفس.

الوجه الرابع: قيام السيره المستمره بين عوام الشيعة و علمائهم على غيبه المخالفين، بل سبهم و لعنهم في جميع الأعصار و الأمصار. بل في الجواهر أن جواز ذلك من الضروريات

### حرمه غيبه الصبي المميز

قوله ثم الظاهر دخول الصبي المميز المتأثر بالغيبه لو سمعها. أقول: لم يشترط في حرمه الغيبه كون المغتاب بالفتح مكلفا، بل المستفاد من الروايات المتقدمه و غيرها ان المناط في حرمه الغيبه صدق المؤمن على المغتاب بالفتح، كما أن الظاهر من معنى الغيبه هي كشف

ص: ٣٢٤

١- ١) راجع ج ١ ثل باب ١١ كراهه الاعتسال بغساله الحمام من أبواب الماء المضاف ص، ٣.

٢- ٢) راجع ج ١ ثل باب ٢٩ بطلان العباده بدون ولايه الأئمه من مقدمات العبادات ص ١٩.

أمر قد ستره الله، و سيأتي و من الضروري ان الصبى المميز ممن يصدق عليه عنوان المؤمن إذا أقر بما يعتبر فى الايمان، بل قد يكون أكمل إيماناً من أكثر البالغين.

و أيضاً لا- شبهه ان الله قد ستر عيوب الناس حتى الصبيان المميزين، فذكرهم بالمساوى الموجوده فيهم كشف لما ستره الله عليهم. نعم لا بأس بذكر الأمور التي هي من مقتضيات الصباوه بحيث لا تعد من العيوب و المساوى، كاللعب بالجواز و الكعب و الكره و نحوها.

أما الصبيان أو المجانين غير المميزين فلا شبهه فى جواز اغتيالهم، لأن الأمور الصادره منهم لا تعد عيباً حتى يكون ذكرها كشفاً لما ستره الله عليهم.

### موضوع الغيبه

قوله بقى الكلام فى أمور، الأول: الغيبه اسم مصدر لا غتاب. أقول: وقع الخلاف فى تحديد مفهوم الغيبه، و بيان حقيقتها، فالمروى من الخاصه [١] و العامه [٢]، و المعروف بيننا و بين السنه (١) و بعض أهل اللغه ان الغيبه ذكر الإنسان بما يكرهه و هو حق. بل حكى المصنف عن بعض من قارب عصره ان الإجماع و الأخبار متطابقان على ان حقيقه الغيبه ذكر غيره بما يكرهه لو سمعه.

و لكن هذا التعريف لا- يرجع الى معنى محصل، فان المراد من الموصول فيه إن كان هو الذكر- بحيث يكون حاصله ان الغيبه ذكر غيره بذكر لا يرضى به لو سمعه- دخل فى التعريف ما ليس بغيبه قطعاً إذا كره المقول فيه كذكره بفعل بعض المباحات. بل و بعض المستحبات من المواظبه على الأدعيه و الأذكار، و القيام على النوافل و العبادات، و الالتزام

ص: ٣٢٥

بالزيارات و إعطاء الصدقات، و عليه فالتعريف المذكور تعريف بالأعم. كما ان تعريف المصباح بقوله (اغتابه إذا ذكره بما يكرهه من العيوب و هو حق و الاسم الغيبه) يكون تعريفا بالأخص.

و إن كان المراد من الموصول فى التعريف الأوصاف المذمومه و الأفعال القبيحه الصادره من المقول فيه- و يقربه التعريف المتقدم من المصباح- خرج عن الغيبه ما لا يشك أحد كونه منها، كذكر الغير بالأمر المحرمه التى ارتكبها عن رغبه و شهوه من غير ان يشمئز منها، و من ذكرها، و عليه فلا يكون التعريف المذكور جامعا للأفراد.

و التحقيق ان يقال: إنه لم يرد نص صحيح فى تحديد مفهوم الغيبه، و لا- تعريف من أهل اللغه كى يكون جامعا للأفراد و مانعا للأغيار، و على هذا فلا بد من أخذ المتيقن من مفهوم الغيبه و ترتيب الحكم عليه: و هو ان تقول فى أخيك ما ستره الله عليه، و اما فى المقدار الزائد فيرجع الى الأ-صول العمليه. و قد ذكر هذا فى جملة من الروايات [١] و هى و إن كانت ضعيفه السند. و لكن مفهومها موافق للذوق السليم و الفهم العرفى.

و يؤيده ما فى لسان العرب و غيره من ان الغيبه (ان تتكلم خلف إنسان مستور بسوء أو بما يغمه لو سمعه). بل ينطبق عليه جميع تعاريف الفقهاء و أهل اللغه، لكونه المقدار المتيقن من مفهوم الغيبه، كما عرفت.

و قد أشير إليه فى بعض أحاديث العامه [٢].

و توضيح ما ذكرناه من المعنى ان ذكر الناس. و التعرض لأوصافهم لا- يخلو عن صور ثلاث، الصوره الأولى: ذكر الإنسان بما يوجب تعظيمه و ترفيعه بين الناس، كأن

يقول: إن فلانا عالم زاهد مجتهد، يصلى النوافل، و يعطى الفقراء، و يهتم بأمور المسلمين و حوائجهم، و نحو ذلك من المدائح، و لا نظن ان يعد احد هذه الصوره من الغيبه.

نعم فى لسان العرب و تاج العروس عن ابن الأعرابى (غاب إذا ذكر إنسانا بخير أو شر) إلا- انه أجنبي عن المقام، فإنه غير الاغتياب. و الوجه فى خروج هذه الصوره عن مفهوم الغيبه ان هذه المذكورات ليست من السوء، سواء كره ذكرها المقول فيه أم لا.

الصوره الثانيه: ان يذكر إنسانا بشيء من صفاته العاديه المتعارفه التى لا توصف بالمدح أو الذم. و لا ريب فى عدم اندراج هذه الصوره أيضا تحت الغيبه، فإن الأمور العاديه ليست مما سترها الله على المقول فيه، و ذكرها لا يوجب نقصه و افتضاحه سواء أ كان كارها لها أم لا.

الصوره الثالثه: ان يذكر إنسانا بالأوصاف الذميه و الأفعال القبيحه الموجوده فيه التى قد سترها الله عليه، و موضوع الغيبه هو هذه الصوره. و ما ذكرناه من الصور المذكوره يشمل ما لو نفى عن المقول فيه بعض الأوصاف.

### تنبيهات موضوع الغيبه

و لا بد من التنبيه على أمور:

### الأول: انه لا يفرق فى صدق الغيبه بين ان يكون المقول نقصا فى دين المقول فيه

أو بدنه، أو نسبه،.

أو أخلاقه، أو فعله، أو قوله، أو عشيرته، أو ثوبه، أو داره أو دابته، أو خادمه، أو تعيشه أو فى أى شأن من شؤونه.

إلا ان الظاهر من روايه داود بن سرحان المتقدمه فى الحاشيه أن الغيبه ذكر الإنسان بما يكون نقصا فى دينه فقط.

و فيه أولا: ان الروايه ضعيفه السند، و قد عرفت. و ثانيا: ان روايه ابن سيابه المتقدمه فى البحث عن معنى الغيبه صرحت بأن الغيبه قولك فى أخيك ما ستره الله عليه، و هذا الإطلاق يشمل ما إذا كان المقول نقصا دينيا و غير ديني، و توهم حمل المطلق على المقيد هنا فاسد، لعدم التنافى بينهما، على ان روايه ابن سيابه فصلت بين ذكر الأمور المستوره و الأمور الظاهره، و صرحت بخروج الثانيه عن حدود الغيبه، و من الواضح ان مقتضى التفصيل القاطع للشركه هو عموم مفهوم الغيبه بذكر مطلق العيوب غير الأمور الظاهره.

و لكنك عرفت: ان هذه الروايه أيضا ضعيفه السند.



و قد يتوهم اعتبار قصد الانتقاص فى موضوع الغيبه. و لكنه توهم فاسد، إذ لا دليل عليه، فان صدق عنوان العيب على المقول أمر عرفى لا يرتبط بالقصد، و لا يقاس هذا بالتعظيم و الهتك المتقومين بالقصد.

### **الثانى: أن ذكر أحد بالأوصاف العاديه أو نفيها عنه إنما لا يكون غيبه إذا لم يستلزم**

نقصا فى الجهات المزبوره فى التنبيه السابق،

و إلا فلا شبهه فى كونه غيبه، كنفى العداله عنه، فإنه يدل بالملازمه على ارتكابه المعاصى. و كقوله: إن فلانا يقرء علم النحو منذ ثلاثين سنه، فإنه يدل بالملازمه على بلاده المقول فيه و بلاهته، أو مماطلته و بطالته.

### **الثالث: ان يكون المقول أمرا قد ستره الله على المقول فيه**

ان مقتضى ما ذكرناه من التعريف (بل المتيقن من مفهوم الغيبه، و مورد الروايات الداله على حرمة الغيبه) ان يكون المقول أمرا قد ستره الله على المقول فيه و اما ذكر الأمور الظاهره فليس من الغيبه. و قد ذكره الأصحاب فى مستثنياتهما، و سيأتى ذكره. و تدل على ذلك روايه ابن سيابه المتقدمه، و روايه الأزرق [١]، إلا أنهما ضعيفتا السند.

نعم فى إحياء العلوم (١) عن عائشه إنها (دخلت علينا امرأه فلما ولت أو مات بيدي انها قصيره فقال «ص»: اغتبتها) فان الظاهر منها تحقق الغيبه بحكاية الأمور الظاهره. و لكنها ضعيف السند.

نعم قد يكون ذكر الأمور الظاهره حراما، لانطباق شىء من العناوين المحرمه عليه، كالتعبير و الهجاء و السب و الهتك و الظلم و نحوها، و عليه فيكون حراما من غير جهه الغيبه

### **الرابع: قد تحقق الغيبه بالتعريض و الإشارة قولا،**

كأن يقول: الحمد لله الذى لم يتلبنى بالسلطان و بالميل الى الحكام، أو فعلا، كأن يحكى مشيه الغائب، بل هو أشد من الذكر باللسان، لكونه أعظم فى الانتقاص، أو كتابه، فقد قيل: ان القلم احد اللسانين فان المناط فى تحقق الغيبه كشف ما ستره الله، و لا خصوصيه للكاشف.

### **الخامس: لا بد فى صدق الغيبه من وجود احد يقصد بالتفهيم.**

فقد عرفت: أنها إظهار ما ستره الله، و هو لا يتحقق بمجرد حديث النفس، فإنه لا يزيد على الصور العلميه

(١-١) راجع ج ٣ باب الغيبة ص ١٢٧.

و الملكات النفسانية. و من هنا علم عدم تحقق الغيبه أيضا بذكر الإنسان بعيوب يعلمها المخاطب نعم قد يحرم ذلك من جهه أخرى.

### **السادس: لا تحقق الغيبه إلا بكون المغتاب (بالفتح) معلوما بالتفصيل عند المخاطبين،**

فلو كان مرددا عندهم بين أشخاص، سواء كانوا محصورين أم غير محصورين فذكره بالنقائص و المعاييب المستوره لا يكون غيبه، فإنه ليس كسفا لما ستره الله.

و مثاله أن تقول: رأيت اليوم رجلا- بخيلا- أو جاءنى اليوم شارب الخمر أو تارك الحج أو عاق الوالدين، أو من يعيش معيشه ضنكا، فكل ذلك لا يكون من الغيبه فى شىء، و لا يكون حراما إلا إذا انطبق عليه عنوان محرم آخر، و لا يفرق فى ذلك بين أن يكون كل واحد من المحصورين كارها لذلك الذكر أم لا، لما عرفت من أن كراهه المقول فيه ليست شرطا فى تحقق الغيبه.

نعم لو عرفنا الغيبه بأنها ذكر الغير بما يكرهه كما عليه المشهور كان ذلك من الغيبه، و شملته أدله تحريمها. و لكنك قد عرفت ضعفه فيما سبق.

و لا يخفى أن ما ذكرناه من اشتراط العلم التفصيلى بالمغتاب فى مفهوم الغيبه إنما هو بالإضافة الى الأفراد. أما إذا كان المذكور نقصا للعنوان الكلى -و كسفا لما ستره الله على النوع بحيث يكون المصداق المردد إنما ذكر من باب تطبيق الكلى على الفرد- كان ذلك غيبه لجميع أفراد الكلى الموجوده فى الخارج، لانحلاله إليها كسائر القضايا الحقيقه، بل بالنسبه الى الأفراد الماضيه أيضا، بل ربما يكون ذلك بالنسبه الى بعض الأفراد بهتاناً. و مثاله أن يذكر إنسانا بالسوء المستور لكونه عجميا أو عربيا أو بقالا، أو لكونه من أهل البلد الفلانى أو من الصنف الفلانى و هكذا.

### **السابع: فى موارد الشك فى تحقق الغيبه و عدمه**

قد عرفت أنه ليس فى المسأله ما يعتمد عليه فى تعريف الغيبه و تفسيرها إلا بعض الروايات الضعيفه. و عليه فكلما شكنا فى تحقق موضوع الغيبه للشك فى اعتبار قيد فى المفهوم أو شرط فى تحققه يرجع الى أصله العدم.

### **الثامن: أن مقتضى ما ذكره المشهور من أن الغيبه ذكر أخاك بما يكرهه لو سمعه عدم**

صدق الغيبه مع حضور المغتاب (بالفتح)،

بل هذا هو الظاهر من الآيه، فإن تشبيه المغتاب بالميتة إنما هو لعدم شعوره بما قيل فيه. و أما على ما ذكرناه فى تعريف الغيبه فلا فرق فى انطباقها بين حضور المغتاب و عدمه ما دام يصدق على القول أنه إظهار لما ستره الله.

قوله نظير ما إذا نفى عنه الاجتهاد. أقول: نفى الاجتهاد ليس نقصا فى حق أحد كما ذكره المصنف، و لكنه فيما إذا لم يستلزم

تعريضا بعباوه المنفى عنه، لطول اشتغاله

ص: ٣٢٩

بالتحصيل، وإلا فلا شبهه في كونه غيبه.

قوله لعموم ما دل على حرمة إيذاء المؤمن. أقول: قد دلت الروايات المتواتره (1) على حرمة إيذاء المؤمن وإهانتته و سبه، و على حرمة التنازب بالألقاب، و على حرمة تعيير المؤمن بصدور معصيه منه فضلا عن غير المعصيه، إلا أنها خارجه عن المقام كما ذكره المصنف، فإن النسبه بين ما نحن فيه و بين المذكورات هي العموم من وجه. و قد أشرنا الى ذلك في البحث عن حرمة سب المؤمن.

### دواعي الغيبه

قوله ثم إن دواعي الغيبه كثيره. أقول: الأسباب التي ذكروها باعته للغيبه عشره. و قد أشير إليها في ما روى عن الصادق «ع» في مصباح الشريعه (2) و لكن الروايه ضعيفه السند. و تكلم عليها الشهيد الثاني رضوان الله عليه في كشف الريبه بما لا مزيد عليه و تذكر منها اثنين، فان لهما مأخذًا دقيقًا لا يلتفت اليه نوع الناس فيقعون في الغيبه، و من حيث لا يشعرون.

الأول: أن يرفع نفسه بتنقيص غيره، بأن يقول: فلان ضعيف الرأي و ركيك الفهم، و ما ذكره بديهي البطلان و نحوها من الكلمات المشعره بالذم. و أكثر من يتلى به هم المزاولون للبحث و التدريس و التأليف فيما إذا أخذهم الغرور و العجب.

الثاني: أن يغتم لأجل ما يتلى به أحد فيظهر غمه للناس، و يذكر سبب غمه، و هو شيء ستره الله على أخيه، فيقع في الغيبه من حيث إنه يقصد الاهتمام بشأنه، فان اغتمامه له رحمه، و لكن ذكره سبب ذلك عليه شر. و قد يتصنع ذلك بعض المنافقين، و يأخذه و سيله لهتك أعراض الناس و كشف عوراتهم: بأن يظهر الاغتمام و التحسر لابتلاء شخص محترم، ثم يذكر فيه ما يوجب افتضاحه في الأنظار و انحطاطه عن درجه الاعتبار. فيلقى نفسه في جهنم و بئس المصير، و بذلك يكون إداما لكلاب النار، كما في بعض الأحاديث [1] أستعيذ بالله من الحقد و الحسد و غيظ القلوب.

ص: ٣٣٠

١-١) راجع ج ٢ ثل أبواب العشره من الحج.

٢-٢) راجع ج ٢ المستدرک ص ١٠٥.

قوله الثانى: فى كفاره الغيبه الماحيه لها. أقول: الذى قيل أو يمكن أن يقال فى بيان كفاره الغيبه وجوه، الأول: الاستحلال من المغتاب (بالفتح). الثانى: الاستغفار له فقط. الثالث: كلا الأمرين معا. الرابع: أحدهما على سبيل التخيير. الخامس:

التفصيل بين وصول الغيبه إلى المغتاب فكفارتها الاستحلال منه، وبين عدم وصولها اليه فكفارتها الاستغفار له فقط. السادس: التفصيل بين إمكان الاستحلال منه، وبين عدمه لموت، أو بعد مكان، أو كون الاعتذار موجبا لإثارة الفتنة و الإهانه، فعلى الأول يجب الاستحلال منه، وعلى الثانى يجب الاستغفار له. السابع: عدم وجوب شىء منهما فى جميع الصور، بل الواجب على المغتاب (بالكسر) الاستغفار لنفسه و التوبه من ذنبه.

أقول: قبل التكلم فى الوجوه المذكوره لا بد و أن يعلم أنه إذا شك فى وجوب شىء منها فإن أصاله البراءه محكمه للشك فى ثبوت التكليف المقتضى للامثال.

و قال المصنف (ره): إن (أصاله بقاء الحق الثابت للمغتاب بالفتح على المغتاب بالكسر يقتضى عدم الخروج منه إلا بالاستحلال خاصه).

و فيه أنه لم يثبت هنا للمقول فيه حق حتى يستصحب بقاؤه، و يجب الخروج عن عهده فان من حق المؤمن على المؤمن أن لا يغتابه، و إذا اغتابه لم يحفظ حقه فلم يبق موضوع للاستصحاب، و لم يثبت بذلك حق آخر للمغتاب حتى يستصحب. و عليه فلا وجه لما أفاده المحقق الايروانى من أن الأصل فى المسأله هو الاحتياط، و الإتيان بكل ما احتمال دخله فى رفع العقاب من الاستحلال و التوبه و الاستغفار للمغتاب (بالفتح) و غير ذلك.

إذا عرفت ذلك فنقول: أما الاستحلال من المغتاب مطلقا فذهب الى وجوبه جمع من الأصحاب. قال الشهيد فى كشف الريبه: (اعلم أن الواجب على المغتاب ان يندم و يتوب على ما فعله ليخرج من حق الله سبحانه و تعالى ثم يستحل المغتاب ليحله فيخرج عن مظلمته) و يمكن الاستدلال على ذلك بأن الغيبه من حقوق الناس، و حقوق الناس لا ترتفع إلا بإسقاط ذى الحق منهم. أما الوجه فى الصغرى فلأنها ظلم للمغتاب. و لما ورد فى الاخبار الكثيره من أن حق المؤمن على المؤمن أن لا يغتابه.

و أما الوجه فى الكبرى فهو جمله من الروايات: منها ما دل على أن الغيبه لا تغفر حتى يغفرها صاحبها. و قد تقدمت هذه الروايه فى البحث انها صغيره أو كبيره. و فيه انها

و إن كانت واضحة الدلالة على المقصود. و لكنها ضعيفه السند.

و منها ما عن الكراجكى (١) عن علي «ع» في روايه قال فيها: إن للمؤمن على المؤمن ثلاثين حقا، و ذكرها على التفصيل (ثم قال «ع»: سمعت رسول الله يقول: إن أحدكم ليدع من حقوق أخيه شيئا فيطالبه يوم القيامة فيقضى له و عليه).

و فيه أولا: انها ضعيفه السند. و ثانيا: انها لا تدل على وجوب الاستحلال، لاشتمالها على حقوق لا قائل بوجوب أدائها، كعياده المريض، و حضور الميت، و قضاء الحاجه و غيرها و لم يتوهم احد و لا يتوهم ان من لم يعمل بالحقوق المذكوره في هذه الروايه و غيرها من الروايات المتواتره الوارده في حقوق الاخوان و جب عليه ان يستحل من ذى الحق مع التمكن، و من و ليه مع عدمه، نظير الحقوق الماليه، و إنما هي حقوق اخلاقيه ينبغى للإنسان أن يراعيها، و يواظب عليها، لكونها مقومه لاجتماعهم، بل هي في الجملة من مقتضيات طبع البشر و العقلاء مع قطع النظر عن الشريعه. و عليه فالمراد من القضاء بموجبها يوم القيامة هو ما ذكره المصنف من (المعامله معه معاملة مر لم يراع حقوق المؤمن لا العقاب عليها).

و منها النبوى (٢): (من كانت لأخيه عنده مظلمه في عرض أو مال فليستحلها).

و فيه انه ضعيف السند. و لا بأس بحمله على الاستحباب للتسامح في أدله السنن. نعم قد ثبت بالأدله القطعيه الضمان في الحقوق الماليه فقط.

و منها ما عن عائشه (٣) انها قالت لامرأه: (قالت لأخرى: إنها طويله الذيل: قد اغتبتها فاستحلها). و فيه أولا: ان الروايه ضعيفه السند. و ثانيا: ان ما ذكر فيها ليس من الغيبه، لأنه من الأمور الظاهره. و ثالثا: انه لا حجه في قول عائشه.

و منها ما دل (٤) على ان من اغتاب مسلما أو مسلمه لم يقبل الله صلواته و لا صيامه أربعين يوما و ليله إلا ان يغفر له صاحبه.

و فيه أولا: انه ضعيف السند. و ثانيا: انه لا بد من حمل نظائر هذه الأخبار على

ص: ٣٣٢

١- ١) ضعيفه للحسين بن محمد بن علي السيرافى البغدادي. راجع ج ٢ ثل باب ٢٢٢ حقوق المؤمن من العشره ص ٢٢٩.

٢- ٢) راجع ج ٢ سنن البيهقي ص ٨٣. و كشف الريبه ص ٨٧. و ج ٢ مرآه العقول ص ٣٤٩. و ج ٣ إحياء العلوم ص ١٣٤.

٣- ٣) راجع ج ٣ إحياء العلوم ص ١٣٤.

٤- ٤) كروايه جامع الأخبار. مرسله. راجع ج ٢ المستدرک ص ١٠٦.

الاحكام الأخلاقية، فإنه لم يتفوه احد ببطلان عباده المغتاب بالكسر، و وجوب القضاء عليهم بعد التوبه.

و منها ما دل (١) على انتقال الأعمال الصالحه باغتياب الناس الى المغتاب بالفتح، فإذا استحل منه رجعت الى صاحبها. و فيه مضافا الى كونه ضعيف السند. انه لا دلالة له على وجوب الاستحلال.

و قد ذكر المصنف ان «فى الدعاء التاسع و الثلاثين من أدعيه الصحيفه السجديه و دعاء يوم الاثنين من ملحقاتها ما يدل على هذا المعنى أيضا».

و فيه ان ما فيهما أجنبي عما نحن فيه، أما الأول فهو مسوق لطلب العفو و الرحمه لذى الحق و المظلّمه فى حال عدم التمكن من استحلاله، و لا تعرض فيه لوجوب الاستحلال منه أصلا. و اما الثانى فيدل على طلب المغفره له مع عدم التمكن من التحلل و الرد من غير تعرض لوجوب الاستحلال، كما سيأتى.

و أما الاستغفار للمغتاب بالفتح فذهب الى وجوبه غير واحد من الأصحاب، و يمكن الاستدلال عليه بأمر:

الأول: ما تقدم من دعاء السجاده «ع» فى طلب العفو و الرحمه لذوى الحقوق و المظلّمه، و فيه أن الفعل الصادر من المعصوم «ع» لا يدل على الوجوب لكونه أعم منه و من المستحب الثانى: روايه (حفص بن عمر) [١] عن ابى عبد الله «ع» قال: سئل النبى ص ما كفاره الاغتياب؟ قال: تستغفر الله لمن اغتبتك كلما ذكرته).

و فيه أولا: ان الروايه ضعيفه السند. و ثانيا: ان مقتضى العمل بها هو وجوب الاستغفار للمغتاب بالفتح كلما ذكره، أو كل وقت ذكر الاغتياب، و من الواضح ان هذا خلاف الضروره، و لم يلتزم به فقيه فيما نعلم و ان ذكره بعض أهل الأخلاق، و عليه فتحمل الروايه على الجهات الأخلاقية.

نعم بناء على كون النسخه «كما ذكرته» بدل «كلما ذكرته» على ما ذكره المجلسى فى مرآه العقول (٢) لا يتوجه عليها الإشكال الثانى.

ص: ٣٣٣

١-١) كروايه جامع الأخبار. مرسله. راجع ج ٢ المستدرک ص ١٠٦.

٢-٢) ج ٢ ص ٣٤٨.



الثالث: ما فى روايه السكونى [١] من قول الإمام «ع»: (من ظلم أحد ففاته فليستغفر الله له فإنه كفاره له). بدعوى أن الضمير المنصوب فى كلمه فاته يرجع الى الظلم المفهوم من كلمه ظلم نظير قوله تعالى: (اعْيِدُوا لَهُمْ أَقْرَبُ لِلتَّقْوَى). و من الواضح أن الغيبه من الظلم، فيجب على من اغتاب أحدا أن يستغفر له.

و فيه أولا: أن الروايه ضعيفه السند. و ثانيا: أن الظاهر منها رجوع الضمير الى المظلوم كما جزم به المجلسى (ره) فى مرآه العقول (١)، فالمعنى أن من لم يدرك المظلوم ليطلب منه براءه الذمه، و يسترضيه عن المظلمه فليستغفر الله له، و عليه فتدل الروايه على وجوب طلب المغفره للمظلوم مع عدم التمكن من الوصول اليه، لا مطلقا.

و مما ذكرناه فى الروايه الثانيه و الثالثه ظهر الجواب عن روايتى الجعفرىات [٢] أيضا.

و من جميع ما حققناه فى عدم وجوب الاستحلال و الاستغفار تكليفا ظهر الجواب عن القول بوجوب كلا الأمرين تعيينا أو تخيرا. و علم أيضا أنه لا وجه لما نقله المامقانى عن بعض مشايخه من العمل بطائفتى الأخبار الداله إحداهما على الاستغفار، و الأخرى منهما على الاستحلال، فيلزم المغتاب (بالكسر) الجمع بينهما: بأن يستغفر للمقول فيه، و يستحل منه و أما التفصيل بين وصول الغيبه للمقول فيه و بين عدم وصولها اليه، فيجب الاستحلال منه فى الصوره الاولى، و يجب الاستغفار له فى الصوره الثانيه، فقد ذهب اليه جمع من أعظم الأصحاب كالشهيد الثانى و المجلسى و غيرهما.

قال المحقق الطوسى فى مبحث التوبه من التجريد: (و يجب الاعتذار عن المغتاب مع بلوغه) و تبعه العلامه و القوشجى فى شرحهما على التجريد.

و يدل على هذا التفصيل ما عن مصباح الشريعه [٣] أو هو قوله «ع»: (إن اغتبت فبلغ المغتاب فاستحل منه فان لم تبلغه و لم تلحقه فاستغفر الله له).

ص: ٣٣٤

و فيه أولا: أنه ضعيف السند. وثانيا: أن الغيبه إن كانت من حقوق الناس وجب الاستحلال من المقول فيه سواء علم بذلك أم لا، وإلا- بقى المغتاب (بالكسر) مشغول الذمه إلى الأبد، ويكون شأن الغيبه في ذلك شأن الحقوق الماليه، وإن لم تكن من حقوق الناس فلا وجه لوجوب الاستحلال من المقول فيه وإن بلغته الغيبه. وعلى كل حال فلا وجه للتفصيل المذكور ولا بد إما من حمل الروايه على الجهات الأخلاقيه، أو رد علمها إلى قائلها و مما ذكرناه ظهر ما في كلامي الشهيد في كشف الريبه و المجلسى في مرآه العقول (1) من الضعف حيث جعل التفصيل المذكور وجه الجمع بين الروايات.

و أما التفصيل بين إمكان الاستحلال و عدمه فألحقه الشهيد في كشف الريبه بالتفصيل المتقدم حكما، وقال: (و في حكم من لم يبلغه من لم يقدر على الوصول اليه بموت أو غيبه) و يمكن الاستدلال عليه بما في دعاء السجاد «ع» يوم الاثنين [١] من طلب العفو و المغفره لذوى الحقوق و المظلّمه مع عدم إمكان الخروج عنها.

و فيه أولا: أن الأدعيه الوارده في أيام الأسبوع لم يثبت كونها من زين العابدين «ع» و لذا عدوها من الملحقات للصحيحه المعروفه. و ثانيا: أن فعل المعصوم و إن كان حجه كسائر الأمارات المعتره، إلا أنه مجمل لا يدل على الوجوب. كما عرفته آنفا.

و أما الاكتفاء بالتوبه في محو تبعات الغيبه، كما يكتفى بها في محو تبعات سائر المعاصى فهو المتعين، لقيام الضروره، و دلالة الآيات المتظافره، و الروايات المتواتره من الفريقين على أن التائب عن ذنبه كمن لا ذنب له.

و في إحياء العلوم (2) عن مجاهد: أن كفاره أكلك لحم أخيك أن تشى عليه و تدعو له بخير. و فيه أنه و إن كان حكما أخلاقيا، و لكن قد ظهر من مطاوى ما ذكرناه أنه لا دليل عليه.

و كذلك لا وجه لما حكاه عن عطا من أنه سئل (عن التوبه من الغيبه؟ قال: أن تمشى

ص: ٣٣٥

١-١) ج ٢ ص ٣٤٨.

٢-٢) ج ٣ ص ١٣٤.

الى صاحبك فتقول له: كذبت فيما قلت و ظلمتك و أسأت و إن شئت أخذت بحقك و إن شئت عفوت و هذا هو الأصح).

على أن ما ذكره في طريق الاعتذار من أن يقول المغتاب (بالكسر) لصاحبه: (كذبت فيما قلت) كذب محرم، لما عرفت أن الغيبه كشف العيوب المستوره الموجوده في المقول فيه فلا يكون الاغتياب من الأكاذيب.

قوله و الانصاف أن الاخبار الوارده في هذا الباب كلها غير نقيه السند. أقول:

ربما قيل: إنه لا- وجه لمناقشه المصنف في اعتبار الروايات، فإنه قد اعترف بكونها مستفيضة على أنه (ره) جعل من أدله وجوب الاستحلال الدعاء التاسع و الثلاثين من الصحيحه، و من البديهي أن الصحيحه وصلت إلينا بسند معتبر عن الامام الرابع عليه و على آبائه ألف تحيه و سلام و فيه أن مراد المصنف من الأخبار التي ناقش في اعتبارها غير الدعاء المزبور كما هو الظاهر، و إنما لم يلتزم بوجوب الاستحلال، لأن الدعاء غير تام الدلاله عليه، و أما الاستفاضه فهي لا تنافي عدم الاعتبار، فان الخبر المستفيض قسم من الاخبار الآحاد كما حقق في محله، و لذا يجعلونه في مقابل المتواتر.

### مستنبات الغيبه

### جواز غيبه المتجاهر بالنسق

قوله الثالث: فيما استثنى من الغيبه و حكم بجوازها بالمعنى الأعم. أقول: ذكر المصنف تبعاً لجامع المقاصد أن المستفاد من الاخبار أن الغيبه المحرمه هي ما كان الغرض منها انتقاص المؤمن و هتك عرضه، أو التفكه به، أو إضحاك الناس منه.

و أما إذا كان الاغتياب لغرض صحيح راجع الى المغتاب بالكسر أو الفتح، أو الى ثالث بحيث يكون هذا الغرض الصحيح أعظم مصلحه من احترام المؤمن و جب العمل على طبق أقوى المصلحتين، و هذا كنصح المستشير و التظلم و نحوهما، و عليه فموارد الاستثناء لا تنحصر بعدد معين، بل المدار فيها وجود مصلحه أهم من مصلحه احترام المؤمن. و على هذا المنهج جميع موارد التراحم في الواجبات و المحرمات، سواء كانت من حقوق الله أم من حقوق الناس.

و أقول: مقتضى الأدله المتقدمه هو تحريم الغيبه بعنوانها الأولى، سواء انطبقت عليها سائر العناوين المحرمه أم لا. و عليه فلا وجه لجعل حرمه الغيبه تابعه لقصد هتك المؤمن،

أو التفكه به، أو انطباق غيرهما من العناوين المحرمة.

نعم ما ذكره المصنف تبعا لجامع المقاصد في ضابطه ترجيح الأهم على المهم فهو في غايه المتانه و الجوده على ما نقحناه في علم الأ-صول، و لا- تحصى ثمراته في علم الفقه، إلا- أنه لا- وجه لذكر هذه الضابطه في المقام، فان الكلام هنا متمحض لبيان مستثنيات الغيبه بحسب التعبد بالأدله الخاصه، فلا مساس له بلحاظ المناط و العمل بطبق أقوى الملاكين، و كيف كان فقد عدوا من مستثنيات الغيبه أمورا:

الأول: المتجاهر بالفسق فإنه يجوز اغتيابه بلا خلاف بين الشيعة و السنه (1) و تدل على جواز غيبته جمله من الروايات. منها روايه هارون بن جهم [1] عن الصادق (قال: إذا جاهر الفاسق بفسقه فلا حرمه له و لا غيبه). و فيه أن الروايه و إن كانت ظاهره الدلاله على المدعى. و لكنها ضعيفه السند.

و منها النبوى (2): (من ألقى جلباب الحياء فلا عيبه له. أقول: ليس المراد في الحديث من ألقى جلباب الحياء بينه و بين ربه حتى قام في صف المتمردين عليه، و إلا- لدل الخبر على جواز اغتياب كل مذنب، لهتكهم الستر المرخى بينهم و بين ربهم. و ليس المراد به أيضا من لا يبالي بارتكاب الأمور العاديه غير المناسبه لنوع الناس، كالأكل في السوق، و الجلوس في المقاهي، و الاعتياد على الأكل في الضيافه زائدا على المتعارف. بل المراد منه هو الفاسق المعلن بفسقه غير المبالي بالتمرد على الشارع و الجراه على مخالفته بالإقدام على القبائح و المعاصي علنا، فيدل على المقصود، إلا أنه ضعيف السند.

و منها الروايات [2] الداله على أن الفاسق المعلن بفسقه لا غيبه له و لا حرمه، إلا أنها ضعيفه السند.

ص: ٣٣٧

١-١) راجع ج ٣ إحياء العلوم ص ١٣٤.

٢-٢) راجع ج ٢ المستدرک ص ١٠٨. و ج ١٠ سنن البيهقي ص ٢١٠. و ج ٣ إحياء العلوم ص ١٣٤.

و منها ما روى عنه «ع» [١] بطرق عديدة: «من عامل الناس فلم يظلمهم و حدثهم فلم يكذبهم و وعدهم فلم يخلفهم كان ممن حرمت غيبته و كملت مروته و ظهر عدله و وجبت اخوته». فهذه الروايه دلت بمفهومها على أن من ارتكب الأمور المذكوره فهو جائز الغيبه. و من الواضح أن من ظلم الناس فى معاملاتهم و كذبهم فى حديثهم كان متجاهرا بالفسق و لكن الروايه بجميع طرقها ضعيفه السند. على أن الظاهر من هذه الروايه و من صحيحه ابن أبى يعفور و روايه علقمه الآيتين اعتبار العداله فى حرمه الغيبه، و لم يلتزم به أحد و منها صحيحه ابن أبى يعفور (١) فقد دلت على أن حرمه التفتيش عن أحوال الناس مترتب على الستر و العفاف منهم، و مقتضى ذلك أن حرمه التفتيش تنتفى إذا انتفت الأمور المذكوره.

و فيه ان التفتيش غير الغيبه، و حرمه أحدهما لا- تستلزم حرمه الآخر. نعم قد يجتمعان ثم لو سلمنا اتحادهما فان مقتضى ذلك اعتبار العداله فى حرمه الغيبه.

و منها ما فى روايه علقمه [٢] عن الصادق «ع» و هو قوله: «فمن لم تره بعينك يرتكب ذنبا أو لم يشهد عليه بذلك شاهدان فهو من أهل العداله و الستر و شهادته مقبوله و إن كان

ص: ٣٣٨

---

١-١) راجع ج ٣ ثل باب ٤١ ما يعتبر فى الشاهد من أبواب الشهادات ص ٤١٧.

فى نفسه مذنباً و من اغتابه بما فيه فهو خارج من ولايه الله و داخل فى ولايه الشيطان».

قال المصنف: «دل على ترتب حرمه الاغتياى و قبول الشهاده على كونه من أهل الستر و كونه من أهل العداله على طريق اللف و النشر، أو على اشتراط الكل يكون الرجل غير مرئى منه المعصيه و لا مشهوداً عليه بها، و مقتضى المفهوم جواز الاغتياى مع عدم الشرط خرج منه غير المتجاهر».

و فيه أولاً: أن الروايه ضعيفه السند. و ثانياً: أن ظاهرها اعتبار العداله فى حرمه الغيبه، و هو بديهى البطلان، كما عرفت آنفاً.

و ثالثاً: أن ظاهر مفهومها هو أن غيبه الرجل جائزه لمن يشاهد صدور المعصيه منه، أو إذا شهد عليه بها شاهدان، و عليه فتتحصر موارد الأدله الداله على حرمه الغيبه بالعيوب البدنيه و الأخلاقيه، فان المغتاب «بالكسر» لا بد له من العلم حين يغتاب، و إلا كان من البهتان، لا من الغيبه، و هذا خلاف صراحه غير واحد من الروايات الداله على حرمتها، على أنه لم يلتزم به احد.

نعم لو أريد من الخطاب فى قوله «ع»: «فمن لم تره بعينك» العنوان الكلى و القضييه الحقيقيه—و كان معناه أن صدور المعصيه منه بمراى من الناس و مسمع منهم بحيث ير الناس و يرونه و هو يوقع المعصيه—لسلم عن هذا الاشكال.

و منها ما فى روايه أبى ابن يعفور [١] المتقدمه من قوله «ع»: «و قال رسول الله «ص»:

لا غيبه إلا لمن صلى فى بيته و رغب عن جماعتنا و من رغب عن جماعه المسلمين و جبت على المسلمين غيبته). فإنه يدل على جواز غيبه من رغب عن الجماعه، بل على وجوبها.

و فيه أولاً: أن أصل الروايه و إن كانت صحيحه كما عرفت إلا أن هذه القطعه قد زيدت عليها فى روايه الشيخ، و هى مشتمله على ضعف فى السند. و ثانياً: أنها مختصه بمن رغب عن الجماعه، فلا تعم غيره.

و ثالثاً: أن ظاهر الروايه هو دوران الغيبه و العداله إثباتاً و نفيًا مدار حضور الجماعه، و الرغبه عنها. و يدل على هذا من الروايه أيضاً قوله «ع»: «بعد القطعه المذكوره: (و سقطت بينهم عدالته و وجب هجرانه و إذا رفع الى إمام المسلمين أنذره و حذره فان حضر جماعه المسلمين و إلا أحرق عليه بيته و من لزم جماعتهم حرمت عليهم غيبته و ثبتت عدالته بينهم).

و حاصل ما تقدم: أنه لم يدل دليل معتبر على جواز غيبه المتجاهر بالفسق، ليكون مقيداً

للإطلاقات الداله على حرمه الغيبه مطلقا.

نعم قد ذكرنا فى معنى الغيبه أنها عباره عن كشف ما ستره الله على العباد، و أيدناه ببعض الروايات، فيكون المتجاهر بالفسق خارجا عن حدود الغيبه تخصصا و موضوعا، لأنه قد كشف ستره بنفسه قبل أن يكشفه المغتاب (بالكسر).

## فروع

### الأول: هل يعتبر فى جواز غيبه المتجاهر بالفسق قصد الغرض الصحيح من النهى عن

المنكر و ردعه عن المعاصى، أو لا؟

مقتضى العمل بالإطلاقات المتقدمه الداله على نفى الغيبه عن المتجاهر بالفسق هو الثانى، إذ لم تقيّد بالقصد المذكور، كما أن ذلك أيضا مقتضى ما ذكرنا من خروج ذكر المتجاهر بالفسق عن تعريف الغيبه موضوعا. إذا لم يتقيّد عنوان الغيبه بأكثر من كونها كشفا لما ستره الله.

### الثانى: هل تجوز غيبه المتجاهر فى جميع ما ارتكبه من المعاصى

و إن لم يتجاهر إلا فى بعضها كما عن الحدائق، أولا تجوز إلا فيما تجاهر فيه كما عن الشهيد الثانى (ره)؟.

و فصل المصنف بين المعاصى التى هى دون ما تجاهر فيه فى القبح و بين غيرها، فيجوز اغتيابه فى الأول، و لا يجوز اغتيابه فى الثانى.

و مثاله: من تجاهر باللواط جاز اغتيابه بالتعرض للأجنيبات، و من تجاهر بقطع الطرق جاز اغتيابه بالسرقة. و من تجاهر بكونه جلاّد سلطان الجور- يقتل الناس، و يمثل بهم، و ينكل- جاز اغتيابه بشرب الخمر و الزناء و اللواط. و من تجاهر بنفس المعصيه جاز اغتيابه فى مقدماتها. و من تجاهر بالمعاصى الكبيره جاز اغتيابه بالتعرض لجميع القبائح. و لعل هذا هو المراد من قوله (صلى الله عليه و آله): (من ألقى جلباب الحياء فلا غيبه له). لا من تجاهر بمعصيه خاصه و عد مستورا فى غيرها، كبعض عمال الظلمه. انتهى ملخص كلامه.

أقول: أما القول بالتفصيل المذكور فلا دليل عليه بوجه، فإن بعض الناس قد يتجاهر بالذنوب الكبيره، كقتل النفوس المحترمه، و شرب الخمر، و أكل أموال الناس، و مع ذلك يتستر فيما هو دونها، كإيذاء الجار، و النظر إلى الأجنيبات، و ترك العبادات الواجبه.

نعم إذا تجاهر فى معصيه جاز اغتيابه بها و بلوازمها، فإذا تجاهر بشرب الخمر جاز اغتيابه بتهيئه مقدمات الشرب من الشراء و الحمل، أو الصنع، فإن الالتزام بالشىء التزام بلوازمه.

و من ألقى جلباب الحياء فى معصيه ألقى جلبابه فى لوازمه أيضا. و عليه فيدور الأمر بين

ص: ٣٤٠



القول بالجواز مطلقا، و بين القول بعدم الجواز كك.

و قد يقال: إن الظاهر هو جواز اغتيال المتجاهر مطلقا، كما عن الحدائق. بل استظهره من كلام جملة من الأعلام، بل ذكر المصنف تصريح بعض الأساطين بذلك.

و الوجه فيه هو إطلاق الروايات المتقدمه، فإنه دال على جواز غيبه المتجاهر بالفسق حتى بذكر المعاصى التى لم يتجاهر فيها. فكأن تجاهره بمعصيه واحده أسقط احترامه فى نظر الشارع بحيث صار مهدور الحرمة. كما أن المرتد بارتداده يصبح مهدور الدم، و لكنك قد عرفت ضعف الروايات المذكوره، فلا يمكن التمسك بإطلاقها. و عليه فالإقتصار على المقدار المتيقن يقتضى عدم جواز غيبه المتجاهر بغير ما تجاهر فيه و فى لوازمه.

### **الثالث: ظهر من مطاوى ما ذكرناه أنه يعتبر فى صدق التجاهر بالفسق أن يكون**

المتجاهر به مما يوجب الفسق و الخروج عن العدالة،

فلو ارتكب أحد الحرام الواقعى لشبهه حكميه أو موضوعيه، فإنه ليس بمذنب فضلا عن كونه متجاهرا بالفسق.

أما الشبهه الحكميه فكما إذا شرب العصير التمرى المغلى قبل ذهاب ثلثيه- أو أكل لحم الأرنب، لأنه يعتقد إباحتهما بحسب اجتهاده أو اجتهاد من يقلده- فإنه يكون معذورا فى هذا الارتكاب إذا تمت له أو لمقلده مقدمات الاجتهاد.

و اما الشبهه الموضوعيه فكشرب الخمر باعتقاد انها ماء، و كوطى امرأه أجنبيه باعتقاد انها زوجته، و قتل المؤمن باعتقاد انه مهدور الدم. فإنه أيضا معذور فى هذه الأعمال إلا إذا كان مقصرا فيها.

### **الرابع: قد عرفت: إن مقتضى العمل بالمطلقات هو جواز غيبه المتجاهر مطلقا بمجرد**

تجاهره بمعصيه من المعاصى،

فيكون التجاهر و لو فى معصيه واحده عله تامه لجواز الغيبه، و عليه فلا يفرق فى ذلك بين ان يكون معروفا بالتجاهر فى الفسق بين جميع الناس، و فى جميع الأماكن و الأصقاع، أو بين بعضهم و فى بعض البلاد و القرى.

و على هذا فلا وجه لما استشكله المصنف من دعوى (ظهور روايات الرخصه فيمن لا يستتكف عن الاطلاع على عمله مطلقا، فرب متجاهر فى بلد متستر فى بلاد الغربه أو فى طريق الحج و الزياره لثلا يقع عن عيون الناس). نعم لو تجاهر بذلك بين جماعه هم أصحاب سره و رفقاءه فى العمل فإنه لا يعد متجاهرا بالفسق.

و لكن قد عرفت ضعف المطلقات المذكوره، فلا يمكن الاستناد إليها فى تجويز هتك عرض المؤمن و افتضاحه بين الناس، و لا تصلح لتقييد المطلقات الداله على حرمة الغيبه.

و إذن فلا تجوز غيبه المتجاهر إلا لمن تجاهر بالمعصيه عنده، لا من جهه الروايات، بل لعدم

ص: ٣٤١

تحقق مفهوم الغيبة مع التجاهر، على ما ذكرناه في تفسيرها، والله العالم.

و لقد أجاد المصنف حيث قال: (و بالجمله فحيث كان الأصل في المؤمن الاحترام على الإطلاق وجب الاقتصار على ما يتيقن خروجه).

قوله و هذا هو الفارق بين السب و الغيبة. أقول: قد تقدم توضيح ذلك في البحث عن حرمه سباب المؤمن، و قلنا: إن النسبه بين الغيبة و سب المؤمن هي العموم من وجه.

### جواز تظلم المظلوم

قوله الثاني: تظلم المظلوم و إظهار ما فعل به الظالم و إن كان مستترا به. أقول:

ذكر الشيعة و السنه (١) من مستثنيات حرمه الغيبة تظلم المظلوم، و إظهار ما أصابه من الظالم و إن كان مستترا في ظلمه إياه. كما إذا ضربه أو شتمه أو أخذ ما له أو هجم على داره في مكان لا يراهما أحد أو لا يراهما من يتظلم إليه، فإنه يجوز للمظلوم أن يتظلم بها الى الناس.

و يدل عليه قوله تعالى (٢): (لَا يُجِزُّ اللَّعْنَةُ الْجَهْرَ بِالسُّوءِ مِّنَ الْقَوْلِ إِلَّا مَن ظَلِمَ). فقد ثبت من الخارج ان الغيبة من الجهر بالسوء، فإنها إظهار ما ستره الله من العيوب الموجهه لهتك المقول فيه و إهانته، كما عرفت. و عليه فتنتطبق الآيه على ما نحن فيه. و تكون النتيجة ان الله لا يحب الاغتياب إلا للمظلوم، فان له ان يتظلم الى الناس بذكر مساوى الظالم و إن لم يرج ارتداعه عن ظلمه إياه.

و أما الروايه (٣) المفسره للجهر بالسوء بأن المراد به الشتم فمضافا الى ضعف السند فيها أن انطباقه على ذلك لا ينافي انطباقه على الغيبة أيضا، لما عرفت مرارا من ان الروايات الوارده في تفسير القرآن كلها لبيان المصداق و تنقيح الصغرى.

و قيد الشهيد في كشف الريبه و جمع ممن تأخر عنه جواز الغيبة هنا بكونها عند من يرجو منه إزاله الظلم عنه اقتصارا في مخالفه الأصل الثابت بالعقل و النقل على المتيقن، إذ لا عموم في الآيه ليمسك به في إثبات الإباحه مطلقا. و ما ورد في تفسير الآيه من الأخبار

ص: ٣٤٢

١- ١) راجع ج ٣ إحياء العلوم للغزالي ص ١٣٣.

٢- ٢) سورة النساء، آيه: ١٤٨.

٣- ٣) راجع ج ٢ مجمع البيان ط صيدا ص ١٣١.

لا ينهض للحجبه، مع أن المروى عن الباقر «ع» في تفسيرها المحكى عن مجمع البيان: أنه لا يحب الشتم في الانتصار إلا من ظلم. وفيه أن الآيه وإن لم تشتمل على شيء من ألفاظ العموم و أدواته إلا ان قوله (إِلَّا مَنْ ظَلِمَ) مطلق فبمقتضى مقدمات الحكمة فيه يفيد العموم. و عليه فيجوز للمظلوم اغتياب الظالم سواء احتمل ارتداعه أم لا.

و يدل على الحكم المذكور ما في تفسير القمى (١) من الرخصه للمظلوم في معارضه للظالم و كذلك يدل عليه ما ورد [١] في تطبيق الآيه على ذكر الضعيف إساءه المضيف إياه، و لكن جميع ذلك ضعيف السند.

ثم إن المراد من إساءه الضيفه هو هتك الضعيف و عدم القيام بما يليق بشأنه و بما تقتضيه وظائف الضيفه و المعاشره المقرره في الشريعه المقدسه، و يسمى ذلك في لغة الفرس بكلمه (پذيرايي) و ليس المراد بها ترك ما يشتهيه الضيف و يتمناه زائدا على المقدار المتعارف.

و بعباره أخرى حق الضيف على المضيف أن يكرمه و يحترمه بالحد الأوسط، فلا- تجوز له مطالبته بالحد الأعلى، و لا يجوز للمضيف ان يعامل ضيفه بالحد الأدنى، و إلا لجاز لأى منهما ان يذكر ما فعله الآخر معه من المساءه، لأنه نوع من التظلم، فيكون مشمولاً للآيه من دون احتياج إلى الروايه، و حينئذ فيكون تطبيق الآيه على إساءه الضيفه مؤيده لما ذكرناه.

**و قد يستدل على الجواز هنا بأمر غير ناهضه للدلاله على المقصود:**

**الأول: قوله تعالى : ( وَ الَّذِينَ إِذَا أَصَابَهُمُ الْبَغْيُ هُمْ يَنْتَصِرُونَ ) .**

(٢)

و قوله تعالى:

(وَ لَمَنِ انْتَصَرَ بَعْدَ ظُلْمِهِ فَأُولَئِكَ مَا عَلَيْهِمْ مِنْ سَبِيلٍ) . بدعوى ان ذكر المظلوم ما فعله الظالم معه من السوء نحو من الانتصار فيكون مشمولاً للآيتين.

و فيه ان الآيتين أجنبيتان عما نحن فيه، بل هما راجعتان الى جواز الاعتداء و الانتقام

ص: ٣٤٣

١- ١) ص ١٤٥.

٢- ٢) سورة الشورى، آيه: ٣٧.

بالمثل، نظير قوله تعالى (١): (فَمَنْ اعْتَدَى عَلَيْكُمْ فَاعْتَدُوا عَلَيْهِ بِمِثْلِ مَا اعْتَدَى عَلَيْكُمْ).

وقد ذهب الى هذا جمع من الأكابر حتى صرح الأردبيلي في محكي كلامه بجواز اعتداء المضروب بالضرب و المشتوم بالشتيم كما عرفته إجمالاً في البحث عن حرمه السب.

و يدل على ما ذكرناه من حمل الآيتين على الانتقام بالمثل قوله تعالى بينهما: (وَ جَزَاءُ سَيِّئَةٍ سَيِّئَةٌ مِثْلُهَا). و دعوى أن الغيبة نحو من الاعتداء، دعوى جزافية، فإنه لا إطلاق للآيتين بالنسبة إلى المجازات بالمحرمات، و إلا لجاز الاعتداء بالزنا و نحوه، و لم يلتزم به احد، بل هو ضروري البطلان.

### الثاني ان في منع المظلوم من التظلم حرجاً عظيماً،

بل ربما لا- يتحملة إلا- الأوحدي من الناس. و فيه ان هذا لا- يتم في جميع الموارد، فان رب شخص يتحمل ما لا يحصى من المصائب الشديده و النوائب العسره حتى من الأشخاص الدينيه بغير حرج و مشقه.

على أن في شمول دليل الحرج للمقام إشكالا، بل منعاً، لأنه مناف للامتنان في حق المعتاب (بالفتح) و قد حققنا في معنى أدله الحرج و الضرر انها أدله امتنانيه، و إنما تجرى إذا لم يلزم من جريانها خلاف الامتنان في حق الآخرين.

### الثالث: ان في تشريع الجواز مظنه ردع الظالم،

و هي مصلحه خاليه عن المفسده، فتوجب الجواز، فإن الأحكام الشرعيه تابعه للمصالح و المفسد على مسلك العديله.

و فيه أن الاحكام الشرعيه و إن كانت تابعه للملاكات الواقعيه، إلا ان المصلحه المظنونه لا تقاوم المفسده المقطوعه، لأن الظن لا يغني عن الحق شيئاً. على انه ربما لا يرتدع الظالم باغتيابه، بل قد لا يرتدع بما هو أعظم من الاغتياب، على ان لازم هذا الوجه هو جواز اغتيابه حتى من غير المظلوم، فان الظن بالارتداع موجود فيهما، بل قد يكون ذكر غير المظلوم أكد في ردع الظالم.

### الرابع: ما في روايه قرب الاسناد المتقدمه

في البحث عن جواز غيبه المتجاهر بالفسق و هو قوله «ع»: (ثلاثه ليس لهم حرمه صاحب هوى مبتدع و الإمام الجائر و الفاسق المعين بالفسق). بدعوى ان عدم احترام الإمام الجائر إنما هو لجوره، لا لتجاهره بالفسق و إلا لم يكن قسيماً للفاسق المعين بفسقه.

و فيه أولاً: انها ضعيفه السند كما عرفته في المبحث المذكور. و ثانياً: يمكن ان يراد من الامام الجائر من يتقصد بقميص الخلافه على غير استحقاق، و ينتصب منصب الإمامه بغير رضی من الله و رسوله. و يمكن ان يراد به مطلق القاعد الذي يجوز على الناس



و بظلمهم، سواء ادعى الخلافه مع ذلك أم لا، و يعبر عنه فى لغه الفرس بلفظ (زمامدار) و عليه فيدخل فيه من يقضى بين الناس، أو يفتيهم على غير هدى من الله و رسوله.

و على كل حال، فلا- دلالة فى توصيف الإمام بالجور على عليته لجواز الغيبه، فإن عطف الفاسق عليه من قبيل عطف العام على الخاص. على أن الروايه المذكوره مرويه عن النبي بسند آخر [١] و هى تشتمل على توصيف الامام بالكذاب. على أن هذا الوجه لو دل على الجواز لم يختص بخصوص المظلوم. فإن الإمام الجائر يجوز اغتيابه لكل أحد. فعموم العله: أعنى الجور يقتضى عموم الحكم.

### **الخامس: قوله «ص» ٢: (و لصاحب الحق مقال).**

و فيه أولاً: أنه ضعيف السند و غير منجبر بشىء. و ثانياً: أنه لا دليل إلا على ثبوت المقال لصاحب الحق من حيث الكبرى: أى فى موارد ثبوت الحق له بالفعل. و أما إحراز الصغرى فلا بد و ان يكون بأدله أخرى.

و معنى الحديث أن كل من ثبت له حق فعلى على أحد من الحقوق المالىه و العرضيه و البدنيه و غيرها فله مقال فى المطالبه به، و المرافعه عليه. و على هذا فلا- تشمل المظلوم الذى أضيع حقه، و فات بالظلم عليه، إذ ليس له حق فعلى حتى يكون له مقال فى المطالبه به، و المرافعه عليه.

و يحتمل اختصاصه بالدين فقط، فيكون مساوقاً لقوله «ص» [٣]: (لى الواجد بالدين

يحل عرضه و عقوبته ما لم يكن دينه فيما يكره الله عز و جل).

### عدم جواز الغيبه فى ترك الاولى

لا- يجوز للمظلوم أن يغتاب الظالم بترك الأولى، لعدم الدليل عليه. و قد يستدل على الجواز بروايتين، الأولى: روايه حماد بن عثمان [١] الواردة فى استقصاء الدين، فإنها ظاهره فى جواز الشكوى من الدائن لتركه الأولى، لأن الإمهال فى قضاء الدين من الأمور المستحبه و فيه أولا: أنها ضعيفه السند. و ثانيا: أن ظاهر الفرض فى الروايه أن الدائن قد تعدى على المديون، فطلب منه أداء الدين مع عدم وجوب الأداء عليه لعسر أو لغيره، و لا شبهه ان ذلك ظلم تباح معه الغيبه.

و يؤيد ذلك أن الامام «ع» لم يوجب على المديون أداء الدين، و لو كان واجدا، و لم يكن له عذر لكان أداء الدين واجبا عليه بلا ريب، لما ورد (أن لى الواجد يحل عرضه و عقوبته). و قد عرفت ذلك آنفا.

هذا كله على النسخه المعروفه التى تبعها صاحب الوسائل و المصنف فى النقل. و أما على نسختى الوافى و المستدرک، و ما ذكره المجلسى (١) عن بعض النسخ القديمه. من تبديل الضاد المعجمه فى استقصيت فى الموضوعين بالصاد المهمله فالروايه تكاد تكون نصا فيما ذكرناه فان معنى الاستقصاء فى الحق البلوغ إلى الغايه فى المطالبه. و من الواضح ان ذلك قد يؤدى الى الهتك و الظلم، فيكون حراما. و عليه فتكون الروايه من جمله ما دل على جواز اغتيا ب

ص: ٣٤٦



الظالم من قبل المظلوم بذكر أوصافه المحرمة كما تقدم.

و من تأمل الروايه، و تشديد الامام «ع» فيها على المشكو عليه، و استشهاده بالآيه يطمئن بصحة نسخه الوافى. على ان المحدث القاسانى دقيق فى نقله. و مع الإغضاء عن جميع ما ذكرناه. و تسليم عدم ظهور الروايه فيما يقول فليس لها لظهور فيما ذكره المصنف أيضا، فتكون مجمله.

الثانيه مرسله ثعلبه بن ميمون [١]: (قال: كان عنده قوم يحدثهم إذ ذكر رجل منهم رجلا فوقع فيه و شكاه فقال له أبو عبد الله (عليه السلام): و أنى لك بأخيك كله و أى الرجال المهذب) فان الظاهر من الجواب ان الشكوى إنما كانت من ترك الأولى الذى لا يليق بالأخ الكامل المهذب.

و فيه أولا: انها ضعيفه السند. و ثانيا: ان جواب الامام (عليه السلام) ظاهر فى ان الصنع الذى شكى منه الرجل أمر يصيب به جميع الناس، و ليس يوجد من لا يصيب به إلا الأوحدي و عليه فيخرج هذا عن موضوع الغيبه، فقد عرفت انها كشف ما ستره الله.

و قد يستدل على جواز الغيبه بترك الأولى بما ورد فى ذكر الضيف مساوى ضيفه المضيف، فان ذلك ليس إلا من ترك الأولى.

و فيه مضافا الى ضعف السند فيه. انك قد عرفت: ان المراد من إساءه الضيفه فى الروايه هو الهتك و الظلم و الإهانه، و إلا لما صح تطبيق الآيه على الموارد. و اما ما فى حاشيه الايروانى من دعوى ان ترك الأولى نوع من الظلم فلا وجه له.

### نصح المستشير

قوله و يبقى من موارد الرخصه لمزاحمه الغرض الأهم صور تعرضوا لها، منها نصح المستشير. أقول: مستثنيات الغيبه التى ذكرها تدرج فى واحد من ثلاثه عناوين:

الأول: ما كان خارجا عنها موضوعا كذلك التجاهر بالفسق إذا خصصنا الجواز

بذكر ما تجاهر فيه من المعاصي، وقد تكلمنا عليه مفصلاً. و من هذا القبيل ذكر الأشخاص بالأوصاف الظاهرة كالأعمش و الأحول و الأعرج و نحوها، بل من المتعارف في كل زمان ذكر الناس بالأوصاف الواضحة. كما هو كذلك في كثير من الرواه. و الوجه في ذلك هو ما تقدم في معنى الغيبه من كونها إظهاراً لما ستره الله على المقول فيه، فذكر الأمور الظاهره ليس منها شيء.

الثاني: أن تكون في الغيبه مصلحه تراحم المفسده في تركها، كما إذا توقف حفظ النفس المحترمه أو الأموال الخطيره أو صيانته العرض عن الخيانه على الغيبه. و لا بدح من ملاحظه قواعد التراحم، و العمل على طبق أقوى الملا-كين. و عليه فتتصف الغيبه بالأحكام الخمسه كما هو واضح.

الثالث: ما كان خارجاً عن الغيبه بالتخصص و هو على قسمين، الأول: أن يكون الخروج بدليل مختص بالغيبه كتظلم المظلوم، و قد تقدم الكلام فيه. الثاني: أن يكون الخروج بدليل عام جار في أبواب الفقه، و لا يختص بالغيبه فقط. كأدله نفى الحرج و الضرر هذا كله بحسب الكبرى.

و أما بحسب الصغرى فقد ذكروا لها موارد عديده، الأول: نصح المستشير، قال المصنف: (فإن النصيحة واجبه للمستشير فإن خيانتها قد تكون أقوى مفسده من الوقوع في المغتاب، و كذلك النصح من غير استشاره). و عليه فالنسبه بينه و بين الغيبه عموم من وجه، لأن الغيبه قد تتحقق بإظهار العيوب المستوره حيث لا يتحقق النصح، كما هو الكثير، و قد يتحقق النصح حيث لا تتحقق الغيبه، كما إذا لم يتوقف على ذكر أحد بالسوء و قد يجتمعان، كما إذا استشاره أحد في التزوج بامرأه معلومه، و هو يعلم أنها فأجره و متبرجه أو استشاره في مصاحبه رجل في السفر أو التجاره أو المجالسه، و هو يعلم أنه خائن و شيء الخلق و شارب الخمر و مرتكب الفجور و آكل أموال الناس بالظلم و العدوان، أو استشاره في التلمذه عند شخص و هو يعلم أنه شيء العقيدته أو شيء العمل، فإن النصح في الموارد المذكوره يتوقف على الغيبه. و على هذا فإن كان دليل وجوب النصح و دليل حرمه الغيبه من قبيل المتعارضين تساقطاً معاً في ماده الاجتماع. و كان المرجع إلى أصاله الإباحه. و إن كانا من قبيل تراحم المقتضيين فلا بد في ترجيح أحدهما على الآخر من ملاحظه أقوى الملاكين.

و لكن الظاهر أن ما نحن فيه من صغريات باب التراحم، لا التعارض، فإن الغيبه في موارد الاجتماع مأخوذه في مقدمات النصح. و أنه يتولد منها و يتوقف عليها، نظير توقف

إنقاذ الغريق و الإتيان بالصلاه على التصرف فى ملك غيره. و عليه فيتصرف كل من النصح و الغيبه بالأحكام الخمسه حسب اختلاف الموارد بقوه الملاك و ضعفه على ما تقدمت الإشاره إليه، فإن تساوى الملاك كان النصح و الغيبه مباحين، و إن زاد أحدهما على الآخر كان الزائد متصفا بالوجوب أو الاستحباب بقدر ما فيه من زياده الملاك، و كان الناقص محرما أو مكروها بمقدار ما فيه من نقصه، هذا كله مع تسليم وجوب النصح.

و لكن بعد التأمل فى الأخبار الموهمه لوجوب النصح لم نجد فيها ما يدل على الوجوب، فإنها على أربع طوائف:

الأولى [١]: ما دل على حرمه خيانه المؤمن لأخيه. و من المعلوم أنها أجنبيه عما نحن فيه. لعدم الملازمه بين الخيانه و ترك النصيحة حتى مع الاستشاره، لإمكان رده الى غيره سواء كان ذلك الغير أعرف منه بحال المستشار أم لا، و من الواضح أنه لو كان النصح واجبا لما جاز رده.

الثانيه: الأخبار [٢] الداله على وجوب نصح المؤمن ابتداء بدون سبق استشاره

و استهداء، و هي و إن كانت كثيره و معتبره، و لكنها راجعه إلى الجهات الأخلاقية، فتحمل على الاستحباب.

و الوجه في ذلك هو لزوم العسر الأكيد و الحرج الشديد من القول: بوجوب النصح على وجه الإطلاق، و تقييده بمورد الابتلاء، أو بمن يفى بحقوق الاخوه من غير أن يضيع منها شيئاً و إن كان يرفع العسر و الحرج، و لكن قامت الضروره على عدم وجوبه هنا أيضاً.

الثالثه: الأخبار الواردة في خصوص نصح المستشار، و قد ادعى غير واحد من المحدثين و غيرهم ظهورها في الوجوب. منها قوله «ع» [١]: في روايه ابن عمر عن أبي عبد الله «ع» (قال: من استشار أخاه فلم ينصحه محض الرأي سلبه الله عز و جل رأيه). و منها قوله «ع» [٢]: في روايه النوفلي: (من استشاره أخوه المؤمن فلم يحضه النصيحة سلبه الله له).

و فيه أن التوعيد في هاتين الروايتين بالعقوبه الدنيويه من سلب اللب و الرأي لا- يدل على أزيد من الاستحباب و رجحان العمل، فان العقل من أعظم النعم الإلهيه، و قد من به سبحانه على عباده لهدايتهم، فصرفه الى غير ما خلق لأجله يوجب الزوال و هو من النقمات الشديده. كما أن صرفه الى ما خلق لأجله يوجب المزيه و الاستكمال، و لا- شبهه في رجحانه و من هنا ظهر أن قوله «ع» في روايه عبايه [٣]: (و أنصح لمن استشارك). إرشاد الى ما ذكرناه. فيكون محمولاً على الاستحباب. على أن الروايات المذكوره كلها مجهوله الرواه. و يدل على عدم الوجوب أيضاً ما أشرنا إليه سابقاً من جواز إرجاع المستشار الى

غيره، فإنه ينافى وجوب النصح.

الرابعة: الروايات (١) الأمره بإعانه المؤمن و كشف كرتبه و قضاء حاجته، و من الواضح أن نصح المؤمن نوع منها، فيكون واجبا.

و فيه أن جميع ما ورد في حقوق الإخوان محمول على الجهات الأخلاقية، فيحمل على الاستحباب، إلا ما ثبت وجوبه في الشريعة، كرد السلام و نحوه، ضروره أنه لم يلتزم أحد فيها بالوجوب، بل قامت الضروره على عدم الوجوب فتكون ضروره قرينه على رفع اليد عن ظهورها في الوجوب.

و حاصل جميع ما قدمناه: أنه لا دليل على وجوب النصح بعنوانه الأولى مطلقا، إلا إذا كان تركه موجبا لتلف النفس، و هتك العرض، و ذهاب المال الخطير، فإنه يجب ح لأهميه الأمور المذكوره.

### جواز الاغتيا ب فى مواضع الاستيفاء

الثانى: الاستفتاء إذا توقف على ذكر الظالم بالخصوص بأن يقول للمفتى: ظلمنى فلان فى حقى فكيف طريقى فى الخلاص.

و الذى تقتضيه القاعده هو الجواز إذا كان السؤال موردا للابتلاء مع عدم تمكن السائل منه بغير تسميه المغتاب. و الوجه فى ذلك هو قيام الأدله النقليه و العقليه و ضروره المذهب على وجوب تعلم الأحكام الشرعيه التى تكون فى معرض الابتلاء بها، و عليه فإذا توقف ذلك على ترك واجب أو ارتكاب حرام فان العمل ح يكون على طبق أقوى الملاكين، و من الواضح أن التعلم أهم من ترك الغيبه. فإن ترك التعلم ينجر الى اضمحلال الدين و أما بحسب الروايات فقد استدل على الجواز بروايتين.

الأولى: شكايه هند [١] أزوجه أبى سفيان الى الرسول (صلى الله عليه و آله) حيث قالت: إن أبى سفيان رجل شحيح لا يعطينى ما يكفينى و ولدى، و لم يجرها النبى (صلى الله عليه و آله) عن قولها.

ص: ٣٥١

---

١- ١) راجع مصادقه الاخوان للصدوق. و ج ٣ الوافى الفصل الخامس أبواب ما يجب على المؤمن من الحقوق فى المعاشره. و ج ٢ أبواب العشره فى السفر و غيره من كتاب الحج.

و فيه أولاد: أن الروايه ضعيفه السند. و ثانيا: أن القضيه شخصيه، فيحتمل أن يكون عدم الردع لفسق أبي سفيان و نفاقه، أو لمعرفيته بالبخل، حتى قيل: إنه كان مضرب المثل في البخل.

على أن مورد الروايه من صغريات تظلم المظلوم، فقد عرفت جواز ذكر الظالم فيه، فلا تدل على جواز الغيبه في مورد الاستفتاء مطلقا. و من هنا ظهر الجواب عما ورد (1) في قصه بيعه النساء من أن هند رمت زوجها أبا سفيان إلى أنه رجل ممسك، و لم يردعه الرسول (صلى الله عليه و آله).

الثانيه صحيحه ابن سنان [1] المشتمله على ذكر الرجل امه بأنها لا- تدفع يدل لا- مس، و لم يردعه رسول الله (صلى الله عليه و آله)، فتدل على جواز الغيبه عند الاستفتاء.

و فيه أولاً: أنه لم يظهر لنا من الروايه كون المرأه معروفه عند النبي (صلى الله عليه و آله)، و قد عرفت فيما سبق اعتبار العلم بالمغتتاب (بالفتح) في تحقيق الغيبه، و ذكرها بعنوان الأمومه لا يستلزم التعيين، و يتفق نظير ذلك كثيرا للمراجع و المجتهدين.

و ثانيا: أن المذكور في الروايه قضيه شخصيه، و خصوصياتها مجهوله لنا، فيحتمل أن تكون الام متجاهره بالزنا كما هو الظاهر من قول ابنها: (إن أمي لا تدفع يد لامس إلخ) و على هذا فلا مجال لاستصحاب عدم التجاهر كما صنعه المصنف، على أنه لا يترتب عليه أثر إلا على القول بالأصل المثبت.

ص: ٣٥٢

عن المنكر الثالث: قصد ررع المغتاب (بالفتح) عن المنكر الءى يفعله، و قد استءل المصنف على الجواز هنا بوجهين، الأول: أن الغيبة هنا إحسان فى حقه، فإنها و إن اشتملت على هتكه و إهانته إلا- أنه ءوجب إنقاذه من المهلكه الأبءيه و العقوبه الأءرويه. الثانى: أن عمومات النهى عن المنكر شامله لذلك.

أما الوجه الأول ففبه أولاً: أن الءلئل أءص من الءءعى، إذ ربما لا ىرءءع المقول فبه عن فعل المنكر.

و ثانىا: أن الغيبة محرمة على المغتاب بالكسر، و لا يجوز الإحسان بالأمر المحرم، فإنه إنما ىتقبل الله من الءءقن، و هل ىتوهم أحد جواز الإحسان بالمال المغصوب و المسروق إلا إذا كان أعمى البصيره، كبعض المنءرفن عن الصراط الءسءقنم، و ءعوى رضى المقول فبه حنئء بالغبية جزافه. فإنها مضافا الى بعءها، أن رضاه لا ىرفع الحرمة الءكلفه.

و أما الوجه الثانى: ففبه أنه لا يجوز ررع المنكر بالمنكر لانصراف أءلته عن ذلك، و إلا لجاز ررع الزناه بالزناه بأعراضهم، و ررع السراق بسرقه أموالهم.

نعم قد ءبء جواز ءفع المنكر بالمنكر فى موارد خاصه كما ىءضح ذلك لمن ىلاحظ أبواب النهى عن المنكر و أبواب الءءوء، و قد ءءءم فى البءء عن حرمة السب جواز شءم المبعء و الوقعه فبه، و البهء علیه، بل وجوبها، كما ىظهر من بعض الرواىاء الءءءءمه فى المبعء المءءور.

هءا كله ففما إذا لم ىكن ررع ذلك المنكر مءلوبا من كل أحد و إلا وجب رءعه على كل من اطلع علیه بأى نحو اءفق، كمن ءصءى لقتل النفوس المصونه، و هءك الاعراض المحءرمة، و أخذ الأموال الءطيره، فإن منعه واجب بما هو أعظم من الغيبة فضلا عنها، لأن حفظ الأمور المءءوره أهم فى نظر الشارع من ءرك الغيبة و نحوها، و قد ءءءمء الإشاره إلى حكم مزاحمه ءرك الغيبة بما هو أهم منه.

الرابع: قصد حسم ماده الفساد عن الناس كاغتياى المبدع فى الدين الذى يخاف إضلاله للناس، وقوده إياهم الى الطريقه الباطله.

و يدل على جواز الغيبه هنا أمور:

الأول: أن مصلحه دفع فتنه عن الناس أولى من الستر عليه، بل ربما يجب هتكه و حطه عن الانظار إذا لم يرتدع بالغيبه وحدها، فإن حرمه الدين فى نظر الشارع أهم من حرمه هذا المبدع فى الدين.

الثانى: قوله «ع» فى صحيحه داود بن سرحان المتقدمه فى البحث عن حرمه سبب المؤمن (إذا رأيتم أهل الريب و البدع من بعدى فأظهروا البراءه منهم و أكثروا من سبهم و القول فيهم و الواقعيه-الغيبه-و باهتوهم كيلا يطمعوا فى الفساد فى الإسلام).

الثالث: ما تقدم فى البحث عن جواز غيبه المتجاهر بالفسق (ثلاثه ليس لهم حرمه صاحب هوى مبتدع). و لكنه ضعيف السند.

## جواز جرح الشهود

الخامس: جرح الشهود، و قد اتفق الأصحاب على جواز جرحهم و إظهار فسقهم، بل إقامه البينه على ذلك صونا لأموال الناس و أعراضهم و أنفسهم، إذ لو لا- ذلك لبغى الفساق فى الأرض و أظهروا فيها الفساد، فيدعى الواحد منهم على غيره حقا ماليا أو عرضيا أو بدنيا، أو يدعى زوجه امرأه أجنبيه لنفسه، أو يدعى نسبا كاذبا ليرث من ميت، ثم يقيم الشهود على دعواه من أشباه الهمج الرعاع فيصيب من أموال الناس و أعراضهم و دمائهم ما يشاء.

و أولى بالجواز من ذلك جرح الرواه الضعفاء، إذ يتوقف عليه حفظ الدين، و صيانه شريعه سيد المرسلين، و قد جرى عليه ديدن الأصحاب فى جميع الأمصار و الأعصار و دونوا فى ذلك كتابا مفصله للتمييز الموثق منهم عن غيره، بل على هذا سيره الأئمه «ع».

و يومئ الى هذا قوله تعالى (1): (إِنْ جَاءَكُمْ فَاسِقٌ بِنَبَأٍ فَتَبَيَّنُوا) فان التبين عن حال

ص: ٣٥٤



الفاسق الحامل للخبر لا- يخلو عن الجرح غالباً. و من هنا يظهر حكم الشهاده على الناس -بالقتل و الزناء و السرقة و القذف و شرب الخمر و نحوها- لإقامه الحد عليهم، و قد ثبت جواز الشهاده، بل وجوبها بالكتاب و السنه المعتمده، كما يظهر ذلك لمن يراجع أبواب الشهادات.

### جواز الاغتيا ب لدفع الضرر

عن المقول فيه السادس: جواز الاغتيا ب لدفع الضرر عن المغتاب (بالفتح) كما إذا أراد احد ان يقتله أو يهتك عرضه، أو يأخذ أمواله، أو يضره بما يرجع إليه فإن غيبته جائزه لدفع الأمور المذكوره عنه، فان حفظها أهم في الشريعه المقدسه من ستر ما فيه من العيوب، بل لو اطلع عليها المقول فيه لرضى بالاغتيا ب طوعاً.

و قد حمل المصنف على هذا ما ورد في ذم زراره بن أعين (ره) من الأحاديث المذكوره في كتب الرجال، و استوضح ذلك من صحيحه الكشي (١) الصريحه في تنزيه زراره و تقديسه عن المطاعن و المعايب، و ان ذم الامام «ع» إياه في بعض الأحيان إنما هو كتعييب الخضر «ع» سفينه المساكين لئلا يأخذ الغاصب من ورائهم. بل تبقى صالحه لأهلها.

و قد أورد الكشي (ره) في رجاله روايات عديده مشتمله على اعتذار الامام «ع» عن قذح زراره و ذمه و التبري منه لكي يسان زراره عن كيد الخائنين، و لا- تصيبه فتنه المعاندين و لكن الظاهر انه لا- دلالة في شيء من الروايات المذكوره على مقصود المصنف من جواز الغيبه لدفع الضرر عن المقول فيه، فإنك قد عرفت: ان الغيبه إظهار ما ستره الله عليه و من الواضح انه لم يكن في زراره عيب ديني ليكون ذكره غيبه، و إنما ذمه الإمام «ع» و تبرأ منه لحفظ دمه و شؤونه عن الأخطار، كما عرفت التصريح بذلك فيما أشرنا إليه من الأخبار المتقدمه.

بل الظاهر منها ان قذح الامام «ع» فيه يدل على رفعه شأنه و عظم مقامه و جلاله مرتبته بحيث لا يرضى الامام «ع» ان تمسه أيدي الظالمين.

ص: ٣٥٥

السابع: أن يكون الإنسان معروفا بوصف يدل على عيب، كالأعمش و الأعرج و الأشتر و الأحول و الأصم، فإنه لا محذور فى ذكر المقول فيه بالأوصاف المذكوره، و ما يجرى مجراها.

فقد كثر بين الفقهاء و علماء الرجال ذكر الرواه و حمله الأحاديث بالأوصاف الظاهره المعربه عن العيوب، بل و عليه السيره القطعيه من حديث الأيام و قديمها، بل و كان هذا مرسوما بين الأئمه «ع» أيضا، كما يومئ اليه بعض الأحاديث [١] الوارده فى توثيق بعض الرواه.

و فى بعض الأحاديث (جاءت زينب العطاره الحولاء الى نساء رسول الله (صلى الله عليه و آله) و قد تقدم ذلك فى البحث عن حرمة الغش.

و الوجه فى جواز ذلك ان ذكر الأوصاف الظاهره خارج عن تعريف الغيبه كما تقدم، لأنها ليست مما ستره الله، إلا إذا كان ذكرها بقصد التنقيص و التعبير، فإنه حرام من غير جهه الاغتيا.

الثامن: قال الشهيد فى كشف الريبه: (قيل: إذا علم اثنان من رجل معصيه شاهداها فأجرى أحدهما ذكرها فى غيبه ذلك العاصى جاز، لأنه لا يؤثر عند السامع شيئا). ثم قال:

الأولى تنزيه النفس عن ذلك بغير غرض صحيح خصوصا مع احتمال النسيان و لكن الظاهر خروج هذا القسم عن الغيبه موضوعا. و هو واضح.

التاسع: رد من ادعى نسا ليس له، و قد استدل عليه المصنف (بأن مصلحه الأنساب أولى من مراعاة حرمة المغتاب).

أقول: أهميه حفظ الأنساب ثابتة فيما إذا ترتب على النسب أثر شرعى من التوارث، و النظر الى النساء و نحوهما، و اما إذا لم يترتب عليه أثر شرعى، أو ترتب الأثر على دعوى النسب: كأن ادعاه لصيانته نفسه أو عرضه أو ماله من إصابه الظالم إياها فلا تجوز الغيبه برد هذه الدعوى. و مع الشك فى مورد يرجع الى المطلقات الداله على حرمة الغيبه

على وجه الإطلاق، لأن الشبهه و إن كانت مصداقيه، إلا أن التخصيص من جهة المزاحمه فلا بد من الاقتصار على المتيقن.

العاشر: القدح فى مقاله باطله، فإن وجوب حفظ الحق و إضاعه الباطل أهم من احترام المقول فيه. و أما ما وقع من بعض المتجاهرين بالنسبه إلى الأعاضم أحياء كانوا أم أمواتا من الجهر بالسوء كالطلاق الغبى و البله و نحوهما من الألفاظ القبيحه فلا شبهه فى حرمة، لكونه من الفحش و الشتم، كما تقدمت الإشارة إليه فى البحث عن حرمة السب.

قوله ثم إنهم ذكروا موارد للاستثناء لا- حاجه الى ذكرها. أقول: منها تفضيل بعض العلماء على بعضهم و إن استلزم انتقاص الآخر، و لا ريب فى جوازه، لتوقف الغرض الأهم عليه، و قد جرى على هذا ديدن الأصحاب فى جميع الأزمان و الأقطار، خصوصا فى تعيين مراجع التقليد. و لكن هذه مرحله كم زلت فيها الاقدام، عصمنا الله من الزلل.

### حرمة استماع الغيبه

قال المصنف(ره): (يحرم استماع الغيبه بلا خلاف فقد ورد أن السامع للغيبه أحد المغتائبين، و الأخبار فى حرمة كثيره، إلا أن ما يدل على كونه من الكبائر كالروايه المذكوره و نحوها ضعيفه السند).

أقول: الظاهر أنه لا خلاف بين الشيعه و السنه (1) فى حرمة استماع الغيبه، و لكننا لم نجد دليلا صحيحا يدل عليها بحيث يكون استماع الغيبه من المحرمات فضلا عن كونه من الكبائر، إذ ما ورد فى حرمة من طرق الخاصه [1] و من طرق العامه [2] كله لا يخلو عن الإرسال و ضعف السند، فلا يكون قابلا للاستناد إليه.

ص: ٣٥٧

نعم قال في كتاب الاختصاص (١): (نظر أمير المؤمنين «ع» الى رجل يغتاب رجلا عند الحسن ابنه «ع» فقال: يا بني نزه سمعك عن مثل هذا فإنه نظر الى أخبث ما في وعائه فأفرغه في وعائك). فإنه ربما يدعى كونه روايه مسنده، قد أرسلها صاحب الاختصاص للاختصار، فيدل ذلك على وثاقه روايتها المحذوفين عنده، إذ فرق بين كلمه روى عنه كذا و بين كلمه قال فلان كذا، فان القول الأول ظاهر في كون المنقول مرسلا دون الثاني، و عليه فهي روايه معتبره تدل على حرمه استماع الغيبه.

و لكن يرد عليه أن ثبوت الاعتبار عنده لا يستلزم ثبوته عندنا، إذ لعله يعتمد على ما لا نعتمده.

و قد يستدل على الحرمة مطلقا بحديث المناهى [١]، فإن رسول الله ص (نهى عن الغيبه و الاستماع إليها و نهى عن التميمه و الاستماع إليها).

و فيه أولاً: أنه ضعيف السند كما عرفته مرارا. و ثانياً: أن صدره و إن كان ظاهرا في الحرمة مطلقا، إلا أن ذيله قرينه على حرمة الاستماع مع عدم الرد فقط، و هو قوله (صلى الله عليه و آله) (و من تطوع على أخيه في غيبه سمعها فيه في مجلس فردها عنه رد الله عنه ألف باب من الشر في الدنيا و الآخرة فإن و هو لم يردا و هو قادر على ردها كان عليه كوزر من اغتابه سبعين مره).

و حملها على السماع القهرى خلاف الظاهر منها. على أنه أمر نادر.

و قد يجاب عن حديث المناهى بعدم ظهوره في الحرمة التكليفيه، فإن النهى فيه عن استماع الغيبه نهى تنزيهى، و إرشاد إلى الجهات الأخلاقية. و يدل عليه من الحديث ذكر الأمور الأخلاقية فيه من آثار الغيبه ككونها موجب لبطلان الوضوء (٢) و الصوم.

و فيه أن ما ثبت كونه راجعا الى الاخلاقيات ترفع اليد فيه عن ظهور النهى في الحرمة، و أما غيره فيؤخذ بظهوره لا محاله كما حقق في محله.

و مع الإغضاء عن جميع ما ذكرناه و تسليم صحه الروايات المتقدمه الظاهره في حرمه استماع الغيبه مطلقا، فلا بد من تقييدها بالروايات المتكثره [٢] الظاهره في جواز استماعها

ص: ٣٥٨

١-١) راجع ج ٢ المستدرک ص ١٠٨.

٢-٢) راجع مكارم الأخلاق ص ٢٣٨.

لردها عن المقول فيه، و تخصيصها بصورة السماع القهرى قد تقدم الجواب عنه آنفا، و عليه فإنما يحرم استماع الغيبه مع عدم الرد.

و قد يقال: إن النسبه بين الاخبار الوارده فى سماع الغيبه للرد و بين المطلقات المتقدمه الداله على حرمه سماع الغيبه هى العموم من وجه. فإن الطائفه الأولى أعم من الثانيه من حيث شمولها للسمع القهرى الاتفاقى، و أخص منها من حيث اختصاصها بصورة الاستماع للرد فقط. و الطائفه الثانيه أعم من حيث شمولها للاستماع بغير داعى الرد، و أخص من حيث اختصاصها بالاستماع الاختيارى، فيقع التعارض بينهما فى مورد الاجتماع، و يؤخذ بالطائفه الأولى لكونها صحيحه السند دون الطائفه الثانيه بناء على ان صحه السند من المرجحات، كما هو المشهور بين المتأخرين.

و لكن يرد عليه ان مجرد صحه السند لا- يكون من المرجحات فى معارضه الدليلين (و قد حققناه فى علم الأصول) و عليه فتسقطان للمعارضه، و يرجع الى عمومات ما دل على رجحان إعانه المؤمن، و إلا فيرجع الى البراءه.

على انك قد عرفت: ان الطائفه الثانيه ضعيفه السند، فلا تعارض الطائفه الأولى

فضلا عن وصول النوبه إلى الترجيح.

و على ما ذكرناه من عدم الدليل الصحيح على حرمه استماع الغيبه فإنما يلتزم بالجواز إذا لم يرض السامع بالغيبه، أو لم يكن سكوته إمضاء لها أو تشجيعا للمتكلم عليها، أو تسببا للاغتيا ب من آخر، وإلا كان حراما من هذه الجهات.

وقد ورد فى أحاديث عديده [١] أن الراضى بفعل قوم الداخلى معهم. و تقدم فى البحث عن بيع المتنفس حرمه التسبب لوقوع الجاهل فى الحرام الواقعى. بل تحرم مجالسته للاخبار المتظافره الداله على حرمه المجالسه مع أهل المعاصى (و سنشير الى مصادرها) كما تحرم مجالسه من يكفر بآيات الله للآيه [٢].

و قد يستدل على حرمه الاستماع بأدله حرمه الغيبه، بدعوى عدم تحققها إلا بالمستمع.

و فيه ان حرمه الغيبه لا- تلازم حرمه الاستماع و إن كان بينهما تلازم خارجا، فان التلازم فى الخارج لا يستدعى التلازم فى الحكم. و قد جاز سماع الغيبه للرد جزما.

قوله و الظاهر ان الرد غير النهى عن الغيبه. أقول: الغرض من رد الغيبه هو نصره المغتاب و تنزيهه عن تلك الواقعة و إن أفاد النهى عن المنكر أيضا، و أما النهى عن الغيبه فهو من صغريات النهى عن المنكر، فيجرى عليه حكمه سواء قلنا بوجوب رد الغيبه أملا.

ثم إن نصره الغائب برد الغيبه عنه تختلف باختلاف المعايب، فان كان العيب راجعا إلى الأمور الدنيويه فنصرته بأن يقول مثلا: العيب ليس إلا ما عابه الله من المعاصى.

و إن كان راجعا إلى الأمور الدينيه وجهه بما يخرجه عن كونه معصيه، و إذا لم يقبل التوجيه رده بأن المؤمن قد يتلى بالذنوب، فإنه ليس بمعصوم، و هكذا ينصره فى ذكر سائر العيوب.

قوله ثم إن المحرم سماع الغيبه المحرمه دون ما علم حليتها. أقول: إذا سلمنا حرمه سماع الغيبه بالإرادته و الاختيار فهل هو حرام مطلقا حتى مع جواز الاغتياب كما فى الموارد المتقدمه؟ أو أنه يحرم مع حرمه الاغتياب فقط؟ أو يفصل بين علم السامع بالحليه، فيلتزم بالجواز و بين جهله بها، فيلتزم بالحرمه؟ و ظاهر المصنف جواز الاستماع ما لم يعلم السامع حرمه الغيبه، لأنه قول غير منكر فلا يحرم الإصغاء إليه للأصل. و أما حديث السامع أحد المغتائب فمع تسليم صحته يدل على أن السامع لغيبه كالمتكلم بتلك الغيبه فى الحرمه و الحليه، فيكون دليلا على الجواز هنا.

إلا- أن يقال: إن الحديث ينزل السامع للغيبه منزله المتكلم بها. فإذا جاز للسامع التكلم بالغيبه جاز له سماعها، و إلا فلا، و لكنه خلاف الظاهر من الحديث.

و التحقيق أن جواز الغيبه قد يكون حكما واقعيًا، و قد يكون حكما ظاهريًا. أما الجواز الواقعي فلا ملازمه فيه بين جواز الغيبه و جواز الاستماع إليها، لأنه يتصور على أنحاء ثلاثه:

الأول: أن يكون المقول فيه جائز الغيبه عند الناس من غير اختصاص بشخص دون شخص: بأن كان متجاهرا فى الفسق و متظاهرا فى مخالفه المولى، فان مثل هذا تجوز غيبته واقعا لكل أحد إما مطلقا أو فى خصوص ما تجاهر فيه من الذنوب على الخلاف المتقدم.

بل قد عرفت خروجه عن موضوع الغيبه رأسا، و عليه فالاستماع إليها أولى بالجواز.

و كذلك الكلام فى غيبه المبدع فى الدين، و الإمام الجائر.

الثانى: أن يكون جواز الغيبه الواقعي مختصا بالمغتتاب (بالكسر) كالصبي المميز، و المكره على اغتياب الناس، و عليه فلا يجوز استماعها مطلقا لمن يحرم عليه الاغتياب، لعدم الملازمه بينهما، فان ارتفاع الحكم عن أحدهما لا يستلزم ارتفاعه عن الآخر.

و على الجملة جواز السماع يدور مدار الرد عن المغتتاب (بالفتح) و مع عدمه كان حراما و إن لم يكن المغتتاب (بالكسر) مكلفا. فتحصل: أن الاغتياب جائز و الاستماع حرام، كما أنه قد يكون السماع جائزا و الاستماع حراما. نظير ما إذا كان المغتتاب (بالكسر) ممن لا يمكن رده، و لا الفرار عنه كالسلطان الجائر و نحوه، و لذا سكت الامام المجتبى «ع» عند سب أبيه.

و نظير ذلك ما إذا تصدى أحد لقتل شخص محقون الدم بزعم أنه كافر حربى، و نحن نعلم أنه محقون الدم، فإنه يحرم علينا السكوت و إن جاز له القتل، و نظائره كثيره فى باب الرشوه و غيره.

الثالث: أن تكون هنا ملازمه عرفيه بين جواز الغيبه و جواز الاستماع إليها، كتظلم المظلوم، فان مناط جواز الغيبه هنا هو ظهور ظلامته، و اشتهارها بين الناس. و هذا المعنى لا يتحقق فى نظر العرف إلا بسماع التظلم منه، و كذلك الشأن فى سماع الغيبه فى موارد الاستفتاء.

و على الجملة فجواز الغيبه واقعا لا- يلزم جواز السماع ملازمه دائمي، بل النسبه بينهما عموم من وجه، فقد تحرم الغيبه دون الاستماع، كالمكره على السماع، و قد يحرم الاستماع دون الغيبه، كما إذا كان القائل معذورا فى ذلك دون السماع، و قد يجتمعان.

و أما الجواز الظاهرى للغيبه فهل يلزم جواز استماعها أم لا- كما إذا احتمل السماع، أو صرح القائل بأن المقول فيه مستحق للغيبه. ففى كشف الريبه عند ذكر مستثنيات الغيبه إنه (إذا سمع أحد مغتابا لآخر و هو لا يعلم استحقاق المقول عنه للغيبه، و لا عدمه قيل: لا يجب نهى القائل، لإمكان استحقاق المقول عنه، فيحمل فعل القائل على الصحه ما لم يعلم فساده، لأن ردعه يستلزم انتهاك حرمة و هو أحد المحرمين).

و أجاب الشهيد (ره) عن ذلك فى الكتاب المذكور: بأن (الأولى التنبيه على ذلك الى أن يتحقق المخرج منه، لعموم الأدله، و ترك الاستفصال فيها، و هو دليل إرادته العموم، حذرا من الإغراء بالجهل، و لأن ذلك لو تم لتمشى فيمن يعلم عدم استحقاق المقول عنه بالنسبه إلى السماع، لاحتمال اطلاع القائل على ما يوجب تسويغ مقاله، و هو هدم قاعده النهى عن الغيبه).

و رده المصنف بأن فى ذلك خلطا بين رد الغيبه و النهى عنها، و الذى نفاه القائل بعدم وجوب النهى هو الثانى الذى هو من صغريات النهى عن المنكر دون الأول.

و تحقيق مراد المصنف أن النسبه بين وجوب رد الغيبه و وجوب النهى عنها عموم من وجه، فإنه قد يجب النهى عن الغيبه، لوجوب النهى عن المنكر حيث لا- يجب ردها و لو من جهه كون المقول فيه جائز الغيبه عند السماع، مع كونه مستورا عند القائل، و مع ذلك يجب نهى القائل عنها من باب وجوب النهى عن المنكر، و قد يجب رد الغيبه حيث لا- مورد النهى عن المنكر، كما إذا كان المغتاب (بالكسر) صبيا، فان فعله ليس بمنكر لكى يجب النهى عنه، إلا أنه يجب على السماع حينئذ رد الغيبه حفظا لاحترام أخيه المؤمن. و قد



يجتمعان، كما إذا علم السامع بكون الاغتيا ب حراما، فإنه من حيث كونه من المنكرات فى الشريعة يجب النهى عنه، و من حيث كونه هتكا للمؤمن و كشافا لعورته يجب رده.

و إذا شك فى استحقاق المقول فيه الغيبه و عدم استحقاقه حرم سماعها على القول بحرمته و وجب ردها على النحو الذى تقدم من توجيه فعل المقول فيه على نحو يخرج عن المعصيه و مع هذا لا- يجب نهى القائل، بل لا يجوز، لإمكان استحقاق المقول فيه، فيحمل فعل القائل على الصحه ما لم يعلم فساده، فان رده يستلزم انتهاك حرمته، و هو حرام على أن إثبات وجوب الردع بأدله النهى عن المنكر تمسك بالعام فى الشبهات المصداقيه، و هو لا يجوز لا يقال: كما لا يجب نهى القائل عن الغيبه فكذلك لا يجب ردها، لاحتمال كون المقول فيه مستحقا للغيبه عند القائل، و مسلوب الاحترام فى عقيدته، و عليه فإثبات وجوب الرد فى الفرد المشكوك بالأدله الداله على وجوب احترام المؤمن، و وجوب رد غيبته تمسك بالعام فى الشبهه المصداقيه.

فإنه يقال: أولا: أنه لا شبهه فى كون المقول فيه مؤمنا وجدانا، و عدم وجود المجوز لاغتيا به محرز بأصالة العدم، فان المقول فيه كان فى زمان و لم يكن فيه ما يجوز غيبته، و الأصل بقاؤه فى تلك الحاله.

و قد ذكرنا فى محله أن عنوان المخصص إذا كان أمرا وجوديا، فإنه ينفى بالأصل الموضوعى فى مورد الشك، و ينقح به موضوع التمسك بالعام، و لا يلزم منه التمسك بالعام فى الشبهه المصداقيه. و كذلك فى المقام. إذا شكنا أن المقول فيه جائز الغيبه عند القائل أم لا نستصحب عدمه، و ينقح به موضوع التمسك بعموم ما دل على حرمه استماع الغيبه على تقدير ثبوته، و بعموم ما دل على وجوب رد الغيبه.

و ثانيا: أن المتعارف من أفراد الغيبه هو أن السامع لا- يعلم نوعا بحال المقول فيه، و الظاهر من الروايات الداله على وجوب رد الغيبه أن ذلك هو المراد، إذ لو حملناها على خصوص ما إذا علم السامع بكون المقول فيه غير جائز الغيبه كان ذلك حملا لها على المورد النادر

### حرمه كون الإنسان ذا لسانين

قوله ثم إنه قد يتضاعف عقاب المغتاب إذا كان ممن يمدح المغتاب فى حضوره).

أقول: توضيح كلامه أنه إذا كان للإنسان لسان مدح فى الحضور، و لسان ذم فى الغياب استحق بذلك عقابين: أحدهما للاغتيا ب. و الثانى: لكونه ذا لسانين، و يسمى هذا منافقا

أيضا. وإذا مدح المقول فيه في حضوره بما ليس فيه عوقب بثلاثة عقاب: للاغتياب، والكذب، والنفاق.

ثم إن المدح في الحضور بالأوصاف المباحة وإن كان جائزا في نفسه، بل ربما يكون مطلوباً للعقلاء، ولكنه إذا كان مسبوqa بالذم أو ملحوقا به كان من الجرائم الموبقة والكبائر المهلكة. وقد ورد في الأخبار المستفيضة (1) أن ذا لسانين يجيء يوم القيامة وله لسانان من النار، فإن لسانه المدح في الحضور وإن لم يكن لسانا من النار، إلا أنه إذا تعقبه أو تقدمه لسان الذم في الغياب صار كذلك.

ثم إن النسبه بين المغتاب (بالكسر) وبين ذي اللسانين هي العموم من وجه، فإنه قد توجد الغيبه ولا يوجد النفاق، وقد يوجد النفاق حيث لا توجد الغيبه، كأن يمدح المقول فيه حضورا، ويذمه بالسب والبهتان غيابا. وقد يجتمعان كما عرفت.

قوله وقد يطلق الاغتياب على البهتان. أقول: قد عرفت: أن الغيبه هي أن تقول في أخيك ما ستره الله عليه، وأما البهتان فهو على ما تقدم في بعض أخبار الغيبه ذكر ك أخاك بما ليس فيه، فهما متباينان مفهوما ومصداقا. نعم بناء على مقاله المشهور من أن الغيبه ذكر ك أخاك بما يكرهه فيمكن اجتماعهما في بعض الموارد.

و أما إطلاق الغيبه على البهتان في روايه علقمه [1] فبنحو من المسامحه والتجوز.

على أنها ضعيفه السند. وأما كون عقاب التهمه أشد من الغيبه فلاشتمالها على الفريه والتهتك معا

## حقوق الاخوان

قوله خاتمه في بعض ما ورد من حقوق المسلم على أخيه. أقول: قد ورد في الروايات (2) المتظافره، بل المتواتره أن للمسلم على أخيه حقوقا كثيره، وفي روايه

ص: ٣٤٤

١- ١) راجع ج ٣ الوافي باب مخالفه السر والعلن ص ١٥٨. وج ٢ ثل باب ١٤٣ تحريم كون الإنسان ذا وجهين من العشره ص ٢٣٥. وج ٢ المستدرک ص ١٠٢.

٢- ٢) راجع مصادقه الاخوان للصدوق. و كا بهامش ج ٢ مرآه العقول باب حق المؤمن على أخيه ص ١٧١. وج ٣ الوافي باب حقوق الاخوه ص ١٠١ و باب صفه الأخ ص ١٠٣. وج ٢ ثل باب ١٢٢ وجوب أداء حق المؤمن من العشره ص ٢٢٧. وج ١٥ البحار العشره ص ٦١. وج ٢ المستدرک ص ٩٢. وغير ذلك من الأبواب من الكتب المذكوره وغيرها.

الكرجكى أن للمؤمن على أخيه ثلاثين حقاً، و عدها واحداً بعد واحد، ثم قال «ع»:

(سمعت رسول الله يقول: وإن أحدكم ليدع من حقوق أخيه شيئاً فيطالبه به يوم القيامة فيقضى له و عليه). و قد عرفت في البحث عن كفاره الغيبه أنها ضعيفه السند.

و في صحيحه مرازم عن أبي عبد الله «ع» قال: (ما عبد الله بشيء أفضل من أداء حق المؤمن).

و قد خص المصنف هذه الأخبار (بالأخ العارف بهذه الحقوق المؤدى لها بحسب اليسر.

أما المؤمن المضيع لها فالظاهر عدم تأكد مراعاة هذه الحقوق بالنسبه اليه، و لا- يوجب إهمالها مطالبته يوم القيامة لتحقق المقاصه، فإن التهاثر يقع في الحقوق كما يقع في الأموال) و استشهد المصنف (ره) على رأيه هذا بعدة روايات قاصره الدلاله عليه. منها ما رواه الصدوق و الكليني عن أبي جعفر «ع» [١]، و قد ذكر فيها إخوان الثقه و إخوان المكاشره و قال في إخوان المكاشره: (و أبذل لهم ما بذلوا لك من طلاقه الوجه و حلاوه اللسان).

و فيه أن هذه الروايه غريبه عما ذكره المصنف، فإنها مسوقه لبيان وظيفه العمل بحقوق الاخوان على حسب مراتب الإخوه، فإن منهم من هو في أرقى مراتب الاخوه في أداء

حقوقها حتى يطمئن به الإنسان على عرضه و ماله، و سائر شؤنه، و هذا الأخ كالكف و الجناح، فيبذل له المال و اليد، و يعادى من عاداه، و يضافى من صافاه، و منهم إخوان الانس و الفرح و المجالسه و المفاكهه، فلا يبذل لهم إلا ما يبذلون من طلاقه الوجه و حلاوه اللسان، و لا يطمأن إليهم فى الأمور المذكوره.

و منها روايه عبيد الله الحلبي [١] فإنها تدل على أن للصدقه حدودا، و لا يليق بها إلا من كانت فيه هذه الحدود. و وجه الاستدلال هو ما ذكره المصنف من أنه (إذا لم تكن الصدقه لم تكن الاخوه، فلا بأس بترك الحقوق المذكوره بالنسبه اليه).

و فيه أن الصدقه المنفيه عن لا- نفى بحدودها غير الإخوه الثابته بين المؤمنين بنص الآيه [٢] و الروايات، و من الواضح أن الحقوق المذكوره إنما ثبتت للاخوه المحضه، سواء أ كانت معها صدقه أم لا. و عليه فنفى الصدقه فى مورد لا يدل على نفى الإخوه، لأن الصدقه فوق الاخوه، و نفى المرتبه الشديده لا يدل على نفى المرتبه الضعيفه. على أن الروايه ضعيفه السند.

و من هنا ظهر الجواب عن الاستدلال بما فى نهج البلاغه [٣] من نفى الصدقه عن لا- يحفظ أخاه فى ثلاث. مع أنه ضعيف للإرسال.

و منها ما دل [٤] على سلب الاخوه عن لا يلبس المؤمن العارى، كروايتى الوصافى و ابن أبى عمير.

و فيه أن المراد من سلب الاخوه فى الروايتين كناية عن سلب الاخوه الكامله. فقد تعارف بين المتجاورين نفى المحمول بلسان نفى الموضوع لأجل المبالغه فى التعبير، كما يقال يا أشباه الرجال و لا رجال، و لا صلاه لجار المسجد إلا فيه، و لا شك لكثير الشك، و يقال لمن لا- يعمل بعلمه: إنه ليس بعالم، الى غير ذلك من الإطلاقات الفصيحه. و عليه فلا دلالة فى الروايتين على نفى الاخوه حقيقه الذى هو مفاد ليست التامه.

و يدل على ما ذكرناه أنه لو أريد من السلب نفى الاخوه حقيقه لزم القول بعدم وجوب مراعاة سائر الحقوق الثابته. من رد الاغتياب و نحوه، و هو بديهى البطلان.

و يضاف الى جميع ما ذكرناه أن الروايتين ضعيفتا السند.

و منها روايه يونس بن ظبيان[١] الداله على اختبار الاخوان بإتيانهم بالصلاه فى وقتها و برهم فى الاخوان، و إذا لم يحفظوهما فأعزبوا عنهم.

و فيه أن ظاهر الروايه كونها راجعه إلى ترك العشره و المجالسه مع من لا يهتم بالإتيان بالصلاه فى أوقاتها، و الإحسان للإخوان فى اليسر و العسر، فان المجالسه مؤثره كتأثير النار فى الحطب، و لذا نهى[٢] عن المجالسه مع العصاه و الفساق.

و أمر (١) بمجالسه العلماء و الصلحاء، و عليه فلا دلالة فيها على نفى الاخوه عمن لا يقوم بحقوق الاخوان. على أن الروايه مجهوله.

و على الجملة فلا وجه لتقييد المطلقات الوارده فى حقوق الإخوان بصورة قيامهم بذلك.

و لا- يخفى أن الميزان فى تأديه حقوق الاخوه هو الميزان فى الامتثال فى بقيه الأعمال المستحبه من أن الإتيان بجميعها تكليف بما لا يطاق، فتقع المزاحمه بينها فى مرحله الامتثال، فيؤتى الأهم فالأهم.

## حرمه القمار

### اشاره

قوله الخامسه عشره القمار حرام إجماعا. أقول: تحقيق الكلام فى حرمه القمار يقع فى جهتين، الاولى: فى حرمه بيع الآلات المعده للقمار وضعا و تكليفا، و قد تقدم الكلام فيه تفصيلا فى النوع الثانى.

الثانيه فى حرمه اللعب بها، و تنقيح الكلام هنا فى ضمن مسائل أربع، المسأله الاولى أنه لا- خلاف بين الفقهاء من الشيعة و السنه [١] فى حرمه اللعب بالآلات المعده للقمار مع المراهنه، و من هذا القبيل الحظ و النصيب المعروف فى هذا الزمان المعبر عنه فى الفارسيه بلفظ (بليط آزمايش بخت) نظير اللعب بالأقداح فى زمن الجاهليه «و سنتعرض لتفسير اللعب بالأقداح فى الهامش» بل على حرمه القمار ضروره مذهب الإسلام.

و تدل عليها الآيات [٢] المتظافره و الروايات المتواتره من طرقنا [٣]

ص: ٣٤٨

و من طرق السنه (١) و قد أشير الى حكمه التحريم فى قوله تعالى (٢): (إِنَّمَا يُرِيدُ الشَّيْطَانُ أَنْ يُوقِعَ بَيْنَكُمُ الْعَدَاوَةَ وَ الْبَغْضَاءَ فِى الْخَمْرِ وَ الْمَيْسِرِ وَ يُضَيِّدَكُمُ عَنْ ذِكْرِ اللَّهِ وَ عَنِ الصَّلَاةِ فَهَلْ أَنتُمْ مُنْتَهُونَ). فإن أخذ مال الناس بغير تجاره و مشقه موجب لإلقاء العداوه و البغضاء، و الاشتغال بلعب القمار يصد عن ذكر الله، و عن امتثال الأحكام الإلهيه.

### حرمه اللعب بالآلات المعده للقمار

بدون الرهن

المسأله الثانيه: فى اللعب بالآلات المعده للقمار بدون الرهن: بأن كان الغرض منه مجرد الانس و الفرح، كما هو المرسوم كثيرا بين الأمراء و السلاطين. و هذا أيضا لا- إشكال فى حرمة، بل فى المستند (٣) بلا- خلاف فيها، و قد وقع الخلاف فى ذلك بين العامه [١].

و كيف كان فقد استدل المصنف على حرمة بوجهين:

الأول: قوله «ع» فى روايه تحف العقول: (إن ما يجيء منه الفساد محضا لا يجوز التقلب فيه من جميع وجوه الحركات).

و فيه أولا: أنها ضعيفه السند، و قد تقدم. و ثانيا: أنها لا تدل إلا على صدق الكبرى من حرمة التقلب و التصرف فى كل ما يجيء منه الفساد محضا. و أما إحراز الصغرى فلا بد

ص: ٣٦٩

١-١) راجع ج ١٠ سنن البيهقى ص ٢١٣.

٢-٢) سوره المائده آيه: ٩٣.

٣-٣) ج ٢ ص ٣٣٧.

و أن يثبت من الخارج، و من الواضح أن كون الآلات المعده للقمار كذلك أول الكلام، إذ لو كان اللعب بها بدون مراهنه جائزا لم تكن كذلك، فلا يمكن إثبات الحرمة به، فإنه دور ظاهر.

الثانى: ما فى روايه أبى الجارود [١] من تفسير الميسر بالنرد و الشطرنج و بكل قمار الى أن قال «ع»: (و كل هذا بيعه و شراؤه و الانتفاع بشيء من هذا حرام من الله محرم).

فإنها تشمل بإطلاقها اللعب بالآلات المعده للقمار بدون الرهن.

و قد يقال: إن المراد بالقمار المذكور فى الروايه هو المعنى المصدرى «أعنى العمل الخارجى»، و عليه فتكون الروايه منصرفه إلى اللعب بالآلات المذكوره مع الرهن، كما أن المطلقات منصرفه إليه أيضا، و لكنها دعوى جزافيه، فإن المراد من القمار فيها هو نفس الآلات. و يدل عليه من الروايه قوله «ع»: (بيعه و شراؤه) و قوله «ع»:

(و أما الميسر فالنرد و الشطرنج).

و فيه أن الروايه و إن كانت صريحه الدلاله على المقصود، و لكنها ضعيفه السند.

ثم إن المصنف (ره) ذكر جملة من الروايات للتأييد، و ادعى عدم انصرافها الى اللعب الخارجى: منها ما عن مجالس المفيد الثانى ولد الشيخ الطوسى «ره» [٢] و هو قوله «ع»:

(كلما ألهى عن ذكر الله فهو من الميسر).

و فيه أولا: أن هذه الروايه ضعيفه السند. و ثانيا: أنها محموله على الكراهه، فإن كثيرا من الأمور يلهى عن ذكر الله و ليس بميسر، و لا بحرام، و إلا لزم الالتزام بحرمة كثير من الأمور الدنيويه، لقوله تعالى (١): (إِنَّمَا الْحَيَاةُ الدُّنْيَا لَعِبٌّ وَ لَهْوٌ).

بل قد أطلق اللهو على بعض الأمور المستحبه فى جملة من الروايات [٣] كسباق الخيل،

ص: ٣٧٠



و مفاكهه الاخوان، و ملاعبه الرجل أهله، و متعه النساء، فإنها من الأشياء المندويه فى الشريعه، و مع ذلك أطلق عليها اللهو، و توهم أن الملاهى غير المحرمه خارجه عن الحديث توهم فاسد، فإنه مستلزم لتخصيص الأكثر، و هو مستهجن.

و منها روايه الفضيل [١] عن النرد و الشطرنج و غيرهما من آلات القمار التى يلعب بها (فقال «ع»: إذا ميز الله بين الحق و الباطل فى أيهما يكون؟ قلت: مع الباطل؟ قال «ع»: فمالك و الباطل).

و فيه أولا: أنها ضعيفه السند. و ثانيا: أنه لا ملازمه بين البطلان و الحرمة.

و منها روايه زراره [٢] عن لعبه بعض أقسام القمار (فقال «ع»: أ رأيتك إذا ميز الله الحق و الباطل مع أيهما يكون؟ قلت: مع الباطل؟ قال «ع»: فلا خير فيه). و فيه أن نفى الخير أعم من الحرمة و الكراهه.

و منها روايه عبد الواحد بن المختار [٣] إنه سأل الإمام «ع» عن اللعب بالشطرنج؟ قال «ع»: (إن المؤمن لمشغول عن اللعب). فان إباطه الحكم باللعب تقتضى عدم اعتبار الرهن فى حرمة اللعب بالآلات المزبوره.

و فيه أن الروايه غريبه عما نحن فيه، فان الظاهر منها أخذ عنوان المؤمن موضوعا للاجتنا ب عن اللعب المطلق، و بما أنه لا دليل على حرمة على وجه الإطلاق حتى اللعب باليد و الأصابع و اللحيه و السبحه و نحوها، فتكون الروايه إرشادا إلى بيان شأن المؤمن من أنه لا يناسبه الاشتغال بالأمور اللاغيه، فإنها غير مفيده له فى دينه و دنياه.

و قد استدل على حرمة القمار بدون الرهن بالمطلقات الناهيه عن الميسر و القمار من الآيات و الروايات (و قد أشرنا إلى مصادرها فى هامش ما تقدم).

و أجاب عنه المصنف بوجهين، الأول: ان المطلقات منصرفه إلى الفرد الغالب، و هو

اللعب بالآلات المذكوره مع الرهن.

و فيه أولا: ان اللعب بالآلات القمار من غير رهن كثير في نفسه لو لم يكن أكثر من اللعب بها مع المراهنه، أو مساويا له في الكثره.

و ثانيا: ان مجرد غلبه الوجود في الخارج لا توجب الانصراف، نعم ان دعوى الانصراف إنما تصح إذا كان لها منشأ صحيح، كأن يكون الفرد النادر أو غير الغالب على نحو لا يراه العرف فردا للعمومات و المطلقات، كأنصراف الحيوان عن الإنسان في نظر العرف، مع انه من أكمل افراده، و لذا قلنا بانصراف الروايات المانعه عن الصلاه في غير المأكول عن الإنسان. و الوجه في ذلك ان العرف يرى الإنسان مباينا للحيوان حتى انه لو خوطب احد بالحيوان فان العرف يعد ذلك من السباب.

الثاني: ما أشار إليه ب قوله و في صدق القمار عليه نظر لما عرفت). و توضيح ذلك ان المستفاد من كلمات أهل العرف و اللغه [١] ان القمار و كك الميسر موضوع للعب بأي شيء مع الرهان، و يعبر عنه في لغة الفارس بكلمه (برد و بأخت) و عليه فاللعب بالآلات بدون الرهن خارج عن المطلقات موضوعا و تخصصا.

ص: ٣٧٢

نعم فى الجواهر(عن ظاهر الصحاح و المصباح و التكملة و الذيل انه قد يطلق على اللعب بها مطلقا مع الرهن و دونه).و الظاهر انه من باب المجاز،لعلاقته المشابهه و المشاكله، و لا أقل من الشك فى صدق مفهوم القمار عليه،و من المعلوم انه مع الشك فى الصدق لا يجوز التمسك بالمطلقات.

و كذلك لا- يجوز التمسك بقوله تعالى (١): «إِنَّمَا يُرِيدُ الشَّيْطَانُ أَنْ يُوقِعَ بَيْنَكُمُ الْعِدَاوَةَ وَ الْبُغْضَاءَ فِي الْخَمْرِ وَ الْمَيْسِرِ». فان العداوه إنما تتحقق مع الرهان، لا بدونه.

و التحقيق أن يستدل على الحرمة بالمطلقات (٢)الكثيره الناهيه عن اللعب بالنرد و الشطرنج و بكل ما يكون معدا للتقامر، فإنه لا شبهه أن اللعب بالأمر المذكوره يعم بما كان مع المراهنه أو بدونها.

و قد ناقش المصنف فى ذلك بانصراف المطلقات المذكوره إلى صوره اللعب بآلات القمار مع الرهن.و قد عرفت جوابه.و العجب منه(ره)أنه استبعد الانصراف فى روايه أبى الربيع الشامى [١]الناهيه عن الاقتراب من النرد و الشطرنج.ثم التزم به فى المطلقات المذكوره!مع أنهما من باب واحد،فإن النهى عن الاقتراب من النرد و الشطرنج كناية عن حرمة اللعب بهما.فشأن روايه أبى الربيع شأن المطلقات فى الانصراف و عدمه،و لكن الروايه ضعيفه السند.

ص:٣٧٣

١-١) سورة المائده آيه:٩١.

٢-٢) فى ج ٢ كا ص ٢٠١.و ج ١٠ الوافى ص ٣٦.و ج ٢ ثل باب ٦٣ تحريم كسب القمار ص ٥٤٦،و باب ١٣٢ تحريم اللعب بالنرد و باب ١٣٠ تحريم اللعب بالشطرنج ص ٥٦٧ مما يكتسب به.و ج ٢ المستدرک ص ٤٥٩.

بغير الآلات المعده للقمار المسأله الثالثه: المراهنه على اللعب بغير الآلات المعده للقمار، كالمراهنه على حمل الحجر الثقيل، و على المصارعه، و نطاح الكباش، و صراع البقر، و مهارشه الديكه و مضاربتها، و المراهنه على الطيور، و على الطفره و نحو ذلك مما عدوها فى باب السبق و الرمايه من غير الأفراد التى نص على جوازها.

و الظاهر أنه لا خلاف فى الجملة بين الشيعة و أكثر العامه [١] فى حرمه المراهنه على اللعب مطلقا و إن كان بغير الآلات المعده للقمار، نعم يظهر من الجواهر اختصاص الحرمه بما إذا كان اللعب بالآلات المعده له، و أما مطلق الرهان و المغالبه بغيرها فلا حرمه فيه. نعم تفسد المعامله عليه، و لا يملك الراهن جعله، فيحرم عليه التصرف فيه.

و ذكر المصنف (ره) أن الظاهر إلحاقه بالقمار فى الحرمه و الفساد، بل صرح العلامة الطباطبائى (ره) فى مصابحه بعدم الخلاف فى ذلك، ثم قال المصنف: (و هو ظاهر كل من نفى الخلاف فى تحريم المسابقه فيما عدا المنصوص مع العوض، و جعل محل الخلاف فيها بدون العوض).

و توضيح كلامه أن الخلاف فى حكم المسابقه بدون الرهن فى غير الموارد المنصوصه لا معنى له إلا فى الحرمه التكليفيه، فإن الحرمه الوضعيه عبارته عن فساد المعامله و عدم انتقال المال الى غير مالكه، و المفروض أنه ليس هنا رهن ليقع الاختلاف فى انتقاله الى غير مالكه و عدم انتقاله، فتعين أن يكون الخلاف فى هذه الصوره فى الحرمه التكليفيه فقط دون الحرمه الوضعيه.

و عليه فمقابله مورد الوفاق - أعنى حرمه المسابقه مع الرهن فى غير الموارد المنصوصه - بمورد الخلاف تقتضى أن يكون مورد الوفاق هو خصوص الحرمه التكليفيه، أو الأعم منها و من الحرمه الوضعيه. و أما تخصيص مورد الوفاق بخصوص الحرمه الوضعيه كما عرفته من ظاهر الجواهر فلا يلائم كلماتهم.

و كيف كان فقد استدل القائلون بالحرمة و الفساد بوجوه:

الأول:الإجماع.و فيه أن دعواه فى المقام على الحرمة و إن لم تكن جزافيه كما عرفت،و لكننا لا نطمئن بكونه إجماعا تعبديا،بل من المحتمل القريب استناده إلى سائر الوجوه المذكوره فى المسأله.

الثانى:صدق مفهوم القمار عليه بغير عنايه و علاقته،فقد عرفت أن الظاهر من أهل العرف و اللغه أن القمار هو الرهن على اللعب بأى شىء كان.و تفسيره باللعب بالآلات المعده للقمار دور ظاهر.

و يدل على ما ذكرناه ترادف كلمه القمار فى لغه الفرس لكلمه (برد و بأخت)بأى نحو تحقق،و من أوضح أفراده فى هذا الزمان الحظ و النصيب المعبر عن ذلك فى الفارسىه بلفظ (بليط آزمايش بخت)و إذا صدق عليه مفهوم القمار شملته المطلقات الداله على حرمة القمار و الميسر و الأزلام،و حرمة ما أصيب به من الأموال،غايه الأمر أن الموارد المنصوصه فى باب السبق و الرمايه قد خرجت عن هذه المطلقات.

الوجه الثالث:الروايات الكثيره الظاهره فى حرمة الرهان على المسابقه فى غير الموارد المنصوصه:منها ما دل[١]على نفاذ الملائكه عند الرهان و لعنها صاحبه ما خلا الحافر و الخف و الريش و النصل،و لكن جميعه ضعيف السند.

ص:٣٧٥

و منها ما عن تفسير العياشى [١] من أن الميسر هو الثقل الخارج بين المتراهنين، فيدل على الحرمة وضعا و تكليفا، و عليه فلا وجه لحمله على الحرمة الوضعيه فقط، كما صنعه المحقق الايروانى، و لكنه ضعيف السند.

و منها ما دل [٢] على أن كل ما قوم به فهو من الميسر حتى اللعب بالجوز و اللوز و الكعباب، و معنى المقامره هو المراهنه على اللعب كما عرفته فى الهامش آنفا.

و منها روايه إسحاق بن عمار [٣] الصريحه فى حرمة المقامره بالجوز و البيض و حرمة أكلهما، فإنها دلت على تحقق القمار باللعب بغير الآلات المعده له.

و تدل على هذا أيضا الروايه المشتمله على قى الإمام «ع» البيض الذى قامر به الغلام «و سيأتى الكلام فى هذه الروايه و بيان أنها ضعيفه السند».

و الحاصل: أن الرهن على اللعب بغير الآلات المعده للقمار حرام وضعا و تكليفا، فلا- وجه لإنكار الحرمة التكليفية، و الالتزام بخصوص الفساد، كما صنعه صاحب الجواهر.

و قد يستدل على ما ذهب اليه صاحب الجواهر بما فى صحيحه محمد بن قيس [١] الواردة فى مؤاكلة الشاه من أنه قال «ع»: (لا شىء فى المؤاكلة من الطعام ما قل منه أو كثر و منع غرامه فيه). بدعوى أن الامام «ع» لم يتعرض فيها لغير فساد المراهنه فى الطعام، و أنه ليس لها أثر يترتب عليها، و لو كانت المراهنه المزبوره محرمة تكليفا لردع عنها أيضا.

و أجاب المصنف عن ذلك بأن (هذا وارد على تقدير القول بالبطلان و عدم التحريم، لأن التصرف فى هذا المال مع فساد المعامله حرام أيضا فتأمل). و توضيح كلامه: أن سكوت الامام «ع» عن بيان الحرمة فى جهه لا يستلزم ثبوت الجواز فيها، و إلا لكانت الروايه داله على جواز التصرف فى مال الغير بناء على فساد هذه المعامله، لأن الإمام «ع» قد سكت عن بيان حرمة أيضا.

أقول: الظاهر أن الروايه أجنبيه عن المقام، و إنما هى مسوقه لبيان حكم عقد المؤاكلة فى الطعام، فان مالك الشاه قد أباحها لأشخاص معينين بشرط متأخر، و هو قوله إن أكلتموها فهى لكم). و اشترط عليهم الضمان إذا تخلف الشرط المذكور، و قال: (و إن لم تأكلوها فعليكم كذا و كذا). و قد حكم الامام «ع» بفساد هذه المعامله، و عدم ترتب الأثر عليها ب قوله لا- شىء فى المؤاكلة). و أنها ليست من المعاملات التى أمضاها الشارع كما أمضى المزارعه و المضاربه و المساقاه و غيرها.

و على هذا ففساد الروايه ينحل الى قضيتين: إحداهما موجه، و هى إباحه الشاه بشرط متأخر إباحه مالكيه. و الثانيه سالبه، و هى عدم تحقق الإباحه المالكيه مع تخلف الشرط المذكور. و حكم القضييه الاولى هو الجواز وضعا و تكليفا من غير غرامه على الأكلين.

و حكم القضييه الثانيه هو عدم الجواز وضعا، لا- تكليفا. فتثبت عليه غرامه الأكل، لكونه مشمولا لعمومات أدله الضمان، لا لأنها معاملة خاصه توجب الضمان بنفسها.

و يدل على ذلك من الروايه أمران، أحدهما: قوله «ع»: (لا شىء فى المؤاكلة).

فإن ظاهره ان الصادر بين مالك الشاه و أصحابه إنما هو عقد المؤاكلة فى الشاه.

و ثانيهما: قول المالك: (إن أكلتموها فهى لكم، و إن لم تأكلوها فعليكم كذا و كذا) فان ظاهره أن هذا القول من المالك صيغته لعقد المؤاكلة، و أن المتعاملين بها يحاولون إيجاد معاملة خاصة كسائر المعاملات المقرره فى الشريعة المقدسه.

و قد علم من الوجهين المذكورين: أن كلمه (أكل) فى قول السائل: (فى رجل أكل و أصحاب له شاه). إنما هو فعل ماض من باب المفاعله، و ليس باسم فاعل من الثلاثى المجرد، و لا- فعل ماض منه كما هو واضح. و نظير هذه المعامله كثير الوقوع بين أهل العرف، فيقول أحدهم لصاحبه: إن أكلت كذا مقداراً من الثمره أو إن سكنت فى هذه الدار سنه واحده فليس عليك شىء، و إلا فعليكم كذا و كذا.

قوله ثم إن حكم العوض من حيث الفساد حكم سائر المأخوذ بالمعاملات الفاسده).

أقول: حكم المأخوذ بالقمار و كذلك حكم المأخوذ بسائر المعاملات الفاسده هو وجوب رد عينه مع البقاء، وورد بدله من المثل أو قيمه مع التلف، و يأتى الكلام إنشاء الله على هذا فى البحث عن المقبوض بالعقد الفاسد.

قوله و ما ورد [١] من قى الإمام (عليه السلام) البيض الذى قامر به الغلام. أقول: لم يتوهم أحد و لا موقع للتوهم أيضا ان القى من جهه رد البيض الى المالك، فان أكل الحرام لا يجب عليه رد عينه و لو كان عالماً عامداً فضلاً عما إذا تناوله جاهلاً، لأن الطعام بعد المضغ يعد فى العرف تالفاً، خصوصاً بعد وصوله إلى المعده، أما بعد القى فإنه يعد من القذارات العرفيه، و إنما الوجه فى ذلك هو تنزه الامام (عليه السلام) ان لا- يصير الحرام الواقعى جزءاً من بدنه، بل الظاهر من الروايه ان البيض قد اشتراه الغلام للإمام (عليه السلام) و لكنه قامر به فى الطريق، فلا موضوع هنا للضمان.

و لو سلمنا ان الامام (عليه السلام) لم يكن مالكا للبيض فيمكن ان يقال: إن الأموال كلها للإمام (عليه السلام)، لأنه أولى بالناس من أنفسهم، و يؤيده ما دل على ان الأرض و ما يخرج منها له (عليه السلام). و على هذين الوجهين فى الامام البيض إنما هو لثلا يكون ما أصيب به



القمار جزءاً من بدنه.

و كيف كان فقد أورد المصنف على الروايه (بأن ما كان تأثيره كذلك يشكل أكل المعصوم له جهلاً بناء على عدم إقدامه على المحرمات الواقعيه الغير المتبدله بالعلم، لا جهلاً، و لا غفله، لأن ما دل على عدم جواز الغفله عليه فى ترك الواجب و فعل الحرام دل على عدم جواز الجهل عليه فى ذلك).

و يمكن ان يقال: إن الاعتراض على الروايه مبنى على كون علم الأئمه بالموضوعات حاضراً عندهم من غير توقف على الإراده، و قد دلت عليه جمله من الروايات، كما أن علمهم بالأحكام كذلك.

و أما بناء على ان علمهم بالموضوعات تابع لإرادتهم و اختيارهم (كما دلت عليه جمله أخرى من الروايات) فلا يتوجه الاشكال على الروايه، لإمكان صدور الفعل عنهم (عليه السلام) جهلاً قبل الإراده. و لكن الذى يسهل الخطب أن البحث فى علم الامام من المباحث الغامضه، و الأولى رد علم ذلك الى أهله، كما ذكره المصنف (ره). على ان الروايه المذكوره ضعيفه السند.

### حكم المسابقه بغير رهان

فى ما عدا الموارد المنصوصه

قوله الرابعه المغالبه بغير عوض فى غير ما نص على جواز المسابقه فيه. أقول:

المشهور بين الأصحاب هو عدم جواز المسابقه بغير رهان فى ما عدا الموارد المنصوصه، كالمصارعه، و حمل الأثقال، و الجرى على الاقدام، و كالمسابقه على السفن و البقر و الكلاب و الطيور، و المكث فى الماء، و حفظ الأخبار و الأشعار، و رمى البنادق، و الوقوف على رجل واحده و غيرها. و قد ذهب بعض الأصحاب و جمع من العامه [١] إلى الجواز.

و يمكن الاستدلال على الحرمة بوجوه:

الأول: دعوى الإجماع عليها، و قد ادعاه غير واحد من الأصحاب.

و فيه أن من المحتمل القريب استناده الى الوجوه الآتية، فليس هنا إجماع تعبدى، و من هنا علله بعض الأعاضم من الأصحاب بعموم النهى عن المسابقه إلا فى ثلاثه.

الثانى: ما ورد فى جملة من الأحاديث [١] من نفى السبق إلا فى خوف أو حافر أو نصل بدعوى أن السبق بالسكون مصدر لكلمه سبقه الى كذا أى تقدمه و خلفه و غلبه على كذا فيراد من نفيه نفى مشروعيه المسابقه و المغالبه و إن لم يكن فيها رهان. فيكون مفاده كمفاد لا رهانيه و لا نجش فى الإسلام.

و فيه أن ذلك إنما يتم لو كان المذكور هو السبق بسكون الباء، و لم يثبت ذلك، بل فى المسالك أن قراءه الفتح هى المشهور. و السبق بالفتح هو العوض الذى يترهن عليه المتسابقون و عليه فلا- تدل الروايه إلا- على تحريم المراهنه فقط. بل قال المصنف: إنها (غير ظاهره فى فى التحريم أيضا، لاحتمال إرادته فسادها. بل هو الأظهر، لأن نفى العوض ظاهر فى نفى استحقاقه، و إرادته نفى جواز العقد عليه فى غايه البعد). و مع الإغضاء عن ثبوت قراءه الفتح، فالروايه مجمله، فلا- يجوز التمسك بها إلا فى الموارد المتيقنه على أنها ضعيفه السند.

ثم إنه أورد المصنف على قراءه السكون بأنه (على تقدير السكون فكما يحتمل نفى الجواز التكليفي فيحتمل نفى الصحه، لوروده مورد الغالب من اشتمال المسابقه على العوض).

و فيه أولا: أن المسابقه بدون المراهنه كثيره فى نفسها. و ثانيا: أن غلبه الوجود بمجردها لا توجب الانصراف.

الثالث: أن مفهوم القمار صادق على مطلق المغالبه و لو بدون العوض، كما يدل عليه ما تقدم فى بعض الروايات من تسميه اللعب بالشطرنج بدون المراهنه قمارا، و عليه فتشمله الإطلاقات الداله على حرمة القمار.

و فيه أنك قد عرفت فيما سبق آنفا: أن الرهان مأخوذ فى مفهوم القمار، سواء كان اللعب بالآلات المعده له أم لا، فالمسابقه بغير المراهنه خارجه عن القمار موضوعا. و إطلاق القمار عليها أحيانا لا يدل على الحقيقه، فإنه أعم من الحقيقه و المجاز، و حرمة اللعب بالنرد و الشطرنج من جهه الأدله الخاصه، لا من جهه صدق مفهوم القمار عليه.

و لو سلمنا أن إطلاق القمار على المسابقه الخاليه عن العوض على سبيل الحقيقه فإن السيره القطعيه قائمه على جوازها، كالسباحه و المصارعه و المكاتبه و المشاعره و غيرها، خصوصا إذا كان الفعل أمرا قريبا، كبناء المساجد و القناطر و المدارس، فإن في ذلك فليتنافس المتنافسون.

الرابع: أنه قد علل تحريم اللعب بالنرد و الشطرنج في بعض الأخبار المتقدمه في الهامش آنفا: بأنه من اللهو و الباطل، و هو جار فيما نحن فيه أيضا، بل ورد من طرق الخاصه و العامه أن كل لهو المؤمن باطل إلا في ثلاث (و قد تقدم في الحاشيه) و هو بإطلاقه شامل للمقام، و قد تقدم أيضا أن (كلما ألهى عن ذكر الله فهو من الميسر). و من الواضح ان المسابقه و إن كانت بغير عوض تلهى عن ذكر الله.

و فيه أنه لا دليل على حرمه مطلق اللهو كما عرفت، و ستعرفه في البحث عن حرمه اللهو فان كثيرا من الأمور لهو و هو ليس بحرام كاللعب بالأحجار و الأشجار و السبحة و اللحيه و أزرار الثوب و نحوها. على أنه لا ملازمه بين ما نحن فيه و بين اللهو، فإن النسبه بينهما هي العموم من وجه، إذ كثيرا ما تكون المسابقه للأغراض العقلانيه من تربيته البدن و معالجته و التنزه و التفریح كما هو واضح.

### حرمه القيادة

قوله السادس عشره القيادة حرام. أقول: و هي في اللغة السعى بين الشخصين لجمعهما على الوطى المحرم، و قد يعبر عنها بكلمه الديانته، و لا شبهه في حرمتها وضعاً و تكليفاً بل ذلك من ضروريات الإسلام، و هي من الكبائر الموبقه و الجرائم المهلكه.

و في مرسله الشيخ الورام (1) عن النبي (صلى الله عليه و آله) عن جبرئيل قال: (اطلعت على النار فرأيت في جهنم و أديا يغلى فقلت: يا مالک لمن هذا؟ فقال: لثلاثه: المحتكرين و المدمنين للخمر و القوادين). و قد تقدم في روايه سعد الإسكاف و غيرها (2) تفسير الواصله و المستوصله بذلك.

و في روايه ابن سنان (3) عن حد القواد؟ قال «ع»: (يضرب ثلاثه أرباع حد الزانى

ص: ٣٨١

١-١) راجع ج ٢ ثل باب ٢٧ تحريم الاحتكار من آداب التجاره ص ٥٧٩.

٢-٢) ص ١٩٩.

٣-٣) راجع ج ٣ ثل باب ٥ من حد القيادة ص ٤٣٨.

خمسه و سبعين سوطا و ينفى من المصر الذى هو فيه). و فى بعض الأحاديث (١): (لا يدخل الجنه عاق و لا منان و لا ديوث). و فى عيون الأخبار (٢): (و أما التى كانت تحرق وجهها و بدنها و هى تجر أمعاؤها فإنها كانت قواده). و قد ورد اللعن و التوعيد على القواد فى بعض الأحاديث [١].

### حرمه إتيان القائف

و ترتيب الأثر على قوله

قوله السابعه عشره القيافه حرام فى الجملة. أقول: القيافه فى اللغه [٢] معرفه الآثار و شبه الرجل بأخيه و أبيه، و الظاهر أنه لا شبهه فى جواز تحصيل العلم أو الظن بأنساب الأشخاص بعلم القيافه و بقول القافه، و لم يرد فى الشريعه المقدسه ما يدل على حرمه ذلك. و ما ورد فى حرمه إتيان العراف و القائف لا مساس له بهذه الصوره، و إنما المراد منه حرمه العمل بقول القافه، و ترتيب الأثر عليه كما سيأتى، و مع الشك فى الحرمه و الجواز فى هذه الصوره يرجع الى الأصول العمليه.

ثم إنه لا شبهه فى حرمه الرجوع الى القائف و ترتيب الآثار على قوله، و فى الكفايه لا أعرف فيها الخلاف. و فى المنتهى الإجماع على ذلك. خلافاً لأكثر العامه [٣] فإنهم جوزوا

ص: ٣٨٢

١- ١) راجع ج ٢ المستدرک باب ٢٣ تحريم إتيان العراف مما يكتسب به ص ٤٣٥.

٢- ٢) راجع ج ٣ نل باب ١١٧ جمله ما يحرم على النساء من مقدمات النكاح ص ٢٧.

العمل بقول القافه استنادا إلى جمله من الروايات الواردة من طرقهم «و سنشير إليها».

و تدل على حرمه العمل بقول القافه الآيات الداله على حرمه العمل بغير علم، و على حرمه اتباع الظنون، و أنها لا تغنى من الحق شيئا «و قد تقدمت هذه الآيات (1)» فان نفى النسب عن شخص أو إلحاقه به بالاستحسانات الحاصله من ملاحظه أعضاء البدن على النحو الذى تقرر فى علم القيافه لا يتفق و القواعد الشرعيه، فإنه هدم لأحكام الإرث المترتبه على التوالد الشرعى، و أيضا قد ثبت فى الشريعة أن الولد للفراش، بل هو من القواعد المسلمه بين الفريقين، و العمل بالقيافه ينافيها فى كثير من الموارد.

و يضاف الى ما ذكرناه أن النسب إذا لم تقم على ثبوته أماره شرعيه فإن الاستصحاب يقتضى نفيه، و لا يجوز رفع اليد عنه إلا بالأمارات المعتمره شرعا، و ليست القيافه منها.

و أما ما ورد فى أحاديث العامه [1] من العمل بقول القافه فلا يصلح أن يكون رافعا للاستصحاب، فإنه مضافا الى ضعف السند فيها أنه مناف لما ورد فى المنع عن العمل بعلم

ص: ٣٨٣

القيافه فى بعض أحاديث الشيعة [١]. و فى روايه الجعفرىات (١) جعل من السحت أجر القافى و قد استشهد المصنف (ره) على حرمه العمل بقول القافه بروايه زكريا بن يحيى [٢] الوارده فى قصه أبى الحسن الرضا «ع»، و إثبات بنوه ابنه الجواد «ع» و إمامته بالرجوع إلى القافه حيث زعموا ما كان فىنا إمام قط حائل اللون.

و لكن لم نجد فى الروايه ما يستشهد به لذلك، بل الظاهر منها أن الشيعة أيضا كانوا يعتقدون بقضاء رسول الله (صلى الله عليه و آله) بقول القافه، و أن الرضا «ع» لم ينكر عليهم ذلك.

نعم یرد على الروايه وجوه، الأول: أنها ضعيفه السند.

الثانى: أنها مخالفه لضروره المذهب، فإنها اشتملت على عرض أخوات الإمام و عماته على القافه، و هو حرام لا- يصدر من الإمام «ع». و توهم أن ذلك من جهه الاضطراب و هو يبيح المحظورات توهم فاسد، إذ لم تتوقف معرفه بنوه الجواد للرضا «ع» على إحضار النساء.

الثالث: أن الجماعه الذين بغوا على الرضا «ع» لينفوا بنوه الجواد «ع» عنه لو كانوا معتقدين بامامه الرضا «ع» لما احتاجوا إلى القافه بعد إخباره بالبنوه.

ص: ٣٨٤

---

١- ١) راجع ج ٢ المستدرک باب ٢٣ تحريم إتيان القافه مما يكتسب به ص ٤٣٤.

قوله الثامن عشره: الكذب حرام بضروره العقول و الأديان، و يدل عليه الأدله الأربعة. أقول: لا شبهه في حرمة الكذب، فإنه من قبائح الذنوب، و فواحش العيوب بل هو مفتاح الشرور، و رأس الفجور، و من أشد الجرائم، و أكبر الكبائر و حرمة من ضروريات مذهب الإسلام، بل جميع الأديان، و قد استدل عليها المصنف بالأدله الأربعة.

أما الكتاب و السنه الوارده لدى الخاصه (١) و العامه (٢) في ذلك فذكرهما مما لا يحصى.

و أما الإجماع فمن المحتمل القريب، بل المقطوع به أنه مستند الى الكتاب و السنه، فلا يكون هنا إجماع تعبدى، كما هو واضح.

و أما العقل فإنه لا يحكم بحرمة الكذب بعنوانه الأولى مع قطع النظر عن ترتب المفسده و المضره عليه، و كيف يحكم العقل بقبح الإخبار بالأخبار الكاذبه التي لا تترتب عليها مفسده دنيويه أو أخرويه. نعم إذا ترتب عليه شيء من تلك المفساسد، كقتل النفوس المحترمه و هتك الأعراض المحترمه، و نهب الأموال، أو إيذاء الناس و ظلمهم، و نحوها من العناوين المحرمه، فإن ذلك محرم بضروره العقل، و لكنه لا يختص بالكذب، بل يجرى في كل ما استلزم شيئاً من الأمور المذكوره و لو كان صدقاً.

### الكذب من الكبائر

قوله أحدهما في أنه من الكبائر. أقول: قد عرفت في مبحث الغيبه تحقيق الحال في كون معصيه كبيره. و قد استدل المصنف على كون الكذب من الكبائر في الجمله بعده من الروايات:

منها روايتنا الأعمش و عيون الأخبار (٣) حيث جعل الامام «ع» الكذب من الكبائر

ص: ٣٨٥

١-١) راجع أصول الكافي بهامش ج ٢ مرآه العقول ص ٣٢٤. و ج ٣ الوافي ص ١٥٧. و ج ٢ ثل باب ١٣٨ تحريم الكذب من عشره الحج ص ٢٣٣. و ج ٢ المستدرک ص ١٠٠.

٢-٢) راجع ج ١٠ سنن البيهقي ص ١٩٥. و ج ٣ إحياء العلوم ص ٩٣.

٣-٣) راجع ج ٢ ثل باب ٤٥ تعيين الكبائر من جهاد النفس ص ٤٦٥.

فى هاتين الروائتين. و فىه أنهما و إن كانتا ظاهرتين فى المقصود، و لكنهما ضعيفه السند [١] و منها قوله «ع» فى روايه عثمان بن عيسى [٢]: (إن الله جعل للشرا أقفالا و جعل مفاتيح تلك الأقفال الشرا و الكذب شر من الشرا).

و فىه أولا: أنها ضعيفه السند. و ثانيا: أنها مخالفه للضروره، إذ لا يلتزم فقيهه، بل و لا متفقه بأن جميع أفراد الكذب شر من شرب الخمر، فإذا دار الأمر فى مقام الاضطرار بين ارتكاب طبيعى الكذب- و لو بأن يقول المكروه (بالفتح): إن عمر فلان مائه سنه مع أنه ابن خمسين- و بين شرب الخمر فلا يحتمل أحد ترجيح شرب الخمر على الكذب.

و مما ذكرناه ظهر الجواب عما دل [٣] على أن المؤمن إذا كذب بغير عذر كتب الله عليه بتلك الكذبه سبعين زنيه أهونها كمن يزنى مع أمه. و من الواضح أن الزناء بالأم من أكبر الكبائر، فكك، على أن هذه الروايه أيضا ضعيفه السند. و يضاف الى ذلك ما ذكرناه فى مبحث الغيبه، و هو أن كل واحد من الذنوب مشتمل غالبا على خصوصيه لا توجد فى غيره، و كونه أشد من غيره فى هذه الخصوصيه لا يستلزم كونه أشد منه فى جميع الجهات.

نعم قد يكون بعض أفراد الكذب أشد من شرب الخمر و الزناء، كالكذب على الله، و على رسوله، و كالكذب لقتل النفس المحترمه، و لإثاره الفتنة و نحوها، و لا مضايقه فى جعله حينئذ من الكبائر.

و منها ما عن العسكرى «ع» (١) فإنه قال: (جعلت الخبائث كلها فى بيت و جعل مفتاحها الكذب). بدعوى أن ما يكون مفتاحا للخبائث كلها لا بد و أن يكون كبيره.

و فىه أولا: أن الروايه ضعيفه السند. و ثانيا: لا- ملازمه بين كون الشىء مفتاحا للخبائث و بين كونه معصيه فضلا عن كونه من الكبائر، فإنه قد يكون الشىء غير محرم، و مع ذلك يكون مفتاحا للحرام، كالشبهات و مقدمات الحرام، و عليه فشان هذه الروايه شأن الروايات الآمره بالاجتناب عن الشبهات، فهى غير داله على حرمه الكذب فضلا عن

ص: ٣٨٤



قوله و يمكن الاستدلال على كونه من الكبائر بقوله تعالى (١): «إِنَّمَا يَفْتَرِي الْكَاذِبُ الَّذِينَ لَا يُؤْمِنُونَ بِآيَاتِ اللَّهِ». أقول: وجه الدلالة أنه تعالى جعل الكاذب غير مؤمن بآيات الله كافرا بها.

و فيه أن الآية و إن كانت ظاهره الدلالة على كون الكذب المذكور فيها من الكبائر، و لكن الظاهر من ملاحظه الآية و ما قبلها أن المراد بالكاذبين فى الآية الشريفه هم الذين يفترون على الله و على رسوله فى آيات الله، كاليهود و المشركين، لزعمهم أن ما جاء به النبى (صلى الله عليه و آله) كله من تلقاء نفسه و مفتريات شخصه، و قد رد الله كلامهم عليهم بقوله عز من قائل: (إِنَّمَا يَفْتَرِي الْكَاذِبُ). و على هذا فالكذابون المذكورون فى الآية لم يؤمنوا بالله و برسوله و بالمعاد من الأول، لا أن الكذب أوجب خروجهم عن الإيمان لكى تدل الآية على مقصد المصنف.

قوله كونه من الكبائر من غير فرق بين أن يترتب على الخبر الكاذب مفسده و أن لا يترتب عليه شىء أصلا. أقول: ذهب المصنف تبعا لظاهر الفاضلين و الشهيد الثانى الى أن الكذب مطلقا من الكبائر، سواء ترتبت عليه مفسده أم لا، و استند فى رأيه هذا إلى الإطلاقات المتقدمه التى استدل بها على كون الكذب من الكبائر، ثم أيدته بقول النبى (صلى الله عليه و آله) فى وصيته [١] لأبى ذر رضوان الله عليه: (ويل للذى يحدث فيكذب ليضحك به القوم ويل له ويل له ويل له). بدعوى أن الأكاذيب المضحكه لا يترتب عليها الإيقاع فى المفسده إلا نادرا.

و الوجه فى جعلها من المؤيدات ما ذكره المصنف فى مبحث الكبائر من رسالته فى العداله و هو أن من الموازين التى تعد به الخطيئه كبيره و رود (النص المعتبر على أنها مما أوجب الله عليها النار). و من الواضح أن الوصيه المذكوره ضعيفه السند.

أقول: قد عرفت أن الإطلاقات المتقدمه لا تنهض لإثبات المطلوب، إما لضعف السند فيها، أو لضعف الدلاله، و كذلك الشأن فى روايه أبى ذر، فهى و إن كانت ظاهره فى المقصود، و لكن قد عرفت أنها ضعيفه السند.

و التحقيق أنه لا دليل على جعل الكذب مطلقا من الكبائر، بل المذكور فى روايه أبى

خديجه [١]: (الكذب على الله و على رسوله و على الأوصياء (صلى الله عليه و آله) من الكبائر) فإن الظاهر منها أنها مسوقة للتحديد، و بيان أن الكذب الذى يعد كبيره إنما هو الكذب الخاص، و عليه فتقيد بها المطلقات المتقدمه الظاهره فى كون الكذب بمطلقه من الكبائر بناء على صحتها من حيث السند و الدلاله، و لكن روايه أبى خديجه المذكوره ضعيفه السند.

و فى مرسله الفقيه (١): (من قال على ما لم أقله فليتبوأ مقعده من النار). فان الظاهر منها أن الكذب على الرسول من الكبائر بناء على تفسير الكبيره بما أوعده الله عليه النار فى الكتاب العزيز أو فى السنه المعتمده. و عليه فيدخل فيه الكذب على الله و على أوصيائه «ع» لملازمتهما للكذب على النبى (صلى الله عليه و آله)، و لكن الروايه ضعيفه السند.

و فى بعض الأحاديث (٢) أن شهاده الزور و اليمين الغموس «الكاذبه التى يتعمدها صاحبها» من الكبائر.

و مما يؤيد أن الكذب ليس مطلقا من الكبائر ما ورد فى مرسله سيف بن عميره (٣) من التحذير عن الكذب الصغير و الكبير، فان انقسام الكذب الى الصغير و الكبير يدل على عدم كونه مطلقا من الكبائر إلا أن الروايه مرسله.

و فى روايه ابن الحجاج [٢] ما يشعر بعدم كون الكذب مطلقا من الكبائر.

ص: ٣٨٨

---

١-١) راجع المصدر المزبور من ج ٢ ثل ص ٢٣٤.

٢-٢) راجع الباب ٤٥ المتقدم من ج ٢ ثل ص ٤٦٣.

٣-٣) راجع كما بهامش ج ٢ مرآه العقول ص ٣٢٤. و ج ٣ الوافى ص ١٥٧. و ج ٢ ثل باب ١٤٠ تحريم الكذب فى الصغير و الكبير من عشره الحجج ص ٢٣٤.

و لكن الذى يعظم الخطب ما تقدمت الإشاره إليه فى مبحث الغيبه من أنه لا أثر لهذه المباحث،فان الذنوب كلها كبيره و إن كان بعضها أكبر من بعض،و لذا اختلفت الاخبار فى تعدادها.و لو سلمنا انقسامها إلى الصغيره و الكبيره فإن جميعها مضره بالعداله،فإن العداله هى الاستقامه و الاعتدال،فأى ذنب ارتكبه المكلف فإنه يوجب الخروج عنها.

### حرمه الكذب فى الهزل و الجد

هل يحرم الكذب مطلقا و إن كان صادرا بعنوان الهزل،أو تختص حرمة بالكذب الجدى؟فنقول:إن الكذب المسوق للهزل على قسمين:فإنه قد يكون الهازل بكذبه مخبرا عن الواقع،و لكن بداع المزاح و الهزل من دون أن يكون إخباره مطابقا للواقع، كأن يخبر أحدا بقدوم مسافر له أو حدوث حادث أو وصول حاجه ليغتر المخاطب بقوله، فيرتب عليه الأثر،فيضحك منه الناس،و هذا لا- شبهه فى كونه من الكذب،فإنه عباره عن الخبر غير الموافق للواقع،و اختلاف الدواعى لا يخرججه عن واقعه و حقيقته،و إذن فيكون مشمو لا لما دل على حرمه الكذب.

و قد يكون الكلام بنفسه مصداقا للهزل،بحيث يقصد المتكلم إنشاء بعض المعانى بداعى الهزل المحض من غير أن يقصد الحكايه عن واقع ليكون إخبارا،و لا يستند الى داع آخر من دواعى الإنشاء.

و مثاله أن ينشئ المتكلم وصفا لأحد من حضار مجلسه بداعى الهزل،كإطلاق البطل على الجبان و الزكى على الأبله و العالم على الجاهل،و هذا لا دليل على حرمة مع نصب القرينه عليه كما استقر به المصنف.

و الوجه فى ذلك هو أن الصدق و الكذب إنما يتصف بهما الخبر الذى يحكى عن المخبر به، و قد عرفت:أن الصادر عن الهازل فى المقام ليس إلا الإنشاء المحض،فيخرج عن حدود الخبر موضوعا.

و قد يقال:بالحرمه هنا أيضا،لإطلاق جمله من الروايات:منها مرسله سيف المتقدمه،فإنها ظاهره فى وجوب الاتقاء عن صغير الكذب و كبيره فى الجد و الهزل على وجه الإطلاق و فيه مضافا الى كونها ضعيفه السند،أن إنشاء الهزل خارج عن الكذب موضوعا كما عرفت،فلا يشمله ما دل على حرمه الكذب.و من هنا ظهر الجواب عن التمسك بروايه

أبى ذر المتقدمه من إثبات الويل لمطلق الكاذب، كما ظهر الجواب عن روايه الحارث الأعور[١] على أن كلمه (لا يصلح) فيها ظاهره فى الكراهه المصطلحه دون الحرمة، كما أن قوله «ع» فى روايه الأصمغ[٢]: (لا يجد العبد طعم الإيمان حتى يترك الكذب هزله وجده).

لا- يستفاد منه أزيد من الكراهه، فإن المكروهات مانعه أيضا عن وجدان المؤمن طعم إيمانه و كذلك ظهر الجواب عن روايه الخصال[٣].

### بيان حقيقه الوعد و اقسامه

قوله و كيف كان فالظاهر عدم دخول خلف الوعد فى الكذب)، أقول: لا بأس بتوضيح حقيقه الوعد، و بيان حكم الخلف فيه. أما حقيقه الوعد فإنه يتحقق بأحد أمور ثلاثه، الأول: أن يخبر المتكلم عن عزمه على الوفاء بشىء، كأن يقول لواحد: إني عازم على أن أعطيك درهما، أو انى ملتزم بالمجىء الى ضيافتك، أو على إعظامك و إكرامك، و لا شبهه فى كون هذا من أفراد الخبر، غايه الأمر أن المخبر به من الأفعال النفسانيه أعنى العزم على الفعل الخارجى نظير الإخبار عن سائر الأمور النفسانيه من العلم و الظن و الشك و الوهم. و عليه فان كان حين الإخبار عازما فهو صادق و إلا فهو كاذب، فتشمله أدله حرمة الكذب، و يكون خارجا عن المقام.

الثانى: أن ينشئ المتكلم ما التزمه بنفس الجملة؟؟ التى تكلم بها بأن يقول: لك على كذا درهما أو ديناراً أو ثوباً، و نظيره صيغ النذر و العهد، كقولك لله على أن أفعل كذا، و لا ريب ان مثل هذه الجمل إنشائية محضه، فلا تتصف بالصدق، و لا بالكذب بالمعنى المتعارف، بل الصدق و الكذب فى ذلك بمعنى الوفاء بهذا الالتزام و عدم الوفاء به.

الثالث: ان يخبر المتكلم عن الوفاء بأمر مستقبل، كقوله: أجيئك غداً، أو أعطيك

درهما بعد ساعه، أو أدعوك إلى ضيافتى بعد شهر، و هذه جمل خبريه بالحمل الشائع و لكنها مخبره عن أمور مستقبله، كسائر الجمل الخبريه الحاكيه عن الحوادث الآتيه، كالأخبار عن قدوم المسافر غدا، و عن نزول الضيف يوم الجمعة، و عن وقوع الحرب بين السلاطين بعد شهر. و لا شبهه في انصاف هذا القسم من الوعد بالصدق و الكذب، فإنها عباره عن موافقه الخبر للواقع و عدم موافقته له من غير فرق بين أنواع الخبر، و هو واضح.

و أما حرمه الكذب هنا فان تنجزها يتوقف على عدم إحراز تحقق المخبر به في ظرفه، فيكون النهى عنه منجزا ح. و أما لو أحرز حين الإخبار تحقق الوفاء بوعده في ظرفه، و لكن بدا له، أو حصل له المانع من باب الاتفاق، و أصبح مسلوب الاختيار عن الإتمام و الإنهاء لم تكن الحرمة منجزه و إن كان إخباره هذا في الواقع كذبا. و أما حكم المقام من حيث خلف الوعد فسيأتى التكلم عليه.

و من هنا اتضح أن النسبه بين حرمه الكذب و بين خلف الوعد هي العموم من وجه، فإنه قد يتحقق الكذب المحرم حيث لا مورد لخلف الوعد، و قد يوجد خلف الوعد حيث لا يوجد الكذب المحرم، و قد يجتمعان.

و قد ظهر من مطاوى ما ذكرناه ان الإخبار إذا كان عن الأمور المستقبله كان صدق الخبر و كذبه منوطين بتحقق المخبر به في ظرفه على نحو الشرط المتأخر و عدم تحققه فيه.

و عليه فإذا كان عازما على الوفاء بوعده حين الإخبار فهل يجب عليه البقاء على عزمه هذا ما لم يطرأ عليه العجز صوتا لكلامه عن الاتصاف بالكذب، أو لا- يجب عليه ذلك؟ الظاهر هو الثانى، فإنه لا دليل على وجوب إتمام العزم، و على حرمه العدول عنه لكى لا- يتصف كلامه السابق بالكذب، و نظير ذلك الإخبار عن عزمه على إيجاد فعل فى الخارج، كإرادته السفر و نحوه، و لم يتوهم احد وجوب البقاء على عزمه السابق لثلا يتصف كلامه بالكذب على نحو الشرط المتأخر، و اما الأدله الناهيه عن الكذب فهي مختصه بالكذب الفعلى، فلا تشمل غيره كما سيأتى.

قد عرفت: ان حقيقه الوعد إنما تتحقق بأحد أمور ثلاثه. و اما المراد من خلفه فهو نقض ما التزم به و ترك ما وعده و عدم إنهائه و إتمامه. فهل هذا حرام أم لا؟ قد يقال بالحرمة بدعوى انه من افراد الكذب، فيكون مشمولاً لعموم ما دل على حرمة.

و لكنها دعوى جزافيه، فإن ما دل على حرمة الكذب يختص بالكذب الفعلى الابتدائى، فلا يشمل الكذب فى مرحله البقاء، و إن شئت قلت: المحرم إنما هو إيجاد الكلام الكاذب لا إيجاد صفه الكذب فى كلام سابق.

و نظير ذلك ما حققناه فى كتاب الصلاه فى البحث عن معنى الزيادة فى المكتوبه، و قلنا:

إن المراد بها هو الزيادة الابتدائيه: أى الشىء الذى لا يطابق المأمور به حين صدوره من الفاعل، بحيث إذا وجد لم يوجد إلا بعنوان الزيادة.

و عليه فإذا أوجد المصلى شيئاً فى صلاته بعنوان الجزئيه أو الشرطيه، ثم بدا له ما أخرجه عن عنوانه الأولى، و ألحقه بالزيادة لم يكن محكوماً بحكم الزيادة فى الفريضه، فلا تشمله قوله «ع» (١): (من زاد فى صلاته فعليه الإعاده).

و كذلك فى المقام، فإن ما دل على حرمة الكذب مختص بالكذب الابتدائى الفعلى المعنون بعنوان الكذب حين صدوره من المتكلم. أما إذا وجد كلام فى الخارج، و هو غير متصف بالكذب، و لكن عرض له ما ألحقه بالكذب بعد ذلك فلا يكون حراماً، لأنصراف ما دل على حرمة الكذب عنه و إن صدق عليه مفهوم الكذب حقيقه من حيث مخالفه المتكلم لوعده و عدم جريه على وفق عهده، و لذا يطلق عليه وعد كاذب و وعد مكذوب، كما يطلق على الوفاء به وعد صادق و وعد غير مكذوب.

و قد استدل على حرمة مخالفه الوعد على وجه الإطلاق بالأخبار الكثيره [١] الداله

ص: ٣٩٢

(١-١) راجع ج ١ ثل باب ١٩ بطلان الفريضه بالزيادة من الخلل ص ٥١٤.

على وجوب الوفاء به.

أقول: الروايات الواردة في هذا المقام كثيرة جدا، وكلها ظاهره في وجوب الوفاء بالوعد، وحرمة مخالفته، ولم نجد منها ما يكون ظاهرا في الاستحباب. ولكن خلف الوعد حيث كان يعم به البلوى لجميع الطبقات في جميع الأزمان، فلو كان حراما لاشتهر بين الفقهاء كاشتهار سائر المحرمات بينهم، مع ما عرفت من كثرة الروايات في ذلك، وكونها بمرأى منهم و مسمع، ومع ذلك كله فقد أفتوا باستحباب الوفاء به و كراهه مخالفته حتى المحدثين منهم كصاحبى الوسائل و المستدرک و غيرهما مع جمودهم على ظهور الروايات، و ذلك يدلنا على أنهم اطلعوا فى هذه الروايات على قرينه الاستحباب، فأعرضوا عن ظاهرها.

و لكننا قد حققنا فى علم الأصول أن إعراض المشهور عن العمل بالروايه الصحيحه لا- يوجب وهنها، كما أن عملهم بالروايه الضعيفه لا- يوجب اعتبارها، إلا إذا رجع إعراضهم الى تضعيف الروايه، و رجع عملهم الى توثيقها. و إذن فلا وجه لرفع اليد عن ظهور الروايات المذكوره على كثرتها، و حملها على الاستحباب.

و لكن الذى يسهل الخطب أن السيره القطعيه بين المتشرعه قائمه على جواز خلف الوعد، و على عدم معامله من أخلف بوعدہ معامله الفساق. و لم نعهد من أعاضم الأصحاب ان ينكروا على مخالفه الوعد كانكارهم على مخالفه الواجب و ارتكاب الحرام، فهذه السيره القطعيه تكون قرينه على حمل الأخبار المذكوره على استحباب الوفاء بالوعد، و كراهه مخالفته نعم الوفاء به و الجرى على طبقه من مهمات الجهات الأخلاقيه، بل ربما توجب مخالفته سقوط الشخص عن الاعتبار فى الأنظار، لحكم العقل و العقلاء على مرجوحيته.

و مع ذلك كله فرغ اليد عن ظهور الروايات، و حملها على الاستحباب يحتاج إلى الجراء و الأوفق بالاحتياط هو الوفاء بالوعد.

و قد يستدل على الحرمة أيضا بقوله تعالى (١): (لَمْ تَقُولُوا مَا لَّا تَفْعَلُونَ كَبِرَ مَقْتًا عِنْدَ اللَّهِ أَنْ تَقُولُوا مَا لَّا تَفْعَلُونَ). حيث قيل (٢): (كبر أن تعدوا من أنفسكم ما لا تفون

ص: ٣٩٣

(١-١) سورة الصف، آيه: ٢.

(٢-٢) ج ٥ مجمع البيان ط صيدا ص ٢٧٨.

به مقتا عند الله). وقد استشهد الامام «ع» بهذه الآيه أيضا على ذلك في بعض الروايات المتقدمه فى الحاشيه.

و فيه ان الآيه أجنبيه عن حرمه مخالفه الوعد فإنها راجعه إلى ذم القول بغير العمل و عليه فموردها أحد الأمرين على سبيل مانعه الخلو.

الأول: ان يتكلم الإنسان بالأقويل الكاذبه بأن يخبر عن أشياء مع علمه بكذبها و عدم موافقتها للواقع و نفس الأمر، فإن هذا حرام بضروره الإسلام كما تقدم.

الثانى: موارد الأمر بالمعروف و النهى عن المنكر: بأن يأمر الناس بالمعروف، و يتركه هو، و ينهاهم عن المنكر، و يرتكبه، و هذا هو الظاهر من الآيه، و من الطبرسى فى تفسيرها (١).

و عليه فشأن الآيه شأن قوله تعالى (٢): (أَتَأْمُرُونَ النَّاسَ بِالْبِرِّ وَ تَنْسَوْنَ أَنْفُسَكُمْ) .

و هذا أيضا حرام بالضروره بل هو أقوى من الأمر بالمنكر و النهى عن المعروف بالقول، لكونه ترويجا للباطل بالعمل، و من البديهي أن تأثيره فى الترويج أقوى من تأثير القول فيه و اما الوعيد فمن حيث القاعده يجرى فيه ما جرى فى الوعد إنشاء و إخبارا، و اما من حيث الروايات فلا تشمله الأحاديث المتقدمه فى الحاشيه الظاهره فى الوجوب، بداهه انه لا يجب الوفاء بالوعيد قطعا، بل قد يحرم ذلك فى بعض الموارد جزما.

### خروج المبالغه عن الكذب موضوعا

قوله ثم إنه لا- ينبغى الإشكال فى أن المبالغه فى الادعاء و إن بلغت ما بلغت ليست من الكذب. أقول: إذا كانت المبالغه بالزيادة على الواقع كانت كذبا حقيقه، كما إذا اعطى زيدا درهما فيقول: أعطيته عشره دراهم، أو إذا زار الحسين (عليه السلام) أو بقية المشاهد المشرفه أو الكعبه المكرمه مره واحده فيقول: زرت عشرين مره، و من هذا القبيل تأديه المعنى بلفظ واحد موضوع للكثرة و المبالغه، كإطلاق الضراب على الضارب، فإنه إخبار عن الكثره بالهيئه. نعم لو قامت قرينه خارجيه على إرادته الواقع، و كون استعمال اللفظ فيه لأجل المبالغه فقط لما كان كذبا.

و مثله ما هو متعارف بين المتحاورين من استعمال بعض الفصول من الاعداد فى مقام

ص: ٣٩٤

١- ١) ج ٥ مجمع البيان ص ٢٧٨.

٢- ٢) سورة البقره، آيه: ٤١.



التكثير و الاهتمام، كلفظ سبع أو سبعين أو ألف، فيقول المولى لعبده مثلاً: لو اعتذرت منى ألف مره لما قبلت عذرك، و من ذلك قوله تعالى (١): (إِنْ تَسْتَغْفِرْ لَهُمْ سَبْعِينَ مَرَّةً فَلَنْ يَغْفِرَ اللَّهُ لَهُمْ). كما ذكره الطبرسي [١] فإن الغرض من الآية هو نفى الغفران رأساً.

و تجوز المبالغه أيضاً بالتشبيه و الاستعاره، كتشبيه الرجل العالم بالبحر المواجه، و تشبيه الوجه الحسن بقلقه القمر، و كالكنايه عن الجود بكثرة الرماد، و هزال الفصيل، و جبن الكلب، و استعاره الأسد و السيف البتار للرجل الشجاع، و لا يعد شىء منها كذبا، و كيف و القرآن الكريم و خطب الأئمه و كلمات الفصحاء مشحونه بذلك، بل ربما تكون هذه الخصوصيات و أمثالها موجبة لقوه الكلام، و وصوله الى حد الاعجاز أو ما يقرب منه.

و الوجه فى خروج المبالغه بأقسامها عن الكذب هو أن المتكلم إنما قصد الإخبار عن لب الواقع فقط، إلا- أنه بالغ فى كيفية الأداء، فتخرج عن الكذب موضوعاً، نعم إذا انتفى ما هو ملاك المبالغه من وجه الشبه و نحوه كان الكلام كاذباً.

### خروج التوريه عن الكذب

قوله و أما التوريه و هو أن يريد بلفظ معنى مطابقاً للواقع. أقول: المعروف بين أهل اللغه و غيرهم أن الكذب نقيض الصدق فصدق الكلام بالمطابقه، و كذبه بعدم المطابقه و إنما الكلام فى بيان معنى المطابق (بالكسر)- و أنه عبارته عما يظهر من كلام المتكلم أو عبارته عن مراده منه- و بيان المطابق (بالفتح): و أنه عبارته عن الواقع و النسبه الخارجيه، أو عن اعتقاد المخبر، أو عن كليهما.

فذهب المشهور الى أن صدق الخبر مطابقتة بظهوره للواقع، و كذبه عدم مطابقتة للواقع بدعوى أن هيئه الجمله الخبريه إنما وضعت لتحقق النسبه فى الخارج، سواء كانت النسبه ثبوتيه أو سلبيه، كما أن ألفاظ أجزائها موضوعه للمعان التصوريه من الموضوع و المحمول و متعلقاتها، فمطابقه الخبر لتلك النسبه الخارجيه الواقعيه صدق، و عدمها كذب، فإذا قيل:

ص: ٣٩٥

زيد قائم فإن هذا القول يدل على تحقق النسبه الخبريه فى الخارج أعنى اتصاف زيد بالقيام، فان طابقها كان صادقا،و إن خالفها كان كاذبا.

و فيه أولا: أنه قد لا- تكون للنسبه خارجيه أصلا كقولنا شريك البارى ممتنع،و اجتماع النقيضين محال،و الدور أو التسلسل باطل،و ما سوى الله ممكن،إذ لا وجود للامتناع و الإمكان و البطلان فى الخارج.إلا أن يقال:إن المراد بالخارج ما هو أعم منه و من نفس الأمر،و من البين أن الأمثله المذكوره مطابقه للنسبه فى نفس الأمر،و تفسير الخارج بذلك ظاهر المحقق التفتازانى حيث قال فى المطول بعد تفسيره الصدق بمطابقه الخبر للواقع، و الكذب بعدم مطابقته للواقع:(و هذا معنى مطابقه الكلام للواقع و الخارج و ما فى نفس الأمر).

و ثانيا: أن الالتزام المذكور لا- يتفق مع تعريف القضيه بأنها تحتمل الصدق و الكذب، فإن دلالة الجمله على وقوع النسبه فى الخارج تقتضى الجزم بالوقوع،و مقتضى التعريف المذكور هو الشك فى ذلك،و هما لا يجتمعان.

و ثالثا: لو كانت الجمله خبريه بهيئاتها موضوعه للنسبه الخارجيه لكنت دلالتها عليها قطعيه. كما أن دلالة الألفاظ المفرده على معانيها التصوريه قطعيه،فإن الشك لا يتطرق إلى الدلاله بعد العلم بالموضوع له و إرادته اللفظ،مع أنه لا يحصل للمخاطب بعد سماع الجمله خبريه غير احتمال وقوع النسبه فى الخارج،و قد كان هذا الاحتمال حاصلًا قبل سماعها.

لا- يقال:قد يحصل العلم بوقوع النسبه فى الخارج من إخبار المتكلم لقوه الوثوق به، فإنه يقال:ليس موضع بحثنا إذا اشتملت الجمله خبريه على قرائن خارجيه تدل على صدقها، بل مورد الكلام هو نفس الخبر العارى عن القرائن،على أنه لا يتم إلا مع الوثوق بالمتكلم، و مورد البحث أعم من ذلك.

لا يقال:إن المخاطب يحصل له من سماع الخبر ما لم يحصل قبله من العلوم،فكيف يسوغ القول:بأن استماع الخبر لم يفده غير ما كان يعرفه أولا.

فإنه يقال:إن ما يحصل للمخاطب من المعانى التصوريه و غيرها فيما سنذكره غير مقصود للقائل بوضع الجمله خبريه للنسب الخارجيه،و ما هو مقصوده لا يحصل من ذلك.

و عن النظام و من تابعه:إن صدق الخبر مطابقته لاعتقاد المخبر،و كذبه عدمها و إن كان الاعتقاد خطأ،و استدلال عليه بآيه المنافقين (١) بدعوى أن الله سجل عليهم بأنهم

ص: ٣٩٤

لكاذبون في قولهم: إنك لرسول الله، لعدم اعتقادهم بالرسالة المحمديه و إن كان قولهم مطابقا للواقع.

و أجابوا عنه بأن المنافقين لكاذبون في شهادتهم للرسالة، لعدم كونها عن خلوص الاعتقاد. و توضيح ذلك يحتاج الى مقدمتين:

الاولى: أن الشهاده في العرف و اللغه (١) بمعنى الحضور سواء كان حضورا خارجيا - كقوله تعالى (٢): (فَمَنْ شَهِدَ مِنْكُمُ الشَّهْرَ فَلْيَصُمْهُ). و كقول المسافر: شاهدت البلد الفلانيه و أقمت فيها- أم حضورا ذهنيا، كحضور الواقعه في ذهن الشاهد.

الثانيه: أن المخبر به قد يكون أمرا خارجيا، و قد يكون أمرا اعتباريا، و قد يكون أمرا ذهنيا كالأخبار عن الصور النفسانيه.

فيتجلى من هاتين المقدمتين أن الأخبار عن الشهاده بالرسالة مبني على حضور المخبر به و المشهود به في صقع الذهن، لأن الشهاده ليست من الأعيان الخارجيه، و حيث إن المنافقين غير معتقدين بالرسالة، و لم يكن المخبر به و هو الاعتقاد بالنبوه موجودا في أذهانهم فرماهم الله الى الكذب و الفريه، فلا دلالة في الآيه على مقصود النظام.

و يضاف الى ذلك انه لو أخبر أحد عن قضيه لم يعتقد بوقوعها في الخارج و هي واقعته فيه، فإنه على مسلك النظام خبر كاذب، مع أنه صادق بالضروره.

و عن الجاحظ أن صدق الخبر مطابقته للواقع و الاعتقاد معا، و كذبه عدم مطابقته لهما معا، و غير ذلك لا صدق و لا كذب، و استدل على رأيه هذا بقوله تعالى (٣): (أَفْتَرَى عَلَى اللَّهِ كَذِبًا أَمْ بِهِ جِنَّةٌ). فإن الأخبار حال الجنه غير الكذب، لأنهم جعلوه قسيما للافتراء و غير الصدق، لعدم مطابقته للواقع في عقيدتهم.

و فيه أنا نرى بالعيان، و نشاهد بالوجدان و بحكم الضروره انحصار الخبر بالصدق و الكذب و عدم الواسطه بينهما. و أما الآيه المذكوره فهي غريبه عن مقصود الجاحظ، لأن الظاهر منها أن المشركين نسبوا أخبار النبي (صلى الله عليه و آله) الى الافتراء الذي هو كذب خاص، أو الى الأخبار حال الجنه الذي لا أثر له عند العقلاء.

و التحقيق أن الجمل بأجمعها خبريه كانت أم إنشائية قد وضعت بهيئاتها النوعيه لايبراز الصور الذهنيه، و إظهار الدعاوى النفسانيه (ما شئت فعبر) فان الواضع (أى شخص كان) إنما تعهد (و تابعه بقيه الناس) بأنه متى أراد ان يبرز شيئا من دعاويه و مقاصده ان يتكلم

ص: ٣٩٧

١- ١) في المنجد: شهد المجلس حضره.

٢- ٢) سورة البقره، آيه: ١٨١.

٣- ٣) سورة سبأ، آيه: ٨.

بجمله مشتمله على هيئه خاصه تفى بمراده و أداء دعواه فى مقام المحادثه و المحاوره، و هذه الجبهه: أعنى إبراز المقاصد النفسانيه بمظهر إنما هى فى مرحله دلالة اللفظ على معناه الموضوع له، فيشترك فيها جميع الجمل خبريه كانت أم إنشائيه، بل يشترك فيها جميع الألفاظ الموضوعه مفرده كانت أم مركبه.

و الوجه فيه أن دلالة اللفظ على معناه بحسب العلقه الوضعيه أمر ضرورى، فلا يعقل الانفكاك بينهما فى مرحله الاستعمال إلا بانسلاخ اللفظ عن معناه بالقرائن الخارجيه.

و هذه الدعاوى النفسانيه على قسمين:

الأول: ان تكون أمرا اعتباريا محضا و قائما بنفس المعبر: بأن يعتبر فى نفسه شيئا ثم يظهره فى الخارج بمبرز من لفظ أو غيره من دون قصد للحكايه عن شىء، و هذا يسمى إنشاء، و لا يتصف بالصدق و الكذب بوجه، لأنه شىء يقوم بالاعتبار الساذج كما عرفت.

الثانى: ان تكون حاكيه عن شىء آخر، سواء كان هذا المحكى من القضايا الخارجيه كقيام زيد فى الخارج أم من الأوصاف النفسانيه كالعلم و الشجاعه و السخاوه و نحوها، و هذه الحكايه إن طبقت للواقع المحكى اتصفت الدعاوى المذكوره بالصدق، و إلا- فهى كاذبه و أما اتصاف الجمل خبريه بهما فمن قبيل اتصاف الشىء بحال متعلقه، كرجل منيع جاره و مؤدب خدامه، و رحب فناؤه.

فتحصل من جميع ما ذكرناه ان المراد من المطابق (بالكسر) هو مراد المتكلم: أى الدعاوى النفسانيه، لا ظهور كلامه كما توهم، و ان المراد من المطابق (بالفتح) هو الواقع و نفس الأمر المحكى بالدعاوى النفسانيه.

و إذا عرفت ما تلوناه عليك فنقول: لا شبهه فى خروج التوريه عن الكذب موضوعا فإنها فى اللغه [١] بمعنى الستر، فكأن المتكلم وارى مراده عن المخاطب بإظهار غيره، و خيل إليه انه أراد ظاهر كلامه، و قد عرفت أننا ان الكذب هو مخالفه الدعاوى النفسانيه للواقع، لا مخالفه ظاهر الكلام له، و يتفرع على هذا ان جواز التوريه لا يختص بمورد الاضطرار و نحوه، لأنها ليست من مستثنيات الكذب، بل هى خارجة عنه موضوعا، و من هنا ذهب الأصحاب «فيما سيأتى من جواز الكذب عند الضروره» إلى وجوب التوريه مع التمكن منها، و عللوا ذلك بتمكن المتكلم مما يخرج به كلامه عن الكذب.

ثم إن الكلام الذى يورى به قد يكون ظاهرا فى بيان مراد المتكلم، و لكن المخاطب

لغباوته و قصور فهمه لا- يلتفت اليه، وهذا خارج عن التوريه، بل هو كسائر الخطابات الصادره من المتكلم في مقام المحادثه و المحاوره، و من هذا القبيل ما نقل عن بعض الأجله ان شخصا اقترح عليه ان يعطيه شيئا من الدراهم، و كان يراه غير مستحق لذلك، فألقى السبحة من يده، و قال: و الله إن يدى خاليه، و تخيل السائل من كلامه انه غير متمكن من ذلك و قد يكون الكلام ظاهرا في غير ما اراده المتكلم، و هو مورد التوريه، كما إذا أراد احد ان ينكر مقالته الصادره منه فيقول: علم الله ما قلته، و يظهر كلمه الموصول على صورته أداه النفي، و يخيل الى السامع انه ينكر كلامه.

و من هذا القبيل ما ذكره سلطان المحققين في حاشيه المعالم في البحث عن المجمل. من (انه سئل احد العلماء عن على «ع» و أبى بكر أيهما خليفه رسول الله (صلى الله عليه و آله) فقال: من بنته في بيته، و منه قول عقيل «ع» أمرنى معاويه أن ألعن عليا ألا فالعنوه).

و من هذا القبيل أيضا ما سئل بعض الشيعة عن عدد الخلفاء فقال: أربعة أربعة أربعة، و إنما قصد منها الأئمه الاثني عشر، و زعم السائل انه أراد الخلفاء الأربع.

و مما يدل على جواز التوريه، و خروجها عن الكذب الأمور:

الأول: نقل ابن إدريس في آخر السرائر (1) من كتاب عبد الله بن بكير عن أبى عبد الله «ع» (في الرجل يستأذن عليه فيقول للجارية: قولى ليس هو ههنا؟ قال: لا بأس ليس بكذب).

الثانى: روى سويد بن حنظله [1]: (قال: خرجنا و معنا و إبل بن حجر يريد النبي (صلى الله عليه و آله) فأخذه أعداء له فخرج القوم ان يحلفوا و حلفت بالله انه أخى فخلى عنه العدو فذكرت ذلك للنبي (صلى الله عليه و آله) فقال: صدقت المسلم أخو المسلم). و هى و إن كانت ظاهره الدلاله على جواز التوريه، و عدم كونها من الكذب، و لكنها ضعيفه السند.

الثالث: ما ورد [2] من نفي الكذب عن قول إبراهيم «ع»: (بل فعله كبيرهم هذا).

ص: ٣٩٩

مع أن كبيرهم لم يفعله، و عن قوله «ع»: (إِنِّي سَيِّئٌ) و ما كان سقيما، و عن قول يوسف (أيتها العير إنكم لسارقون) و ما كانوا سراقا، فيدل ذلك كله على كون الأقوال المذكورة من التوريه، و أن التوريه خارجة عن الكذب موضوعا.

نعم يمكن أن يقال: إن نفي الكذب عن قول إبراهيم و يوسف «ع» إنما هو بلحاظ نفي الحكم، و أنهما قد ارتكبا الكذب لإرادة الإصلاح.

و يدل على قوله «ع» في روايه الصيقل: (إن إبراهيم إنما قال: بل فعله كبيرهم هذا، إرادته الإصلاح و قال يوسف إرادته الإصلاح). و قوله «ع» في روايه عطا: (لا كذب على مصلح، ثم تلا: أيتها العير إلخ). و قد تقدمت الروايتان في الحاشيه.

و يؤيده ما في بعض أحاديث العامه (١): (إن إبراهيم كذب ثلاث كذبات: قوله: إِنِّي سَيِّئٌ، و قوله: بَلْ فَعَلَهُ كَبِيرُهُمْ هَذَا، و قوله في ساره: إنها أختي).

و لكن الروايات المذكوره كلها ضعيفه السند، كما أن بقيه الأحاديث التي اطلعت عليها في القصص المزبوره مشتمله على ضعف في السند أيضا و جهاله في الراوى، فلا يمكن الاستناد إليها بوجه.

ص: ٤٠٠

قد يتوهم أنه لا- محيص أن تكون أقوال إبراهيم و يوسف المذكوره كاذبه،غايه الأمر أنها من الأكاذيب الجائزه،أما قول إبراهيم«ع»: (إِنِّي سَقِيمٌ). و قول يوسف«ع»:

(أَيُّهَا الْعَبْرُ إِنَّكُمْ لَسَارِقُونَ). فصدق الكذب عليهما واضح.

و أما قول إبراهيم«ع»: (بل فعله كبيرهم هذا فاسألوهم إن كانوا ينطقون).فلأن الشرط فيه إما أن يرجع الى السؤال المذكور فيه،و إما أن يرجع الى الفعل،فان كان راجعا إلى السؤال انحلت الآية الكريمة إلى قضيتين:إحداهما حمليه:و هي قوله تعالى (بَلْ فَعَلَهُ كَبِيرُهُمْ هَذَا) و الثانيه إنشائيه مشروطه،و هي قوله تعالى (فَسَيَلُّوهُمْ إِنْ كَانُوا يَنْطِقُونَ) أما القضييه الأولى فهي كاذبه لكونها غير مطابقه للواقع.و أما القضييه الثانيه فهي إنشائيه لا تتصف بالصدق و الكذب.

و إن كان راجعا الى الفعل الذى نسبه الى كبيرهم كانت الآية مسوقه لبيان قضييه شرطيه مقدمها قوله تعالى: (بَلْ فَعَلَهُ كَبِيرُهُمْ هَذَا) و تاليها قوله تعالى: (كَانُوا يَنْطِقُونَ) فقد دخلت عليها أداء الشرط،و جعلتهما قضييه واحده شرطيه،و من البديهي أنها أيضا كاذبه، فإن الصدق و الكذب فى القضايا الشرطيه يدوران مدار صحه الملازمه و فسادها،و لا شبهه أنها منتفيه فى المقام،بداهه أنه لا ملازمه بين نطق كبير الأصنام و بين صدور الفعل منه، بل الفعل قد صدر من إبراهيم على كل تقدير،سواء نطق كبيرهم أم لم ينطق.

أقول:أما رمى قول إبراهيم: (بَلْ فَعَلَهُ كَبِيرُهُمْ هَذَا) بالكذب فجوابه أنا قد حققنا فى مبحث الواجب المشروط من علم الأصول أن الشروط فى الواجبات المشروطه إما أن ترجع إلى الإنشاء:أعنى به إبراز الاعتبار النفسانى.و إما أن ترجع الى متعلق الوجوب:أى ماده المحضه كما فى الواجب المعلق على ما نسب الى المصنف فى التقريرات.و إما أن ترجع إلى المنشأ،و هو ما اعتبره فى النفس ثم أبرزه بالإنشاء،فيكون مرجع القيد فى قولنا:إن جاءك زيد فأكرمه هو وجوب الإكرام،فيصير مقيدا بمجىء زيد.

أما الأول فهو محال،لأن الإنشاء من الأمور التكوينييه التى يدور أمرها بين الوجود و العدم،فإذا أوجده المتكلم استحال أن يتوقف وجوده على شىء آخر،لاستحاله انقلاب الشىء عما هو عليه.

و أما الثانى فهو و إن كان ممكنا فى مرحله الثبوت،و لكنه خلاف ظاهر الأدله فى مقام

الإثبات، ولا يمكن المصير إليه بدون دليل و قرينه، و إذن فيتعين الاحتمال الثالث.

و هذا الكلام بعينه جار في القضايا المشروطة من الجمل الخبرية أيضا، فإن إرجاع القيد فيها الى نفس الإخبار: أى الألفاظ المظهره للدعاوى النفسانية غير معقول، لتحققه بمجرد التكلم بالقضية الشرطية، و لا يعقل بعد ذلك أن تكون موقوفه على حصول قيد أو شرط.

و اما إرجاعه إلى متعلق الخبر و هو و إن كان سائغا في نفسه، و لكنه خلاف ظاهر القضايا الشرطية. و ح فيتعين إرجاعه إلى المخبر به، و هو الدعاوى النفسانية، مثلا- إذا قال أحد: إن كانت الشمس طالعه فالنهار موجود، فان معناه أن دعوى تحقق النهار مقيده بطلوع الشمس، و مع عدم طلوعها فالدعوى منتفيه.

و عليه فتقدير الآيه (بل فعله كبيرهم إن نطقوا فاسألوهم) فقد علق الدعوى على نطق كبيرهم، و لما استحال نطقه انتفت الدعوى، فلا تكون كاذبه. و نظير ذلك قولك:

فلان صادق فيما يقول إن لم يكن فوقنا سماء، و كقولك أيضا: لا اعتقد إلاها إن كان له شريك، و لا اعتقد خليفه للرسول (صلى الله عليه و آله) إن لم يكن منصوبا من الله. هذا فاغتنم.

و يؤيد ما ذكرناه خبر الاحتجاج [1] عن الصادق «ع» إنه قال: (ما فعله كبيرهم و ما كذب إبراهيم، قيل: و كيف ذلك؟ فقال: إنما قال إبراهيم: إن كانوا ينطقون، فان نطقوا فكبيرهم فعل و إن لم ينطقوا فلم يفعل كبيرهم شيئا فما نطقوا و ما كذب إبراهيم).

و قد ذكر المفسرون وجوها لتفسير الآيه (1) فراجع.

و أما رمى قول إبراهيم: (إني سقيم) بالكذب فجوابه ان المراد به كونه سقيما في دينه أى مرتادا و طالبا في دينه. و يؤيده ما في خبر الاحتجاج المتقدم عن الصادق «ع» من قوله (ما كان إبراهيم سقيما و ما كذب و إنما عنى سقيما في دينه: أى مرتادا). و معنى المرتاد في اللغة هو الطلب و الميل: أى إنى طالب في ديني و مجد لتحصيل الاعتقاد بالمبدإ و المعاد، فقد خيل بذلك الى عبده الأصنام و النجوم انه مريض لا يقدر على التكلم، فتولوا عنه مدبرين، و أخروا المحاكمه إلى وقت آخر، و للعلماء فيه وجوه اخرى قد ذكرها المفسرون في تفاسيرهم.

و أما رمى قول يوسف «ع»: (أيتها العير انكم لسارقون) بالكذب فقد ذكروا في الجواب عنه وجوها: أظهرها ان المؤذن لم يقل: أيتها العير انكم لسرقتم صواع الملك، بل قال: انكم لسارقون، و لعل مراده انكم سرقتم يوسف من أبيه، ألا ترى انهم لما سألوا:

ص: ٤٠٢



ماذا تفقدون؟ قالوا لهم: نفقد صواع الملك، و لم يقولوا: سرقتهم ذلك.

و يؤيده ما فى خبر الاحتجاج المتقدم عن الصادق «ع» من قوله انهم سرقوا يوسف من ابيه ألا ترى إلخ).

## مسوغات الكذب

### جواز الكذب لدفع الضرورة

قوله فاعلم انه يسوغ الكذب لوجهين: أحدهما الضرورة إليه فيسوغ معها بالأدلة الأربعة. أقول: لا شبهه فى كون الكذب حراما فى نفسه و مبعوضا بعينه، لظاهر الأدلة المتقدمة المطبقة على حرمة. و على هذا فلا وجه لما زعمه الغزالي (1) من (ان الكذب ليس حراما بعينه، بل فيه من الضرر على المخاطب أو على غيره، فإن أقل درجاته أن يعتقد المخبر الشيء على خلاف ما هو عليه فيكون جاهلا، و قد يتعلق به ضرر غيره).

نعم الظاهر ان حرمة الكذب ليست ذاتية كحرمة الظلم، و لذا يختلف حكمه بالوجوه و الاعتبارات، و عليه فإذا توقف الواجب على الكذب، و انحصرت به المقدمه وقعت المزاحمة بين حرمة الكذب و بين ذلك الواجب فى مقام الامتثال، و جرت عليهما أحكام المتزاحمين.

مثلا إذا توقف إنجاء المؤمن و دفع الهلكه عنه على الكذب كان واجبا.

و قد استدل المصنف على جواز الكذب فى مورد الاضطرار بالأدلة الأربعة: اما الإجماع فهو و إن كان محققا، و لكنه ليس إجماعا تعبديا كاشفا عن رأى المعصوم، فان الظاهر ان المجمعين قد استندوا فى فتياهم بالجواز الى الكتاب و السنه، فلا وجه لجعله دليلا مستقلا فى المسأله، و قد مر نظير ذلك مرارا.

و أما العقل فهو و إن كان حاكما بجواز الكذب لدفع الضرورات فى الجملة، كحفظ النفس المحترمه و نحوه، إلا انه لا يحكم بذلك فى جميع الموارد، فلو توقف على الكذب حفظ مال يسير لا يضر ذهابه بالمالك فان العقل لا يحكم بجواز الكذب ح.

و اما الكتاب فقد ذكر المصنف منه آيتين: الأولى قوله تعالى (2): (مَنْ كَفَرَ بِاللَّهِ مِنْ بَعْدِ إِيمَانِهِ إِلَّا مَنْ أُكْرِهَ وَقَلْبُهُ مُطْمَئِنٌّ بِالْإِيمَانِ وَ لَكِنْ مَنْ شَرَحَ بِالْكُفْرِ صِدْرًا فَعَلَيْهِمْ غَضَبٌ مِنَ اللَّهِ وَ لَهُمْ عَذَابٌ عَظِيمٌ). و تقرير الاستدلال ان الآيه الشريفه تدل بالمطابقه على جواز

ص: ٤٠٣

١-١) راجع ج ٣ إحياء العلوم بيان ما رخص فيه من الكذب ص ١٢١.

٢-٢) سورة النحل، آيه: ١٠٨.

التكلم بكلمه الكفر و الارتداد عن الإسلام عند الإكراه و الاضطرار بشرط ان يكون المتكلم معتقدا بالله و مطمئنا بالايان، فتدل على جواز الكذب فى غير ذلك للمكره بطريق أولى الثانيه: قوله تعالى (١): (لا يَتَّخِذِ الْمُؤْمِنُونَ الْكَافِرِينَ أَوْلِيَاءَ مِنْ دُونِ الْمُؤْمِنِينَ وَمَنْ يَفْعَلْ ذَلِكَ فَلَيْسَ مِنَ اللَّهِ فِي شَيْءٍ إِلَّا أَنْ تَتَّقُوا مِنْهُمْ تُقَاةً) أى لا يجوز للمؤمنين أن يتخذوا الكافرين أولياء لأنفسهم يستعينون بهم، و يلتجئون إليهم، و يظهرون المحبه و الموده لهم إلا ان يتقوا منهم تقاه، فإنه ح يجوز إظهار مودتهم تقيه منهم، فتدل هذه الآيه أيضا على جواز الكذب فى سائر موارد التقيه بالأولى.

و لكن لا دلالة فى الآيتين على جواز الكذب فى جميع موارد الاضطرار غير مورد الخوف و التقيه.

و أما الأخبار المجوزه للكذب فى موارد الخوف و التقيه فهى أكثر من ان تحصى، و قد استفاضت، بل تواترت على جواز الحلف كاذبا لدفع الضرر البدنى أو المالى عن نفسه أو عن أخيه، و ستأتى الإشارة إلى جملة منها.

قوله إنما الاشكال و الخلاف فى انه هل يجب ح التوريه لمن يقدر عليها أم لا؟. أقول:

قد وقع الخلاف بين الاعلام فى ان جواز الكذب هل هو مقيد بعدم التمكن من التوريه أم لا؟ فنسب المصنف القول الأول إلى ظاهر المشهور.

و لكن العبارات التى نقلها عنهم إما غير ظاهره فى مقصوده، و إما ظاهره فى خلافه.

أما الأول: فكالمدحكى عن الغنيه و السرائر و نعت وعد و اللمعه و شرحها و جامع المقاصد و غيرها من الكتب، فان مفروض الكلام فيها إنما هو اشتراط جواز الحلف الكاذب بعدم التمكن من التوريه. و أما جواز مطلق الكذب فهو خارج عن مورد كلامهم، فإنهم قالوا فى مسأله جواز الحلف لدفع الظالم عن الوديعه: انه يجوز الحلف كاذبا إذا لم يحسن التوريه، و إلا فيورى بما يخرججه عن الكذب.

و اما الثانى: فكالمدحكى عن المقنعه حيث قال: (من كانت عنده امانه فطالبها ظالم فليجحد و إن استحلفه ظالم على ذلك فليحلف، و يورى فى نفسه بما يخرججه عن الكذب-الى ان قال:-

فان لم يحسن التوريه و كانت نيته حفظ الأمانه أجزأته النيه و كان مأجورا).

اما ان هذه العبارة ظاهره فى خلاف مقصود المصنف فلان المذكور فيها أمران:

الأول: إذا طلب الظالم الوديعه من الودعى جاز له إنكارها مطلقا سواء تمكن من التوريه أم لا.

الثانى: إذا استحلف الظالم الودعى على إنكار الوديعه جاز له الحلف مع عدم التمكن من التوريه. و لو كان نظر صاحب المقنعه إلى اعتبار التمكن من التوريه فى جواز مطلق الكذب لم يفصل بين الحلف و غيره. و على الاجمال فلا دلالة فى شىء من هذه العبارات المنقوله عن الأصحاب على مقصود المصنف. ثم إن المصنف وجه ما نسبه الى المشهور بوجهين، و سنتعرض لهما فيما بعد إنشاء الله.

قوله إلا ان مقتضى إطلاقات أدله الترخيص فى الحلف كاذبا لدفع الضرر البدنى أو المالى عن نفسه أو أخيه عدم اعتبار ذلك). أقول: بعد ما نسب المصنف القول المذكور الى ظاهر المشهور، و وجهه بوجهين آتيين حاول استفاده حكم المسأله من الاخبار و جعل اعتبار عدم التمكن من التوريه فى جواز الحلف كاذبا موافقا للاخبار و ذكر جمله منها و ترك جمله أخرى، و أحال بعضها الى ما يأتى من جواز الكذب فى الإصلاح، و هى بأجمعها [١] ظاهره فى جواز الحلف الكاذب لدفع الضرر البدنى أو المالى عن نفسه أو عن أخيه على وجه الإطلاق، و ليست مقيدة بعدم التمكن من التوريه، و هى تدل بطريق الأولويه على جواز الكذب بغير حلف لدفع الضرر.

و قد استحسن المصنف عدم اعتبار القيد المزبور، لأن إيجاب التوريه على القادر لا يخلو

عن الإلزام بالعسر و الخرج (فلو قيل: بتوسعه الشارع على العباد بعدم ترتيب الآثار على الكذب فيما نحن فيه و إن قدر على التوريه كان حسنا).

ثم انه (ره) احتاط في المسأله، و رجع الى ما نسبه الى ظاهر المشهور، و جعله مطابقا للقاعده، و قال: (إلا ان الاحتياط في خلافه، بل هو المطابق للقواعد لو لا استبعاد التقييد في هذه المطلقات، لأن النسبه بين هذه المطلقات و بين ما دل كالروايه الأخيره و غيرها على اختصاص الجواز بصوره الاضطرار المستلزم للمنع مع عدمه مطلقا عموم من وجه، فيرجع الى عمومات حرمه الكذب فتأمل). فمراده من التقييد ما ذكره قبيل هذا بقوله يصعب على الفقيه التزام تقييدها بصوره عدم القدره على التوريه). و مراده من المطلقات ما ذكره من الأخبار الوارده في جواز الحلف الكاذب لدفع الضرر البدني أو المالى عن نفسه أو عن أخيه، و ما يأتى من الأخبار الوارده في جواز الكذب للإصلاح.

و توضيح مراده: أنه إذا قطعنا النظر عن استبعاد التقييد في هذه المطلقات فان ما ذهب اليه المشهور هو الموافق للاحتياط، و المطابق للقواعد، لأن النسبه بين المطلقات المزبوره و بين روايه سماعه [١] و ما فى معناها [٢] هى العموم من وجه، فان بعض المطلقات ظاهره في جواز الكذب لمجرد إرادته الإصلاح، و بعضها ظاهر في جواز الحلف الكاذب لدفع الضرر البدني أو المالى عن نفسه أو عن أخيه، سواء بلغ ذلك حد الاضطرار أم لا، و روايه سماعه و ما يساويها فى المضمون ظاهره فى اختصاص جواز الحلف كاذبا بصوره الخوف و الاضطرار و الإكراه، فتدل بمفهومها على حرمة فى غير الموارد المذكوره. و ح فتقع المعارضه بين مفهوم روايه سماعه و بين مطلقات الحلف الكاذب فى غير الموارد المذكوره، كما تقع المعارضه بينها و بين مطلقات الكذب لإرادته الإصلاح فى غير الموارد المذكوره أيضا. فيتساقطان فى مورد الاجتماع، و يرجع الى عمومات حرمه الكذب.

و لا- بعد فى تقييد المطلقات، فإنها وارده بلحاظ حال عامه الناس الذين لا يلتفتون إلى التوريه ليقتصدوها، و يلتجئوا إليها عند الخوف و التقيه. و عليه فلا بأس بتقييدها بمن يتمكن من التوريه.

و قد أورد المحقق الايروانى على المصنف بوجهين:

الوجه الأول: أنه لا- مفهوم لروايه سماعه، فإنها ناظره إلى جواز الكذب لأجل الإ-كراه و الاضطراب. و أما جوازه فى غير مورد الضروره أو حرمة فيه فخارج عن الروايه.

و فيه أن الظاهر من المحقق المذكور أنه إنما نفى المفهوم عن الروايه، لأنه لم ينظر إلا الى ذيلها، و هو مسوق لضرب قاعده كليه ليس لها مفهوم، و من المعلوم أن المصنف إنما أثبت المفهوم للروايه نظرا الى صدرها، و لا شبهه أنه قضيه شرطيه مشتمله على عقد شرطى إيجابى، و هو المنطوق، و على عقد شرطى سلبى و هو المفهوم.

الوجه الثانى: أنا لو سلمنا المعارضه المذكوره التى أبداها المصنف بين مفهوم روايه سماعه و بين المطلقات المزبوره، فإنه لا وجه للرجوع الى مطلقات حرمة الكذب، إذ النسبه بين الإطلاقين هى العموم من وجه، و بعد تعارضهما فى ماده الاجتماع و تساقطهما فيها يرجع الى أصاله الحل.

و فيه أنه لم يظهر لنا مراده من هذا الإشكال، فإن النسبه بين الإطلاقين هى العموم المطلق، لأن ما دل على جواز الكذب أخص مما دل على حرمة، و إذن فلا مناص عن تقييد مطلقات حرمة الكذب بما دل على جوازه فى موارد خاصه.

و التحقيق أنه لا- وجه لرفع اليد عن المطلقات الداله على جواز الحلف كاذبا لإنجاء النفس المحترمه من الهلكه، و لحفظ مال نفسه أو مال أخيه عن التلف، فقد ذكرنا فى مبحث التعادل و الترجيح من علم الأ-صول أن من المرجحات فى الدليلين المتعارضين بالعموم من وجه ان يلزم من تقديم أحدهما إلغاء العنوان المأخوذ فى الدليل الآخر على سبيل الموضوعيه بخلاف العكس، و قد مثلنا له فى بعض المباحث السابقه (1) بأمثله متعدده، و واضح أن ما نحن فيه من هذا القبيل، فإن المطلقات المذكوره دلت على جواز الحلف كاذبا لإنجاء النفس المحترمه، و لحفظ مال نفسه أو مال أخيه، و هى مشتركه مع روايه سماعه و ما فى معناها فى تجويز الحلف كاذبا للإكراه و الاضطراب، و إنما تمتاز المطلقات عن روايه سماعه و ما يساويها فى المضمون باشمالها على جواز الحلف الكاذب فى غير موارد الخوف و الاضطراب أيضا.

و عليه فلو قدمنا روايه سماعه و ما فى مضمونها على المطلقات المزبوره، و حكمنا لذلك بحرمة الحلف كاذبا فى غير موارد الإكراه و الاضطراب لكانت العناوين المأخوذه فى تلك

ص: ٤٠٧

المطلقات: أعنى حفظ النفس و المال لنفسه أو لأخيه كلها لاغيه.

و اما لو قدمنا المطلقات و حفظنا العناوين المذكوره فيها فإنه لا يلزم منه إلا إلغاء المفهوم فقط عن روايه سماعه و ما فى معناها. و نتيجة ذلك أنه يجوز الحلف كاذبا لإنجاء النفس المحترمه، و لحفظ مال نفسه أو مال أخيه على وجه الإطلاق، فيقيد بها ما دل على حرمه الكذب على وجه الإطلاق.

لا- يقال: إن حرمه الكذب ذاته، لاستقلال العقل بقبحه، فليست قابله للتخصيص، و أما ارتكابه فى موارد الضروره فلأن العقل يستقل بوجوب ارتكاب أقل القبيحين.

فإنه يقال: قد عرفت أننا أن العقل لا يستقل بقبح الكذب فى نفسه إلا إذا ترتبت عليه المفسده، فلا تكون حرمة ذاته لا تقبل التخصيص، فيكشف من تجويز الشارع الكذب فى بعض الموارد أنه ليس بقبيح، لا- أنه من باب حكم العقل بارتكاب أقل القبيحين.

و قد وجه المصنف كلام المشهور بوجهين: الأول: أن الكذب حرام، و مع التمكن من التوريه لا يحصل الاضطراب اليه، فيدخل تحت العمومات.

الثانى: أن قبح الكذب عقلى، فلا- يسوغ إلا- مع عروض عنوان حسن عليه يغلب على قبحه، و هذا لا- يتحقق إلا- مع العجز عن التوريه. و لكن قد ظهرا ك مما قدمناه أننا ضعف الوجهين المذكورين.

و أما المطلقات الداله على جواز الكذب للإصلاح فلا معارضه بينها و بين روايه سماعه و ما فى معناها، و وجه ذلك أن تلك المطلقات انما دلت على جواز الكذب للإصلاح، و روايه سماعه و ما فى مضمونها انما دلت على حرمه الحلف كاذبا فى غير موارد الإكراه و الاضطراب و الخوف، فلا وجه لوقوع المعارضه بينهما كما يرومه المصنف.

لا- يقال: ان ما دل على جواز الحلف كاذبا لحفظ النفس و المال دل على جواز الكذب لهما بطريق الأولويه كما أشرنا إليه سابقا، و عليه فتقع المعارضه بينهما و بين روايه سماعه و ما فى مضمونها فى مطلق الكذب أيضا.

فإنه يقال: لا منافاه بين جواز الكذب لحفظ النفس و المال و بين مفهوم روايه سماعه من تخصيص حرمه الحلف كاذبا بغير موارد الإكراه و الاضطراب.

قوله ثم ان أكثر الأصحاب مع تقييدهم جواز الكذب بعدم القدره على التوريه إلخ) أقول: حاصل كلامه: أن أكثر الأصحاب قيدوا جواز الكذب بعدم التمكن من التوريه و مع ذلك فقد أطلقوا القول بفساد ما اكره عليه من العقود و الإيقاعات، و لم يقيدوا ذلك بعدم القدره على التوريه، و صرح الشهيد الثانى (ره) فى الروضه و لك فى باب الطلاق

بعدم اعتبار العجز عنها، بل في كلام بعضهم دعوى الاتفاق عليه.

وقد أورد المصنف على ذلك بأن المكره على البيع إنما أكره على التلفظ بصيغته البيع، ولم يكره على حقيقته، فالإكراه على البيع الحقيقي يختص بغير القادر على التوريه، كما أن الاضطرار على الكذب مختص بالعاجز عنها، وعليه فإذا أكره على البيع فلم يورّ مع قدرته على التوريه فقد أوجد البيع بإرادته و اختياره، فيكون صحيحاً.

و أجاب عن هذا الإيراد بوجود الفارق بين المقامين، و حاصله: أن ما أكره عليه في باب المعاملات إنما هو نفس المعامله و واقعها، و الأخبار الداله على رفع ما استكره عليه كحديث الرفع و نحوه لم تقيد ذلك بعدم القدره على التوريه، فإذا أوجد المكره المعامله فقد أوجد نفس ما أكره عليه، و يرتفع أثره بالإكراه. و هذا بخلاف الكذب، فإنه لا يجوز إلا في مورد الاضطرار، و من المعلوم أن الاضطرار لا يتحقق مع التمكن من التوريه.

و فيه أولاً: أنه لا- فارق بين الإكراه و الاضطرار، لأن الإكراه في اللغة حمل المكره على أمر و إجباره عليه من غير رضى منه، و لا شبهه في أن هذا المعنى لا يتحقق إذا أمكن التفصي، كما هو الحال في الاضطرار.

و ثانياً: أنا لو لم نعتبر في مفهوم الإكراه أن لا يتمكن المكره من التفصي فإن لازم ذلك جواز ارتكاب المحرمات إذا أكره عليها و إن كان قادراً على التخلص، كما إذا أكرهه أحد على شرب الخمر، و كان متمكناً من هراقتها على جيبه. و كما إذا أكرهه جائر على أخذ أموال الناس بالظلم و العدوان، و كان متمكناً من أن يدفع مال الظالم اليه، و يوهمه أنه إنما يعطيه من مال غيره، و لا شبهه في حرمه الارتكاب في أمثال هذه الصور. هذا كله بناء على المشهور، كما نسبه المصنف الى ظاهرهم من تقييد جواز الكذب بعدم القدره على التوريه و التحقيق أن يفصل بين الأحكام التكليفيه و بين الأحكام الوضعيه في باب المعاملات العقود منها و الإيقاعات. أما الأحكام التكليفيه و جوبه كانت أم تحريميه فان تنجزها على المكلفين، و وصولها إلى مرتبه الفعلية لتبعثهم على الإطاعه و الامتثال مشروطه بالقدره العقليه و الشرعيه، و اختلاف الدواعي في ترك الواجبات و ارتكاب المحرمات لا يؤثر في تبديلها أو في رفعها بوجه.

و مثال ذلك: أن شرب الخمر مع التمكن من تركه حرام و إن كان شربه بداعى رفع العطش أو غيره من الدواعي عدا الإسكار، كما أن المناط في رفع الأحكام التكليفيه هو عدم القدره على الامتثال و لو بالتوريه و نحوها. مثلاً إذا أكره الجائر أحداً على شرب الخمر و لم يتمكن المجبور من تركه بالتوريه أو بطريق آخر، فإن الحرمة ترتفع بحديث الرفع

و نحوه. و أما إذا تمكن من موافقه التكليف بالتوریه، أو بجهه أخرى فلا موجب لسقوط الحرمة.

نعم ظاهر جمله من الروایات الماضیه، و جمله أخرى من الروایات الآتیة هو جوار الكذب و الحلف الكاذب فی موارد خاصه على وجه الإطلاق حتى مع التمکن من التوریه، و علیه فیمتاز حكم الكذب بذلك عن بقیه الأحكام التكلیفیه. و من هنا ظهر ضعف قول المصنف (إن الضرر المسوغ للكذب هو المسوغ لسائر المحرمات).

و أما الأحكام الوضعیه فی المعاملات، كصحه العقود و الإیقات أو فسادهما فهی تدور من حیث الوجود و العدم مدار أمرین: الأول: كون المتعاملین قادرین على المعامله بالقدره التي هی من الشرائط العامه المعتمره فی جميع الأحكام.

الثانی: صدور إنشاء المعامله عن الرضى و طیب النفس، لآیه التجاره عن تراض، و الروایات الداله على حرمة التصرف فی مال غیره إلا بطیب النفس و الرضى، فإذا انتفى أحد الأمرین فسدت المعامله، و لم تترتب علیها الآثار.

و علیه فلو أكره الظالم أحدا على بیع أمواله فباعها بغير رضى و طیب نفس كان البیع فاسدا سواء تمکن المكروه فی دفع الإكراه من التوریه أم لم يتمکن، و إذا باعها عن طیب نفس كان البیع صحیحا. و على الاجمال فالمناطق فی صحه المعاملات صدورها عن طیب النفس و الرضى.

## تذیل

لا شبهه فی عدم ثبوت أحكام المكروه على المضطر فی باب المعاملات، و وجه ذلك أن حدیث الرفع إنما ورد فی مقام الامتنان على الأمه. و على هذا فلو اضطر أحد إلى بیع أمواله لأداء دينه، أو لمعالجه مريضه، أو لغيرهما من حاجاته فان الحكم بفساد البیع ح مناف للامتنان، و أما الإكراه فليس كك. كما عرفت.

قوله نعم يستحب تحمل الضرر المالى الذى لا يجحف. أقول: حاصل كلامه:

أنه يستحب تحمل الضرر المالى الذى لا- يجحف، و التجنب عن الكذب فی موارد جوازه لحفظ المال، و حمل علیه قول أمير المؤمنين «ع» فی نهج البلاغه (1): (علامه الإیمان أن تؤثر الصدق حیث یضرك على الكذب حیث ینفعك).

ص: ٤١٠



و فيه أنه لا دليل على ثبوت هذا الاستحباب، فان الضرر المالى إن بلغ إلى مرتبه يعد فى العرف ضررا جاز الكذب لدفعه، و إلا فهو حرام، لانصراف الأدله المجوزه عن ذلك، فلا دليل على وجوب الواسطه بينهما لكى تكون مستحبه، و أما قوله «ع» فى نهج البلاغه فأجبنى عن الكذب الجائز الذى هو مورد كلامنا، بل هو راجع الى الكذب المحرم، و أن يتخذة الإنسان وسيله لانتفاعه، و من الواضح جدا أن ترك ذلك من علائم الايمان.

و يؤيد ما ذكرناه تقابل الصدق المضر مع الكذب النافع فيه، لأن الظاهر من الكذب النافع هو ما يكون وسيله لتحصيل المنافع، و يكون المراد من الصدق المصرح عدم النفع، لكثرة إطلاق الضرر عليه فى العرف.

و عليه فشأن الحديث شأن ما ورد (١) من أنه (لا يزنى الزانى حين يزنى و هو مؤمن و لا يسرق السارق حين يسرق و هو مؤمن).

نعم يمكن الاستدلال على الاستحباب بناء على التسامح فى أدله السنن بقوله «ع» (٢):

(اجتنبوا الكذب و إن رأيتم فيه النجاه. فإن فيه الهلكه). و لكن مفاد الحديث أعم مما ذكره المصنف.

### الأقوال الصادره عن الأئمه (عليهم السلام) نقيه

لا خلاف بين المسلمين، بل بين عقلاء العالم فى جواز الكذب لإنجاء النفس المحترمه.

قال الغزالى (٣): (فمهما كان فى الصدق سفك دم امرئ مسلم فالكذب فيه واجب). و قد تقدمت (٤) دلالة جمله من الآيات و الروايات على هذا. بل هو من المستقلات العقلية، و من الضروريات الدينيه التى لا خلاف فيها بين المسلمين، و على ذلك فمن أنكره كان منكرا لإحدى ضروريات الدين، و لحقه حكم منكر الضرورى من الكفر، و وجوب القتل، و بينونه الزوجه، و قسمه الأموال.

ص: ٤١١

١-١) راجع ج ١ كا باب ٤٠ القمار من المعيشه ص ٣٦٢. و ج ١٠ الوافى باب القمار ص ٣٦. و ج ٣ ثل باب تحريم الزناء من النكاح المحرم ص ٣٩ و ٤٠. و ج ٢ ثل باب ٤٥ تعيين الكبائر من جهاد النفس ص ٤٦٣ و ص ٤٦٤، و ج ٢ مرآه العقول ص ٢٥٦ و ص ٢٦٠.

٢-٢) مرسله. راجع ج ٢ المستدرک باب ١٢٠ تحريم الكذب من عشره الحج ص ١٠٠

٣-٣) راجع ج ٣ إحياء العلوم بيان ما رخص فيه من الكذب ص ١٢١.

٤-٤) فى البحث عن جواز الكذب لدفع الضروره ص ٤٠٣ و ص ٤٠٤ و ٤٠٥.

و إذا عرفت ذلك فقد اتضح لك الحال فى الأقوال الصادره عن الأئمه «ع» فى مقام التقيه، فإننا لو حملناها على الكذب السائغ لحفظ أنفسهم و أصحابهم لم يكن بذلك بأس، مع أنه يمكن حملها على التوريه أيضا كما سيأتى.

و بذلك يتجلى لك افتضاح الناصبى المتعصب إمام المشككين، حيث لهج بما لم يلهج به البشر، و قال فى خاتمه محصل الأفكار حاكيا عن الزنديق سليمان بن جرير: إن أئمه الرافضه وضعوا القول بالتقيه لثلا- يظفر معها أحد عليهم، فإنهم كلما أرادوا شيئا تكلموا به فإذا قيل لهم هذا خطأ أو ظهر لهم بطلانه قالوا: إنما قلناه تقيه).

على أن التفوه بذلك افتراء على الأئمه الطاهرين الذين أذهب الله عنهم الرجس و طهرهم تطهيرا. قال الله تعالى (١): (إِنَّمَا يَفْتَرِي الْكُذِبَ الَّذِينَ لَا يُؤْمِنُونَ بِآيَاتِ اللَّهِ وَ أُولَئِكَ هُمُ الْكَافِرُونَ).

قوله الأقوال الصادره عن أئمتنا فى مقام التقيه. أقول: حاصل مراده أن ما صدر عن الأئمه «ع» تقيه فى بيان الأحكام و إن جاز حمله على الكذب الجائر حفظا لأنفسهم و أصحابهم عن الهلاك. و لكن المناسب لكلامهم و الأليق بشأنهم حمله على إرادته خلاف ظاهره من دون نصب قرينه على المراد الجدى، كأن يراد من قولهم (٢): لا بأس بالصلاه فى ثوب أصابه خمر جواز الصلاه فى الثوب المذكور مع تعذر غسله و الاضطرار الى لبسه.

و يؤيده تصريحهم «ع» بإرادته المحامل البعيده فى بعض المقامات، ففى روايه عمار عن أبى عبد الله «ع» (٣): (فقال له رجل: ما تقول فى النوافل؟ قال: فريضه، قال: ففزعنا و فزع الرجل فقال أبو عبد الله: إنما أعنى صلاه الليل على رسول الله «ص»).

و فيه أنك قد عرفت آنفا عدم استقلال العقل بقبح الكذب فى جميع الموارد، و إنما هو تابع للدليل الشرعى، و عليه فمهما حرمه الشارع يكشف منه أنه قبيح، و مهما ورد الدليل على جوازه يكشف منه أنه ليس بقبيح. و حينئذ فالكذب الجائر و التوريه سواء فى الإباحه و لا ترجيح لحمل الأخبار الموافقه للتقيه على الثانى.

قوله و من هنا يعلم أنه إذا دار الأمر فى بعض المواضع إلخ. أقول: ملخص كلامه: أنه إذا ورد عن الأئمه «ع» أمر و ترددنا بين أن نحمله على الوجوب بداعى التقيه

ص: ٤١٢

١- ١) سورة النحل، آيه: ١٠٧.

٢- ٢) راجع ج ١ ثل باب ٣٨ نجاسه الخمر من أبواب النجاسات ص ٢٠٠.

٣- ٣) راجع ج ١ ثل باب ١٦ جواز ترك النوافل من أبواب أعداد الفرائض و النوافل ص ٢٢٠. و ج ٥ الوافى ص ٢٠.

أو على الاستحباب بداعى بيان الواقع تعين الحمل على الثانى: بأن يراد من الأمر معناه المجازى أعنى الاستحباب من دون نصب قرينه ظاهره.

و مثاله أن يرد أمر بالوضوء عقيب ما يعده العامه (1) حدثا و ناقضا للوضوء، كالمذى و الودى و مس الفرج و الأثنين و غيرها من الأمور التى يراها العامه إحدائنا ناقضه للوضوء فإنه يدور الأمرح بين حمله على الوجوب بداعى التقيه و بين حمله على الاستحباب بداعى بيان الواقع، و من المعلوم أن الحمل على الثانى أولى، إذ لم يثبت من مذهب الشيعة عدم استحباب الوضوء عقيب الأمور المذكوره، و لكن ثبت عندهم أنها لا تنقض الوضوء جزما، و عليه فتأدى التقيه بإرادته المجاز و إخفاء القرينه.

أقول: لله در المصنف حيث أشار بكلامه هذا إلى قاعده كلييه و ضابطه شريفه، تتفرع عنها فروع كثيره، و من شأنها أن يبحث عنها فى علم الأصول فى فصل من فصول أبحاث الأوامر.

و تحقيق الكلام فيها أن ما يدور أمره بين الحمل على التقيه و بين الحمل على الاستحباب على ثلاثه أقسام، الأول: أن يكون ظهوره فى بيان الحكم الوضعى المحض، كما إذا ورد عنهم «ع» أن الرعاف أو الحجامه مثلا من النواقض للوضوء، فإنه لا ريب فى حمل هذا القسم على التقيه: بأن يكون المراد أنها ناقضه حقيقه للوضوء، و لكن صدور هذا الحكم بداعى التقيه، لا بداعى الإراده الجدييه.

الثانى: أن يدل بظهوره على الحكم التكليفى المولوى المحض، كما إذا فرضنا أن قراءه الدعاء عند رؤيه الهلال واجبه عند العامه و مستحبه عندنا، و وردت روايه من أئمتنا «ع» ظاهره فى الوجوب، فإن الأمر حينئذ يدور بين حمل هذه الروايه على الوجوب بداعى التقيه و بين حملها على الاستحباب بداعى الجد. غايه الأمر أن الامام «ع» لم ينصب قرينه على مراده الجدى.

و على هذا فبناء على مسلك المصنف من كون الأمر حقيقه فى الوجوب و مجازا فى غيره يدور الأمر بين حمله على التقيه فى بيان الحكم، و رفع اليد عن المراد الجدى: أعنى الاستحباب أو حمله على الوجوب الخاص أعنى الوجوب حال التقيه، و رفع اليد عن ظهور الأمر فى الوجوب المطلق بأن يكون المراد أن قراءه الدعاء عند رؤيه الهلال واجبه حال التقيه، أو حمله على الاستحباب و رفع اليد عن ظهور الكلام فى الوجوب من دون نصب قرينه على ذلك، و حيث لا مرجح لأحد الأمور الثلاثه بعينه، فيكون الكلام مجملا.

ص: ٤١٣

و أما بناء على ما حققناه فى محله من أن الأمر موضوع لواقع الطلب: أعنى إظهار الاعتبار النفسانى على ذمه المكلف، فما لم يثبت الترخيص من الخارج فان العقل يحكم بالوجوب و إذا ثبت الترخيص فيه من القرائن الخارجيه حمل على الاستحباب، و عليه فلا مانع من حمل الأمر بقراءه الدعاء عند رؤيه الهلال على الاستحباب، للقطع الخارجى بعدم وجوبها عند رؤيه الهلال، فيتعين الاستحباب، إذ ليس هنا احتمال آخر غيره لكى يلزم الاجمال.

الثالث: ان يكون الكلام الصادر عن الامام «ع» ظاهرا فى بيان الحكم التكليفى، إلا انه فى الواقع بيان للحكم الوضعى الصرعى، كما إذا ورد الأمر بالوضوء عقب المذى و الودى و مس الفرج و الأتئين أو غيرها من الأمور التى يراها العامه إحداثا ناقضه للوضوء فإن الأمر فى هذه الموارد إرشاد إلى ناقضيه الأمور المذكوره للوضوء، كما ان الأمر بالوضوء عقب البول و النوم إرشاد الى ذلك أيضا، و ح فيدور الأمر بين حمله على ظاهره من الناقضيه بداعى التقيه، لا الجد، و بين حمله على الاستحباب، فالظاهر هو الأول، فإن حمله على الثانى يستلزم مخالفه الظاهر من جهتين:

الاولى: حمل ما هو ظاهر فى الإرشاد إلى الناقضيه على خلاف ظاهره من إرادته الحكم التكليفى. الثانى: حمل ما هو ظاهر فى الوجوب على الاستحباب. و أما لو حملناه على التقيه فلا يلزم منه إلا مخالفه الظاهر فى جهه واحده، و هى حمل الكلام على غير ظاهره من المراد الجدى.

### جواز الكذب لإرادته الإصلاح

قوله الثانى من مسوغات الكذب إرادته الإصلاح. أقول: لا شبهه فى جواز الكذب للإصلاح بين المتخصصين فى الجملة عند الفريقين نصا [١] و فتوى، و تفصيل ذلك

ان النزاع و البغضاء بين المتخاصمين تاره يكون من كلا الطرفين: بأن يكون كل منهما حربا للآخر، و قاصدا لإيقاع الضرر به، و اخرى يكون الحقد و النفاق من طرف واحد، كأن وشى اليه تمام على أخيه كاذبا فحقد عليه، و كلا القسمين مشمولان لإطلاق ما دل على جواز الكذب فى مورد الإصلاح.

و يمكن الاستدلال على جواز الكذب للإصلاح بقوله تعالى (١): (إِنَّمَا الْمُؤْمِنُونَ إِخْوَةٌ فَأَصْلِحُوا بَيْنَ أَخَوَيْكُمْ) أى أصلحوا بين المؤمنين إذا تخاصموا و تقاتلوا (وَ اتَّقُوا اللَّهَ) فى ترك العدل و الإصلاح (لَعَلَّكُمْ تُرْحَمُونَ) فإن إطلاق الآيه يشمل الإصلاح بالكذب أيضا و ح فتكون الآيه معارضه لعموم ما دل على حرمه الكذب بالعموم من وجه، و بعد تساقطهما فى ماده الاجتماع: أعنى الكذب للإصلاح يرجع الى البراءه، أو الى عموم المصلح ليس بكذاب، فإنه ينفى الكذب عن المصلح على سبيل الحكومه.

و لا فرق فى جواز الكذب للإصلاح بين ان يكون المصلح احد المتخاصمين أو غيرهما، و يدل على تأكد الحكم فى الأول بعض الأحاديث الواردة فى حرمه هجران المؤمن فوق ثلاثه أيام. كقوله «ع» فى روايه حمران [١]: (ما من مؤمنين اهتجرا فوق ثلاث إلا- برأت منهما فى الثالثه قيل: هذا حال الظالم فما بال المظلوم؟ فقال: ما بال المظلوم لا يصير الى الظالم فيقول: أنا الظالم حتى يصلحها).

و من الواضح جدا ان قول المظلوم: انا الظالم كذب، و قد ذمه الإمام «ع» على تركه فيكون مستحبا مؤكدا.

قوله ورد فى أخبار كثيره جواز الوعد الكاذب مع الزوجه، بل مطلق الأهل).

أقول: إن كان الوعد على سبيل الإنشاء فهو خارج عن الكذب موضوعا على ما عرفته سابقا. و إن كان على سبيل الإخبار، و لم يحرز المتكلم تحقق المخبر به فى ظرفه فهو

ص: ٤١٥

كذب محرم على صورته الوعد، كما عرفت في البحث عن حكم خلف الوعد.

و لكن ظاهر جملة من الروايات التي تقدم بعضها في البحث عن جواز الكذب للإصلاح هو جواز الوعد الكاذب للزوجه، بل لمطلق الأهل، و عليه فيقيد بها ما دل على حرمه الكذب، كما يقيد بها أيضا ما دل على وجوب الوفاء بالوعد لو قلنا به، و الله العالم. إلا أن يقال بعدم صلاحية ذلك للتقييد، لضعف السند.

## حرمه الكهانه

## اشاره

قوله التاسع عشره: الكهانه). أقول: ما هي الكهانه؟ و ما حكم الرجوع الى الكاهن؟ و ما حكم الإخبار عن الأمور المستقبله؟.

أما الكهانه فهي في اللغة [١] الإخبار عن الكائنات في مستقبل الزمان، و قيل هي عمل يوجب طاعه الجان للكاهن، و من هنا قيل: إن الكاهن من كان له رأى من الجن يأتيه الأخبار. و هي قريبه من السحر أو أخص منه. و العراف [٢] هو المنجم و الكاهن، و قيل:

العراف كالكاهن، إلا ان العراف يختص بمن يخبر عن الأحوال المستقبله، و الكاهن بمن يخبر عن الأحوال الماضيه.

و كيف كان فالكهانه على قسمين:

الأول: ان يخبر الكاهن عن الحوادث المستقبله لاتصاله بالشياطين القاعدين مقاعد

استراق السمع من السماء، فيطلعون على إسرارها، ثم يرجعون إلى أوليائهم لكي يؤدوها إليهم.

الثانى: ان يخبر الكاهن عن الكائنات الأرضيه، و الحوادث السفليه لاتصاله بطائفه من الجن و الشياطين التى تلقى إليه الأخبار  
الراجعه إلى الحوادث الأرضيه فقط، لأن الشياطين قد منعت عن الاطلاع الى السماء و أخبارها بعد بعثه النبى (صلى الله عليه و  
آله).

و فى خبر الاحتجاج [١] أطلق لفظ الكاهن على كلا- القسمين، أما إطلاقه على القسم الأول فهو صريح جملة من فقراته. و أما  
إطلاقه على القسم الثانى فقد وقع منه فى فقرتين:

الأولى: قوله «ع»: (لأن ما يحدث فى الأرض من الحوادث الظاهره فذلك يعلم الشياطين و يؤديه إلى الكاهن و يخبره بما يحدث  
فى المنازل و الأطراف).

الثانية: قوله: «ع»: بعد ما ذكر أن الشياطين كانوا يسترقون أخبار السماء، و يقذفونها الى الكاهن: (فمنذ منعت الشياطين عن استراق  
السمع انقطعت الكهان و اليوم إنما يؤدى الشيطان الى كهانها أخبارا للناس مما يتحدثون به- الى أن قال:- ما يحدث فى البعد من  
الحوادث).

فقد أطلق الكاهن فى هاتين الفقرتين على المخبر عن الكائنات السفليه بواسطه الشياطين.

و لا ينافيه قوله «ع»: (انقطعت الكهان). فإن المراد منها هو الكهان الكامله: أعنى القسم الأول.

و تدل على حرمه كلا القسمين مضافا الى خبر الاحتجاج المتقدم جملة من الروايات من طرق الخاصه [٢].

و من طرق العامه (١) و قد تقدم بعضها فى البحث عن حرمة التنجيم و السحر.

### حرمة الرجوع الى الكاهن

و أما الرجوع الى الكاهن، و العمل بقوله، و ترتيب الأثر عليه فى الأمور الدينيه، و الاستناد إليه فى إثبات أمر أو نفيه فلا شبهه فى حرمة، بل لا خلاف فيها بين المسلمين، لكونه افتراء على الله، و عملا بالظن الذى لا يغنى من الحق شيئا.

و تدل على الحرمة أيضا جملة من روايات الفريقين الناهيه عن إتيان الكاهن و العراف فإن الإتيان إليهم كناية عن تصديقهم، و العمل بقولهم، كما فى تاج العروس قال: (من أتى كاهنا أو عرافا إلخ: أى صدقهم). و قد عرفت أن العراف يصدق عليه الكاهن.

و فى روايه الخصال أن (من تكهن أو تكهن له فقد برىء من دين محمد «ص»): أى من جاء الى الكاهن و أخذ منه الرأى فليس بمسلم «و قد تقدمت الإشارة الى هذه الروايات فى الحاشيه».

### حكم الاخبار عن الأمور المستقبله

و أما الإخبار عن الأمور المستقبله جزما فيقع البحث عن حكمه تاره من حيث القاعده، و اخرى من حيث الروايه.

أما الأول فقد يكون المخبر عن الحوادث الآتية شاكا فى وقوعها فى مستقبل الزمان.

و قد يكون جازما بذلك. أما الأول فلا شبهه فى حرمة، لكونه من الكذب المحرم و من القول بغير علم. و قد عرفت فى البحث عن حكم خلف الوعد أن المخبر ما لم يكن جازما بوقوع المخبر به فى الخارج فهو كاذب فى إخباره. نعم لو صادف الواقع فى هذه الحال كان حراما من جهة التجرى.

و أما الثانى فلا وجه لحرمة، فإنه خارج عن الكذب و عن القول بغير علم موضوعا و حكما و لكن المصنف التزم بحرمة لأمر:

الأول: خبر الهيثم [١]: (قال: قلت لأبى عبد الله «ع»: إن عندنا بالجزيره رجلا ربما

ص: ٤١٨



أخبر من يأتيه يسأله عن الشيء يسرق أو شبه ذلك فنسأله؟ فقال: قال رسول الله (صلى الله عليه وآله): من مشى إلى ساحر أو كاهن أو كذاب يصدقه فيما يقول فقد كفر بما أنزل الله من كتاب) بدعوى أن الإخبار عن الغائبات على سبيل الجزم محرم مطلقا، سواء أ كان بالكهانه أم بغيرها، لأنه «ع» حصر المخبر بالشيء الغائب بالساحر والكاهن والكذاب، وجعل الكل حراما.

و فيه أولا: أن الروايه بقرينه السؤال ظاهره في الإخبار عن الأمور الماضيه من السرقة و الضاله و نحوها، و لا إشكال في جواز الإخبار عن الأمور الماضيه إذا كان المخبر جازما بوقوعها، و إنما الكلام في الإخبار على سبيل الجزم على الحوادث الآتية، فمورد الروايه أجنبي عن محل الكلام.

و ثانيا: لا دلالة في الروايه على انحصار المخبر عن الأمور المعنيه بالكاهن و الساحر و الكذاب، بل الظاهر منها أن الإخبار المحرم منحصر بإخبار هذه الطوائف الثلاث.

فالإمام «ع» بين ضابطه حرمة الإخبار عن الغائبات، و نظيره ما إذا سئل أحد عن حرمة شرب العصير التمرى؟ فأجاب بأن الحرام من المشروبات إنما هو الخمر و النبيذ و العصير العنبي إذا غلى، فان هذا الجواب لا يدل على حصر جميع المشروبات بالمحرم، و إنما يدل على حصر المشروبات المحرمة بالأمر المذكوره. و إذن فلا دلالة في الروايه على حرمة مطلق الإخبار عن الأمور المستقبلة و لو من غير الكاهن و الساحر و الكذاب.

و ثالثا: أن غايه ما تدل عليه الروايه أن تصديق المخبر في إخباره حرام، لأنه غير حجه و أما حرمة إخبار المخبر فلا تدل الروايه على حرمة، كما هو الحال في إخبار الفاسق و غيره فيما لا يكون قوله حجه.

الثاني: قوله «ع» في حديث المناهي المتقدم في الهامش: (إنه نهى عن إتيان العراف و قال: من أتاه و صدقه فقد برىء مما أنزل الله على محمد «ص»). بدعوى أن المخبر عن الغائبات في المستقبل كاهن و يختص باسم العراف.

و فيه أولا: أنه ضعيف السند. و ثانيا: أن إتيان العراف كناية عن العمل بقوله، و ترتيب الأثر عليه، كما عرفته آنفا، فلا دلالة فيه على حرمة الإخبار عن الأمور المستقبلة بأي نحو كان.

الثالث: قوله «ع»: «في بعض الأحاديث [١]: (لثلاث يقع في الأرض سبب يشاكل الوحي إلخ). فإن الإخبار عن الغائبات و الكائنات في مستقبل الزمان من الأمور تشاكل الوحي

و من المقطوع به أنه مبغوض للشارع.

و فيه أن الممنوع في الرواية هو الإخبار عن السماء بوساطة الشياطين، فإنهم كانوا يقعدون مقاعد استراق السمع من السماء، و يطلعون على مستقبل الأمور، و يحملونها إلى الكهنة، و يثبونها فيهم، و قد منعوا عن ذلك بالشهاب الثاقب لثلا يقع في الأرض ما يشاكل الوحي. و أما مجرد الإخبار عن الأمور الآتية بأى سبب كان فلا يرتبط بالكهانه.

قوله فتبين من ذلك إلخ. أقول: حاصل كلامه: أن المتحصل مما ذكرناه هو حرمة الإخبار عن الغائبات من غير نظر في بعض ما صح اعتباره، كنبذ من الرمل و الجفر و فيه أن المناط في جواز الإخبار عن الغائبات في مستقبل الزمان إنما هو حصول الاطمئنان بوقوع المخبر به كما عرفت. و عليه فلا فرق بين الرمل و الجفر و غيرهما من موجبات الاطمئنان.

ثم إن ظاهر عبارته المصنف هو اعتبار بعض أقسام الرمل و الجفر. ولكنه عجيب منه (ره)!! إذ لم يقد دليل على اعتبارهما في الشريعة المقدسه غاية الأمر أنهما يفيدان الظن، و هو لا يغنى من الحق شيئاً.

### حرمة اللهو في الجملة

#### إشاره

قوله العشرون: اللهو حرام. أقول: لا- خلاف بين المسلمين قاطبه في حرمة اللهو في الجملة، بل هي من ضروريات الإسلام، و إنما الكلام في حرمة على وجه الإطلاق.

فظاهر جملة من الأصحاب، بل صريح بعضهم، و ظاهر بعض العامة أن اللهو حرام مطلقاً، فعن المحقق في المعتبر: (قال علمائنا: اللاهى بسفره كالمتنزه بصيده بطرا لا يترخص، لنا أن اللهو حرام، فالسفر له معصيه).

و قال العلامة (1): حرم الحلبي (الرمي عن قوس الجلاهدق و الإطلاق ليس بجيد، بل ينبغى التقييد بطلب اللهو و البطر). و في كلمات غير واحد من الأصحاب إن من سفر المعصيه طلب الصيد للهو و البطر.

و في الرياض (2) قد استدلل على حرمة المسابقه في غير الموارد المنصوصه بما دل على حرمة مطلق اللهو.

ص: ٤٢٠

١-١) راجع ج ٢ المختلف ص ١٦٤.

٢-٢) ج ٢ ص ٤١.

و عن المالكيه (١) (إن كان الغرض من المسابقه المغالبه و التلهي فيكون حراما).

و قد استظهر المصنف من الأخبار الكثيره حرمه اللهو على وجه الإطلاق، ثم قال:

(و لكن الإشكال فى معنى اللهو فإن أريد به مطلق اللهو كما يظهر من الصحاح و القاموس فالظاهر أن القول بحرمته شاذ مخالف للمشهور و السيره، فإن اللعب هى الحركه لا لغرض عقلائي، و لا خلاف ظاهرا فى عدم حرمته على الإطلاق، نعم لو خص اللهو بما يكون من بطر و فسر بشده الفرح كان الأقوى تحريمه).

و لكن الأخبار لا دلالة لها على حرمه اللهو على وجه الإطلاق فإنها على أربع طوائف:

الأولى (٢): هى الروايات الداله على وجوب الإتمام على المسافر إذا كان سفره للصيد للهوى، فقد يقال: إن هذه الطائفة تدل بالالتزام على حرمه اللهو أيضا، إذ لا نعرف وجهها لإتمام الصلاه هنا إلا كون السفر معصيه للصيد للهوى.

و لكنه ضعيف، إذ غايه ما يستفاد من هذه الأخبار أن السفر للصيد للهوى لا- يوجب القصر، فلا دلالة فيها على كون السفر معصيه، إذ لا- ملازمه بين وجوب الإتمام فى السفر و بين كونه معصيه، بل هو أعم من ذلك. و الى هذا ذهب المحقق البغدادي (ره).

الثانيه: ما دل على أن اللهو من الكبائر، كما فى حديث شرائع الدين عن الأعمش [١] قال المصنف: (حيث عد فى الكبائر الاشتغال بالملاهى التى تصد عن ذكر الله كالغناء و ضرب الأوتار، فإن الملاهى جمع الملهى مصدرا أو الملهى و صفا، لا الملهاه آله، لأنه لا يناسب التمثيل بالغناء).

و لكن يرد عليه أولا: أن هذه الروايه ضعيفه السند. و ثانيا: لا دلالة فيها على حرمه اللهو المطلق، بل الظاهر منها أن الحرام هو اللهو الذى يصد عن ذكر الله كالغناء و ضرب الأوتار و نحوهما.

و ثالثا: أن الظاهر من اللغه أن الملاهى اسم الآلات، فالأمر يدور بين رفع اليد عن

ص: ٤٢١

١- ١) راجع ج ٢ فقه المذاهب ص ٥١.

٢- ٢) راجع ج ٥ الوافى باب من كان سفره باطلا ص ٣٢. و ج ١ ثل باب ٩ من خرج الى الصيد للهو من صلاه المسافر ص ٥٤٨. و ج ١ التهذيب أبواب الزيادات صلاه المسافر ص ١٨٤. و ج ١ المستدرک ص ٥٠٢.

ظهوره و حملها على الفعل و بين رفع اليد عن ظهور الغناء و حمله على الغناء فى آله الله، و لا- وجه لترجيح أحدهما على الآخر، فتكون الروايه مجمله. بل ربما يرجح رفع اليد عن ظهور الغناء، كما يدل عليه عطف ضرب الأوتار على الغناء.

ثم إن روايه الأعمش لم يذكر فيها إلا عد الملاهى التى تصد عن ذكر الله من الكبائر.

و أما زياده كلمه الاشتغال قبل كلمه الملاهى فهى من سهو قلم المصنف (ره)، و لو كانت النسخه كما ذكره لما كان له حمل الملاهى على نفس الفعل، فان الاشتغال بالملاهى من أظهر مصاديق الغناء.

الثالثه: الأخبار المستفيضه. بل المتواتره الداله على حرمه استعمال الملاهى و المعازف، و فى روايه العيون [١]: (الاشتغال بها من الكبائر). و فى روايه عنبه: (استماع اللهو و الغناء يثبت النفاق كما يثبت الماء الزرع). و قد تقدمت الإشارة إلى جملة منها، و الى مصادرها فى مبحث حرمه الغناء.

و فيه أن هذه الروايات إنما تدل على حرمه قسم خاص من اللهو: أعنى الاشتغال بالملاهى و المعازف و استعمالها، و لا نزاع فى ذلك، بل حرمه هذا القسم من ضروريات الدين، بحيث يعد منكرها خارجا عن زمره المسلمين، و إنما الكلام فى حرمه اللهو على وجه الإطلاق، و واضح أن هذه الأخبار لا تدل على ذلك.

الرابعه: الأخبار الظاهره ظهورا بدويا فى حرمه اللهو مطلقا، كقوله «ع» فى خبر العياشى: (كلما ألهى عن ذكر الله فهو من الميسر). و فى بعض روايات المسابقه (١):

(كل لهو المؤمن باطل إلا فى ثلاث). و فى روايه أبى عباد: إن السماع فى حيز الباطل و اللهو «و سنذكرها». و فى روايه عبد الأعلى (٢) فى رد من زعم ان النبى (صلى الله عليه و آله) رخص فى أن يقال: جئناكم جئناكم إلخ: (كذبوا إن الله يقول: لو أردنا أن نتخذ لهوا لاتخذناه من لدنا إلخ). و فى جملة من روايات الغناء أيضا ما يدل على أن اللهو من الباطل فإذا ضمنا ذلك الى ما يظهر من الأدله من حرمه الباطل كجملة من الروايات الداله على حرمه الغناء (٣) كانت النتيجة حرمه اللهو مطلقا.

و يرد عليه أن الضروره دلت على جواز اللهو فى الجملة، و كونه من الأمور المباحه، كاللعب بالسبحه أو اللحيه أو الحبل أو الأحجار و نحوها، فلا يمكن العمل بإطلاق هذه

ص: ٤٢٢

١- ١) قد تقدم فى ص ٣٧٠.

٢- ٢) قد تقدم فى ص ٣١٢.

٣- ٣) قد أشرنا إلى مصادرها فى ص ٣٠٧.

الروايات على تقدير صحتها، وقد أشرنا إليه في مبحث حرمه القمار (١) و عليه فلا بد من حملها على قسم خاص من اللهو أعنى الغناء ونحوه، كما هو الظاهر، أو حملها على وصول الاشتغال بالأموار اللاغية إلى مرتبه يصد فاعله عن ذكر الله، فإنه ح يكون من المحرمات الإلهيه.

و الحاصل: أنه لا- دليل على حرمه اللهو على وجه الإطلاق، و مما ذكرناه ظهر أيضا أنا لا- نعرف وجهها صحيحا لما ذكره المصنف (ره) من تقويه حرمه الفرح الشديد.

## اللعب و اللغو

قوله و اعلم أن هنا عنوانين. أقول: قد فرق جمع من أهل الفروق بين اللهو و اللعب، و لا- يهمننا التعرض لذلك، و إنما المهم هو التعرض لحكهما، و قد عرفت: أنه لا- دليل على حرمه مطلق اللهو، و أما اللعب فإن كان متحدا في المفهوم مع اللهو فحكمه هو ذلك، و إن كانا مختلفين مفهوما فلا بد من ملاحظه الأدله الشرعيه، فإن كان فيها ما يدل على حرمه اللعب أخذ به، و إلا فيرجع الى الأصول العمليه.

و أما اللغو فذكر المصنف (ره) أنه إن أريد به ما يرادف اللهو كما يظهر من بعض الاخبار [١] كان في حكمه. و إن أريد به مطلق الحركات اللاغيه فالأقوى فيها الكراهه أقول: لا دليل على حرمه مطلق اللغو سواء قلنا بكونه مرادفا للهو و الباطل كما هو الظاهر من أهل اللغة أم لا- لما عرفت من عدم الدليل على حرمه اللهو على وجه الإطلاق و أما ما ذكره من ظهور الروايات في مرادفه اللغو مع اللهو ففيه أن الروايات المذكوره ناظره إلى اتحاد قسم خاص من اللغو مع قسم خاص من اللهو، و هو القسم المحرم، فلا دلالة فيها على اتحاد مفهومهما مطلقا. على أنها ضعيفه السند.

ص: ٤٢٣

وقد يقال: بحرمة اللغو على وجه الإطلاق لروايه الكابلي [١] فإن الإمام (عليه السلام) جعل فيها اللغو المضحك من جملة الذنوب التي تهتك العصم.

وفيه أولاً: أنها ضعيفه السند، ومجهوله الرواه. وثانياً: أن موضوع التحريم فيها هو اللغو الذي يكون موجبا لهتك عصم الناس و أعراضهم من الاستهزاء والسخرية والتعير والهزاء ونحوها من العناوين المحرمة.

على أنه لا دليل على حرمة إضحاك الناس وإدخال السرور في قلوبهم بالأمر المباحه والجهات السائغه، بل هو من المستحبات الشرعيه والأخلاق المرضيه فضلاً كونه موجبا لهتك العصم، وإثاره للعداوه والبغضاء.

وقد ذكر ابن أبي الحديد في مقدمه شرح النهج في علي بن أبي طالب «ع»: (و أما سجاحه الأخلاق و بشر الوجه و طلاقه المحيا و التسم فهو المضروب به المثل فيه حتى عابه بذلك أعداؤه). و كان الأصل في هذا التعيب عمر بن الخطاب و عمرو بن العاص.

وقد ظهر مما ذكرناه أنه لا يمكن الاستدلال على حرمة اللغو مطلقا بوصيه النبي (صلى الله عليه و آله) لأبي ذر [٢].

ثم إن روايه الكابلي عدت شرب الخمر و اللعب بالقمار من جملة الذنوب التي تهتك العصم أما الأول فلأنه يجر الى التعرض لإعراض الناس، بل نفوسهم، فان شارب الخمر في حال سكره كالمجنون الذي لا يبالي في أفعاله و حركاته.

و أما اللعب بالقمار فلأنه يورث العداوه بين الناس، حيث تؤخذ به أموالهم بغير عوض و استحقاق. وقد أشير إلى كلا الأمرين في الآيه [٣].

قوله الحاديه و العشرون:مدح من لا يستحق المدح أو يستحق الذم. أقول:حكى المصنف أن العلامه عد مدح من لا يستحق المدح أو يستحق الذم فى عداد المكاسب المحرمه ثم وجه كلامه بوجه:

الأول:حكم العقل بقبح ذلك.الثانى:قوله تعالى (١): (وَلَا تَزْكُوتُوا إِلَى الَّذِينَ ظَلَمُوا فَتَمَسَّكُمُ النَّارُ).الثالث:ما رواه الصدوق عن النبى ص [١]:(من عظم صاحب دنيا و أحبه لطمع فى دنياه سخط الله عليه و كان فى درجه مع قارون فى التابوت الأسفل من النار).الرابع:ما فى حديث المناهى [٢]من قوله(صلى الله عليه و آله):(من مدح سلطانا جائرا أو تحفف أو تضعع له طمعا فيه كان قرينه فى النار).

و لكن الظاهر أن الوجوه المذكوره لا تدل على مقصود المصنف:أما العقل فإنه لا يحكم بقبح مدح من لا يستحق المدح بعنوانه الأولى ما لم ينطبق عليه عنوان آخر مما يستقل العقل بقبحها،كتقويه الظالم،و إهانته المظلوم و نحوهما.و أما الآية فهى تدل على حرمة الركون الى الظالم و الميل اليه،فلا ربط لها بالمقام.و سيأتى الاستدلال بها على حرمة معونه الظالمين.

و اما النبوى الذى رواه الصدوق فإنه يدل على حرمة تعظيم صاحب المال و إجلاله طمعا فى ماله،فهو بعيد عما نحن فيه.و اما حديث المناهى ففيه أولا:انه ضعيف السند.

و ثانيا:انه دال على حرمة مدح السلطان الجائر،و حرمة تعظيمه طمعا فى ماله،أو تحصيلا لرضاه.

ص:٤٢٥

و على الجملة أن الوجوه التي ذكرها المصنف لا- تدل على حرمه مدح من لا- يستحق المدح في نفسه، فإن النسبه بينه و بين العناوين المحرمه المذكوره هي العموم من وجه، و عليه فلا- وجه لجعل العنوان المذكور من المكاسب المحرمه، كما صنعه العلامه و تبعه غيره.

ثم إن مدح من لا يستحق المدح قد يكون بالجملة الخبريه، و قد يكون بالجملة الإنشائية أما الأول فهو كذب محرم إلا إذا قامت قرينه على إرادته المبالغه. و اما الثاني فلا محذور فيه ما لم ينطبق عليه شيء من العناوين المحرمه المذكوره، أو كان المدح لمن وجبت البراءه منه، كالمبدء في الدين، و قد تقدم ذلك في مبحث الغيبه و مبحث حرمه سب المؤمن.

لا- يخفى ان حرمه مدح من لا يستحق المدح على وجه الإطلاق أو فيما انطبق عليه عنوان محرم إنما هي فيما إذا لم يلتجئ الى المدح لدفع خوف أو ضرر بدني أو مالي أو عرضي، و إلا فلا شبهه في الجواز.

و يدل عليه قولهم (عليهم السلام) [١] في عده روايات: (إن شر الناس عند الله يوم القيامة الذين يكرمون اتقاء شرمهم). و كك تدل عليه أخبار التقيه، فإنها تدل على جوازها في كل ضروره و خوف.

## حرمه معونه الظالمين

### اشاره

قوله الثانيه و العشرون: معونه الظالمين في ظلمهم حرام بالأدله الأربعة، و هو من الكبائر. أقول: ما هو حكم معونه الظالمين؟ و ما هو حكم أعوان الظلمه؟ و ما هو حكم إعانتهم في غير جهه الظلم من الأمور السائغه كالبنايه و النجاره و الخياطه و نحوها؟.

أما معونه الظالمين في ظلمهم فالظاهر انها غير جائزه بلا خلاف بين المسلمين قاطبه، بل بين عقلاء العالم، بل التزم جمع كثير من الخاصه و العامه [٢] بحرمه الإعانه على مطلق الحرام، و حرمه مقدماته.



و يدل على حرمة العقل. و الإجماع المستند الى الوجوه المذكوره فى المسأله. و قوله تعالى (١): (وَ لَا تَزْكُتُوا إِلَى الَّذِينَ ظَلَمُوا فَتَمَسَّكُمُ النَّارُ). فان الركون المحرم هو الميل إليهم، فيدل على حرمة إعانتهم بطريق الأولويه. أو المراد من الركون المحرم هو الدخول معهم فى ظلمهم.

و اما الاستدلال على حرمتها بقوله تعالى: (وَ لَا تَعَاوَنُوا عَلَى الْإِثْمِ وَ الْعُدْوَانِ). كما فى المستند و غيره فقد تقدم جوابه فى البحث عن حكم الإعانة على الإثم، و قلنا: إن التعاون غير الإعانة، فإن الأول من باب الإفعال، و الثانى من باب التفاعل، فحرمة أحدهما لا تسرى الى الآخر.

و تدل على حرمة معونه الظالمين أيضا الروايات [١] المستفيضة، بل المتواتره.

و اما دخول الإنسان فى أعوان الظلمه فلا شبهه أيضا فى حرمة، و يدل عليها جميع ما دل على حرمة معونه الظالمين فى ظلمهم، و غير ذلك من الأخبار الناهيه عن الدخول فى حزبهم و تسويد الاسم فى ديوانهم. و قد أشرنا إلى مصادرها فى الهامش.

ص: ٤٢٧

و أما إعانه الظالمين فى غير جهه ظلمهم. بالأمر السائغه، كالبنايه و الخبازه و نحوهما فلا بأس بها، سواء أ كان ذلك مع الأجره أم بدونها، بشرط ان لا يعد بذلك من أعوان الظلمه عرفا، و إلا كانت محرمه كما عرفت.

و قد يستدل على حرمتها بروايات:

منها روايه محمد بن عذافر عن أبيه [١] الظاهره فى حرمه المعامله مع الظلمه.

و فيه أولا: أن الروايه ضعيفه السند. و ثانيا: أن قوله «ع»: (يا عذافر نبئت أنك تعامل أبا أيوب و الربيع فما حالك إذا نودى بك فى أعوان الظلمه). ظاهر فى أن عذافر كان يدأب على المعامله مع الظلمه، بحيث ألحقه بأعوانهم، و عليه فمورد الروايه أجنبي عن المقام.

و منها روايه ابن أبى يعفور [٢] الظاهره فى ردع السائل عن إعانه الظالمين فى الجهات السائغه و فيه أن الظاهر من قول السائل: (ربما أصاب الرجل منا الضيق و الشده فيدعى إلى البناء إلخ). أن الرجل منهم تصيبه الشده، فيلتجئ الى الظالمين، و يتدرج به الأمر حتى يكون من أعوان الظلمه، بحيث يكون ارتزاقه من قبلهم، و لذلك طبق الامام «ع» عليهم قوله إن أعوان الظلمه يوم القيامه فى سراق من نار حتى يحكم الله بين العباد). فهذه الروايه أيضا خارجه عن مورد الكلام. على أنها ضعيفه السند.

و مع الإغضاء عن ذلك فقوله «ع»: (ما أحب أنى عقدت لهم عقده إلخ) لو لم يكن ظاهرا فى الكراهه فلا- ظهور له فى الحرمة، فتكون الروايه مجمله.

و منها روايه العياشى [٣] الداله على أن السعى فى حوائج الظالمين عدل الكفر. و النظر إليهم على العمد من الكبائر التى يستحق بها النار.

و فيه أولا: أنها ضعيفه السند. و ثانيا: أن الظاهر من إضافه الحوائج إلى الظالمين و لو بمناسبه الحكم و الموضوع كون السعى فى حوائجهم المتعلقه بالظلم.

و من هنا ظهر الجواب عن روايه السكونى [١] عن رسول الله (صلى الله عليه و آله) قال: (إذا كان يوم القيامة نادى مناد أين أعوان الظلمه و من لاق لهم دوات أو ربط كيسا أو مد لهم مده فاحشروهم معهم). و كك ظهر الجواب عن روايه أبى حمزه عن على بن الحسين «ع» قال: (إياكم و صحبه العاصين و معونه الظالمين). و قد تقدمت هذه الروايه فى الحاشيه.

و منها روايه الشيخ [٢] عن ابن أبى عمير عن يونس بن يعقوب قال: قال لى أبو عبد الله «ع»: (لا تعنهم على بناء مسجد).

و فيه أن المنع عن إعانتهم على بناء المسجد لهم نحو من تعظيم شوكتهم، فيكون كمسجد الضرار الذى ذكره الله فى الكتاب [٣] و تبعد الروايه عما نحن بصدده.

و منها روايه صفوان [٤] الظاهره فى ردعه عن إكراء الجمال من هارون الرشيد.

و فيه أولا: أنها ضعيفه السند. و ثانيا: أن الروايه أدل على الجواز، فإن الإمام «ع» إنما ردعه عن محبه بقائهم، و يدل على هذا من الروايه قوله «ع»: (أ تحب بقاءهم حتى يخرج كراؤك؟ قلت: نعم، قال: من أحب بقائهم فهو منهم و من كان منهم كان وروده الى النار).

و مع الإغضاء عن جميع ذلك، و تسليم دلالة الروايات المذكوره على الحرمة فالسيره القطعيه قائمه على جواز إعانه الظالمين بالأمر المباحه فى غير جهه ظلمهم، فتكون هذه السيره قرينه لحمل الروايات على غير هذه الصوره.

و الحاصل: أن المحرم من العمل للظلمه على قسمين، الأول، إعانتهم على الظلم. و الثانى:

صيوروه الإنسان من أعوانهم، بحيث يعد فى العرف من المنسويين إليهم، بأن يقال: هذا كاتب الظالم. و هذا معماره. و ذاك خزانه. و قد عرفت حرمة كلا القسمين بالأدله المتقدمه. و أما غير ذلك فلا دليل على حرمة.

ثم إن المراد من الظالم المبحوث عن حكم إعانتته ليس هو مطلق العاصى الظالم لنفسه، بل المراد به هو الظالم للغير، كما هو ظاهر جملة من الروايات التى تقدم بعضها، بل هو صريح

جمله أخرى منها، و عليه فمورد الحرمة يختص بالثاني.

على أنه قد تقدم في البحث عن حكم الإعانة على الإثم أنه لا دليل على حرمتها على وجه الإطلاق ما لم يكن في البين تسبب، و قلنا في المبحث المذكور: إن الإعانة على الظلم حرام للأدلة الخاصة، فلا ربط لها بمطلق الإعانة على الإثم.

### حرمة النجش

قوله الثالث و العشرون: النجش بالنون المفتوحه و الجيم الساكنه أو المفتوحه حرام) أقول: الظاهر أنه لا خلاف بين الشيعة و السنه [١] في حرمة النجش في الجملة، و قد فسروه بوجهين كما يظهر من أهل اللغه [٢]: الأول: أن يزيد الرجل في البيع ثمن السلعه و هو لا يريد شراءها. و لكن ليسمعه غيره. فيزيد زيادته و هذا هو المروى عن الأكثر.

الثاني: أن تمدح سلعه غيرك و تروجها لبيعهها، أو تدمها لثلاث تنفق عنه. و ظاهر الوجهين هو تحقق النجش بهما، سواء أ كان ذلك عن مواطاه مع البائع أم لا.

أما الوجه الأول فإن كان غرض الناجش غش المشتري و تغريبه في المعامله فإن مقتضى القاعده حينئذ هو حرمة الغش مع تحقق المعامله في الخارج. فقد عرفت في البحث عن

حرمه الغش: أن غش المؤمن في المعامله حرام، لاستفاضه الروايات عليه، وإن لم تقع المعامله في الخارج أو وقعت فيه بغير غش و تغرير فلا دليل على حرمة إلا من حيث التجري و قد يقال بحرمة النجش بهذا المعنى، لكونه إضراراً للمشتري، و هو حرام.

و فيه أولاً: أن المشتري إنما أقدم على الضرر بإرادته و اختياره و إن كان الدافع له على الإقدام هو الناجش.

و ثانياً: أن الدليل أخص من المدعى، فإن الناجش إنما يوقع المشتري في الضرر إذا كان الشراء بأزيد من القيمة السوقية، و أما إذا وقعت المعامله على السلعه بأقل من القيمة السوقية أو بما يساويها فإن النجش لا يوجب إضراراً للمشتري. إلا أن يمنع من صدق مفهوم النجش على ذلك كما يظهر من غير واحد من أهل اللغه كالمصباح و تاج العروس و غيرهما، و قد تقدمت كلماتهم في الهامش. و قد يستدل على حرمة النجش في هذه الصوره بقول النبي «ص» (١): (لعن الناجش و المنجوش له). و بقوله «ص»: (و لا تناجشوا) [١].

و فيه أولاً: أن هذين النبوين ضعيفا السند. و دعوى انجارهما بالإجماع المنقول كما في المتن دعوى غير صحيحه، فإنه إن كان حجه و جب الأخذ به في نفسه، و إلا فإن ضم غير الحجه إلى مثله لا يفيد الحجه.

و ثانياً: انهما مختصان بصوره مواطاه الناجش مع البائع على النجش، كما هو الظاهر من لعن المنجوش له في النبوى الأول، و النهى عن التناجش في النبوى الثانى، و كلامنا أعم من ذلك.

و اما الوجه الثانى (أعنى مدح السلعه لترغيب الناس فيها) فإن كان المدح بما ليس فيها من الأوصاف كان حراماً من جهه الكذب، و إن كان مدحه للسلعه بما فيها من الأوصاف و لكن بالغ في مدحها مع قيام القرينه على إرادته المبالغه فلا بأس به، فقد ذكرنا في مبحث حرمه الكذب: أن المبالغه جائزه في مقام المحاوره و المحادثه ما لم تجر الى الكذب.

و اما الروايتان المتقدمتان فمضافا الى ضعف السند فيهما كما عرفت، انهما راجعتان إلى الصوره الأولى، إذ لا وجه لحرمة مدح السلعه إلا إذا انطبق عليه عنوان محرم من الكذب

ص: ٤٣١

أو الغش أو غيرهما من العناوين المحرمة. فيكون محرما من تلك الجبهة، لا من جهة كونه مدحا للسلعه.

و الحاصل: انه لا دليل على حرمة النجش في نفسه، إلا إذا انطبق عليه عنوان آخر محرم فإنه يكون حراما من هذه الجبهة.

### حرمة النميمه

قوله الرابعه و العشرون: النميمه [١] محرمة بالأدله الأربعة. أقول: لا- خلاف بين المسلمين في حرمتها، بل هي من ضروريات الإسلام، و هي من الكبائر المهلكه، و قد تواترت الروايات من طرق الشيعة [٢] و من طرق العامه (١) على حرمتها، و على كونها من الكبائر، بل يدل على حرمتها جميع ما دل على حرمة الغيبه، و قد استقل العقل بحرمتها، لكونها قبيحه في نظره.

و اما الإجماع فهو بقسميه و إن كان منعقدا على حرمتها. و لكن الظاهر ان مدرك المجمعين هو الوجوه المذكوره في المسأله، و ليس إجماعا تعديا. و قد تقدم نظيره مرارا.

و قد يستدل على حرمتها بجمله من الآيات: منها قوله تعالى (٢): «وَيَقْطَعُونَ مَا أَمَرَ اللَّهُ بِهِ أَنْ يُوصَلَ وَيُفْسِدُونَ فِي الْأَرْضِ أُولَئِكَ لَهُمُ اللَّعْنَةُ وَ لَهُمْ سُوءُ الدَّارِ». بدعوى ان النمام قاطع لما أمر الله بصلته، و يفسد في الأرض فسادا كبيرا، فتلحق له اللعنه و سوء الدار.

و فيه ان الظاهر من الآيه و لو بمناسبه الحكم و الموضوع هو توجه الذم الى الذين أمروا

ص: ٤٣٢

١- (١) راجع ج ١٠ سنن البيهقي ص ٢٤٦.

٢- (٢) سورة الرعد، آيه: ٢٥.

بالصله و التوادد فأعرضوا عن ذلك. و من هنا قيل (١) إن معنى الآية: أنهم أمروا بصله النبي و المؤمنين فقطعوههم. و قيل: أمروا بصله الرحم و القرابه فقطعوها. و قيل:

أمروا بالايمن بجميع الأنبياء و الكتب ففرقوا و قطعوا ذلك. و قيل: أمروا أن يصلوا القول بالعمل ففرقوا بينهما.

و قيل: معنى الآية أنهم أمروا بوصل كل من أمر الله بصلته من أوليائه و القطع و البراءه من أعدائه، و هو الأقوى لأنه أعم، و يدخل فيه جميع المعاني، و على كل حال فالنمام لم يؤمر بإلقاء الصله و التوادد بين الناس لكي يحرم له قطع ذلك فالآيه غريبه عنه.

و أما الاستدلال على الحرمة بقوله تعالى: (وَ يُفْسِدُونَ فِي الْأَرْضِ الْخ). فإنه و إن كان صحيحا في الجملة، كما إذا كانت النميمه بين العشائر و السلاطين، فإنها كثيرا ما تترتب عليها مفسده مهمه.

و لكن الاستدلال بها أخص من المدعى، إذ لا تكون النميمه فسادا في الأرض في جميع الموارد و إن أوجبت العداوه و البغضاء غالبا.

و من هنا ظهر الجواب عن الاستدلال بقوله تعالى (٢): (وَ الْفِتْنَةُ أَشَدُّ مِنَ الْقَتْلِ) .

فإن النميمه قد تجر الى قتل النفوس المحترمه، و هتك الأعراض، و نهب الأموال.

و لكنها ليست ككك في جميع الأحوال، بل المراد من الفتنة هو الشرك كما ذكره الطبرسي (٣) إنما سمي الشرك فتنة، لأنه يؤدي الى الهلاك، كما أن الفتنة تؤدي الى الهلاك ثم إن النسبه بين النميمه و الغيبه هي العموم من وجه، و يشتد العقاب في مورد الاجتماع و قد تراحم حرمه النميمه عنوان آخر مهم في نظر الشارع، فتجرى فيها قواعد التراحم المعروفه، فقد تصبح جائزه إذا كان المزاحم أهم منها، و قد يكون واجبه إذا كانت أهميته شديده، و يتضح ذلك بملاحظه ما تقدم (٤).

ص: ٤٣٣

١-١) راجع ج ١ مجمع البيان ط صيدا ص ٧٠.

٢-٢) سورة البقره، آيه: ١٨٧.

٣-٣) راجع ج ١ مجمع البيان ص ٢٨٦.

٤-٤) في نصح المستشار من مستنثيات الغيبه ص ٣٤٨.

قوله الخامسه و العشرون:النوح بالباطل. أقول:اختلفت كلمات الأصحاب فى هذه المسأله على ثلاثه أقوال،الأول:القول بحرمه النوح مطلقا،وقد ذهب اليه جمع من الأصحاب،الثانى:القول بالكراهه مطلقا،و هو المحكى عن مفتاح الكرامه.الثالث القول بالتفصيل بين النوح بالباطل فيحرم و النوح بالحق فيجوز،وقد اختاره المصنف.

ثم إنه اختلف أصحاب القول بالتفصيل فذهب بعضهم الى جواز النوح بالحق من غير كراهه،و ذهب بعضهم الى جواز ذلك على كراهه،و ذهب بعضهم الى أن النوح بالحق إذا اشترط فيه الأجره كان مكروها و إلا فلا بأس به.

و التحقيق أن الاخبار الوارده فى مسأله النياحه على طوائف شتى،الأولى[١]ما دل على المنع من النياحه مطلقا،سواء كانت بالباطل أم بالحق.

الثانيه[٢]:ما دل على جوازها و جواز أخذ الأجره عليها كك مطلقا.الثالثه[٣]:



ما دل على جواز كسب النائحه إذا قالت صدقا و عدم جوازه إذا قالت كذبا.

الرابعه [١]: ما يدل بظاهره على الكراهه و هى روايتان: تضمنت إحداهما أن السائل سأل عن النياحه. و الأخرى عن كسب النائحه، فكرههما الامام «ع»، على أنهما غير ظاهرتين فى الكراهه المصطلحه، فكثيرا ما يراد بالكراهه فى الأخبار التحريم، و ح فتكون هاتان الروايتان من الطائفه الأولى الداله على المنع مطلقا.

و مقتضى الجمع بينها حمل الأخبار المانعه على النوح بالباطل، و حمل الأخبار المجوزه و ما هو ظاهر فى الكراهه على النوح بالصدق، و عليه فالنتيجه هى جواز النياحه بالصدق على كراهه محتمله.

و بتقريب آخر أن قوله «ع»: (لا- بأس بكسب النائحه إذا قالت صدقا). و ما فى معناه يدل بالالتزام على جواز نفس النوح بالحق، فيقيد به إطلاق الروايات المانعه. و بعد تقييدها تنقلب نسبتها الى الروايات الداله بإطلاقها على الجواز، فتكون مخصصه لها، فيكون النوح بالباطل حراما، و النوح بالحق جائزا على الكراهه المحتمله، هذا ما يرجع الى حكم النياحه و قد يقال: بأنها حينئذ معارضه بما دل على حرمه الكذب، و حرمه الغناء، و حرمه إسماع المرأه صوتها للأجانب، و حرمه النوح فى آلايت اللهو، و المعارضه بينها بنحو العموم من وجه.

و لكنها دعوى جزافيه، فإن هذه الروايات تدل على جواز النوح بعنوانه الأولى، مع قطع النظر عن انطباق العناوين المحرمه عليه، فلا تكون معارضه لها يوجه.

و أما كسب النائحه فما دل على جوازه مطلقا مقيد بمفهوم ما دل على جوازه إذا كان النياح بالحق. و لكن هذه الروايه الظاهره فى تقييد ما دل على جواز كسب النائحه مطلقا ضعيفه السند. نعم يكفى فى التقييد ما تقدم مرارا من أن حرمه العمل بنفسه يكفى فى حرمه الكسب، مع قطع النظر عن الأدله الخارجيه.

و قد يقال بتقييد المطلقات بقوله «ع» فى روايه حنان بن سدير [٢]: (لا- تشارط و تقبل ما أعطيت). و عليه فالنتيجه أن كسب النائحه جائز إذا قالت حقا، و لم تشارط.

و فيه أنه قد تقدم في البحث عن كسب الماشطه أن النهى عن الاشتراط في أمثال هذه الصنائع، و الأمر بقبول ما يعطى صاحبها إنما هو إرشاد الى أن الاشتراط فيها لا يناسب شئون نوع الناس، و أن المبدول لهؤلاء لا يقل عن أجره المثل، و هذا لا ينافى جواز رد المبدول إذا كان أقل من أجره المثل، و على هذا فلا دلالة فيها على التقييد.

هذا كله مع الإغضاء عن أسانيد الروايات و صونها عن الطرح، و إلا فإن جميعها ضعيف السند غير ما هو ظاهر في جواز النياح على وجه الإطلاق، و ما هو ظاهر في الكراهه، و ما هو ظاهر في جواز كسب النائح إذا لم تشارط، كروايه حنان المتقدمه. و إذن فتبقى هذه الروايات سليمة عن المعارض.

### حرمه الولايه من قبل الجائر

#### إشاره

قوله السادس و العشرون: الولايه من قبل الجائر، و هى صيرورته واليا على قوم منصوبا من قبله محرمه. أقول: الظاهر أنه لا خلاف بين الأصحاب فى حرمه الولايه من قبل الجائر فى الجملة.

و تدل عليها الأخبار المستفيضه، بل المتواتره (1) و قد تقدم بعضها فى البحث عن حرمه معونه الظالمين، كقوله «ع»: (من سود اسمه فى ديوان ولد سابع «مقلوب عباس» حشره الله يوم القيامة خنزيرا). و غير ذلك من الروايات.

و يدل على الحرمه أيضا ما فى روايه تحف العقول من قوله «ع»: (إن فى ولايه الوالى الجائر دروس (2) الحق كله و إحياء الباطل كله و إظهار الظلم و الجور و الفساد و إبطال الكتب و قتل الأنبياء و هدم المساجد و تبديل سنه الله و شرائعه فلذلك حرم العمل معهم و معونتهم و الكسب معهم إلا بجهه الضروره نظير الضروره إلى الدم و الميته). و هذه الروايه و إن كانت ضعيفه السند، كما تقدم الكلام عليها فى أول الكتاب، إلا أن تلك التعليقات المذكوره فيها تعليقات صحيحه، فلا بأس بالتمسك بها.

ثم إن ظاهر جملة من الروايات كون الولايه من قبل الجائر بنفسها محرمه، و هى أخذ

ص: ٤٣٦

---

١-١) راجع ج ١ كا باب ٣٠ عمل السلطان من المعيشه ص ٢٥٧. و ج ٢ التهذيب ص ١٠٠. و ج ١٠ الوافى ص ٢٥. و ج ٢ نل باب ٧٤ تحريم الولايه من قبل الجائر مما يكتسب به ص ٥٤٩. و ج ٢ المستدرک ص ٤٣٨.  
٢-٢) فى نسخه تحف العقول ص ٨٠: (دوس الحق): أى وطئه برجله.

المنصب منه، و تسويد الاسم فى ديوانه و إن لم ينضم إليها القيام بمعصيه عمليه أخرى من الظلم و قتل النفوس المحترمه، و إصابه أموال الناس و أعراضهم، و غيرها من شؤون الولايه المحرمه، فأى وال من ولاه الجور ارتكب شيئا من تلك العناوين المحرمه يعاقب بعقابين:

أحدهما من جهه الولايه المحرمه. و ثانيهما: من جهه ما ارتكبه من المعاصى الخارجيه.

و عليه فالنسبه بين عنوان الولايه من قبل الجائر و بين تحقق هذه الأعمال المحرمه هى العموم من وجه، فقد يكون أحد واليا من قبل الجائر، ولكنه لا يعمل شيئا من الأعمال المحرمه و إن كانت الولايه من الجائر لا تنفك عن المعصيه غالبا، و قد يرتكب غير الوالى شيئا من هذه المظالم الراجعه إلى شؤون الولاه تزلفا إليهم، و طلبا للمنزله عندهم، و قد يجتمعان بأن يتصدى الوالى نفسه لأخذ الأموال و قتل النفوس، و ارتكاب المظالم.

## ما استثنى من حرمه الولايه

### منها

أخذها للقيام بمصالح العباد

قوله ثم إنه يسوغ الولايه المذكوره أمران: أحدهما القيام بمصالح العباد بلا خلاف إلخ. أقول: قد استثنى من الولايه المحرمه أمران، الأول: أن يتولاها للقيام بمصالح العباد. الثانى: أن يتولاها مكرها على قبولها و العمل بأعمالها.

أما الأمر الأول فقد استدل المصنف عليه بوجوه:

الأول: (أن الولايه إن كانت محرمه لذاتها كان ارتكابها لأجل المصالح و دفع المفساسد التى هى أهم من مفسده انسلاك الشخص فى أعوان الظلمه بحسب الظاهر و ان كانت لاستنزامها الظلم على الغير فالمفروض عدم تحققه هنا).

وفيه إن كان المراد من المصالح حفظ النفوس و الأعراض و نحوهما فالمدعى أعم من ذلك و إن كان المراد منها أن القيام بأمر المسلمين، و الاقدام على قضاء حوائجهم، و بذل الجهد فى كشف كرباتهم من الأمور المستحبه، و الجهات المرغوب بها فى نظر الشارع المقدس فلا شبهه أن مجرد ذلك لا يقاوم الجبهه المحرمه، فإن المفروض أن الولايه من قبل الجائر حرام فى نفسها، و كيف ترتفع حرمتها لعروض بعض العناوين المستحبه عليها.

على أنه (ره) قد اعترف آنفا بأن الولايه عن الجائر لا تنفك عن المعصيه، و عليه فلا يجوز الإقدام على المعصيه لرعايه الأمور المستحبه. و قد اعترف أيضا فى البحث عن جواز الغناء فى قراءه القرآن بأن أدله الأحكام الإلزاميه لا- تزامم بأدله الأحكام الترخيصيه، و قد

أوضحنا المراد في المبحث المذكور.

الثاني: الإجماع. وفيه أنه وإن كان موجودا في المقام، ولكنه ليس بتعبدى.

الثالث: وهو العمدة الأخبار [١] المتظافره الظاهره فى جواز الولاية من الجائر للوصول الى قضاء حوائج المؤمنين. وبعضها وإن كان ضعيف السند، ولكن فى المعبر منها غنى و كفايه، وهذه الأخبار نقيذ المطلقات الظاهره فى حرمة الولاية من قبل الجائر على وجه الإطلاق.

لا يقال: إن الولاية عن الجائر محرمة لذاتها كالظلم و نحوه، فلا تقبل التخصيص بوجه و لا ترفع اليد عنها إلا فى موارد الضروره. فإنه يقال: إن غايه ما يستفاد من الأدله هى كون الولاية بنفسها محرمة، و أما الحرمة الذاتيه فلم يدل عليها دليل من العقل أو النقل، و إن ذهب إليه علامه الطباطبائى فى محكى الجواهر.

وقد استدلل على جواز الولاية عن الجائر فى الجملة بقوله تعالى (١) [حاكيا عن يوسف](#) «ع» (اجعلنى على خزائن الأرض إني حفيظٌ عليمٌ).

و فيه أولا: أنه لم يظهر لنا وجه الاستدلال بهذه الآية على المطلوب.

و ثانيا: أن يوسف «ع» كان مستحقا للسلطنه، و إنما طلب منه حقه، فلا يكون واليا من قبل الجائر.

ص: ٤٣٨

(١ - ١) سورة يوسف، آيه: ٥٥.

إذا جازت الولايه عن الجائر فهل تتصف بالكراهه و الرجحان أم هي مباحه؟ فنقول:

قد عرفت: أنه لا- إشكال في جواز الولايه عن الجائر إذا كان الغرض منه الوصول الى قضاء حوائج المؤمنين، فشأنها ح شأن الكذب للإصلاح على ما تقدم الكلام عليه، وإنما الكلام في اتصافها بالرجحان تاره، وبالمرجوحه أخرى.

الذى ظهر لنا من الاخبار: أن الولايه الجائزه قد تكون مباحه، و قد تكون مكروهه و قد تكون مستحبه، و قد تكون واجبه.

أما المباح فهو ما يظهر من بعض الروايات [١] المسوغه للولايه عن الجائر في بعض الأحوال، كما ذكره المصنف.

و أما المكروه فيستفاد من روايه أبى نصر [٢] الداله على أن الوالى عن الجائر الذى يدفع الله به عن المؤمنين أقل حظا منهم يوم القيامه. فإن الظاهر منها أن الولايه الجائزه عن الجائر مكروهه مطلقا.

و أما المستحب فتدل عليه جمله من الروايات، إذ الظاهر من روايه محمد بن إسماعيل [٣]

و غيرها أن الولايه الجائزه عن الجائر مستحبه على وجه الإطلاق، فيقع التنافي بينها و بين ما تقدم من دليل الكراهه.

و جمعهما المصنف (ره) بحمل روايه أبى نصر على (من تولى لهم لنظام معاشه قاصدا للإحسان فى خلال ذلك الى المؤمنين و دفع الضرر عنهم) و حمل ما هو ظاهر فى الاستحباب على (من لم يقصد بدخوله إلا الإحسان إلى المؤمنين). إلا أنه لم يذكر وجهه.

و التحقيق أن روايه أبى نصر ظاهره فى مرجوحه الولايه الجائزه مطلقا، سواء كانت لنظام المعاش مع قصد الإحسان إلى المؤمنين، أم كانت لخصوص إصلاح شئونهم، و روايه محمد بن إسماعيل ظاهره فى محبوبه الولايه عن الجائر إذا كانت لأجل إدخال السرور على المؤمنين من الشيعة، و يدل على ذلك من الروايه قوله «ع»: (فهنئنا لهم ما على أحدكم أن لو شاء لنال هذا كله، قال: قلت: بما ذا جعلنى الله فداك؟ قال: تكون معهم فتسرنا بإدخال السرور على المؤمنين من شيعتنا فكن معهم يا محمد).

و عليه فتقيد هذه الروايه روايه أبى نصر و ح فتختص الكراهه بما إذا قصد بالولايه عن الجائر حفظ معاشه، و كان قصد الإحسان إلى الشيعة ضمنا فى خلال ذلك، و إذا فتقلب النسبه، و تصبح روايه أبى نصر مقيده لما هو ظاهر فى رجحان الولايه الجائزه، سواء كانت لحفظ المعاش، أم لدفع الضرر عن المؤمنين من الشيعة، كروايته المفضل و هشام ابن سالم [١] و تكون النتيجة أن الولايه من قبل الجائر إن كانت لحفظ المعاش مع قصد الإحسان إلى المؤمنين فهى مكروهه، و إن كانت للإحسان إليهم فقط فهى مستحبه هذا.

و لكن روايه أبى نصر لضعف سندها قاصره عن إثبات الكراهه، إلا على القول بشمول

قاعده التسامح لأدله الكراهه. و أما روايتنا المفضل و هشام فإنهما و إن كانتا ضعيفتى السند إلا أنهما لا تقصران عن إثبات الاستحباب على وجه الإطلاق، بناء على قاعده التسامح فى أدله السنن المعروفه.

و قد ظهر من مطاوى ما ذكرناه ما فى كلام المحقق الايروانى حيث حمل الروايات الداله على أن فى أبواب السلاطين و الجائرين من يدفع الله بهم عن المؤمنين على غير الولاة (من وجوه البلد و أعيانه الذين يختلفون إليه لأجل قضاء حوائج الناس)!. و أعجب من ذلك دعواه أن العمال فى الغالب لا يستطيعون التخطى عما نصبوا لأجله و فوض إليهم من شؤون الولاية!!.

و وجه العجب أنه لا شبهه فى تمكنهم من الشفاعات و اقتدارهم على المسامحه فى المجازات و اطلاعهم على طريق الإغماض عن الخطيئات، و لا سيما من كان من ذوى المناصب العاليه و أما الواجب من الولاية فهو على ما ذكره المصنف ما يتوقف عليه الأمر بالمعروف و النهى عن المنكر الواجب، فان ما لا يتم الواجب إلا به واجب مع القدره. ثم استظهر من كلمات جماعه عدم الوجوب فى هذه الصوره أيضا، بل فى الجواهر إنه لم يحكك عن أحد التعبير بالوجوب إلا عن الحلوى فى سرائره.

و الذى يهمنى فى المقام هو بيان مدرك الحكم بالوجوب، و الكلام يقع فيه تارة من حيث القواعد، و اخرى من حيث الروايات: أما الناحيه الأولى ففى الجواهر يمكن أن يقال و لو بمعونه كلام الأصحاب بناء على حرمة الولاية فى نفسها: (إنه تعارض ما دل على الأمر بالمعروف و ما دل على حرمة الولاية من الجائر و لو من وجه، فيجمع بينهما بالتخيير المقتضى للجواز رفعا لقييد المنع من الترك مما دل على الوجوب و المنع من الفعل مما دل على الحرمة).

و فيه أن ملاك التعارض بين الدليلين هو ورود النفى و الإثبات على مورد واحد بحيث يقتضى كل منهما نفي الآخر عن موضوعه. و مثاله أن يرد دليلا على موضوع واحد، فيحكم أحدهما بوجوبه و الآخر بحرمة، و حيث إنه لا يعقل اجتماع الحكمين المتضادين فى محل واحد، فيقع بينهما التعارض، و يرجع الى قواعد. و من المقطوع به أن الملاك المذكور ليس بموجود فى المقام.

و الوجه فيه أن موضوع الوجوب هو الأمر بالمعروف أو النهى عن المنكر، و موضوع الحرمة هو الولاية من قبل الجائر، و كل من الموضوعين لا مساس له بالآخر بحسب طبعه الأولى، فلا شىء من أفراد أحد الموضوعين فردا للآخر.

نعم المقام من قبيل توقف الواجب على مقدمه محرمه، و عليه فيقع التراحم بين الحرمة المتعلقة بالمقدمه و بين الوجوب المتعلق بذى المقدمه، نظير الدخول إلى الأرض المغصوبه لإنقاذ الغريق، أو إنجاء الحريق، و يرجع الى قواعد باب التراحم المقرره فى محله، و على هذا فقد تكون ناحيه الوجوب أهم فيؤخذ بها، و قد تكون ناحيه الحرمة أهم فيؤخذ بها، و قد تكون إحدى الناحيتين بخصوصها محتمل الأهميه فيتعين الأخذ بها كذلك، و قد يتساويان فى الملاك، فيتخير المكلف فى اختيار أى منهما شاء، هذا ما تقتضيه القاعده، إلا أن كشف أهميه الملاك و العلم بوصوله الى حد الإلزام فى غايه الصعوبه.

و أما الكلام فى الناحيه الثانيه فقد دلت الآيات المتظافره و الروايات المتواتره من الفريقين على وجوب الأمر بالمعروف و النهى عن المنكر، و كك دلت الروايات المستفيضه، بل المتواتره على أنه لا بأس بالولاية من قبل الجائر إذا كانت لإصلاح أمور المؤمنين من الشيعة و قد تقدم بعضها، و بها قيدنا ما دل على حرمة الولاية عن الجائر مطلقاً، و من الواضح أن الأمور الجائزه إذا وقعت مقدمه للواجب كانت واجبه شرعاً، كما هو معروف بين الأصوليين، أو عقلاً كما هو المختار، و عليه فلا مانع من اتصاف الولاية الجائزه بالوجوب المقدمى إذا توقف عليها الواجب، كالأمر بالمعروف و النهى عن المنكر.

على أنه إذا جازت الولاية عن الجائر لا صلاح أمور المؤمنين جازت أيضاً للأمر بالمعروف و النهى عن المنكر، إما بالفحوى، أو لأن ذلك من جمله إصلاح أمورهم، و قد أشار المحقق الايروانى الى هذا. و قد اتضح ان المقام من صغريات باب التراحم دون التعارض، كما يظهر من صاحب الجواهر بعد كلامه المتقدم.

ثم إن الظاهر من بعض الروايات ان الدخول فى الولاية غير جائز ابتداءً، إلا أن الإحسان إلى المؤمنين يكون كفاره له. و مما يدل على ذلك قوله «ع» فى مرسله الصدوق (1) عن الصادق «ع» قال: (كفاره عمل السلطان قضاء حوائج الاخوان). و قوله «ع» فى روايه زياد بن أبى سلمه [1]: (فإن وليت شيئاً من أعمالهم فأحسن إلى إخوانك تكون واحده بواحد).

و لكن هذا رأى على إطلاقه ممنوع، فان الظاهر من هاتين الروايتين و من غيرهما من

ص: ٤٤٢

---

(١-١) راجع ج ٢ ثل باب ٧٥ جواز الولاية من قبل الجائر مما يكتسب به ص ٥٥٠.



الاجبار هو اختصاص ذلك بما إذا كان الدخول في الولاية حراما ابتداء ثم أصبح جائزا بعد ذلك، ثم تبدل قصده إلى إصلاح أمور المؤمنين و الإحسان إلى إخوانه في الدين، كيف و قد عرفت إطباق الروايات على استحباب الولاية عن الجائر لقضاء حوائج المؤمنين و إصلاح شؤونهم. على أن الروايتين ضعيفتا السند.

و لا يخفى ان كلمات الأصحاب هنا في غاية الاختلاف، حيث ذهب بعضهم الى الوجوب و بعضهم الى الاستحباب، و بعضهم الى مطلق الجواز، و قد جمع المصنف (ره) بين شتات آرائهم بأن من عبر بالجواز مع التمكن من الأمر بالمعروف إنما أراد به الجواز بالمعنى الأعم، فلا ينافى الوجوب، و من عبر بالاستحباب إنما أراد به الاستحباب التعييني، و هو لا ينافى الوجوب الكفائي، نظير قولهم: يستحب تولى القضاء لمن يثق بنفسه مع انه واجب كفائي أو كان مرادهم ما إذا لم يكن هنا معروف متروك أو منكر مفعول لتجب الولاية مقدمه للأمر بالمعروف أو النهي عن المنكر. و على الجملة لا شبهه في وجوب الولاية عن الجائر إذا توقف عليها الأمر بالمعروف أو النهي عن المنكر الواجبين.

### قبول الولاية من قبل الجائر مكرها

و أما الأمر الثانى و هو قبول الولاية من قبل الجائر مكرها فلا خلاف فيه، و لا شبهه فى أن هذه المسألة من المسائل المهمة التى يبتلى بها أكثر الناس، و يتفرع عنها فروع كثيرة و هى من صغريات جواز مخالفه التكليف بالإكراه أو الاضطرار بحيث يشق على المكره أو المضطر ان يتحمل الضرر المتوقع به، سواء كان ماليا أم عرضيا أم نفسيا أم اعتباريا و سواء تعلق بنفسه أم بعشيرته الأقربين.

و هذه الكبرى مما لا خلاف فيها بين الفريقين نصا و فتوى. و يدل على صدقها فى الجملة قوله تعالى: (إِلَّا أَنْ تَتَّقُوا مِنْهُمْ تُقَاةً). و قوله تعالى: (إِلَّا مَنْ أُكْرِهَ وَ قَلْبُهُ مُطْمَئِنٌّ بِالْإِيمَانِ). و قد تقدم الكلام عليهما فى البحث عن جواز الكذب لدفع الضروره.

أما الصغرى فتدل عليها جملة من الروايات الخاصه (1) الواردة فى قبول الولاية عن الجائر مكرها.

ص: ٤٤٣

١- (١) راجع ج ١ كا باب ٣٠ عمل السلطان من المعيشه ص ٣٥٧. و ج ٢ التهذيب ص ١١٣. و ج ١٠ الوافى ص ٢٦. و ج ٢ نل باب ٧٧ جواز قبول الولاية من الجائر مع الخوف مما يكتسب به ص ٥٥١.

حكم الإضرار بالناس مع الإكراه

قوله و ينبغى التنبيه على أمور:الأول. أقول:قد عرفت انه لا شبهه فى أن الإكراه يسوغ الدخول فى الولايه من قبل الجائر،و كذلك لا شبهه فى جواز العمل للمكره بما يأمره الجائر من المحرمات ما عدا هراقه الدم،فإن التقيه إنما شرعت لتحقق بها الدماء فإذا بلغت الدم فلا- تقيه فيه،و إنما الإشكال فى انه هل يجوز الإضرار بالناس إذا أكره على الإضرار بهم،كنهب أموالهم،و هتك أعراضهم،و إيقاع النقص فى شؤونهم و عظام أمورهم،سواء كان الضرر الذى توعده به المكره أقل من الضرر الذى يوجهه الى الغير أم أكثر،أو لا بد من الإقدام على أقل الضررين و ترجيحه على الآخر.

ذكر المصنف(ره)انه قد يقال بالأول استنادا إلى أدله الإكراه،و لأن الضرورات تبيح المحظورات،و قد يقال بالثانى،إذ الاستفادة من أدله الإكراه ان تشريع ذلك إنما هو لدفع الضرر،و واضح انه لا يجوز لأحد ان يدفع الضرر عن نفسه بالإضرار بغيره حتى فيما إذا كان ضرر الغير أقل فضلا عما إذا كان أعظم.

و الوجه فى ذلك ان حديث رفع الإكراه و الاضطرار مسوق للامتنان على الأمه، و من المعلوم ان دفع الضرر عن نفسه بالإضرار بغيره على خلاف الامتنان،فلا يكون مشمولا للحديث،ثم إنه(ره)اختار الوجه الأول،و استدل عليه بوجوه سند كرها.

و تحقيق المقام يقع فى ثلاث نواحى،الناحية الاولى:ان يتوجه الضرر ابتداء الى أحد من غير ان يكون لفعل الآخر مدخل فيه،كتوجه السيل الى داره أو بستانه، و كتوجه الظلمه أو السراق الى نهب أمواله أو هتك أعراضه،و لا شبهه فى ان هذا القسم من الضرر لا يجوز دفعه بالإضرار بغيره تمسكا بأدله نفى الإكراه و الضرر و الحرج،بداهه انها مسوقه للامتنان على جنس الأمه،و بديهي ان دفع الضرر المتوجه الى احد بالإضرار بغيره خلاف الامتنان على الأمه،فلا يكون مشمولا للأدله المذكوره.

على انه لو جاز لأحد ان يدفع الضرر عن نفسه و لو بالإضرار بالغير لجاز للآخر ذلك أيضا،لشمول الأدله لهما معا،فيقع التعارض فى مضمونها،و ح فالتمسك بها لدفع الضرر عن احد الطرفين بالإضرار بالآخر ترجيح بال مرجح،و عليه فلا بد من رفع اليد عن إطلاقها فى مورد الاجتماع،و يرجع فيه الى أدله حرمة التصرف فى أموال الناس و أعراضهم و شؤونهم.

نعم إذا كان الضرر المتوجه الى الشخص مما يجب دفعه على كل احد، كقتل النفس المحترمه و ما يشبهه، و أمكن دفعه بالإضرار بالغير كان المقام حينئذ من صغريات باب التراحم فيرجع الى قواعده.

الناحية الثانيه: أن يتوجه الضرر ابتداء الى الغير على عكس الصوره السابقه، و قد ظهر حكم ذلك من الناحيه الأولى كما هو واضح.

الناحية الثالثه: أن يتوجه الضرر الى الغير ابتداء، و الى المكره على تقدير مخالفته لما أمر به الجائر، و كان الضرر الذى توعدده المكره (بالكسر) أمرا مباحا فى نفسه، كما إذا أكرهه الظالم على نهب مال غيره و جلبه اليه، و إلا فيحمل أموال نفسه اليه، و فى هذه الصوره لا بد للمكره من تحمل الضرر بترك النهب، و من الواضح أن دفع المكره أمواله للجائر مباح فى نفسه حتى فى غير حال الإكراه، و نهب أموال الناس و جلبه إلى الجائر حرام فى نفسه، و لا يجوز رفع اليد عن المباح بالإقدام على الحرام.

و قد استدل المصنف (ره) على عدم وجوب تحمل الضرر بوجوه، الأول: أن دليل نفي الإكراه يعم جميع المحرمات حتى الإضرار بالغير ما لم يجر إلى إراقه الدم. الثانى:

أن تحمل الضرر حرج عظيم، و هو مرفوع فى الشريعه المقدسه. و جواب الوجهين يتضح مما قدمناه فى الجبهه الاولى.

الثالث: الأخبار [١] الداله على أن التقيه إنما جعلت لتحقن بها الدماء، فإذا بلغت الدم فلا تقيه، فإن ظاهرها جواز التقيه فى غير الدماء بلغت ما بلغت.

و فيه أن الظاهر من هذه الأخبار أن التقيه إنما شرعت لحفظ بعض الجهات المهمه، كالنفوس و ما أشبهها، فإذا أدت الى إتلاف ما شرعت لأجله فلا تقيه، لأن ما يلزم من وجوده

عدمه فهو محال، و ليس مفاد الروايات المذكوره هو جواز التقيه فى غير تلف النفس لكى يترتب عليه جواز إضرار الغير لدفع الضرر عن نفسه.

و الغرض من تشريع التقيه قد يكون حفظ النفس، و قد يكون حفظ العرض، و قد يكون حفظ المال و نحوه، و ح فلا يشرع بها هتك الأعراض، و نهب الأموال، لانتهاه آمادها بالوصول الى هذه المراتب. و بعبارة أخرى المستفاد من الروايات المذكوره أن الغرض من التقيه هو حفظ الدماء و إن توقف ذلك على ارتكاب بعض المعاصى ما لم يصل الى مرتبه قتل النفس.

على أنه لو جازت التقيه بنهب مال الغير و جلبه الى الظالم لدفع الضرر عن نفسه لجاز للآخر ذلك أيضا، لشمول أدله التقيه لهما معا، فيقع التعارض فى مضمونها، و ح فلا يجوز الاستناد إليها فى دفع الضرر عن أحد الطرفين بإيقاع النقص بالطرف الآخر، لانه ترجيح بلا مرجح، و عليه فترفع اليد عن إطلاقها فى مورد الاجتماع، و يرجع فيه الى عموم حرمه التصرف فى مال الغير و شؤونه.

الرابع ما ذكره من الفرق بين الإكراه و الاضطراب، حيث التزم بحرمه دفع الضرر عن نفسه بالإضرار بغيره فى مورد الاضطراب دون الإكراه، و حاصل كلامه: أن الضرر فى موارد الاضطراب قد توجه ابتداء الى الشخص نفسه، كما إذا توجه السيل الى داره فلا يجوز له دفعه بالإضرار بغيره، لأن دفع الضرر عن النفس بالإضرار بالغير قبيح، و لا يصح التمسك بعموم رفع ما اضطروا إليه، فإن حديث الرفع قد ورد فى مورد الامتنان، و لا شبهه أن صرف الضرر عن نفسه الى غيره مناف له، فيختص الحديث بغير الإضرار بالغير من المحرمات.

و أما فى موارد الإكراه فإن الضرر قد توجه الى الغير ابتداء بحسب إلزام الظالم و إكراهه و من المعلوم أن مباشره المكروه (بالفتح) لإيقاع الضرر بالغير ليست مباشره استقلاله ليرتب عليها الضمان، كما يترتب على بقيه الأفعال التوليديه، بل هى مباشره تبعيه، و فاعلها بمنزله الآله، فلا ينسب اليه الضرر، نعم لو تحمل الضرر و لم يضر بالغير فقد صرف الضرر عن الغير الى نفسه عرفا. و لكن الشارع لم يوجب هذا.

و لكن ما أفاده المصنف غير تام صغرى و كبرى، أما عدم صحه الصغرى فلأن الضرر فى كلا الموردین إنما توجه الى الشخص نفسه ابتداء، فإن الإكراه لا يسلب الاختيار عن المكروه ليكون بمنزله الآله المحضه، بل الفعل يصدر منه بإرادته و اختياره، و يكون فعله كالجاء الأخير من العله التامه لنهب مال الغير مثلا حتى أنه لو لم يأخذه و لم يجلبه الى الظالم

لكان المال مصوناً، و ان توجه الضرر الى نفسه فمباشرة للإضرار بالغير لدفع الضرر المتوقع به عن نفسه مباشرة اختيارية. فتترتب عليها الأحكام الوضعية و التكليفية.

و بعبارته اخرى أن مرجع الإكراه إلى تخيير المكره بين نهب مال الغير و بين تحمل الضرر في نفسه على فرض المخالفه، و حيث كان الأول حراماً و ضعفاً و تكليفاً فتعين عليه الثاني. نعم لو كان الضرر متوجهاً الى الغير ابتداءً، و لم يكن له مساس بالواسطه أصلاً فلا يجب عليه دفعه عن الغير بإضرار نفسه، و من هنا ظهر الجواب عما ذكره المصنف أخيراً من أن الفارق بين المقامين هو أدله الحرج.

و أما عدم صحه الكبرى فلأنه لا وجه للمنع عن وجوب دفع الضرر عن الغير بإيقاعه بنفسه بل قد يجب ذلك فيما إذا أوعده الظالم بأمر مباح في نفسه و كان ما أكرهه عليه من إضرار الغير حراماً، فإنه ح يجب دفع الضرر عن غيره بالإضرار بنفسه كما عرفته آنفاً، لأنه بعد سقوط أدله نفي الضرر و الإكراه و الحرج فأدله حرمة التصرف في مال الغير بدون إذنه محكمه.

الخامس: ما أفاده المصنف أيضاً من أن أدله نفي الحرج كافي في الفرق بين المقامين، فان الضرر إذا توجه الى المكلف ابتداءً، و لم يرخص الشارع في دفعه عن نفسه بتوجيهه إلى غيره فان هذا الحكم لا يكون حرجياً، أما إذا توجه الضرر الى الغير ابتداءً فإن إلزام الشارع بتحمل الضرر لدفعه عن الغير حرجي قطعاً، فيرتفع بأدله نفي الحرج.

و فيه أنه ظهر جوابه مما ذكرناه من المناقشه في الصغرى، و وجه الظهور هو عدم الفارق بين توجه الضرر الى الغير ابتداءً و عدمه.

الناحية الرابعة: أن يتوجه الضرر ابتداءً الى الغير، و الى المكره على تقدير مخالفته حكم الظالم، كما إذا أكرهه على أن يلجئ شخصاً آخر الى فعل محرم كالزنا، و إلا أجبره على ارتكابه بنفسه، و حينئذ فلا موضع لأدله نفي الإكراه و الاضطراب و الحرج و الضرر بداهه أن الإضرار بأحد الطرفين مما لا بد منه جزماً، فدفعه عن أحدهما بالإضرار بالآخر ترجيح بلا مرجح، و إذن فتقع المزاحمة و يرجع الى قواعد باب التزاحم.

الناحية الخامسة: أن يتوجه الضرر الى أحد شخصين ابتداءً، و الى المكره على فرض مخالفته الظالم، و لكن فيما إذا كان الضرر المتوقع به أعظم مما يترتب على غيره، كما إذا أكرهه على أن يأخذ له ألف دينار إما من زيد، و إما من عمرو، و إلا أجبره على إراقه دم محترم مثلاً، و في هذه الصورة يجب على المكره أن يدفع الضرر عن نفسه بالإضرار بأحد الشخصين، فان حفظ النفس المحترمه واجب على كل احد، و يدور الأمر بين الإضرار

بأحد الشخصين، و يرجع فى ذلك الى قواعد باب التراحم.

## جواز قبول الولاية من الجائر

لدفع الضرر عن الغير

قوله الثانى: أن الإكراه يتحقق بالتوعد بالضرر. أقول: الكراهه فى اللغة هى ضد الحب، و الإكراه هو حمل الرجل على ما يكرهه، و هذا المعنى يتحقق بحمل الشخص على كل ما يكرهه بحيث يترتب على تركه ضرر عليه، أو على عشيرته، أو على الأجانب من المؤمنين، و إذا انتفى التوعد بما يكرهه انتفى الإكراه، و عليه فلا نعرف وجها صحيحا لما ذكره المصنف من تخصيص الإكراه ببعض ما ذكرناه.

قال: (إن الإكراه يتحقق بالتوعد بالضرر على ترك المكروه عليه ضررا متعلقا بنفسه أو ماله أو عرضه، أو بأهله ممن يكون ضررا راجعا الى تضرره و تألمه، و أما إذا لم يترتب على ترك المكروه عليه إلا الضرر على بعض المؤمنين ممن يعد أجنبيا من المكروه بالفتح فالظاهر أنه لا يعد ذلك إكراها عرفا، إذ لا خوف له يحمله على فعل ما أمر به).

نعم يختلف موضوع الكراهه باختلاف الأشخاص و الحالات، فان بعض الأشخاص يكره مخالفه أى حكم من الأحكام الإلهيه فى جميع الحالات، و بعضهم يكره ذلك فى الجهر دون الخفاء، و بعضهم يكره مخالفه التكليف المحرمه دون الواجبات، و بعضهم بالعكس، و بعضهم لا يكره شيئا من مخالفه التكليف حتى قتل النفوس فضلا عن غيره.

ثم إن الفارق بين الأمرين أن الضرر المتوعد به متوجه الى المكروه (بالفتح) فى الأول و الى غيره من الأجانب فى الثانى الذى أنكر المصنف (ره) تحقق مفهوم الإكراه فيه.

و تحقيق الكلام هنا فى جهات ثلاث، كلها مشتركه فى عدم ترتب الضرر على المكروه لو ترك ما اكره عليه، و لايه كانت أم غيرها.

الجهه الاولى: ان يخشى من توجه الضرر الى بعض المؤمنين، و يتوقف دفعه على قبول الولاية من الجائرين، و الدخول فى أعمالهم، و الحشر فى زمرتهم للتقيه فقط، من دون ان يكون هناك إكراه على قبول الولاية، و لا ضرر يتوجه عليه لو لم يقبلها، و من دون ان يتوقف دفع الضرر عن المؤمنين على ارتكاب أمر محرم.

و الظاهر أنه لا شبهه فى جواز الولاية عن الجائر حينئذ تقيه، فإن التقيه شرعت لحفظ المؤمنين عن المهالك و المضرات، بل تعد التقيه فى مواردنا من جملة العبادات التى يترتب

عليها الثواب، ولا ريب أن تلك الغاية حاصله في المقام، و مما يدل على جواز الولاية هنا لأجل التقيه الروايات الكثيره (١) الأمره بالتقيه صونا لنفوس المؤمنين و أعراضهم و أموالهم عن التلف، بل ورد في عده من الروايات (٢) جواز التقيه بالتبري عن الأئمه «ع» لسانا إذا كان القلب مطمئنا بالايمن، و مما يدل على ذلك أيضا تجويز الأئمه «ع» في جملة من الأحاديث (٣) لعلي بن يقطين و غيره أن تقبلوا الولاية عن الجائر تقيه لإصلاح أمور المؤمنين و دفع الضرر عنهم.

و يضاف الى ذلك كله أن ظاهر غير واحده من الروايات مشروعيه التقيه لمطلق التوادم و التجب و إن لم يترتب عليها دفع الضرر عن نفسه أو عن غيره، فيدل بطريق الأولويه على جواز الولاية عن الجائر تقيه لدفع الضرر عن المؤمنين.

قوله لكن لا- يخفى أنه لا- يباح بهذا النحو من التقيه الإضرار بالغير. أقول: الوجه فيه هو ما تقدم آنفا من كون الأدله الوارده في نفى الإكراه و شبهه وارده في مقام الامتنان على الأئمه بعمومها، فلا يصح التمسك بها لدفع الضرر عن أحد بتوجيه الضرر الى غيره، لأن ذلك على خلاف الامتنان في حق ذلك الغير، و ليس الوجه فيه هو ما ذكره المصنف من عدم تحقق الإكراه إذا لم يتوجه الضرر على المكروه، فقد عرفت أن مفهوم الإكراه أوسع من ذلك الجبهه الثانيه: أن يكون قبول الولاية من الجائر عاصما عن توجه الضرر إلى المؤمنين، و سببا لنجاح المكرويين منهم من دون أن يلحق المكروه ضرر لو لم يقبلها و مثاله ما لو أكره الجائر على قبول الولاية من قبله، و أوعدده على تركها بإضرار المؤمنين و هتكهم و التنكيل بهم و ما أشبه ذلك، و لا شبهه هنا أيضا في جواز الولاية عن الجائر لدفع الضرر عن المؤمنين.

و تدل على الروايات المقدمه الداله على جواز الولاية عن الجائر لإصلاح أمور المؤمنين، بل دلالتها على الجواز هنا أولى من وجهين، الأول: وجوده الإكراه. و الثاني: القطع بتوجه الضرر على المؤمنين مع رد الولاية.

الجبهه الثالثه: أن يكره الظالم أحدا على ارتكاب شيء من المحرمات الإلهيه، سواء كانت هي الولاية أم غيرها من غير أن يترتب عليه في تركها ضرر أصلا، و لكن الظالم أو عده على ترك ذلك العمل بإجبار غيره على معصيه من حرمات الله، و مرجع ذلك في الحقيقه إلى دوران

ص: ٤٤٩

١-١) قد تقدمت الإشارة إلى مصادرها في ص ٤٤٥.

٢-٢) راجع ج ٢ ثل باب ٢٩ جواز التقيه في إظهار كلمه الكفر من الأمر بالمعروف ص ٥٠٤.

٣-٣) قد تقدمت الإشارة إليها و الى مصادرها في ص ٤٣٨.

الأمر بين إقدام المكره (بافتح) على معصيه لا يتضرر بتركها، و بين إقدام شخص آخر عليها.

و مثاله ما إذا أكرهه الجائر على شرب الخمر، و إلا- أكره غيره عليه، و الظاهر أنه لا- ريب في حرمه ارتكاب المعصيه في هذه الصوره فإنه لا مجوز للإقدام عليها من الأدله العقليه و النقليه، إلا أن يترتب على ارتكاب المعصيه حفظ ما هو أهم منها، كصيانه النفس عن التلف و ما أشبه ذلك، و ح يكون المقام من صغريات باب التراحم، فتجرى فيه قواعده.

قوله و كيف كان فهنا عنوانان: الإكراه و دفع الضرر المخوف إلخ. أقول:

توضيح كلامه: أن الشارع المقدس قد جعل الإكراه موضوعاً لرفع كل محرم عدا إتلاف النفوس المحترمه كما تقدم، بخلاف دفع الضرر المخوف على نفسه أو على غيره من المؤمنين، فإنه من صغريات باب التراحم، و لكنك قد عرفت أن دليل الإكراه لا يسوغ دفع الضرر عن النفس بالإضرار بغيره، و عليه فكاد العنوانين من صغريات باب التراحم، و على كل حال فتجوز الولاية عن الجائر في كلا المقامين لدفع الضرر عن نفسه و عن سائر المؤمنين.

و أما إحراز ملاكات الأحكام و كشف أهميه بعضها من بعض فيحتاج الى الاطلاع على أبواب الفقه، و الإحاطه بفروعه و أدلته، و قد تعرض الفقهاء رضوان الله عليهم لعدة من فروع المزاحمه في الموارد المناسبه، و لا يناسب المقام ذكره.

### حكم اعتبار العجز عن التفصي في الإكراه

قوله الثالث: أنه قد ذكر بعض مشايخنا المعاصرين إلخ. أقول: حاصل كلامه أن بعض المعاصرين استظهر من كلمات الأصحاب في اعتبار العجز عن التخلص أن لهم في ذلك أقوالاً ثلاثه، ثالثها التفصيل بين الإكراه على الولاية فلا يعتبر فيه العجز عن التخلص و بين غيرها من المحرمات، فيعتبر فيه ذلك. و لعل منشأ الخلاف ما ذكره في لك في شرح قول المحقق: (إذا أكره الجائر على الولاية جاز له الدخول، و العمل بما يأمره مع عدم قدره على التفصي).

و حاصل ما ذكره في لك: أنه يمكن أن يكون غرض المحقق هو تعدد الشرط و المشروط بأن تكون الولاية عن الجائر بنفسها مشروطه بالإكراه فقط و يكون العمل بما يأمر الجائر بانفراده مشروطاً بعدم قدره المأمور على التفصي.

و يرد عليه أنه لا وجه لاشتراط الولاية مطلقاً بالإكراه، فإن جواز قبولها لا يتوقف



على الإكراه إذا انفردت عن العمل بما يأمره الجائر، ولذا قد تكون مباحه، وقد تكون مستحبه، وقد تكون مكروهه، وقد تكون واجبه، وأما العمل بما يأمر به الجائر فقد صرح الأصحاب في كتبهم أنه مشروط بالإكراه خاصه، ولا يشترط فيه الإلجاء إليه بحيث لا يقدر على خلافه.

ويمكن أن يكون المشروط في كلام المحقق أمرا وحدانيا مركبا من أمرين (الولاية والعمل بما يأمره الجائر) ويكون مشروطا بشرطين: (الإكراه وعدم القدره على التفصي) و يرد عليه أنه يكفي الإكراه بانفراده في امتثال أمر الجائر مع خوف الضرر حتى في فرض التمكن من التخلص، فلا وجه للشرط الثاني.

وقد تجلى من ذلك أن مرجع ما ذكره في لك إلى ثلاثه احتمالات، الأول: أن الولاية عن الجائر غير مشروطه بالإكراه، وإنما المشروط به هو العمل بما يأمره الجائر. الثاني:

أن المجموع المركب من الأمرين مشروط بالإكراه فقط دون العجز عن التخلص بحيث لا يقدر على خلافه. الثالث: التفصيل بين الولاية وبين العمل بما يأمره الجائر، فيقيّد الأول بالإكراه والثاني بالإلجاء إليه، والعجز عن التخلص، وكأن المتوهم جعل كل محتمل قولاً برأسه.

أقول: يرد على هذا المتوهم أولاً: أن مجرد الاحتمال لا يستلزم وجود القائل به.

وثانياً: أنا لا نعرف وجهاً صحيحاً للقول بالتفصيل. فإن الظاهر من كلمات الفقهاء رضوان الله عليهم في باب الإكراه أنه لا خلاف بينهم في اعتبار العجز عن التفصي في ترتب أحكام الإكراه، أما إذا أمكن التفصي فلا تترتب تلك الأحكام، إلا إذا كان التفصي حرجياً، ولم يفرقوا في ذلك بين الولاية المحرمه، وبين العمل بما يأمره الجائر من الأعمال المحرمه المترتبه على الولاية، وبين بقيه المحرمات، فإن أدله المحرمات محكمه، ولا- تحتمل أن يجوز أحد شرب الخمر بمجرد الإكراه حتى مع القدره على التخلص، وكذلك لا خلاف بين الفقهاء أيضاً في أنه لا يعتبر في باب الإكراه العجز عن التفصي إذا كان في التفصي ضرر كثير على المكره، كما أنهم لم يشترطوا في ترتب الأحكام أن يلجأ إلى المكره عليه بحيث لا- يقدر على خلافه كما صرح به في المسالك، فإن مرجع ذلك الى العجز العقلي، ولم يعتبره أحد في الإكراه جزماً.

نعم قد تترتب على المعصيه التي أكره عليها مصلحه هي أهم منها، ولا يعتبر في هذه الصوره العجز عن التفصي. ومثاله ما إذا أكره الجائر أحداً على معصيه، وكان المجبور متمكناً من التخلص منها بخروجه عن المكان الذي يعصى الله فيه، إلا ان ارتكابه لتلك

المعصية مع الظالم يتيح له الدخول فى أمر يترتب عليه حفظ الإسلام، أو النفس المحترمه، أو ما أشبه ذلك.

### ان جواز الولاية عن الجائر

مع الضرر المالى رخصه لا عزمه قوله الرابع: ان قبول الولاية مع الضرر المالى الذى لا يضر بالحال رخصه لا عزمه) أقول: إذا أوجب الجائر أحدا على الولاية من قبله، أو على عمل محرم، و كان المجبور متمكنا من التخلص و لو بتحمل الضرر المالى و إن بلغ ما بلغ جاز له ذلك. فإن أدله نفى الإكراه إنما هى مسوقه لرفع الإلزام فقط عن مورد الإكراه، و ليست ناظره إلى بيان حكم المورد.

و عليه فلا بد من تعيين حكمه من الرجوع الى القواعد الأخرى، فقد يكون المكروه عليه من قبيل قتل النفس و ما يشبهه، فيحرم الإقدام عليه، و قد يكون من قبيل الضرر المالى على نفسه فيجوز تحمله، لأن الناس مسيطون على أموالهم (1). و من هنا يعلم ان تقييد الضرر المالى بعدم إضراره بالحال كما فى المتن لا يخلو عن مسامحة.

و بعبارة أخرى: ان أدله الإكراه لا تشمل المقام، و عليه فان كان المورد كقتل النفوس و نحوه مما اهتم الشارع بحفظه فيحرم الإقدام عليه، بل يجب دفعه، و إن كان من قبيل الضرر المالى فيجوز التحمل به لدليل السلطنة.

لا يقال: إن بذل المال للجائر دفعا للولاية المحرمة إعانه على الإثم.

فإنه يقال: لا وجه له صغرى و كبرى، أما الاولى فلأن ذلك من قبيل مسير الحاج و الزوار و تجاره التجار مع إعطاء المكوس و الكمارك و الضرائب، و لا يصدق على شىء منها عنوان الإعانه على الإثم، و اما الثانية فقد تقدم فى البحث عن بيع العنب ممن يجعله خمرا أنه لا دليل على حرمه على الإعانه على الإثم.

ص: ٤٥٢

قوله:الخامس:لا يباح بالإكراه قتل المؤمن و لو توعد على تركه بالقتل إجماعاً).

أقول:هل يشرع بالتقيه أو بالإكراه قتل النفوس المحترمه أو لا؟أما التقيه فهي فى اللغه اسم لا تقى يتقى بمعنى الخوف و التحذير و التجنب،و المراد بها هنا التحفظ عن ضرر الظالم بموافقه فى فعل أو قول مخالف للحق.

و الظاهر انه لا خلاف فى جوازها لحفظ الجهات المهمه الشرعيه،بل قد عرفت فى مبحث الكذب عند البحث عن أقوال الأئمه الصادره تقيه إجماع الفريقين و ضروره العقلاء و تظافر الآيات و الروايات على جواز الكذب لانجاء النفس المحترمه.

على انه ورد فى بعض الأحاديث (١):إنما جعلت التقيه ليحقن بها الدم فإذا بلغت التقيه الدم فلا تقيه).فإن الظاهر من ذلك انه إذا توقف حفظ النفس على ارتكاب أى محرم فإنه يصبح مباحاً مقدمه لصيانته النفس المحترمه عن التلف،إلا ان التقيه إذا اقتضت إراقه دم محترم لحفظ دم آخر فإنها لا تشرع ح،لما عرفت آنفا ان كلا من الشخصين مشمول للحديث،فترجيح أحدهما على الآخر ترجيح بلا مرجح.

بل قد عرفت سابقاً ان الغرض الأقصى من جعل التقيه فى الشريعة المقدسه إنما هو حفظ أموال المؤمنين و اعراضهم و نفوسهم و ما أشبه ذلك من شؤونهم،فإذا توقف حفظ شىء منها على إتلاف عديله من شخص آخر ارتفعت التقيه ح لارتفاع الغايه منها.

و مثاله ما إذا اقتضت التقيه إتلاف مال شخص لحفظ مال شخص آخر فإنه لا يجوز إتلافه تقيه.و الوجه فيه ان شمول أخبار التقيه لهما على حد سواء،و إذن فترجيح أحدهما على الآخر ترجيح بلا مرجح كما عرفت،فيرجع فى ذلك الى الأدله الداله على حرمه التصرف فى مال الغير بدون إذنه،و هكذا الحال فى جميع الموارد التقيه.

غايه الأمر ان ما دل على ان التقيه إنما شرعت ليحقن به الدم ناظر الى بيان المرتبه العليا من التقيه،و ليس فيه ظهور فى اختصاص الحكم بهذه المرتبه فقط.

و من هنا ظهر ما فى كلام المحقق الايروانى،حيث قال:(و يقرب عندى ان المراد من هذه الأحاديث أمر وجدانى يدركه العقل،و هو ان التقيه لما شرعت لغايه حفظ النفس فإذا لم تكن هذه الغايه موجوده،بل كان الشخص مقتولاً لا محاله اتقى أو لم يتق فلا تقيه

لانتفاء ما هو الغرض من تشريع التقيه).

و مع الإغضاء عما ذكرناه فان ما أفاده إنما يلائم قوله «ع» في روايه محمد بن مسلم: (إنما جعلت التقيه ليحقن بها الدم فإذا بلغ الدم فليس تقيه). فإنه يمكن ان يتوهم منها أن الغايه من التقيه هي حفظ الدم و إذا كان لا بد للظالم من إراقه الدم فلا موضوع للتقيه.

و لكن بيأينه قوله «ع» في روايه أبي حمزه الثمالي: (إنما جعلت التقيه ليحقن بها الدم فإذا بلغت التقيه الدم فلا تقيه). فإن هذه الروايه ظاهره، بل صريحه في أن التقيه إذا توقفت على إراقه الدم فلا تقيه، فتكون هذه الروايه قريبه لبيان المراد من الروايه الأولى أيضا.

ثم إنه لا- فرق بين افراد المؤمنين من حيث الصغر و الكبر، و لا- من حيث الرجوله و الأنوثه، و لا من حيث العلم و الجهل، و لا من حيث الحرية و العبوديه، لإطلاق قوله «ع» (إنما جعلت التقيه ليحقن بها الدم فإذا بلغت التقيه الدم فلا تقيه).

و أما الإكراه- و قد تقدم معناه في الأمر الثاني- فهو لا يسوغ قتل النفس المحترمه بلا خلاف بين الفريقين، و الوجه فيه هو ما تقدم من أن الأدله الداله على نفى الإكراه و الضرر و الحرج و ارده في مقام الامتنان، و من الواضح ان الإضرار بالغير منافع للامتنان، فلا يكون مشمولاً لها، فتبقى الأدله الداله على حرمة قتل النفس المحترمه سليمه عن المزاحم.

نعم إذا أجبر الظالم أحدا على قتل أحد شخصين محقونى الدم، أو اضطر اليه نفسه، كما إذا وقع من شاهق، و كان لا بد له من الوقوع على رأس أحدهما، فلا بد حينئذ من الرجوع الى قواعد التراحم، و يتضح ذلك بلحاظ ما حققناه في دوران الأمر بين إنقاذ أحد الفريقين، فإنه لم يستشكل أحد في وجوب المبادرة لإنقاذ الأهم منهما و ترك الآخر.

و هذا نظير الإكراه على إيقاع الضرر المالى على أحد الشخصين، و قد تقدم الكلام فيه.

لا- يقال: قد نطق القرآن الكريم فى آيه محكمه [١] بالتكافؤ بين الدماء المحترمه و معه فأى معنى لملا-حظه الأهم و المهم فى ذلك، و قد ورد ذلك فى الاخبار المستفيضه المذكوره فى أبواب القصاص.

فإنه يقال: نعم و لكن مورد التكافؤ الذى دلت عليه الآيه و الروايات إنما هو القصاص فقط، فلا مساس له بما نحن فيه، و من هنا اتضح حكم ما لو أكره الجائر أحدا إما على قتل نفسه و إما على قتل غيره. و قد انجلى الصبح، و انكشف الظلام، و ظهر الفارق بين التقيه و الإكراه موضوعا و حكما، و الله العالم بالحقائق و الاسرار.

محقون الدم بالنسبه الى غير ولى الدم

قوله و أما المستحق للقتل قصاصا فهو محقون الدم بالنسبه الى غير ولى الدم).

أقول:مستحق القتل قد يكون مهذور الدم لكل أحد،لكونه مسلوب الاحترام، كالنواصب الذين يظهرون العداوه و البغضاء لآكل محمد(صلى الله عليه و آله)،و قد يكون مهذور الدم بالنسبه الى جميع الناس،و لكن بإجازه حاكم الشرع، كمن ثبت عليه الحد الشرعى الموجب للقتل،و قد يكون مهذور الدم لفريق معين، كمن قتل مؤمنا عن عمد و اختيار.

أما الأول فلا شبهه فى خروجه عن حد النفوس المحترمه قطعاً،لأن الشارع المقدس سلب احترام دمه عند كل من اطلع على خبثه و رذالته،فيكون مهذور الدم لجميع الناس و لا يكون مشمولاً لقوله«ع»:«(إذا بلغت التقيه الدم فلا تقيه).و عليه فلو اقتضت التقيه أو الإكراه قتل ناصبى فلا محذور فى الاقدام عليه،لثبوت جوازه قبل التقيه و الإكراه فمعهما يكون أولى بالجواز،إلا أن تترتب الفتنة على قتله،فإنه لا يجوز ح الاقدام على قتله،لوجوب سد أبواب الفتن.

و أما الثانى فحكمه حكم بقيه النفوس المحترمه،فلا يجوز قتله بدون إذن الحاكم الشرعى حتى مع التقيه و الإكراه،لكونه محقون الدم بالنسبه الى غير الحاكم الشرعى،و من هنا يعلم حكم الثالث أيضاً.فإن الكتاب العزيز[١]إنما أثبت السلطنه على دم القاتل لولى المقتول،فلا يسوغ لغيره الاقدام عليه فى حال من الحالات،إلا مع الإذن الشرعى،و قد انجلى مما ذكرناه ما فى كلام المحقق الايروانى،فإنه(ره)استظهر من الروايات أن المراد من محقون الدم ما يكون محقونا بقول مطلق،و يرجع فى غيره الى عموم رفع ما استكروها عليه (١).

ص: ٤٥٥

قوله و مما ذكرنا ظهر سكوت الروائتين عن حكم دماء أهل الخلاف. أقول:

قد أشرنا آنفا الى أن الغرض الأقصى من التقيه هو حفظ دماء الشيعة، و إن حداها بلوغ التقيه إلى الدم، و حينئذ فما دل على عدم جريان التقيه فى الدماء المحترمه ساكت عن حكم التقيه فيما إذا أدت إلى قتل غير الشيعة من أى فرق المسلمين، و عليه فحكم قتل المخالفين بالتقيه أو بالإكراه حكم سائر المحرمات التى ترتفع حرمتها بهما.

قوله بقى الكلام فى أن الدم يشمل الجرح و قطع الأعضاء أو يختص بالقتل وجهان) أقول: إن الظاهر من قوله «ع»: (إنما جعلت التقيه ليحقق بها الدم). و إن كان هو الدم الذى كان عله لبقاء الحياه، إلا أنه مع ذلك لا يمكن الحكم بجواز جرح الغير أو قطع أعضائه للتقيه، فإن دليل جواز التقيه كدليل رفع المستكره عليه إنما ورد فى مقام الامتنان فلا يشمل ما إذا كان شموله منافيا له، و عليه فيجرى فى موردها ما ذكرناه فى مورد الإكراه فراجع.

قوله فيما ينبغى للوالى العمل به فى نفسه و فى رعيته. أقول: قد ورد فى الروايات الكثيره [١] حكم الوالى فى نفسه، و حكمه مع رعيته، فلا بد و أن يلاحظها المتقصد بمنصب الوالى له لكى لا يكون فى عداد الظالمين، بل يتصدى لإعمال الوالى بالقسط و العدل

### حرمة هجاء المؤمن

قوله السابعه و العشرون: هجاء المؤمن حرام بالأدله الأربعة. أقول: الهجو فى اللغه عد معائب الشخص، و الوقيعه فيه، و شتمه، و لا خلاف بين المسلمين فى حرمة هجاء المؤمن، و إن اختلفت الشيعة مع غيرهم فى ما يراد بكلمه المؤمن، بل فى كلام بعض العامه (١) تعميم الحرمة إلى هجاء أهل الذمه أيضا.

ص: ٤٥٦

١ - ١) راجع ج ٢ ثل باب ٧٨ ما ينبغى للوالى العمل به فى نفسه مما يكتسب به ص ٥٥٢ و ج ٢ المستدرک باب ٤٢ ما ينبغى للوالى العمل به فى نفسه مما يكتسب به ص ٤٤١.

وقد استدال المصنف على حرمة بالأدله الأربعة بدعوى أنه ينطبق عليه عنوان الهمز و اللمز و أكل اللحم و التعبير و إزاعه الستر، و كل ذلك كبيره موبقه، و جريمه مهلكه، بالكتاب و السنه و العقل و الإجماع.

و تحقيق المقام أن الهجو قد يكون بالجمله الإنشائية، و قد يكون بالجمله الخبريه، أما الأول فلا شبهه فى حرمة، لكونه من اللمز و الهمز، و الإهانه و الهتك، و قد دلت الروايات (١) المتواتره على حرمة هتك المؤمن و إهاتته، و نطق القرآن الكريم بحرمة الهمز و اللمز (٢).

و أما الثانى فإن كان الخبر مطابقا للواقع كهجو المؤمن بما فيه من المعاييب كان حراما من جهه الغيبه و الهتك و الإهانه و التعبير و الهمز، و إن كان الخبر مخالفا للواقع كان حراما أيضا من نواحى شتى، لكونه كذبا و بهتا، و إهانه و ظلما، و همزا و لمزا.

و لا- فارق فى أفراد المؤمن بين العادل و الفاسق غير المعلن و قد تقدم الكلام عليه فى مبحث الغيبه، بل يمكن أن يقال بحرمة هجو الفاسق المعلن بفسقه، فقد تقدم فى البحث عن مستثنيات الغيبه أن عمده الدليل على جواز غيبه المتجاهر فى الفسق خروج ذلك عن دائره الغيبه موضوعا، فإنها أن تقول فى أخيك ما ستره الله عليه، و ما ارتكبه الفاسق المتجاهر الهجو لانتقاص المتجاهر، و ذكره بما فيه من العيوب عدا ما دل على حرمة من حيث كونه غيبه.

نعم يجوز هجو الفاسق المتجاهر فى الفسق إذا ترتبت على هجوه مصلحه أهم من مصلحه احترامه، أو كان ممن لا يبالى بما قيل فيه، و بذلك يحمل ما ذكره المصنف من الخبر (محصولا ذنوبكم بذكر الفاسقين).

و أما هجو المخالفين أو المبدعين فى الدين فلا شبهه فى جوازه، لأنه قد تقدم فى مبحث الغيبه (٣) أن المراد بالمؤمن هو القائل بإمره الأئمه الاثنى عشر، و كونهم مفترضى الطاعه و من الواضح أن ما دل على حرمة الهجو مختص بالمؤمن من الشيعة، فيخرج غيرهم عن حدود حرمة الهجو موضوعا، و قد تقدم فى المبحث المذكور ما يرضيك فى المقام، و يقنعك

ص: ٤٥٧

١- ١) راجع ج ٢ ثل أبواب عشره الحج. و ج ٣ الوافى الفصل الثانى أبواب ما يجب على المؤمن اجتنابه فى المعاشره.

٢- ٢) سوره الهمزه آيه: ١، قوله تعالى: (وَيْلٌ لِّكُلِّ هُمَزَةٍ لُّمَزَةٍ).

٣- ٣) فى البحث عن اشتراط الايمان فى حرمة الغيبه ص ٣٢٣.

بتخصيص حرمه الهجو بما ذكرناه.

و هل يجوز هجو المبدع في الدين أو المخالفين بما ليس فيهم من المعايب أو لا بد من الاقتصار فيه على ذكر العيوب الموجودة فيهم؟ هجوهم بذكر المعايب غير الموجوده فيهم من الأقاويل الكاذبه، و هي محرمة بالكتاب و السنه، و قد تقدم ذلك في مبحث حرمه الكذب، إلا أنه قد تقتضى المصلحه الملزمه جواز بهتهم و الإزراء عليهم، و ذكرهم بما ليس فيهم افتضاحا لهم، و المصلحه في ذلك هي استبانه شؤونهم لضعفاء المؤمنين حتى لا يغتروا بآرائهم الخبيثه و أغراضهم المرجفه، و بذلك يحمل قوله «ع» (١): (و باهتوهم كى لا- يطمعوا في الإسلام) و كل ذلك فيما إذا لم تترتب على هجوهم مفسده و فتنه، و إلا فيحرم هجوهم حتى بالمعائب الموجوده فيهم.

و قد ظهر من مطاوى ما ذكرناه أن هجو المخالفين قد يكون مباحا، و قد يكون مستحبا و قد يكون واجبا و قد يكون مكروها، و قد يكون حراما، و بهذا الأخير يحمل قوله «ع» في روايه أبي حمزه (٢) عن قذف المخالفين: (الكف عنهم أجمل).

### حرمه الهجر

قوله الثامنه و العشرون: الهجر. أقول: الهجر بالضم هو الفحش، و القبيح من القول، و لا- خلاف بين المسلمين، بل بين العقلاء في مبعوضيته و حرمة، و قد ورد في الروايات المتواتره (٣) إن البذاء و الفحش على المؤمن حرام، و في روايه سليم بن قيس:

(إن الله حرم الجنه على كل فحاش بذىء قليل الحياء لا يبالي ما قال و لا ما قيل له). و في

ص: ٤٥٨

١- ١) قد تقدمت هذه الروايه في البحث عن حرمه سب المؤمن ص ٢٨١، و في البحث عن جواز الاغتياب لحسم ماده الفساد ص ٣٥٤.

٢- ٢) في ج ١ كا كتاب الخمس باب أن الأرض كلها للإمام «ع» ص ٤٢٧. و ج ٦ الوافى باب ٣٩ تحليل الخمس للشيعة من أبواب الخمس ص ٤٥. عن أبي حمزه عن أبي جعفر «ع» قال: قلت له: إن بعض أصحابنا يفترون و يقذفون من خالفهم؟ فقال لى: الكف عنهم أجمل، الحديث. مجهوله للحسن بن عبد الرحمن، و ضعيفه لعلى بن العباس.

٣- ٣) راجع ج ٣ الوافى ص ١٦٠. و ج ٢ ثل باب ٦٩ تحريم السفه، و باب ٧٠ تحريم الفحش، و باب ٧١ تحريم البذاء من جهاد النفس ص ٤٧٦. و ج ٢ المستدرک ص ٣٣٩. و كا بهامش ج ٢ مرآه العقول ص ٣١٢ و ٣١٣ و ٣١٤.



صحيحه عبد الله بن سنان (و من خاف الناس لسانه فهو في النار). و في صحيحه أبي عبيده (البذاء من الجفاء و الجفاء في النار). و في موثقه ابن فضال (من علامات شرك الشيطان الذي لا شك فيه أن يكون فحاشا لا يبالي ما قال و لا ما قيل فيه). و في بعض الأحاديث: (من فحش على أخيه المسلم نزع الله منه بركه رزقه و وكله الى نفسه و أفسد عليه معيسته).

و في أصول الكافي بسند صحيح عن أبي عبد الله «ع» قال: (كان في بني إسرائيل رجل فدعا الله أن يرزقه غلاما ثلاث سنين، فلما رأى أن الله لا يجيبه فقال: يا رب أبعيد أنا منك فلا تسمعي، أم قريب أنت مني فلا تجيبي؟؟ قال: فأتاه آت في منامه فقال: إنك تدعو الله منذ ثلاث سنين بلسان بذيء و قلب عات «الجبار المتجاوز عن حده في الاستكبار» غير تقى، و نيه غير صادقه، فأقلع عن بذائك، و ليتق الله قلبك، و لتحسن نيتك قال: ففعل الرجل ذلك، ثم دعا الله فولد له غلام).

و في وصيه النبي (صلى الله عليه و آله) لعل «ع» قال: (يا على أفضل الجهاد من أصبح لا يهم بظلم أحد، يا على من خاف الناس لسانه فهو من أهل النار، يا على شر الناس من أكرمه الناس اتقاء شره و أذى فحشه، يا على شر الناس من باع آخرته بدنياه و شر منه من باع آخرته بدنياه غيره).

## النوع الخامس: مما يحرم التكسب به أخذ الأجره على الواجبات

### إشارة

قوله: الخامس: مما يحرم التكسب به ما يجب على الإنسان فعله عينا أو كفايه تعبدا أو توصلا على المشهور. أقول: اختلفت كلمات الأصحاب في هذه المسألة على أقوال:

الأول: ما ذكره المصنف من المنع مطلقا. الثاني: ما حكاه المصنف عن المصاييح عن فخر المحققين من التفصيل بين التعبدى فلا يجوز، و بين التوصلى فيجوز. الثالث: ما نقله المصنف عن فخر المحققين في الإيضاح من التفصيل بين الكفائى التوصلى فيجوز و بين غيره فلا يجوز.

الرابع: ما ذكره في متاجر الرياض من التفصيل بين الواجبات التى تجب على الأجير عينا أو كفايه وجوبا ذاتيا فلا يجوز، و بين الواجبات الكفائيه التوصلية فيجوز كالصناعات الواجبه كفايه لانتظام المعاش. الخامس: ما نسب الى السيد المرتضى من القول بالجواز فى الكفائى كتجهيز الميت، و هذه النسبه موهونه بما ذكره المصنف من أن السيد مخالف فى وجوب تجهيز الميت على غير الولي، لا فى حرمة أخذ الأجره على تقدير الوجوب عليه، فهو

مخالف في الموضوع، لا في الحكم.

السادس: التفصيل بين ما كان الغرض الأهم منه الآخرة فلا يجوز، وبين ما كان الغرض الأهم منه الدنيا فيجوز، وقد ذهب إليه مفتاح الكرامه.

السابع: ما حكاه في البلغه عن جده في المصاييح من التفصيل بين التعبدى منه و التوصلى فمنع فى الأول مطلقا، و فصل فى الثانى بين الكفائى منه و العينى، فجوز فى الأول مطلقا، و فصل فى الثانى بين ما كان وجوبه للضروره أو لحفظ النظام، فجوز فى الأول، و منع فى الثانى مطلقا، سواء كان الواجب ذاتيا أم غيريا.

الثامن: ما يظهر من المصنف من التفصيل بين العينى التعينى و الكفائى التعبدى، فلا- يجوز و بين الكفائى التوصلى و التخييرى، فيجوز و يظهر منه التردد فى التخييرى التعبدى.

التاسع: ما هو المختار عندنا من جواز أخذ الأجره على الواجب مطلقا، و قد وقع الخلاف أيضا فى هذه المسأله بين فقهاء العامه [١].

و لا- يخفى أن غير واحد من أرباب الأقوال المذكوره قد ادعى الإجماع على رأيه، و لكنه ليس من الإجماع التعبدى، فإنه من المحتمل القريب إن المجمعين قد استندوا فى فتياهم بالحرمة الى غير الإجماع من الوجوه المقرره فى المسأله.

على أنه يصعب على الفقيه دعوى الإجماع على نحو الموجه الكليه، مع ما اطلعت عليه من الاختلافات و التفاصيل. نعم قد نقل الإجماع تلويحا أو تصريحاً فى بعض الموارد الجزئيه، كالقضاء و الشهاده و تعليم صيغه النكاح أو إلقائها على المتعاقدين.

ص: ٤٤٠

فی بیان موضوع أخذ الأجره على الواجب

قبل التعرض لحكم المسأله، و بیان الحقیقه فیها تقدم أمرا لبيان موضوعها، و إجماله أن موضوع البحث فی المقام إنما هو جهه العباده، و جهه الوجوب فقط، و مانعتهما عن صحه الإجاره و عدمها بعد الفراغ عن سائر الجهات و الحیثیات التي اعتبرها الشارع المقدس فی عقد الإجاره، كأن لا يكون العمل المستأجر عليه مما اعتبرت المجانيه فيه عند الشارع.

و هذا لا يختص بالواجب، بل یجری فی المستحبات أيضا، كاستئجار المؤذن للأذان، و استئجار المعلم للتدريس، و استئجار الفقيه للإفتاء، و استئجار القارى لقراءه القرآن.

و قد یجری فی المكروهات أيضا، كاستئجار فحل الضراب للطروقه. و هذه الأمثله مبنیه على تعلق غرض الشارع بمجانيه الأمور المذكوره، و حرمة أخذ الأجره عليها، أو كراهته.

ثم إن بعضهم ذكر أن من شرائط الإجاره أن تكون منفعه العين المستأجره عائده إلى المستأجر، و رتب عليه بطلان إجاره المكلف لامتنال فرائضه من الصلاه و الصوم و الحج و غيرها، و بطلان الإجاره للإتيان بالمستحبات لنفسه، كالنوافل اليوميه و الليليه، و غير ذلك من الموارد التي يكون النفع فيها راجعا إلى الأجير أو الى شخص آخر غير المستأجر.

و الوجه فی ذلك أن حقیقه الإجاره هي تبديل منفعه معلومه بعوض معلوم، فلا بد من وصول المنفعه إلى المستأجر، لأنه المدافع للعوض المعلوم، و إلا- انتفت حقیقه الإجاره، إذ يعتبر فی التبديل أن يقوم كل من العوض و المعوض مكان الآخر بحيث يدخل كل منهما فی المكان الذي خرج منه الآخر، و سیأتى اعتبار ذلك أيضا فی حقیقه البيع.

و فی البلغه أن الإجاره بدون هذا الشرط سفهيه، و أكل للمال بالباطل، و لذا لا تصح الإجاره على الأفعال العبثيه، و إبداء الحركات اللاغيه، كالذهاب إلى الأمكنه الموحشه، و رفع الأحجار الثقيله، انتهى ملخص كلامه.

و التحقيق أن يقال: إن حقیقه الإجاره لا- تقتضى إلا- دخول العمل فی ملك المستأجر قضاء لقانون المبادله، و أما كون المنفعه راجعه إليه فلا موجب له.

و أما حديث سفهيه المعامله فيرد عليه أولا- أنك قد عرفت مرارا، و ستعرف فی مبحث البيع إنشاء الله: أنه لا دليل على بطلان المعامله السفهيه، و إنما الدليل على بطلان

معامله السفیه، و الدلیل هو كونه محجور التصرف فى أمواله.

و ثانياً: قد تقدم فى البحث عن بيع الأبوال و غيره، و سنعود عليه فى مبحث البيع أن آیه التجاره غريبه عن شرائط العوضين، بل هى راجعه إلى حصر أسباب المعامله فى الصحيح و الباطل. هذا مع أن الدليل أخص من المدعى، فان المستأجر قد ينتفع بعود النفع الى غيره، كما إذا استأجر شخصاً على امثال فرائض نفسه لكى يتعلم المستأجر منه أحكام فرائضه، أو كان المستأجر من الآمرين بالمعروف، و الناهين عن المنكر، و أراد باستئجار المكلفين على امثال فرائضهم إظهار عظمه الإسلام و إخضاع المتمردين و العاصين.

و على الجملة أن البحث هنا يتمحض لبيان أن صفه الوجوب أو صفه العباديه مانعه عن انعقاد الإجاره أم لا، بعد الانتهاء عن سائر النواحي التى اعتبرت فى عقد الإجاره.

### ان صفه العباديه لا تنافى الإجاره

مقتضى القاعده جواز أخذ الأجره على مطلق العبادات، سواء أ كان الأخذ بعنوان الإجاره أم بعنوان الجعاله إذا تم سائر الشروط المعبره فيهما، و لا شبهه أن صفه العباديه لا تنافى الإجاره، و الجعاله، و إذن فعمومات صحه المعاملات محكمه.

و قد أورد على هذا الرأى بوجوه:

الوجه الأول: أن العبادات لا بد و أن تؤتى بقصد القريبه، و أخذ الأجره عليها ينافى القريبه و الإخلاص.

و الوجه فيه أن عقد الإجاره يوجب انقلاب داعى الإخلاص فى العمل المستأجر عليه إلى داعى أخذه الأجره، و من الواضح أن قيد الإخلاص مأخوذ فى العمل المستأجر عليه فيلزم من صحه الإجاره فسادها.

و فيه أن هذا الوجه لا يرجع عند التحقيق الى محصل، و توضيح ذلك: أنه يدعى تاره أن العمل الخارجى إنما يؤتى به بداعى تملك الأجره و هو ينافى قصد الإخلاص. و اخرى يدعى أنه يؤتى به بداعى تسلم الأجره خارجاً. و ثالثه: يدعى أنه يؤتى به بداعى استحقاق مطالبته.

أما الدعوى الأولى فهى واضحه البطلان ضروره ان تملك الأجره إنما يكون بنفس الإيجار، لا بالعمل الخارجى، فالعمل أجنبى عنه بالمره.

و أما الدعوى الثانيه فهى أيضا كك ضروره أنه يتمكن الأجير من التسلم بغير العمل فى بعض الموارد،و بالعمل الخالى من قصد القربه فى جميعها،فلا يكون الداعى إلى العمل بما هو عبادى غير قصد القربه و لو من جهه خوفه من العذاب لأجل عدم تسليمه العمل الى مالكه.

و أما الدعوى الثالثه فهى و إن كانت صحيحه فى بعض الموارد،و هو ما إذا امتنع المستأجر من التسليم قبل العمل،إلا ان الإتيان به لأجل ذلك(أى لأجل أن يستحق المطالبه شرعا)لا ينفك عن قصد القربه فى العمل،و ذلك من جهه تمكن المكلف من الإتيان به بغير قصد القربه و إلزامه المستأجر تسليم الأجره،فإتيانه بالعمل لأجل الاستحقاق شرعا لا ينفك عن قصد القربه.

و على الجملة بعد ما كان الأجير متمكنا من المطالبه و تسليم الأجره بغير العمل الصحيح فلا يكون داعيه الى الإتيان بالعمل الصحيح غير قصد القربه،و لعله الى ذلك نظر من أجاب عن الاشكال المزبور بأن دعوه أخذ الأجره فى طول دعوه الأمر لغو من باب الداعى إلى الداعى.

الوجه الثانى:أنه يعتبر فى دواعى امتثال العبادات كونها جهات قريبه بحيث تنتهى سلسله العلل و الدواعى فيها بجميع حلقاتها الى الله تعالى،و متى كان فيها داعى غير قربى خرج العمل عن العباديه و عن تمحضه لله و إن لم يكن الداعى غير القربى فى عرض الداعى الإلهى.

الوجه الثانى:أنه يعتبر فى دواعى امتثال العبادات كونها جهات قريبه بحيث تنتهى سلسله العلل و الدواعى فيها بجميع حلقاتها الى الله تعالى،و متى كان فيها داعى غير قربى خرج العمل عن العباديه و عن تمحض لله و إن لم يكن الداعى غير القربى فى عرض الداعى الإلهى.

و فيه أنا قد حققنا فى مبحث النيه من كتاب الصلاه أنه يشذ فى العباد من يأتى بالعباده بجميع مقدماتها و مقارناتها و مؤخراتها و دواعيها خالصه لوجه الله الكريم،و طلبا لرضاه، و كونه أهلا للعباده و الإطاعه،بل يقصد غالب الناس فى عباداتهم الجهات الراجعه إليهم من المنافع الدنيويه و الأخرويه،و لا تنافى هذه الدواعى الراجعه إليهم عباديه العباده، إلا إذا دل دليل على إبطال بعضها للعباده كما فى الرياء،فقد ورد فى الاخبار المتظافره (1)ان الرياء لا يدخل عملا إلا و أفسده.

و توضيح الجواب إجمالا:ان الغايه القصوى من العباده قد تكون هى الله فقط من دون ان يشوبها غرض آخر من الأغراض الدنيويه أو الجهات الأخرويه،و ضرورى ان هذا النمط من الامتثال منحصر فى الأئمه الطاهرين«ع»و الأنبياء المرسلين(صلى الله عليه و آله).

ص: ٤٤٣

فقد قال أمير المؤمنين «ع» (١): (ما عبدتك خوفاً من نارك ولا طمعا في جنتك لكن وجدتك أهلاً للعبادة فعبدتك).

وقد تكون الغاية من العبادة هي الله، ولكن بداعي التملق والخضوع لحفظ الجهات الدنيوية، بأن يجعلها العبد وسيله لزيادة النعمة والعزة، وسبباً لارتفاع الشأن والمنزلة، وترسا لدفع النقمه والهلكه، وقد أشير الى هذا في الكتاب بقوله تعالى (٢): (لئن شكرتم لأزيدنكم ولئن كفرتم إن عذابي لشديد).

وقد تكون الغاية من العبادة هي الله بداعي الخشيه من غضبه والخوف من ناره التي أعدت للعاصيين، وبداعي التعرض لرحمته الواسعه، والوصول الى الحور والقصور والجنه التي عرضها كعرض السماوات والأرض، وهذه المرتبه أرقى من المرتبه الثانيه.

وقد أشار الى هذا بقوله تعالى (٣): (وَادْعُوهُ خَوْفًا وَطَمَعًا). وبقوله تعالى (٤):

(وَإِدْعُونَنَا رَغَبًا وَرَهَبًا).

وقد ورد في كثير من الأدعيه كدعاء أبي حمزه الثمالي وغيره تعليل الايمان بالله والعباده له بالخوف والخشيه والطمع، وهذا واضح لا غبار عليه.

وقد تكون الغاية من العبادة هي التقرب الى الله، وتحصيل رضاه من غير ان يقترب بها غرض آخر من الأغراض الدنيويه أو الأخرويه، وهذه المرتبه أرقى من المرتبه الثانيه والثالثه، وهي مختصه بالعارفين بالله والسالكين اليه، ولا يناله إلا القليل من الموحدين، كسلمان والمقداد و ابي ذر و فريق من الأكابر.

وقد اتضح مما ذكرنا ان الغرض من العباده في هذه الدرجات الثلاث الأخيره هو انتفاع العبد حتى في الدرجه الأخيره: أعني المرتبه الرابعه، فإن مآل تحصيل رضى الله والتقرب اليه هو صيروره العبد محبوبا لدى الله لكي يجيب دعوته و يدفعه شدته و يقضى حوائجه.

و على هذه المناهج المذكوره في السير الى الله والتوجه الى رحمته وغفرانه والفوز بنعمه و رضوانه لا- تخلو عباده إلا- وقد قصد العبد فيها ان يصل اليه نفع من المنافع حسب اختلافها باختلاف الأغراض وقد عرفت. نعم الدرجه الاولى و هي عباده الأئمه خاليه عن هذا القصد. ولكنها مختصه بهم عليهم السلام.

وقد انجلى ان رجوع شىء من دواعى العباده لغير الله لا ينافى الإخلاص فيها،

ص: ٤٦٤

١-١) راجع ج ٢ مرآه العقول ص ١٠١. و ج ١٥ البحار كتاب الخلق ص ٨٢.

٢-٢) سوره إبراهيم آيه: ٧.

٣-٣) سوره الأعراف آيه: ٥٤.

٤-٤) سوره الأنبياء آيه: ٩٠.

والتقرب الى الله بها. ويشير الى ما ذكرناه ما رواه الكليني [١] عن أبي عبد الله «ع» قال: العباد ثلاثة:

قوم عبدوا الله عز وجل خوفا فتلك عباده العبيد. وقوم عبدوا الله تبارك وتعالى طلب الثواب فتلك عباده الأجراء. وقوم عبدوا الله حبا له فتلك عباده الأحرار وهي أفضل العباده). ومن هنا اتضح بطلان ما ذهب اليه بعضهم [٢] من فساد العباده المأتى بها لأجل الثواب و دفع العقاب.

الوجه الثالث: أن دليل صحه الإجاره هو عموم أَوْفُوا بِالْعُقُودِ، و يستحيل شموله للمقام لأن الوفاء بالشىء عباره عن إتمامه و إنهائه، فالوفاء بعقد الإجاره هو الإتيان بالعمل المستأجر عليه أداء الحق المستأجر، و واضح أن هذا لا يجتمع مع الإتيان به أداء لحق الله و امتثالا لأمره، و إذن فلا بد من قصد أحد الأمرين: إما الوفاء بالعقد. أو الامتثال لأمر المولى و حيث لا يعقل اجتماعهما فى محل واحد فلا بد من رفع اليد من الأمر بالوفاء فتصبح الإجاره بلا دليل على الصحه.

و فيه أولا: أن الوفاء بالعقد و إن كان عباره عن إتمامه و إنهائه، إلا أن هذا المعنى لا يتوقف على عنوان خاص، بل يكفى فيه إيجاد متعلق العقد فقط فى الخارج بأى نحو اتفق و عليه فلا مانع فى كون العمل الواحد الذى تعلقت به الإجاره مصداقا لعنوانى العباده و العمل المستأجر عليه معا، نعم لو كان الظاهر من دليل وجوب الوفاء بالعقد هو إيجاد العمل المستأجر عليه فى الخارج بداعى اختصاصه بالمستأجر من جميع الجهات لاستحالة اجتماع قصد الوفاء بالعقد مع قصد التقرب الى الله، و لكنه دعوى جزافيه.

و ثانيا: ان دليل صحه الإجاره لا ينحصر بآيه الوفاء بالعقد لكى يلزم من عدم شمولها للمقام بقاءه خاليا عن دليل الصحه، بل فى آيه التجاره عن تراض غنى و كفايه.

فان قيل: إن الأمر الإجارى المتعلق بالفعل المستأجر عليه توصلى، و الأمر العبادى المتعلق به عبادى، و عليه فيلزم أن يكون فعل واحد مأمورا به بأمرين متخالفين و هو محال قلنا: إن الأمر الإجارى المتعلق بالعباده أيضا أمر عبادى، فإن وجوب تسليم العمل المستأجر عليه الى مالكه حكم كلى انحلالى من غير أن يكون له شأن من التعبدية أو التوصلية بل يتصف بهما بلحاظ وصف متعلقه، و عليه فان كان متعلق الأمر الإجارى توصلية فهو توصلى، و إن كان تعبديا فهو تعبدى، و على هذا فإذا تعلق الإجاره بعباده كان الأمر الناشئ منها عباديا أيضا، فأصبح مؤكدا للأمر العبادى المتعلق بها فى نفسها مع قطع النظر عن الإيجار، كما ذهب اليه كاشف الغطاء و تلميذه صاحب الجواهر.

و توضيح ذلك: أنا قد ذكرنا فى البحث عن التعبدى و التوصلى من علم الأصول أن قصد القربه مأخوذ فى متعلق الأمر الأول على ما قويناه، و فى متعلق الأمر الثانى على ما اختاره شيخنا الأستاذ، و على كل حال فالأمر قد تعلق بامثال العمل بقصد القربه، و من الواضح ان الأمر الإجارى قد تعلق بهذا أيضا، إذ المفروض كون العمل المذكور موردا للإجاره، فمتعلق الأمرين شىء واحد، فلا محاله يندك أحدهما فى الآخر و يكون الوجوب مؤكدا كما فى غير المقام.

و قد اتضح مما ذكرناه انه فلا وجه لما ذكره بعض مشايخنا المحققين من استحاله التأكد حتى فى النذر و نحوه. و حاصل ما ذكره: ان الأمر الصلاتى متعلق بذات العمل، و الأمر الإجارى أو النذرى أو نحوهما متعلق بالعمل الواجب المقيّد بقصد القربه و الامتثال، و من الواضح انه لا يعقل التأكد فى ذلك (الذى معناه خروج الطلب فى موضوعه عن مرتبه الضعف إلى مرتبه الشده) لأن الالتزام به يستلزم تعلق الأمر بالوفاء بما هو غير وفاء، بداهه انه لا يعقل ان يكون الأمر الإجارى بمنزله صل، بل هو بمنزله صل عن قصد القربه فيكون توصليا دائما.

و يدل على ما اخترناه من صحه تعلق الإجاره بالعباده أمور:

الأول: ان الموجر كما عرفت إنما يملك الأجره بعقد الإجاره من غير ان يتوقف ذلك على إيجاد العمل المستأجر عليه فى الخارج، و إنما اشتغلت ذمه الأجير بإيجاد متعلق الإجاره و لو كان الغرض فى الإتيان بالعمل المستأجر عليه هو تملك الأجره فقط لكان إيجاد العمل لأجل ذلك تحصيل للحاصل.

و عليه فالداعى إلى الإتيان بما اشتغلت به ذمه الأجير من العباده ليس إلا أمر المولى و الخوف الإلهى، دون تملك الأجره. و لا يفرق فى ذلك بين مراقبه المستأجر على الأجير



للإتيان بالعمل و عمل مراقبته عليه،فان شأن العبادات ليس شأن الأفعال الخارجيه المحضه كالبخازه و البنايه و النجاره و نحوها لكي يكون حضور المستأجر دخيلا- في تحقق العمل و إتقانه،بل العبادات مشروطه بالنيه،و هي أمر قلبي لا يطلع عليها في أفق النفس إلا علام الغيوب،أو من ارتضاه لغيبه.

الثاني:انه لا شبهه في صحه تعلق النذر أو العهد أو اليمين بالنوافل،و صيرورتها لازمه بذلك،كما لا شبهه في صحه اشتراطها في العقود اللازمه و كونها واجبه بذلك،و لم يستشكل أحد في كون هذه الأوامر الطاريه عليها منافيه للإخلاص المعبر فيها،و واضح انه لا فارق بين ذلك و بين ما نحن فيه.

الرابع:قد ورد في الاخبار المستفيضه،بل المتواتره الترغيب الى العبادات بذكر فوائدها و ثواباتها،و الترهيب عن تركها بذكر مستبعاتها من الهلكه و العقوبه،و يتجلى لك من هذه الاخبار انه لا بأس بامثال العبادات الجلب المنافع المترتبه على فعلها و دفع المضرات المترتبه على تركها،و لا فرق في هذه الجبهه بين المقام و بينها.

و من هذا القبيل ما وردت في الشريعه المقدسه عبادات من الأدعيه و النوافل لشتى الأغراض الدنيويه،كسعه الرزق،و قضاء الحوائج،و أداء الدين،و ارتزاق الولد، و دفع الشرور،و علاج المصاب.و غيرها من الجهات الدنيويه،و لم يتوهم احد منافاتها للإخلاص،مع انها من المنافع الدنيويه.و الظاهر انه لا فارق بينها و بين المقام.

و قد أشكل عليه المصنف(ره)بأنه(فرق بين الغرض الدنيوى المطلوب من الخالق الذى يتقرب اليه بالعمل،و بين الغرض الحاصل من غيره،و هو استحقاق الأجره،فإن طلب الحاجه من الله سبحانه و لو كانت دنيويه محبوب عند الله،فلا يقدر في العباده، بل ربما يؤكدها).و قد سجل هذا الإشكال غير واحد من الأعاضم كصاحب البلغه و غيره.

و فيه ان غرض المكلف من الإتيان بالصلاه مثلا قد يكون سعه الرزق و غيرها بحيث لا يتوسط التقرب في البين أصلا،فلا شبهه في بطلان هذا النحو من العباده من غير فرق بين ما نحن فيه،و بين العبادات ذات النتائج الدنيويه كصلاه جعفر«ع»و غيرها.و قد تكون غايه المكلف غايه من العباده و التقرب من الله بحيث يكون طالبا لها بعبادته و تقربه من المولى،فهذا لا ينافى العباديه،و ما نحن فيه من هذا القبيل،و عليه فلا فارق بين المقامين.

و قد يتوهم أن قصد التقرب إنما يتمشى في خصوص الإجاره،لأنك قد عرفت أن الأجره فيها تملك بمجرد العقد،و أن امثال العبادات المستأجر عليها يستند إلى أمر المولى

إلا- أن ذلك لا- يجرى فى الجعالة، إذ العامل فىها لا يستحق الجعل، و لا يملكه إلا بإتمام العمل فىستند امتثال العبادة إلى داعى  
تحصیل الجعل و هو مناف للإخلاص فىها.

و جوابه يظهر مما تقدم، فان تحصیل الجعل و إن كان داعيا الى الامتثال، و لكن الداعى إلى الإتيان بالعبادة على وجهها الصحيح  
هو أمر الشارح، و الخوف الإلهى، إذ لو لا ذلك فان العامل يمكنه أن يأتى بالعمل خاليا عن بعض الشرائط التى لا يطلع عليها غير  
علام الغيوب، و يخيل الى الجاعل انه امتثله على وجه صحيح.

و على الجملة لا- نعرف وجهها صحيحا لبطلان العبادات التى تنتهى بالآخره إلى استحقاق الأجره، و لا- نرى فىها جهه مخالفه  
للإخلاص و التقرب.

### ان صفة الوجوب لا تنافى الإجاره

قد انقسم الواجب إلى تخيرى، و كفائى، و عینى، فإن وقع احد القسمين الأولين موضوعا للإجاره أو الجعالة، و كان مصب الإجاره  
أو الجعالة هو مصب الوجوب كان المقام من صغريات أخذ الأجره على الواجب، و سيتضح لكم حكمه، و إن كان مصب الإجاره  
أو الجعالة هو خصوص الفرد بحيث يعين فرد من أفراد التخيرى أو شخص من أشخاص المكلفين للامتثال فإنه لا- شبهه فى  
جواز أخذ الأجره و الجعل عليه، بل هو خارج عن موضوع أخذ الأجره على الواجب.

و الوجه فى ذلك أن ما تعلق به الوجوب فى الواجبين التخيرى و الكفائى إنما هو الجامع أعنى عنوان أحد الأفراد فى الأول، و  
عنوان أحد المكلفين فى الثانى، و من الواضح أن إيقاع الإجاره أو الجعالة على الإتيان بفرد خاص، أو على مباشره شخص معين، و  
أخذ الأجره أو الجعل على تلك الخصوصيه ليس من قبيل أخذ الأجره على الواجب، فان ما أخذت عليه الأجره ليس بواجب، و  
ما هو واجب لم تؤخذ عليه الأجره.

و بما ذكرناه يظهر الحال فيما إذا انحصر الواجب الكفائى فى شخص أو الواجب التخيرى فى نوع، فإنهما و إن تعينا فى ذلك  
النوع، أو على ذلك الشخص حينئذ، و لكن الواجب على المكلف هو طبيعى الدفن مثلا- فى الكفائى و طبيعى العتق مثلا- فى  
التخيرى بحيث له أن يدفن الميت فى أى مكان يريد، و له أن يعتق أى فرد من أفراد الرقاب، فإذا وقعت الإجاره أو الجعالة على  
تعيين فرد خاص منهما صح ذلك، و لم يكن أخذ الأجره عليه من قبيل أخذ الأجره على الواجب.

ثم إنه لا فارق فيما ذكرناه بين كونهما تعبديين، وكونهما توصليين، وقد اتضح من ذلك كله أنه لا جدوى لتطويل الكلام في تحقيق الواجبين التخييري والكفائي، كما فعله بعض مشايخنا المحققين وغيره.

وقد يقال: إن الخصوصية الفردية وإن لم تكن واجبه بالأصله على الفرض، إلا أنها واجبه بوجوب تبعي مقدمي، فيكون أخذ الأجره عليها من قبيل أخذ الأجره على الواجب وفيه أنا قد حققنا في علم الأصول أن وجوب المقدمه إنما هو وجوب عقلي، فلا يقاس بالوجوب الشرعي، ويضاف الى ذلك أن مقدميه الفرد للكللي ليست من المقدميه المصطلحه كما هو واضح.

و أما الواجب العيني فإن كان مصب الإجاره أو الجعالمه فيه الخصوصيه الفرديه صح ذلك بلا- شبهه، وقد تقدم نظيره في الواجبين: التخييري والكفائي، وإن كان مصبهما مصب الوجوب فقد علمت اختلاف فقهائنا و فقهاء العامه في حكم أخذ الأجره على الواجب فمقتضى القاعده هو الجواز مطلقا، للعمومات الداله على صحه العقود و المعاملات.

و لكن أشكل عليه بوجوه:

الأول: أن عمل الحرفي حد ذاته ليس بمال، وإنما يقابل بالمال لاحترام عمل المسلم و مع الوجوب يسقط عن الاحترام.

و لكنك قد عرفت في أول الكتاب: أن أعمال كل شخص مملوكه له ملكيه ذاتيه تكوينيه، و له واجديه له فوق مرتبه الواجديه الاعتباريه، و دون مرتبه الواجديه الحقيقيه لمكون الموجودات، و عليه فدعوى أن عمل الحر ليس بملك دعوى جزافيه، و لا شبهه أن هذه الأعمال المضافه إلى الحر موضع لرغبات العقلاء و منافساتهم، فتكون أموال في نفسها، و تجوز مقابلتها بالمال، و مع الإغضاء عن ذلك فإنها تكون أموال بمجرد وقوع المعامله عليها، و شأنها ح شأن الكللي، إذ الكللي قبل إضافته إلى شخص خاص لا- يتصف بالمملوكيه و الماليه كليهما، و إذا أضيف اليه و لو حين قوله بعثك منا من الحنطه مثلا- أنصف الكللي بالماليه و الملكيه، و من هنا يجوز بيع الكللي في الذمه، و يحكم بضمان عمل الحر إذا فوته أحد بعد أن ملكه الغير بالإجاره و غيرها.

الثاني: ما ذكره المصنف من أن عمل الحر و إن كان مالا- و لكن الإنسان إذا تكلف بذلك العمل من قبل الشارع فقد زال احترامه، لأنه عامله مقهور على إيجاده، فيكون أخذ الأجره عليه أكلا للمال بالباطل.

و فيه أولا: أن آيه النهي عن أكل المال بالباطل غريبه عن شرائط العوضين،

و قد تقدم بيان ذلك مرارا عديده.

و ثانيا: أن المقهوريه على الفعل من قبل الشارع و كونه واجبا بأمره لا تنافى المقهوريه عليه من قبل الإجاره أيضا، فيكون لازم الامتثال من ناحيتين، و هذا نظير شرط امتثال الواجب فى ضمن العقد، و تظهر الثمره فيما إذا خالف الأجير عن أمر ربه، و لم يمثل الواجب و لم يمكن إجباره على الامتثال من ناحيه الأمر بالمعروف، فإنه يجوز للمستأجر أن يجبره على الامتثال و لو بمراجعته المحاكم المختصة.

الثالث: ما أفاده شيخنا الأستاذ من أن الإجاره و الجعالة قد اعتبر فيهما أن لا يكون العامل أو الأجير مسلوب الاختيار بإيجاب أو تحريم شرعى، بل لا بد من أن يكون الفعل أو الترك تحت سلطنته و اختياره، و إلا فلا يكون مالا فى نظر العرف.

و لكنك قد عرفت فى البحث عن معنى حرمة البيع: أنه لا- تجوز المعامله على الأفعال المحرمه، كالكذب و الغيبه و الزناء و غيرها، فإن الأدله الداله على حرمتها لا تجتمع مع العمومات الداله على صحه المعاملات و لزومها، فإن مقتضى هذه العمومات نفوذ المعامله الواقعه على الأفعال المحرمه و لزومها، و أدله المحرمات تقتضى المنع عن إيجادها فى الخارج، فهما متناقضان، و مع الإغضاء عن ذلك فهما لا يجتمعان فى نظر العرف.

و هذا المحذور لا يجرى فى الواجبات. فإنه لا تنافى بينهما و بين العمومات المذكوره، كما لا منافاه بينها و بين الأوامر العباديه، و قد أوضحنا ذلك آنفا، و عليه فالتكاليف التحريميه و إن كانت تسلب القدره الشرعيه عن المكلف، و لكن التكاليف الوجوبيه لا تنافيه، بل تساعدها و تضاعفها.

و قد يتوهم أنه لا- فارق فى عدم القدره على التسليم بين تعلق الإجاره بالمحرمات و الواجبات فإن المكلف فى كليهما يكون عاجزا شرعا عن إيجاد متعلق التكليف، إذ القدره لا بد و أن تكون متساويه النسبه إلى الطرفين: الفعل أو الترك.

و فيه أن اعتبار القدره على التسليم إن كان مدركه الإجماع فإنه على فرض تحققه فإن المتيقن منه إمكان وصول العمل المستأجر عليه إلى المستأجر، فلا- يدل على اشتراط كونه تحت اختيار الأخير فعلا و تركا، و إن كان مدركه اقتضاء العقد بداهه و جوب الوفاء بتسليم العمل فقد عرفت أن الوجوب لا ينافيه، بل يتأكد كل منهما بالآخر، و إن كان مدركه النبوى المشهور (نهى النبى عن بيع الغرر).

ففيه أولا: أن الاستدلال به غير تام من حيث السند و الدلاله، و سيأتى بيان ذلك فى البحث عن بيع الغرر.

و ثانياً: أنه لا غرر في المقام، لأن العمل ممكن الوصول إلى المستأجر، ولا دليل على اعتبار قدره على التسليم أزيد من ذلك.

الرابع: ما نسب إلى شيخ المشايخ كاشف الغطاء في شرحه على القواعد من أن التنافي بين صفة الوجوب و أخذ العوض على الواجب ذاتي، لأن العمل الواجب مملوك لله، كالعمل المملوك للغير، فلا يصح أن يكون مورداً للإجاره، لأن تملك المملوك ثانياً غير معقول، و لذا لا يجوز أخذ الأجره على عمل خاص قد وقعت عليه الإجاره قبل ذلك.

و فيه أنا لو سلمنا استحاله توارد الملكين على مملوك واحد فإنما هي في الملكيتين العرضيتين بأن يكون شيء واحد مملوكاً لاثنتين في زمان واحد على نحو الاستقلال. و لا تجرى هذه الاستحاله في الملكيتين الطوليتين: بأن تكون سلطنه أحد الشخصين في طول سلطنه الآخر، فإن هذا لا محذور فيه، بل هو واقع في الشريعة المقدسه، كسلطنه الأولياء و الأوصياء و الوكلاء على التصرف في مال المولى عليهم و الصغار و الموكلين، فإن ملكيه هؤلاء في طول ملكيه الملاك و من هذا القبيل مالكيه العبيد على أموالهم بناء على جواز تملك العبد فان مالكيتهم في طول مالكيه مواليتهم. و كذلك في المقام، فإن مالكيه المستأجر للعمل المستأجر عليه في طول مالكيته تعالى لها، بل مالكيه الملاك لأموالهم في طول مالكيته تعالى لها، فإنه تعالى مالك لجميع الموجودات ملكيه تكوينيه إيجاديه، و هي المعبر عنها في اصطلاح الفلاسفه بالإضافه الإشراقية، و قد سلط الإنسان على سائر الموجودات، و جعله مالكا لها، إما مالكيه ذاتيه كملك الشخص لأعماله و ذمته، و إما مالكيه اعتباريه، كمالكيته لأمواله، و لعل إلى ما ذكرناه يرجع ما أفاده المصنف (ره) من أنه (ليس استحقاق الشارع للفعل و تملكه المنتزع من طلبه من قبيل استحقاق الآدمي و تملكه الذي ينافي تملك الغير و استحقاقه) الخامس: ما نسب إلى الشيخ الكبير أيضاً، و هو أن من لوازم الإجاره أن يملك المستأجر العمل المستأجر عليه، بحيث يكون له الإبراء و الإقاله و التأجيل، لدليل السلطنه و كل ذلك مناف لوجوب العمل المستأجر عليه.

و فيه أنك قد عرفت من مطاوي ما ذكرناه: أن للواجب المستأجر عليه ناحيتين، إحداهما: حيثه وجوبه من قبل الله بأمر مولوى تكليفى. و ثانيتهما حيثه تعلق الأمر الإجارى به، و من المقطوع به أن عدم صحه الإقاله و الإبراء و التأجيل فى الواجب إنما هو من ناحيته الأولى، و لا ينافى ذلك أن تجرى فيه تلك الأمور من ناحيته الثانية.

السادس: ما ذكره شيخنا الأستاذ ثانياً من أن الإجاره أو الجعالة الواقعه على الواجب العيني من المعاملات السفهيه، فتكون باطله من هذه الجهه، فإن من شرائط الإجاره أو الجعالة

ان يكون العمل ممكن للحصول للمستأجر، و في الواجب العيني ليس كذلك.

و لكنك قد عرفت مرارا: انه لا دليل على بطلان معامله السفهيه، فتكون العمومات محكمه، على انه لا شبهه في إمكان الانتفاع بالواجب المستأجر عليه، و إذن فتخرج معامله عن السفهيه، و قد تقدم بيان ذلك في المقدمه التي مهدناها للبحث عن أخذ الأجره على الواجب السابع: ما احتمله بعض مشايخنا المحققين، و نسبه الى أستاذه في مبحث القضاء، و هو أن بذل العوض بإزاء ما تعين فعله على الأجير لغو محض، فلا يكون مشمولاً للعمومات الثامن: ما نسبه الى بعض الاعلام من ان الإيجاب ينبعث عن مصلحه تعود الى المكلف و أخذ الأجره على ما يعود نفعه إليه أكل للمال بالباطل.

و قد ظهر جواز هذين الوجهين من الأجوبه المتقدمه. و قد تجلى مما حققناه أن الإشكالات المذكوره لا ترجع الى معنى محصل تركن اليه النفس. و العجب من هؤلاء الاعلام، فإنهم ناقشوا في جواز أخذ الأجره على الواجب، و أضافوا إليه شبهه بعد شبهه و نقدا بعد نقد حتى تكونت منها أمواج متراكمه. و يندعش منها الناقد البصير في نظرتة الاولى!! (فأما الزيد فيذهب جفاء و اما ما ينفع الناس فيمكث في الأرض). و قد ظهر من جميع ما ذكرناه سقوط جميع الأقوال المتقدمه غير ما بنينا عليه من القول بالجواز على وجه الإطلاق. و الله العالم.

قوله 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 و بقى الواجب في ذمته لو بقى وقته، و إلا - عوقب على تركه). أقول: لا يخفى ما في هذه العبارة من القلق و الاضطراب، و حاصل مرامه: ان الإتيان بالواجب المستأجر عليه قد يترتب عليه امتثال أمر المولى و استحقاق الأجره كلاهما، كما إذا استأجر أحدا لتطهير المسجد فطهره بقصد امتثال أمر المولى، فإنه ح يستحق الأجره، و يعد ممثلاً، و كذلك الحال في الواجبات التعبيديه على مسلكنا، إذ قد عرفت ان أخذ الأجره عليها لا ينافى جهه عباديتها و قد يكون الإتيان بالواجب المستأجر عليه موجبا لاستحقاق الأجره و سقوط الوجوب بغير امتثال، كتطهير المسجد و إنقاذ الغريق و الجهاد و غيرها من الواجبات التوصليه فإن الأجير حين ما يأتي بها بغير داعي الأمر يستحق الأجره. و لا يكون عمله هذا امتثاله للواجب على الفرض، نعم يسقط عنه الواجب، لفرض كونه توصليا، كما انه يسقط عن بقيه المكلفين إذا كان الواجب كفائياً.

و قد يكون الإتيان بذلك العمل موجبا لاستحقاق الأجره و سقوط الوجوب لا من

جبه الإتيان بالواجب، بل لارتفاع موضوع الوجوب، كما إذا أوجب الشارع عملا بعنوان المجانيه فأتى به العبد مع الأجره، وهذا كدفن الميت بناء على أنه واجب على المكلفين مجاناً فلو أتى به لا- مجاناً لم يتحقق الواجب، فلا- يكون مصداقاً للواجب في الخارج، لأن المفروض أنه مقيد بالمجانیه، وقد أتى به مع الأجره، إلا أن الوجوب يسقط عند ذلك، لارتفاع موضوعه، ففي جميع هذه الصور يتحقق سقوط الوجوب، واستحقاق الأجره.

و هناك صوره رابعه لا- يسقط الوجوب بالإتيان بالعمل المستأجر عليه فيها و إن كان الآتى بالعمل مستحقاً لأخذ الأجره على عمله، لكونه محترماً، وهذا كالعبادات الواجبه على المكلفين عيناً، فإنه إذا أتى بها المكلف بإزاء الأجره و قلنا بمنافاتها لقصد القربه و الإخلاص كما عليه المصنف و جمع آخر لم يمثل الواجب و ان كان يستحق الأجره لاحترام عمله، و عليه فان بقى وقت الواجب و جبت عليه الإعادة و إلا عوقب على تركه إذا لم يدل دليل على تداركه بالقضاء.

### حقيقه النياه على العبادات

قد ذكرنا في مبحث التبعدي و التوصلي من علم الأصول أن الأصول اللفظيه و العمليه تقتضى عدم سقوط التكاليف العباديه عن كل مكلف بإتيان غيره بها، فلا بد لكل مكلف أن يمثل تكاليفه العباديه بالمباشره.

و عليه فنيابه الشخص عن غيره في امتثال عباداته مع التقرب و الإخلاص تحتاج الى الدليل و إن ثبت إمكانها في مقام الثبوت، و لا شبهه في وقوع النياه في العبادات الواجبه و المستحبه بضروره الفقه نصاً و فتوى، و لا بأس بالتعرض للبحث عن تصوير إمكانها في ذلك دفعا لما توهمه بعض الأجله من استحاله التقرب من النائب و حصول القرب للمنوب عنه، نظراً الى أن التقرب المعنوي كالتقرب الحسى المكانى لا يقبل النياه.

و قد ذكر غير واحد من الأعلام و جوها في تصوير النياه عن الغير في امتثال وظائفه بقصد التقرب و الإخلاص:

الأول: ما ذكره المصنف و حاصله: أن الأجير يجعل نفسه بدلاً عن الميت في الإتيان بتكاليفه متقرباً بها الى الله تعالى، فالمنوب عنه يتقرب الى الله تعالى بفعل نائبه و تقربه، و لا شبهه أن هذا التنزيل في نفسه مستحب، و إنما يصير واجباً بالإجاره و جوباً توصلياً من غير أن يعتبر فيه قصد القربه في ذاته، بل اعتباره فيه من جهه اعتباره في وظيفه المنوب عنه،

لأن الأجير لا يخرج عن عهده التكليف إلا بالإتيان بالعمل المستأجر عليه بقصد الإخلاص فالأجير يجعل نفسه نائبا عن الغير فى امتثال وظائفه متقربا بها الى الله، وإنما يأخذ الأجره للنيابه فقط دون الإتيان بالعبادات، فان للنائب حين ما يأتى بالعمل فعلى: أحدهما قلبى من أفعال الجوانح، و هو النيابه. و ثانيهما خارجى من أفعال الجوارح، و هو العمل المنوب فيه كالصلاه مثلا، و إذا تعدد الفعل ذاتا و وجودا فإنه لا بأس بتعدد الغايه المترتبه عليهما، و لا تنافى بين أخذ الأجره على النيابه و بين الإتيان بالعبادات متقربا بها الى الله تعالى.

و فيه أن أخذ الأجره إما لتنزيل نفسه منزله الميت و نيابته عنه فى الإتيان بوظائفه، و إما للإتيان بالعمل فى الخارج، فعلى الأول يلزم استحقاق الأجره بمجرد النيابه القلبى، سواء أتى بالعمل فى الخارج أم لا، و هو بديهى البطلان. و على الثانى فيعود المحذور، و هو أخذ الأجره على الأمر العبادى، فإن الموجود فى الخارج ليس إلا نفس العباد.

الثانى: ما ذكره المصنف فى رساله القضاء من أن (النيه مشتمله على قيود منها كون الفعل خالصا لله سبحانه، و منها كونه أداء و قضاء عن نفسه أو عن الغير بأجره أو بغيرها، و كل من هذه القيود غير مناف لقصد الإخلاص، و الأجره فيما نحن فيه إنما وقعت أولا- و بالذات بإزاء المقيد الثانى، أعنى النيابه عن زيد، بمعنى أنه مستأجر على النيابه عن زيد بالإتيان بهذه الفريضه المتقرب بها، و قيد القربه فى محله على حاله، لا تعلق للإجاره إلا من حيث كونه قييدا للفعل المستأجر عليه، نعم لو اشترط فى النيابه عن الغير التقرب زياده على التقرب المشروط فى صحه العباده اتجه منافاه الأجره لذلك، إلا أنه ليس بشرط إجماعا).

و فيه أولا: أن أخذ الأجره فى مقابل العمل المقيد بقصد القربه يستلزم وقوع الأجره بإزاء نفس العمل أيضا، و عليه فيعود المحذور المذكور.

و ثانيا: ما ذكره بعض مشايخنا المحققين من (أن الفعل القلبى و الفعل الخارجى و إن كانا متغايرين ماهيه و وجودا، و لكل منهما غايه خاصه، إلا أنه لا شك فى أنه لو لا الفعل القلبى بما له من الغايه و هى استحقاق الأجره لم يصدر الفعل الخارجى بما له من الغايه، و هى القربه فالإخلاص الطولى غير محفوظ بمجرد تعدد الفعل مع ترتب الفعل الخارجى بغايته على الفعل القلبى بغايته).

الثالث: ما ذكره شيخنا الأستاذ توجيهها لكلام المصنف فى المكاسب. و ملخصه: أنه لا شبهه فى عدم اعتبار المباشره فى فعل المنوب عنه، بل جاز للغير الإتيان بالفعل عنه نيابه، و يجوز التبرع عنه فى ذلك من دون أن يعتبر قصد القربه فى الأمر التبرعى، بل اعتباره فى فعل النائب لأجل اعتباره فى المنوب فيه.



ثم إنه لا ريب في أن هذا الأمر التبرعى يصح واجبا إذا وقعت عليه الإجاره، و ح لا يخرج النائب عن عهده بامثاله بقصد القربه والإخلاص، و واضح أنه لا- تنافى بين اعتبار التقرب فيه، و بين جواز أخذ الأجره للنيابه، فإن الأجره إنما هي بإزاء قصد النائب للنيابه فى عمله عن المنوب عنه، لا على نفس العمل بحيث إذا قصد النائب الإتيان بذات العمل المستأجر عليه للأجره، أو قصد الإتيان به بداعى أمره سبحانه بإزاء الأجره كان عمله باطلا و لكن يرد عليه أولا: ما ذكرناه فى جواب المصنف. و ثانيا: أن الأوامر المتوجهه إلى شخص غريبه عن شخص آخر، و عليه فلا- معنى لسقوطها عن المنوب عنه بامثال النائب كما أنه لا معنى لاعتبار قصد التقرب فى الأمر المتوجه إلى النائب بلحاظ اعتباره فى الأمر المتوجه الى المنوب عنه. و التوجيه المذكور أشبه شىء بدعوى سقوط الأمر بالصوم بامثال الأمر المتعلق بالصلاه، و أشبه شىء أيضا بدعوى اعتبار قصد التقرب فى الأمر بغسل الثوب بلحاظ الأمر العبادى المتعلق بالحج.

و ثالثا: أنا لو سلمنا صحه ذلك، و لكنه إنما يجرى فى النيابه عن الاحياء، فإن الأوامر المتوجهه إلى الأموات فى حياتهم قد انقطعت بالموت. فلا- يبقى هنا أمر لكى يقصد النائب فى امثال العمل المنوب فيه، و يأتى به بقصد التقرب و الإخلاص، و هذا لا ينافى اشتغال ذمه الميت بالعبادات الفائته كما هو واضح.

و رابعا: أنا لو أغمضنا عن ذلك أيضا، و لكنه إنما يتم مع توجه الأمر إلى المنوب عنه مع أنا نرى بالعيان، و نشاهد بالوجدان صحه النيابه عنه حتى فيما لم يتوجه إليه أمر أصلا، كنيابه أشخاص غير محصورين عن الميت أو عن غيره فى جهات مستحبه، كالطواف و نحوه، بداهه انتفاء الأمر ح عن المنوب عنه، فإن توجهه عليه مشروط بالقدره، و واضح أن المنوب عنه لا يقدر على الإتيان بأمر غير محصوره، و كك تجوز النيابه فى الحج عمن لا يقدر عليه، مع أنه لا أمر حينئذ للمنوب عنه أصلا.

و التحقيق أن الأمر الاستحبابى (1) متوجه الى جميع الناس للنيابه فى العباده عن الميت بل الحى فى بعض الموارد، و لا شبهه أن هذا الأمر الاستحبابى المتوجه الى كل أحد أمر عبادى، فيعتبر فيه قصد التقرب و الإخلاص، و قد يكون واجبا إذا تعلق به الإجاره، و قد تقدم بيان ذلك آنفا، و عليه فالنائب عن الغير فى امثال عباداته إنما يتقرب الى الله تعالى بالأمر المتوجه الى نفسه من دون أن يكون له مساس بالأمر العبادى المتوجه الى

ص: ٤٧٥

١- (١) راجع ج ١ ثل باب ١٢ استحباب التطوع بجميع العبادات عن الميت من أبواب القضاء من كتاب الصلاه ص ٥٢٠.

المنوب عنه، بل لا- يعقل أن يقصد النائب تقرب المنوب عنه، ويمثل أمره، أو يتقرب الى الله بأمر المنوب عنه، ويمثله، و على ما ذكرناه فمورد الإجاره هو الواجبات، أو العبادات المنوب فيها، وقد تقدم أن صفه الوجوب أو صفه العباده لا تنافى الإجاره

### جواز أخذ الأجره على المستحبات

قوله و أما المستحب. أقول: العمل المستأجر عليه قد يكون حراما، وقد يكون واجبا، وقد يكون مكروها، وقد يكون مباحا، وقد يكون مستحبا. أما الحرام و الواجب فقد تقدم الكلام عليهما، و أما المكروه و المباح فلم يستشكل أحد فى صحه الإجاره لهما.

و أما المستحب فالمعروف بين الشيعة و السنه [١] هو جواز أخذ الأجره عليه، بل هو مقتضى القاعده الأوليه، إذ لا نرى مانعا عن شمول العمومات الداله على صحه المعاملات لذلك، فقد عرفت آنفا: أن صفه العباديه و كذا صفه الوجوب لا تنافى الإجاره أو الجعاله و كذلك صفه الاستحباب، فإنها لا تنافيهما بطريق الأولويه.

و على هذا فلا- وجه لتطويل الكلام فى تصوير النيباه فى المستحبات، كما لا وجه للفرق فيها بين ما يتوقف ترتب الثواب على قصد التقرب و الإخلاص، كالاتيان بالنوافل و الزيارات و بين ما لا يتوقف ترتب الثواب على ذلك، كبناء المساجد و القناطر و نحوهما.

### من كان أجيرا لغيره فى الطواف

لم يجز له أن يقصده لنفسه

قوله فلو استؤجر لإطافه صبي أو مغمى عليه فلا- يجوز الاحتساب فى طواف نفسه. أقول: قد ذكر الأصحاب هنا وجوها، بل أقوالا: الأول: جواز الاحتساب

مطلقا، وقد استظهره المصنف من الشرائع و القواعد على الإشكال فى الثانى. الثانى: عدم جواز الاحتساب مطلقا حتى فى صورته التبرع، وقد حكاه بعض الأعظم عن بعض الشافعيه الثالث: عدم جواز الاحتساب عن نفسه فيما إذا استؤجر للإطافه بغيره، أو لحمله فى الطواف، وقد نسبة المصنف إلى جماعه منهم الإسكافى. الرابع ما ذكره العلامه فى المختلف من الفرق بين الاستئجار للطواف به، و بين الاستئجار لحمله فى الطواف، فإنه منع عن احتساب ذلك لنفسه فى الأول دون الثانى. و الخامس: ما ذكره فى المسالك من انه إذا كان الحامل متبرعا أو حاملا بجعله أو كان مستأجرا للحمل فى طوافه أمكن ان يحتسب كل منهما طوافه عن نفسه. و أما لو كان مستأجرا للحمل مطلقا لم يحتسب، لأن الحركة المخصوصه قد صارت مستحقه عليه لغيره، فلا يجوز صرفها الى نفسه.

و التحقيق ان المؤجر قد يكون أجيرا عن الغير فى الطواف و نائبا عنه فى إيجاد العمل المعين فى الخارج، و قد يكون أجيرا للإطافه به، و قد يكون أجيرا لحمله فى الطواف.

أما الصوره الأولى فإنه لا- يجوز للأجير ان يقصد الطواف لنفسه حين ما يأتى بالعمل المستأجر عليه، لأن الإجاره تقتضى اختصاص العمل المستأجر عليه بالمستأجر، و لذا لو فوته احد يضمنه له، و الأمر بالطواف المتوجه إلى الأجير يقتضى الإتيان به عن نفسه و عدم إجزائه عن غيره، كما هو مقتضى القاعده فى جميع الأوامر المسوقه لبيان الأحكام التكليفية.

و بعبارة اخرى ان المستأجر إنما يستحق الحركات المخصوصه على الأجير، لكونها مملوكه له، فلا يجوز للأجير أن يحتسبها عن نفسه. و لعله الى هذا أشار فى المسالك فى عبارته المتقدمه.

و اما إذا كان أجيرا لحمل غيره فى الطواف أو للإطافه به فهل يجوز له ان يقصد الطواف لنفسه حين ما يحمل المستأجر للطواف أم لا؟ فقد يقال بالثانى، لأن الحركات المخصوصه الصادره من الأجير مملوكه للمستأجر، فلا تقع عن الأجير، نظير الصوره السابقه.

و لكن الظاهر هو الجواز تبعا لجم غفير من الأصحاب، و قد تقدم رأيهم. و الوجه فى ذلك أن ما يستحق به المستأجر على الأجير إنما هو الحمل فقط، و من الواضح أنه حاصل على كل حال، لأن شأن الأجير فى هذه الصوره شأن الدابه التى يركبها العاجز عن المشى للطواف، و عليه فلا تنافى بين كون شخص أجيرا لحمل غيره فى الطواف، و بين أن يقصد الطواف لنفسه فى هذه الحاله.

و الذى يدلنا على ذلك أمران: الأول: أنه إذا لم يتصف الحامل فى هذه الصوره بما

اعتبر في الطائف من الشرائط- كالمشى على القهقري مثلا- لم يضر بطواف المحمول إذا كان واجدا لشرائط الطواف، و من المقطوع به أنه لو كان مصب الإجاره هو الطواف عن الغير بعنوان النياه لما حصل العمل المستأجر عليه في الخارج.

الثاني: أنه ورد في جمله من الاخبار[١] جواز حمل الغير في الطواف مع العجز عنه، فهي بإطلاقها تدل على ما ذكرناه. على أنه لو كان مورد هذه الاخبار غير الإجاره فإنها تدل أيضا على صحه ذلك، لأنها ظاهره في أن حمل غيره في الطواف لا ينافي قصد الحامل الطواف لنفسه، لكون كل منهما بعيدا عن الآخر

### حرمه أخذ الأجره على الأذان

قوله لا يجوز أخذ الأجره على أذان المكلف لصلاه نفسه. أقول: المعروف بين الأصحاب حرمه أخذ الأجره على الأذان، بل في المستند حكى الإجماع عليها، و على هذا النهج بعض فقهاء العامه (١).

و التحقيق أن مقتضى القاعده هو جواز أخذ الأجره على الواجبات و على المستحبات تعبيديه كانت أم توصليه، لكونها من الأعمال المحترمه التي تقابل بالمال، فتكون المعامله عليها مشموله للعمومات، و أن صفه الوجوب أو صفه العباديه أو اقتران العمل العبادى بالدواعى غير القريبه لا- تنافى التقرب و الإخلاص إلا مع الدليل الخارجى، كما تمثل العبادات بداعى الرياء، و قد عرفت ذلك كله آنفا.

ص: ٤٧٨

و من هنا يتجلى لك جواز أخذ الأجره على الأذان و على الإمامه إذا كانا مما يرجع نفع من ذلك الى الغير بحيث يصح لأجله الاستئجار، كالأعلام بدخول الوقت أو الاجتراء به فى الصلاه، و الاقتداء بالإمام.

و لكن قد سمعت فى مقدمه البحث عن أخذ الأجره على الواجب أن مورد الكلام فيما إذا كان العمل المستأجر عليه حاويا لشرائط الاستئجار مع قطع النظر عن كونه واجبا أو مستحبا و عن كونه تعبديا أو توصليا، و عليه فلو منع الشارع عن أخذ الأجره على عمل خاص، و تعلق غرضه بكونه مجانيا فإنه خارج عن حريم البحث، و لا يختص ذلك بالعبادات، و لا بالواجبات و المستحبات، و من الواضح جدا أنه ثبت فى الشريعه المقدسه [١] عن أهل بيت العصمه «ع» حرمة أخذ الأجره على الأذان و على الإمامه.

قوله و على الأشهر كما فى الروضه. أقول: هذا سهو من قلمه الشريف، فإنه ذكر الشهيد (ره) فى الروضه: (و الأجره على الأذان و الإقامه على أشهر القولين).

قوله ثم إن من الواجبات التي يحرم أخذ الأجره عليه عند المشهور تحمل الشهاده بناء على وجوبه. أقول: ذهب المشهور من فقهاءنا و فقهاء العامه إلى وجوب الشهاده تحملا- و أداء كما يظهر لمن يراجع الى كلماتهم فى مواردنا. وهذا هو الظاهر من الكتاب الكريم [١] و من الروايات المذكوره فى أبواب الشهادات، و عليه فأخذ الأجره على الشهاده من صغريات أخذ الأجره على الواجب، و قد عرفت سابقا ذهاب المشهور إلى حرمة أخذها عليه.

و لكن قد علمت فيما تقدم أن مقتضى القاعده هو جواز أخذ الأجره على الواجبات مطلقا ما لم يثبت منع من الخارج، و من المعلوم أنا لم نجد فى أدله وجوب الشهاده ما يمنع عن ذلك.

بل الظاهر من بعض الروايات (١) الواردة فى قوله تعالى: (وَ لَا يَأْبُ الشُّهَدَاءُ إِذَا مَا دُعُوا). أن المنفى فى الآيه هو ان يقول المدعو إلى الشهاده: لا أشهد على الواقعه، و واضح ان هذا لا ينافى جواز أخذ الأجره على الشهاده. نعم لو امتنع المشهود له عن إعطاء الأجره وجب على الشاهد ان يشهد بالواقعه مجانا.

هذا كله إذا كان تحمل الشهاده أو أدائها واجبا عينيا. و اما إذا كان كل منهما واجبا كفاثيا فقد تقدم ان أخذ الأجره على الواجب الكفاثى مع عدم الانحصار خارج عن محل الكلام، فإنه واجب على جميع المكلفين، لا على شخص واحد معين. ثم إنه لا يستفاد من أدله وجوب الشهاده إلا كونها واجبه على نهج بقيه الأحكام التكليفية الكفاثيه أو العينيه من غير ان يستفاد منها كون التحمل أو الأداء حقا للمشهود له.

ثم إنه قد يقال بحرمة أخذ الأجره على مطلق التعليم أو على تعليم القرآن. و لكنه فاسد.

فقد ثبت جواز ذلك فى جملة من الاخبار [٢] و فى بعضها وقع الإزراء على القائلين بالحرمة

و رميهم الى الكذب و عداوه الحق. نعم لا- نضايق من القول بالكراهه، لورود النهى عن ذلك في بعض الأخبار المحمول على الكراهه، و على هذا المنهج المشهور من العامه (1) على أن الروايات الواردة في حرمه كسب المعلم و جوازه ضعيفه السند، فيرجع الى عمومات ما دل على جواز الكسب.

ثم إنه لا يجوز أخذ الأجره على القضاء للروايات الخاصه [١] و أن الظاهر من آيه. النفر (2) الأمره بالتفقه في الدين، و إنذار القوم عند الرجوع إليهم أن الإفتاء أمر مجاني في الشريعه المقدسه. فيحرم أخذ الأجره عليه. و يؤيده قوله تعالى (3): (قُلْ لَا أَسْأَلُكُمْ عَلَيْهِ أَجْرًا إِلَّا الْمَوَدَّةَ فِي الْقُرْبَى) .

ص: ٤٨١

---

١-١) قد تقدمت الإشارة إلى آرائهم في ص ٤٨

٢-٢) سورة التوبه، آيه: ١٢٣.

٣-٣) سورة الشورى، آيه: ٢٢.

قوله بقى الكلام فى شىء إلخ. أقول: حاصل كلامه أن معظم الأصحاب قد صرحوا بجواز الارتزاق من بيت المال لكل من يحرم عليه أخذ الأجره على الإتيان بالواجبات كالقضاء و الإفتاء و تجهيز الميت، أو الإتيان بالمستحبات كالأذان و نحوه. و الوجه فى ذلك أن بيت المال معد لمصالح المسلمين، و هذه الموارد من جملتها، لعود النفع إليهم، فإن أى شخص إذا أتى بأى شىء يرجع الى الجهات الراجعه إلى مصالح المسلمين كالأموال المذكوره و غيرها جاز لولى الأمر أن يدر عليه من بيت المال ما يرفع به حاجته.

و لا- يفرق فى ذلك بين أن يكون المقدر المقرر لهم أقل من أجره المثل أو مساويا لها أو أكثر منها، و لا بين أن يكون تعيين ذلك قبل قيام هؤلاء بالوظائف المقرره عليهم أو بعده، بل يجوز لولى المسلمين أن يقول لأحد منهم: اقض فى البلد، أو أذن و أنا أكفيك مؤنتك من بيت المال، و لا يكون ذلك إجاره و لا جعله.

نعم يشترط فى جواز الارتزاق من بيت المال أن يكون المتصدى للمناصب المذكوره و الوظائف المقرره من ناحيه الشرع محتاجا اليه بحيث لا- يقدر على قوت نفسه و عياله و لو بالتكسب، و إلا فلا يجوز له الارتزاق من بيت المال، فإنه تضييع لحقوق المسلمين.

أقول: لو قلنا بحرمة أخذ الأجره على الواجبات أو المستحبات فإن الأدله الداله على الحرمة مختصه بعنوان الأجره و الجعل فقط، فلا- تشمل بقيه العناوين المنطبقه على المتصددين لتلك الوظائف، كالارتزاق من بيت المال، فإنه معد لمصالح المسلمين، فيجوز صرفه فى أى جهه ترجع إليهم و تمس بهم، بل يجوز لهؤلاء المتصددين للجهات المزبوره أن يمتنعوا عن القيام بها بدون الارتزاق من بيت المال إذا كان العمل من الأمور المستحبه، و عليه فلا وجه لاعتبار الفقر و الاحتياج فى المرتزقه كما ذهب اليه جمع كثير من أعظم الأصحاب.

لا- يقال: إذا صار القضاء و أمثاله من الواجبات العينيه كان شأن ذلك شأن الواجبات العينيه الثابته على ذمم أشخاص المكلفين، كالصلاه و الصوم و الحج و نحوها، و من الواضح جدا أنه لا يجوز الارتزاق من بيت المال بإزائها.

فإنه يقال: إن القضاء و نحوها و ان كانت من الواجبات العينيه فيما إذا انحصر القاضى بشخص واحد، و لكنها مما يقوم به نظام الدين، فتكون من الجهات الراجعه إلى مصالح المسلمين، فقد عرفت: أن مصرف بيت المال إنما هو تلك المصالح، فلا يقاس القضاء و أمثاله



بالواجبات العينيه ابتداء خصوصا إذا أراد القاضى أن ينتقل من بلده الى بلد آخر، بل الأمر كذلك فى جميع الواجبات العينيه إذا توقف على الإتيان بها ترويح الدين و مصلحه المسلمين

## خاتمه تشتمل على مسائل

### الأولى بيع المصحف

#### اشاره

قوله خاتمه تشتمل على مسائل: الأولى- صرح جماعه. أقول: ذهب المشهور من أكابر أصحابنا إلى حرمه بيع المصحف، و ذهب جمع آخر كصاحب الجواهر و غيره الى الجواز. و المراد بالمصحف الأوراق المشتمله على الخطوط، كبقية الكتب، دون الخط فقط، كما اختاره المصنف (ره) تبعا للدروس، فان الخط بما هو خط غير قابل للبيع، لكونه عرضا محضا تابعا لمعرضه، فلا يمكن انفكاكه عنه حتى يبحث فيه بأنه يقابل بالثمن أم لا. و على تقدير كونه من قبيل الجواهر، كالخطوط المخطوطه بالحبر و نحوه، فإنه لا يقبل النقل و الانتقال، و كيف كان فلا وجه للبحث عن جواز بيع الخط الخالى عن الأوراق و عدم جوازه.

نعم شأن الخطوط بالنسبه إلى الأوراق شأن الصور النوعيه العرفيه التى يلزم من انتفائها انتفاء المبيع رأسا كما سيأتى.

و أما حسن الخط و جودته فذلك من قبيل الأوصاف الكماليه، فتوجب زياده فى الثمن و لا يلزم من انتفائها انتفاء المبيع لكى يترتب عليه بطلان البيع، بل يثبت الخيار للمشروط له، إلا- إذا كان الخط بمرتبته من الجوده صار مباينا لسائر الخطوط فى نظر العرف، كخط المير المعروف، و ح فتكون صفه الحسن أيضا من الصور النوعيه العرفيه، و يلزم من انتفائها انتفاء المبيع، فيحكم ببطلان البيع.

و نظير ذلك ما إذا باع فراشا على أنه منسوج بنسج قاسان فبان أنه منسوج بنسج آخر فإن الأول لجوده نساخته يعد فى نظر العرف مباينا للثانى، فيبطل البيع، لان ما جرى عليه العقد غير واقع، و ما هو واقع غير ما جرى عليه العقد. و على الجملة متعلق البحث فى بيع المصحف أما الأوراق المجرده عن الخطوط، أو العكس، أو هما معا، و حيث لا سبيل إلى الأول و الثانى فيتعين الثالث.

ثم إن الروايات الواردة فى بيع المصحف على طائفتين:

الأولى: ما دل [١] على حرمه بيعه، أى الأوراق المقيداه بالخطوط، و تدل هذه الطائفه

علی جواز بیع غلافه و حدیدته و حلّیته. الثانیه ما دل [۱] علی جواز بیعه فتقح المعارضه بینهما.

و قد جمع المصنف بینهما بأن الطائفه المجوزه و ان كانت ظاهره فی جواز البیع، و لكنها

ص: ۴۸۴

لم تتعرض لبيان كلفيته، فلا تعارض ما دل على حرمة بيعه المتضمن للبيان.

و احتمال فى الجواهر حمل الأخبار المجوزه (على إرادته شراء الورق قبل أن يكتب بها على أن يكتبها، فى العقد فى الحقيقه متضمنا لمورد البيع و مورد الإجاره بقرفنه قوله عليه السلام: و ما عملته يدك بكذا، ضروره عدم صلاحية العمل موردا للبيع، فلا بد من تنزله على الإجاره).

و ىرد على الوجهين أن كلا- من النفى و الإثبات فى الروايات الوارده فى بيع المصاحف إنما ورد على مورد واحد، و عليه فلا ترتفع المعارضه بين الطائفتين بشىء من الوجهين، لأنهما من الجمع التبرعى المحض، و لا شاهد لهما من العقل و النقل.

و ىرد على خصوص ما فى الجواهر أنه لا- وجه لجعل العقد الواحد متضمنا لموردى الإجاره و البيع معا تمسكا بروايه عبد الرحمن بن سليمان المذكوره فى الحاشيه، فإنه مضافا الى كونها ضعيفه السند. أنه لا دلالة فىها على مقصود صاحب الجواهر، إذ الظاهر من عمل اليد فى قوله (عليه السلام): (فقل إنما أشتري منك الورق و ما فىه من الأدم و حليته و ما فىه من عمل يدك بكذا و كذا). هو الأثر الحاصل من العمل، لا نفس الفعل، فإنه لا وجه لكون العمل بعد وقوعه متعلقا للإجاره.

و التحقيق أن تحمل الطائفه المانعه من الروايات على الكراهه بدعوى أن الغايه القصوى من النهى عن بيع المصحف إنما هو التأدب و الاحترام لكلام الله عز و جل، فإنه أجل من أن يجعل موردا للبيع، كسائر الكتب و الأمتعه، و أرفع من أن يقابل بثمن بخس دراهم معدوده، إذ الدنيا و ما فىها لا تساوى عند الله جناح بعوضه، فكيف يمكن أن يقع جزء من ذلك ثمنا للقرآن الذى اشتمل على جميع ما فى العالم و ىدور عليه مدار الإسلام!! و من هنا تعارف من قديم الأيام أن المسلمين يعاملون على المصاحف معامله الهدايا، و ىسمون ثمن القرآن هديه، و عليه فىحمل النهى الوارد عن بيعه على الكراهه، لإرشاده الى ما ذكرناه.

و ىدلنا على ذلك قوله (عليه السلام) فى روايه روح بن عبد الرحيم: (أشتري أحب إالى من أن أبيع). و قوله (عليه السلام) فى صحيحه أبى بصير: (أشتريه أحب إالى من أن أبيع). و قد ذكرناهما فى الهامش. فان كون الشراء أحب عند الإمام من البيع ىدل على كراهه البيع و كونه منافيا لعظمه القرآن، و لو كان النهى تكلفيا لم يفرق فىه بين البيع و الشراء.

و لو سلمنا دلالة الروايات المانعه على الحرمة، و لكنها ظاهره فى الحرمة التكلفيه، فلا دلالة فىها على الحرمة الوضعيه: أعنى فساد البيع و عدم نفوذه، لعدم الملازمه بينهما. و قد تقدم ذلك

مرارا. و يضاف الى جميع ما ذكرناه أن الطائفة المانعه كلها ضعيفه السند. و غير منجبره بشيء، فلا يجوز الاستناد إليها.

لا يقال: إن ما دل على جواز بيع الورق أيضا معارض بما دل على عدم جواز بيعه كروايه سماعه المتقدمه فى الحاشيه المصرحه بحرمة بيع الورق الذى فيه القرآن، فإنه يرد عليه مضافا الى ضعف السند فى روايه سماعه أنها صريحه فى المنع عن بيع الورق الذى فيه القرآن، لا الورق المجرد، فلا معارضه بينهما.

ثم إذا قلنا بحرمة بيع المصحف أو بكرهته، للروايات المتقدمه فإنه لا إشعار فيها بأن القرآن لا يملك، و أنه لا يقبل النقل و الانتقال مطلقا، و عليه فمقتضى القاعده أنه كسائر الأموال يجرى عليه حكمها من أنحاء النقل و الانتقال حتى الهبه المعوضه، لوقوع العوض فى مقابل الهبه دون المصحف، إلا البيع فقط.

و يدل على ما ذكرناه جريان السيره القطعيه على معامله المصاحف معامله بقيه الأموال، و تدل على ذلك أيضا الروايات (١) الداله على أن المصحف من الحبوّه ينتقل الى الولد الأ-كبر بموت الوالد، و إذا لم يكن للميت ولد أكبر ينتقل إلى سائر الورثه، فلو لم يكن المصحف مملوكا، أو لم يكن قابلا للانتقال لم تصح الأحكام المذكوره، و يدل على ما ذكرناه أيضا أنه لو أتلّف أحد مصحف غيره، أو أحدث فيه نقضا ضمن ذلك لصاحبه. و من الواضح أنه لو لم يكن مملوكا فإنه لا وجه للحكم بالضمان.

و مما تقدم يظهر ضعف ما قاله المحقق الايروانى: من أن (مورد الأخبار المانعه هو البيع و يمكن جعلها كناية عن مطلق النواقل الاختياريه، بل إشاره الى عدم قبوله للنقل و لو بالأسباب الغير الاختياريه كالإرث).

ثم إنه على القول: بحرمة بيع المصحف، أو بكرهته فلا يجرى ذلك فى مبادله مصحف بمصحف آخر، لانصراف أدله المنع عن هذه الصوره كما ذكره السيد (ره)، لإمكان منعه بإطلاق الأدله، على أنه لا منشأ للانصراف المذكور. بل لما عرفت سابقا من أن المنع عن بيع القرآن إنما هو لعظمته، و أنه يفوت عن الإنسان متاع ثمين بإزاء ثمن بخس، فإذا كانت المبادله بين المصحفين لم يجر ذلك المحذور موضوعا.

ثم إنه لا ملازمه بين بيع المصحف، و بين أخذ الأجره على كتابته، فلا يلزم من حرمة

ص: ٤٨٦

---

١- ١) راجع ج ٢ كا باب ١٢ ما يرث الكبير من الولد دون غيره ص ٢٥٨. و ج ١٣ الوافى باب ١٢١ ما يختص به الكبير ص ١١٤. و ج ٣ نل باب ٣ ما يحبى به الولد الذكر الا كبر من تركه أبيه دون غيره. من أبواب ميراث الأبوين و الأولاد ص ٣٤٣.

الأول أو كراهته حرمة الثاني أو كراهه، بل مقتضى القاعده هو الإباحه. و تدل عليه جملة من الروايات [١].

### معنى حرمة بيع المصحف و شرائه

قوله بقى الكلام فى المراد من حرمة البيع و الشراء. أقول: حاصل كلامه: انه لا شبهه فى أن القرآن يملك و لو بكتابه فى الأوراق المملوكه، و عليه فاما ان تكون النقوش من الأعيان المملوكه أولاً، و على الثانى فلا حاجه الى النهى عن بيع الخط، إذ لم يقع بإزائه جزء من الثمن ليكون ذلك بيعاً، و على الأول فاما ان يبقى الخط فى ملك البائع أو ينتقل إلى المشتري و على الأول فيلزم ان يكون المصحف مشتركاً بين البائع و المشتري، و هو بديهى البطلان، و مخالف للاتفاق. و على الثانى فإن انتقلت هذه النقوش إلى المشتري فى مقابل جزء من الثمن فهو البيع المنهى عنه، و إن انتقلت اليه تبعاً لغيره - كسائر ما يدخل فى المبيع قهراً من الأوصاف التى تتفاوت قيمته بوجودها و عدمها - فهو خلاف مفروض المتبايعين و التحقيق ان نقوش القرآن و خطوطه من قبيل الصور النوعيه العرفيه، و هى مملوكه للمالك الأوراق ملكيه تبعيه، و دخيله فى ماله الورق كبقية الأوصاف التى هى من الصور النوعيه فى نظر العرف، و عليه فمورد الحرمة أو الكراهه هو بيع الورق الذى كتب فيه كلام الله.

و توضيح ذلك انك قد عرفت فى بعض المباحث السابقه و ستعرف إنشاء الله تعالى فى مبحث الشروط ان كفيات الأشياء و ان كانت بحسب الدقه الفلسفيه من مقوله الاعراض و لكنها تختلف فى نظر أهل العرف، فقد يكون نظرهم إلى الأشياء أنفسها بالأصالة و الى أوصافها بالتبع، كالأوصاف التى هى من لوازم الوجود. و قد يكون نظرهم فيها إلى الهيئه بالأصالة و الى الماده بالتبع. لكون الهيئه من الصور النوعيه فى نظرهم، كما فى الكأس و الكوز المصنوعين من الخزف، فإنهما فى نظر العرف نوعان متباينان و إن كانا من ماده واحده، و قد يكون نظرهم الى كليهما كالفراس المنسوج من الصوف، فان الاعتبار فى

نظر أهل العرف بمادته و هيئته، فهو مبين في نظرهم مع العباء المنسوجه من الصوف، و مع الفراش المنسوخ من القطن.

أما القسم الأول فالماليه فيه من ناحيه المواد لخروج أوصافها عن الرغبات، و أما القسم الثاني فالماليه فيه لخصوص الهيئات لكون المادة ملحوظه بالتبع، و أما القسم الثالث فالماليه فيه للهيئه و المادة معا، فان النظر فيه الى كل منهما، و عليه فإذا تخلفت أوصاف المبيع فان كانت من الصور النوعيه بطل البيع، كما إذا باع كوزا فبان كأسا، أو باع فراشا فظهر عباده، و وجه البطلان هو أن الواقع غير مقصود و المقصود غير واقع، و ان كانت من الأوصاف الكماليه فإن كان لوجودها دخل في زياده الثمن ثبت عند تخلفها الخيار، و إلا فلا يترتب عليه شىء، نعم لا يجوز للبائع تغيير الهيئه، لكونه تصرفا في مال الغير بدون إذنه، و هو حرام، إلا إذا كانت الهيئه مبغوضه، كهياكل العباده الباطله.

و إذا عرفت ذلك فنقول: إن النقوش في المصحف سواء كانت من الاعراض الصرفه أم من الجواهر و إن لم تكن مالا، و لا مملوكه بنفسها، و لكنها دخيله في ماليه الأوراق، فإن هذه النقوش في نظر أهل العرف من الصور النوعيه التى يدور عليها مدار التسميه، بحيث لو باع احد مجموع ما بين الدفتين على أنه مصحف فبان أوراقا خاليه عن الخطوط، أو كتاب آخر بطل البيع، لعدم وجود المبيع في نظر العرف، فالمصحف و كتاب المفاتيح مثلا نوعان، و الجواهر و البحار متباينان، و قد ظهر من جميع ما ذكرناه ان مورد الحرمة أو الكراهه في بيع المصحف هو الورق المنقوش الذى يسمى مصحفا، و يؤيد ذلك ما فى روايه سماعه من قوله (عليه السلام): (و إياك ان تشتري الورق و فيه القرآن مكتوب).

ثم إذا قلنا بحرمة بيع المصحف فيمكن توجيه المعاملات الواقعه عليه في الخارج بأحد وجهين، و هما اللذان يمكن استفادتهما من الروايات المانع:

الأول: ان يكون المبيع هو الجلد و الغلاف و الحديد و الحلييه، و لكن يشترط المشتري على البائع فى ضمن العقد ان يملكه الأوراق- التى كتب فيه القرآن- مجانا، و لا يلزم التصريح بذلك الشرط، فإنه بعد البناء على حرمة بيعه فالقرينه القطعيه قائمه على اعتبار ذلك الشرط فى العقد، بداهه ان غرض المشتري ليس هو شراء الأديم و الحديد و الغلاف فقط، و إلا لا اشترى غيرها، بل غرضه تملك المصحف.

الثانى: ان يكون المبيع بالأصله هو الأمور المذكوره، و لكن تنتقل الخطوط إلى المشتري تبعا و قهرا، فتكون مملوكه له ملكيه تبعيه، إذ لا يعقل انفكاك الصوره عن ماده لكى تبقى الهيئه فى ملك البائع و تنتقل الماده إلى المشتري.

لا- يقال: إذا كان المبيع هو الأمور المذكورة لزم القول بصحة بيع المصحف و لزومه على وجه الإطلاق حتى إذا ظهر عيب في النقوش الموجودة في الأوراق.

فإنه يقال: لا بأس بالالتزام بذلك إلا إذا اشترط المشتري على البائع صحة الخطوط، فيثبت للمشتري حينئذ خيار تخلف الشرط.

### حكم بيع أبعاض المصحف

إذا قلنا بحرمة بيع المصحف أو بكرأهته فهل يختص الحكم بمجموع ما بين الدفتين، أو يسرى إلى الأبعاض أيضا؟ ربما قيل بالثاني، لقوله «ع» في روايه سماعه المتقدمه:

(و إياك أن تشتري الورق و فيه القرآن مكتوب فيكون عليك حراما و على من باعه حراما فان هذه الروايه ظاهره في شمول الحكم لأى ورق كتب فيه القرآن، و عليه فيشمل الحكم لكتب التفسير، و لكل كتاب رقم فيه بعض الآيات للاستشهاد و الاستدلال، ككتب الفقه و اللغه و النحو و غيرها، أو ذكرت فيه لمناسبه الأبواب، كبعض كتب الحديث.

و لكن الذى يسهل الخطب أن السيره القطعيه قائمه على جواز بيع الكتب المزبوره و شرائها من غير نكير حتى من المتورعين فى أفعالهم و معاملاتهم. بل لم نر و لم نسمع من متفقه أنه أفتى فيها بكرأهه البيع فضلا عن الفقيه، و إذن فلا بأس بالالتزام بجواز بيع كل كتاب مشتمل على الآيات القرآنيه، كالكتب المزبوره و غيرها، بل قد يقال: إنه إذا جاز بيع كتاب مشتمل على أبعاض القرآن جاز بيع أبعاض القرآن بنفسها، لاتحاد الملا-ك فيهما، بل يجوز بيع مجموع القرآن ح، فان دليل المنع: أعنى به روايه سماعه لم يفرق فيه بين مجموع القرآن و أبعاضه، و حيث قامت السيره القطعيه على جواز البيع فى الأبعاض كان ذلك كاشفا عن جواز بيع المجموع، و يكون ذلك وجه آخر لحمل الأخبار المانعه على الكراهه.

و لكن الذى يعظم الخطب أن السيره دليل لبي فيؤخذ منها بالمقدار المتيقن، فلو تمت الأدله المانعه عن بيع المصحف لم يجز الخروج عنها إلا بمقدار ما قامت عليه السيره: أعنى به الكتب المشتمله على الآيات القرآنيه، و لا يمكن التعدى منها إلى الأبعاض المأخوذه من المصحف فضلا عن التعدى إلى مجموع ما بين الدفتين و الحكم بجواز بيعه

قوله ثم إن المشهور بين العلامة ره و من تأخر عنه عدم جواز بيع المصحف من الكافر على الوجه الذى يجوز بيعه من المسلم. أقول: تحقيق الكلام هنا يقع فى ناحيتين:

الأولى: جواز تملك الكافر للمصحف و عدم جوازه. الثانية: أنه بناء على جواز بيعه من المسلم فهل يجوز بيعه من الكافر أولاً؟ و أما على القول بحرمة بيعه منه فيحرم بيعه من الكافر بالأولوية القطعية.

إما الناحية الأولى فالظاهر هو الجواز للأصل، فان مقتضاه جواز تملك كل شخص لأى شىء إلا ما خرج بالدليل، و من الواضح جداً أنا لم نجد ما يدل على حرمة تملك الكافر للمصحف، بل الظاهر مما ذكرناه آنفا هو جواز ذلك لأى أحد من الناس.

و يلوح ذلك أيضاً من كلام الشيخ (ره) فى فصل ما يغنم و ما لا يغنم من المبسوط، أن ما يوجد فى دار الحرب من المصاحف و الكتب التى ليست بكتب الزندقة و الكفر داخل فى الغنيمه، و يجوز بيعها. إذ مع عدم تملك الكافر للمصاحف فلا وجه لدخولها فى الغنيمه، بل تكون من قبيل مجهول المالك. و أما الوجوه المذكوره لحرمة بيع المصحف من الكافر فلا دلالة فيها على عدم تملكه إياه، كما سيأتى.

و أما الناحية الثانية فقد استدل المصنف على حرمة بيع المصحف من الكافر بوجوه:

الأول: فحوى ما دل على عدم تملك الكافر للمسلم.

و فيه أولاً: أنه لا دليل على ذلك، بل ما دل على وجوب بيعه يدل بالالتزام على تملكه إياه، إذ لا بيع إلا فى ملك، و أيضاً ذكر الفقهاء أنه لو اشترى الكافر أحد عموديه المسلم فإنه ينعق عليه، مع أنه لا عتق إلا فى ملك، و سيأتى تفصيل ذلك فى البحث عن شرائط العوضين.

و ثانياً: لو سلمنا ثبوت الحكم فى العبد المسلم فلا نسلم قياس المصحف عليه، فإنه مضافا الى بطلان القياس فى نفسه، أن فى تملك الكافر للمسلم ذلاً عليه، بخلاف تملكه للمصحف فإنه ربما يزيد فى احترامه، كما إذا جعله فى مكتبه نظيفه للاطلاع على آياته و براهينه، بل قد تترتب على ذلك هدايته إلى الإسلام.

الثانى: النبوى (1) المعروف (الإسلام يعلو و لا يعلى عليه). بدعوى أن تملك الكافر

١ - ١) راجع ج ٣ ثل باب ١ ان الكافر لا يرث المسلم من كتاب الإرث. و رواه فى كنز العمال ج ١ ص ١٧ عن الدارقطنى و البيهقى و الضياء عن عائذ بن عمر.



للمصحف يوجب الاستعلاء على الإسلام، فلا يجوز.

و فيه أولاً: أن النبوى المذكور ضعيف السند. و ثانياً: أنه مجمل فلا يجوز الاستدلال به على المطلوب، إذ يمكن أن يراد به أن الإسلام يغلب على بقيه الأديان فى العالم. و يمكن أن يراد به أن الإسلام أشرف من سائر المذاهب. و يمكن أن يراد به علو حجته و سمو برهانه، لأن حقيقه الإسلام مستنده الى الحجج الواضحه و البراهين اللائحه بحيث يفهمها كل عاقل مميز حتى الصبيان، و يتضح ذلك جلياً لمن يلاحظ الآيات القرآنيه، و كيفيه استدلاله تعالى على المبدء و المعاد و غيرهما ببيان واضح يفهمه أى أحد، بلا احتياج الى مقدمات بعيده بخلاف سائر الأديان، فإنها تبتنى على خيالات واهيه. و توهمات بارده تشبه بأضغاث الأحكام الثالث: أن بيع المصحف من الكافر يوجب هتكه، لعدم مبالاته بهتك حرمت الله.

و فيه أن بين هتك القرآن، و بين بيعه من الكافر عموماً من وجه، فقد لا يوجب بيعه من الكافر هتكاً له، كما إذا اشتراه و جعله فى مكتبه نظيفه، و احترامه فوق ما يحترمه نوع المسلمين. و قد يتحقق الهتك حيث لا يتحقق بيعه من الكافر، كما إذا كان تحت يد مسلم لا يبالي بهتك حرمت الله، فيجعله فى مكان لا يناسبه، و يعامله معامله المجلات و القراطيس الباطله، و قد يجتمعان، كما إذا اشتراه الكافر و نبذه وراء ظهره.

على أن الهتك إنما يترتب على تسليط الكافر على المصحف خارجاً، لا على مجرد بيعه منه، و عليه فإذا و كل مسلماً فى بيعه و شرائه و التصرف فيه و الانتفاع به فإنه لا يترتب عليه الهتك من ناحيه تملك الكافر إياه.

الرابع: أن بيع المصحف من الكافر يستلزم تنجسه، للعلم العادى بمس الكافر إياه بالرطوبه، فيكون حراماً من هذه الجبهه.

و فيه أولاً: أن بيعه منه لا يلزم تنجسه، فإن بينهما عموماً من وجه، كما هو واضح.

و ثانياً: أن ذلك من صغريات الإعانه على الإثم، و قد علمت فى البحث عن بيع العنب ممن يجعله خمراً أنه لا دليل على حرمتها إلا فى موارد خاصه.

و يضاف الى جميع ما ذكرناه أن المستفاد من الوجوه المذكوره هو حرمة البيع تكليفاً، و قد تقدم مراراً أنه لا ملازمه بينها و بين الحرمة الوضعيه.

ثم إن الوجوه المذكوره لو تمت دلالتها على حرمة بيع المصحف من الكافر فإنها تقتضى حرمة بيع الأدعيه و الروايات منه أيضاً، خصوصاً إذا كانت مشتمله على أسماء الله و أسماء الأنبياء و الأئمه.

ثم إن المصنف (ره) ذكر: (أن أبعاض المصحف في حكم الكل إذا كان مستقلا، و أما المتفرقه في تضاعيف غير التفاسير من الكتب للاستشهاد بلفظه أو معناه فلا يبعد عدم اللحق، لعدم تحقق الإهانه و العلو).

و يرد عليه أن لازم ذلك جواز بيع المصحف منه تماما إذا كان جزء من كتاب آخر، و المفروض حرمة.

## الثانيه جوائز السلطان

### جواز أخذ المال منه مع الشك في وجود الحرام في أمواله

قوله الثانيه: جوائز السلطان و عماله، بل مطلق المال المأخوذ منهم مجانا أو عوضا) أقول: إن مورد البحث هنا كل مال أخذ من أى شخص يأكل فريقا من أموال الناس بالظلم و العدوان، و تخصيص الكلام بجوائز السلطان و عماله إنما هو من جهة الغلبه، و عليه فيعم البحث المال المأخوذ منهم بعنوان المعامله، و المال المأخوذ ممن يأخذ أموال الناس بالسرقة و الغصب.

ثم إن المال المأخوذ من الجائر لا- يخلو من أربعه أقسام، لأن الآخذ إما أن لا يعلم- و لو إجمالا- بوجود مال محرم في أموال الجائر أو هو يعلم بذلك، و على الثاني فاما أن لا يعلم بوجود الحرام في خصوص المال المأخوذ، أو هو يعلم بذلك، و على الثاني فاما أن يعلم بوجود الحرام فيه تفصيلا أو إجمالا، فهنا أربع صور:

الصوره الاولى: أن يأخذ المال من الظالم مع الشك في وجود الحرام في أمواله، و لا- شبهه في جواز ذلك، لعموم قاعده اليد المتصيده من الاخبار الكثيره الوارده في موارد عديده، و للروايات الخاصه [١] الوارده في خصوص المقام.

وقد استدلل المصنف(ره)على ذلك مضافا الى الروايات الخاصه بالأصل و الإجماع،أما الإجماع فيحتمل قريبا أن يكون مستنده قاعده اليد،والاخبار الخاصه الوارده فى المقام، فلا يكون إجماعا تعبديا.

و أما الأصل فإن كان المراد به قاعده اليد-و إنما عبر عنها بالأصل للمساهله و المسامحه- فهو متين،لأنها من القواعد المسلمه بين الفقهاء،فحال الجائر فى هذه الصوره حال بقيه الناس فان الاحتمال المذكور موجوده حتى فى أموال العدول من المسلمين،بل يمكن شمول قاعده اليد للكفار أيضا،و إن أراد بالأصل غير قاعده اليد فلا نعلم له وجهها صحيحا.

وقد يقال:إن المراد به أصاله الصحه،فإن القاعده تقتضى حمل فعل المسلم على الصحه، و المفروض أن الجائر من المسلمين،فيعامل معاملة بقيه المسلمين.

و لكن يرد عليه أنه لم يقم دليل لفظى على اعتبار أصاله الصحه،لكى يتمسك بإطلاقه فى كل مورد يشك فيه،و دليلها إنما هو السيره،و هى من الأدله اللبى،فيؤخذ بالمقدار المتيقن منها،و هو نفس العقود و الإيقاعات.مع إحراز أهليه المتصرف للتصرف،و عليه المتيقن منها،و هو نفس العقود و الإيقاعات.مع إحراز أهليه المتصرف للتصرف،و عليه فإذا شك فى أن العقد الفلانى تحقق صحيحا أو فاسدا لخلل فى إيجابه أو قبوله فإنه يحمل على الصحه،و أما إذا شك فيه من جهه أخرى فلا دليل على حمل فعل المسلم على الصحه.

و من هنا لو أشار أحد إلى دار معينه و قال بعتك هذه الدار بكذا فإنه لا يمكن الحكم بصحه هذه المعامله اعتمادا على أصاله الصحه إذا انتفت قاعده اليد،أو إذا قطعنا النظر عنها.

و من هنا أيضا لو شك فى أن البائع أصيل أو فضولى فإنه لا وجه لحمله على الأول بمقتضى أصاله الصحه.

وقد يقال:إن المراد بالأصل هو أصاله الإباحه الثابته بالأدله العقليه و النقليه.و فيه أن أصاله الإباحه إنما تجرى فى الأموال إذا لم تكن مسبوقة ببيد اخرى،كالمباحات الأصلية التى ملكها الجائر بالحيازه.و أما إذا كانت مسبوقة ببيد أخرى فإن أصاله الإباحه محكوم به بأصل آخر،و هو عدم انتقال الأموال المذكوره إلى الجائر من مالكة السابق،فيحرم تناول تلك الأموال من الجائر،إذ ليس هنا أصل موضوعى يثبت مالكيته لما فى يده إلا

قاعده اليد، و المفروض أنها لا تجرى فى المقام.

وقد احتمل المصنف (ره) أنه لا يجوز أخذ الجوائز من الجائر إلا مع العلم باشمال أمواله على مال حلال لكى يحتمل أن يكون المال المأخوذ من المال الحلال، وقد استند فى ذلك الى روايه الحميرى [١].

و يرد عليه أولاً: أن الروايه مرسله فلا يجوز الاستناد إليها. و ثانياً: إنها غريبه عن محل البحث، فان مورد كلامنا هى الصوره الاولى، و هى ما إذا لم يعلم باشمال أموال الجائر على مال محرم. و مفروض الروايه عكس ذلك. فتكون راجعه إلى الصوره الآتية.

و لعل ذلك اشتباه من الناسخ فكتبها فى غير موضعها، و قد وقع نظيره فى كتب الشيخ و الله العالم.

### جواز أخذ المال من الجائر

#### اشاره

مع العلم الإجمالى بوجود الحرام فى أمواله

الصوره الثانيه: أن يعلم الآخذ إجمالاً باشمال أموال السلطان على الحرام، و لكن لا يعلم باشمال الجائزه عليه، فيقع الكلام هنا فى ناحيتين:

الاولى: أن لا تكون الأصول و الأمارات معارضه فى أطراف العلم الإجمالى. و الثانيه:

أن تقع المعارضه بينهما فى ذلك.

أما الناحيه الاولى فذكر المصنف ان التصرف فى المال المأخوذ من السلطان الجائر فى هذه الصوره جائز بأحد شرطين على سبيل مانعه الخلو، الأول: أن تكون الشبهه فى أطراف العلم الإجمالى غير محصوره. و الثانى: أن يكون أحد الأطراف خارجاً عن محل الابتلاء و ان كانت الشبهه محصوره، كما إذا دفع الجائر الى أحد جاريه، و علم المدفوع إليه بأن إحدى الجاريتين مغصوبه إما هذه الجاريه و إما الجاريه الأخرى التى اختص بها الجائر بحيث أصبحت أم ولد له و من خواص نسائه، و من الواضح أن أم ولد الجائر خارجة عن

محل ابتلاء غيره فلا يكون العلم الإجمالي منجزا في أمثال ذلك.

و قد استدل على هذا الرأي في فرائده بوجوده شيء، و أشار هنا الى واحد منها.

و حاصله: أن العلم الإجمالي إنما يوجب التنجيز إذا كان التكليف المتعلق بالواقع فعليا على كل تقدير من غير ان يكون مشروطا بالابتلاء في بعض الأطراف، و إلا فتكون الشبهه بدويه بالنسبه الى ما هو في معرض الابتلاء.

و يرد عليه ما ذكرناه مفصلا في علم الأصول، و حاصله: أن كون الشبهه محصوره أو غير محصوره، أو خروج بعض أطرافها عن محل الابتلاء ليس مناطا في تنجيز العلم الإجمالي، لعدم الدليل عليه من العقل أو النقل، بل الحجر الاساسى في تنجيزه ان يكون ارتكاب كل فرد من أطراف الشبهه مقدورا للمكلف بالقدره العقلية، و إلا فهو لا يوجب التنجيز، لقبح التكليف بأمر غير مقدور للمكلف، و عليه فان كان جميع أطراف الشبهه هنا مقدورا للمكلف كان العلم الإجمالي منجزا للتكليف، و إلا فلا، سواء أ كانت الشبهه محصوره أم غير محصوره، و سواء أ كان بعض الأطراف خارجا عن محل الابتلاء أم لا، و على هذا فلا وجه لتفصيل المصنف في المقام.

و التحقيق أنه لا- مانع من التصرف في هذه الصوره أيضا سواء كان أخذ المال من الجائر مجانا أم مع العوض، و ذلك من جهه الاعتماد على قاعده اليد، فان من المحتمل ان يكون الحرام منطبقا على ما بيد الجائر دون ما أعطاه للغير، و لا فرق فيما ذكرناه بين ما كان المناط في تنجيز العلم الإجمالي نفس العلم أو تعارض الأصول.

و الوجه في ذلك ان جريان قاعده اليد في المال المأخوذ لا مانع عنه. و أمال المال الآخر الباقي تحت يد الجائر فهو غير مشمول للقاعده للعلم بحرمه التصرف فيه على كل من تقديري كونه غصبا و عدمه، و سيجيء بيان ذلك قريبا، و من هنا ظهر انه لو كان للجائر مركوبان، و كان أحدهما غصبا فأباح أحدهما لشخص و أبقى الآخر في يده فإنه جاز للمباح له ان يتصرف في ذلك، و اما لو أباح أحدهما و ملكه الآخر ببيع و نحوه فإنه يحرم عليه التصرف في كليهما.

## ما استدل به على كراهه أخذ المال

من الجائر مع العلم بوجود الحرام فى أمواله و الجواب عنه

قوله ثم إنه صرح جماعه بكراهه الأخذ. أقول: كره جماعه أخذ الجائزه من الجائر مع قيام الحجه على الجواز، و استدلوا عليه بوجوده:

### الأول: انه يحتمل ان يكون المأخوذ منه حراما واقعا، لكن قام الدليل على جواز

تناوله ظاهرا، فيكون مكروها.

و فيه انه لو كان الاحتمال موجبا لكراهه التصرف فى المأخوذ من الجائر لوجب الالتزام بكراهه التصرف فيما أخذ من أى أحد من الناس حتى المتورعين فى أمورهم، لوجود الاحتمال المذكور فى أموالهم، مع انه لم يلتزم بها أحد فى غير جوائز السلطان.

### الوجه الثانى: الاخبار الكثيره الداله على حسن الاحتياط،

(١)

كقوله «ع»: (دع ما يريبك الى ما لا يريبك) و قولهم «ع»: (فمن ترك الشبهات نجا من المحرمات) و كقوله «ع»: (الوقوف عند الشبهه خير من الاقتحام فى الهلكه) و كقول على «ع»: (لكمىل بن زياد: (أخوك دينك فاحتط لدينك بما شئت). و فى الحديث (إن لكل ملك حمى و حمى الله محارمه فمن رتع حول الحمى أو شك ان يقع فيه). و غير ذلك من الروايات.

و فيه انه إن كان المراد بالريب أو الشبهه التى جعلت موضوعا للحكم فى هذه الاخبار الريب فى الحكم الظاهرى- بأن كانت واقعه خاصه مشتبهه فى حكمها الظاهرى- فهو ممنوع فى المقام، لارتفاعه بقاعده اليد التى ثبت اعتبارها فى الشريعه المقدسه، و ان كان المراد به الريب فى الحكم الواقعى فالأموال كلها إلا ما شد و ندور مشتبهه من حيث الحكم الواقعى حتى الأموال المشتبهه فى أيدي عدول المؤمنين، لوجود احتمال الحرمة الواقعيه فى جميع ذلك، و لازم ذلك ان يحكم بكراهه التصرف فى جميع الأموال غير ما أخذ من المباحات الأصلية، و على هذا فطريق التخلص من الكراهه ان يعامل بها معامله مجهول المالك، كما كان ذلك دأب بعض الاعلام من الساده.

نعم يختلف الاحتياط من حيث الشده و الضعف بحسب الموارد، فالاحتياط فى أموال الجائرين أشد من الاحتياط فى أموال بقيه الناس. و على الجملة لا طريق لنا إلى إثبات

(١-١) راجع ج ٣ ئل باب ١٢ وجوب التوقف و الاحتياط من أبواب صفات القاضى ص ٣٨٧-٣٨٩.

الكراهه فى جوائز السلطان، لأنه إن كان المراد بالكراهه الكراهه الشرعيه فالأخبار المذكوره غريبه عنها، وإن كان المراد بها الكراهه الإرشاديه الناشئه من حسن الاحتياط فلا اختصاص لها بالمقام.

### **الوجه الثالث: أن أخذ المال منهم يوجب محبتهم،**

فان القلوب مجبوله على حب من أحسن إليها. وقد نهى فى الاخبار المتواتره عن موادتهم و معاشرتهم، وقد أشرنا إليها فى البحث عن حرمة معونه الظالمين.

وفيه أنه لا شبهه فى ورود النهى -إما تحريماً كما فى جمله من الاخبار أو تنزيهاً كما فى جمله أخرى منها- عن صحبه الظالمين و موادتهم و مجالستهم، و لكن بين ذلك و بين أخذ جوائزهم عموماً من وجه، إذ قد يكون احد محباً للظلمه و أعوانهم من دون ان يأخذ شيئاً منهم، كالذين استحوذ عليهم الشيطان فأنساهم ذكر الله حتى صاروا من أولياء الظلمه و محبيهم، و قد يأخذ أحد جوائزهم و أموالهم، و هو لا- يحبهم، بل ربما أوجب ذلك بغضهم و عدائهم، كما إذا كان أجيراً للظالم و أعطاه أقل من أجره المثل. و دعوى كون الإجاره خارجه عن مورد البحث دعوى جزافيه. فقد عرفت أن مورد البحث أعم من ان يكون الأخذ مجاناً أو مع العوض.

### **الوجه الرابع: قوله «ع» فى روايه الفضل: (و الله لو لا اننى أرى من أزوجه بها من**

عزاب بنى أبى طالب لثلا ينقطع نسله ما قبلتها ابدا).

فان هذه الروايه صريحه فى ان الإمام (عليه السلام) إنما قبل هديه الرشيد ليزوج بها العزاب من آل أبى طالب لثلا ينقطع نسله و لو لا هذه الناحيه المهمه لكان الرد أولى، فتدل على الكراهه ما لم تكن فى الأخذ مصلحه راجحه.

و لكن يرد عليه ان اشمئزاز الإمام (عليه السلام) عن قبول هديه الرشيد ليس من جهه كونها من أموال الظلمه، بل لاستلزامها المنه، فإن من أشق الأحوال ان يغضب احد حق غيره، ثم يهدى اليه هديه بعنوان التفضل و إظهار العظمه.

و الوجه فيما ذكرناه ان ما أعطاه الرشيد للإمام (عليه السلام) لا يخلو إما ان يكون من أمواله الشخصيه، أو من بيت المال، أو من مجهول المالك، أو من معروف المالك، فان كان من الأول فلا شبهه فى جواز أخذه، و هو واضح، و كذلك إن كان من الثانى أو الثالث، فإن ولايه بيت المال و مجهول المالك للإمام (عليه السلام)، و إن كان من الرابع فلا إمام (عليه السلام)،



ان يأخذه و يوصله الى مالكة، و له ان لا يأخذه أصلا. اما ان يأخذه و يزوج به عزاب بنى أبى طالب فذلك غير جائز، اللهم إلا ان يقال: إنه من جهة كون الامام (عليه السلام) أولى بالمؤمنين من أنفسهم، و لكن هذا بعيد عن مراد الامام (عليه السلام) فى الروايه.

### ما استدل به على رفع الكراهه

عن جوائز السلطان و الجواب عنه

قوله ثم إنهم ذكروا ارتفاع الكراهه بأمر: منها إخبار المجيز). أقول: ذكر الفقهاء رضوان الله عليهم موارد لارتفاع الكراهه بناء على ثبوتها فى جوائز الظالمين. منها إخبار الظالم بحليه الجائزه و كونها من أمواله الشخصيه، كأن يقول: هذه الجائزه من تجارتي أو من زراعتي أو نحو ذلك مما يحل للأخذ التصرف فيه.

و يرد عليه أن ارتفاع الكراهه بذلك بناء على ثبوتها و إن كان مشهورا بين الأصحاب، بل مما لا خلاف فيه على ما حكاه المصنف عن ظاهر الرياض تبعا لظاهر الحدائق، إلا أنا لم نجد له مستندا صحيحا، و قد اعترف بذلك صاحب المناهل.

و قد يتوهم أن المستند فى رفع الكراهه هنا ما دل على حجه قول ذى اليد، فيكون إخباره بذلك كسائر الأمارات المعتمده شرعا.

و فيه أن إخباره بحليه ماله لا يزيد على يده، فكما أن إخباره يدل على الملكيه الظاهريه فكذلك يده. و احتمال مخالفه الواقع متحقق فى كليهما، و عليه فحسن الاحتياط يقتضى الاجتناب فى كلا الموردين، و لكنه لا تثبت به الكراهه المصطلحه الناشئه من الحزازه فى الفعل. الثانى: إخراج الخمس، نقل المصنف حكايته عن المنتهى و المحقق الأردبيلي، بل عن ظاهر الرياض عدم الخلاف فيه. و قد استدل على كونه رافعا للكراهه عن الجوائز بوجه الوجه الأول: فتوى النهايه و السرائر باستحباب الخمس فى الجوائز، بدعوى أن أخبار من بلغ تشمل ما كان بلوغه بفتوى الفقيه، بل ذكر المصنف أن فتوى النهايه و السرائر كالروايه و عليه فلا نحتاج الى ذلك التعميم.

و فيه أن استحباب الخمس فيها لا يلازم رفع الكراهه عن التصرف فى البقيه.

الوجه الثانى: ما حكاه المصنف عن المنتهى من أن المال الذى اختلط بالحرام قطعاً يطهر بالتخميس، فما احتمل وجود الحرام فيه يطهر به بالأولويه القطعيه.

و يرد عليه أولا: ما ذكره المصنف من أن إخراج الخمس من المال المختلط بالحرام بمنزله

البدل عن الحرام الواقعي، فيكون ذلك نظير المصالحه في نظر الشارع فيرتفع به أثر الحرام أعني به وجوب الاجتناب. و أما المال الذي يحتمل أن يكون حراما كله و قدرا في ذاته فلا معنى لتطهره بإخراج خمسه، فإنه لو كان المال بمجموعه حراما في الواقع لم يصح أن يكون الخمس بدلا عنه لكي يكون ذلك بمنزله المصالحه في نظر الشارع.

و ثانيا: أن مقتضى القياس هو وجوب الخمس فيما يشك في حرمة و حليته من الأموال لا- استحبابه، فان اتحاد الملاك في الموردين يقتضى اتحاد الحكم فيهما، و عليه فتوهم وجوب الخمس في مورد و استحبابه في مورد آخر مع فرض وحده الملاك فيهما شبيه بالمتناقضين.

و ثالثا: أن هذا الوجه قياس لا يفيد إلا الظن بالواقع، و هو لا يغنى من الحق شيئا.

و رابعا: لو سلمنا جميع ذلك فإنما يدل على طهاره المال بإخراج الخمس، و لا منافاه بين ذلك، و بين كراهه التصرف في الباقي.

الوجه الثالث: الأخبار الداله على وجوب الخمس في مطلق الجوائز، و حيث إن المشهور لم يلتزموا بوجوب الخمس فيها فتحمل تلك الأخبار على الاستحباب.

و فيه أولا: أن اعراض المشهور عن الروايه المعتبره لا يوجب رفع اليد عنها، و عليه فمقتضى العمل بتلك الروايات إنما هو وجوب الخمس في الجائزه، لا استحبابه.

و ثانيا: أن الظاهر من هذه الأخبار إنما هو وجوب الخمس في الهدايا، لكونها من الغنائم و الفوائد و الأرباح التي تحصل للإنسان يوما فيوما. فشانها شأن أرباح المكاسب التي يجب فيها الخمس بعد إخراج المؤنه و مضى السنه، و لازم ذلك أن نقول بوجوب الخمس أو باستحبابه في الجائزه بعنوانها، لا من حيث اندراجها في الأرباح، فلا بد من الالتزام بثبوتها فيها مرتين، و لم يلتزم بذلك فقيه.

على أن إخراج الخمس عن الجوائز لا- يرفع احتمال الحرمة عن الباقي إلا- مع الالتزام بكون التخسيس بمنزله المصالحه في نظر الشارع، و قد عرفت جوابه آنفا.

و يضاف الى ما ذكرناه أنا لم نجد في الروايات ما يدل على وجوب الخمس في الجائزه بعنوانها حتى نحمله على الاستحباب، نعم ذكرت الجائزه و الهديه في بعض الأحاديث [١]

و لكن لا- على نحو الموضوعيه، بل لكونهما من أفراد الغنائم و الفوائد و من الأرباح الحاصله يوما فيوما. و من جميع ما ذكرناه ظهر الجواب عن الموثقه [١] الداله على وجوب الخمس فيما حصل للإنسان من خصوص عمل السلطان.

الوجه الرابع: ما ذكره المصنف من (أن المستفاد مما تقدم- من اعتذار الكاظم (عليه السلام) من قبول الجائزه بتزويج عزاب الطالبين لثلا- ينقطع نسلهم، و من غيره- أن الكراهه ترتفع بكل مصلحه هي أهم في نظر الشارع من الاجتناب عن الشبهه). و قد تقدم أن الوجه في إباطه (عليه السلام) عن قبول هديه الرشيد لزوم المنه، و إلا فلا شبهه في جواز أخذ الإمام عليه السلام إياها.

ثم إننا لو سلمنا كراهه أخذ الجائزه من الجائز فلا- رافع لها إلا معاملتها معامله مجهول المالك، كما هو كك في جميع الأموال التي لم تثبت حليتها بالعلم الوجداني، و قد كان ذلك دأب بعض الأعظم من الساده (ره).

و أما الناحيه الثانيه- و هي ما كانت الأصول معارضه في أطراف الشبهه- فتفصيل الكلام فيها يقع تاره من حيث القواعد، و اخرى من حيث الروايات، أما من حيث القواعد أن الجائز قد يحيز التصرف في شيء معين من أمواله أو يعطيه لأحد مجاناً أو مع العوض، و قد يجيز التصرف في جميع أمواله على نحو العموم الاستيعابي، و قد يجيز التصرف في شيء منها على نحو العموم البدلي.

أما القسم الأول فلا شبهه في انحلال العلم الإجمالي فيه الى شك بدوى و علم تفصيلي، لأن الآخذ يعلم تفصيلاً بحرمه التصرف في بقيه أموال الجائز، إما لكونها مغصوبه، أو لأنه لم يجز التصرف فيها. و أما خصوص ما أخذه من الجائز فيجوز له التصرف فيه استناداً الى يد الجائز التي هي أماره الملكيه، و لا تكون معارضه بيده في الطرف الآخر، لما عرفت

من حرمه التصرف فيه على كل تقدير، ومع الإغضاء عن الاستناد إلى قاعده اليد فلا بد من التفصيل بين الأموال التي كانت مسبوقة بيد أخرى، وبين الأموال التي أخذت من المباحات الأصلية، فإن أصاله عدم الانتقال في الأول حاكمه على أصاله الحل.

و أما القسم الثاني فلا ريب في تنجيز العلم الإجمالي فيه، لتعارض الأصول و تساقطها في أطرافه، و كون التكليف منجزا على كل تقدير. كما إذا كان للجائر عشرون دينارا فأجاز لأحد ان يتصرف في جميعها، و كان المجاز يعلم ان احد هذه الدينارين حرام، فإنه يحرم عليه التصرف في جميعها.

و أما القسم الثالث فقد يتوهم فيه انحلال العلم الإجمالي إلى شك بدوى و علم تفصيلي على التقريب المتقدم في القسم الأول و مثاله إذا أعطى الجائر كيسه لشخص، و قال له: خذ منه دينارا، و كان الآخذ يعلم إجمالا باشمال الكيس على دينار محرم، فإن اختياره دينارا خاصا إنما يعين متعلق إذن الجائر، فكأنه من الأول إنما أذن في التصرف في ذلك الدينار المعين، فيجرى في هذا القسم جميع ما ذكرناه في القسم الأول.

و لكن التحقيق انه لا- فرق في تنجيز العلم الإجمالي بين القسم الثاني و الثالث. و الوجه في ذلك ما فصلناه في علم الأصول. و مجمله ان العلم الإجمالي بالتكليف الثابت بين الأطراف المعينه التي هي بأجمعها في معرض الابتلاء يقتضى الاجتناب عن الجميع، و عليه فالترخيص في ارتكاب ما يختاره المكلف ترخيص في مخالفه الحكم المنجز من غير وجود مؤمن في السبب، و أصاله عدم كون ما يختاره المجاز حراما معارضة بأصاله عدم كون الباقي حراما، و إذن فيجب الاجتناب عن الجميع.

و بعباره اخرى ان المناط في تنجيز العلم الإجمالي إنما هو تعارض الأصول في أطرافه، سواء أ كان المكلف مع ذلك متمكنا من ارتكابها على نحو العموم الشمولى، أو على نحو العموم البدلى: بأن لا- يتمكن من ارتكاب المجموع، كما إذا قال المولى لعبده: يحرم عليك السكنى في الدار المعينه عند طلوع الفجر فاشتبه عليه متعلق التكليف بين دارين فإنه يجب عليه الاجتناب من كلتا الدارين، مع أنه غير متمكن من السكنى فيهما معا عند طلوع الفجر، فان عدم تمكن المكلف من ارتكاب مجموع الأطراف لا يمنع عن تنجيز العلم الإجمالي إذا تمكن من ارتكابها على البدل.

و قد يقال بانحلال العلم الإجمالي أيضا في هذا القسم لوجوه:

الأول: قاعده اليد، و فيه أن قاعده اليد إنما توجب الانحلال إذا أجاز الجائر التصرف في مال معين كما تقدم في القسم الأول، و أما إذا أذن في التصرف في مال غير معين على نحو

العموم البدلى فإن قاعده اليد فى أى فرد اختاره المجاز معارضه لها فى الطرف الآخر، فلا توجب انحلال العلم الإجمالى.

الثانى: قاعده من ادعى شيئا و لم يعارضه أحد فى دعواه يحكم بكون الشئ ملكا له.

و فيه أن القاعده المذكوره و إن وردت فى بعض الأحاديث [١] و لكنها غريبه عن المقام للعلم بوجود الحرام فيما بيد الجائر. على أن الروايه وارده فى قضيه شخصيه، فلا يمكن التعدى منها الى غيرها، للجهل بخصوصياتها.

الثالث: أن حمل فعل المسلم على الصحه يقتضى معامله ما بيد الجائر معامله الملكيه. و فيه مضافا الى ما أوردناه على الوجه الأول. أنه قد يراد من أصاله الصحه حمل فعل المسلم على الصحيح فيما إذا كان ذا وجهين (الحلال و الحرام) و لا شبهه أن حمله على الوجه الحلال لا يوجب ترتب آثاره عليه، كما إذا تكلم المسلم بكلام احتملنا أنه سلام أو سباب، فحمل فعله على الصحه يقتضى أن لا يكون سبابا، و لكن ذلك لا يثبت كونه سلاما فيجب رد جوابه، فإذا حملنا فعل الجائر على الصحه بهذا المعنى لم يفد ذلك شيئا و لم تترتب عليه آثار الصحه من الحكم بملكيه المأخوذ، و جواز التصرف فيه.

و قد يراد بها أصاله الصحه فى العقود، و لا ريب أنها لا تثبت كون العوضين ملكا للمتبايعين، و إنما تثبت بها صحه العقود إذا شك فيها لأمر يرجع الى الصيغه، لعدم الدليل عن أزيد من ذلك، فأصاله الصحه إما أن لا تكون جاريه، أو لا تثبت بها لوازمها.

و أما من حيث الروايات فقد استدل على جواز التصرف فى المأخوذ إذا علم إجمالا باشمال مال الجائر على الحرام بطوائف من الروايات، الأولى: الأخبار (١) الواردة فى باب الربا الداله على وجوب رد الزائد عن رأس المال الى مالكه إذا كان معلوما، و أما إذا كان المالك مجهولا فهو حلال للآخذ.

و قد استدل بها السيد فى حاشيته على جواز التصرف فى الجائزه و لو مع العلم إجمالا باشمالها على الحرام.

ص: ٥٠٢

---

١- (١) راجع ج ٢ نل باب ٥ حكم من أكل الربا بجهاله ثم تاب من أبواب الربا ص ٥٩٨ و ج ١٠ الوافى باب ٥٥ الربا ص ٥٣. و ج ١ كا باب ٥١ من المعيشه ص ٣٦٩.

و فيه أن هذه الأخبار غريبه عما نحن فيه، لأنها راجعه إلى حليه الربا بعد التوبه، و داله على عفو الله عن ذلك تسهيلا للمكلفين و ترغيبا في التوبه. و عليه فالتوبه شرط متأخر لحليه الربا مع الجهل بصاحبه. و قد ورد (1) في تفسير قوله تعالى (2): (فَلَهُ مَا سَلَفَ) ما يدل على العفو عن الربا وضعاً و تكليفاً بعد التوبه. و ح فشان الربا شأن الموارد التي أذن الشارع في التصرف في أموال الناس بدون إذنهم، كأكل طعام الغير في المجاعه، و التصرف في اللقطه بعد التعريف، و في الأراضي المتسعه و الأنهار الكبار، و كالتصرف في الأراضي المنصوبه لإنقاذ الغريق، الي غير ذلك من الموارد.

الطائفة الثانيه: الأخبار (3) الداله على حليه الأشياء ما لم تثبت حرمتها، فإنها تدل بإطلاقها على جواز التصرف فيما أخذ من الظالم ما لم تعلم حرمة تفصيلاً.

و لكن يرد عليها أن العمل بإطلاقها يقتضى الحكم بجواز ارتكاب جميع الشبهات، سواء كانت مقرونه بالعلم الإجمالى أم لا، و سواء كانت الشبهه محصوره أم لا، و من الضروري أن هذا مما لا يمكن الالتزام به، و عليه فلا بد من حمل تلك الأخبار على فرض كون الشبهه بدويه.

و بعبارة اخرى أن تلك الأخبار منصرفه عن موارد العلم الإجمالى إذا كانت في معرض الابتلاء، فإن شمولها لجميع الأطراف يستلزم المخالفه القطعيه، و لأحدهما المعين ترجيح بلا مرجح، و عنوان أحدهما من غير تعيين ليس له مصداق غير الأفراد الخارجيه، و الفرد المردد لا. وجود له حتى في علم الله، على أن القائلين بجواز أخذ الجائزه من الجائر كالشهيدين و المحقق و غيرهم لم يقولوا بجواز المخالفه القطعيه في أطراف العلم الإجمالى.

قوله و قد تقرر حكمه قاعده الاحتياط على ذلك. أقول: العجب من المصنف فإنه قد أسس المباني الأصوليه، و شيد أساس تقديم أدله البراءه على أدله الاحتياط، و مع ذلك التزم هنا بحكمه قاعده الاحتياط على البراءه.

قوله على أن اليد لا تؤثر فيه. أقول: الوجه في ذلك ما تقدم من أن جريان قاعده اليد في بعض الأطراف معارض بجريانها في الطرف الآخر، للعلم بمخالفتها للواقع في أحد الطرفين.

ص: ٥٠٣

(١-١) راجع البابين المتقدمين من الوافي و ثل.

(٢-٢) سورة البقره، آيه: ٢٧٦.

(٣-٣) راجع ج ٣ ثل باب ٣٥ حكم السمن و الجبن و غيرهما من أبواب الأطمعه المحرمه ص ٢٦٢. و ج ٢ التهذيب ص ٣٠٢. و ج ١ البحار ص ١٥٦. و ج ٢ ثل باب ٣١ عدم جواز الإنفاق من الحرام مما يكتب به ص ٥٣٧.

قوله فهو على طرف النقيض مما تقدم عن لك. أقول: الوجه فيه أن القول بعدم وجوب الاحتياط يناقض القول بوجوبه، كما أن القول بخروج جوائز الظالم عن مورد الشبهه المحصوره تخصصا يناقض القول بخروجها عن ذلك تخصيصا.

الطائفة الثالثة: الأخبار الداله على جواز أخذ الجوائز من الجائر سواء كان الأخذ مع العوض أم بدونه، وقد تقدمت (1) جملة من هذه الروايات.

و فيه أن المستدل بهذه الاخبار إما ان يدعى ظهورها في الحليه الواقعيه، أو يدعى ظهورها في الحليه الظاهريه أما الدعوى الاولى فحاصلها ان الشارع قد حكم بأن أخذ المال من الجائر يوجب حليته واقعا نظير تخميس المال المختلط بالحرام بناء على كونه مطهرا للمال المذكور واقعا وهذه الدعوى وإن كانت لا غرابه فيها في نفسها لأن الشارع قد أباح التصرف في مال الغير بدون إذنه إباحه واقعيه في موارد كثيره، كأكل طعام الغير في المجاعه، و التصرف في أرضه لإنجاء الغريق، و أكل الماره من ثمرته، و أكل اللقطه بعد التعريف المقرر في الشريعة، و التصرف في الأراضي المتسعه و الأنهار الكبار، و كالتصرف فيما يؤخذ ممن لا يعتقد الخمس، فإن الأئمه قد جعلوا شيعتهم في حل من ذلك واقعا ليطيب نسلهم و لكن لا يمكن الذهاب الى ذلك في مقام الإثبات إلا فيما دل الدليل عليه كما في الموارد المذكوره. نعم يظهر ذلك من إطلاق جملة من الروايات، كقوله «ع» في روايه أبي ولاد المتقدمه (2): (فلك المهنأ و عليه الوزر) و غير ذلك من الاخبار. و لكن العمل بإطلاقها يقتضى إباحه أخذ الجائزه من الجائر حتى مع العلم التفصيلي باشمالها على الحرام، و لم يتفوه به احد، و عليه فلا بد من رفع اليد عن إطلاقها و حمله على الشبهات البدويه، أو المقرونه بالعلم الإجمالي الذي لا يوجب التنجيز.

و لنا ان نمنع دلاله تلك الروايات على جواز أخذ الجائزه من الجائر مطلقا، فإن السؤال فيها من جهه ما هو مرتكز في أذهان الناس من أن الجائر لا- يبالي بالحرام، و ح فتكون أمواله مشتبهه بالحرام، إذ ليست أموال الجائرين مقطوعه الحرمة ليكون ذلك احتمالا موهونا في حقهم.

و يلوح هذا المعنى من بعض تلك الروايات، كصحيحه أبي ولاد التي تقدمت، بل الظاهر من بعضها تقييد الحكم بصوره الشك فقط، كروايه إسحاق بن عمار [1].

ص: ٥٠٤

١- ١) في البحث عن أخذ المال من الجائر مع الشك في وجود الحرام في أمواله ص ٤٩٢

٢- ٢) في ص ٤٩٢.

و أما الدعوى الثانيه فحاصلها أن المال المأخوذ من الجائر على تقدير كونه حراما فهو باق على حرمة الواقعيه، و لكنه حلال فى الظاهر بترخيص الشارع، كبقية الأحكام الظاهريه.

و يرد على ذلك أن تلك الأخبار لا يمكن شمولها لجميع الأطراف، فإنه ترخيص فى مخالفه حكم الشارع فهو حرام، و لبعضها دون بعض ترجيح بلا مرجح، و إذن فتخرج موارد العلم الإجمالى الذى يوجب التنجيز عن حدود تلك الأخبار تخصصا.

### فيما علم تفصيلا كون الجائزه محرمة

#### إشاره

الصوره الثالثه: و هى ما علم تفصيلا بكون الجائزه محرمة، و قد ظهر حكمها من الصوره السابقه، فلا تحتاج إلى الإعاده، و إنما المهم هو التعرض للأمور التى ذكرها المصنف فى ذيل هذه الصوره.

الأمر الأول: ما هو حكم الجائزه إذا علم الآخذ تفصيلا بأنها مغصوبه؟ أقول: إن علم الآخذ بحرمه الجائزه تاره يكون قبل استقرارها فى يده و اخرى بعده. أما الجبهه الأولى فيحرم عليه أخذها اختيارا بقصد التملك، للعلم بكونها مال الغير، و أنه يحرم التصرف فى مال الغير بدون إذن صاحبه، بل يحرم التصرف حتى مع قصد إرضاء مالكة بعده، فان التصرف فى مال الغير إنما يجوز إذا كان المالك راضيا به حال التصرف. و أما الرضاء المتأخر فلا يؤثر فى مشروعيه التصرف المتقدم، فيكون الآخذ ضامنا للمالك مع التلف، لأن يده يد عدوان. نعم يجوز أخذه لإيصاله إلى مالكة إذا كان معلوما، أو ليطبق عليه حكم مجهول المالك إذا كان المالك مجهولا. هذا كله إذا لم يخش ضررا من الجائر لعدم أخذه، و إلا فلا شبهه فى جوازه، للأخبار (1) الداله على مشروعيه التقيه عند كل ضروره.

ثم إنه هل يجوز أخذ الجائزه عند التقيه مطلقا، أم لا يجوز أخذها إلا بنيه الرد الى مالكةا؟ ذهب المصنف الى الثانى بدعوى أن أخذه بغير نيه الرد تصرف فى مال الغير بدون إذنه. و أما التقيه فلا ريب أنها تتأدى بقصد الرد.

و توضيح مرامه: أن عدم المندوحه و إن لم يعتبر فى التقيه بالنسبه إلى أصل العمل، و لكن لا شبهه فى اعتباره حال العمل، مثلا إذا اقتضت التقيه أن يكفر فى صلاته مع سعه

ص: ٥٠٥



الوقت، و تمكن المكلف من الإتيان بها بغير تكفير في بيت مظلم لا- يراه أحد لصحت صلاته لإطلاق الروايات الداله على مشروعيه التقيه، فإن موضوعها متحقق حين الإتيان بالعمل على وجه التقيه.

و أما إذا كانت له مندوحوه حال العمل، فتمكن من إيقاعه على غير وجه التقيه فلا- شبهه في فساد عمله إذا أوقعه على وجه التقيه، فإذا تمكن المصلى مثلا من السجود على الأرض و على الفراش كليهما فلا ريب في وجوب السجود على الأرض، و عدم كفايه السجود على الفراش، و كذلك إذا تمكن المتوضى من المسح على الرجل و على الخف كليهما، بأن كانت عنده فرقتان من العمامه، فرقه تجوز المسح على الخف، و فرقه لا- تجوزه عليه، فإنه لا ريب في وجوب المسح على الرجل، لوجود المندوحوه. و الوجه في ذلك أنه لا يكون مشمولاً لأخبار التقيه، لعدم تحقق موضوعها إذا وجدت المندوحوه حال العمل.

و أما الإكراه على أخذ الجائزه من الجائز فقد تقدم في البحث عن الإكراه على الولايه من الجائز أن الإكراه لا يتحقق مع وجود المندوحوه، فإذا أكره الجائز شخصا على شرب أحد إنائين: أحدهما خل، و الآخر خمر، فإنه لا يجوز للمكروه (بالفتح) أن يشرب الخمر بتوهم أنه مكروه عليه، إذ الإكراه إنما هو على الجامع، لا على الفرد الخاص. و من هنا ظهر حكم الاضطرار أيضا.

و على هذا فإذا اقتضت التقيه، أو الإكراه و الاضطرار أخذ الجائزه من الجائز مع العلم التفصيلي بكونها مغصوبه جاز أخذها، بل وجب في بعض الأحيان، و لكن التقيه و أمثالها تتأدى بأخذها بنيه الرد الى مالكها، فلا يسوغ أخذها بغير هذه النيه.

ثم إذا أخذت لا بنيه الرد ضمن الآخذ ما أخذه و وجب عليه عند التلف أداء مثلها أو قيمتها لمالكها، لأن يده مشموله لقاعده اليد الحاكمه بضمان ما أخذت.

و أما إذا كان الآخذ بنيه الرد الى المالك فهو لا يخلو عن إحدى ثلاث صور، لأن الآخذ قد يكون عالما بعدم رضاء المالك بأخذ ماله من الجائز، و قد يكون عالما برضاه بذلك و قد يكون شاكا فيه، فعلى الأول لا يجوز أخذ المال من الجائز، فإن دليل سلطنه الناس على أموالهم يقتضى كون زمام المال بيد مالكه، و ليس لغيره أن يعارضه في سلطنته على ماله، مثلا إذا أطلق أحد عنان فرسه ليذهب الى البيداء لغرض عقلائي، و لم يرض برده فإنه لا يجوز لأحد أن يأخذه و يحفظه لمالكه بزعم أنه إحسان إليه، لأنه تصرف في مال الغير بدون إذنه، فهو حرام. و على هذا فلو أخذه أحد وجب عليه أن يرده الى صاحبه، لقاعده ضمان اليد.

و على الثانى لا شبهه فى جواز الأخذ بنيه الرد الى المالك، و لا يكون الأخذ حينئذ منافيا لسلطنته، و يكون المال المأخوذ أمانه مالكيه، لا- شرعيه كما يظهر من المصنف. و الوجه فى ذلك أن أخذ المال من الجائر مع العلم برضاء المالك يكون شأنه شأن الوديعه المأخوذه من نفس المالك.

ثم لا- يخفى أنه ليس لقصد الرد الى المالك و عدمه موضوعيه لعنوانى الإحسان و الظلم، كسائر الموارد التى يكون القصد موضوعا للحكم، و ليس مأخوذا على نحو الطريقيه كما هو واضح.

و على الثالث لا ريب فى جواز الأخذ بنيه الرد الى صاحبه، لكونه عدلا و إحسانا.

و يكون المأخوذ ح أمانه شرعيه عند الأخذ، فلا يضمه مع التلف بغير تفريط، لأنه محسن، و ما عَلَى الْمُحْسِنِينَ مِنْ سَبِيلٍ، و لا يكون المورد مشمولاً لقاعده ضمان اليد، لا من جهه اعتبار التعدى فى مفهوم الأخذ، كما ذهب اليه شيخنا الأستاذ، لكون مفهوم الأخذ أوسع من ذلك، بل من جهه تخصيص القاعده بالروايات الداله على عدم الضمان فى الأمانه، نعم لو أخذه بغير قصد الرد الى المالك فتلف عند الأخذ ضمن للمالك، لأن الأخذ ح تعد على مال الغير، و معارضه لسلطانه، فهو حرام و ضعا و تكليفا.

و قد يقال: بحرمة التصرف فيما أخذ من الجائر مع العلم بكونه مغصوبا، سواء كان الأخذ بنيه الرد الى المالك أم لا، لقوله لا يحل دم امرئ مسلم و لا- ماله إلا- بطيبه نفس منه). و لقوله «ع»: (فلا- يحل لأحد أن يتصرف فى مال غيره بغير إذنه) (1). فان الأخذ تصرف فى مال الغير مع عدم إحراز إذنه فيه، فهو حرام و ظلم، لا عدل و إحسان.

و نظير ذلك ما إذا أراد المالك بيع متاعه من شخص بخمسه دنانير، و أراد غيره بيع ذلك المتاع من شخص آخر بثمانيه دنانير مع عدم رضى المالك فان ذلك لا يجوز بزعم أنه إحسان اليه و هو ضعيف، أما الروايه الأولى فإن الحليه و الحرمة فيها حكمان لموضوع واحد، و سبب الاختلاف إنما هو إذن المالك و عدمه، و من الواضح أن الموضوع المذكور إنما هو منافع المال التى تعود الى المتصرف من الأكل و الشرب و البيع و الهبه و نحوها، فوضع اليد على مال الغير بنيه الرد الى المالك خارج عن حدود الروايه، فإنه ليس من المنافع العائده إلى الأخذ، بل هو من المنافع التى تعود الى المالك، و ليس للأخذ منها إلا العناء و الكلفه.

و أما الروايه الثانيه فإننا نمنع صدق التصرف على مجرد الأخذ بنيه الرد الى المالك، إذ التصرف عباره عن التقلب و التقلب، و لا نسلم صدقه على ذلك، و إذا سلمنا صدقه عليه

ص: ٥٠٧

لغه، فإنه منصرف عنه عرفاً، فيكون المأخوذ أمانه شرعيه عند الآخذ، فتترتب عليه أحكامها الوضعيه و التكليفيه.

و على الجملة إن وضع اليد على مال الغير لحفظه و إيصاله إلى مالكه خارج عن الروايتين موضوعاً و حكماً، و هذا معنى يحكم به الوجدان و أهل العرف، و يؤيده ما فى موثقه أبى بصير (١) من أن (حرمه مال المؤمن كحرمه دمه). نعم إذا منع المالك عن وضع اليد على ماله حتى بقصد الرد اليه كان ذلك حراماً أيضاً. كما أن دق أبواب الناس جائز للسيره القطعيه فإذا منع المالك عنه كان حراماً. و أما قياس المقام ببيع مال الغير بدون إذنه فواضح البطلان و أما الجبهه الثانيه: - و هى ما إذا أخذ المال من الجائر ثم علم بعد ذلك بكونه مغصوباً - فظاهر المصنف و صريح السيد فى حاشيته أن هنا مسألتين، الأولى: هل الآخذ من الجائر بنيه التملك مع الجهل بكون المأخوذ من أموال الغير موجبا للضمان أم لا. الثانيه: إذا حكمنا بالضمان بذلك فهل يبقى هذا الحكم حتى إذا نوى الآخذ حفظ المال و إيصاله إلى مالكه بعد العلم بالحال، أم لا يبقى ذلك الحكم، بل يتغير بتغير العنوان.

أما المسأله الأولى فالظاهر أن القول بالضمان هو المشهور بين الأصحاب، و ظاهر المسالك عدم الضمان مع القبض جاهلاً، قال: (لأنه يد أمانه فيستصحب). إلا أنه لا يفهم وجهاً صحيحاً لهذا الاستصحاب، إذ ليس ذلك مسبقاً بيد الأمانه حتى نستصحبها.

و يمكن توجيه كلامه بأحد وجهين، الأول: أن معنى الضمان عندنا عباره عن انتقال القيمه أو المثل إلى ذمه الضامن، و من الضرورى أن هذا المعنى لا يتحقق إلا بالتلف، و حيث إن يد الآخذ كانت يد أمانه لا توجب الضمان، لكونه جاهلاً بالحال، فإذا شك فى تغير الحكم بعد حصول العلم كان مقتضى القاعده هو الاستصحاب.

و هذا التوجيه بديهي البطلان، و لا يناسب مقام الشهيد، بداهه أن الضمان يتحقق بالاستيلاء على مال الغير بدون سبب شرعى من غير فرق بين العلم و الجهل. و بين كون المستولى كبيراً أو صغيراً، عاقلاً أو مجنوناً، نعم تنتقل العين الى المثل أو القيمه حين التلف و لكن هذا الانتقال أجنبى عن أصل الضمان، و لم يثبت فى المقام كون اليد يد أمانه حتى تستصحب.

الوجه الثانى: أن الشارع قد رخص فى أخذ الجائزه عند الجهل بكونها مغصوبه، فتكون يد الآخذ يد أمانه شرعيه، فإذا شك فى ضمان العين بعد تلفها كان المرجع هو استصحاب يد الأمانه.

ص: ٥٠٨

و لكن يرد عليه أن ترخيص الشارع فى ذلك ترخيص ظاهرى فى ظرف الجهل لا ترخيص واقعى، أما حكم الشارع بالضمان فهو حكم واقعى ثابت فى حالتى العلم و الجهل، و لا منافاه بين الحكمين على ما حققناه فى علم الأصول، و عليه فوضع اليد على مال الغير بنيه التملك يوجب الضمان. فإذا انكشف الواقع فان كانت العين باقيه فلا- بد من ردها الى مالكةا، و إلا- فلا بد من رد مثلها، أو قيمتها اليه. و يدل على ما ذكرناه حكمهم بالضمان فى مسأله تعاقب الأيدى على المال المغصوب مع الجهل بالحال، و لم يقل أحد فيها بعدم الضمان حتى صاحب المسالك (ره) و أما المسأله الثانيه:- و هى أنه إذا كان وضع اليد على المال موجبا للضمان- فهل يرتفع هذا الحكم بنيه الرد الى المالك بعد العلم بالحال أم لا؟ فيه وجهان: الضمان، كما ذهب اليه المصنف (ره). و عدمه، كما ذهب اليه السيد فى حاشيته.

و قد استدلل المصنف (ره) على الضمان بما حاصله: أن أخذ الجائزه من الجائر بنيه التملك و إن كان جائزا بمقتضى الحكم الظاهرى، إلا أنه يوجب الضمان واقعا، لقاعده ضمان اليد، فإذا انكشف الخلاف- و تبدل قصد الآخذ. و بنى على حفظ المال للمالك و رده اليه- شككنا فى ارتفاع الضمان الثابت بقاعده ضمان اليد و عدمه، فنستصحب بقاءه.

و أشكل عليه السيد بأن عله الضمان و إن كانت هى الأخذ العدوانى، إلا- أنها قد زالت بنيه الرد الى المالك فى مسألتنا و أمثالها، لأن اليد قد انقلبت من العدوان و الخيانه إلى الإحسان و الامانه، فيكون المال أمانه شرعيه عند الآخذ، فلا يترتب عليه الضمان عند التلف، لأن قاعده ضمان اليد مخصصه بما دل على عدم الضمان فى الامانه، و بأن الودعى محسن، و ما على الْمُحْسِنِينَ مِنْ سَبِيلٍ، و عليه فلا مجال لاستصحاب الضمان لعدم بقاء موضوعه و التحقيق هو ما ذكره المصنف (ره) من الضمان، و ليس الوجه فيه هو الاستصحاب، لما بنينا عليه من عدم جريانه فى الشبهات الحكميه، بل الوجه فى ذلك أن وضع اليد على مال الغير بقصد التملك عله لحدوث الضمان و بقاءه، سواء تبدلت بعد ذلك بيد الامانه أم لا، لأن ضمان اليد لا يرتفع إلا بحصول غايته، و هى الأداء، فما لم تتحقق الغايه لم يسقط الضمان.

و عليه فكون اليد الفعلية الحادته يد أمانه لا تراحم اليد السابقه المقتضيه للضمان بقاء، فان يد الأمين لا تقتضى الضمان، لا أنها تقتضى عدم الضمان، و من البديهى أن مالا اقتضاء له لا يزاحم ماله الاقتضاء، و مجرد نيه الرد الى المالك لا يرفع الضمان الثابت باليد ابتداء، كما أن الاحكام الثابته على الأشياء بعناوينها الأوليه لا تنافى الأحكام الثابته عليا بعناوينها الثانويه

الأمر الثاني: في رد ما أخذ من الجائر إلى أهله. و تحقيق الكلام هنا يقع في ناحيتين:

الأولى: أن يكون المأخوذ من الجائر معلوم المالك. و الثانيه: أن يكون مجهول المالك.

أما الناحية الأولى فلا- شبهه في وجوب رد المأخوذ منه إلى مالكة المعلوم، لكونه أمانه في يد الآخذ، و قد دلت الآية [١] على وجوب رد الأمانات إلى أهلها، و لا- يفرق في ذلك بين أن يكون علم الآخذ بالحال قبل وقوع المال في يده أو بعده و إنما الكلام في معنى الأداء فهل هو مجرد إعلام المالك بذلك و التخليه بينه و بين ماله، أم حملة اليه و إقباضه منه.

قد يستظهر الثاني من الآية، فإن الظاهر من رد الأمانات إلى أهلها هو الرد الحقيقي، أي حملة إليهم و إقباضها منهم و لكن المرتكز في أذهان عامه أهل العرف، و الظاهر من ملاحظه موارد الأمانات أن المراد بأداء الأمانه إنما هو التخليه بينها و بين صاحبها، كما عليه أكثر الفقهاء.

و يؤيد ما ذكرناه، بل يدل عليه أن المودع إذا طلب من الودعي حمل الوديعة إليه ذمه العقلاء، خصوصا إذا بعد موضع أحدهما عن الآخر، و احتاج النقل إلى المؤنه، بل ربما يستلزم الحمل الحرج و الضرر، و هما منفيان في الشريعة المقدسه. فافهم.

نعم لو نقلها الودعي من بلد الإيداع إلى بلد آخر بغير داعي الحفظ، و بدون إذن المالك و جب عليه ردها إلى بلد الوديعة.

و أما الناحية الثانيه:- أعنى ما إذا كان المالك مجهولا- فيقع الكلام فيها من جهات شتى الوجهه الأولى: هل يجب الفحص عن المالك أم لا؟ قد يقال بعدم الوجوب، كما احتمله المصنف، فيجوز التصديق بمجهول المالك بغير فحص عن مالكة، استنادا إلى إطلاق جملة من الروايات [٢].

## وجوب الفحص عن المالك

وقد يقال بوجوب الفحص لوجهين: الوجه الأول: الاخبار الداله على وجوب الفحص عن المالك، فان مقتضى القاعده تقييد المطلقات بهذه الاخبار.

ص: ٥١١

فمنها ما ورد[١]فى إبداع اللص دراهم أو متاعا عند مسلم، فإنه دل على أن الوديعة بمنزله اللقطة، فيعرفها الودعي حولاً، فإن أصاب صاحبها ردها إليه، وإلا- تصدق بها عنه و منها ما دل[٢]على وجوب الفحص عن الأجير لإيصال حقه إليه. و منها الأخبار (١)الوارده فى وجوب تعريف اللقطة. و منها ما دل[٣]على وجوب الفحص عن رجل كان له على رجل حق ففقده الرجل المديون.

ص: ٥١٢

---

١-١) راجع ج ١٠ الوافى باب ٥١ اللقطة ص ٤٧. و ج ١ كا باب ٤٩ اللقطة ص ٣٦٧ و ج ٣ ثل باب ٢ وجوب تعريف اللقطة من كتابها ص ٣٣٠. و ج ٢ التهذيب ص ١١٦.

و منها روايه يونس بن عبد الرحمن [١]: قال: سئل أبو الحسن الرضا «ع» و أنا حاضر الى أن قال: فقال: رفيق كان لنا بمكة فرحل منها إلى منزله لو رحلنا الى منازلنا فلما أن صرنا فى الطريق أصبنا بعض متاعه معنا فأى شىء نصنع به؟ قال: تحملونه حتى تحملوه إلى الكوفه، قال: لسنا نعرفه و لا- نعرف بلده و لا- نعرف كيف نصنع؟ قال: إذا كان كذا فبعه و تصدق بثمانه، قال له: على من جعلت فداك؟ قال: على أهل الولايه). فإن قوله (عليه السلام): (إذا كان كذا فبعه و تصدق بثمانه) مترتب على اليأس من الوصول الى المالك و يدل مفهومه على عدم جواز التصدق به قبل اليأس. و هذه الروايات و إن كانت خاصه بحسب الموارد، إلا أن الملاك فيها هو عدم إمكان إيصال المال الى مالكة، فيتعدى منها الى مطلق مجهول المالك.

و لكن الظاهر أنها بعيدة عما نحن فيه، أما ما ورد فى قضيه إيداع اللص ففيه أولاً:

أنه ضعيف السند، و دعوى انجباره بعمل المشهور كما فى الجواهر دعوى غير صحيحه، لما حققناه فى علم الأصول، و أشرنا إليه مرارا فيما تقدم من أن الشهره الفتوائية لا تجبر ضعف الروايه. و ثانياً: أنه وارد فى قضيه خاصه، فلا وجه للتعدى منها الى غيرها.

و أما ما ورد فى تعريف اللقطه حوالاً، و التصدق بها بعده فهو مخصوص باللقطه، و لا يعم غيرها. و أما بقيه الروايات فهى وارده فى معلوم المالك الذى يتعذر الوصول اليه، و مورد بحثنا إنما هو مجهول المالك. و على الجملة لا نعرف وجهاً للتعدى عن مورد الروايات الى غيره. و دعوى اتحاد الملاك بين مواردنا و بين مجهول المالك- و هو عدم الوصول الى المالك- دعوى جزافيه، إذ لا طريق لنا الى كشف ذلك.

الوجه الثانى: أن الآيه المتقدمه فى أول المسأله تقتضى وجوب الفحص عن المالك مقدمه للرد الواجب، سواء أ كانت الأمانه مالكيه، كالوديعة و العاريه و نحوهما أم شرعيه، كاللقطه و مجهول المالك، و مال السرقة و الخيانه و الغصب، و المال المأخوذ من الجائر مع العلم بكونه مغصوباً، و لكنه مقيّد بالتمكّن العقلى من الأداء و الفحص، لقبح التكليف بغير المقدور، و عليه فلا يجب الفحص مع عدم التمكّن منه، و المطلقات المتقدمه ظاهره فى وجوب التصدق بمجهول المالك على وجه الإطلاق حتى مع التمكّن من الفحص، و إذن فالنسبه بينهما هى العموم من وجه، فإن الآيه أعم من حيث المورد، لشمولها الأمانات المالكيه و الشرعيه، و أخص



من حيث وجوب الفحص، لا اختصاصها بصوره التمكّن منه، و المطلقات المتقدمه أعم من جهه الفحص، لشمولها صورتى التمكّن من الفحص و عدمه، و أخص من حيث المورد، لا اختصاصها بمجهول المالك، فتقع المعارضه بينهما فى مجهول المالك مع التمكّن من الفحص، فمقتضى الآيه هو وجوب الفحص عن المالك مع التمكّن منه، و مقتضى الروايات هو جواز التصديق به قبل الفحص عنه، سواء تمكّن منه أم لا، و قد حققنا فى مبحث التعادل و الترجيح من علم الأصول أنه إذا تعارض الخبر مع الكتاب معارضه العموم من وجه ترفع اليد عن الخبر، و يؤخذ بعموم الكتاب أو بإطلاقه، و عليه فلا بد من الأخذ بإطلاق الآيه و الحكم بوجوب الفحص مع التمكّن منه، و رفع اليد عن المطلقات الظاهره فى عدم وجوبه. و مع الإغضاء عما ذكرناه، و الحكم بالتساقط يرجع الى ما دل على حرمة التصرف فى مال الغير بدون إذنه.

### لا يجوز إعطاء مجهول المالك لمن يدعيه

إلا بعد الثبوت شرعا

الجهه الثانيه: هل يجوز أو يجب إعطاء مجهول المالك لمن يدعيه بعد الفحص عن مالكة، و اليأس من العلم به استنادا الى ما دل على سماع قول المدعى إذا لم يعارضه أحد فى دعواه، أو لا- يجوز إعطاؤه إلا مع التوصيف إلحاقا له باللقطه، أو يعتبر الثبوت الشرعى، لبطلان الوجهين المتقدمين، فإنه بعد وضع اليد على مال لا يجوز دفعه إلا الى مالكة الواقعى، أو الى مالكة الشرعى، و الوجهان المذكوران لا يفيدان ذلك.

أما الوجه الأول: فيرده أن ترتيب الأثر على دعوى المدعى إذا كانت بلا معارض إنمّا هو فيما لم تثبت يد على المال، أما إذا ثبتت على المال يد فلا تسمع دعوى أحد عليه إلا بالطرق الشرعيه، ضروره أن ذا اليد قد اشتغلت ذمته بالمال بمجرد وضع يده عليه، فلا يخرج من عهده إلا بإيصاله إلى مالكة، أو صرفه فيما قرره الشارع، و على هذا جرت السيره القطعيه.

على أنه لا دليل على هذه القاعده إلا روايه منصور (1) و قد تقدم الاشكال فيها.

و أما الوجه الثانى: فيرده أن التوصيف ليس له موضوعيه لإعطاء اللقطه لمن يدعيها.

بل هو لحصول الاطمئنان بصدق المدعى فى دعواه.

و أما الاكتفاء بالتوصيف أو بالدعوى المجرده و إن لم تقارن بالتوصيف فلا دليل عليه،

ص: ٥١٤

و ح فلا يترتب الأثر على توصيف المدعى إلا بعد حصول الاطمئنان بصدق دعواه.

و أما حمل فعل المسلم على الصحة فغايه ما يفيد أنه لا يعامل المدعى معاملة الكاذب، لا أن تترتب على دعواه آثار الواقع.

و أما الوجه الأخير فهو الموافق للتحقيق، لا اشتغال ذمه ذى اليد بمجرد وضع يده على مال الغير، فلا تبرأ ذمته إلا بإيصاله إلى مالكة الواقعي أو الشرعي، و قد عرفت ذلك كله آنفا

### مقدار الفحص عن المالك و كفيته

الوجه الثالث: في مقدار الفحص عن المالك، و بيان كفيته، أما مقدار الفحص فهل يكفي فيه طبيعي الفحص عن المالك، أم يجب ذلك بمقدار يقطع الواحد أو يطمئن بعدم إمكان الوصول إليه، أو يجب الفحص عنه سنه كامله؟.

أما الوجه الأول فهو و إن كان غير بعيد في نفسه، لكفايه الإتيان بصرف الوجود من طبيعه في امتثال الأمر، و لكنه بعيد عن المتفاهم العرفي و المرتكز الشرعي، على أن الأمر قد ورد بتكرار الطلب عن المالك في روايه ابن وهب المتقدمه (١).

و أما تقدير الفحص بالسنة و بالأقل فلا- موجب له بعد وجود الإطلاقات الوارده في جواز التصديق بمجهول المالك أو وجوبه. على أن تقديره بزمان خاص دون غيره ترجيح بلا مرجح. نعم ورد تحديد التعريف بالنسبه في جمله من روايات اللقطه و في روايه حفص المتقدمه (٢).

إلا- أنها غريبه عن مطلق مجهول المالك، أما روايات اللقطه فهي مختصه بها، فلا يجوز التعدي منها الى غيرها. و أما روايه حفص بن غياث ففيها أولاً: أنها ضعيفه السند، و غير منجبره بشيء كما تقدم.

و ثانياً: أنها وارده في خصوص إيداع اللص، فلا يتعدى إلى غيره. و إن سلمنا عدم اختصاصها بموردها فإنه لا يجوز التعدي عنه إلا الى خصوص إيداع الغاصب، أو الى كل ما يؤخذ منه و لو بغير عنوان الوديعة، و أما التعدي عن موردها الى مطلق مجهول المالك فلا وجه له أصلاً.

ص: ٥١٥

١- ١) ص ٥١٢.

٢- ٢) ص ٥١٢.

قد ذكرنا أنه ورد في جملة من روايات اللقطة وجوب التعريف بها سنه كامله، و قد أفيدت ههنا أمور ثلاثه، الأول: ما ذكره السيد في حاشيته من أن تحديد الفحص بالسنه تحديد للمنتهى، بمعنى أنه لا يجب الفحص أكثر من سنه و إن لم يحصل اليأس من وجدان المالك، و عليه فلو حصل اليأس من الأول، أو في أثناء التعريف لم يجب الفحص.

الوجه الثانى: أن المناط في تعريف اللقطة إنما هو حصول اليأس عن الوصول الى المالك. و أما التحديد بالسنه فمحمول على الغالب، لحصول اليأس عن الوصول الى المالك بعد السنه غالباً.

الوجه الثالث: أن التحديد بالسنه أمر تعبدى، فلا بد من العمل به سواء حصل اليأس عن الظفر بالمالك قبل مضي السنه أم بعده.

أما الأول و الثانى فلا وجه لهما، إذ لا مجوز لرفع اليد عن الروايه الظاهره في اعتبار السنه في تعريف اللقطة. و إذن فيتعين الوجه الثالث، سواء حصل الاطمئنان باليأس عن الظفر بالمالك قبل مضي السنه أم بعده، فإن الاطمئنان حجه عقلائييه فيما إذا لم تقم أماره شرعيه على خلافه. و قد عرفت أن الشارع قد اعتبر السنه في وجوب الفحص عن مالك اللقطة.

ثم إنه قد ذكر في بعض الروايات [١] أن اللقطة يعرف بها ثلاثه أيام، و ظاهره المعارضه مع الروايات الداله على اعتبار السنه، و لكن لا بد من جملة إما على صورته اليأس عن المالك أو على جواز التصديق به مع الالتزام بالمال، و وجوب التعريف به الى سنه، فإذا مضت السنه و لم يجد المالك سقط الضمان عنه. و يمكن أن يقال: إن تعريفها ثلاثه أيام مقدمه للتصديق و وجوب التعريف إلى سنه كامله مقدمه لجواز التملك. على أن ما دل على كفايه ثلاثه أيام في التعريف ضعيف السند.

هل هي على ذى اليد أو على المالك؟

الجهة الرابعه: إذا احتاج الفحص عن المالك الى بذل أجره فهل هي على من وضع يده على مجهول المالك، أو على المالك؟ قال المصنف: (لو احتاج الفحص الى بذل كأجره دلال صائح عليه فالظاهر عدم وجوبه على الواجد، بل يتولاه الحاكم ولايه عن صاحبه، و يخرج عن العين أجره الدلال، ثم يتصدق الباقي إن لم يوجد صاحبه، و يحتمل وجوبه عليه، لمتوقف الواجب عليه).

و تحقيق المسأله أن الاستيلاء على مجهول المالك قد يستند إلى أسباب غير شرعيه: بأن يأخذ أحد أموال الناس بغير سبب شرعى، كالغصب و السرقة و الخيانه و نحوها ثم يندم، و لكن لا يقدر على إيصاله إلى ملاكه. و قد يستند الى وجه شرعى، كأخذ المال من السارق، أو الجائر، أو الصبى الذى لا يعرف له ولى، و كأخذ المال المشرف على التلف، و كاللقطه و نحوها. فإن أخذ المال فى جميع هذه الموارد لحفظه لمالكة و إيصاله إليه جائز من جهه الحسبه.

أما الصوره الاولى فلا- شبهه فى أن مؤنه الفحص على الغاصب، لوجوب رد المغصوب الى مالكة و إن توقف ذلك على بذل الأجره. و دعوى أن إيجاب أجره الفحص على ذى اليد ضرر عليه، و هو منفى فى الشريعه دعوى جزافيه، لأن حديث نفى الضرر إنما ورد فى مقام الامتنان، و من الضرورى أن كون مؤنه الفحص على المالك على خلاف الامتنان فلا يكون مشمولاً للحديث. و حيث إن الغاصب وضع يده على مال الغير بسوء اختياره على سبيل الظلم و العدوان فان الشارع يلزمه رغماً لأنفه برد المغصوب الى مالكة حتى مع الاحتياج الى بذل الأجره. و قد ورد فى بعض الروايات [١] أنه لو غصب أحد حجراً و وضعه فى أساس البناء فإنه يجب عليه رده الى مالكة و إن توقف ذلك على هدم البناء و تضرر الغاصب و من هنا اشتهر أن الغاصب يؤخذ بأشق الأحوال.

و أما الصوره الثانيه- و هي أن يستند الاستيلاء على مجهول المالك الى سبب شرعى- فالظاهر أن مؤنه الفحص على المالك، بمعنى أن الواحد يصرفها من كيسه عن المالك، فإذا

وجده أخذها منه، وإلا فمن المال الذى فى يده. و الوجه فيه أن يده يد أمانه و إحسان و ما عَلَى الْمُحْسِنِينَ مِنْ سَبِيلٍ. على أن كون أجره الفحص على الواجد ضرر عليه، و هو منفى و لا يقاس ذلك بالصورة الأولى، فإن اليد فيها كانت يد عدوان، لا يد أمانه و إحسان كما عرفت.

لا يقال: إن الفحص عن المالك واجب على الواجد، و من الواضح أن إعطاء و الأجره من مقدماته، فتحسب عليه.

فإنه يقال: الفحص واجب على الواجد، و مقدمته طبيعى بذل المال، سواء كان من كيسه، أم من كيس المالك. و إذن فلا يتعين البذل على الواجد إلا بدليل خاص، و هو منفى فى المقام، و عليه فإذا بذل الواجد أجره الفحص من كيسه رجع على المالك مع الإمكان و إلا أخذها من المال الذى هو تحت يده، و إن امتنع الواجد من بذل أجره الفحص رجع الى الحاكم الشرعى، فيعطيها من بيت المال، أو من مجهول المالك.

هذا مع ان دليل المقدميه المذكور لو تم فإنما يتم فيما لو كان الفحص يتوقف دائما على بذل المال، مع أنه ليس كذلك، بل هو أمر قد يكون، و قد لا- يكون، و عليه فإذا توقف الفحص على بذل المال ارتفع وجوبه عن الواجد بدليل نفي الضرر، كسائر التكاليف الضرريه التى ترتفع به.

هذا كله إذا لم تقم قرينه على عدم رضاء المالك بأخذ ماله و حفظه له، و إلا- فلا- يجوز لأحد ان يضع يده عليه، و يحفظه لمالكة، لأن الناس مسلطون على أموالهم.

### مصرف مجهول المالك

الأمر الثالث: ما هو مصرف مجهول المالك؟ فهل يتصدق به، أو يحفظه الواجد ما دام حيا لمالكة، و يوصى به بعد مماته، أو يملكه، أو يعطيه للحاكم الشرعى، أو هو للإمام «ع»؟؟ وجوه: الأول: ان يكون ذلك للإمام، لقوله «ع» فى روايه بن أبى يزيد (1): (و الله ماله صاحب غيرى).

و فيه أولا: أن الروايه ضعيفه السند. و ثانيا: أنها وردت فى قضيه شخصيه، فلا تكون مستندا لكبرى كليه، إذ من المحتمل ان يكون المال فى تلك الواقعة مفقودا من

ص: ٥١٨

---

١- ١) راجع ج ١٠ الوافى باب ٥١ اللقطه ص ٤٨. و ج ٣ ثل باب ٧ جواز الصدقه باللقطه من أبوابها ص ٣٣١. و ج ١ كا باب ٤٩ اللقطه من المعيشه ص ٣٤٧

الإمام نفسه. فيكون حلفه «ع» في محله، لكون المال له واقعا. و أما أمره (عليه السلام) بتقسيم ذلك المال فلعله دفع للتهمة عن نفسه، أو إحسان منه الى الفقراء. و يحتمل أن يكون حلفه على ان المال له، لعلمه بموت مالكه، و أنه لم يترك وارثا غير الامام، و يحتمل ان يكون المال المذكور من صفو دار الحرب الذي هو خاص للإمام (عليه السلام)، و من الواضح انه مع هذه الاحتمالات لا يبقى مجال للاستدلال بهذه الروايه على المقصود.

الوجه الثانى: ان يكون مجهول المالك لمن وضع يده عليه، لقوله (عليه السلام) فى صحيحه على بن مهزيار (1) التى تبين موارد الخمس: (و مثل مال يؤخذ و لا يعرف له صاحب).

و قد استظهر هذا الرأى من الروايه المذكوره المحقق الهمداني، بل ذكر المحقق الايروانى أن (هذه الصحيحه صريحه فى جواز تملك مجهول المالك بعد إخراج الخمس).

و فيه أولا: ان هذه الروايه وارده فى بيان موارد الخمس على نحو القضييه الحقيقيه، فيكون مفادها انه كلما تحقق شىء من تلك الموارد وجب فيه الخمس. و عليه فلا - دلالة فيها على جواز تملك مجهول المالك لكى يتمسك بإطلاقها، نعم لا ننكر دلالتها على وجوب إخراج الخمس فيما جاز فيه تملك المجهول المالك كباب اللقطه. فقد دلت الروايات الكثيره المذكوره فى أبواب اللقطه على ان واجدها مخير بين تملكها، و بين التصديق بها عن مالكةا بعد ان يعرف بها سنه واحده.

و من هذا القبيل ما ورد فى بعض الروايات (2) من انه إذا وجد المشتري مالا - فى بطن حيوان اشتراه من شخص، فإنه يرجع فى ذلك المال إلى البائع، و إذا لم يدعه لنفسه تملكه المشتري، و اعطى خمسه، و كذلك ما ورد فى جمله من الأحاديث (3) من انه إذا وجد مالا فى بطن سمك اشتراه من الصياد فإنه يملكه و يعطى خمسه من غير مراجعه إلى المالك.

و ثانيا: انا إذا لو سلمنا كون الروايه فى مقام البيان من هذه الجبهه أيضا فلا نسلم كونها صريحه فى جواز تملك مجهول المالك بعد إخراج خمسه، و إنما هى مطلقه بالنسبه إليه، فتقيد بالروايات الداله على لزوم التصديق بمجهول المالك.

الوجه الثالث: انه يجوز للواجد ان يعمل فى مجهول المالك، و يخرج صدقه قليلا قليلا

ص: ٥١٩

١- ١) راجع ج ٢ ثل باب ٨ وجوب الخمس فيما يفضل عن مؤنه السنه من كتاب الخمس ص ٤١.  
٢- ٢) راجع ج ٣ ثل باب ٩ من أبواب اللقطه ص ٣٣١. و ج ١٠ الوافى باب ٥١ اللقطه ص ٤٨. و ج ١ كا باب ٤٩ اللقطه من المعيشه ص ٣٤٧.

٣- ٣) راجع ج ٣ ثل باب ١٠ من وجد مالا فى جوف سمكه من اللقطه ص ٣٣٢.

حتى يخرج، و يدل عليه بعض الأحاديث [١].

و فيه انه لا دلالة في هذه الرواية على جريان الحكم المذكور في مجهول المالك، فمن المحتمل ان صاحب المال قد مات، و لم يترك وارثا غير الإمام، فانقل ميراثه اليه، و أنه (عليه السلام) بما هو وارث و مالك أجاز لصاحب الخان ان يتصرف في ذلك المال، و يتصدق به قليلا قليلا حتى يخرج، و احتمال وجود وارث له غير الأب و الأم مدفوع بالأصل.

و جريانه في الشبهات الموضوعية غير محتاج الى فحص، و أما احتمال وجود الأب و الأم فلعله كان مقطوع العدم، لمضى مده لا يحتمل بقاؤهما فيها، و لذا لم يأمر الإمام (عليه السلام) بالفحص عنهما، و يؤيد ما ذكرناه قول السائل في هذه الرواية: (و لم أعرف له ورثه) فإن ظاهر هذه العبارة أنه تفحص عن الوارث، و لم يجده فافهم. و مع الإغضاء عما ذكرناه و تسليم دلالتها على المقصود فالنسبة بينها، و بين الروايات الدالة على التصديق بمجهول المالك هي العمومات المطلق، فلا بد من تقييدها بهذه الروايات.

لا يقال: إن هذه الرواية تنافي رواية الهيثم [٢] صاحب الفندق الدالة على عدم جواز التصرف في مال مات عنه صاحبه.

فإنه يقال: لا - منافاه بينهما، فان الظاهر من هذه الرواية أن صاحب الفندق لم يفحص عن ورثه الميت، و هذا بخلاف الرواية الأولى، فإنك قد عرفت ظهورها في أن السائل تفحص عن الورثة، و لم يصل إليهم، فمورد كل من الخبرين غير مورد الآخر. و الذي يسهل الخطب أن كلتا الروايتين مجهولة.

ص: ٥٢٠

الوجه الرابع: انه يجب حفظ مجهول المالك لمالكه، والإيضاء به عند الوفاء للروايات (1) الواردة في مستأجر فقد أجيره، و لم يقدر على إيصال حقه اليه.

و يرد عليه أولا: أن هذه الروايات إنما وردت في معلوم المالك الذى لا- يمكن الوصول اليه، فلا صلح لها بمجهول المالك. و دعوى أن الملا-ك بين الموردين واحد-و هو تعذر إيصال المال الى مالكه-دعوى جزافيه، فإنه لا- طريق لنا الى كشف هذا الملاك كما عرفت.

و ثانيا: أنها وردت في الحق الكلى الثابت فى الذمه، و هو ليس فى معرض التلف لكى يخاف عليه من بقاءه، و كلامنا فى العين الخارجيه.

و ثالثا: أنها وردت فى قضيه شخصيه، فلا يمكن التعدى عن موردها الى غيرها.

و إذن فلا- دلالة فيها على وجوب حفظ مجهول المالك لصاحبه و لو بالإيضاء به. نعم لا بأس بالالتزام بذلك قبل اليأس عن الوصول الى المالك.

لا يقال: إن التصرف فى مال الغير حرام مطلقا، فيكون الأمر بالتصدق بمجهول المالك قد وقع بعد الحظر، فلا يدل على الوجوب. و عليه فلا مانع من كون الواجد مخيرا بين التصديق به، و بين حفظه لصاحبه و لو بالإيضاء به عند الموت.

فإنه يقال: الميزان فى ورود الأمر مورد توهم الحظر هو ان يتعلق الأمر بعنوان تعلق به النهى، أو كان معرضا له كالصيد الذى نهى عنه فى الإحرام، و أمر به بعد الإحلال و ما نحن فيه ليس كذلك، فإن النهى قد تعلق بالتصرف فى أموال الناس بدون إذنهم، و الأمر قد تعلق بالتصدق بمجهول المالك بعد الفحص و اليأس من الظفر بصاحبه، فلا يرتبط أحد الأمرين بالآخر.

و لئن سلمنا ذلك فى الروايات التى وقع السؤال فيها ابتداء عن الصدقه فهو لا يجرى فى روايه ابن أبى حمزه التى وردت فى قصه الفتى الذى كان من كتاب بنى أميه، فإنها صريحه فى عدم ورود الأمر بالتصدق فى مقام توهم الحظر، إذ الفتى إنما طلب التخلص عما اشتغلت به ذمته من أموال الناس، فأجاب الإمام (عليه السلام) بقوله فاخرج من جميع ما اكتسبت من ديوانهم فمن عرفت منهم ردت عليه ماله و من لم تعرف تصدقت به). و لكن قد عرفت انها ضعيفه السند.

الوجه الخامس: وجوب التصديق بمجهول المالك، و هذا الوجه هو الموافق للتحقيق، و تدل عليه المطلقات المتقدمه، بل الروايات الخاصه الوارده فى موارد عديده التى تقدمت الإشارة إليها آنفا. لأنها و إن وردت فى المال المفقود صاحبه إلا انها تدل على ثبوت

ص: ٥٢١



التصدق بمجهول المالك بالأولويه القطعيه.و لا بد من تقييدها باليأس عن الوصول الى المالك فقد عرفت فيما سبق ان مقتضى الآيه وجوب رد الأمانه إلى أهلها مع التمكن منه.

و أما صورته اليأس عن الظفر بالمالك فلا تكون مشموله للآيه،بل تبقى تحت الروايات المذكوره.

الوجه السادس:وجوب دفعه الى الحاكم،فإنه ولى الغائب،وقد استقره المصنف(ره) و لكن قد عرفت أن الروايات المتقدمه ظاهره فى أن من وضع يده على مجهول المالك ابتداء وجب عليه التصديق به،و إذا تصرف فيه تصرفا آخر و لو بدفعه الى الحاكم ضمنه.و دعوى أن الحاكم ولى الغائب دعوى غير صحيحه،لأن ولايته على الغائب إنما هى من جهه الحسبه، فلا بد من الاقتصار فيها على المورد المتيقن،و هو ما إذا لم يكن له ولى آخر غير الحاكم وقد عرفت أن الروايات المتقدمه قد أثبتت ولايه مجهول المالك لمن وضع يده عليه،فلا تصل النوبه إلى غيره،كما أنه لا تثبت للحاكم ولايه على اليتيم مع وجود الجد له.

لا- يقال:يجب دفع مجهول المالك الى الحاكم من حيث إن مصرفه الفقراء و المساكين، و من الواضح أن الحاكم وليهم.أو من حيث إنه أعرف بموارده من وضع يده عليه.

فإنه يقال:أما الاحتمال الأول فلا دليل عليه خصوصا مع ما عرفت من دلالة الروايات هنا على ثبوت الولاية للواجد.و أما الاحتمال الثانى فإن كان المراد أن الحاكم أعرف بمصرف مجهول المالك من حيث الشبهه الحكيمه فهو مسلم،لأن ذلك وظيفه العالم،إلا- أن ذلك لا يدل على وجوب دفعه اليه،بل الواجب على العامى أن يسأل العالم عن حكم الواقعه،و يعمل على طبق ما أفتى به.و إن كان المراد كونه أعرف من حيث الشبهه الموضوعيه فهو ممنوع، إذ قد يكون الواجد أعرف به لكثرتة معاشرته للفقراء،و اطلاعه على أحوالهم.و كما لا يجب دفع مجهول المالك الى الحاكم،فكذلك لا يجب تحصيل الإجازة منه فى إيصاله إلى موارده،لإطلاق الروايات المتقدمه.نعم الأولى اختيار أحد الأمرين،لوجود القائل بوجوبه.لكن لا بد و أن يكون الدفع الى الحاكم بعنوان أنه يوصله الى موارده،و إلا ضمنهم الواجد كما عرفت.

وقد يتوهم وجود الفرق بين الحق الكلى،فيجب إما دفعه الى الحاكم،و إما تحصيل الإذن منه فى التصديق به عن المالك،لأن الكلى لا يتعين إلا بإذن المالك أو وليه،و بين الحق الشخصى،فلا يجب فيه ذلك،لتعيينه فى نفسه.

و لكنه توهم فاسد،لأن مقتضى الإطلاقات المتقدمه هو عدم الفرق بينهما،و أن الولاية لمن عليه الحق على وجه الإطلاق.

قوله ثم إن حكم تعذر الإيصال إلى المالك. أقول: المال الذي لا يمكن إيصاله إلى صاحبه قد يكون مجهول المالك من جميع الجهات، وهو مورد المطلقات المتقدمه (١)، وقد يكون معلوم المالك مع كونه مشتبهًا بين أفراد غير محصورين. وهو أيضا مورد روايات أخرى قد تقدمت (٢) وحكم كلا القسمين قد تقدم مفصلا. وقد يكون المالك معلوما من جميع الجهات. ولكن يتعذر إيصال المال إليه لمانع خارجي، فأَنْ يكون المالك في سجن، أو مكان بعيد يتعذر الوصول إليه. ويجرى عليه حكم القسم الثاني، للروايات المتقدمه أيضا، لأن المستفاد منها أن المناط في ذلك إنما هو تعذر إيصال المال إلى مالكه.

قوله ثم إن مستحق هذه الصدقه هو الفقير. أقول: حكى عن صاحب الجواهر جواز التصديق بمجهول المالك على الفقراء وغيرهم عملا- بإطلاق الروايات المتقدمه. وبهذا المناط جواز إعطاء مال الإمام «ع» للفقراء والأغنياء، بدعوى أن الإمام وإن كان معلوما إلا أنه يتعذر إيصال ماله إليه، للعوارض الخارجيه. وقد عرفت أن حكمه حكم مجهول المالك.

و فيه أولا: أن المتبادر من مفهوم الصدقه وإطلاق الأمر بها أنه لا يجوز إعطاؤها للأغنياء، كما ذهب إليه المصنف.

و ثانيا: أن قوله تعالى (٣): (إِنَّمَا الصَّدَقَاتُ لِلْفُقَرَاءِ وَ الْمَسَاكِينِ) قد بين مصرف الصدقات و لم يجعل الغنى من ذلك، فيكون خارجا عن حدود أخبار التصديق موضوعا.

ثم إن وجوب التصديق بمجهول المالك إنما هو مع عدم التمكن من تحصيل رضى المالك بصرف ماله في مورد خاص، وإلا فلا- تصل النوبه إلى التصديق به. و عليه فلا- وجه لقياس مال الإمام «ع» بمجهول المالك، لأننا نقطع برضاء الإمام بإعطاء ماله لأهل العلم و الجهات التي توجب ترويح الدين، و مع ذلك لا يمكن صرفه فيما نشك في رضاه.

قوله و في جواز إعطائها للهاشمي قولان. أقول: لا دليل على حرمة مطلق الصدقات على الهاشميين، وإنما تحرم عليهم الصدقه الخاصه، أعنى زكاه المال و البدن، و لا يبعد أن تحرم عليهم أيضا الصدقات التي تعطى لدفع البلاء و رد القضاء، فإن في ذلك مذله و مهانه لا تناسب الذريه الطاهره. و من هنا كانت زينب الكبرى عليها السلام تأخذ الطعام من أطفال أبي عبد الله «ع» و ترميه إلى أهل الكوفه و تقول: ويلكم يا أهل الكوفه إن الصدقه علينا حرام. و عليه فلا- بأس بالتصدق بمجهول المالك على الهاشميين، لكونه خارجا عن

ص: ٥٢٣

١-١ (١) ص ٥١٠.

٢-٢ (٢) ص ٥١٢.

٣-٣ (٣) سورة التوبه، آيه: ٦٠.

القسمين المذكورين. و يضاف الى ما ذكرناه أن قوله «ع» في روايه ابن أبي يزيد المتقدمه (1) قسم بين إخوانك). يقتضى عدم الفرق بين الهاشمى و غيره. و أما الصدقه التى تحرم على بنى هاشم فهى الصدقه الخاصه، أعنى بها الزكاه المفروضه.

### التصدق بمجهول المالك لا يوجب الضمان

قوله ثم إن فى الضمان لو ظهر المالك. أقول: هل يضمن مجهول المالك لصاحبه إذا ظهر بعد التصديق به أم لا؟ فيه وجوه، ثالثها: التفصيل بين ما إذا طلب المالك ماله من المتصدق فيضمن له، و بين ما إذا لم يطلبه فلا ضمان. و رابعها: التفصيل بين ما يكون المال مسبقا باليد العاديه، فيحكم بالضمان، و بين عدمه، فيحكم بعدمه.

و قبل التعرض للوجوه المذكوره لا بأس بالإشاره إلى الفرق بين اللقطه و مجهول المالك.

فقول: الفارق بين مجهول المالك و اللقطه جهات كثيره، و نحن نشير هنا الى جهتين منها:

الاولى: أنه يجوز للملتقط أن يقصد حين الالتقاط تملك المال بعد انتهاء مده الفحص عن المالك. و قد دلت الروايات الكثيره المذكوره فى أبواب اللقطه على أن آخذ اللقطه يعرفها سنه فان جاء لها طالب، و إلا- فهى كسبيل ماله. و لا يجوز ذلك فى مجهول المالك، فقد عرفت: أنه لا- يجوز أخذه ابتداء إلا- بنيه الإحسان إلى المالك بحفظه له و إيصاله إليه، ثم يتصدق به عن مالكة بعد التعريف. و من هنا يتجلى لك أنه لا يجوز أخذ المغصوب من الغاصب إلا بنيه الرد الى المالك.

الثانيه: أن اللاقط إذا تملك اللقطه بعد التعريف، أو تصدق بها عن مالكة ضمنها له مع المطالبه بها، للروايات الكثيره المذكوره أيضا فى أبواب اللقطه الداله على ذلك. أما مجهول المالك فقد عرفت أن فيه وجوها شتى تقدمت الإشارة إليها.

إذا عرفت ذلك فاعلم أن الكلام هنا يقع فى مقامين، الأول: أن تكون اليد الموضوعه على مجهول المالك ابتداء يد أمانه. الثانى: أن تكون هذه اليد مسبوقة بالضمان، ثم تنقلب الى يد أمانه و إحسان، كمن أخذه بنيه التملك، ثم نوى بعد ذلك حفظه لمالكه، و كمن غصبه من المالك، ثم تاب، و عزم على إيصاله اليه، و لم يتمكن من ذلك، لفقده المالك، أو لكونه مجهولا بين أشخاص غير محصورين.

أما المقام الأول فالظاهر هو عدم الضمان فيها، و ليس ذلك من جهه أن الشارع قد أذن

ص: ٥٢٤

فى التصديق بمجهول المالك، و هو ينافى الحكم بالضمان، لأن إذن الشارع فى التصرف بمال الغير يرفع حرمة التكليفه، و لا ينافى ذلك ضمانه. بل من جهه أن دليل الضمان هو أحد الأمور الثلاثة: إما قاعده ضمان اليد، و إما قاعده الإلتلاف، و إما قيام دليل خاص عليه.

أما الأولى فهى منتفيه هنا قطعاً، إذ المفروض أن اليد كانت يد أمانه و إحسان، و ما على المُحْسِنِينَ مِنْ سَبِيلٍ .

و أما قاعده الإلتلاف فهى مردوده لوجوه عديده، الأول: أنها ليست بروايه لكى يتمسك بها و إنما هى قاعده متصيده من موارد شتى. فلا يمكن التمسك بها فى غير الموارد المسلمه. الثانيه: أن الإلتلاف إنما يقتضى الضمان إذا لم يكن التصرف لنفع المالك، و إلا فلا يوجب الضمان، و من هنا إذا أشرف أحد على الهلكه، و توقف إنجاؤه منها على بذل مقدار من ماله فان ذلك يكون واجبا من غير ضمان. الثالث: أن التصديق بمجهول المالك لو كان موجبا للضمان ببدله لكان البديل أيضا مجهول المالك و مشمولاً لما دل على وجوب التصديق به و هكذا، فيلزم التسلسل، و من الضرورى أن ذلك مقطوع العدم.

و أما الدليل الخاص فلم نجد فى المقام ما يدل على الضمان إلا روايه حفص المتقدمه الوارده فى إيداع اللص، فإنها ظاهره فى أن التصديق بالوديعة التى هى بمنزله اللقطه يوجب الضمان مع مطالبه المالك، إلا- أنها ضعيفه السند، و وارده فى قضيه شخصيه، فلا يمكن التعدى منها الى غيرها، كما عرفته سابقاً.

و الحاصل أن التصديق بمجهول المالك لا- يوجب الضمان. على أن الإطلاقات الداله على وجوب التصديق به بعد التعريف تقتضى عدم الضمان. و مع الشك فى الإطلاق يرجع الى البراءه.

و أما المقام الثانى- أعنى ما إذا كانت يد الأمانه مسبوقة بالضمان- فقد يقال: إن اليد الموضوعه ابتداء على مجهول المالك حيث كانت يد ضمان، كما هو المفروض فتكون موجبه للضمان بقاء أيضا ما لم تؤد، لما ذكرناه سابقاً من أن الشارع قد جعل ضمان اليد منوطاً بالأداء، فما لم تتحقق الغايه لم يسقط الضمان. و عرفت أيضا أن نيه الرد الى المالك و إن كانت توجب صيروره اليد يد أمانه، إلا أنه هذه اليد لا توجب ضماناً، لا أنها لا تقتضى عدم الضمان. و واضح أن مالا اقتضاء فيه لا يزاحم ما فيه الاقتضاء.

و لكن يرد عليه أولاً- ما عرفته آنفاً من أن التصديق بمجهول المالك لو كان موجبا للضمان للزم منه التسلسل فيكون ذلك تخصيصاً عقلياً لقاعده ضمان اليد. و ثانياً: أن روايه

ابن أبي حمزه المتقدمه (1) كالصريحه في عدم الضمان، فان الفتى قد طلب المخرج عما أخذه من أموال الناس، فأجابه الإمام «ع» بالتصدق بجميع ما تحت يده، وضمن له بذلك الجنه، و لو كان التصديق به موجبا للضمان لما جعله الامام مخرجا له عن ظلامته، و قد جعل الله التصديق بمجهول المالك وسيله للتوبه و سببا لفراغ الذمه تسهيلا للأمر على الغاصبين التائبين و لكن الروايه ضعيفه السند.

و يدل على عدم الضمان أيضا إطلاق الروايات المتقدمه - كروايه ابن أبي حمزه و غيرها - الأمر بالتصدق بمجهول المالك، و لا فرق في ذلك بين ما كان مجهول المالك عينا خارجيه أو دينا ثابتا في الذمه، فإن الدين و ان كان كليا في الذمه، إلا أنه يتشخص بالتصدق، و تبرأ به ذمه المديون. و توهم أن نفوذ التصديق يتوقف على إذن المالك، توهم فاسد، لإطلاق تلك الروايات المتقدمه، ثم إنه لا يجوز للمالك أن يرجع على الفقير لو كانت العين باقيه عنده، لأن أخذ الصدقه هو الله، و ما كان لله لا يرجع.

و على الجملة لا يجرى على مجهول المالك حكم اللقطه لعدم الدليل عليه، إلا في إيداع اللص و قد عرفت أن النص الوارد فيه ضعيف السند، و وارد في قضيه شخصيه.

و من جميع ما ذكرناه ظهر ضعف ما ذهب اليه المصنف من أن الأوجه هو الضمان مطلقا (إما تحكيما للاستصحاب حيث يعارض البراءه و لو بضميمه عدم القول بالفصل، و إما للمرسله المتقدمه عن ثر) و هي ما روى من أنه بمنزله اللقطه (و إما لاستفاده ذلك من خبر الوديعه).

و وجه الضعف أنه لا موضوع للأصل بعد أمر الشارع بالتصدق بمجهول المالك، و أنك قد عرفت أنه لا دليل على الضمان فيما كانت اليد مسبوقة به فضلا عن إثباته في مطلق مجهول المالك بعدم القول بالفصل. و أما استفاده حكم المسأله مما ورد في إيداع اللص فقد عرفت جوابه. و أما مرسله السرائر فهي غير قابله للاعتماد عليها. على أن من المظنون أنها بعينها روايه حفص الوارده في إيداع اللص. فيتوجه عليه ما وجهناه على الاستدلال بهذه الروايه قوله ثم الضمان هل يثبت بمجرد التصديق، أقول: قد ظهر مما تقدم أن التصديق بمجهول المالك لا يوجب الضمان. فإذا أغمضنا النظر عن ذلك و قلنا بالضمان، أو ثبت ذلك بدليل خاص كما في اللقطه فهل يحكم بثبوتها من حين الأخذ، أو من حين التصديق، أو من حين مطالبه المالك بماله و عدم رضاه بالتصدق؟ و جوه.

و التحقيق أن يقال: إن الحكم بالضمان ان كان لقاعده الضمان بالإتلاف فاللازم هو الحكم

ص: ٥٢٦

(١ - ١) في ص ٥١٠ الوارده في قصه الفتى الذي كان من كتاب بنى أميه.

بثبوته من حين التصديق، إلا أنك قد عرفت أننا أن القاعدة لا تشمل المقام. و ان كان مدرك الضمان هو ما ورد في اللقطه من أن المالك إذا جاء و طلب ماله فله الغرم، أو الرضا بالأجر فاللازم هو ثبوته من حين مطالبه المالك. و ان كان مدرك الضمان هو قاعده ضمان اليد فاللازم ثبوته من حين الأخذ إذا كانت اليد الموضوعه عليه يد ضمان.

قوله و لو مات المالك. أقول: توضيح المقام أن الكلام قد يقع في موت المالك، و قد يقع في موت المتصدق. و على الأول فقد يكون موت المالك بعد التصديق، و قد يكون قبل التصديق، فإذا كان التصديق بعد موت المالك فإذا جاء الوارث، و لم يرض بالتصدق خيره المتصدق بين الغرم و الأجر، لقوله (عليه السلام) في روايه حفص المتقدمه في البحث عن رد المأخوذ من الظالم إلى أهله: (فإن جاء طالبها بعد ذلك خيره بين الأجر و الغرم).

و ان كان التصديق قبل موت المالك فإنه لا شيء للورثه إذا المالك لم يبق حيا بعد التصديق حتى يتخير بين الغرم و الأجر، و الورثه ليسوا بملاك حتى يجرى فيهم هذا الحكم.

لا يقال: إذا وجد المالك بعد التصديق كان مخيرا بين الغلام و الأجر، فيكون هذا حقا من حقوقه، فإذا مات انتقل إلى الورثه، لأن ما تركه الميت لوارثه.

فإنه يقال: لا دليل على أن كل حق يقبل النقل و الانتقال أو الإسقاط، إلا في موارد خاصه، و مع الشك في ذلك فالأصل عدمه.

و أما إذا مات المتصدق ثم وجد المالك فالظاهر من قوله (عليه السلام): (خيره بين الأجر و الغرم). أنه لا شيء للمالك ح إذ لا وجود للمتصدق حتى يخير المالك بين الأمرين.

نعم يمكن أن يقال: بخروج الغرامه من تركته، لأن ضمان الصدقه من الحقوق الماليه اللازمه عليه بفعله، و لا غرامه في ذلك فقد ثبت نظيره في الفقه كثيرا كما إذا رمى أحد رجلا بحجر و مات الرامي قبل وصول الحجر، ثم أصاب الحجر الرجل فقتله، فإن ديه المقتول تؤخذ من تركه القاتل، لاستناد القتل اليه. بل قد يملك الميت من جهه إيجاد سبب الملك قبل موته، كما إذا نصب شبكه، و وقع فيها السمك بعد موته، فإنه يكون من تركته.

قوله و لو دفعه الى الحاكم فتصدق به بعد اليأس. أقول: ظاهر كلام المصنف أن دفع المال الى الحاكم إن كان بعنوان كونه وكيل الغائب، أو وليه فلا ضمان على الدافع لأن دفعه الى الولى، أو الوكيل كدفعه الى نفس الأصيل. و ان كان دفعه اليه بعنوان أنه كبقية الناس فلا تبرأ ذمته بذلك.

و تحقيق الكلام هنا يكون في جهتين، الأولى: هل للحاكم ولاية على الغائب أم لا؟ الثانية: إذا ثبت للحاكم ولاية على الغائب فهل يعتبر قصد هذا العنوان في دفع مال الغائب إليه

أم لا؟ أما الجهة الأولى فهي ممنوعه صغرى و كبرى، أما الصغرى فلأنه لم يحرز كون المالك غائبا، بل يحتمل كونه حاضرا عند الواجد. و ان لم يعرفه بعينه. و يتفق كثيرا أن الملتقط يتفحص عن المالك، و هو ينادى يا صاحب المال، و يسمعه المالك، و لا يلتفت الى كون اللقطه له. و أما الكبرى فلعدم الدليل اللفظى على ولايه الحاكم على الغائب لكى يتمسك بإطلاقه، و إنما هي ثابتة بالحسبه، فلا بد من الاقتصار على المقدر المتيقن، و هو أخذ مال الغائب لحفظه و إيصاله اليه، و لا يجوز إتلافه و لو بالتصدق عنه.

و ان سلمنا ولايه الحاكم على الغائب مطلقا فإنما هي فيما لم يكن للغائب ولى خاص، و الظاهر من الروايات أن من وضع يده على اللقطه له الولايه على مالکها فى التصديق بها.

و أما الجهة الثانيه فإذا سلمنا ثبوت ولايه الحاكم على الغائب فإنه لا دليل على دخل قصد الولايه فى دفع اللقطه إلى الحاكم، فان اعتبار القصد فى ذلك كاعتبار قصد المالك فى دفع ماله اليه، و لا نحتمل أن يلتزم بذلك أحد.

و يتضح ما ذكرناه بمراجعه الوجدان، و بالنظر الى سيره العقلاء، فإنهم لا يعتبرون القصد المذكور فى دفع أموال الموكلين و المولى عليهم إليهم، أو الى و كلائهم و أوليائهم.

ثم إنه إذا جاز دفع اللقطه إلى الحاكم كان الحاكم مكلفا بجميع أحكامها من وجوب الفحص و غيره. و إذا ظهر مالکها بعد التصديق أعطى بدلها من بيت المال. فقد ثبت فى الشريعة أن ما أخطأت القضاء فهو من بيت المال، و ما نحن فيه من صغرياته.

## فيما علم إجمالا اشتمال الجائزه

### اشاره

#### على الحرام

الصوره الرابعه: ما علم إجمالا اشتمال الجائزه على الحرام. قد ذكر المصنف هنا أن ما علم إجمالا اشتمال الجائزه على الحرام يقع على وجوه، لأن الاشتباه إما أن يكون موجبا للشركه و الإشاعه، كخلط الخل بالخل و السمن بالسمن و الحنطه بالحنطه، و إما أن لا يكون موجبا لذلك، كما إذا اشترى فراشا و غصب فراشا آخر و اشتبه أحدهما بالآخر. و على الأول فإما ان يكون المالك و مقدار المال معلومين، و إما ان يكونا مجهولين، و إما ان يكونا مختلفين. فإذا كانا معلومين فلا شبهه فى وجوب رد المال الى صاحبه. و ان كانا مجهولين فالمورد من صغريات المال الحلال المختلط بالحرام، فيجب فيه الخمس. و إن كانا مختلفين فان كان القدر معلوما و المالك مجهولا فقد تقدم تفصيله فى الصوره السابقه.

و ان كان القدر مجهولاً- و المالك معلوماً وجب التخلص عن اشتغال الذمه بالمصالحة مع المالك و على الثاني- و هو ما لا يوجب الاشتباه الشركه- فلا بد من الرجوع الى القرعه، لأنها لكل أمر مشكل. أو يباع المأخوذ من الحائر، و يشترك في ثمنه. ثم ذكر ان تفصيل ذلك كله في كتاب الخمس.

أقول: في كلامه نظر من وجهين، الأول: أنه لا وجه للرجوع إلى المصالحة مطلقاً فيما إذا كان المالك معلوماً و القدر مجهولاً، لأن المال المذكور قد يكون في يد أحد، و قد لا يكون كذلك. و على الأول فالمقدار الذي يعلم صاحبه يرد إليه، و المقدار الذي لا يعلم صاحبه فهو لذى اليد، لأنها أماره الملكيه. و على الثاني فما هو معلوم المالك أيضاً يرد الى صاحبه، و في المقدار المشتبه يرجع الى القرعه. و يحتمل الحكم بالتنصيف للمصالحة القهريه و يستأنس حكم ذلك مما ورد (1) في الودعي. و لكن الظاهر أن الروايه غير نقيه السند.

الثاني: أن ظاهر كلام المصنف عدم جريان التقسيم المذكور في القسم الثاني- أعني ما لا يكون الاشتباه موجبا للشركه و الإشاعه- و لذا اكتفى فيه بالرجوع إلى القرعه، أو بيع المال المشتبه و الاشتراك في ثمنه. و لكن الظاهر أن الأقسام المذكوره كلها جاريه في القسم الثاني أيضاً. و تقريره أن المأخوذ من الجائر إذا كان مشتبهاً بالحرام مع عدم كونه موجبا للشركه فاما أن يكون المالك و القدر كلاهما معلومين، فلا بد من رد المال الى صاحبه و إما أن يكون القدر معلوماً و المالك مجهولاً، و قد تقدم حكمه في الصوره الثالثه. و إما أن يكون القدر مجهولاً و المالك معلوماً، فيرجع الى القرعه، أو يباع، و يشترك في ثمنه، كما ذكره المصنف. و إما أن يكون القدر و المالك كلاهما مجهولين، فيجب فيه الخمس على المشهور، و ذكرنا تفصيل ذلك في كتاب الخمس، و ظاهر المصنف عدم وجوبه هنا. و لكنه مدفوع بإطلاق ما دل (2) على وجوب الخمس في المال المختلط بالحرام على القول به، و دعوى اختصاصه بصوره الإشاعه لا شاهد له

ص: ٥٢٩

١-١) راجع ج ٢ ثل باب ١٢ حكم من أودعه إنسان دينارين من الصلح ص ٦٣٣.

٢-٢) راجع ج ٢ ثل باب ١ وجوب الخمس في الحلال إذا اختلط بالحرام من الخمس ص ٦١.



قال السيد (ره) في حاشيته: (مقتضى إطلاق أخبار الخمس عدم الفرق بين ما لو شك في كون الحرام بمقدار الخمس، أو أقل أو أكثر. وما لو علم بنقصانه عنه أو زيادته عليه مع عدم العلم بمقداره، وهو الأقوى وفاقا لسيد المناهل على ما نقل. وذهب بعضهم الى الاختصاص بالصورة الاولى، وأنه لو علم النقص لا يجب إعطاء الخمس، ولو علم الزيادة لا يكفي، بل يجب دفع الأزيد) و لكن الظاهر هو ما ذهب اليه ذلك البعض، لأن مورد ما دل على ثبوت الخمس في المختلط بالحرام إنما هو ما لم يعلم كون الحرام زائدا على مقدار الخمس، أو ناقصا عنه، أما في صورة العلم بالنقصان فلأن الظاهر من قوله «ع» في رواية الحسن بن زياد (١): (فان الله تعالى قد رضى من ذلك المال بالخمس). أن الرضا بالخمس للامتنان على العباد، والتسهيل عليهم، و من الواضح أنه لا امتنان الا- مع احتمال زياده الحرام على الخمس، ويضاف الى ذلك أنه لا قائل بوجوب الخمس في هذه الصورة، ذكر ذلك المحقق الهمداني قدس سره.

و أما في صورة العلم بزياده الحرام عنه فان الجزء الزائد كبقية المحرمات، فلا ترتفع الحرمة عنه، وإلا كان ذلك حليه لأكل أموال الناس. ويضاف الى ذلك عدم القول بالفصل بين صورتى العلم بالزيادة و العلم بالنقيصه، و حيث عرفت عدم وجوب الخمس مع العدم بالنقيصه فلا بد من القول بعدم وجوبه أيضا مع العلم بالزيادة.

و على الجملة إن ظاهر الروايه وقوع المصالحه الشرعيه بين الحرام و الخمس، و لا- يجرى ذلك إلا- مع احتمال كونه بمقدار الحرام.

### أخذ المال من الجائر

ليس له بنفسه حكم من الأحكام الخمسه

قوله و اعلم أن أخذ ما فى يد الظالم ينقسم باعتبار نفس الأخذ إلى الأحكام الخمسه) أقول: حاصل كلامه: أن أخذ المال من الجائر ينقسم بلحاظ نفس الأخذ إلى الأحكام

ص: ٥٣٠

الخمسة، و بلحاظ نفس المال الى المحرم و المكروه و الواجب. فالحرم ما علم أنه مال الغير مع عدم رضاه بأخذه. و المكروه هو المال المشتبه. و الواجب هو ما يجب استنقاذه من يد الجائر من حقوق الناس، و حقوق الساده و الفقراء و لو كان ذلك بعنوان المقاصه.

أقول: الظاهر أن الأخذ بنفسه لا يتصف بشيء من الأحكام الخمسه حتى بالإباحه، بل شأنه شأن سائر الأفعال التي لا تتصف بها إلا باعتبار العوارض و الطوارئ، فإن الأخذ قد يتصف بالحرمة، كأخذ مال الغير بدونه إذنه، و قد يتصف بالوجوب، كأخذ حقوق الناس من الجائر، و قد يتصف بالكراهه، كأخذ المال المشتبه منه بناء على كراهته، كما ذهب اليه بعض الأصحاب، و قد تقدم ذلك فى البحث عن كراهه أخذ الجائزه من الجائر مع عدم اشتغال أمواله على الحرام و قد يتصف بالاستحباب، كأخذ المال منه مع عدم العلم بحرمة لزياره المشاهد و التوسعه على العيال و نحو ذلك من الغايات المستحبه. و قد يتصف بالإباحه، كأخذ المال منه لغير الدواعى المذكوره.

### وظيفة الجائر فى نفسه

بالنسبه الى ما أخذه من أموال الناس

قوله و كيف كان فالظاهر أنه لا إشكال فى كون ما فى ذمته من قيم المتلفات غصبا من جمله ديونه). قد فصلنا الكلام فى حكم أخذ المال من الجائر. و أما وظيفته فى نفسه فلا شبهه فى اشتغال ذمته بما أتلفه من أموال الناس، لقاعده الضمان بالإتلاف، فيجب عليه أن يخرج من عهده. و لا شبهه أيضا فى أن ما أخذه من الناس بالظلم يجب عليه رده إليهم لقاعده ضمان اليد. هذا إذا كان الجائر حيا. و أما إذا مات كانت الأموال المذكوره من جمله ديونه، فتخرج من أصل التركة، لقوله تعالى (١): (مَنْ بَعْدَ وَصِيَّهِ يُوصِي بِهَا أَوْ دَيْنٍ) و للروايات الوارده فى هذه المسأله.

و قد خالف فى ذلك الشيخ الكبير كاشف الغطاء (ره)، فحكم بكونه من الثلث مع الإيصاء به، و منع كونه من الديون. و استدل على رأيه هذا بعدم المقتضى، و بوجود المانع، أما الأول فبأن ذمه الظالم و إن اشتغلت بالحقوق، و وجب عليه الخروج من عهدها إلا ان الدين الذى يخرج من أصل التركة منصرف الى الديون المتعارفه، فلا يكون مورد البحث مشمولاً للآيه و ما بمعناها.

ص: ٥٣١

و أما المانع فلأن الآيه الشريفه و إن دلت على إخراج ديون الميت من أصل التركة، و بها خصص ما دل على أن ما تركه الميت ينتقل الى وارثه.و لكن السيره القطعيه قائمه على أن الضمانات الثابته بقاعده ضمان اليد لا تخرج من أصل التركة، بل تخرج من الثلث مع الإيضاء به، و إلا بقى الميت مشغول الذمه به الى يوم القيامه. و عليه فالآيه قد خصصت بالسيره.

أقول: أما منع المقتضى فقد أشكل عليه المصنف بوجهه، الأول: (منع الانصراف، فإننا لا نجد بعد مراجعه العرف فرقا بين ما أتلفه هذا الظالم عدوانا، و بين ما أتلفه شخص آخر من غير الظلمه) فكما أن الأول يخرج من أصل التركة فكذا الثانى.

و ثانيا: أنه (لا إشكال فى جريان أحكام الدين عليه فى حال حياته من جواز المقاصه من ماله كما هو المنصوص (1) و عدم تعلق الخمس و الاستطاعه و غير ذلك).

و ثالثا: انه (لو تم الانصراف لزم إهمال الأحكام المنوطه بالدين وجودا من غير فرق بين حياته و موته). و دعوى إطلاق الغنى عليه عرفا لا- شاهد عليها لأن أهل العرف ليسوا مشرعين لكى تكون إطلاقاتهم حجه شرعيه. كما أنهم يرون القمار و بيع المنابذه و الحصاه و المعامله الربويه من المعاملات الصحيحه، و قد نهى الشارع عنها، و أزرى عليهم بها.

و أما وجود المانع فأشكل عليه المصنف أيضا بأن السيره المذكوره ناشئه (من قله مبالاه الناس، كما هو ديدنهم فى أكثر السير التى استمروا عليها، و لذا لا يفرقون فى ذلك بين الظلمه و غيرهم ممن علموا باشتغال ذممهم بحقوق الناس من جهه حق الساده و الفقراء، أو من جهه العلم بفساد أكثر معاملات-ته). و غيرها من حقوق الناس. فلا- يمكن رفع اليد عن القواعد المنصوصه المجمع عليها فى الشريعه المقدسه بمثل هذه السير الواهيه، بل سيره المتدينين على عكس السيره المذكوره فإنهم لا يفرقون فى الديون بين المظالم و غيرها.

## ما يأخذه الجائر من الناس

### إشاره

يجوز احتسابه من الزكاه

قوله. (الثالثه: ما يأخذه السلطان المستحل لأخذ الخراج. أقول: الحقوق الشرعيه الثابته فى أموال الناس، أو فى ذممهم أربعه: الخمس و الزكاه و الخراج و المقاسمه. و لا بأس

ص: ٥٣٢

(١- ١) راجع ج ٢ ثل باب ١١٢ جواز استيفاء الدين من مال الغريم الممتنع مما يكتسب به ص ٥٦١ و ج ٢ التهذيب ص ١٠٥.

يجعل الأخيرين قسما واحدا، و إذن فهي ثلاثة. أما الخمس فقد أسقطه عمر بن الخطاب، و تبعه قومه. و ذكر بعض المفسرين من العامه أن عمر قد أسقط الخمس في شريعة الإسلام و تبعه أصحابه، فصارت المسألة إجماعية، و على ذلك فلا جدوى في البحث عن الخمس لعدم اعتقاد الجائر به لكي يأخذه من الناس حتى نبحت في أحكامه، فيختص الكلام ببقية الحقوق ثم لا يخفى أن مورد تلك الحقوق الثلاثة هي الغلات الأربع، و الأنعام الثلاثة، و أراضى المسلمين. و أما الأراضى التى أحيها العامل فلا شىء عليه و إن كان المحبى من غير المسلمين على ما ذهب اليه بعض الأصحاب.

**ثم إن الكلام هنا يقع فى ثلاث نواحي:**

**الناحية الأولى: إذا أخذ الجائر الحقوق المذكوره من المسلمين فهل تبرء ذمهم عنها أم لا؟**

مقتضى القاعده الأولى هو العدم، فان الشارع قد حكم بثبوت تلك الحقوق فى ذم هؤلاء فلا تبرء عنها إلا بصرفها فيما عينه الشارع. و واضح أن الجائر خارج عنه. على أنها لا تتعين فى خصوص ما يأخذه الجائر حتى تسقط عن ذمهم، إلا أن الظاهر من الروايات الآتية فى الناحية الثالثه هو جواز أخذ الصدقات و المقاسمات من الجائر، بل الظاهر من السؤال فى روايه الحذاء الآتية هو جواز أخذ الصدقات و المقاسمات من الجائر، بل الظاهر من السؤال فى روايه الحذاء الآتية أن ذلك من المسلمات، فتدل تلك الروايات بالملازمه على أن الأموال التى يأخذها الجائر من الناس يجوز احتسابها من الصدقات و المقاسمات، و إلا لكان على الآخذ أن يرده الى صاحبه. فيدل ذلك على تنزيل يد الجائر فى زمان الغيبه منزله يد السلطان العادل و يضاف الى ما ذكرناه ما فى جمله من الروايات [١] من أن العشور التى تؤخذ من الرجل يجوز احتسابها من الزكاه، إلا إذا استطاع الرجل دفع الظالم، كما أشار إليه الإمام «ع» فى روايه عيص ب قوله لا تعطوهم شيئا ما استطعتم). و أما ما ورد فى صحيحه أبى أسامه زيد الشحام (١) من منع الاحتساب، لأنهم قوم غصبوا ذلك فيمكن حمله على استحباب الإعادة، كما صنعه الشيخ فى التهذيب.

ص: ٥٣٣

١- (١) راجع البابين المزبور بن من ج ٢ نل ص ٣٣. و ج ٦ الوافى ص ٢١.

من الناس

الناحية الثانيه:هل يجوز للجائر أخذ الصدقه و الخراج و المقاسمه من الناس أم لا؟ و على القول بالجواز فهل تبرء ذمته إذا أعطاها لغير أهلها أم لا؟-قد يقال:إن الولايه فى زمان الغيبه و ان كانت راجعه إلى السلطان العادل الذى وجبت على الناس طاعته،و حرمت عليهم معصيته،فإذا غضبها غاصب و تقمصها متقمص كان عاصيا و آثما،إلا أن هذه الولايه الجائره تترتب عليها الأحكام الشرعيه المترتبه على الولايه الحقه من حفظ حوزة الإسلام،و جمع الحقوق الثابته فى أموال الناس،و صرفها فى محلها،و غير ذلك،لأن موضوع تلك الاحكام هو مطلق السلطنه،سواء أ كانت حقه أم باطله،كما إذا وقف أحد أرضا،و جعل توليتها لسلطان الوقت.

و على الجملة إن المحرم إنما هو تصدى الجائر لمنصب السلطنه،لا الأحكام المترتبه عليها، فإنها لا تحرم عليه بعد غضبه الخلافه و تقمصها،هذا غايه ما يمكن أن يقال فى جواز تصدى الجائر للأموال العامه.

و لكن يرد عليه أن هذا الاحتمال و ان كان ممكنا فى مقام الثبوت إلا أنه لا دليل عليه، و على هذا فالجائر مشغول الذمه بما يأخذه من حقوق المسلمين ما لم يخرج من عهدها.

و ذهب السيد فى حاشيته إلى براءه ذمه الجائر لوجه آخر و حاصله:أن الأئمه«ع» -و هم الولاه الشرعيون-قد أذنوا لشيعتهم فى شراء الصدقه و الخراج و المقاسمه من الجائر و يكون تصرفه فى هذه الحقوق الثلاثه كتصرف الفضولى فى مال الغير إذا انضم إليه إذن المالك،و ح فيترتب عليه أمران،أحدهما:براءه ذمه الزارع بما دفع الى الجائر من الحقوق المذكوره.و ثانيهما:براءه ذمه الجائر من الضمان و إن ترتب عليه الإثم من جهه العصيان و العدوان،و نظير ذلك ما إذا غضب الغاصب مال غيره فوهبه لآخر،و أجازة المالك.

و يرد عليه أولا:أن إذن الشارع فى أخذ الحقوق المذكوره من الجائر إنما هو لتسهيل الأمر على الشيعه لئلا يقعوا فى المضيقه و الشده،فإنه يأخذون الأموال المذكوره من الجائر،و أن إذنه هذا و إن كان يدل بالالتزام على براءه ذمه الزارع و إلا لزم منه العسر و الحرج المرفوعين فى الشريعه،إلا- أنه لا اشعار فيه ببراءه ذمه الجائر فضلا عن الدلاله عليها،و على هذا فتصديه لأخذ تلك الحقوق ظلم و عدوان،فتشمله قاعده ضمان اليد

و تلحقه جميع تبعات الغضب وضعا و تكليفا.

و أما تنظير المقام بهبه الغاصب المال المغصوب مع لحقوق إجازة المالك فهو قياس مع الفارق، إذ المفروض أن الجائر لم يعط الحقوق المذكوره لأهلها حتى تبرء ذمته بل أعطاهم لغيرهم إما مجانا، أو مع العوض، و على الأول فقد أتلّف المال، فيكون ضامنا له و إن جاز للآخذ التصرف فيه، و عليه فالعوض يكون للآخذ، و ينتقل المال إلى ذمه الجائر، و على الثاني فالمعامله و إن صحت على الفرض، إلا أن ما يأخذه الجائر بدلا عن الصدقه يكون صدقه، و يضمّنه الجائر لا محاله.

و نظير ذلك أن الأئمة قد أذنوا لشيعتهم في أخذ ما تعلق به الخمس أو الزكاه ممن لا يعطيها أو لا يعتقد بهما مع ان ذلك يحرم على المعطى وضعا و تكليفا.

### جواز أخذ الصدقات و المقاسمات

من الجائر المستحل لذلك

الناحية الثالثه: هل يجوز أخذ مال الصدقه و الخراج و المقاسمه من الجائر المستحل لذلك أم لا يجوز؟ و على القول بالجواز فهل يملكها الآخذ أم لا؟. المشهور، بل المجمع عليه بين الأصحاب هو الأول. و عن المسالك انه أطبق عليه علمائنا، و لا نعلم فيه مخالفا. و عن المفاتيح انه لا خلاف فيه. و في الرياض انه استفاض نقل الإجماع عليه. و قد خالف في ذلك الفاضل القطيفي. و المحقق الأردبيلي.

و لكن التحقيق يقتضى الأول، لإطلاق الروايات الكثيره الداله على إباحه أخذ الجوائز من الجائر، و قد تقدمت الإشارة إليها في البحث عن جوائز السلطان. و تدل عليه أيضا الروايات الخاصه الوارده في خصوص المقام، منها روايه الحذاء [١] و هي تدل على المقصود بثلاث فقرات: الفقره الاولى: ان السائل جعل جواز أخذ الصدقات من السلطان الجائر مفروغا عنه، و إنما سأل عما إذا أخذ الجائر من الناس أكثر من الحق الذي يجب عليهم. فقال الامام «ع»: «لا بأس به حتى تعرف الحرام بعينه».

و قد أورد عليه المحقق الأردبيلي في محكي كلامه (بأن قوله «ع»: «لا بأس به حتى تعرف الحرام منه لا يدل إلا على جواز شراء ما كان حلالا، بل مشتبهها، و عدم جواز

ما كان معروفاً أنه حرام بعينه، ولا تدل على جواز شراء الزكاه بعينها صريحاً. نعم ظاهرها ذلك. لكن لا ينبغي الحمل عليه، لمنافاته العقل والنقل. ويمكن أن تكون سبب الإجمال منه التقيه).

و يرد عليه أولاً: أن الروايه صريحه فى المطلوب، فان الضمير فى قوله «ع»: (لا بأس به) يرجع الى شراء إبل الصدقه و غيرها، فلا وجه لإنكار الأردبيلى صراحه هذه الفقره فى المقصود.

و ثانياً: أن حكم العقل بقبح التصرف فى مال الغير بدون إنه و ان كان ما لا ريب فيه و كذا لا شبهه فى دلاله جمله من الروايات (1) على حرمة، إلا ان إذن الشارع فيه أحياناً يوجب ارتفاع القبح، و تخصيص العمومات، و عليه فجاز أخذ الصدقات من الجائر لا ينافى حكم العقل و النقل، لأن أخذ الجائر هذه الحقوق من المسلمين و ان كان على وجه الظلم و العدوان، إلا ان الشارع أجاز لغير الجائر ان يأخذها منه، و من هنا لم يتوهم احد ان إذن الشارع فى التصرف فى الأراضى المتسعه و الأنهار الكبار و غيرهما ينافى حكم العقل و النقل و ثالثاً: انه لا- وجه لإنكاره صراحه هذه الفقره فى المطلوب، و دعواه ظهورها فيه، ثم إنكاره الظهور أيضاً، لمنافاته العقل و النقل. نعم له إنكار حجيتها من الأول سواء كانت صريحه فى المطلوب أم ظاهره فيه، كما هو كك فى كل دليل ينافى العقل و النقل.

و رابعاً: انه لا- وجه لاحتمال التقيه فى الروايه و جعلها سبب الاجمال فيها، لأن مجرد معارضه الروايه لعموم آيه أو روايه، أو إطلاقهما لا يسوغ حملها على التقيه، بل يلتزم بالتخصيص أو التقييد.

لا يقال: لا وجه لحمل لفظ السلطان الوارد فى الروايه على السلطان الجائر، و لماذا لا يحمل على السلطان العادل، فتعبد الروايه عما نحن فيه.

فإنه يقال: ظاهر قول السائل: (و هو يعلم انهم يأخذون منهم أكثر من الحق الذى يجب عليهم) انه فرض الكلام فى الجائر، لأن العادل لا يعمل ذلك. و يضاف الى ما ذكرناه اننا لم نسمع بوجود السلطان العادل فى زمان السائل و ما يقاربه.

الفقره الثانيه: ان السائل قد احتمل حرمه شراء الإنسان صدقات نفسه من الجائر.

مسائل الامام «ع» عنها، فقال «ع»: (إن كان قد أخذها و عزلها فلا- بأس) فهذه الفقره أيضاً صريحه فى المطلوب. و إنما قيد الإمام «ع» جواز شراء الصدقات بالأخذ و العزل معاً، و لم يكتف بالعزل فقط، لأن الصدقات لا تتعين بأمر الجائر بالعزل، فإذا

ص: ٥٣٦

اشتراها قبل الأخذ و العزل فقد اشترى مال نفسه، و هو بديهي البطلان، فان البيع تبديل المالين في طرفي الإضافة، و هو غير معقول في شراء الإنسان مال نفسه. و ستعرض لذلك في أوائل البيع إنشاء الله.

و قد يقال: إن المراد من المصدق في قول السائل: (فما ترى في مصدق يجيئنا إلخ).

هو العامل من قبل السلطان العادل، و وجه السؤال هو احتمال أن لا يكون العامل و كيلا- في بيعها، فتكون الرواية أجنبيه عن المقام. و يرد أن الرواية وارده في الجائر، و قد تقدم ما يدل على ذلك.

الفقره الثالثه: أن السائل قد احتمل عدم كفايه الكيل السابق في الشراء، فسأل الإمام «ع» عن ذلك فقال: (إن كان قبضه بكيل و أنتم حضور ذلك فلا بأس بشرائه منه من غير كيل). لأن الكيل إنما اعتبر طريقا الى تعيين مقدار المكيل بأى نحو اتفق، و لا دليل على اعتباره عند البيع. فهذه الفقره أيضا صريحه في جواز شراء الصدقات من الجائر و لا يقال: المراد من القاسم المذكور في السؤال هو المزراع أو و كيله، فلا مدخل للرواية فيما نحن فيه.

فإنه يقال: اتحاد السياق يقتضى أن يراد من القاسم عامل الصدقه، لا المزراع أو و كيله على أن الظاهر من إطلاق لفظ القاسم (الذى هو من المشتقات) هو من كانت القسمة حرفه له، و لا يطلق ذلك على المزراع للأرض بقسمه حاصله.

و قد يتوهم أن الرواية إنما تعرضت لحكم الصدقه فقط، فلا تشمل الخراج و المقاسمه.

و لكن يرد عليه أولا: أن مقابله القاسم بالمصدق في الرواية تدل على إرادته كل من المقاسمه المصطلحه و الصدقات. و ثانيا: أن إطلاق لفظ القاسم يشمل الخراج و المقاسمه الزكائيه، فلا وجه لصرفه الى الثانى. و ثالثا: يكفينا تعرض الرواية لخصوص الصدقات، فيثبت الحكم في غيرها بعدم القول بالفصل، لأن كل من قال بجواز أخذ الصدقات من الجائر قال:

بجواز أخذ الخراج و المقاسمه منه.

و منها روايه إسحاق بن عمار (1) قال: سألته عن الرجل يشتري من العامل و هو يظلم قال: (يشتري منه ما لم يعلم أنه ظلم فيه أحدا). فإن ظاهر الشراء من العامل هو شراء الحقوق المذكوره منه، فتدل هذه الروايه أيضا على المطلوب.

و أشكل عليها الفاضل القطيفى بأن المراد من العامل هو عامل الظلمه، و قد عرفت فيما سبق أنه لا مانع من أخذ أموالهم ما لم يعلم أنها من الحرام، فتكون الروايه بعيده عن المقام

ص: ٥٣٧



و فيه أن هذه الدعوى و ان لم تكن بعيده فى نفسها، و لكن يدفعها إطلاق الروايه، و عدم تفصيل الامام «ع» بين المقامين.

و منها روايه أبى بكر الحضرمى [١] فإنها ظاهره فى حل ما يعطيه الجائر للناس من بيت المال، سواء كان ذلك بعنوان البذل، أم الأجره على عمل. و قد ذكر المحقق الكركى أن هذا الخبر نص فى الباب. و قد تعجب منه الأردبيلى و قال: (أنا ما فهمت منه دلالة ما، و ذلك لأن غايتها ما ذكر ذلك، و قد يكون شىء من بيت المال، و يجوز أخذه و إعطاؤه للمستحقين، بأن يكون منذورا، أو وصيه لهم، و يعطيهم ابن أبى شمال و غير ذلك).

و لكن يرد عليه أنه إذا تحقق للروايه ظهور فان مجرد الاحتمال على خلافه لا يسوغ رفع اليد عنه، و إلا لانسد باب الاجتهاد، فان كان ظاهر يحتمل خلافه، نعم لا يجوز الاستدلال بالروايه المذكوره على المقصود من جهه أخرى، و هى أن الامام «ع» قد علل التعريض على ابن أبى شمال بأنه لم يبعث الى أبى بكر الحضرمى بعطائه حيث قال: (أما علم أن لك فى بيت المال نصيبا). و ظاهر هذا التعليل أن جواز الأخذ من جهه ثبوت الحق فى بيت المال، فيجوز له الأخذ بمقدار حقه، إلا أنه لا دلالة فيها على جواز أخذ الحقوق الثلاثه من الجائر مطلقا، لكون الدليل أخص من المدعى.

و منها الأخبار [٢] الواردة فى جواز تقبل الأراضى الخراجيه، و تقبل خراجها،

وخراج الرجال و الرؤوس من الجائر، فإنها تدل بالملازمه على جواز شراء الخراج و المقاسمه و الصدقه منه.

و توضيح الدلاله أن التقبل قد يتعلق بالأرض، و قد يتعلق بالخراج. أما الأول فتشهد به جملة من الروايات. و لعل الوجه في تجويز الشارع ذلك أن لا تبقى الأرض معطله، و لا شبهه أن هذه الجهه لا ترتبط بما نحن فيه. و أما تقبل الخراج فتدل عليه جملة أخرى من الرايات. و لا- ريب في دلاله هذه الجملة على المطلوب، إذ لا- فارق بين شراء الحقوق المذكوره من الجائر، أو أخذها منه مجاناً، و بين تقبلها، فان الغرض هو مطلق الأخذ، و لذا نوهنا في صدر المسأله بأن الأخذ أعم من أن يكون مع العوض أو بدونه.

## تنبيهات المسأله

### لا يجوز للجائر قطاع شخص خاص شيئاً

من الأراضى الخراجيه

و ينبغى التنبيه على أمور، الأول: هل يجوز للجائر إقطاع شخص خاص شيئاً من الأراضى الخراجيه و تخصيصها به أم لا؟ الظاهر هو الثانى، لدلاله الأخبار (1) الكثيره على أن الأراضى الخراجيه للمسلمين، فلا يجوز لأحد أن يتولى التصرف عنهم، إلا الإمام «ع» أو من كان مأذوناً من قبله. و عليه فان قلنا بكون الجائر ولى الأمر فى زمان الغيبه، أو قلنا بكونه مأذوناً من قبل الامام (عليه السلام) فى التصدى للأموال العامه فلا بأس بتصرفه فى تلك الأراضى من قبل المسلمين على أى نحو شاء، و ان لم نقل بهما كما هو الظاهر لعدم الدليل عليهما فيحرم عليه التصرف فيها وضعا و تكليفاً.

ص: ٥٣٩

---

١- ١) راجع ج ١٠ الوافى ص ١٣٣. و ج ٢ نل باب ٧١ شراء أرض الخراج من الجهاد ص ٤٣٨.

قبل أخذه إياها من الناس

الأمر الثاني: هل يجوز شراء الصدقات من الجائر قبل أخذها إياها من الناس أم لا يجوز ذلك إلا بعد الأخذ؟ ظاهر عبارات الأكثر، بل الكل أن الحكم مختص بما يأخذه السلطان من المسلمين، فلا يجوز شراء ما في ذمه مستعمل الأراضي الخراجيه أو الحوالة عليه، و صريح جماعه جواز ذلك لأخبار الوارده في تقبل الأراضي الخراجيه و تقبل خراجها و جزية الرؤوس من الجائر قبل أخذه إياها(و قد تقدمت الإشارة إليها آنفا)فان تقبل الخراج من الجائر ليس إلا شراؤه منه.

و أما اختصاص عبارات الفقهاء بصوره الشراء بعد الأخذ فمبنى على الغالب.

لا يقال: ان قوله(عليه السلام)في روايه الحذاء المتقدمه:(ان كان قد أخذها و عزلها فلا بأس).يدل على حرمة الشراء قبل الأخذ و العزل،و لا اختصاص لذلك بالصدقات، لعدم القول بالفصل بينهما،و بين الخراج و المقاسمه.

فإنه يقال: ان الروايه و ان كانت ظاهره في ذلك،الا أنه ظهور بدوى يزول بالتأمل فيها،فإنها بعيده عما نحن فيه.لأن الظاهر من قول السائل:(فما ترى في مصدق يجيئنا فيأخذ منا صدقات أغنامنا فنقول:بعناها إلخ).أن الجابي هو العامل من قبل الجائر، إذ لم يتعارف تصدى الجائر لذلك بنفسه،و على هذا فكلما أخذه العامل من حقوق المسلمين جاز شراؤه منه،لقاعده اليد المقتضيه لحمل معاملاته على الصحة،فإنه من المحتمل أن يكون العامل مأذونا في البيع كما هو مأذون في الجبايه.

و لكن ذلك لا يجرى فيما قبل الأخذ،لأن حمل فعل المسلم على الصحة في المعاملات إنما هو في الشرائط العائده إلى العقد فقط.و أما شرائط العوضين و أشباهها فلا بد من إحرازها بدليل آخر من قاعده اليد و نحوها،و هي منتفيه في هذه الصوره،فإذا باع أحد شيئا،و لم نحرز مالكته له،أو كونه و كيلا مفوضا في البيع فإن الأثر لا يترتب على بيعه،و قد ظهر مما تقدم أن الروايه إنما وردت على طبق القواعد.و يضاف الى ذلك ما تقدم سابقا من أن الروايه ناظره الى عدم جواز الشراء قبل الأخذ،لأن الصدقات لا تتعين بأمر الجائر بالعزل فإذا اشتراها قبل الأخذ فقد اشترى مال نفسه،و هو واضح البطلان.

الأمر الثالث: لا شبهه فى أن الأراضى الخراجيه ملك لجميع المسلمين، كما عرفت فى الأمر الأول، فلا بد من صرف أجرتها فى مصالحهم العامه، كما لا- شبهه فى أن أمر التصرف فيها و فى خراجها الى الامام (عليه السلام)، و إنما الإشكال فى حكم حال الغيبه. و قد اختلفوا فى ذلك على أقوال قد تعرض لها السيد فى حاشيته، و لا يهمنى ذكره، و الذى يهمنى أمره أنه لم يستشكل أحد من الأصحاب فى أن السلطان الجائر غاصب للخلافه. و قائم فى صف المعانده لله، إلا أنه ذهب جمع منهم إلى حرمه التصرف فى تلك الأراضى و فى خراجها بدون إذنه بتوهم أنه ولى الأمر فى ذلك بعد غصبه الخلافه، لأن موضوع التصرف فيها هو السلطنه و ان كانت باطله فإذا تحققت يترتب عليها حكمها.

إلا أنك قد عرفت سابقا عدم الدليل على ذلك، بل غايه ما ثبت لنا من الأخبار الكثيره -التي تقدم بعضها- هو نفوذ تصرفات الجائر فيما أخذه من الناس باسم الخراج و المقاسمه و الصدقه، بمعنى أن الشارع قد حكم بجواز فيما أخذها منه، و ببراءه ذمه الدافع منها و ان بقى الجائر مشغول الذمه بها ما لم يؤدها إلى أهلها، و قد عرفت ذلك فيما سبق.

و تقدم أيضا أن حكم الشارع بنفوذ معامله الجائر على النحو المذكور إنما هو لتسهيل الأمر على الشيعه لكيلا يقعوا فى العسر و الحرج فى معاملاتهم، و أمور معاشهم، و لم يدل دليل على مزيد من ذلك حتى أنه لو أمكن إنقاذ الحقوق المذكوره من الجائر و لو بالسرقه و الخيانه، و إيصالها إلى أهلها و جب ذلك فضلا عن أن ترد اليه.

ثم لا يخفى أن المستفاد من بعض الاخبار (١) إنما هو حرمه دفع الصدقات إلى الجائر اختيارا، و بعدم القول بالفصل بينها و بين الخراج و المقاسمه نحكم بحرمه دفعهما إليه أيضا اختيارا، بل يمكن استيناس التعميم من روايه على بن يقطين [١] حيث انه كان يأخذ أموال الشيعه علائقيه، و يردّها إليهم سرا. و أيضا يمكن استيناس التعميم من صحيحه زواره (٢) فإنها تدل على أنه اشترى ضريس من هبيره أرزا بثلاثمائة ألف، و أدى المال إلى

ص: ٥٤١

١- (١) قد تقدمت الإشارة إليها فى ص ٥٢٣.

٢- (٢) راجع ج ٢ ثل باب ٨١ شراء ما يأخذه الظالم باسم المقاسمه مما يكتسب به ص ٥٥٤.

بنى أميه، وعض الإمام «ع» إصبعه على ذلك، لأن أمرهم كان فى شرف الانقضاء، و كان أداء المال إليهم بغير إكراه منهم، بل كان ذلك باختيار ضريس، فيستفاد من ذلك أنه لا يجوز دفع الخراج إلى الجائر مع الاختيار. و قال المصنف: (فإن أوضح محامل هذا الخير أن يكون الأرز من المقاسمه)

### حكم شراء ما يأخذه الجائر

من غير الأراضى الخراجيه

الأمر الرابع: هل يختص جواز شراء الخراج و المقاسمه بما أخذه الجائر من الأراضى الخراجيه، أو يعم مطلق ما أخذه من الأراضى باسم الخراج و المقاسمه و ان لم تكن الأرض خراجيه، و توضيح ذلك أن الأرض قد تكون خراجيه، كالأراضى التى فتحت عنوه أو صلحا. فهى لجميع المسلمين. و قد تكون شخصيه، كالأراضى المحياه، فإنها ملك للمحى، و كالأراضى التى أسلم أهلها طوعا، فإنها لمالكها الأول، و قد تكون من الأنفال، كالجبال، و بطون الأودية و نحوها.

أما القسم الأول فلا ريب فى كونه مشمولاً للأخبار المتقدمه الداله على جواز شراء الحقوق الثلاثه من الجائر على النحو الذى عرفته آنفاً.

و أما القسم الثانى فهو خارج عن حدود تلك الاخبار قطعاً، و لم يقل أحد بثبوت الخراج فيها. و عليه فإذا أخذ الجائر منها الخراج كان غاصبا جزماً، و لا يجوز شراؤه منه.

و أما القسم الثالث فهو و ان لم يكن من الأراضى الخراجيه، إلا أن ما يأخذه الجائر من هذه الأراضى لا يبعد أن يكون محكوماً بحكم الخراج المصطلح، و مشمولاً للروايات الداله على جواز شراء الخراج من الجائر بعد ما كان أخذ الجائر إياه بعنوان الخراج و لو كان ذلك بجعل نفسه.

و يرد عليه أن هذه القسم خراج عن موضوع الأخبار المذكوره، فإنها مسوقه لبيان جواز المعامله على الحقوق الثلاثه من التقبل و الشراء و نحوهما، و ليس فيها تعرض لموارد ثبوت الخراج و كيفيته و مقداره، بل لا بد فى ذلك كله من التماس دليل آخر، و لا دليل على إمضاء ما جعله الجائر خراجاً و ان لم يكن من الخراج فى الشريعه المقدسه.

الأمر الخامس: ذكر المصنف أن (ظاهر الأخبار و منصرف كلمات الأصحاب بالسلطان المدعى للرئاسة العامه و عماله، فلا يشمل من تسلط على قريه أو بلده خروجاً على سلطان الوقت، فيأخذ منهم حقوق المسلمين). فلا يكون ذلك مشمولاً للأخبار المتقدمه، و لا يجوز شراؤها منه. و الوجه في ذلك أن الاخبار المذكوره لم ترد على سبيل القضايا الحقيقيه، فليس مفادها أن كل متصد لمنصب الخلافه و السلطنه تترتب على دعواه الأحكام المزبوره، بل موردها القضايا الخارجيه، أعنى السلاطين الذين يرون أنفسهم أولياء الأمور للمسلمين بحيث لا يمكن التخلص عن مكرهم، و يدعون عليهم الولايه العامه في الظاهر و ان كانت عقيدتهم على خلاف دعواهم، كجمله من الخلفاء السابقين. و من الواضح أن المسؤول عنه في تلك الروايات إنما هو تصرفات هؤلاء الخلفاء في الحقوق الثابته على المسلمين و عليه فليس في تلك الروايات عموم، و لا إطلاق لكي يتمسك به في الموارد المشكوكه و في كل مترعم أطلق عليه لفظ السلطان، و ح فلا بد من الاقتصار في الأحكام المذكوره على المقدم المتيقن، و هي القضايا الشخصيه الخارجيه، و لا يجوز التعدي منها إلا- إلى ما شاكلها في الخصوصيات. و من هنا يظهر عدم شمول الأخبار المزبوره لسلاطين الشيعه الذين اتصفوا بأوصاف المخالفين فضلاً عن شمولها لمن تسلط على قريه أو بلده خروجاً على سلطان الوقت، و أخذ من أهلها أموالهم باسم الخراج و المقاسمه و الصدقه، فلا تبرء بذلك ذمم الزارعين، و لا يجوز شراؤها من هؤلاء الظالمين، لأن ذلك يدخل فيما أخذ على سبيل الظلم و العدوان.

و قد يقال بشمول الأحكام المتقدمه لكل من يدعى الرئاسة و منصب الخلافه و لو على على قريه أو بلده، لقاعده نفى العسر و الحرج. و لكن يرد عليه أنه قد يراد بذلك لزوم الحرج على الذين يأخذون الأموال المذكوره من هؤلاء الظلمه المدعين للخلافه، و هو واضح البطلان، و أى حرج في ترك شراء ما في يد السراق و الغصاب مع العلم بكونه غصباً و سرقة. على أن ذلك لو صح لجاز أخذ الأموال المحرمه من أى شخص كان، و هو بديهى البطلان.

و قد يراد بذلك لزوم الحرج على الزارعين و أولياء الأراضى، إذا وجب عليهم أداء تلك الحقوق ثانياً، فيرتفع بدليل نفى الحرج، و لكنه أيضاً بين الخلل، فان لازم ذلك أن

الإنسان إذا أجبره سارق أو غاصب على إعطاء حقوق الله أو حقوق الناس أن تبرء ذمته بالدفع إليه، لتلك القاعده، و لم يلتزم بذلك فقيه، و لا متفقه.

### عدم اختصاص الحكم بمن يعتقد

كون الجائر ولى الأمر

الأمر السادس: قد عرفت أنه لا شبهه في جواز أخذ الصدقه و الخراج من الجائر، فهل يختص ذلك بالحقوق التي أخذها من المعتقدين بخلافته و ولايته، أم يعم غيرها؟ الظاهر أنه لا فارق بينهما، لإطلاق الروايات المتقدمه، بل ورد بعضها فيما كان المأخوذ منه مؤمنا كروايتي الحذاء و إسحاق بن عمار، و بعض ما ورد في تقبل الأرض - و قد تقدمت الإشارة الى هذه الروايات آنفاً - من الواضح أن المؤمن لا يعتقد بخلافه الجائر و كونه ولى أمر المسلمين.

### تقدير الخراج منوط برضى الموجر و المستأجر

الأمر السابع: ليس للخراج قدر معين، بل المناط فيه ما رضى به السلطان و مستعمل الأرض بحيث لا يكون فيه ضرر على مستعمل الأرض، فإن الخراج هو اجره الأرض، فينات تقديره برضى الموجر و المستأجر، كالنصف و الثلث و الرابع و نحوها، فان زاد على ذلك فالزائد غصب يحرم أخذه من الجائر. و يدل على ما ذكرناه قوله «ع» في مرسله حماد الطويله (1) (و الأرضون التي أخذت عنوه بخيل و رجال فهي موقوفه متروكه في يد من يعمرها و يحييها و يقوم عليها على صلح ما يصلحهم الوالى على قدر طاقتهم من الحق: النصف و الثلث و الثلثين و على قدر ما يكون صالحا و لا يضرهم).

### شراء الصدقه من الجائر على

على وجه الإطلاق

الأمر الثامن: المستفاد من الروايات المتقدمه هو جواز شراء الصدقه و الخراج و المقاسمه من الجائر على وجه الإطلاق، سواء كان المأخوذ بقدر الكفاف و الاستحقاق، أم أزيد.

ص: ٥٤٤

و أما الأخذ المجانى فيحرم من أصله إن كان الآخذ غير مستحق لذلك، وإلا يحرم الزائد على قدر الاستحقاق. ويشعر بما ذكرناه قوله «ع» فى روايه الحضرمي (أما علم أن لك فى بيت المال نصيبا). وقد تعرضنا لها سابقا (1) و رميناها إلى الجهالة.

نعم لا بأس بأخذها للاستنقاذ، و ح فلا بد من إيصالها إلى الحاكم الشرعى مع التمكن منه، وإلا أوصلها إلى المستحقين.

و قد يتوهم جواز الأخذ مطلقا، للأخبار الداله على حليه أخذ الجوائز من السلطان.

و قد تقدمت جملة منها فى البحث عن ذلك. و لكن هذا التوهم فاسد، فان تلك الأخبار غير متعرضه لحكم الحقوق الثلاثة نفيا و إثباتا.

### شروط الأراضى الخراجيه

الأمر التاسع: الأراضى الخراجيه إنما تثبت بشروط ثلاثه،

### الشرط الأول: أن تكون

الأرض مفتوحه عنوه أو صلحا أو تكون من الأنفال على الاحتمال المتقدم

(٢)

و يثبت ذلك بالشياع المفيد للعلم، و بشهاده العدلين، و كذا يثبت بالشياع المفيد للظن المتأخم للعلم إذا قلنا بكفايته فى كل ما تعسرت إقامه البيئه عليه، كالنسب و الوقف و الملك المطلق و نحوها، و بقول العدل الواحد إذا قلنا بحجتيه فى الموضوعات، و هذه الإمارات حاكمه على أصله عدم كون الأرض مفتوحه عنوه.

و قد يقال بثبوت الفتح عنوه بالسيره و بحمل فعل الجائر على الصحه فإن أصله الصحه لا تختص بفعل العادل، أما السيره فإن كان المراد بها سيره الجائرين فهى مقطوعه البطلان لأنهم لا يلتزمون بالأحكام الشرعيه، بل يرتكبون الأفعال الشنيعه، و لا يفرقون بين الحلال و الحرام، فكيف يبقى مع ذلك اطمئنان بالسير الدائره بينهم، و يزداد ذلك وضوحا بمراجعته التواريخ و ملاحظه أحوال الخلفاء السابقين و أفعالهم.

و إن كان المراد بها سيره الفقهاء على معاملة جملة من الأراضى كمعامله الأراضى الخراجيه فهو متين. و لكن الإشكال فى الصغرى، فأى أرض تثبت كونها مفتوحه عنوه أو صلحا لكى يحكم بكونها خراجيه.

و من هنا يتضح أن البحث فى ذلك خال عن الفائده، فان الجائرين فى يومنا هذا لا يأخذون الخراج بعنوان الولايه و الاستحقاق، بل لا يعتقدون بذلك، و معه يأخذون



١-١) في ص ٥٤٥.

٢-٢) في ص ٥٤٢.

فريقا من أموال الناس باسم الخراج، كالمكوس و الكمارك و غيرهما.

و أما حمل فعل الجائر على الصحة فسيأتى التعرض له عند بيان الضابطه للأراضى.

و التحقيق أن تحرير البحث فى المقام يقع فى ثلاث نواحى، الناحيه الاولى: أن الأرض التى تكون بيد الزارع قد توجد فيها علامه تدل على كونها مسبوقه باليد، و قد لا تكون كذلك، و على الأول فقد تمضى مده يطمئن الزارع بعدم بقاء المالك عاده، و قد لا يكون كذلك. فعلى الأول تكون الأرض و خراجها للإمام «ع» لأنه وارث من لا وارث له، و مع الشك فى وجود الوارث فالأصل عدمه إذا كان هنا علم عادى بموت الأبوين.

و على الثانى تعامل الأراضى و خراجها معاملة مجهول المالك، و من هنا يتضح ما فى كلام المصنف من إثبات عدم الفتح عنوه، و عدم تملك المسلمين و غيرهم بأصالة العدم. و وجه الضعف هو أن كون الأرض معلمه بما يدل على أنها مسبوقه باليد مانع عن الرجوع الى الأصل.

و على الثالث- و هو ما إذا لم تكن فى الأرض علامه تدل على كونها مسبوقه باليد- فإن ثبت كونها خراجيه فلا كلام لنا فيه، و إن لم يثبت ذلك فهل يمكن إثبات ذلك بحمل فعل الجائر على الصحة أم لا؟ الظاهر هو الثانى، فقد عرفت فيما سبق أن معنى حمل فعل المسلم على الصحة فى غير المعاملات هو أن لا يعامل معاملة الكاذب، و من المعلوم أنه لا دلالة فى ذلك على ترتيب آثار الصدق عليه.

على أن الحمل على الصحة إنما هو فيما إذا كان الفاعل على الصلاح و السداد، و إلا فلا موجب له، كما فى الخبر [١] و لكنه ضعيف السند.

و قد يقال بحمل فعل الجائر على الصحة من ناحيه وضع يده عليها و أخذه الخراج منها.

و لكن يرد عليه أن وضع اليد إنما يحمل على الصحة فيما إذا احتملت صحته، و أحرز واضح اليد جواز ذلك، و من المعلوم جزما أن الجائر لم يحرز كون الأراضى التى هى تحت تصرفه خراجيه، فتكون يده عليها يد غضب و عدوان. و على هذا فمقتضى القاعده أن الأرض ملك للزارع، لأن من أحبب أرضا فهى له.

الناحيه الثانيه: أن الأرض التى بيد الزارع إما أن تكون معموره قبل أخذها من

الجائر أو مواتا، و على الثانى فهى لمن أحيها، للأخبار الداله على أن من أحيى أرضا فهى له (و قد ذكرت هذه الاخبار فى كتاب إحياء الموات) و على الأول فاما أن يحتمل بقاء المالك أولا، و على الأول تكون الأرض من مجهول المالك، و على الثانى فهى ملك للإمام لأنه وارث من لا وارث له، و احتمال وجود وارث غيره مدفوع بالأصل، إلا إذا احتمل بقاء العمودين فتكون الأرض أيضا من مجهول المالك.

الناحيه الثالثه: أخذ الخراج ممن أخذه من الجائر حكمه حكم أخذه من نفس الجائر فإن احتمل فى حقه أنه يعرف الأراضى الخراجيه، و يعلم أن ما أخذه الجائر من تلك الأراضى حمل فعله على الصحه، و عوامل معامله المالك، و إلا كان المقام من قبيل تعاقب الأيدى على المال المغصوب.

### الشرط الثانى: أن يكون الفتح بإذن الإمام (عليه السلام)،

و اعتبار هذا الشرط هو المشهور بين الفقهاء، و ذهب صاحب المستند و بعض آخر الى عدم اعتباره فى كون الأرض خراجيه. و تحقيق ذلك أن الكلام قد يقع فى الشبهه الحكميه، بمعنى أنه هل يعتبر إذن الإمام (عليه السلام) فى الفتح أم لا؟ و قد يقع فى الشبهه الموضوعيه، و أنه بعد اعتبار إذن الامام فى ذلك فبأى طريق يثبت كون الأرض خراجيه عند الشك فى ذلك.

أما اعتبار إذن الإمام (عليه السلام) فى الفتح فتدل عليه روايه الوراق [١].

و يرد عليه أولا: أن الروايه مرسله لا يصح الاعتماد عليها. و ثانيا: أن النسبه بينها و بين الروايات (١) الداله على أن الأرض الخراجيه التى فتحت بالسيوف للمسلمين هى العموم من وجه، لأن المرسله أعم من حيث شمولها للمنقولات، و تلك الروايات أعم، لإطلاقها من ناحيه إذن الامام (عليه السلام)، فتقع المعارضه بينهما فى الأراضى التى أخذت بغير إذن الإمام فتكون بمقتضى المرسله ملكا للإمام (عليه السلام)، و بمقتضى تلك الروايات ملكا للمسلمين، فيحكم بالتساقط، و يرجع الى عموم قوله تعالى (٢): (وَاعْلَمُوا أَنَّمَا غَنِمْتُمْ مِنْ شَيْءٍ فَإِنَّ لِلَّهِ خُمُسَهُ) و الحاصل أنه لا- دليل على اعتبار الشرط الثانى فى كون الأراضى المفتوحه للمسلمين.

و يضاف الى ذلك خبر محمد بن مسلم [٢] فإن ظاهرها أن الأراضى المفتوحه بعد رسول الله (صلى الله عليه و آله)

ص: ٥٤٧

١- ١) تقدمت الإشارة إليها فى ص ٥٣٩.

٢- ٢) سورة الأنفال، آيه: ٤٢.

حكمها حكم أرض العراق، وأنها ملك للمسلمين.

و أما الكلام من حيث الشبهه الموضوعه فمقتضى الأصل هو عدم كون الفتح بإذن الإمام «ع»، ولا يكون هذا مثبتا، فان الفتح محرز بالوجدان، وعدم كونه بإذن الإمام محرز بالأصل، فيترتب الأثر على الموضوع المركب. نعم لو قلنا بأن الأثر -أعنى كون المفتوح ملكا للمسلمين- يترتب على الفتح المستند إلى إذن الامام «ع» كان الأصل مثبتا.

و نتمسك مع ذلك بالعدم الأزلى، و نقول: إن الأصل عدم الاستناد.

و قد ذكرت وجوه للخروج عن الأصل المذكور. الوجه الأول: أن المفتوحات الإسلاميه كلها كانت بإذن الإمام «ع». و تدل على ذلك روايه الخصال [1] الداله على أن عمر كان يشاور أمير المؤمنين (عليه السلام) في غوامض الأمور، و من الواضح أن الخروج الى الكفار، و دعائهم إلى الإسلام من أعظم تلك الأمور، بل لا أعظم منه.

و يرد على هذا الوجه أولا: أن الروايه ضعيفه السند فلا يصح الاعتماد عليها. و ثانيا:

أن عمر كان مستقلا في رأيه، و لم يشاور الإمام في كثير من الأمور المهمه بل في جميعها الرجعه إلى الدين. و ثالثا: أن هذا الوجه إنما يجرى في الأراضي التي فتحت في خلافه عمر و لا يجرى في غيرها.

الوجه الثاني: أن الأئمه (عليهم السلام) راضون بالفتوحات الواقعه في زمن خلفاء الجور، لكونها موجهه لقوه الإسلام و عظمته.

و فيه أن هذه الدعوى و ان كانت ممكنه في نفسها، إذ المناط في ذلك هو الكشف عن رضاء المعصوم (عليهم السلام) بأى طريق كان، و لا موضوعيه للاذن الصريح. و لكنها أخص من المدعى، فإنه ليس كان فتح مرضيا للأئمه حتى ما كان من الفتوح موجبا لكسر الإسلام و ضعفه

الوجه الثالث: ما ذكره المصنف من أنه (يمكن أن يقال بحمل الصادر من الغزاه من فتح البلاد على وجه الصحيح، وهو كونه بأمر الإمام).

و فيه مضافا الى أن مورد حمل فعل المسلم على الصحة ما إذا كان الفعل ذا وجهين: الصلاح و الفساد، و دار الأمر بين حمله على الصحيح أو الفساد فإنه يحمل على الأول، للقاعده المذكوره، و أما إذا كان كلا وجهي الفعل صحيحا كما في المقام فلا مورد لها أصلا، فإن الغزوات الواقعة إن كانت بإذن الإمام «ع» فالغنائم للمسلمين، و إلا فهي للإمام، و لا شبهه أن كلا الوجهين صحيح، فلا مورد لنفي أحدهما و إثبات الآخر بتلك القاعده.

### الشرط الثالث: أن تكون الأراضي المفتوحه محياه حال الفتح لتدخل في الغنائم،

و يخرج منها الخمس أولا- على المشهور، و يبقى الباقي للمسلمين، و إن كانت مواتا حين الفتح فهي للإمام (عليه السلام)، و قد أباحها للمسلمين.

و يدل على ذلك مضافا الى الشهرة و الإجماعات المنقوله أمران، الأول: أنه ورد في الشريعة المقدسه أن أموال الكفار الحربيين من الغنائم، فيخرج منها الخمس، و يبقى الباقي للمسلمين، و لا- شبهه أن هذا الحكم لا- يشمل أموال المسلمين المودعه عند الكفار، أو المعامره لهم، أو المغصوبه عندهم، لأنها ليست من أموالهم، و قد ثبت أيضا أن الأراضي الموات للإمام (عليه السلام)، و قد أباحها للمسلمين، أو لمن أحيها و لو كان كافرا. و نتیجه المقدمتين أن الأراضي المفتوحه إنما تكون ملكا للمسلمين إذا كانت محياه حال الفتح، و إلا فهي للإمام (عليه السلام).

الأمر الثاني: أن الأراضي كلها كانت بيد الكفار، و قد أخذها المسلمون بالحرب و نحوه فلو لم تكن الموات من تلك الأراضي ملكا للإمام (عليه السلام) لم يبق مورد للروايات الداله على أن موات الأرض للإمام فتكون ملغاه. (و قد ذكرت هذه الاخبار في أبواب الأنفال).

قوله نعم لو مات المحياه حال الفتح فالظاهر بقاؤها على ملك المسلمين. أقول:

الأراضي الموات على ثلاثه أقسام، الأول: ما كانت مواتا في الأصل بحيث لم تكن محياه في وقت ما. الثاني: ما كانت محياه حال الفتح، ثم ماتت بعد و لم يحيها أحد. الثالث:

ما كانت مواتا حال الفتح، ثم أحيها أحد المسلمين، ثم تركها فصارت مواتا.

و الظاهر أن هذه الأقسام كلها مشموله للأخبار الداله على أن الأراضي الموات كلها للإمام ضروره صدق الميت بالفعل عليها من غير فرق بين ما كان ميتا بالأصل أو بالعرض.

لا يقال: الأراضي التي كانت محياه حال الفتح باقيه في ملك المسلمين، سواء عرضها الموت بعد ذلك أم لا، كما أن كل أرض كانت مواتا حال الفتح، ثم أحيها أحد فهي باقيه في



ملك من أحيائها و إن عرضها الموت بعد ذلك، لأن خروجها بالموت عن ملكه يحتاج الى دليل، و مع الإغضاء عن ذلك يرجع الى الاستصحاب.

فإنه يقال: الأحكام المجعوله على الموضوعات المقدره إنما تكون فعلية بفعليه موضوعاتها فإذا انتفى الموضوع سقط الحكم عن الفعلية، كما ينعدم المعلول بانعدام علته. و من الواضح أن موضوع الملكية الفعلية حدودا و بقاء فيما دل على أن من أحيى أرضا فهي له إنما هو الأرض مع قيد الحياه، فإذا زالت الحياه زالت الملكية أيضا. فلا يشمل إطلاق ذلك لما بعد الموت أيضا. و اما الاستصحاب فهو محكوم بالإطلاقات الداله على أن كل أرض ميت فهي للإمام (عليه السلام) مع أنه لا- يجرى فى الشبهات الحكيمه، كما حققناه فى علم الأصول.

على أن شمول بعض الروايات-الداله على أن موات الأرض للإمام-للأراضى التى كانت محياه ثم ماتت بالعموم، و شمول الروايات-الداله على أن من أحيى أرضا فهي له-لذلك بالإطلاق، فيتعارضان بالعموم من وجه، فيقدم ما كانت دلالتة بالعموم على ما كانت دلالتة بالإطلاق، و قد حققنا ذلك فى علم الأصول.

ثم إن الأمور التى تثبت بها الحياه حال الفتح من الشيع المفيد للعلم و غيره مما قدمناه آنفا يثبت بها الفتح عنوه. و مع الشك فى ذلك يرجع الى الأصل.

ثم إذا علم إجمالا باشتمال الأراضى التى بيد أحد المسلمين على أرض محياه حال الفتح بأن كانت لأحد أراضى متعدده فى نقاط العراق، كالبصره و الكوفه و كربلاء، و علم إجمالا باشتمالها على أرض محياه حال الفتح-فإن ادعى من بيده الأراضى ملكيه جميعها مع احتمال كونها له عوامل معامله المالك، إذ يحتمل أن المحياه حال الفتح ماتت بعد ذلك، ثم طرأت عليها الحياه ثانيا و إن لم يدع ملكيه كلها، أو بعضها رجع فيها الى حكام الشرع. إلا أنه لا يوجد لهذه الصوره مصداق فى الخارج.

ثم إذا أحرزنا كون أرض مفتوحه عنوه بإذن الإمام (عليه السلام) و كانت محياه حال الفتح فإنه لا يمكن الحكم أيضا بكونها أرض خراج و ملكا للمسلمين مع ثبوت اليد عليها، لأننا تحتمل خروجها عن ملكهم بالشراء و نحوه. و على هذا فلا فائده لتطويل البحث فى المقام إذ لا- يترتب عليه أثر مهم. و قد تم الجزء الأول من كتاب مصباح الفقاهه فى المعاملات بعون الله و حسن توفيقه، و يتلوه الجزء الثانى إنشاء الله. و الحمد لله أولا- و آخرا و ظاهرا و باطنا، و صلى الله على محمد و آله الطيبين الطاهرين المعصومين، و لعنه الله على أعدائهم أجمعين إلى يوم الدين. و كان الفراغ من ذلك صبيحه يوم الثلاثاء ١٦ ربيع الأول سنه ١٣٧٣ هـ.

سرشناسه: خوئی، ابوالقاسم، ۱۳۷۱ - ۱۲۷۸

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

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

مشخصات ظاهری: ۷ ج. نمونه

یادداشت: کتابنامه

موضوع: معاملات (فقه)

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

رده بندی کنگره: BP۱۹۰/خ ۹ م ۶ ۱۳۷۵

رده بندی دیویی: ۲۹۷/۳۷۲

شماره کتابشناسی ملی: م ۷۵-۷۰۸۹

ص: ۱



مصباح الفقاهه

من تقرير بحث... ابوالقاسم الموسوي الخوئي

لمولفه محمدعلي التوحيدى التبريزى

ص: ٢

## المعاملات و حكمه البحث عن حقيقتها

لا شبهه فى ان الإنسان مدنى بالطبع لا يمكنه الاستقلال بحوائجه كلها.

و إذن فيتوقف حفظ نظام النوع، و صيانه كيانه على الاجتماع و تشريع المبادله بين الأموال، بداهه أنه لو لم يشرع ذلك لاحتاج كل واحد فى حاجاته إلى التغالب، و التكالب، و المقاهره، كما هو الحال فى سائر الحيوانات، و عليه فلا بد فى حفظ النظام من تشريع المعاملات. و على هذا الضوء فلا مناص من معرفه أحكام المعاملات و تنقيح قواعدها و تبويب أبوابها. و بما أن اشتغال جميع أفراد المكلفين بذلك يوجب اختلال النظام. و جب التصدى لها عليهم كفايه.

## المال و حقيقته

ما هو حقيقه المال؟ و ما هو الفارق بينه و بين الملك؟ المال فى اللغه [١] ما ملكه الإنسان من الأشياء، و فى العرف أن المالىه إنما تنتزع من الشىء بملاحظه كونه فى حد ذاته مما يميل إليه النوع، و يدخرونه للانتفاع به وقت الحاجه،

و يتنافسون فيه، و يبذلون يازائه شيئاً مما يرغب فيه من النقود و غيرها، ضروره أن منا من الحنطه ليس كالمن من التراب، فإن الأول ينتزع منه عنوان المالىه دون الثانى.

و أما عند الشرع فمالیه كل شىء باعتبار وجود المنافع المخلله فيه، فعدم المنفعه المحللّه (كالخمر و الخنزير) ليس بمال.

ثم إن النسبه بين المال و الملك هی العموم من وجه، بديهه أنه قد يوجد الملك و لا يوجد المال، كالحبه من الحنطه المملوكه، فإنها ملك و ليست بمال، و قد يتحقق المال، و لا يتحقق الملك. كالمباحات الأصلية قبل حيازتها، فإنها أموال، و ليست بمملوكه لأحد، و قد يجتمعان، و هو كثير.

ثم إنه لا وجه لتخصيص المال بالأعيان، كما يظهر من الطريحي فى مجمع البحرين [١] بل المال فى اللغه و العرف يعم المنافع أيضاً، و لعل غرضه من التخصيص هو بيان الفرد الغالب.

### الإضافه الحاصله بين المال و مالكه

و حقيقه هذه الإضافه و أقسامها

ما هو حقيقه الإضافه بين المال و مالكه؟ لا- ريب فى أن الإضافه الموجوده بين المال و مالكه المسماه بالإضافه المالكه على أقسام، لأنها فى الواقع و نفس الأمر إما إضافه ذاتيه تكوينيه، أو إضافه عرضيه حاصله بالأموال الخارجيه.

أما الأولى فكالإضافات الكائنه بين الأشخاص، و أعمالهم، و أنفسهم، و ذممهم، فإن أعمال كل شخص، و نفسه، و ذمته مملوكه له ملكيه ذاتيه،

و هو واجد لها فوق مرتبه الواجديه الاعتباريه، و دون مرتبه الواجديه الحقيقه التي هي لله جل و علا.

و المراد من الذاتى هنا ما لا يحتاج تحققة إلى أمر خارجى تكوينى، أو اعتبارى، و ليس المراد به الذاتى فى باب البرهان: أى ما ينتزع من مقام الذات، و لا الذاتى فى باب الكليات الخمس: أعنى به الجنس، و الفصل. و هذا واضح لا ريب فيه.

و المراد من الملكيه الذاتيه ليس إلا سلطنه الشخص على التصرف فى نفسه، و شؤونها، بداهه أن الوجدان، و الضروره، و السيره العقلائيه كلها حاكمه بأن كل أحد مسلط على عمله، و نفسه، و ما فى ذمته: بأن يؤجر نفسه لغيره، أو يبيع ما فى ذمته، و من البين الذى لا ستار عليه: أن الشارع المقدس قد أمضى هذه السلطنه، و لم يمنع الناس عن التصرفات الراجعه إلى أنفسهم.

و ليس المراد من الملكيه هنا: الملكيه الاعتباريه، لكى يتوهم أن عمل الإنسان، أو نفسه ليس مملوكا له بالملكيه الاعتباريه.

و من هنا يتجلى لك: أنه لا- شبهه فى صدق المال على عمل الحر. و عليه فاستيفأؤه قهرا عليه موجب للضمان جزما. و كذلك الحال فى ضمان نفسه. غايه الأمر أن الشارع المقدس قد سلك فى ضمان النفس المحترمه، و ما يرجع إليها من الأعضاء و الأطراف غير ما سلكه فى ضمان الأموال، و جعل فى ذلك حدا خاصا و ديه مخصوصه.

و أما الثانيه (أعنى بها الإضافه العرضيه) فهى إما أن تكون إضافه أوليه و إما أن تكون إضافه ثانويه و الأولويه إما أصليه استقلاليه، أو تبعيه غيريه.

فالأوليه الأصليه، كالإضافه الماليه الحاصله بالعمل، أو بالحيازه، أو بهما معا، فالأول كالأعمال التى يعملها الإنسان فيحصل منها المال، كحيازه المباحات، بناء على عدم اعتبار قصد التملك فيها، كما هو الحق، و أما بناء على اعتبار القصد فى ذلك فحصول الملكيه فيها يحتاج إلى العمل القلبي.

و قد حكم العقلاء بحصول المالىه بمجرد الحيازه. بل اشتهر بين الفقهاء مرسلا أن(من حاز ملك[١]).

و قد روى عن النبى ص من طرق العامه[٢] و من طرق الخاصه[٣] أن(من سبق إلى ما لم يسبقه اليه مسلم فهو أحق به) و لكنه ضعيف السند، و غير منجبر بشىء.

و المهم فى المقام هو بناء العقلاء، فإنه قائم على حصول الإضافه المالكيه بين المحيز، و المحاز.

و الثالث: كمن يحوز أشجارا، فيجعلها سريرا، أو يجوز ترابا، فيجعله كوزا، أو يجوز نباتا، فيجعله ثوبا أو حصيرا، أو غيرهما، فإن الصوره السريره، و الكوزيه، و الثوبيه و الحصيره توجب تحقق إضافه مالىه أخرى فى تلك الموارد وراء المالىه المتقومه بها، فتلك المالىه القائمه بها إنما حصلت من العمل و الحيازه معا.

ثم إن الوجه فى إطلاق الأول على هذه الإضافه هو أنه لم تسبق إضافه ذلك المال الى غيره. و الوجه فى إطلاق الأصلية عليها إنما هو بلحاظ عدم تبعيتها لغيرها.

و أما الإضافه الأولويه التبعيه فهى ما تكون بين المالك، و بين نتاج أمواله،

فان هذا النتاج يضاف الى مالك الأصول إضافه أوليه تبعيه. أما إطلاق التبعيه فلكونها ثابتة لما تحصل منه. و أما إطلاق الأوليه فلعدم سبق إضافه أخرى إليها.

و أما الإضافه الثانويه فالمراد بها ما قابل الإضافه الأوليه و إن طرأت على الأموال مرارا عديده، نظير المعقولات الثانويه من جهه مقابلتها للمعقولات الأوليه.

و هي على قسمين: لأنها تاره تكون قهريه، و اخرى اختياريه.

أما الأولى فكالإضافه التي تحصل بسبب الإرث، أو الوقف، أو الوصيه بناء على كونها: (أى الوصيه) من الإيقاعات، و قد اخترناه فى محله. و وجه كونها قهريه هو حصول الملكيه للوارث، و الموقوف عليه. و الموصى له بالقهر، لا بالفعل الاختيارى.

و أما الثانيه فكالإضافه الحاصله من المعاملات. و من ذلك ما يحصل بالبيع التي نحن فى صدد بحثها.

و لا يخفى على الفطن العارف أن ما ذكرناه من أقسام الإضافات المالكيه من الأمور البديهيه التي قياساتها معها.

### **التمن و وجه اختصاصه بالنقود**

قوله: (البيع و هو فى الأصل كما فى المصباح [١] مبادله مال بمال). أقول قد كان دين الناس من لدن آدم ع أبى البشر الى زمان خاص، بل الى زماننا هذا فى بعض النقاط و الأصقاع (كالقرى و أشباهها) قد كان دينهم على تبادل المتاع

بالمتاع عند المعامله و المعاوضه، و كان ذلك من الأمور الصعبه جدا، خصوصا فى تعيين الأروش و قيم المتلفات. و لهذا بنى العقلاء على تخصيص الثمن بالنقود، و تخصيص المثلن بالامتعه. و إلا فإنه لا محذور قطعا فى صحه تحقق المبادله بين المتاعين عند المعامله و المعاوضه. و عليه فقد تقع المبادله بين المتاعين و قد تقع بين النقدين، و قد تقع بين عرض و نقد.

ثم إنه هل يشمل مفهوم البيع لجميع هذه الأقسام المذكوره، أم هو مختص ببعض دون بعض؟ لا- شبهه فى أن مفهوم البيع فى الجمله من المفاهيم الواضحه البديهيه الارتكازيه-التي يعرفها كل احد-كمفاهيم سائر العقود و الإيقاعات، إلا أنه لا يوجد مفهوم فى العالم إلا و يعرضه الاشتباه فى بعض مصاديقه. و من هنا ذكر المصنف(ره) فى أول كتاب الطهاره: أن مفهوم الماء المطلق من أوضح المفاهيم العرفيه. و مع ذلك ذكر: أنه قد يقع الشك فى صدقه على بعض الموارد، لعدم ضبط المفهوم تحقيقا فيرجع الى الأصول العمليه. و على هذا الضوء فلا بد من بيان حقيقه البيع على وجه يمتاز عن جميع ما عداه لكى تترتب عليه أحكامه الخاصه من شرائط المتعاقدين، و شرائط العوضين و الخيارات و غيرها.

و تحقيق ذلك: ان مفهوم البيع لا يساوق مفهوم المبادله بين شيئين، بل يطلق البيع على قسم خاص من المبادله. و ضابطه: ان امتياز البيع عن بقية أقسام المبادله بأحد وجهين:

الوجه الأول: أن يكون أحد العوضين متاعا، و العوض الآخر نقدا.

فالذى يعطى المتاع يسمى بائعا، و الذى يعطى النقد يسمى مشتريا. سواء أ كان نظر كل من المتعاملين فى مبادلتهم هذه الى تحصيل الربح، و حفظ ماله ماله معا، أم كان نظر كل منهما الى رفع حاجته فقط، كأن يشتري المأكولات للأكل، و يشتري المشروبات للشرب، و يشتري الملابس لللبس، و هكذا. أم كان نظر أحدهما إلى حفظ ماله ماله و تحصيل الربح معا، و نظر الآخر الى دفع الضروره و الاحتياج فقط.

الوجه الثانى: أن يكون كلا العوضين نقدا أو من العرض، و لكن كان نظر

أحد المتعاملين من المبادله إلى حفظ ماله في ضمن أى متاع كان، مع تحصيل الربح - كأهل التجاره - و نظر الآخر الى رفع حاجته فقط، فالأول يسمى بائعا. و الثاني يسمى مشتريا. و على هذا النهج يكون الملحوظ فيما يعطيه المشتري هو المالىه الخالصه، لكى يكون ذلك قائما مقام النقود، و يعنون بعنوان الثمنيه.

و لا ريب فى أن هذا المعنى هو المتبادر من مفهوم البيع عند أهل العرف. بل هو أمر ارتكازى فى ذهن كل بشر من أهل أى لغه كان. و يعرف ذلك كل منهم و لو من غير العارف باللغه العربيه، بديهه أن الغرض الأقصى و الغايه القصوى إنما هو معرفه مفهوم البيع، لا لفظه، و مادته. لكى يختص البحث بلفظ دون لفظ.

و إذا كان كلا- العوضين عرضا، أو نقدا، و كان الغرض لكل من المتعاملين هو تحصيل الربح، و المنافع، مع حفظ ماله فى ضمن أى متاع كان، أو كان نظر كليهما الى رفع الاحتياج، و دفع الضروره فقط. و إذا كان كذلك فان ذلك لا يسمى بيعا جزما. بل هو معامله خاصه و يدل على صحه ذلك عموم آيه التجاره عن تراض [١].

نعم يظهر من بعض كتب العامه [٢] جواز إطلاق البيع على مطلق المبادله، و المعاوضه، و لكن قد عرفت قريبا أن هذا الإطلاق على خلاف المرتكزات العرفيه.



و على هذا الضوء فإذا أراد أحد تبديل كتابه بكتاب شخص آخر، أو تبديل ثوبه بثوب غيره لمجرد دفع الاحتياج فإنه لا يتوهم أحد أن أيا منهما باع كتابه بكتاب غيره، أو باع ثوبه بثوب غيره. كما أنه لا يتوهم أحد أيضا أن باذل النقد هو البائع، و باذل العرض هو المشتري. و من هنا ذكر الفيومي في المصباح: أنه (إذا أطلق البائع فالمتبادر الى الذهن باذل السلعه).

و أما ما ذكره في المصباح من أن (الأصل في البيع مبادله مال بمال) فهو و إن كان شاملا لجميع أقسام المبادله، ولكنه ليس تعريفا حقيقيا، لقضاء الضروره بأن البيع ليس هو مطلق المبادله بين شيئين، بل هو تعريف لفظي، و تبديل لفظ بلفظ آخر أوضح منه، كقول أهل اللغة: السعدان نبت. و كذلك الحال فيما ذكره بعض العامه من أن البيع في اللغة مقابله شيء بشيء.

ثم إنه يمكن أن يراد من لفظه الأصل في تعريف المصباح ما كان هو المتعارف في الأيام السالفه من كون البيع عباره عن مطلق المبادله بين الأموال، بديهه أنه لو كان غرض الفيومي من هذه الكلمه هو اللغة لوجب عليه أن يصدر كلامه بلفظه الأصل عند شرح كل ماده ترد عليه. و قد وقع التصريح بما ذكرناه في لسان العرب. و مجمع البحرين: في ماده المال و ذكرا أن المال في الأصل الملك من الذهب، و الفضة، ثم أطلق على كل ما يقتنى و يملك من الأعيان.

## المبيع و اختصاصه بالأعيان

هل يجوز أن يكون المبيع من المنافع أم لا- بدّ و أن يكون من الأعيان؟ الظاهر أنه لا ريب في اشتراط كونه من الأعيان، بداهه اختصاص مفهوم البيع عند أهل العرف بتمليك الأعيان، فلا يعم تمليك المنافع و إذن فتختص الأدله الوارده في إمضاء البيع بنقل الأعيان. و تبعد عن تمليك المنافع رأسا.

نعم يظهر من المحكى عن المالكيه و الحنابله [١]جواز إطلاق البيع على تمليك المنافع و لكنه على خلاف المرتكزات العرفيه.

و مع الإغضاء عما ذكرناه ان مجرد الشك في صدق مفهوم البيع على تمليك المنافع يكفينا في المنع عن شمول أدله إمضاء البيع له.

و حينئذ فدعوى أن المتبادر من مفهوم البيع تمليك العين فقط، و أن هذا المفهوم يصح سلبه عن تمليك المنفعه دعوى صحيحه. و لا ريب في أن التبادر و صحه السلب من علائم الحقيقه. و عليه فيكون البيع حقيقه في تمليك العين و مجازا في غيره.

و إذا ثبتت هذه الدعوى في العصر الحاضر ثبتت في محاورات أبناء الأزمنه السالفه أيضا بأصالة عدم النقل المعبر عنها بالاستصحاب القهقري و قد ذكرنا في مبحث الاستصحاب من علم الأصول، أنه لا دليل على حجيه هذا الاستصحاب إلا في مورد واحد، و هو أن يكون المتبادر الفعلي من اللفظ معنى خاصا، و شك في كونه كذلك في العهود البائده، و الأيام السالفه، فإن الاستصحاب القهقري يقتضى بقاء اللفظ على معناه الأولى، و عدم انتقاله منه إلى معنى آخر يغيره.

و الدليل على حجيه الاستصحاب المزبور في هذا المورد إنما هو بناء العقلاء، و سيره العلماء، و ديدن الفقهاء، لأنه لو لا ذلك لا نسد عليهم باب الاجتهاد، و طريق الاستنباط، إذ من المحتمل القريب أن تكون الروايات في عرف الأئمه عليهم السلام ظاهره في معانى مغايره لما هي ظاهره فيه فعلا. و من بين الذى لا ريب فيه أنه لا سبيل إلى دفع هذا الاحتمال إلا الاستصحاب المذكور.

و يؤيد ما ذكرناه من اختصاص المبيع بالأعيان أمران:

الأول: ما استقرت عليه آراء الفقهاء من تخصيص المعوض - في البيع - بالأعيان، الثاني: ما ذكره بعض العامة (1) من أن البيع في اللغة إخراج ذات عن الملك بعوض. فتمليك المنفعة بالإجاره لا يسمى بيعاً. قيل:

إن ما ذكره الفيومي في المصباح من أن البيع في الأصل مبادله مال بمال يشمل نقل المنافع، كشموله لنقل الأعيان، و عليه فلا وجه لتخصيص مفهوم البيع بتمليك الأعيان. و الجواب عن ذلك:

أنك قد عرفت قريباً أن هذا التعريف ليس بتعريف حقيقى لكى يلزم الأخذ بإطلاقه، و الحكم بشمول مفهوم البيع لتمليك العين و المنفعة. بل هو تعريف لفظى مبنى على المسامحة و المساهله.

و بما أوضحناه ظهر لك الفارق بين البيع و الإجاره: و هو أن صيغه الإجاره و إن كانت تتعلق بالعين المستأجره. كقولك: آجرتك المتاع الفلانى إلخ إلا أن أثرها تمليك المنفعة. و هذا بخلاف البيع، فإن الأثر المترتب عليه إنما هو تمليك العين كما أن صيغته أيضاً تتعلق بالعين. و هذا المعنى هو السر فيما استظهره المصنف ره من اختصاص المعوض - في البيع - بالأعيان و قال: (و الظاهر اختصاص المعوض بالعين، و عليه استقر اصطلاح الفقهاء فى البيع).

و المتحصل من جميع ذلك: أن إطلاق كلمه البيع على تمليك المنافع مبنى على العناية، و المجاز و قد ورد هذا الإطلاق فى كلمات الفقهاء. و فى الروايات العديده

ص: ١٢

(١-١) راجع الفقه على المذاهب الأربعة ج ٢ ص ١٤٧.

الوارده فى مواضع شتى: منها الأخبار [١] الداله على بيع خدمه المدبر. و منها الروايه الوارده فى بيع سكنى الدار [٢] و منها الأخبار الوارده فى بيع الأراضى الخراجيه

ص: ١٣

و شرائها[١]و قد ورد فى جملة من الأحاديث[٢]إطلاق لفظ الشراء على غير نقل الأعيان.

و قد ظهر لك مما أسلفناه الفارق بين البيع، و الهبة المعوضه، بداهه أن البيع -على ما عرفته آنفا-عبارة عن تبديل عين بشىء آخر، بخلاف الهبة المعوضه، فإن حقيقتها، و قوامها بالمجانیه المحضه، و إنما اعتبر فيها العوض بالاشتراط. و الشاهد على ذلك أنها لا تبطل بامتناع الموهوب له عن العوض، بل إنما يثبت له خيار تخلف الشرط، و سيأتى لك توضيح ذلك عند التعرض لتعريف البيع، و دفع النقوض عنه.

ص:١٤

قد اشتهر بين الأصحاب تعريف الإجاره بأنها تملك المنفعه بعوض. و نوقش فيه بوجهين:

١ أن المنفعه معدومه حال الإجاره، و من البين الذى لا ريب فيه أن المعدوم غير قابل للتمليك. و الجواب عن ذلك:

أن الملكيه الشرعيه ليست من المقولات الحقيقه التكوينيّه، لكى يستحيل تعلقها بالأمر المعدومه، بل قوامها بالاعتبار الساذج. و من المعلوم أن الأمور الاعتباريه بما أنها خفيفه المؤنه جاز تعلقها بالأمر المعدومه إذا كانت مقدوره التسليم. و بديهى أن المنفعه و إن كانت معدومه، ولكنها مقدوره بتبع العين الخارجيه. و إذن فلا محذور فى تعلق الملكيه الاعتباريه فى الإجاره بالمنفعه المعدومه الملحوظه مع العين المستأجره. كما يصح تعلقها بالذمه. و من هنا حكم الفقهاء رضوان الله عليهم بصحة بيع الكلى فى الذمه.

٢ أن منفعه الدار مثلا إنما هى سكنائها، و لا ريب أن السكنى من اعراض الساكن دون الدار. و عليه فإذا صح تملك السكنى كان مالكها هو الساكن، لأنه موضوعها، لا صاحب الدار. و من البين أن ما لم يملكه المؤجر - هو المالك - كيف يملكه للمستأجر. و قد ثبت فى محله أن فاقد الشيء لا يكون معطيا له هذا ملخص ما أفاده بعض المدققين و لذا التجأ إلى تعريف الإجاره بأنها تملك العين المستأجره فى جهه خاصه.

و يقابلها البيع، فإنه تملك العين من جميع الجهات. و الجواب عن ذلك بوجهين:

١ أن لسكنى الدار إضافتين: و هما إضافتها إلى نفس الدار، و إضافتها إلى ساكنها، و من البين أن تلك الدار مملوكه لمالكها بجميع شؤونها، و جهاتها، و ما يضاف إليها، و إذن فمالك الدار مسلط على تملك الدار نفسها، و تملك جهاتها التى منها سكنها

و على الجملة إن المستأجر إنما يملك من المؤجر الجهه المتعلقة بالعين المستأجره.

و تلك الجهه تختلف حسب اختلاف الأعيان، و الأغراض. و عليه فلا محذور فى تعريف الإجاره بأنها تمليك المنفعه بعوض.

٢ ما ذكره بعض مشايخنا المحققين فى كتاب الإجاره من أنه لا- يمكن جعل الإجاره تمليكا للعين فى جهه خاصه. و الوجه فى ذلك: (أن معروض المملكه إن كان نفس تلك الجهه عاد محذور تعلق المملكه بالمنفعه. و إن كان هى العين المخصصه بجهه، و العين المتحيثه بحيشه مخصوصه بما هى مقيده بها لزم اجتماع ملكين استقلالين على عين واحده.

و تقييدها بالجهه تاره، و إطلاقها أخرى لا يوجب تعدد الموضوع).

## نظره فى بيع الكلى فى الذمه

### ما هو المراد من العين التى نعتبرها فى المثلين؟

المراد من العين ما إذا وجد فى الخارج كان جسما مشتملا على الأبعاد الثلاثه:

العرض، و الطول، و العمق. و لا شك فى أن هذا المعنى للعين يقابل المنفعه، و الحق، و جميع الاعراض المقوليه. و إذن فلا يصدق مفهوم البيع على تبادل منفعه بمنفعه، و لا على تبادل حق بحق. و قد عرفت ذلك آنفا.

و ليس المراد من العين ما يتعلق بالبيع بشخصه، بداهه شمولها للأعيان الشخصيه، و للكلى المشاع- كثلث الدار- و للكلى فى المعين- كصاع من الصبره المعينه- و للكلى فى الذمه- كبيع من من الحنطه سلما، أو حالاً- و للكلى الثابت فى ذمه غيره، فان هذه الأمور يصدق عليها عنوان العين، و يتعلق بها البيع مع أنها أمور قابله للانطباق على أفراد كثيره بل على أفراد غير متناهيه، فالصاع من الصبره يمكن انطباقه على يمين الصبره و يسارها و وسطها، و ناحيه أخرى غير تلك النواحي.

و هذا بين لا ريب فيه.

و على هذا فشان الملكيه شأن الوجوب و الحرمة. فكما انهما يتعلقان بكلى الصلاه و الزناء من غير لحاظ خصوصيه فى متعلقهما- بحيث يكون متعلق الأمر و النهى هو الكلى، و يكون الموجود الخارجى مصداقا له- كذلك الملكيه، فإنها قد تتعلق بالكلى و إن كانت قد تتعلق بالجزئى الحقيقى أيضا. كما عرفته قريبا.

### ثم إن بيع الكلى فى الذمه على قسمين:

لأنه قد يتعلق بالكلى الثابت فى الذمه قبل البيع- كبيع الدين ممن هو عليه، أو من غيره- و قد يتعلق بالكلى الثابت فى الذمه بنفس البيع، من غير أن يكون فيها شىء قبله. كما هو المتعارف فى بيع السلم و غيره من البيوع الكليه.

و قد نوقش فيه بوجهين:

١ أن البيع مبادله مال بمال، و لا- تتحقق هذه المبادله إلا بعد تحقق العوض و المعوض فى الوعاء المناسب لهما من الخارج، أو الذمه، و بما أنه لا وجود للكلى فى أى وعاء من الأوعيه قبل البيع، فلا يصح بيعه بوجه و قد يتوهم:

أن الكلى و إن لم يكن موجودا فى الذمه قبل البيع، إلا أنه يوجد فيها بنفس البيع، و لكن هذا التوهم فاسد.

بداهه أن نسبه البيع إلى متعلقه كنسبه الحكم إلى موضوعه، فكما يستحيل تكفل الحكم بموضوعه، و كذلك يستحيل تكفل البيع بإيجاد متعلقه. و الجواب عن ذلك:

أن البيع ليس إلا مبادله فى التمليك. و قد عرفت قريبا و ستعرف أيضا: أن الملكيه من الأمور الاعتباريه التى لا تتوقف على وجود موضوع لها فى الخارج، أو فى الذمه. نعم لا بد و أن يكون متعلق الملكيه قابلا لتعلق الاعتبار به فى نظر العقلاء.

و عليه فالكلى قبل إضافته إلى الذمه و إن كان من المفاهيم الخياليه، و غير قابل لتعلق



البيع به رأساً. إلا أنه بعد إضافته إلى الذمه بعد من الأموال و يصير موردا لرغبات العقلاء، و محطا لتنافسهم.

و إذن فلا فرق فى صحه بيع ما فى الذمه بين أن يكون الكلى مملوكا قبل البيع- كبيع الدين ممن هو عليه، أو من غيره- و بين أن يكون مملوكا بالملكه الاعتباريه بنفس البيع.

و فى الحقيقه أنه يحصل بالبيع هنا أمران:

١- تصاف الكلى بالملكه.

٢- صيرورته ملكا للمشتري. و قد يجاب عن المناقشه المذكوره:

بأن البائع قبل تصديه للبيع يعتبر الكلى فى ذمه نفسه، ثم يبيعه من المشتري، و حينئذ فلا يكون الكلى غير قابل لتعلق البيع به. و الجواب عن ذلك:

أن الاعتبار المزبور لا يغير الكلى عن واقعه، و لا يزيد فيه على حقيقته. بل هو بعد باق على حالته الأوليه، من دون أن يتصف بصفه الملكيه، و من هنا لا- يطلق ذو أملا-ك على من اعتبر أمتعه كليه فى ذمه نفسه، نعم يتصف ذلك بصفه الملكيه بعد البيع، و قد عرفته قريبا. و هذا واضح لا خفاء فيه.

٢ أن الملكيه من مقوله الأعراض، و من البديهي أن مقوله الأعراض لا توجد إلا فى المحل الموجود، و الكلى الذمى لا وجود له قبل البيع لكى يكون محلا للملكيه، و معروضا لها. و الجواب عن هذه المناقشه بوجه شتى:

١ ما ذكره العلامة الطباطبائى فى حاشيته، و حاصل كلامه: أن الملكيه و إن كانت من قبيل الأعراض الخارجيه، إلا أن حقيقتها متقومه باعتبار الشارع، أو العقلاء، و عليه فيمكن أن يكون موضوع هذه الملكيه موجودا أيضا باعتبار الشارع، أو العقلاء. كما أن الوجوب و الحرمة عرضان خارجيان، مع أنهما لا- يتعلقان إلا- بالأُمور الكليه الاعتباريه. كالصلاه و الزناء قبل أن يوجد فى الخارج، و على هذا

النهج للشارع، أو للعقلاء أن يعتبروا الكلى الذمى شيئاً موجوداً في الذمه لكى يكون موضوعاً للملكية و معروضا لها. و الجواب عنه:

أنه قد يراد من العرض المذكور فى كلامه العرض المقولى. و عليه فلا يسوغ له أن يجمع بين كون الملكيه من الأعراض، و بين كونها من الأمور الاعتباريه المتقومه بالاعتبار الساذج، ضروره أن الأعراض المقولى من الأمور الواقعيه المتأصله، و هذا بخلاف الأمور الاعتباريه، إذ لا واقع لها سوى الاعتبار المحض. و سيتضح لك أن الأمور الاعتباريه لا تدخل تحت أيه مقوله من المقولات المتأصله.

و قد يراد من العرض المزبور فى كلامه المفهوم العام الصادق على المقولات التسع العرضيه، و على الأمور الاعتباريه الخالصه، بداهه أن لفظ العرض من العروض، و هو بمعنى اللقوق. و عليه فلا تكون الملكيه عنده من المقولات المتأصله بل تكون زائده على الماهيه. كما أن الوجود زائد عليها. و إذن فيرجع ما أفاده السيد من الجواب المتقدم إلى ما سيأتى من كون الملكيه أمراً اعتبارياً لا تأصلياً و من هنا ظهرت الحال فى الوجوب و الحرمة أيضاً.

٢- ما حكى عن الفاضل النراقى فى عوائده. و ملخصه: أن البيع عباره عن نقل المالك ملكه إلى غيره نقلاً فعلياً. سواء أ كان مالكا له بالفعل، أم كان مالكا له فى المستقبل كما إذا قال: بعثك منا من الحنطه بكذا مع أن الحنطه لم توجد الآن لديه، فيكون معناه أنى نقلت إليك المن الذى سأملكه من الحنطه بعد مدّه - و إذن فالنقل و إن كان فعلياً، إلا - أنه ليس بعرض لكى يحتاج إلى موضوع و ما هو عرض - و هو الملك - ليس بفعلى حتى يناقش فيه بعدم وجود الموضوع له، و يتوجه عليه:

أولاً: أن البيع ليس عباره عن نقل الملك. و سيأتى. و لا أن الملك من الأعراض المصطلحه. و قد تقدمت الإشارة إليه و ستعرض له تفصيلاً.

و ثانياً: أن نقل الملك بنفسه ليس من العناوين الاستقلاليه، و إنما هو بلحاظ

الإضافه أو المكان. و من البين الذى لا- ريب فيه أنه إذا استحالت إضافه الملكيه إلى المعدوم فإن النقل الحاصل بلحاظ تلك الملكيه أولى بالاستحاله.

٣- أن الملكيه أمر اعتبارى صرف، فلا يحتاج إلى محل موجود.

و توضيح ذلك:

أن الملكيه لها أربع مراتب:

١- الملكيه الحقيقيه، وهى السلطنه التامه، بحيث يكون اختيار المملوك تحت سلطنه المالك حدوثا و بقاء، وهى مخصوصه بالله تعالى، لأنه سبحانه مالك لجميع الموجودات-بالإضافه الإشراقية-ملكيه تامه، و محيط بها إحاطه قيوميّه.

و هذه المرتبه من الملكيه هى عليا مراتب الملكيه و لأجل ذلك لا تدخل تحت مقوله من المقولات. و نظير ذلك فى الممكنات إحاطه النفس بصورها. بداهه أن النفس مالكة لصورها-بالإضافه الإشراقية-ملكيه حقيقيه.

٢- مالكيه الإنسان لنفسه و أعضائه و أفعاله و ذمته، فإن هذه الأمور مملوكه له بالإضافه الذاتيه الأوليه- و قد عرفت ذلك فى أول الكتاب- و من هذا القبيل قوله تعالى حاكيا عن نبيه الأكرم موسى (عليه السلام) إِنِّي لَا أَمْلِكُ إِلَّا نَفْسِي (١).

و لا شبهه أن هذه المرتبه من الملكيه أيضا غير داخله تحت المقولات العرضيه و إنما هى عباره عن سلطنه الشخص على أفعاله سلطنه تكوينيه.

٣- الملكيه المقوليه الخارجيه: وهى عباره عن الهيئه الحاصله من إحاطه جسم بجسم آخر- كالهيئه الحاصله من التعمم و التقمص و التنعل و نحوها- و هذه المرتبه تسمى بمقوله الجده، وهى من الأعراض الخارجيه القائمه بالموجود الخارجى.

٤- الملكيه الاعتباريه التى يعتبرها العقلاء لشخص خاص لمصالح تدعوهم إلى

ص: ٢٠

ذلك، وربما يمضى الشارع اعتبارهم هذا لأجل تلك المصلحه. بل قد يعتبر الشارع ملكيه شىء لشخص و إن لم يعتبرها العقلاء. كما يتفق ذلك فى بعض أقسام الإرث.

و من البين الذى لا ريب فيه أن هذا النحو من الملكيه ليست من الأعراض لكى تحتاج الى وجود الموضوع فى الخارج.

و مثال ذلك: أن الزكاه و الخمس يملكهما طبعى الفقير و السيد، مع أنه لم يعتبر وجودهما فى الخارج.

و أيضا قام الإجماع على صحه تمليك الكلى الذمى فى بيع السلف و نحوه، مع أن الأعراض لا بد لها من موضوع خارجى.

و على الجملة إن الملكيه الاعتباريه لا مانع من كون طرفها من المملوك أو المالك كليا. فيستكشف منه أنها ليست من الأعراض المقوليه [١] بل تمام قوامها باعتبار من بيده الأمر.

ص: ٢١

و إذا عرفت ما تلوناه عليك فاعلم أن مورد البحث إنما هو المرتبه الرابعه من الملكيه القائمه بالاعتبار الساذج بلا احتياج الى محلّ موجود أصلا و رأسا.

و عليه فلا وجه للمناقشه في جواز بيع الكلى الذمى بما عرفته قريبا من أن الملكيه من مقوله الأعراض التي لا توجد إلا في محل موجود، و الكلى في الذمه ليس بموجود لكي يكون محلا للملكيه.

### **البيع مبادله شيء من الأعيان بعوض في جهه الإضافه**

#### **ما هو المراد من كلمه المبادله المأخوذه في تعريف البيع؟**

قد عرفت آنفا: أن التعاريف اللغويه إنما هي تعاريف لفظيه. و قد سيقت لشرح الاسم، و الإشاره إلى المعرف-بالفتح-بوجه من الوجوه، لا بتمام الوجوه

لكى يمتاز عن جميع ما عداه. و على هذا فغرض الفيومي من ذكر كلمه المبادله فى تعريف البيع-أنه فى الأصل مبادله مال بمال- ليس إلا الإشاره الى أن البيع من سنخ المبادله.

إلا أن تلك المبادله ليست مبادله فى المكان. كرفع شىء من مكانه، و وضعه فى مكان آخر.

و لا مبادله فى اللبس، كتبديل عباءه بعباءه اخرى.

و لا مبادله فى السكنى. كتبديل دار بدار اخرى.

و لا مبادله فى الركوب كتبديل فرس بفرس آخر.

و لا غير ذلك من أقسام المبادله الخارجيه التكوينية.

بل المراد من تلك المبادله هى المبادله فى الإضافه المالىه، بديهه أن كلّ من المتبايعين يبدل ماله فى الإضافه المالىه-عند المبايعه- بمال آخر. و للإشاره الى هذه النكته القيمه الدقيقه قد أخذ الفيومي-فى مصباحه- قيد المال فى تعريف البيع.

و التحقيق أن مفهوم البيع فى الجمله من المفاهيم البديهيه الارتكازيه التى يعرفها كل أحد: و هو التبدل بين شيئين فى جهه الإضافه أیه اضافه كانت: أى سواء أ كانت إضافه ملكيه، أم كانت إضافه مالىه، أم إضافه حقيه، أم غيرها من أنحاء الإضافات.

و لا تختص هذه الإضافه بالإضافه الملكيه، و لا بالإضافه المالىه:

أما الوجه فى عدم اختصاصها بالإضافه الملكيه فلأن سهم سبيل الله من الزكاه ليس ملكا لشخص خاص. و لا لجهه معينه. و لذا صدر فى آيه الصدقات [١] بلفظه (فى) الظاهره فى بيان المصرف. و مع ذلك كله يجوز بيع السهم المزبور، و صرف ثمنه فى سبيل الله. كما يجوز بيع نماء العين الموقوفه فى سبيل الله و صرف ثمن ذلك فى

قربات الله مع أن تلك العين ليست بملك لأحد، ولا لجهه. وكذا نماؤها.

فيستوضح من جميع ذلك أن مفهوم البيع ليس بتبديل شيئين في الإضافة الملكية.

و لو سلمنا مالكيه الجهه في المثالين المذكورين فرضنا الكلام فيمن أوصى بصرف ماله في سبيل الله، و نص على عدم صيرورته ملكا لأحد، فإنه إذا بيع المال المزبور لكي يصرف ثمنه في قربات الله لم يقع التبديل بين العوضين في الإضافة الملكية، بل في إضافه أخرى غيرها.

أما الوجه في عدم اختصاص الإضافة المذكوره بالإضافه الماليه فلائنه لا دليل على اعتبار الماليه في البيع. وإنما المناط في تحقق مفهومه هو صدق عنوان المعاوضه عليه. و أما ما ذكره صاحب المصباح-من أن(الأصل في البيع مبادله مال بمال)- فلا يكون دليلا على ذلك لعدم حجيه قوله.

و على هذا فإذا كان المبيع موردا لغرض المشتري-سواء أ كان مالا عند العقلاء أم لا كالحشرات-و اشتراه بأغلى الثمن صدق عليه مفهوم البيع. و هذا بين لا ريب فيه.

غايه ما يلزم كون المعامله على ما ليس بمال عرفا سفهيه. و لا دليل على بطلانها بعد ما شملته أدله صحه البيع. و الفاسد شرعا إنما هو معاملة السفهيه و الدليل على الفساد فيها أن السفهيه محجور شرعا عن المعاملات و إذن فلا وجه لأخذ قيد المال في تعريف البيع. قيل:

إذا تعلق غرض المشتري باشتراء ما لا يعد مالا في نظر أهل العرف كان ذلك الغرض موجبا لعروض الماليه له. لما عرفته آنفا من أن ماليه الأشياء متقومه بنظر العقلاء، و رغبتهم فيها. و من البديهى أن المشتري من أفرادهم. و الجواب عن ذلك:

أن ماليه الأشياء و إن كانت متقومه برغبه العقلاء و تنافسهم فيها إلا أن المراد من العقلاء نوعهم، دون الشخص الواحد. و لأجل ذلك أن من اعتبر الماليه في البيع فقد رتب على اعتباره هذا فساد بيع الحيات و العقارب و الديدان و الخنافس، و أشباهها

من هوام الأرض و صغار دوابها، و غير ذلك مما لا يعد مالا في نظر نوع العقلاء و إن كان ذا رغبة لدى بعضهم لغرض ما.

و يضاف الى ذلك أنا لو سلمنا وجود الدليل على اعتبار المالىه فى البيع. إلا أن ذلك حكم شرعى غير مربوط بمفهوم البيع حتى يؤخذ فى تعريفه. و لو صح أخذ ذلك فى تعريف البيع لحسن بنا أن نأخذ أحكام البيع برمتها فى تعريفه. مع أنه واضح الفساد.

ثم لا- يخفى على الفطن العارف أن مفهوم البيع لا- يتحقق إلا- بدخول العوض فى ملك من خرج المعوض عن ملكه: بان يفكّ البائع إضافته القائمه بالمتاع، و يجعلها قائمه بالثمن. و يفكّ المشتري إضافته القائمه بالثمن، و يجعلها قائمه بالمتاع.

و مثال ذلك أنه إذا باع زيد طعامه من عمرو بدينار صار الدينار ملكا لزيد. و لو صار الدينار ملكا لبكر لما صدق عليه مفهوم البيع بوجه.

و يستوضح هذا المعنى من الكتاب العزيز [١] و من كلمات الفصحاء و أهل



قد تعارف بين الناس إعطاء الدراهم للخباز أو للبراز. و الأمر بإعطاء مقابلها من الخبز و الثوب للفقير، و لا شبهه في كون ذلك بيعا بالحمل الشائع. مع أن المثلث لم يدخل في ملك من خرج الثمن عن ملكه. و الجواب عنه:

أن المثلث في أشباه ما ذكر قد دخل في ملك من خرج الثمن عن ملكه.

نهاية الأمر أن المشتري قد و كلّ البائع في إعطاء المبيع لشخص آخر. و ان آيت عن هذا التوجيه فأننا لا نبالي في المنع عن صدق مفهوم البيع على ذلك، و حمله على الصلح، أو على الهبه المعوضه.

### مفهوم المفاعله و عدم صدقه على البيع

#### ما هو مفهوم المفاعله، و هل يصدق ذلك على البيع الذي هو تبديل شيء بشيء؟

الظاهر أن وزن (فاعل) للدلاله على المشاركه في الغالب: و المشاركه هي أن يفعل الواحد بالآخر ما يفعله الآخر به حتى يكون كل منهما فاعلا و مفعولا: نحو ضارب زيد عمرو و عليه فذكر المبادله في تعريف البيع يقتضى أن يكون البيع عباره عن مجموع فعل البائع و المشتري.

و لكن هذا واضح البطلان، ضروره أن البيع ليس إلا عباره عن فعل البائع فقط: و هو تبديل ماله بمال صاحبه، و من البديهي أن هذا المعنى غريب عن معنى المفاعله. و لا صلح بينهما بوجه بل لو فرضنا صدق مفهوم البيع على كل من فعل البائع و المشتري لكان الصادر

من كل منهما يباعا بنفسه. و إذن فلا- وجه لذكر كلمه المبادله فى تعريف البيع- كما صنعه صاحب المصباح، و تلقاه جماعه بالقبول- بل لا بد من تبديل لفظ المبادله فى تعريف البيع بكلمه التبديل، فان التبديل هو الذى يتحقق بفعل البائع.

نعم يشترط رضا المشتري بفعل البائع، و تحقق عنوان التبديل. و لكنه أجنبي عن قيامه بالمشتري، كقيامه بالبائع، و هذا بخلاف مفهوم المبادله، فإنه معنى قائم بشخصين، كما هو الشأن فى باب المفاعله على ما عرفته فى طليعه البحث.

### رأى بعض مشايخنا المحققين فى معنى المفاعله و الجواب عنه

قد سلك بعض مشايخنا المحققين مسلكا آخر فى معنى المفاعله. و حاصله: أنه قد اشتهر بين الأدباء و غيرهم أن الفارق بين الهيئات المجرده، و بين هيئه المفاعله إنما هو تقوم المعنى فى باب المفاعله بطرفين.

إلا- أن المستوضح من الكتاب الكريم. و من الاستعمالات الصحيحه خلاف ذلك. كقوله تعالى يُخَادِعُونَ اللَّهَ وَ الَّذِينَ آمَنُوا (١) فان الغرض من الآيه الشريفه تصدى المنافقين لخديعه الله و خديعه المؤمنين فقط. و غير ذلك من الآيات الكثيره الظاهره فى خلاف ما اشتهر بين الناس من معنى المفاعله.

و يقال فى الاستعمالات العرفيه الصحيحه: عاجله بالعقوبه. و خالغ المرأه. و بارزه بالحرب. و ساعده التوفيق. و واره فى الأرض. و غير ذلك، فان جميع ذلك بين ما لا تصح نسبه الماده فيه الى الاثنين، و بين ما لم يقصد فيه ذلك و ان صحت النسبه المزبوره.

و عليه فلا بد من بيان الفارق بين هيئه الفعل المجرد، و بين هيئه المفاعله.

و توضيح ذلك: أن الهيئات المجرده لم يلحظ فيها تجاوز الماده عن الفاعل الى غيره بحسب وضع الواضع. بل التجاوز فيها إما ذاتى- كجمله من الأفعال المتعديه: نظير ضرب،

ص: ٢٧

و خدع، و نصر، و نحوها- أو بواسطة الأداة: كما في الأفعال اللازمه- مثل جلس، و ذهب، و أمثالهما- و قسم من الأفعال المتعديه- كلفظ كتب و نظائره- بديهة أن تجاوز المادة في القسمين الأخيرين الى غير الفاعل إنما هو بواسطة الأداة. فيقال:

جلس إليه. و كتب إليه.

نعم لا- شبهه في أن كلمه (كتب) تدل على تجاوز المادة- و هي الكتابه- إلى المكتوب فقط، دون المكتوب إليه- الذي هو مورد بحثنا- و إذا أريد تجاوز تلك المادة إلى المكتوب اليه فلا بد من الاستعانه بكلمه إلى و أما هيئه المفاعله- كخدع و ضارب و قامر و نحوها- فإن حيثه تعديه المادة عنها الى غيرها ملحوظه فيها مطابقه في مقام افاده النسبه، و هذا بخلاف الأفعال المجزده المتعديه- كضرب و نصر و خدع و نحوها- فإن التعديه فيها من ذاتيات مفادها.

و عليه فإذا صدر فعل من أحد كان أثره خداع غيره صدق عليه أنه خدعه.

و لا يصدق عليه أنه خادعه إلا إذا تصدى لخديعه غيره و كذلك الحال في ضرب و ضارب و نصر و ناصر و أشباهها من الأفعال المتعديه.

و من هنا يفرق بين ضار، و مضار، فان سمره بن جندب لما أبى عن الاستئذان من الأنصارى- عند الدخول على عذقه من منزل الأنصارى- قال له النبي ص:

انك رجل مضار (1): أى متصد لإضرار الأنصارى. و الجواب عن ذلك:

أن هيئه المفاعله لا تتقوم إلا بصدور الفعل من الاثنين، لما عرفته آنفا من دلالة المفاعله على المشاركه في الغالب: و هي أن يفعل الواحد بالآخر مثلما يفعله الآخر به لكي يكون كل منهما فاعلا و مفعولا: نحو ضارب زيد عمرا.

و من الواضح أن هذا المعنى لا- يتحقق بمجرد تصدى أحدهما لإيجاد المادة دون صاحبه. فلا- يقال: ضارب زيد عمروا، أو صارعه، أو جادله، فيما إذا تصدى زيد

ص: ٢٨

لضرب عمرو، أو حربته، أو صراعه، أو جداله، من دون أن يصدر منه أحد هذه الأمور، بل لو لم يصدر الفعل منه و من صاحبه معا لعدّ مثل هذا الاستعمال من الأغلاط الواضحة.

نعم قد تكون هيئه المفاعله بمعنى الفعل المجرد: نحو سافر زيد. و قاتله الله.

و واره في الأرض. و بارك في أمره. و أشباه ذلك من الأمثله.

و قد تكون بمعنى الكثره و المبالغه. و لعل من القبيل الثانى قول النبى (صلى الله عليه و آله) لسمره بن جندب: إنك رجل مضار، و لا ضرر، و لا ضرار على مؤمن.

### الإجاره و عدم استعمالها فى نقل العين

قوله: (كما أن لفظ الإجاره يستعمل عرفا فى نقل بعض الأعيان، كالثمره على الشجره). أقول: إن كان مراده من الثمره على الشجره وجودها عليها فعلا- كما هو الظاهر من كلمه على- فلا شبهه أن الثمره ليست موردا للإجاره. بل استعمال لفظ الإجاره فى نقل الثمره غلط فاحش.

و إن كان مراده من الثمره على الشجره شأنه ظهورها عليها فلا- ريب حينئذ فى صحه تعلق الإجاره بالشجره، و تكون الثمره منفعتها المقصوده من إجارتها. و على هذا فيجوز استعمال لفظ الإجاره فى نقل الثمره استعمالا حقيقيا.

نعم قد يتوهم فى بعض الروايات [١] إسناد الإجاره إلى نفس الثمره قبل ظهورها على الشجره. و لعله الى هذا نظر المصنف فى كلامه [٢] قبل:

إن ظهور الثمره على الشجره فعلا-لا- يمنع عن صحه تعلق الإجاره بالشجره،فإن الثمره الموجوده على الشجره هى منفعتها المقصوده منها،كما أن منفعه الدابه ركوبها،و منفعه الدار سكنها.و الجواب عن ذلك:

أن الإجاره و إن كانت تمليكا للمنفعه إلا أن تلك المنفعه لا بد و أن تكون معلومه بوجه.و من البين الذى لا ريب فيه أن الثمره الموجوده على الشجره مجهوله المقدار.و إذن فتبطل الإجاره من ناحيه الجهاله.قيل:

إذا اقتضت الجهاله بطلان إجاره الشجره بعد ظهور ثمرتها اقتضت بطلان إجارتها قبل ظهور ثمرتها بالأولويه القطعيه،لشده الجهاله هنا.و الجواب عنه:

أن جهاله الثمره قبل ظهورها على الشجره لا تضر بإجاره الشجره.بديهه أن المناط فى ارتفاع الجهاله عن المنفعه-التي هى مورد للإجاره فى العين المستأجره-العلم باشمال العين المستأجره على حيثه الانتفاع بها:بأن تكون معده لذلك.

و من المعلوم أن اشمال الأشجار المثمره على حيثه الاثمار أمر معلوم،و إذن فلا تبطل الإجاره من ناحيه الجهاله.و هذا بخلاف الثمره الموجوده على الشجره فإنها مجهوله المقدار.و عليه فتبطل الإجاره من ناحيه الجهاله.

و يضاف إلى ذلك أن إجاره الشجره لثمرتها الموجوده خارجه عن مفهوم الإجاره جزما.إذ لا نحتمل أن يتوهم أحد صدق مفهومها على استئجار عين لأجل عين أخرى موجوده.كاستئجار الشاه للبنها المحلوب.و استئجار الأشجار لأغصانها الفعليه.

و استئجار المزرعه لزرعها الموجود.و هكذا فى نظائرها.

نعم قد تكون منفعه العين المستأجره ما يوجد من الأعيان و لكنها غير موجوده

حال الإجاره. كاستتجار المنائح و البقرات و الشياه للبنها غير المحلوب. و استتجار المرضع ليرتضع الطفل من لبنها. و استتجار الشجره لثمرتها المعدومه. و السر فى ذلك ما أشرنا إليه من كون المنفعه فى أمثال هذه الموارد معلومه بوجه.

## الضمن و جواز كونه من المنافع

قوله: (و أما العوض فلا إشكال فى جواز كونه منفعه). أقول: لا ريب فى جواز كون الضمن من المنافع. سواء أقلنا باعتبار المالىه فى العوضين، أم لم نقل به، ضروره أن المنافع من أظهر مصاديق الأموال، لرغبه العقلاء إليها، و تنافسهم فيها.

نعم حكى عن بعض الأعيان: أن شأن العوض شأن المعوض. فكما يعتبر كون الثانى من الأعيان. و كذلك الأول.

و يمكن الاستدلال على هذا الرأى بوجه:

١- ما اشتهر بين الفقهاء من أن البيع نقل الأعيان. و يرد عليه:

أن غرض الفقهاء رضوان الله عليهم من هذه العبارة هو المبيع، لأنهم ذكروها فى مقابل الإجاره التى هى لنقل المنافع. مع أن الأجره فيها تكون من الأعيان غالباً.

و لعل النكته فى عبارتهم هذه هى ملاحظه ناحيه الإيجاب، بداهه أن العقد إنما يتم بفعل الموجب. و أما القابل فليس له إلا الارتضاء بذلك الفعل، و نسبتة الى نفسه.

٢- أن الأدله الداله على صحه البيع و نفوذه إنما هى منصرفه إلى البيوع المتعارفه. و من البديهي أنه لم يتعارف جعل العوض فى البيع من المنافع. و على فرض وجوده فى مورد فهو من الأفراد النادره التى تنصرف عنه الإطلاقات. و الجواب عن ذلك

أن مفهوم البيع-على ما عرفته آنفا-تبديل شىء بعوض فى جهة الإضافة.

و لا يفرق فى تحقق هذا المفهوم بين أن يكون كلا العوضين عينا، أو كلاهما منفعة، أو أحدهما عينا و الآخر منفعة.

و لكنا قد ذكرنا فيما سبق: أن المتبادر من الاستعمالات العرفيه عدم صدق البيع على تمليك المنفعة. بل يعتبر فى تحقق مفهومه أن يكون المبيع عينا. و أما العوض فلم يدل دليل على اعتبار كونه من الأعيان. فيبقى تحت مفهوم البيع: و هو تبادل شىء بشىء فى جهة الإضافة. فتشمله العمومات الداله على صحة العقود.

و يضاف الى ذلك أن غلبه الأفراد الخارجيه لا تمنع عن شمول أدله الإمضاء للفرد النادر.

٣- أن المنافع أمور معدومه، فلا يقع عليها البيع، ضروره أن الملكيه من مقوله الأعراض، و هى لا تتقوم إلا بالمحل الموجود. و من المفروض أن المنافع أمور معدومه. فيستحيل أن تكون موضوعا للملكيه. و يرد عليه:

أن الملكيه من الأمور الاعتباريه التى لا- تتوقف على وجود موضوع لها فى الخارج. بل لا- بد و أن يكون متعلقها قابلا- لتعلق الاعتبار به فى نظر العقلاء، و قد عرفت ذلك فيما تقدم.

٤- ما ذكره الطريحي فى مجمع البحرين، من أن المال فى الأصل الملك من الذهب و الفضة. ثم أطلق على كل ما يقتنى، و يملك من الأعيان. و عليه فلا تكون المنفعة ثنا فى البيع، لأنه مبادل مال بمال. و المفروض أن المنفعة ليست من الأموال.

و يرد عليه:

أن المال ما يبذل بإزائه شىء حسب رغبه العقلاء و تنافسهم، و من الواضح أن هذا المعنى أعم من العين و المنفعة. بداهه أن المنفعة من مهمات ما يرغب فيه العقلاء.

## عمل الحر و جواز وقوعه ثمنا في البيع

قوله: (و أما عمل الحر فان قلنا إنه قبل المعاوضه عليه من الأموال فلا إشكال و إلا ففيه إشكال). أقول: هذا الكلام استدراك عما تقدم منه (ره): و هو قوله:

(و أما العوض فلا إشكال في جواز كونه منفعه).

و توضيح ذلك: أن عمل الحر تاره يلاحظ بعد وقوع المعاوضه عليه- كما إذا استأجره لبنائه داره، أو لنجاره بابه، أو لخياطه ثوبه، أو لغير ذلك من الأغراض العقلانيه- و أخرى يلاحظ قبل وقوع المعاوضه عليه.

و على الأول فلا- إشكال في جعل العمل المزبور ثمنا في البيع، بداهه كونه مالا- مملوكا للمستأجر. و له أن يتصرف فيه أى تصرف، لأن الناس مسيطون على أموالهم.

كما أن عمل العبد و الدابه مال مملوك لصاحبها.

و الدليل على ماله عمل الحر في هذه الصوره أمور:

١- أنه يصح إطلاق ذى المال على المستأجر الذى ملك عمل الحر بالإجاره أو الصلح.

٢- أنه يجب على المستأجر المزبور حج البيت، لأنه قد استطاع اليه سبيلا، إذا كان عمل أجيره وافيا بزاده و راحلته.

٣- أنه يخرج المستأجر بعمل أجيره عن عنوان الفقراء، و يعامل معه معامله الأغنياء، إذا كفى ذلك العمل مئونه سنته. و إذن فيحرم عليه أخذ الزكاه. و سائر الوجوه الشرعيه المقرره للفقراء و المساكين.

٤- أنه إذا أتلّف أحد عمل أجير ضمنه لمستأجره، لقاعده الضمان بالإتلاف.

و لأجل هذه الأمور كلها نستكشف صدق مفهوم المال على عمل الحر بعد وقوع المعاوضه عليه. و السر في ذلك كله: أن عمله حينئذ مورد لرغبه العقلاء و ميلهم.



و على الثانى فإن قلنا باعتبار المالىه فى الثمن و المثلثن فلا يقع عمل الحر عوضا فى البيع، لأنه لا يعد مالا عرفا. و إن لم نقل بهذا الاعتبار فلا بأس بجعله ثمنا فيه.

و الشاهد على عدم كونه مالا فى هذه الصورة: أن الحر لا يكون مستطيعا بلحاظ عمله لكى يجب عليه الاكتساب، و تحصيل الزاد و الراحله. ثم السير الى بيت الله الحرام.

و أيضا لو حبسه أحد لم يضمن عمله. مع أن تفويت منافع العبد أو الدابه أو سائر الحموله موجب للضمان.

هذا كله فيما إذا جعل عمل الحر ثمنا فى البيع. و أما جعله مثمنا فيه فليس بجائز قطعا، لأنه من المنافع. و قد عرفت فيما سبق أن المبيع لا بد و أن يكون من الأعيان، إذ لا يصدق مفهوم البيع على تملك المنفعه بعوض.

و الحق: أنه لا يفرق فى صدق مفهوم المال على عمل الحر بين وقوع المعاوضه عليه و عدمه. و الوجه فى ذلك ما ذكرناه سابقا من أن مالىه الأشياء متقومه برغبه الناس فيها برغبه عقلائيه. و لا يعتبر فى ذلك صدق الملك عليها، لأن النسبه بينهما هى العموم من وجه. إذ قد يوجد المال و لا يتحقق الملك. كالمباحات الأصلية قبل حيازتها، فإنها مال و ليست بمملوكه لأحد. و قد يوجد الملك، و لا يصدق عليه مفهوم المال. كحبه من الحنطه، فإنها ملك لصاحبه، و ليست بمال، إذ لا يبذل بإزائها شىء. و قد يجتمعان.

و هو كثير. و من المعلوم أن عمل الحر قبل وقوع المعاوضه عليه - من مهمات الأموال العرفيه و إن لم يكن مملوكا لأحد بالملكيه الاعتباريه. بل هو مملوك لصاحبه بالملكيه الذاتيه الأوليه على ما عرفت فى أول الكتاب.

نعم ربما يناقش فى ذلك بأن البيع - كما سبق - تبديل شىء من الأعيان بعوض فى الإضافه الاعتباريه. و من الواضح أن عمل الحر فاقد لهذه الإضافه. و إذن فلا يصلح لأن يكون طرفا للتبديل الاعتبارى فى جهه الإضافه.

و فيه أن عمل الحر و إن لم يكن مملوكا لصاحبه بالإضافه الاعتباريه قبل البيع،

و لكنها تعرض عليه بنفس البيع. و قد تقدم نظير ذلك فى البحث عن إمكان بيع الكلى فى الذمه.

و دعوى أن كلاً- من العوض و المعوض لا- بد و أن يكون مالاً- مملوكاً قبل البيع دعوى جزافيه، إذ لم يدل على ذلك دليل من النقل و الاعتبار.

و أما الوجه فى عدم وجوب الحج على الحر- بلحاظ استطاعته من ناحيه عمله- فلأن الاستطاعه إنما تتحقق بمالكيه المكلف- بالفعل- لما يحج به من الزاد و الراحله.

و بمالكيتيه لمثونه عياله بالفعل أو بالقوه. و قد فسرت الاستطاعه بهذا المعنى. و بأمن الطريق فى بعض الأخبار [١].

و عليه فعمل الحر قبل وقوع المعاوضه عليه و إن كان مملوكاً له بالملكيه الفعليه التكوينييه. و كذا بالملكيه الشأنيه الاعتباريه. إلا أنه لا يترتب عليهما ما هو أثر للملكيه الفعليه الاعتباريه.

نعم إذا أجر نفسه بنقد مقبوض بعد العقد، بحيث يكفى ذلك مثونه حجه و عياله، كان مستطيعاً. و السرفيه هو ما ذكرناه من كون المدار فى الاستطاعه على الملكيه الفعليه الاعتباريه، دون الاقتضائيه.

و قد اتضح لك مما بيناه أنه لا يصح إطلاق ذى المال على الحر باعتبار عمله،

إذ المناط فى صحه هذا الإطلاق كون الإنسان مالكا لأمواله بالملكيه الفعلية الاعتباريه.

و قد عرفت قريبا: أن عمل الحر قبل وقوع المعاوضه عليه-غير مملوك له كذلك، لأن ثبوت شىء لشىء بالإضافه الاعتباريه إنما يصح فى غير موارد الثبوت الحقيقى.

و إلا- كان الاعتبار لغوا محضا، و تحصيله للحاصل. و من المفروض أن عمل الحر مملوك له بالإضافه الذاتيه. كما أن الله تعالى مالك لمخلوقاته بالإضافه الذاتيه الإشراقية.

و أما الوجه فى أن إتلاف عمل الحر لا يوجب ضمانه على المتلف فهو أن قاعده الضمان بالإتلاف ليست بروايه لكى يتمسك بإطلاقها فى الموارد المشكوكه. بل هى قاعده متصيده من الموارد الخاصه. و إذن فلا بد من الاقتصار فيها على المواضع المسلمه المتيقنه.

و مع الإغضاء عن ذلك، و تسليم كونها روايه أنها غريبه عن عمل الحر. إذ المستفاد منها أن إتلاف مال غيره موجب للضمان. و من الواضح أن الظاهر من كلمه (المال) هو المال المضاف الى مالكة بالإضافه الاعتباريه. و قد عرفت: أن عمل الحر قبل وقوع المعاوضه عليه-ليس كذلك. و عليه فلا يكون مشمولا لقاعده الضمان بالإتلاف.

نعم إذا كان الحر كسوبا: و له عمل خاص يشتغل به كل يوم-كالبنايه و التجاره و الخياطه و غيرها-فان منعه عن ذلك موجب للضمان، للسيره القطعيه العقلانيه.

## نظره فى الحقوق

### إشاره

قوله: (و أما الحقوق الأخر). أقول: لا وجه لتوصيف كلمه (الحقوق) بلفظ (الأخر) إذ لم تتقدم طائفه من الحقوق ليكون المذكور هنا طائفه أخرى منها.

و عليه فالوصف المزبور مستدرك جزما. و قد ضرب عليه فى بعض النسخ الصحيحه.

و يحتمل قريبا وقوع التصحيف فى عباره المصنف بالتقديم و التأخير. و صحيحها هكذا

و أما الحقوق فان لم تقبل المعاوضه بالمال فلا إشكال. و كذا لو لم يقبل النقل. و أما الحقوق الآخر القابله للانتقال إلخ.

و قد ذكر السيد فى حاشيته وجها آخر لتصحيح العبارة. و إليك نصه بلفظه:

(يمكن أن يكون الوصف توضيحياً، و يمكن أن يكون تقييدياً بعد اعتبار كون العين و المنفعه أيضاً من الحقوق بالمعنى الأعم). و يرد عليه:

أن الحق المبحوث عن جواز جعله ثمناً ليس من سنخ العين، و لا من سنخ المنفعه لكى يحتاج تمييزه عنهما الى قيد احترازى. بل هو أمر يباين العين و المنفعه، فإنه عبارة عن الإضافه الخاصه المتعلقة بالعين تاره، و بالمنفعه أخرى. و من هنا قد ناقش المصنف فى جعل حق التحجير ثمناً فى البيع بدعوى أنه ليس بمال- و سيأتى ذلك قريباً- مع أن الأرض المحجره مال بالحمل الشائع قطعاً.

نعم لو كان مورد البحث فى العين أو المنفعه هو نفس الإضافه بين المالك و المملوك، أو كان مورد البحث فى الحقوق هو متعلقها، لكان الحق شبيهاً بالعين و المنفعه، و احتاج تخصيص البحث بالحقوق الى قيد احترازى. و لكن قد اتضح لك خلاف ذلك مما ذكرناه.

قوله: (كحق الشفعه و حق الخيار). أقول: الظاهر وقوع التحريف فى هذه العبارة، ضروره أن حق الشفعه و حق الخيار من أمثله القسم الثانى للحق الذى أشار إليه المصنف بقوله: (و كذا لو لم يقبل النقل).

و الوجه فى ذلك أن القسم الثانى من الحق هو ما لا يقبل النقل الاختيارى و ان كان مما يقبل الانتقال بالسبب القهرى كالإرث- أو كان يقبل الاسقاط مجاناً، أو مع العوض و من الظاهر أن حق الشفعه و حق الخيار يقبلان الانتقال و الاسقاط مجاناً أو مع العوض، فيكونان من مصاديق القسم الثانى.

قد قسم المصنف (ره) الحقوق إلى ثلاثة أقسام:

١- ما لا يقبل المعاوضه بالمال و حكم فيه بأنه لا يجوز جعله ثمنا فى البيع.

٢- ما لا يقبل النقل - و إن قبل الانتقال بغير اختيار مع وجود سببه كالإرث - كحق الشفعه و حق الخيار. و حكم فيه أيضا بأنه لا يجوز جعله ثمنا فى البيع.

و استدل على أن هذا القسم من الحق لا يقبل النقل بما ذكره بعض الأصحاب من أن البيع تمليك من الطرفين (البائع و المشتري) فما لا يقبل النقل لا يقبل التمليك لا محاله، و إن قبل السقوط و الإسقاط.

و ناقش فى هذا الرأى صاحب الجواهر، و إليك نص عبارته: (و فيه أن من البيع بيع الدين على من هو عليه. و لا ريب فى اقتضائه حينئذ الإسقاط و لو باعتبار أن الإنسان لا يملك على نفسه ما يملكه غيره عليه الذى بعينه يقرر فى نحو حق الخيار و الشفعه و الله اعلم). و قد أجاب المصنف عن النقض المذكور بوجود الفارق بين بيع الدين ممن هو عليه، و بين ما نحن فيه بتقريب أن الملكيه علاقته خاصه بين المالك و المملوك. و لا حاجه لها إلى وجود المملوك عليه. و عليه فلا مانع من تملك الإنسان لما فى ذمته، و يترتب عليه سقوطه. و لذلك جعل الشهيد فى قواعد الإبراء مرددا بين التمليك و الإسقاط. مع أنه لو كان تملك الإنسان لما فى ذمته محالا لما جعل أمر الإبراء مرددا بينهما. و هذا بخلاف حق الشفعه و حق الخيار و أشباههما من الحقوق التى تقوم بطرفين (المسلط و المسلط عليه) فان ذلك سلطنه فعليه محتاجه إلى المسلط عليه. و على هذا النهج فلو نقلت هذه السلطنه ممن له الحق إلى من عليه الحق لزم منه اجتماع عنوانين متقابلين: (المسلط و المسلط عليه) فى شخص واحد و هو محال.

٣- ما يقبل النقل و الانتقال و يقابل بالمال فى الصلح كحق التحجير. و مع ذلك

ناقش المصنف في وقوعه ثمننا في البيع، لأنه -لغوه و عرفا- مبادله مال بمال. و من البين أن الحق ليس بمال لكي يقع عوضا في البيع. نعم إذا قلنا بعدم اعتبار المالىه في كل من الثمن و المثلثن أمكن جعل الحق ثمننا في البيع. هذا تفصيل ما ذكره المصنف في المقام.

أقول: أما القسم الأول (ما لا يقبل المعاوضه بالمال) فقد يراد منه ما يقبل النقل و الانتقال، و السقوط و الاسقاط قبولاً مجانياً من دون أن يقابل بالمال -كحق القسم للضره على ما قيل- و عليه فما ذكره قدس سره و إن كان وجيهاً من حيث الكبرى:

و هي أن مثل هذا الحق لا يجوز جعله ثمننا في البيع. و لكن لم يدلنا دليل على وجود صغرى لهذه الكبرى في الخارج. و أما حق القسم فلا دليل على كونه من هذا القبيل.

و قد يراد من ذلك ما لا يقبل النقل و الانتقال، و لا السقوط و الاسقاط -كحق الولايه و الحضانه و أشباههما- و هو أيضاً متين من حيث الكبرى المزبوره، لأنه لا تصح مقابله الحقوق بالمال إلا بلحاظ الجهات المذكوره. فإذا استحال عروض تلك الجهات على الحقوق لم تجز المعاوضه عليها.

و لكن مثل هذا لا يسمى حقاً مصطلحاً، إذ المعروف بين الفقهاء رضوان الله عليهم: أن الفرق بين الحق و الحكم أن الحق نوع من السلطنه التي يكون أمرها بيد ذى الحق بخلاف الحكم، فإنه لا يقبل شيئاً من ذلك. و إذن فالأمثله المذكوره غريبه عن حدود الحق. و إنما هي من مصاديق الحكم المصطلح.

و أما القسم الثانى (ما لا يقبل النقل) فيقع البحث عنه في جهات شتى:

١- مالكيه الإنسان لما في ذمته.

ذكر المصنف (ره): أن جواز ملك الإنسان لما في ذمته معقول عقلاً، و جائز شرعاً.

و هذا موافق للتحقيق، لما ذكرناه في أول الكتاب من مالكيه الإنسان لنفسه و فعله و ذمته بالإضافه التكوينيّه الذاتيه الأوليه.

نعم لا- يتصف ذلك بالملكيه الاعتباريه.لا من جهه استحاله اتحاد المالك و المملوك عليه.بل لأن الثبوت الاعترارى إنما يصح فيما لم يكن هناك ثبوت تكوينى حقيقى.

و إلا لكان الاعترار لغوا محضاً،و تحصيلاً للحاصل.و قد مرّ فيما سبق أن مالكيه الإنسان لذمته أمر تكوينى حقيقى،فلا يحتاج إلى الثبوت الاعترارى.و هذا واضح لا ريب فيه.

و قد يتوهم أن المالك و المملوك عليه من المتضائفين،و هما متقابلان.و إذن فيستحيل اتحاد المالك و المملوك عليه.

و لكن هذا التوهم فاسد،بديهة أن النسبه بين المالك و المملوك عليه و إن كانت هى التضاييف.و لكن المتضائفين لا يستحيل اجتماعهما فى محل واحد دائماً فالله تبارك و تعالى عالم بذاته،و هو معلوم له و كل شاعر يحبّ نفسه.و إنما الاستحاله فيما كان بين المتضائفين تغاير وجودى كالعليه و المعلوليه.و من البديهى أن المالك و المملوك عليه لم يعتبر بينهما التغاير الوجودى.فلا مانع من صدقهما على شىء واحد.

٢-الفارق بين الملكيه و السلطنه:

ذكر المصنف:أن الملكيه لا تتوقف على المملوك عليه.و السلطنه تتوقف على المسلط عليه.

و التحقيق:أن هذا المعنى و إن كان صحيحاً بالإضافه إلى الملكيه المضافه إلى الأعيان الخارجيه.إلا انها لا تصح فى الملكيه المضافه إلى الذمم.فإن الكلى ما لم يصف إلى ذمه شخص خاص لا يبذل بإزائه شىء.و لا يرغب فيه العقلاء.

٣-اتحاد المسلط و المسلط عليه:

ذكر المصنف:أن مثل حق الشفعه و حق الخيار سلطنه فعليه،فلا يعقل قيام طرفيها بشخص واحد.

و التحقيق:أن حق الشفعه لا تجوز المعاوضه عليه.لا من ناحيه المحذور الذى

ذكره المصنف، فإنه واضح الاندفاع، (و سيأتي قريباً) بل من جهة أن حق الشفعة إما أن يباع من المشتري، أو من غيره. و على الأول فيكون البيع لغوا محضاً، إذ المشتري مالك للحصه المبيعه قبل انتقال حق الشفعه إليه و عليه فلا معنى لاستحقاقه تملك تلك الحصه ثانياً بحق الشفعه. و على الثاني فلأن حق الشفعه استحقاق الشريك للحصه المبيعه في شركته لكي يضمها الى حقه. فالشريك قد أخذ موضوعاً لهذا الحق. و من بين الذي لا ريب فيه أنه لا يعقل ثبوت الحكم لغير موضوعه، بديهة أن نسبه الحكم الى موضوعه كنسبه المعلول الى علته، فكما يستحيل انفكاك المعلول عن علته كذلك يستحيل انفكاك الحكم عن موضوعه.

و بتعبير آخر: أنا إذا لاحظنا آثار حق الشفعه وجدنا خصوصيه في مورده.

و تلك الخصوصيه هي العله التامه لثبوته للشريك فقط، دون غيره.

نعم تجوز المعاوضه على حق الشفعه من حيث الإسقاط بأن يجعل إسقاطه ثمناً في البيع، أو أجره في الإجاره، أو عوضاً في الصلح و الهبه، أو صداقاً في النكاح، و لكن هذا أجنبي عما نحن فيه، فان مورد بحثنا إنما هو جواز المعاوضه على حق الشفعه، و جعله عوضاً في العقود المعاوضيه، لا المعاوضه على إسقاطه، فإن الإسقاط بنفسه عمل. و قد عرفت سابقاً: أن عمل الحر يجعل عوضاً في البيع و غيره من العقود المعاوضيه.

و أما حق الخيار فجواز المعاوضه عليه من حيث الاسقاط خارج عن موضوع بحثنا—و قد عرفته قريباً—و أما نقله الى غيره بالعقود المعاوضيه، و جعله عوضاً فيها فقد منعه المصنف من ناحيه استلزامه اتحاد المسلط و المسلط عليه.

و الجواب عن ذلك:

أولاً: أن هذا إنما يتم فيما إذا نقل حق الخيار الى من عليه الخيار. و أما إذا نقل الى غيره فلا يلزم منه المحذور المذكور. و إذن فالدليل أخص من المدعى.

ثانياً: أن هذا إنما يلزم فيما إذا كان متعلق السلطنه في الخيار هو البائع. دون



العقد. و لكن سيأتي في مبحث الخيارات أن الخيار إنما يتعلق بالعقد لا بالمتبايعين و إلا لسقط خيار كل منهما بموت صاحبه.

و على هذا الضوء فثبوت حق الخيار لا- يحتاج الى وجود المسلط عليه لكي يلزم من نقله اليه اتحاد المسلط و المسلط عليه. بل شأنه شأن حق التحجير المتعلق بالأرض المحجرة.

ثالثا: أنه لو استحال بيع حق الخيار ممن عليه الخيار- لاستحاله اتحاد المسلط و المسلط عليه- لاستحال ملك الإنسان لما في ذمته بالأولويه القطعيه، لاستحاله تملك الكلي بدون المملوك عليه. و حيث عرفت إمكان الثاني فكان الأول أولى بالإمكان.

رابعا: أن مفهوم السلطنه و إن كان من المفاهيم الإضافيه. إلا أن عنوان التضاييف لا يقتضى استحاله صدق المتضاييفين على شيء واحد. كما عرفته قريبا.

و صفوه ما ذكرناه: أنه لا مانع من نقل حق الخيار الى شخص آخر من الناحيه التي ذكرها المصنف قدس سره.

نعم ان الخيار المجعول بجعل المتبايعين، أو بجعل شرعى ترجع حقيقته- على ما حققناه في مبحث الخيارات- الى تحديد الملكيه فى البيع الى زمان فسخ من له الخيار. و من الظاهر أن هذا غير قابل للنقل إلى غير من له الخيار. نعم هو قابل للإسقاط، و الانتقال إلى الوارث بأدله الإرث. و تمام الكلام موكول الى مبحث الخيارات. و يأتي الكلام فيه إن شاء الله.

و أما القسم الثالث: فهو ما يقبل النقل و الانتقال- كحق التحجير و نحوه- و قد عرفت اعتراض المصنف على وقوعه ثمنا فى البيع، لعدم صدق المال عليه.

و يرد عليه ما ذكرناه فى أول الكتاب من أن المال ما يرغب فيه العقلاء، و يبذلون بإزائه شيئا. و من البين أن حق التحجير مورد لرغبه العقلاء و تنافسهم.

فيكون مالا بالحمل الشائع. و إذن فلا محذور فى جواز المعاوضه عليه من هذه الناحيه.

نعم يتوجه عليه أن الحق و إن كان قابلا- للنقل و الانتقال، أو السقوط و الاسقاط،مجانا،أو بعوض. إلا أنه لا يمكن جعله ثمنا في البيع،بداهه أن الحق حكم شرعى غير قابل لأن تتعلق به إضافه ملكيه أو غيرها.

و قد عرفت سابقا (1): أن البيع لا بد فيه من التبديل: بأن يقوم أحد العوضين مقام الآخر. نعم نقل الحق أو إسقاطه فعل من أفعال المكلف. فيصح جعله ثمنا. و إذن فيملك البائع على المشتري هذا الفعل. و يلزم عليه تسليمه الى البائع بعد البيع. كما هو الحال فى بقيه الأفعال المجعوله ثمنا.

و قد نوقش فى جعل الحق ثمنا فى البيع بمناقشه اخرى. و حاصلها: أن البيع فى الواقع و نفس الأمر- ليس إلا- إزاله الإضافه المالكه عن كل من العوضين، و إيجاد إضافه أخرى مالكيه فيه. و عليه فلا يمكن جعل الحق ثمنا فى البيع.

و السر فى ذلك أن المالكه من المفاهيم الإضافيه. فأحد طرفيها قائم بالمالك، و طرفها الآخر قائم بالمملوك. و من آثار هذه الإضافه أن يفكّ المالك- عند التبديل - إضافته القائمه بالمتاع، و يجعلها قائمه بالثمن، و يفكّ مالك الثمن إضافته القائمه بالثمن، و يجعلها قائمه بالمتاع. و هذا هو البيع بالحمل الشائع. و يقابله باب الإرث، فإن فيه يتبدل المالك مع بقاء المملوك على حاله.

و من الظاهر أن التبديل فى باب الحقوق من القبيل الثانى. ضروره أنه إذا جعل الحق عوضا فى معامله كان معناه زوال الحق من ذى الحق و ثبوته لشخص آخر، كما أن مال المورث ينتقل منه الى وارثه.

و ليس معناه وقوع التبديل بين المعوض و بين متعلق الحق كالأرض المحجره مثلا.

و لا- أن معناه وقوع المعاوضه بين المعوض و نفس الحق ضروره أن الحق ليس إلا إضافه خالصه و من البديهي أن مقابله هذه الإضافه بشيء تحتاج إلى إضافه أخرى

ص: ٤٣

لكى يقع التبديل فى تلك الإضافه. و يلزم منه التسلسل.

و على هذا فلا يصدق مفهوم البيع على تبديل حق بحق. و لا على تبديله بغيره.

كما أنه لا- يصدق على قيام النائب مقام المنوب عنه فى الجهات الراجعة إليه - كالأمامه، و القضاوه. و الوزاره، و السلطنه، و أشباهها- و لأجل هذه المناقشه يلزمنا أن نمنع عن جواز تبديل حق بحق. أو تبديله بغيره، منعا مطلقا: أى سواء أصدق عليه مفهوم المال أم لم يصدق عليه ذلك. و أنت خبير بأن المانع من تبديل الحقوق، و جعله ثمنا هو ما ذكرناه من استحاله تعلق الملكيه بالحكم الشرعى. و إلا فلو أمكن تعلقها به لم يكن مانع من تبديله، و جعله ثمنا. و بذلك تنقطع السلسله كما فى مبادله الأعيان و المنافع.

### الملك و الحق و بيان الفارق بينهما

ما هى حقيقه الملك، و حقيقه الحق، و ما هو الفارق بينهما؟ أن الثابت فى نظام الوجود لا يخلو عن أربعة أقسام: لأنه إما واجب، أو ممكن. و الثانى: إما جوهر، أو عرض، أو أمر اعتبارى قائم بنفس الاعتبار.

و لا ريب فى أن الأحكام كلها من قبيل الأمور الاعتباريه. سواء فيها الأحكام الشرعيه، و العقلانيه، و الوضعيه، و التكليفيه، و الإلزاميه و الترخيصيه.

فمعنى الوجوب اعتبار الفعل على ذمه المكلف.

و معنى الزوجيه اعتبار كل من الزوجين عدلا للآخر.

و معنى الملكيه اعتبار إحاطه المالك بالمملوك. و على هذا النمط كلما ورد عليك حكم من الأحكام.

و عليه فحقيقه الملكيه إنما هى السلطنه و الإحاطه: و هى مقوله بالتشكيك على مراتبها الأربع المتقدمه (1) و لا ريب فى أن هذه السلطنه إنما تتعلق بالأعيان الخارجيه

ص: ٤٤

تاره، و بالأفعال اخرى. فيقال: له السلطنه على المملكه. و هو سلطان الرعيه، و الناس مسلطون على أموالهم. و زيد مسلط على الخياطه و البنايه و التكلم و الكتابه و نحو ذلك من الأفعال.

و هذا بخلاف الحق و الحكم، فإنهما لا يتعلقان إلا بالأفعال. فيقال: يباح للإنسان أكل الخبز و شرب الماء. و يستحب له أكل الرمان و يجب على المكلف الإتيان بالصلاه الواجبه، و ترك المحرمات. و يحرم عليه شرب المسكر و أكل الربا، و استماع الغناء. و يكره له أكل لحم الحمير و البغال.

و أيضا يقال: إن صاحب الخيار له حق فسخ العقد. و المرتهن له حق بيع العين المرهونه، و استيفاء حقه من ثمنها إذا امتنع الراهن من أدائه. و الزوجه لها حق المطالبه للمسكن و النفقه و المضاجعه من زوجها. و الأولياء لهم حق القيام بأمر المولى عليهم.

و حق المؤمن على المؤمن أن يدفع غيبته و يقضى حاجته. و يحضر جنازته. و يكشف كربته.

و على الجملة: إن الفارق بين الحق و الحكم، و بين الملك: أن الأولين لا يتعلقان إلا بالأفعال. بخلاف الملك فإنه يتعلق بالأعيان تاره و بالأفعال اخرى. و إليك ملاحظه الاستعمالات الصحيحه الفصيحه.

### **الحق و الحكم و عدم وجود الفارق بينهما**

ما هو الفارق بين الحق و الحكم؟ لا ينبغي الريب فى أن الحكم و الحق متحدان حقيقه، لأن قوامها بالاعتبار الصرف.

و توضيح ذلك: أن المجعولات الشرعيه على سته أقسام:

١- التكليفى الإلزامى، كالواجبات و المحرمات.

٢- التكليفى غير الإلزامى. كالمستحبات و المكروهات و المباحات.

٣- الوضعى اللزومى الذى يقبل الانفساخ. كالبيع و الإجاره و الصلح و نحوها،

فإنها و إن كانت لازمه فى نفسها.و لكنها تنفسخ بالإقاله و نحوها.

٤-الوضعى اللزومى الذى لا يقبل الانفساخ،كالزواج،فإنه لا ينفسخ إلا فى موارد خاصه.

٥-الوضعى الترخيصى الذى يقبل الاسقاط،كحق الشفعه و حق الخيار، فلصاحب الحق أن يرفع يده عن حقه و يسقطه.

٦-الوضعى الترخيصى الذى لا يقبل الاسقاط،كالجواز فى الهبه،فإنه حكم مجعول للشارع.و لا يرتفع بالإسقاط.

و هذه الأمور الاعتباريه و إن اختلفت من حيث الآثار اختلافًا واضحًا، و لكنها تشترك فى أن قوامها بالاعتبار المحض و إذن فلا وجه لتقسيم المجعول الشرعى أو العقلائى إلى الحق و الحكم لكى نحتاج إلى بيان الفارق بينهما.بل كلها حكم شرعى، أو عقلائى قد اعتبر لمصالح خاصه.بناء على مسلك العدليه من تبعيه الأحكام للملاكات الواقعيه.

نعم تختلف هذه الأحكام فى الأثر- كما أشرنا إليه قريبًا-اختلافًا ظاهرًا.

فبعضها يقبل الاسقاط.و بعضها لا يقبله و السر فى هذا الاختلاف هو أن زمام تلك الأمور بيد الشارع حدوثًا و بقاء فقد يحكم ببقائه، كما حكم بحدوثه،و قد يحكم بارتفاعه و لو كان ذلك باختيار أحد المتعاملين أو كليهما.نعم المتبع فى ذلك-فى مقام الإثبات-هو الأدله الشرعيه.

و على الجملة:إن الجواز و اللزوم الوضعيين.كالجواز و اللزوم التكليفيين،فان جميعها من الأحكام الشرعيه و لا تفاوت فى ماهيتها و ذواتها و إن اختلفت آثارها.

فاعطف نظرك هل ترى فارقًا بين جواز قتل المشرك-الذى يسمى حكمًا شرعيًا-و بين سلطنه ولى الدم على قتل القاتل الذى يسمى حقا شرعيًا،لقبوله الاسقاط.

ثم أرجع البصر كرتين هل ترى فارقًا بين حق الحضانه و الأبوه،و الولايه و أشباهها مما لا يقبل الاسقاط،و بين حق الشفعه و حق الخيار القابلين للإسقاط،فافهم و اغتنم.

و من الغريب أن جمعا من الفقهاء تصدوا لبيان الفارق بين الحق و الحكم، حتى أن بعضهم قد ألحقه بالبيدييات، زعما منه أن الاختلاف بينهما أظهر من الشمس، و أبين من الأمس، و ذكر جماعه: أن الحق مرتبه ضعيفه من الملكيه، و صاحبه مالك لشيء يرجع أمره إليه، بخلاف الحكم، فإنه مجرد جعل الرخصه في فعل شيء أو تركه، أو الحكم بترتب أثر على فعل أو ترك.

و ذكر طائفه: أن الحق ما يقبل السقوط و الإسقاط، أو النقل و الانتقال، بخلاف الحكم، فإنه لا يقبل شيئا من هذه الأمور. إلى غير ذلك مما ذكروه في هذا المقام. و لكنك قد عرفت: أنه لا يرجع شيء من ذلك إلى محصل.

نعم لا- مانع من تخصيص إطلاق الحق اصطلاحا بطائفه من الأحكام: و هي التي تقبل الإسقاط، إذ لا مشاحه في الاصطلاح. و أظن- وإن كان الظن لا يغنى من الحق شيئا- أن هذا الإطلاق صار سببا لاختلاف العلماء في حقيقه الحق و الحكم.

و بيان الفارق بينهما. و الله العالم.

و مما يدل على اتحاد الحق و الحكم أن لفظ (الحق) في اللغة بمعنى الثبوت. و لذا يصح إطلاقه على كل أمر متقرر في وعائه المناسب له، سواء أ كان تقررا تكوينيا أم كان اعتباريا. و هو بهذا المعنى قد استعمل في عدة موارد من الكتاب العزيز [١]

و من هنا يصح إطلاق كلمه (الحق) على الخبر الصادق، لثبوت مضمونه فى الواقع.

و لهذا أيضا يطلق الحق - بقول مطلق - على الله تعالى، لبطلان غيره فى جنبه سبحانه.

و من هنا قيل: إن أصدق شعر أنشئ فى الجاهليه هو قوله ألا كل شىء ما خلا الله

باطل

و إذن فمفهوم الحق يعم جميع المجعولات الشرعيه. بل جميع الأمور الثابته فى أى صقع من الأصقاع، فلا - وجه لتخصيصه بالأحكام فضلا عن تخصيصه بحصه خاصه منها.

### المجعول الشرعى و الشك فى أنه حق أو حكم

إذا شك فى أن المجعول الشرعى حق اصطلاحى يقبل الإسقاط، أو أنه حكم اصطلاحى لا يقبله، فإن كان هنا ما يدل على تعيين أحدهما بالخصوص أخذ به. و إلا فإن كان لدليل المشكوك فيه عموم أو إطلاق أخذ بذلك، و يثبت به كونه حكما.

و مثال ذلك: أنه إذا شك فى أن جواز أكل الماره من الشجره التى تمر عليها، أو جواز الفسخ فى الهبه حق أو حكم فإنه يتمسك بإطلاق ما دل على جوازهما.

و يثبت بذلك كونه حكما، فلا يسقط بالإسقاط.

و أنه إذا شكنا فى بقاء حق التحجير بعد إسقاطه رجعنا إلى إطلاق قوله (صلى الله عليه و آله):

(من سبق إلى ما لم يسبقه اليه مسلم فهو له) (١) و أنه إذا شكنا فى بقاء حق القصاص بعد إسقاطه رجعنا إلى إطلاق قوله تعالى (وَمَنْ قُتِلَ مَظْلُومًا فَقَدْ جَعَلْنَا لَوْلِيِّهِ سُلْطَانًا) (٢). و مع عدم الإطلاق فى ذلك

ص: ٤٨

١- ١) قد أشرنا إلى مصادر الحديث فى ص ٦.

٢- ٢) الاسراء ٣٥: ١٧.

رجعنا إلى الآيات [١] و الروايات [٢] الداله على حرمه قتل النفس المحترمه.

و إن لم يكن هناك عموم أو إطلاق فإن قلنا بجريان الاستصحاب فى الشبهات الحكيمه استصحابنا الجواز المشكوك فيه بعد إسقاطه. و نحرز بذلك كونه حكما. و إلا فيرجع إلى ما يقتضيه سائر الأصول اللفظيه أو العمليه. فقد تكون نتيجته ذلك السقوط بالإسقاط. فيكون حقا.

و عليه فإذا شك فى أن حق الشفعه و حق الخيار من قبيل الحقوق، أو من قبيل الأحكام لم يجز إعمالهما بعد الاسقاط، لعدم الإطلاق فيما دل على ثبوتها لذى الخيار و الشفيع.

و إذن فإن قلنا بجريان الاستصحاب فى الشبهات الحكيمه رجعنا إليه. و إلا فإن العمومات الداله على حرمه أكل مال الناس من دون رضاه محكمه.

و إذا شك فى حق أنه يقبل الانتقال إلى الوارث أولا- كحق الحضانه و الولايه و أمثالهما- فإن كان هنا دليل على قبوله النقل فإنه يحكم بقبوله الانتقال أيضا، إذ يستكشف من ذلك عدم وجود الخصوصيه لمورد المشكوك فيه. و إلا فإنه يحكم بعدم انتقاله. و يأتي تفصيل ذلك فى مبحث أحكام الخيار.

و إذا شكنا فيما يطلق عليه الحق اصطلاحا أنه يقبل النقل أولا فإن الأصل عدم قبوله إياه، إذ الظاهر من الأدله المثبتة لذلك هو اختصاصه بذى الحق فقط. فثبوتة لغيره يحتاج إلى دليل.

و دعوى أن الأصل جواز نقله تمسكا بالعمومات الداله على صحه العقود و نفوذها



دعوى جزافيه، فإن تلك العمومات ناظره إلى بيان الحكم الوضعى: و هو إمضاء المعاملات العرفيه: أعنى بها ما يكون مورد المعامله فيها قابلا للانتقال إلى غيره. و مع الشك فى ذلك كان التمسك بتلك العمومات تمسكا بها فى الشبهه المصداقيه. و قد ثبت فى محله عدم جواز التمسك بالعام فى الشبهات المصداقيه.

و إلى هنا وقف القلم فى مبحث الحق و الحكم. و الله ولى التوفيق، و عليه التوكل، و به الاعتصام.

### مفهوم الإنشاء و تعريفه

قوله: (فالأولى تعريفه بأنه إنشاء تمليك عين بمال). أقول: إن واقع الإنشاء المقابل للاخبار و إن كان من الأمور الواضحه التى يعرفها الصبيان و المجانين حسب مرتكزاتهم فضلا عن البالغين، إلا أنه وقع الكلام فى حقيقته و فيما به يمتاز عن الأخبار، فالمعروف بين العلماء: أن الإنشاء إيجاد المعنى باللفظ.

و لكن هذا التعريف مزيف، لأننا ذكرنا فى مبحث المشتقات من مدخل علم الأصول: أن المراد من إيجاد المعنى باللفظ إما إيجاد خارجى، أو إيجاد اعتبارى:

أما الإيجاد الخارجى فهو ضرورى البطلان، بداهه أن الموجودات الخارجيه برمتها مستنده إلى عللها الخاصه، و أسبابها المعينه، و مقدماتها الإعداديه، و من الواضح الذى لا ريب فيه أن اللفظ أجنبى عنها.

نعم قد يكون بعض الألفاظ من مبادئ الوجود الخارجى، كالكلام العنيف المؤثر فى اصفرار وجه الرجل. إلا أن هذا غريب عن إيجاد المعنى باللفظ فى نظام الوجود. كما يبعد عن إيجاد المعنى باللفظ ما هو المعروف بين أهل المعقول من أن اللفظ وجود للمعنى فى عالم اللفظ. و وجه البعد: أن ذلك لا يختص بالجمل الإنشائيه. بل يعم الجمل الخبريه و المفردات أيضا.

و أما الإيجاد الاعتبارى فإن كان المراد به وجوده فى نفس المتكلم فهو واضح الفساد، فان الاعتبار النفسانى من أفعال النفس، و من المعلوم أن أفعال النفس توجد فيها بفاعليتها بلا احتياج الى عالم الألفاظ أصلا و رأسا.

و إن كان المراد من الإيجاد الاعتبارى وجود المعنى فى اعتبار العقلاء فيتوجه عليه أن الإنشاء و إن كان موضوعا لاعتبار العقلاء. إلا- أن هذا الاعتبار مترتب على تحقق الإنشاء فى الخارج. و كلامنا فى تصوير حقيقته، سواء أ كان ذلك موردا لاعتبار العقلاء أو الشرع، أم لم يكن.

و على الجملة: إنا لا- نعقل معنى محصلا لتعريف الإنشاء بإيجاد المعنى باللفظ، سواء فى ذلك الإيجاد الاعتبارى و الإيجاد الخارجى.

و التحقيق: أن الإنشاء إبراز الاعتبار النفسانى بمبرز خارجى. كما أن الخبر إبراز قصد الحكاياه عن الثبوت أو السلب بالمظهر الخارجى.

و السر فى ذلك أنا ذكرنا فى مبحث الوضع من مدخل علم الأصول: أن حقيقه الوضع هى التعهد و الالتزام النفسى بجعل لفظ خاص، أو هيئه خاصه مبرزا لقصد تفهيم أمر تعلق غرض المتكلم بتفهمه. و من البديهى أن هذا المعنى أمر اختيارى لكل من التزم بذلك و تعهد به. و الارتباط الحاصل بين الدال و المدلول أمر قهرى و منتزع من الالتزام المذكور.

و لا- يخفى على الفطن العارف أن هذا المعنى للوضع موافق للوجدان و الذوق السليم، و الارتكاز العقلانى، و الفهم العرفى، و المعنى اللغوى، بديهى أن الوضع فى اللغه بمعنى الجعل و الإقرار و الإثبات و ما يراد منها من ألفاظ أيه لغه كانت. و عليه فالتزام المتكلم بإبراز مقاصده- عند التفهيم- بالألفاظ الخاصه نوع من الوضع. و من هنا يطلق الواضع على مقنن القوانين فى المحاكم العرفيه.

و على هذا النهج فكل من تعهد بإبراز مقاصده بالألفاظ المتداوله بين أهل اللسان

لتفهم أمر تعلق به غرضه-فهو واضح حقيقه.نهايه الأمر أن إطلاق الواضع على الجاعل الأول إنما هو لسبق زمانه،و قدم عهده.و لا فارق فيما ذكرناه بين الجمل الخبريه و الجمل الإنشائيه،و غيرهما من الألفاظ المفرده و المركبه التي هي من الامارات الجعليه.

نعم تفترق الجمل الإنشائيه عن الجمل الخبريه بأن الجمل الإنشائيه إنما وضعت بهيئاتها الإنشائيه لابرز أمر ما من الأمور النفسانيه:و هذا الأمر النفساني قد يكون اعتبارا من الاعترابات،كما في الأمر و النهي و العقود و الإيقاعات.و قد يكون صفة من الصفات،كما في التمني و الترجي.و لأجل ذلك أن الجمل الإنشائيه لا- تتصف بالصدق تاره و بالكذب أخرى.إذ ليس في مواردھا خارج تطابقه النسبه الكلاميه،أو لا تطابقه.

و هذا بخلاف الجمل الخبريه،فإنها موضوعه لابرز قصد الحكايه عن الثبوت أو السلب.و عليه فالهيئات التركيبيه للجمل الخبريه أماره على قصد المتكلم للحكايه عن النسبه،و هذه الحكايه قد تطابق الواقع فتكون الجمله صادقه،و قد تخالفه فتكون كاذبه.و قد اتضح لك مما ذكرناه أن المتصف بدء بالصدق و الكذب-في الجمل الخبريه-إنما هو الحكايه عن الواقع.و أما اتصاف الجمله الخبريه بهما إنما هو من قبيل وصف الشيء بحال متعلقه.

و المتحصل مما بيناه أن استعمال اللفظ في المعنى ليس إلا- إظهار المقاصد النفسانيه بمرز خارجي سواء في ذلك الجمل و غيرها.و إذن فالإنشاء من مصاديق استعمال اللفظ في المعنى بلا ارتباط له بإيجاد المعنى باللفظ.

### حقيقه البيع و تعريفه

لا يخفى على الناقد البصير أن البيع ليس إنشاء ساذجا-و إن علم عدم تحقق الاعتبار النفساني-و إلا لصدق مفهوم البيع على بيع الهازل و الساهي و النائم و السكران و أمثالهم،و لا أنه صرف الاعتبار النفساني-و إن لم يقترن به المظهر الخارجي-

و إلا لصدق مفهوم البيع على الاعتبار النفساني المحض من دون إبرازه بمبرز خارجي.

و هو باطل بالضرورة.

بل حقيقه البيع هي الاعتبار النفساني المظهر بمظهر خارجي، سواء أ كان ذلك ممضى للشارع أو للعقلاء أم لم يكن كذلك. و عليه فإذا اعتبر أحد تبديل ماله بمال غيره في أفق نفسه، ثم أظهر ذلك بمبرز خارجي صدق عليه مفهوم البيع جزماً. و كذلك الحال في سائر الأمور الإنشائية من العقود و الإيقاعات، و الأوامر و النواهي، فإن معنى الأمر-مثلاً-ليس إنشاء خالصاً، و لا اعتباراً ساذجاً. بل هو الاعتبار النفساني المظهر بمبرز خارجي.

و إذا اطلعت على ما ذكرناه في معنى الإنشاء، و لاحظت ما بيناه في معنى المبادله (1) جاز لك تعريف البيع بأنه إنشاء تبديل شيء من الأعيان بعوض في جهه الإضافه. و لا يتوجه عليه لزوم أخذ الإنشاء في المنشأ. كما سجله المصنف على ما ذكره المحقق الثاني من أن البيع نقل العين بالصيغه المخصوصه. و ذلك لأن هذه المناقشه واضحه الدفع نقضاً و حلاً، و سيأتي قريباً.

قوله: (ثم الظاهر أن لفظ البيع ليس له حقيقه شرعيه، و لا- متشريع بل هو باق على معناه العرفي). أقول: قد عرف الفقهاء البيع بتعاريف شتى غير ما ذكرناه:

١- ما ذكره الشيخ في المبسوط، و العلامه في التذكرة من أن البيع انتقال عين مملوكه من شخص إلى غيره بعوض مقدر على وجه التراضي. و رماه المصنف الى التسامح الواضح، و لم يبين سره. و لعل الوجه فيه أن الانتقال أثر للبيع، فلا يسوغ تعريف الشيء بأثره. إلا على سبيل العناية و المجاز.

و أضف إلى ذلك أن البيع أمر قائم بالبائع، كالتملك و التبديل. و الانتقال

ص: ٥٣

١- ١) قد عرفت ذلك مفصلاً في ص ٢٢.

صفه للعوضين، فلا وجه لتعريف البعض بذلك. نعم لا بأس بتوصيفه بالانتقال مجازاً، لأن ذلك من قبيل توصيف الشيء بحال متعلقه [١].

٢- ما أشتهر بين الفقهاء من أن البيع هو الإيجاب و القبول الدالين على الانتقال.

و ناقش فيه المصنف (ره) بأن البيع من مقوله المعنى دون اللفظ، فلا- وجه لتفسيره به. على أن البيع ينشأ باللفظ. و لا معنى لإنشاء الإيجاب و القبول باللفظ. و لكن هذه المناقشه متوجهه إلى تعريف المصنف أيضاً، لأنه أخذ الإنشاء فى تعريف البيع.

و سيأتى قريباً. قيل:

إن اللفظ سبب و البيع مسبب. فيستحيل تعريف المسبب بسببه.

و يرد عليه: أن البيع ليس من الأمور التوليدية لكى يتسبب إليه بالألفاظ، و يضاف إليه أن من عرف البيع بالتعريف المذكور فقد التزم بكونه اسماً للسبب دون المسبب.

٣- ما حكى عن المحقق الكركى فى جامع المقاصد من أن البيع نقل العين بالصيغه المخصوصه.

و ناقش فيه المصنف، و حاصل مناقشته: أنه إن كان غرض المحقق الثانى من هذا التعريف ان البيع نقل العين المنشأ بالصيغه المخصوصه فيرد عليه: أن النقل بنفسه و إن كان أمراً يمكن إنشاؤه بالصيغه. إلا أن النقل مقيداً بكونه منشأ بالصيغه غير قابل لتعلق الإنشاء به. و هو ظاهر.

و إن كان غرضه من ذلك أن البيع نفس النقل الخاص المرادف للبيع، و جعله

مدلول الصيغه إشاره إلى تعيين ذلك الفرد من النقل الذى تكون الصيغه سببا له. لا أن يكون التقييد مأخوذا فى مفهوم البيع لكى يكون مدلول بعث نقلت بالصيغه، و إن كان غرضه هذا فإن أراد من الصيغه خصوص كلمه بعث فقد لزم منه الدور، إذ الغرض من التعريف معرفه ماده بعث، فلا- يمكن تعريف تلك ماده بما يشمل عليها. و إن أراد من الصيغه ما هو الأعم من كلمه بعث و جب الاقتصار على مجرد النقل و التملك. و الجواب عن ذلك:

أن لفظ البيع- على ما تقدم بيانه قريبا- لم يوضع للاعتبار النفسانى الصرف:

أعنى به اعتبار التبديل بين المالين. كما أنه لم يوضع لمجرد الإنشاء من دون أن يكون هناك اعتبار نفسانى. بل هو موضوع للاعتبار المبرز فى الخارج بمبرز ما. و هذا المعنى كما يمكن أن يتحقق بغير صيغه بعث من الألفاظ الكاشفه عن اعتبار التبديل بين العوض و المعوض. كذلك يمكن أن يتحقق بصيغه بعث.

و هذا نظير لفظ الاذن و الإجازة و غيرهما مما وضع لابرز الرضا النفسى بمبرز ما، فإنه كما يمكن إبراز الرضا بلفظ آخر ينطبق عليه مفهوم الاذن. كذلك يمكن إبرازه بلفظ الإيذن أيضا. فإذا قال: أذنت لك فى أن تفعل كذا فقد أبرز رضاه بهذه اللفظه، و يكون ذلك مصداقا للإذن فى الخارج.

و على الجملة: لا- مانع من أن يكون البيع اسما للنقل بالصيغه المخصوصه. و معه فكما يمكن إنشاء البيع بسائر الصيغ كذلك يمكن إنشاؤه أيضا بصيغه بعث. و لا يفرق فى ذلك بين القول: بأن الإنشاء إيجاد المعنى باللفظ- كما هو المشهور- و بين القول:

بأنه إظهار ما فى النفس من الاعتبار، كما هو المختار عندنا.

و يضاف إلى ذلك: أن ما وجهه المصنف على المحقق الثانى يتوجه على تعريفه حذو النعل بالنعل، و القنذ بالقنذ، لأن المصنف (ره) قد عرف البيع- و سيأتى- بأنه إنشاء تملك عين بمال و من الواضح أن إنشاء التملك ليس إلا إنشاء البيع بالصيغه المخصوصه.

نعم يتوجه على التعريف المزبور أمران، و قد تعرض لهما المصنف

١- أن لفظ النقل ليس مرادفاً للبيع بل هو من الكنايات. وقد ثبت في محله أنه لا يجوز استعمال الألفاظ الكنائية في التعاريف.

٢- أن التعريف المذكور غير جامع لأفراد المحدود، بداهه أن المعاطاه بيع عند المحقق الثاني، مع أنها لم تنشأ بالصيغه أصلاً فضلاً عن الصيغه المخصوصه.

٤- ما حكى عن الحلبي من أن البيع عقد يقتضى استحقاق التصرف في المبيع و الثمن. و يرد عليه وجوه:

١- أن العقد مركب من الإيجاب و القبول. و إذن فيتوجه على هذا التعريف ما يتوجه على تعريف البيع بالإيجاب و القبول ٢- أن هذا التعريف لا يشمل البيع الفاسد، لأنه لا يقتضى استحقاق التصرف في العوضين. مع أنه بيع جزماً. و عليه فلا يكون جامعاً لأفراد المحدود.

٣- أن التعريف المذكور مشتمل على الدور، لمكان ذكر المبيع فيه، بداهه أن الغرض منه معرفه ماده بعت. و من الواضح أن ذكر ما يقتطف منها في تعريفها دور واضح ٥- ما ذكره المصنف من أن البيع إنشاء تملك عين بمال. و يتوجه عليه وجوه:

١- أن لفظ العين يشمل الأعيان المتموله و غيرها. مع أنه (ره) اعتبر المالىه فى العوضين. فلا يكون تعريفه هذا مانعاً عن دخول الأعيان فى المحدود.

٢- أنه لو كان البيع إنشاء تملك عين بمال لزم منه أن يكون التبديل فيه فى الإضافه المملكه فقط. و قد عرفت خلاف ذلك فيما تقدم (١) و قلنا: إن البيع تبديل شىء بشىء فى جهه الإضافه. لا فى الإضافه المملكه و لا فى الإضافه المالىه.

٣- أنه لا دليل على اعتبار المالىه فى الثمن. و إنما المناط فى تحقق مفهوم البيع صدق عنوان المعاوضه عليه. و قد مرّ تفصيل ذلك فيما سبق (٢) كما اتضح لك ان الصحيح هو ما ذكرناه فى تعريف البيع من أنه إنشاء تبديل عين بعوض فى جهه الإضافه.

ص: ٥٦

١-١ (١) ص ٢٣.

٢-٢ (٢) ص ٢٤.

قوله: (و لا يلزم عليه شيء مما تقدم. نعم يبقى عليه أمور) أقول: بعد ما عرف المصنف البيع بإنشاء تمليك عين بمال تصدى لذكر جملة من النقوض المتوجهه على التعريف المزبور. و الجواب عنها. و يحسن بنا التعرض لتلك النقوض و أجوبتها تأسيًا له (ره).

### منها:

١- أن تعريف البيع بإنشاء تمليك عين بمال موقوف على جواز الإيجاب

بلفظ ملكت. و إلا لم يكن التمليك مرادفا للبيع.

و قد أجاب عنه المصنف بصحة الإيجاب بلفظ ملكت، لأن التمليك بالعوض ليس معنى آخر غير البيع. و قد صرح بذلك أيضا في البحث عن ألفاظ العقود. و سيأتي.

و التحقيق: أنه لا ريب في جواز إنشاء البيع بلفظ ملكت. و لكن هذا بعيد عن قضيه مرادفه التمليك للبيع. ضروره أنه ربما يتحقق مفهوم البيع و لا- يكون هناك تمليك أصلا. و مثال ذلك: أنه إذا أوصى أحد بصرف ماله في سبيل الله، و نص على عدم صيرورته ملكا لأحد، فإنه إذا بيع المال المزبور- لكي يصرف ثمنه في قربات الله- لم يقع التبديل بين العوضين في الإضافه الملكيه. بل في إضافه أخرى غيرها (١).

و أضف إلى ذلك أن الإنشاء بصيغه ملكت إنما يصح فيما إذا كان المشتري أصيلا. و أما إذا كان فضوليا، أو أحد الأولياء من قبل الأشخاص المحجورين فإنه لا يصح خطابه بلفظ ملكتك. بل لا بد حينئذ من إنشاء البيع بلفظ آخر غير لفظ ملكت.

### و من النقوض.

٢ أنه إذا كان البيع بإنشاء تمليك عين بمال لم يشمل ذلك بيع الدين ممن

هو عليه، إذ الإنسان لا يملك مالا على نفسه.

ص: ٥٧



و أجاب عنه المصنف بوجهين. و حاصل الوجه الأول: أنه يمكن أن يملك الإنسان مالا على نفسه. و تكون نتيجته سقوط ذلك المال عن ذمته. و نظير ذلك:

أن يكون أحد مديونا لغيره دينارا و اشترى الدائن متاعا من المديون بدينار كلى فى الذمه فإن الدينارين يسقطان بالتهاتر.

و حاصل الوجه الثانى: أنه إذا لم يعقل تملك الإنسان لما فى ذمته لم يعقل بيعه أيضا، إذ ليس للبيع لغه و عرفا معنى غير المبادله و النقل و التمليك، و ما يساويها من الألفاظ سواء أ كانت من اللغة العربيه أم كانت من غيرها و من هذه الناحيه قال فخر المحققين: (إن معنى بع فى لغه العرب ملكت غيرى، فإذا لم يعقل ملكيه ما فى ذمه نفسه لم يعقل شىء مما يساويها فلا يعقل البيع).

و التحقيق: أنه لا بأس بما ذكره فى الوجه الثانى. و أما الوجه الأول فيرد عليه أنه إذا صح ملك الإنسان لما فى ذمته حدوثا صح ذلك بقاء أيضا، بديهه أن الموانع العقليه لا يفرق فيها بين الحدوث و البقاء. إلا إذا كان المانع عن البقاء هو الحكم الشرعى، كما فى شراء العمودين فإنه حينئذ لا بأس من الالتزام بالملكيه الآنيه حدوثا لا بقاء. و لكن هذا فيما إذا كان ملك الإنسان لما فى ذمته بالملكيه الاعتباريه لا بالملكيه الذاتيه.

و قد عرفت ذلك سابقا فى البحث عن أقسام الحقوق و ستعرفه قريبا عند الجواب عن النقض [١].

والتحقيق: أن مالكيه الإنسان لدمته أمر ذاتي تكويني من غير أن يحتاج إلى الثبوت الاعتباري، بديهه أن الثبوت الاعتباري إنما يصح فيما إذا لم يكن هناك ثبوت تكويني حقيقي. وإلا لكان الاعتبار لغوا محضاً، و تحصيلاً للحاصل.

و عليه فإذا ملك شخص شيئاً في ذمه غيره فقد ملكه بالملكيه الاعتباريه. و إذا انتقل ذلك المملوك إلى المملوك عليه تبذلت الملكيـه الاعتباريه بالملكيه الذاتيه التكوينيـه، لما عرفته من لغويه الثبوت الاعتباري في موارد الثبوت الحقيقي. و إذن فلا مجال

للمناقشه فى بيع الدين ممن هو عليه باستحاله ملك الإنسان لما فى ذمته. كما لا مجال لتوهم سقوط ذلك بعد التملك. بل يوجب البيع تبدل الإضافه الاعتباريه بالإضافه الذاتيه. فالحجر الاساسى للمناقشه فى بيع الدين ممن هو عليه إنما هو خلط الملكيه الذاتيه بالملكيه الاعتباريه. وقد علمت الفارق بينهما.

### و من النقوض:

٣- أن تعريف البيع بإنشاء التمليك إلخ يشمل التمليك بالمعاطاه.

مع أن المشهور بين الأصحاب أن المعاطاه ليست ببيع. بل ادعى بعضهم الإجماع على ذلك. و إذن فينتقض ذلك التعريف بالمعاطاه.

و يرد عليه: أن المعاطاه بيع حقيقه لغه و عرفا. و أن غرض النافين إنما هو نفي الصحه أو اللزوم عن البيع المعاطاتى. و الذى يوضح ذلك أنه لا وجه لدعوى الإجماع على عدم كونها بيعا. لأن صدق مفهوم البيع عليها أمر عرفى و لا معنى لقيام الإجماع التعبدى على أمثال ذلك. و إنما مورد الإجماع التعبدى هو المسأله الشرعيه و يضاف إلى ذلك أن جما غفيرا من أكابر الفقهاء ذهبوا إلى ان المعاطاه بيع صحيح. بل جملة من المحققين ذهبوا إلى كونها بيعا لازما. و مع ذلك كيف يمكن دعوى الإجماع على عدم كونه بيعا

### و من النقوض.

٤- انه إذا كان البيع إنشاء تمليك عين بمال انتقض منعه بالشراء،

فإن المشتري بقبوله للبيع يملك ماله بعوض المبيع.

و أجاب عنه المصنف و إليك نصه (و فيه ان التمليك فيه ضمنى و انما حقيقته التملك بعوض. و به يظهر اندفاع الإيراد بانتقاضه بمستأجر العين بعين حيث ان الاستئجار يتضمن تمليك العين بمال: أعنى المنفعه.

و لكننا لم نفهم معنى محصلا للتمليك الضمنى إذ يرد عليه أولا انه ان كان مراده من التمليك الضمنى التمليك التبعى: (بمعنى ان البائع يملك ماله للمشتري أولا و يملك المشتري ماله للبائع ثانيا) فيرد عليه: ان لازم ذلك ان ينعكس الأمر فيما إذا

تقدم القبول على الإيجاب: بأن يكون التمليك من ناحيه المشتري أولاً، و البيع من ناحيه البائع ثانياً.

و ان كان مراده من التمليك الضمنى: ان ألفاظ الإيجاب و القبول انما تدل بالدلاله المطابقه على تمليك المشتري ماله للبائع، سواء فى ذلك تقدم القبول على الإيجاب و عدمه، ان كان مراده هذا فيرد عليه: ان هذا يرجع الى جهه الدلاله، و مقام الإثبات. فلا يوجب فرقا بين التمليكين لبا، و فى مقام الثبوت، بداهه ان البيع تبديل شىء بشىء فى جهه الإضافه. و من الضرورى أنه يستحيل تحقق التبديل بين شيئين الا ان ينتقل كل منهما الى محل الآخر فى آن واحد، و فى مرتبه واحده. و عليه فلا يعقل وجود التمليك من ناحيه البائع إلا فى آن وجود التمليك من ناحيه المشتري.

و بتعبير آخر: أن البائع إنما ينشئ التبديل بين الثمن و المثلن فى جهه الإضافه فى مرتبه واحده. نعم يشترط رضا المشتري و قبوله لفعل البائع فى تحقق عنوان التبديل، و نتيجة ذلك: أن التمليكين (تمليك البائع و تمليك المشتري) يتحققان فى مرتبه واحده. و إذن فلا أصاله و لا تبعيه فى المقام.

و أضف إلى ذلك: أننا سلمنا كون التمليك من ناحيه البائع أصليا استقلاليا، و من ناحيه المشتري ضمنيا تبعيا. الا أن إطلاق التعريف شامل لكلا التمليكين و اذن فلا وجه لصرفه عن الثانى، و حصره فى الأول. قيل:

ان مفهوم البيع يوجد بالإيجاب الساذج، و يتحقق به التمليك و التملك فى عالم الاعتبار. و عليه فلا يبقى مجال لتمليك المشتري لكى ينتقض به تعريف البيع. و اذن فلا- شأن للمشتري الا- قبول الإيجاب من البائع و نسبه فعله الى نفسه فتكون منزله القبول فى البيع منزله الإمضاء فى المعاملات الفضوليه و فيه أن قبول الإيجاب و ان كان شرطا فى البيع، لا جزء مقوما له الا أن شروط البيع على ثلاثه أقسام

١- أن يكون شرطاً لإمضاء الشارع.

٢- أن يكون شرطاً لإمضاء العقلاء.

٣- أن يكون شرطاً لأصل الاعتبار: بأن يدور عليه مفهوم البيع وجوداً و عدماً. و من الواضح أن تعقب الإيجاب بالقبول من القبيل الثالث. بداهة انتفاء حقيقته البيع بانتفاء القبول. فكما ان التمليك و التملك يستندان إلى البائع كذلك يستندان إلى المشتري.

### و من النقوض:

٥- أنه إذا كان البيع إنشاءً لتمليك عين بمال انتقض طرده بالصلح على

تملك عين بمال

و يتوجه عليه وجوه:

١- أن مفهوم الصلح هو التسالم، و يعبر عنه في لغة الفارس بلفظ (سازش و سازكارى) و عليه فالمدلول المطابقى لكلمه الصلح انما هو إنشاء التسالم على أمر معلوم.

و من الظاهر أن هذا العنوان يغير عناوين سائر العقود، إذ المنشأ فيها (أولاً و بالذات) عنوان آخر غير عنوان التسالم، بديهة ان كل معامله و ان كانت لا تصدر الا عن تسالم بين الطرفين على تلك المعامله. لكنه غير عقد الصلح الذى يكون المنشأ فيه نفس هذا العنوان. فكم فرق بين إنشاء الصلح، و بين معامله وقع التسالم عليها من الطرفين.

نعم ان نتيجة إنشاء الصلح بعقده قد تكون تمليك عين بعوض، فتتحد مع نتيجة البيع. و قد تكون تمليك عين مجاناً فتتحد مع نتيجة الهبه. و قد تكون تمليك منفعه بعوض فتتحد مع نتيجة الإجاره. و قد تكون تمليك منفعه مجاناً، فتتحد مع نتيجة العاربه. و قد تكون نتيجة الصلح غير ذلك من الأمور: كما إذا كان الصلح على حق غير قابل للبيع، أو على إسقاط لحق الدعوى. و على كل حال لا يكون الصلح مصداقاً للبيع، و لا لغيره من العقود.

و مما يدل على مغايره البيع و الصلح مفهومهما هو أن الصلح - كما عرفته قريبا -

التسالم. و من الواضح أن مفهوم التسالم يستحيل تعلقه بالأعيان. بل لا بد و أن يتعلق ذلك إما بالفعل - كالإسقاط و العفو و التملك و أشباهها - أو بالحكم الوضعي كالملكيه و نحوها. بخلاف البيع، فإنه تبديل شيء من الأعيان بعوض (1).

و من هنا أن الصلح يتعدى إلى متعلقه بلفظ (عن أو على) فيقال: صلحتك عما علم بما علم. أو يقال: صلحتك على أن يكون هذا لك و ذلك لي. بخلاف البيع، فإنه يتعدى إلى متعلقه بنفسه، فيقال: بعثتك المتاع الفلاني بكذا. فيستوضح من ذلك: أن مفهوم أحدهما غير مفهوم الآخر.

و على الجملة: إن مفهوم التسالم و إن صدق على جميع العقود حتى النكاح، إلا أن المنشأ في كل عقد بدء غير ما هو المنشأ في الصلح. و إذن فلا سبيل إلى انتقاض تعريف البيع بالصلح، لأنهما متغايران مفهومًا [1]

ص: ٦٣

---

(١ - ١) قد تقدم تفصيل ذلك في ص ٢٣.

## و من النقوض: ٦- أنه إذا كان البيع تمليك عين بمال انتقض طرده بالهبة المعوضه.

و التحقيق: أن الهبة على ثلاثة أقسام:

١- أن تكون مجانية من غير أن تقابل بالعوض سواء أ كان ذلك بالاشتراط أم بإرادته المتهب.

٢- أن لا يشترط الواهب عوضا في هبته إلا أن المتهب يعطى العوض من تلقاء نفسه قضيه لمقابله الإحسان بالإحسان.

٣- أن يشترط الواهب عوضا في هبته بأن يهب شيئا للمتهب و يشترط عليه فعلا من الأفعال. و يسمى هذا هبة معوضه. و قد توهم انتقاض تعريف البيع بذلك.

و يتوجه عليه ما ذكره المصنف و توضيحه: أن حقيقه الهبة متقومه بتمليك الواهب ماله للمتهب تمليكا مجانيا من دون أن يعتبر العوض في ماهيتها. نهايه الأمر أنه قد يشترط فيها العوض، فتسمى هبة معوضه. و من الظاهر أن اشتراط العوض فيها لا يخرجها عن حقيقتها، إذ الشرط ليس عوضا للتمليك، و لا بدلا عن المال الموهوب بل شأن العوض المشروط في الهبة شأن سائر الشروط المشروطه في بقيه العقود.

و الشاهد على صدق مقالنا: أنه لو تخلف المتهب عن العمل بالشرط لم تبطل الهبة. بل يثبت للواهب خيار تخلف الشرط.

و يتضح ما ذكرناه و ضوحا حليا بملاحظه التعويض غير المشروط في ضمن الهبة الأولى الصادره من الواهب، بداهه أن التعويض الصادر من المتهب هبة أخرى غير دخليه في حقيقه الهبة الأولى الصادره من الواهب. فيستكشف من ذلك أن حقيقه الهبة متقومه بالتمليك المجاني و هذا بخلاف البيع، فإنه متقوم باعتبار التبدل بين العوض

والمعوض، وإظهاره بمبرز خارجي. و عليه فيستحيل تحقق مفهوم البيع بتمليك البائع فقط، أو بتمليك المشتري فقط [١].

ص: ٦٥



ثم إنه ذكر السيد في حاشيته قسمين آخرين للهبة غير ما تقدم:

١- أن تقع الهبة في مقابل الهبة، كما إذا قال الواهب:

ملكتك كذا بهبتك كذا، و يقصد بذلك وقوع الهبة بإزاء الهبة: بأن تكون كلمه (الباء) متعلقه بالتمليك بلحاظ نفسه لا بلحاظ متعلقه و الفارق بين هذا القسم، و بين ما يشترط فيه العوض: أنه إذا لم يهب المتهب هنا بطلت الهبة الأولى، إذ المفروض أن كلا من التملكين وقع في مقابل الآخر. و من الظاهر أن مقتضى المقابلة هو انتفاء كل منهما بانتفاء الآخر. بخلافه هناك، فإن مخالفه الشرط فيه يوجب الخيار فقط.

و أما الفارق بينه و بين البيع فإن المقابلة هنا بين الفعلين. بخلاف البيع فإن المقابلة فيه بين العوضين.

٢- أن تقع المقابلة بين المال و الهبة: بأن يقول الواهب ملكتك كذا بمقابل ما أعطيتني. نظير أن يقول: أكرمتك بعوض ما أعطيتني. و يقصد في هذا القسم وقوع المال بإزاء الهبة: بأن تكون كلمه (الباء) متعلقه بالتمليك بلحاظ نفسه أيضا.

و السر في أن هذا القسم من أقسام الهبة دون البيع: أن العوض فيه لم يقابل بالعين لكي يكون ذلك من أفراد البيع، بل في مقابل الفعل و هو التمليك. و أما المال فهو مجاني صرف و لم يقع بإزائه شيء.

و التحقيق: أنا لا- نعقل مقابله الهبه بالهبه أو بالمال مقابله معاوضيه بصيغه وهبته، لأن هذه الصيغه إنما تكفلت بإنشاء تملك متعلقها(العين الموهوبه) للمتهدب و مع ذلك يستحيل أن يتكفل بإنشاء تملك نفسها له إلا بإنشاء آخر بأن يقول:

ملكلك هبتي لك كذا بهبتك إياي كذا.

و عليه فيكون كل من المتعاملين مالكا لعمل الآخر: أعنى به الهبه المذكوره فى العقد.

### و من النقوض:

٧- أنه إذا كان البيع إنشاء تملك عين بمال انتقض طرده بالقرض،

لأنه أيضا إنشاء تملك عين بمال.

و أجاب عنه المصنف: (بأن مفهومه ليس نفس المعاوضه بل هو تملك على وجه ضمان المثل أو قيمه، لا- معاوضه للعين بهما).

و ناقش فيه المحقق ال-يروانى و إليك نصه «فأما هو مجرد تغيير للعباره مع، كون واقعه هو المعاوضه، أو هو غير معقول، فان التملك على وجه ضمان المثل أو قيمه إن كان بمعنى المقابله على أن يكون تملك بإزاء عوض فى الذمه فذلك هو الأول، فإنه تملك بعوض فى الذمه. و إن كان لا بمعنى المقابله. بل كان التملك مجانيا و قد اشترط فى تملكه أن تكون الذمه مشغوله بحكم الشارع، كما تكون مشغوله فى موارد الضمانات فذلك هو الثانى).

و لكن هذه المناقشه غريبه عن مقصود المصنف، فان غرضه-على ما يظهر من مبحث ضمان العين بالمثل أو قيمه و سيأتى- أن الإنسان إذا وضع يده على مال غيره ضمنه لمالكة بجميع خصوصياته النوعيه و الصنفيه و الشخصيه-سواء أ كانت تلك الخصوصيات دخيله فى المالىه أم لا-بديده أن الثابت فى ذمه الضامن ابتداء إنما هو نفس العين. فيجب ردها إلى مالكة لقاعده ضمان اليد. و إذا تلفت العين وجب مثلها

على الضامن، لأنه أقرب إلى التالف و إن لم يوجد مثلها وجب عليه أداء قيمتها، لاحتوائها على جميع ما هو دخيل في ماله العين.

و على هذا الضو. فمعنى القرض هو تمليك المقرض ماله للمقترض على وجه ضمان المثل. و حينئذ فيملك الدائن على المديون أمرا كليا منطبقا على كل فرد من الأفراد الخارجيه المساويه لما أخذه من القرض في الخصوصيات النوعيه و الصنفيه الدخيله في الماليه. و أما الخصوصيات الشخصيه غير الدخيله في الماليه فهي لا تدخل تحت الضمان لأن الإنسان إنما يستقرض شيئا لدفع حاجته به. فلزوم إبقائه على حاله نقض للغرض و عليه فليس للمقرض ان يجبر المقترض على رد العين المأخوذه قرضا تمسكا بدليل ضمان اليد، بدهاه ان قاعده ضمان اليد لا تجرى في المقام، إذ المفروض ان يد المقترض لم تتعلق بمال غيره. و أما الضمان بالاقدام فلا يترتب عليه أزيد مما ثبت فيه التعهد. و قد عرفت قريبا: أن العهده لم تثبت في باب القرض - إلا بالنسبه إلى ماله العين المأخوذه قرضا، لا بالنسبه إلى خصوصياتها الشخصيه. فيستوضح من ذلك أن القرض خارج عن حدود البيع.

و يتضح ما ذكرناه جليا بقياس القرض بالغصب، إذ لا - فارق بينهما إلا - من ناحيه أن المغصوب يضمن على الغاصب بجميع خصوصياته النوعيه و الصنفيه و الشخصيه و هذا بخلاف القرض فان المال المأخوذ قرضا غير مضمون بالخصوصيات الشخصيه كما عرفته قريبا. و على هذا فكما لا يتوهم انتقاض تعريف البيع بالغصب، كذلك لا يتوهم انتقاضه بالقرض أيضا. و هذا واضح لا ريب فيه.

ثم إن المصنف قد استشهد على خروج القرض عن مفهوم البيع بأمر عديده.

١- أنه لو كان القرض من أفراد البيع لجرى فيه رباء المعاوضه مع أنه لا يجرى فيه.

و أوضحه السيد فى حاشيته بما هذا نضه(لا يشترط فى تحقق الربا فيه (القرض) ما يعتبر فى تحققه فى سائر المعاوضات من اعتبار كون العوضين من جنس واحد، و اشتراط كونهما من المكيل و الموزون. بل يحرم فيه الزيادة مطلقا و إن لم يكونا من جنس واحد، كما فى قرض القيميات، و كذا إن كان معدودا أيضا هذا).

ثم ناقش فى ذلك و إليك لفظه: (و لكن يمكن أن يمنع دلالة ذلك على عدم كونه معاوضه و إن كان أصل المطلب حقا، لوضوح أن القرض تمليك بالضمان، لا- بعوض. و ذلك لإمكان اختصاص بعض المعاوضات بسعه دائره الربا فيه لدليل خاص فتدبر).

و الظاهر: أن المصنف (ره) يريد من قوله: (لا- يجرى فيه رباء المعاوضه) مطلبا آخر غير ما فهمه السيد منه. و هو: أن اقتراض نقد مسكوك من الذهب أو الفضة، و دفع نقد آخر منهما- حين الأداء- الذى يساوى القرض فى المالىه و إن زاد عليه فى المقدار لا يستلزم الربا و مثال ذلك: أن يقترض أحد من صاحبه ريبالا عراقيا و يدفع عن بدله إلى المقرض أربعة دراهم. فان هذه الدراهم و إن كانت مساويه للرايات فى المالىه، و لكنها زائده عليها فى المقدار. و مع ذلك لا يكون هذا رباء.

إلا إذا استلزم زياده فى المالىه. و هذا بخلاف المعاملات المعاوضيه فإن شراء الريال الواحد بأربعة دراهم معامله ربويه قطعا.

و السر فى ذلك ما ذكرناه آنفا من ان معنى القرض تمليك العين على وجه ضمان المثل أو القيمه. و من البين ان هذا العنوان أمر كلى قابل الانطباق على أفراده الخارجيه المساويه للعين المأخوذه قرضا فى المالىه و ان زادت عليها فى القدر. فيستكشف من ذلك ان باب القرض غريب عن باب المعاملات المعاوضيه. و الا لاتحدا فى الآثار.

قوله: (و لا الغرر المنفى فيها). أقول: توضيح كلامه: أنه يجوز اقتراض شىء

مع الجهل بمقداره و أوصافه. و من الظاهر انه لو كان القرض من قبيل المعاملات المعاوضيه لا اعتبر فيه العلم بالمقدار و الأوصاف، لنهى رسول الله (صلى الله عليه و آله) عن بيع الغرر (1) و عليه فلو أخذ المقرض قبضه من الدراهم المصبوبه بين يديه، و أقرضها لشخص من غير علم بمقدارها صح القرض. نعم لا بد للمقترض أن يعرف مقدار ذلك لكي يتمكن من الأداء. إلا أنه أجنبي عن حقيقه القرض و من هنا لا بأس باقتراض الطعام بصخره مجهوله، لإمكان الأداء بتلك الصخره و إن لم يعلم مقدارها إلى الأبد.

نعم ظاهر جمع من الفقهاء فى باب القرض و جوب العلم بمقدار القرض، و أنه لا يجوز الاقتراض بالكيل و الوزن المجهولين. و لكن ناقش فى ذلك بعض الأعاضم و نقل فيه القول بالجواز عن ظاهر جماعه آخرين بدعوى أن دليل نفي الغرر مختص بالبيع. غاية الأمر أنه يجوز التعدى منه إلى مطلق المعاملات المعاوضيه، للقطع بعدم الخصوصيه للبيع، إذ المناط فى النهى عن بيع الغرر إنما هو رفع النزاع، و قطع المرافعه.

و من البديهي أن هذا المناط موجود فى مطلق المعاملات المعاوضيه، و أما القرض فلا دليل على اعتبار نفي الغرر فيه، و لا أنه من قبيل المعاملات المعاوضيه. لكي يعتبر فيه نفي الغرر من هذه الناحيه و إذن فلا وجه لاعتبار العلم بمقدار القرض.

و هذه المناقشه فى غايه المتانهِ. و لكن يحسن بنا أن نقول: إن القرض خارج عن موضوع الغرر حتى مع وجود الدليل على نفي الغرر بقول مطلق، لأننا ذكرنا سابقاً: أن الثابت فى ذمه المقترض إنما هو ماله العين المأخوذه قرضاً، سواء أ كانت تلك العين معلومه المقدار و الأوصاف، أم كانت مجهوله كذلك.

نعم يعتبر العلم بمقدار القرض مقدمه للأداء. و من الواضح أن ذلك يمكن بعد الاقتراض أيضاً. و إذن فما ذكره المصنف من تأييد خروج القرض عن حد البيع متين.

و قد اتضح لك من جميع ذلك انه لا يعتبر ذكر العوض أيضاً فى القرض.

ص: ٧٠

قوله: (و يظهر من بعض من قارب عصرنا استعماله في معان آخر غير ما ذكر).  
أقول: لعل مراده من البعض هو المحقق صاحب المقاييس. و ذكر السيد في حاشيته: أن (الظاهر انه الشيخ الكبير الشيخ جعفر في شرح القواعد). و مراده من غير ما ذكر غير ما ذكره هو (ره) و اختاره. و إلا فقد ذكر بعض هذه المعانى فيما تقدم. و إليك هذه المعانى التى تعرض لها المصنف:

١- الإيجاب المتعقب بالقبول، و إليه نظر كل من أخذ قيد التعقب بالقبول في تعريف البيع المصطلح، و لعل هذا هو المتبادر من لفظ البيع، و لذا لا يطلق لفظ البائع على من أوجب البيع فقط من غير اقترانه بالقبول.  
٢- الأثر الحاصل من الإيجاب و القبول، و هو الانتقال، و يظهر هذا من المبسوط و غيره.  
٣- نفس العقد المركب من الإيجاب و القبول. و إليه ينظر كل من عرف البيع بالعقد.

### المعنى الأول: إنشاء التملك المتعقب بالقبول.

و قد ناقش فيه المصنف، و حاصل مناقشته: أن الإيجاب المتعقب بالقبول من أفراد البيع. و إنما انصرف إليه اللفظ لقيام القرينه الخارجيه على ان المراد من الإيجاب إنما هو الإيجاب المثمر. و من الواضح ان الأثر لا يترتب إلا على الإيجاب المتعقب بالقبول، دون الإيجاب الساذج. و لو لا هذه القرينه لكان المقصود من لفظ البيع الإيجاب المحض.

و أضف الى ذلك أنه لم يقل أحد: أن تعقب الإيجاب بالقبول دخيل في معنى البيع، و إن التزموا بكونه شرطا للانتقال الخارجى.

و الوجه فى ذلك: أن البيع و ما يساويه فى المعنى من قبيل الإيجاب و الوجوب لا من قبيل الكسر و الانكسار، إذ كما ان الأمر قد يأمر بشىء، و لا يكون ذلك واجبا فى الخارج، كذلك البائع، فإنه قد ينشئ البيع، و هو لا يوجد فى الخارج.

و هذا بخلاف الكسر و الانكسار، فإن أحدهما لا ينفك عن الآخر. و يتوجه على هذه المناقشه وجوه.

١- ما ذكره السيد فى حاشيته. و صفوته: أن كل تمليك إنشائى ليس ببيع بل المراد من البيع هو الإيجاب المتعقب بالقبول على سبيل الشرط المتأخر. و الدليل على ذلك هو التبادر. و صحه السلب. و من هنا لو أخبر أحد عن بيع داره، مع انه لم يتحقق فى الخارج إلا- الإيجاب الساذج من دون ان يقبله المشتري لكان كاذبا فى اخباره. كما أنه إذا أخبر عن بيع داره. و أخبر أيضا عن عدم قبول المشتري ذلك كان مناقضا فى كلامه. و هذا بخلاف ما إذا أخبر عن البيع ثم أخبر عن فقدان شرط من شرائط صحته فإنه لا يعد مناقضا فى اخباره، و قد يتوهم ان ذلك من ناحيه الانصراف و لكنه توهم فاسد، إذ لو صح هذا لجرى مثله عند فقدان سائر الشرائط أيضا. مع انه لو تحقق البيع بإيجابه و قبوله، و لكن كان فاقدا لبعض شرائط الصحه لصدق عليه مفهوم البيع قطعا.

و أضف الى ذلك: ان البيع من قبيل العقود، و من البين الذى لا ريب فيه انه لو كان الإيجاب الصرف بيعا من دون تعقبه بالقبول للزم منه ان يكون البيع من الإيقاعات، لا من العقود، و هو بديهى البطلان.

و على الجملة: إن قوام العقود برمتها بالإيجاب المتعقب بالقبول لانه لا يتحقق

أى عقد من العقود بالإيجاب الساذج. سواء أ كان هذا الإيجاب متوجها إلى قابل شاعر، ولكنه لم يقبله، أم كان متوجها إلى جسم غير شاعر، كالجدار و نحوه.

٢- أنه لا وجه صحيح لتفرقه المصنف بين الإيجاب و الوجوب، و بين الكسر و الانكسار، بديهة أن الفعل الصادر من الفاعل أمر وحدانى لا تعدد فيه بوجه، وإنما التعدد فيه بحسب الاعتبار فقط. كالإيجاد و الوجود، فإنهما شىء واحد.

غايه الأمر أن هذا الشىء الواحد بالنسبه إلى جهه الإصدار يسمى إيجادا، و بالنسبه إلى جهه الصدور يسمى وجودا. و كذا الحال فى التمليك و الملك، و الإيجار و الإجاره.

و الإيجاب و الوجوب. و الكسر و الانكسار. و أشباه ذلك.

و دعوى أن الوجوب ينفك عن الإيجاب. و لكن الكسر لا- ينفك عن الانكسار دعوى جزافيه، إذ الإيجاب أيضا لا ينفك عن الوجوب. إلا أن عدم انفكاك أحدهما عن الآخر فى نظر الأمر فقط، لا فى الخارج، و فى جميع الأنظار.

٣- أن البيع (١) إنشاء بتديل عين بعوض فى جهه الإضافه. و من الظاهر أن هذا المعنى لا يتحقق إلا بتعقب الإنشاء بالقبول. و عليه فلا يوجد مفهوم البيع بالإيجاب إلا عند تعقبه بالقبول بنحو الشرط المتأخر، أو على سبيل القضيه الحينيه.

و إذن فينحل البيع فى الحقيقه إلى قضيه شرطيه أو حينيه. فمعنى قول البائع بعت المتاع الفلانى من زيد: أنه بعته إياه إن قبله، أو حين قبوله.

و قد يتوهم أن ذلك يرجع إلى التعليق و هو مبطل للعقود بالضروره.

و لكن هذا التوهم بديهى الفساد، لأن بطلان العقود بالتعليق ليس من ناحيه الاستحاله العقليه لكى لا- يقبل التقييد، أو التخصيص. بل إنما هو من ناحيه الإجماع.

و من الظاهر أن الإجماع دليل لبي فلا- يؤخذ منه إلا- بالمقدار المتيقن. و القدر المتيقن هنا ما يكون التعليق فيه على الأمور الخارجيه عن صميم العقد و مفهومه.

ص: ٧٣



و يضاف إلى ذلك أن العقود المتعارفه لا تخلو عن مثل هذا التعليق.

و المفروض أنها ممضاه للشارع.

فيستوضح من ذلك أن التعليق المذكور لا يضر بالعقود في نظر الشارع.

و بتعبير آخر أن البيع له أربعة أقسام:

١- الإنشاء الساذج من غير أن ينضم إليه القبول. و لا شبهه في أن هذا لا يسمى بيعا حتى في نظر الموجب فلا يترتب عليه أى أثر من آثار البيع.

٢- الإيجاب و القبول من غير أن يلحق بهما الإمضاء من العرف أو الشرع فان ذلك يسمى بيعا في نظر كل من الموجب و القابل، و لا يسمى بيعا عند العرف و الشرع.

٣- الإيجاب و القبول مع كونهما موردا للإمضاء أهل العرف دون الشرع.

كبيع ما لا يصح بيعه شرعا، نظير الميتة و الخمر و الخنزير و أشباهها، فإن هذا يعد بيعا في نظر المتبايعين و أهل العرف دون الشرع.

٤- الإيجاب و القبول مع التحاق الإمضاء من أهل العرف و الشرع بهما.

و لا- شك في أن هذا بيع بالحمل الشائع في جميع الانظار. و قد اتضح لك مما بيناه أنه لا يوجد البيع في أى وعاء من الأوعيه بالإيجاب الخالص. و من هنا لا- يطلق البائع على من أوجب البيع، و لم يتعقب ذلك بالقبول. و كذلك الحال في سائر العقود برمتها.

قوله: (و كذلك لفظ النقل و الابدال و التملك و شبهها. مع أنه لم يقل أحد بأن تعقب القبول له دخل في معناها). أقول: حاصل كلامه: أن شأن البيع شأن النقل و الابدال و التملك، فكما لا يعتبر في صدق مفاهيم تلك الكلمات قيد التعقب بالقبول كذلك لا يعتبر ذلك أيضا في صدق مفهوم البيع.

و فيه أنك قد عرفت قريبا: أن اعتبار القبول في مفهوم البيع أمر واضح.

بل هو كالنور على المنار. و عليه فلا وجه لقياسه بما لا يعتبر في مفهومه قيد التعقب بالقبول.

و أما النقل فهو موضوع لمفهوم عام: و هو كل ما صدق عليه عنوان النقل، سواء أ كان ذلك نقلا خارجيا كنقل شيء من مكان إلى مكان آخر، أم كان نقلا-اعتباريا و من هنا تطلق كلمه الناقله على آله النقل. كالحموله و السفن و السيارات و الطائرات و غيرها. و من الواضح جدا أنه لا يعتبر قيد التعقب بالقبول في هذا المفهوم الواسع. و من هنا ظهر لك أنه لا وجه لقياس البيع بكلمه الإبدال أيضا، ضروره أن المبادله أعم من المبادله الخارجيه، و من المبادله الاعتباريه. كما أن المبادله الاعتباريه أعم من البيع و غيره (١).

و أما التمليك فإن النسبه بينه و بين البيع هي العموم من وجه، إذ قد يوجد التمليك و لا يصدق عليه مفهوم البيع، كما في الهبه، و الوصيه، و الإرث، و تمليك الله سبحانه الزكاه للفقراء و الخمس لبني هاشم، و غير ذلك. و قد يوجد البيع و لا يكون هناك تمليك. كبيع المتاع بسهم سبيل الله من الزكاه فإن هذا بيع و ليس فيه تمليك من ناحيه البائع (٢) و قد يجتمعان و هو كثير.

و إذن فعدم اعتبار قيد التعقب بالقبول في مفهوم كل من النقل و الإبدال و التمليك لا يلازم عدم اعتباره في مفهوم البيع الذي هو أخص من مفاهيم تلك الكلمات مطلقا، أو من وجه.

#### المعنى الثانى: الأثر الحاصل من الإيجاب و القبول، و هو الانتقال.

و التحقيق أنه إن أريد من الانتقال اعتبار المالكه بنظر العرف و الشرع فلا شبهه أن ذلك متأخر عن البيع تأخرا ترتيبيا-و إن أخذ البيع بمعنى المبيعه-لأن نسبه

ص: ٧٥

١- ١) تقدم ذلك فى ص ٩.

٢- ٢) تقدم ما يرجع إلى هذا المثال فى ص ٢٣.

البيع إلى الاعتبار المزبور نسبة الموضوع إلى حكمه، و من البديهي أن الموضوع يتقدم على حكمه تقدما رتبيا.

و على هذا فاستعمال كلمه البيع فى الانتقال من الأعلاط الواضحه، و معه لا يمكن تعريف البيع بالانتقال و إن أريد من الانتقال اعتبار الملكيه بنظر المتبايعين فإنه يجوز تعريف البيع بذلك، لأن الانتقال متحد مع البيع وجودا-لما عرفت قريبا من اتحاد الإيجاد و الوجود-و إن تغايرا اعتبارا. و لكنه ليس معنى آخر يغير المعنى الأول.

### المعنى الثالث: نفس العقد المركب من الإيجاب و القبول.

أقول: قد حكى المصنف عن بعض من قارب عصره ما هذا نصه: (الظاهر اتفاقهم على إرادته هذا المعنى فى عناوين أبواب المعاملات حتى الإجاره و شبهها التى ليست هى فى الأصل اسما لأحد طرفى العقد). و يتوجه على ذلك.

أنا لم نجد موردا يستعمل فيه لفظ البيع و غيره فى الإيجاب و القبول و إذن فلا وجه صحيح لحمل الألفاظ المذكوره فى طليعه عناوين المعاملات على ذلك. بل إن ألفاظ العقود برمتها أسماء لأحد طرفى العقد. و هو الإيجاب.

و أما الإجاره و الوكاله فلا يبعد أن تكونا أيضا من أسماء فعل الموجب:

أما الإجاره فلأنها بمعنى الأجر. و الأجر قد يستعمل و يراد به الجزاء و الأجره.

و قد يستعمل مصدرا من أجر: بمعنى أكرى. بداهه أن أجر مجردا قد يستعمل بمعنى أجر-كما فى القاموس و مجمع البحرين-و على ذلك فالإجاره تكون مصدرا لأجر، كالكتابه التى هى مصدر لكتب.

و أما الوكاله فهى أيضا فعل الموجب، كالتوكيل، لأن الأفعال المجرده و المزيد فيها و إن اختلفت بالاعتبار، لكنها متحده وجودا.

و السر فى ذلك: أن نسبة المصادر المجرده إلى المصادر المزيد فيها نسبة الوجود إلى الإيجاد. فكما أن الوجود و الإيجاد متحدان حقيقه، و مختلفان اعتبارا. كذلك

المصادر المجردة. و المصادر المزيد فيها و على هذا فاستعمال لفظ التوكيل فى الفعل الصادر من الموجب إنما هو بلحاظ جهه الصدور. و استعمال لفظ الوكاله فيه إنما هو بلحاظ نفس الفعل.

و قد يستدل على صحه استعمال لفظ الإجاره فى الإيجار بقوله (تعالى) فى التحدث عن قصه تزويج موسى (عليه السلام) من بنت شعيب (عليه السلام) (قال: إِنِّي أُرِيدُ أَنْ أُنكِحَكَ إِحْدَى ابْنَتَيَّ هَاتَيْنِ عَلَى أَنْ تَأْجُرَنِي ثَمَانِي حَجَّجٍ) (١).

و وجه الاستدلال: أن معنى الآيه هو أن تأجرنى نفسك.

و لكن هذا الاستدلال فاسد، لأن كلمه أن تأجرنى فى الآيه الكريمه مستعمله فى معنى الجزاء و الثواب. أو أن المراد من ذلك أن تكون أجيرا الى -على سبيل شرط النتيجة- و هذا الأخير قد ذكر فى مجمع البحرين و لسان العرب.

ثم إنه قد نسب المصنف إلى الشهيد الثانى -و إن لم تثبت النسبه- أن إطلاق لفظ البيع على العقد مجاز لعلاقه السببيه.

ثم وجه كلامه، و حاصل توجيهه: أنه ليس مراد الشهيد من المسبب النقل الحاصل من الإيجاب الصرف، لأنه حاصل بنفس الإنشاء من دون توقفه على القبول، كما أن وجوب الضرب يتحقق فى نظر الأمر بالأمر فقط و إن لم يصر واجبا فى نظر غيره.

بل مراد الشهيد الثانى من المسبب إنما هو الأثر الحاصل من العقد فى نظر الشارع: و هو النقل و الانتقال و من الواضح أن ذلك لا- يحصل إلا بالعقد المركب من الإيجاب و القبول. و عليه فاستعمال لفظ البيع -الذى وضع للمسبب- فى نفس السبب إنما هو بعلاقه السببيه و المسببيه. و حينئذ فإضافه العقد إلى البيع بمعنى الأثر الحاصل من

ص: ٧٧

العقد إضافه لاميّه. و من قبيل إضافه السبب إلى المسبب-: أى عقد للبيع-لا إضافه بيانيه.

و على هذا التوجيه فيتوجه على الشهيد الثانى ما وجهه المصنف على المعنى الثانى المتقدم من أن البيع بمعنى الانتقال لم يوجد فى اللغه، و لا فى العرف، و إنما وقع ذلك فى تعريف جماعه تبعاً للمبسوط.

و يرد على المصنف أيضاً: أن معنى البيع ليس هو الأثر الحاصل منه فى نظر الشارع: أعنى به الانتقال لكى يصح إطلاقه على سببه مجازاً. بل ذلك الأثر حكم من أحكام البيع. و من الظاهر أنه لا يصح إطلاق البيع على حكمه و لو إطلاقاً مجازياً بل معنى البيع كما عرفت هو الاعتبار النفسانى المبرز بمبرز خارجى (١).

نعم لو ثبت هذا الإطلاق لأمكن تصحيحه بما اشتهر بين العلماء من أن الإنشاء إيجاد المعنى باللفظ، فإنه على هذا يتسبب البائع بالإيجاب و القبول إلى إيجاد البيع. و حينئذ إطلاق كلمه البيع على الأثر الحاصل من الإيجاب و القبول-و هو الانتقال-من قبيل إطلاق السبب على المسبب، لعلاقه السببيه و قد عرفت بطلان ذلك آنفاً.

و أما ما نسب إلى الشهيد الثانى (ره) من صحه إطلاق البيع على العقد المركب من الإيجاب و القبول فلم نجده فى لغه، و لا فى عرف بل إرادته هذا المعنى من العناوين المذكوره فى طليعه أبواب المعاملات غلط واضح. إذ لا معنى لان يراد من قول الفقهاء:

كتاب البيع-مثلاً-كتاب الإيجاب و القبول.

و الذى يحسن بنا أن نفهمه: أنه إذا صح إطلاق كلمه البيع على الإيجاب و القبول كان ذلك من ناحيه أخرى. و تحقيق ذلك: أنه قد يطلق البيع، و يراد به ما ذكرناه

ص: ٧٨

١-١) قد تقدم ذلك فى ص ٥٣.

سابقاً من أنه إنشاءً بتبديل شيء من الأعيان بعوض. وقد عرفت فيما تقدم: أن البيع بهذا المعنى هو الإيجاب الساذج المتعقب بالقبول. كما أن الأمر كذلك في سائر العقود برمتها (١).

وقد يطلق البيع ويراد به المعاهده الخاصه الحاصله بين المتبايعين. ولعل إطلاقه على هذا المعنى أكثر من إطلاقه على الإيجاب المتعقب بالقبول. وإليه ينظر جميع ما ورد في النصوص و الفتاوى من أنه لزم البيع، أو وجب، أو لا بيع. وهو الذى يفرض له البقاء و يتعلق به الفسخ و الإمضاء. و ترد عليه الشروط و الاحكام. و إذن فيمكن أن يقال: انه لم يوجد مورد يستعمل فيه لفظ البيع فى العقد الذى هو سبب للبيع. بل كل ما يتوهم كونه من هذا القبيل - كقولهم كتاب البيع، أو عقد البيع - فهو مستعمل فى المعاهده الخاصه. و حينئذ فإنه يضافه العقد إلى البيع من قبيل الإضافة البيانیه، لا الإضافة اللامیه.

و المتحصل من جميع ذلك: أن إطلاق كلمه البيع على الإيجاب و القبول من الأغلاط الواضحه، لا من الاستعمالات المجازیه.

### ألفاظ المعاملات أسماء للأعم

قوله: (ثم إن الشهيد الثانى نص فى كتاب اليمين من لك). أقول: يقع البحث هنا فى ناحيتين:

١- أن ألفاظ المعاملات هل هى موضوعه للصحيح، أم للأعم منه و من الفاسد؟ ٢- أنه إذا قلنا بأنها موضوعه للصحيح فما هو الفارق بين العبادات، و بين

ص: ٧٩

١- ١) تقدم فى ص ٧٢.

المعاملات، حيث إن الفقهاء لا يتمسكون بالإطلاق في الأولى، و يتمسكون به في الثانية؟.

الناحية الأولى: أنه ذكر الشهيد الثاني (ره) في كتاب الايمان من المسالك:

(أن إطلاق البيع و غيره من العقود حقيقه في الصحيح مجاز في غيره، لوجود خواص الحقيقه و المجاز فيهما. كمبادره المعنى إلى ذهن السامع عند إطلاق قولهم: باع فلان داره. و من ثم حمل الإقرار به عليه حتى لو ادعى إرادته الفاسد لم يسمع إجماعاً. و لو كان مشتركاً بين الصحيح و الفاسد لقبيل تفسيره بأحدهما، كغيره من الألفاظ المشتركة و انقسامه إلى الصحيح و الفاسد أعم من الحقيقه).

و قد نوقش في ذلك بأن مفهوم البيع أمر عرفي، و هو الذى يمضيه الشارع تاره، و يرده أخرى. و عليه فلا يعقل أخذ الصحه الشرعيه في مفهومه، إلا على القول بالحقيقه الشرعيه في ألفاظ العقود، و هو بديهى البطلان، إذ على القول بثبوت الحقيقه الشرعيه في ألفاظ العبادات فلا- وجه لثبوتها في ألفاظ المعاملات، و إنما هي موضوعه للمفاهيم العرفيه التى أمضاها الشارع تاره، و ردها اخرى. و تفصيل الكلام في محله.

و أجاب المصنف عن هذه المناقشه، و حاصل كلامه: أنه يمكن أن يوضع لفظ البيع-مثلاً- لما هو المؤثر في الملكيه واقعا، و يكون الإمضاء من الشرع، أو العرف طريقاً إلى ذلك نعم قد حكم الشارع- في بعض الموارد- بعدم حصول الملكيه إلا أن ذلك من ناحيه تخطئه الشارع أهل العرف و إذن فلا- منافاه بين أن يكون البيع مفهوما عرفياً، و بين أن يكون موضوعاً لخصوص الحصه الصحيحه.

و على الجملة: إن البيع بمعنى الاسم المصدري حقيقه فيما هو المؤثر في الملكيه واقعا.

و من الظاهر أن هذا لا يتوقف على القول بثبوت الحقيقه الشرعيه في المفاهيم العرفيه.

و يرد على المصنف: أن الملكيه من الأمور الاعتباريه الخالصه، لا- من الأمور التكوينييه الواقعيه. و من الظاهر أن الأمور الاعتباريه تدور من حيث الوجود و العدم مدار الاعتبار المحض. و عليه فلا نتصور التخطئه في الملكيه: بأن يوجد مورد توجد

فيه الملكيه، و لم يلتفت إليها أهل العرف، و إنما يكشف عنها الشارع تخطئه للعرف و على هذا المنهج فإذا قلنا بوضع لفظ البيع لما هو المؤثر فى الملكيه فإن كان المراد من الاعتبار هو الاعتبار العقلائي، أو الأعم منه و من الاعتبار الشرعى فلا بد من الالتزام بوضع البيع للأعم، و لما هو المؤثر فى الجملة و لو كان بعض أفراده غير مؤثر شرعا، كالبيع الربوى-مثلا-لأن ألفاظ العقود-على هذا المسلك-موضوعه للطبيعته الكليه، دون خصوص المؤثر شرعا.

و إن كان المراد من الاعتبار هو خصوص الاعتبار الشرعى فلا بد من القول بالحقيقه الشرعيه فى ألفاظ العقود. و حينئذ فيعود المحذور المتقدم: أعنى به أخذ الصحه الشرعيه فى المفهوم العرفى.

نعم يمكن الالتزام بجواز التخطئه فى نفس الاعتبار، إذ الاعتبار لا بد و أن يكون ناشئا من المصلحه الواقعيه الداعيه إليه فإذا اعتبر العقلاء ملكيه شىء-كالخمر و الخنزير و الميتة-مع عدم وجود مصلحه فى ذلك، و حكم الشارع بعدم الملكيه هنا كشفنا عن خطأ العقلاء فى اعتبارهم. و بهذا يصح الالتزام بوضع ألفاظ العقود للصحيح بأن يوضع لفظ البيع-مثلا-لما هو المؤثر فى الملكيه الناشئ اعتبارها من منشأ صحيح و حينئذ فيكون عدم إمضاء الشارع لما أمضاه العرف من العقود من باب التخطئه. و المتحصل مما ذكرناه: أن ألفاظ العقود موضوعه للأعم من الصحيح و الفاسد، لا للصحيح فقط.

### التمسك بالإطلاق فى المعاملات

قوله: (و أما وجه تمسك العلماء بإطلاق أدله البيع و نحوه). أقول: قبل بيان التمسك بإطلاق أدله المعاملات يحسن بنا أن نبين أمرا: و هو أن التمسك بالإطلاق



يتوقف على إحراز انطباق الطبعه-التي أخذت في موضوع الحكم، أو متعلقه-على الفرد المشكوك فيه بحيث يتمحض الشك في شمول الحكم للفرد المشكوك فيه.

و أما لو كان الشك في أصل الصدق فإنه لا يجوز معه التمسك بالإطلاق. وهذا واضح لا شك فيه.

و أيضا يتوقف التمسك بالإطلاق على أن يكون المتكلم في مقام البيان، و لو فرض أنه كان في مقام الإهمال و الاجمال لم يجز التمسك بالإطلاق. و ليعلم أنه ليس المراد من كون المتكلم في مقام البيان أن يكون في مقام بيان الأجزاء و الشروط للمأمور به.

بل المراد به أن يكون في مقام بيان تعلق الحكم بموضوعه الكلى، أو متعلقه: كما إذا قال المولى لعبده إن فعلت كذا فأعتق رقبه مؤمنه، أو قال: أحل الله البيع، إذ لو كان المولى في مقام بيان الأجزاء و الشروط كما في روايه حماد الوارده في مقام بيان ماهيه الصلاه (1)، فإنه لا شبهه و لا كلام في جواز التمسك بالإطلاق لنفى ما تحتمل جزئيه أو شرطيه. و لكن هذا إطلاق أحوالى، لا إطلاق لفظى الذى هو مورد بحثنا.

و بعد هذا التمهيد أنا إذا قلنا بوضع ألفاظ المعاملات للأعم من الصحيح و الفاسد فلا ريب في جواز التمسك بالإطلاقات الوارده في إمضاء المعاملات، و نفى ما يحتمل دخله في صحتها. و إذا قلنا بوضع ألفاظها لخصوص الصحيح فإنه لا يجوز التمسك بتلك الإطلاقات في الموارد المشكوكه، و ذلك من جهه الشك في الانطباق، و عدم إحراز صدق عنوان البيع-مثلا- على ما يكون فاقدا لما يحتمل كونه جزءا أو شرطاً.

و قد انجلى لك مما بيناه ضعف ما أفاده السيد في حاشيته، و حاصله: أنه كلما صح التمسك بالإطلاق في مورد من المعاملات على الأعمى صح التمسك به في ذلك على الصحيحى أيضا، بداهه أنه ليس الموضوع له عند الصحيحى عنوان الصحيح، بل ما يكون جامعا للشروط الشرعيه حسب ما يستفاد من الأدله.

ص: ٨٢

و عليه فكل دليل ورد فى بيان أصل الحكم من الوجوب أو الحرمة أو غيرهما فإنه لا- يصح التمسك بإطلاقه على كلا القولين. لعدم كون المتكلم فى مقام البيان من غير الجهة المزبوره. و كل دليل ورد فى بيان ماهيه الواجب من الأجزاء و الشرائط فإنه يجوز التمسك بإطلاقه، لكون المتكلم فى مقام البيان. و هذا هو الحجر الأساسى فى بيان الفارق بين التمسك بالإطلاق و عدمه.

و وجه الضعف: أن ما ذكره السيد و إن كان متينا فى مورده، لأنه لا يصح التمسك بالإطلاق مع عدم كون المتكلم فى مقام البيان مطلقا، كما أنه إذا كان فى مقام بيان أجزاء الماهيه و شرائطها صح التمسك بالإطلاق كذلك. إلا أنه راجع إلى الإطلاق المقامى. و من الواضح أن ذلك خارج عن الإطلاق اللفظى الذى يصح معه التمسك بالإطلاق على الأعمى، و قد وقع الإشكال فى التمسك به على الصحيحى.

ثم إن المصنف(ره) قد أشار إلى إمكان التمسك بالإطلاق على الصحيحى بنحوين:

١- الإطلاق المقامى. و توضيحه: أن لفظ البيع- مثلا- و إن كان اسما للمسبب الحاصل من السبب الخاص الذى يراه الشارع مؤثرا فى الملكيه، إلا أنه لم يبين أسباب تلك المسببات التى أمضاها بالعمومات و الإطلاقات الداله على صحة العقود و لزومها. و عليه فيدور الأمر بين القول بأن المولى قد أهمل تلك العمومات و المطلقات. و بين القول بأنها ناظره إلى إمضاء الأسباب العرفيه للمعاملات. و إذن فيكون المؤثر عند العرف مؤثرا عند الشرع أيضا. و من الواضح الذى لا ريب فيه أن الدلاله الاقتضائيه، و صيانه كلام الشارع عن اللغويه تقتضى الثانى.

و هذا هو الفارق بين العبادات و المعاملات، لأن العبادات ماهيات جعليه، و حقائق غير مغروسه فى أذهان أهل العرف لكى نستكشف من إطلاق كلام الشارع موافقته للمفاهيم العرفيه.

و لا يخفى على الناقد البصير أن المراد من التمسك بالإطلاق هو هذا المعنى دون الإطلاق اللفظى لكى يناقش فيه بعدم ورود الحكم على المقسم الذى هو من جملة مقدمات التمسك بالإطلاق. و الجواب عن ذلك:

أن التمسك بالإطلاق المقامى إنما يجوز فيما إذا لم يكن للمطلق أفراد متيقنه، و إلا فينصرف إليها الإطلاق من دون أن تلزم اللغويه من الإهمال. و من البين أن مقامنا من هذا القبيل، لأننا كشفنا من مذاق الشارع كشفا قطعيا- و لو من غير ناحيه الإطلاق الوارده فى إمضاء العقود- أن بعض ما هو سبب للبيع عرفا مؤثر فى الملكيه جزما، و إذن فلا- يبقى مجال للتمسك بالإطلاق المقامى صيانه لكلام الشارع عن اللغويه.

٢- أن تحمل المطلقات الوارده فى مقام إمضاء البيع على المعنى المصدرى الذى يراد من لفظ بعت، و حينئذ فيستدل بحكم الشارع على نفوذ العقود مطلقا على أن ما هو بيع بالمعنى المصدرى عند العرف مؤثر عند الشارع أيضا.

و يتوجه عليه أن هذا النحو من التمسك بالإطلاق و إن كان صحيحا. و لكنه عبارته أخرى عن القول بوضع ألفاظ المعاملات للأعم، بداهه أن ما يصدق عليه لفظ البيع بالمعنى المصدرى أعم من الصحيح و الفاسد، و عليه فلا محذور لنا فى التمسك بإطلاقات المعاملات فى الموارد المشكوكه.

و التحقيق: أن لفظ البيع ليس اسما للسبب، و لا أنه اسم للمسبب، بل إنما هو اسم للاعتبار المبرز بمبرز خارجى فعلى أو قولى (١) و إذن فلا- مانع عن التمسك بالإطلاقات و العمومات المداله على صحه البيع و لزومه. و على هذا فلا مناص لنا عن الالتزام بوضع ألفاظ المعاملات للأعم من الصحيح و الفاسد.

و لا يخفى عليك أن ما ذكرناه جار فى سائر العقود، بل الإيقاعات أيضا.

ص: ٨٤

(١- ١) قد تقدم تفصيله فى ص ٥٣.

و مع الإغضاء عما ذكرناه: و القول بوضع ألفاظ المعاملات لخصوص الصحيح أمكن لنا إثبات الصحة و لزوم في الموارد المشكوكه بقوله تعالى وَ أَحَلَّ اللَّهُ الْبَيْعَ (١) ضروره أن البيع و إن كان حقيقه في الصحيح الشرعى. و لكن المراد من البيع الذى تعلق به الحل فى الآيه الكريمة إنما هو البيع الإنشائي، إذ الظاهر من إحلال البيع إنما هو إمضاءه المولوى- كما هو الظهور الابتدائي أيضا من أدله سائر الأحكام- و من الواضح أنه لو كان المراد من البيع هو البيع الشرعى لكان ذلك الإمضاء لغوا محضا، و تحصيله للحاصل، لأنه لا معنى للقول بأن معنى الآيه أحل الله البيع الممضى. الا أن يلتزم بكون الآيه إرشادا إلى البيع الصحيح و لكن ذلك مخالف لظاهرها. بل لا معنى لحملها على الإرشاد، إذ المفروض أن انكشاف صحة البيع و نفوذه عند الشارع إنما هو بهذه الآيه. و من البين أن حملها على الإرشاد يقتضى أن يكون إمضاءه بغيرها و هو خلف ظاهر.

و قد اتضح لك مما ذكرناه جواز التمسك بإطلاق قوله (عليه السلام): و المسلمون عند شروطهم (٢) على صحة البيع فى الموارد المشكوكه مع القول بوضع ألفاظ العقود للصحيح بدعوى أن مقتضى الإسلام إنما هو وفاء المسلم بشرطه. و من البديهي أن الحديث بهذا المعنى إمضاء تشريعى للشروط المتعارفه. و حكم مولوى بلزوم العمل بها و انهائها و إتمامها.

## الكلام فى المعاطاه

### المعاطاه و حقيقتها

قوله: (اعلم أن المعاطاه على ما فسرهم جماعة: أن يعطى كل من اثنين عوضا عما يأخذه من الآخر).

ص: ٨٥

١- ١) سورة البقره الآيه ٢٧٤

٢- ٢) راجع الوافى ج ١٠ باب ٨٠ ص ٦٨

أقول: [١] لما كان تنقيح البحث في المعاطاه و بيان مورد الأقوال فيها متوقفا على بيان ما نتصور به حقيقتها تصدى المصنف بدءا لبيان ذلك ثم عقبه بذكر الأقوال فيها و حاصل كلامه: أن المعاطاه تتصور على وجهين:

١- أن يبيع كل من المتعاطيين للآخر التصرف فيما يعطيه إياه من دون نظر الى تملكه.

٢- أن يتعاطيا على وجه التملك و التملك، لا بعنوان الإباحه المحضه، و قد ذكر بعضهم فى تصوير ذلك وجهين آخرين:

١- أن يتعاط كل من المتعاطيين بغير قصد البيع، و لا التصريح بالإباحه، بل يعطى أى منهما شيئا ليتناول شيئا آخر.

٢- أن يقصد كل منهما الملك المطلق، لا البيع فقط، و لا الإباحه الخالصه.

و يتوجه على الوجه الأول: أن الفعل الصادر من المتعاطيين ليس من الأفعال غير الاختياريه- كحركه المرتعش- لكى يكون ذلك خاليا عن القصد و الإراده.

و انما هو فعل اختيارى صادر من فاعله بالإراداه و الاختيار. و عليه فإذا قصد كل من المتعاطيين- من إعطائه ماله لصاحبه- خصوص اباحه التصرف كان ذلك اباحه

مصطلحه، كما فى الضيافه و نحوها، و إذا قصد من ذلك جواز الانتفاع من العين -مع حفظها عن التلف- انتفاعا مجانيا كان ذلك عارياه. و إذا قصد من ذلك الانتفاع من العين مع العوض كان ذلك بيعا. و حينئذ فلا يوجد عنوان آخر فى مورد المعاطاه غير العناوين المذكوره و بذلك يظهر بطلان الوجه الثانى، و إذن فينحصر البحث فى المعاطاه بالوجهين الأولين.

ثم إن مورد البحث فى الوجه الأول ما تقصد منه الإباحه المحضه، كما فى الضيافه و أشباهها. و مورد البحث فى الوجه الثانى ما يقصد منه الملك. و عليه فلا وجه صحيح لما اختاره صاحب الجواهر(ره) من بقاء الإباحه فى كلمات الأصحاب على ظاهرها و الطعن على من جعل محل النزاع عندهم ما يقصد منه التمليك، و ذلك لأن كلماتهم عاصيه عن الحمل على الإباحه الخالصه، و يتضح ذلك جليا لمن تأمل فى كلماتهم.

و كذلك لا- نعرف وجهها معقولا- للالتزام بحصول الملكيه من التعاطى -لازمه كانت أم جائزه- مع قصد المتعاطين الإباحه المصطلحه. بل لا يصدر ذلك من أصاغر الطلبة فضلا عن الفقهاء العظام.

و أيضا لا وجه لما ارتكبه المحقق الثانى من حمل كلمات القائلين بالإباحه على الملك المترزل.

## المعاطاه و بيان الأقوال فيها

### إشاره

قوله: (فالأقوال فى المعاطاه على ما يساعده ظواهر كلماتهم سته).

أقول: الظاهر أن الأقوال حول المعاطاه سبعة:

١- اللزوم على وجه الإطلاق، سواء أ كان الدال على التراضى لفظا، أم كان غيره.

وقد نسبه غير واحد من أصحابنا إلى المفيد [١] أو إلى بعض العامه [٢].

## ٢- اللزوم إذا كان الدال على التراضى أو على المعامله لفظا

وقد حكاه الشهيد الثانى عن بعض مشايخه، ثم استجوده. إلا أنه عقبه بأنه مخالف لمقتضى الأصل [٣].

ص: ٨٨

والتحقيق: أنه إن كان الغرض من الاشتراط المزبور أن المعاطاه لا تكون يبعاً إلا- بالقرينه الخاصه-و إلا فهي أعم من البيع و غيره-فهو متين،و إن كان الغرض من ذلك بيان الفارق بين القرينه اللفظيه و غيرها فهو فاسد،لعدم الدليل على الفرق بينهما[١].

### ٣- أن المعاطاه تقيد الملكيه الجائزه و إنما نصير لازمه بذهاب إحدى العينين.

و قد اخترع هذا الرأي المحقق الثاني. و شيد أركانه في محكى تعليقه على القواعد بما لا مزيد عليه. و حمل عليه كلمات القائلين بأن المعاطاه تقيد الإباحه. و هذا الرأي و إن لم يكن بعيداً في نفسه، إلا أنه غريب عن مساق كلمات القائلين بالإباحه.

### ٤- أن المعاطاه تقيد إباحه جميع التصرفات حتى التصرفات المتوقفه على الملك،

مع بقاء كل من العينين على ملك صاحبه، إلا- أنه يحصل الملك اللازم بتلف إحدى العينين، أو بما هو بمنزله التلف. بل في المسالك: أن كل من قال بالإباحه قال بإباحه جميع التصرفات.



## ٥- أنها تفيد إباحه جميع التصرفات إلا ما يتوقف على الملك،

كالوطى و العتق و البيع. و هذا هو المحكى عن حواشى الشهيد على القواعد. و ينطبق عليه ما فى المبسوط من المنع عن و طى الجاربه المهداه بالهديه الخاليه عن الإيجاب و القبول اللفظيين.

## ٦- أن المعاطاه معامله فاسده،

و هذا الرأى نسب إلى العلامه فى نهايته.

و لكن حكى رجوعه عن ذلك فى كتبه المتأخره. بل لم يوجد له موافق فى هذا الرأى. على أنه مسبق بالإجماع و ملحوق به.

## ٧- ما ذكره السيد فى حاشيته و إليك نص عبارته:

(أنها معامله مستقله مفيده للملكيه.

و ليست بيعا و إن كانت فى مقامه حكى عن الشيخ الكبير الشيخ جعفر قده).

## الأقوال فى المعاطاه و مداركها

لا شبهه فى فساد معامله المعاطاتيه إذا لم يقم دليل على صحتها، أو على إفادتها الإباحه الشرعيه. و ستعرف قريبا قيام الدليل على كونها بيعا.

ثم إن مقتضى الإطلاقات و العمومات الداله على صحه البيع و لزومه هو القول بأن المعاطاه بيع لازم، لأن البيع - كما تقدم - هو الاعتبار النفسانى المبرز بمظهر خارجى سواء فى ذلك كون المظهر فعلا و كونه قولاً و عليه فالمعاطاه بيع عرفى بالحمل الشائع، فتكون مشموله لتلك العمومات و الإطلاقات. و إذن فلا وجه للمناقشه فيما نسب إلى المفيد من أن المعاطاه تفيد الملكيه اللازمه. و على هذا الضوء فلا وجه لما وجه به شيخنا الأستاذ كلام جمع من الأصحاب القائلين بترتب الإباحه على التعاطى المقصود منه التمليك. من (أن البيع على ما عرفت هو التبديل، و حيث إن التبديل ليس تبديلاً

خارجيا، بل تبديل أحد طرفي الإضافه بمثله، وهذا أمر اعتبارى من سنخ المعانى.

و ما هو موجوده و آله إيجاده هو القول فقط).

و بعد ذلك إن قلنا بقيام الإجماع التعبدى على نفي اللزوم عن البيع المعاطاتى فتاره نفرض قيامه على نفي اللزوم مطلقا. و أخرى نفرض قيامه على نفيه إجمالا.

و على الأول فيثبت ما ذهب إليه المحقق الثانى من أن المعاطاه تفيد الملكيه الجائزه و على الثانى فيثبت ما ذهب إليه بعض مشايخ الشهيد الثانى و الأردبيلى و صاحب الحدائق و غيرهم من أنها تفيد الملكيه اللازمه فيما إذا كانت القرينه القائمه على تراض المتعاطيين بالمعامله المعاطاتيه لفظا. بدهاه أن الإجماع دليل لبي فلا يؤخذ منه إلا بالمقدار المتيقن و هو ما ذكرناه. و لكن الذى يسهل الخطب أن ثبوت الإجماع التعبدى فى المقام - على نفي اللزوم إجمالا أو تفصيلا ممنوع.

و لا- يخفى عليك أن الالتزام بهذا رأى فيما إذا كان مدلول القرينه اللفظيه هو التراضى بالمعامله. و أما إذا كان مدلولها نفس المعامله كان ذلك خارجا عن حدود المعاطاه، بل يصير مصداقا للبيع اللفظى. و تتوقف صحته على عدم اعتبار اللفظ الخاص فى إنشاء البيع و لعل هذا هو غرض المصنف مما كتبه فى الهامش، و هذا نصه:

(و لكن فى عد هذا من الأقوال فى المعاطاه تأمل).

ثم لو فرضنا خروج المعاطاه عن مورد الإطلاقات و العمومات الداله على نفوذ البيع و لزومه. أو فرضنا قيام الإجماع على أنها لا تفيد الملكيه - و إن قصدنا المتعاطيان - إلا أنه قامت السيره القطعيه على جواز التصرف فى المأخوذ بالمعاطاه.

و عليه فان كان مفاد تلك السيره هو مطلق التصرفات حتى التصرفات المتوقفه على الملك ثبت القول بالإباحه المطلقه. و إن كان مفادها هو جواز التصرف فى الجملة ثبتت الإباحه الخاصه أى التصرفات غير المتوقفه على الملك، ضروره أن ذلك هو

القدر المتيقن من سيره المزبوره.

و إذن فمدرك القول بالإباحه-سواء أ كانت الإباحه مطلقه أم كانت خاصه- إنما هو الإجماع، و عليه فالمراد من الإباحه المزبوره هى الإباحه الشرعيه، لا الإباحه المالكيه لكى يتوقف تحققها فى الخارج على كونها مقصوده للمتعايطين.

و من هنا يندفع ما أورده المحقق الثانى على القائلين بأن المعاطاه تفيد الإباحه من أن القول بها ينافى قاعده تبعيه العقود للقصود، فإن الملك المقصود حصوله بالتعايطى غير واقع بالفرض. و الواقع -و هو الإباحه الخالصه- غير مقصود و وجه الاندفاع:

أن هذا الاشكال إنما يتوجه على هؤلاء القائلين بالإباحه إذا كان مرادهم من ذلك الإباحه المالكيه، لا الإباحه الشرعيه. و قد عرفت كونها شرعيه. و موضوعها التعايطى الخارجى المقصود به الملك و قد حكم بها الشارع عند تحقق موضوعها. كما حكم بإباحه أموال الناس للمضطرين عند المخمضه و المجاعه.

و قد اتضح لك مما بيناه: أن ما ارتكبه صاحب الجواهر من حمل كلمات القائلين بالإباحه على فرض قصد المتعايطين الإباحه المصطلحه إنما هو ناشئ من الغفله عن مدرك الأقوال فى المعاطاه.

ثم إذا قلنا بكون المعاطاه معامله مستقله، كما حكاها السيد عن الشيخ الكبير كان ذلك خارجا عن حدود البيع المعاطاتى الذى هو مورد بحثنا. و تدل على صحته آيه التجاره عن تراض.

### ما استدل به على أن المعاطاه تفيد الملكيه

قوله: (و ذهب جماعه تبعاً للمحقق الثانى إلى حصول الملك و لا- يخلو عن قوه أقول: يقع البحث هنا تاره فى أن المعاطاه تفيد الملكيه. و أخرى فى أن الملكيه

الحاصله بالمعاطاه هل هى ملكيه لازمه أم هى ملكيه جائزه؟. و سياتى الكلام فى الجئه الثانى.

أما الجئه الأولى فىمكن الاستدلال عليها بوجه شتى:

١- السيره القطعيه المستمره القائمه على معامله المأخوذ بالمعاطاه معامله الملك فى التصرف فيه بالعتق و البيع و الوطى و الإيضاء و التوريث و غير ذلك من آثار الملك.

و أجاب عنه المصنف، و إليك لفظه (و أما ثبوت السيره و استمرارها على التوريث فهى كسائر سيراتهم الناشئه عن المسامحه و قله المبالاه فى الدين مما لا يحصى فى عباداتهم و معاملاتهم و سياساتهم كما لا يخفى.) و يرد عليه: أنه لا ريب فى قيام السيره- بين المسلمين بل بين عقلاء العالم- على صحه المعامله المعاطاتيه و ترتيب آثار الملكيه على المأخوذ بها. و بما أن الشارع المقدس لم يردع عن هذه السيره فتكون حجه شرعيه. و لو شككنا فى ثبوت الردع فالأصل عدمه. قيل:

إن ثبوت الردع عن ذلك من الوضوح بمكان، لقيام الإجماع على أن المعاطاه لا تفيد الملكيه. و إذن فتسقط السيره عن الاعتبار.

و يرد عليه: أنه لم يقم إجماع تعبدى على ذلك. غايه الأمر أنه نقل الإجماع عليه. و قد نقحنا فى علم الأصول عدم حجته، إلا إذا حصل العلم باستناد المجمعين إلى رأى المعصوم (عليه السلام) و من المحتمل القريب أن يكون استنادهم فى فتواهم بعدم لزوم البيع المعاطاتى إلى الروايات المشعره باعتبار اللفظ فى البيع. و سياتى التعرض لها.

٢- قوله (تعالى) وَ أَحَلَّ اللَّهُ الْبَيْعَ وَ حَرَّمَ الرِّبَا. البقره. الآيه ٢٧٤.

و تقريب الاستدلال بهذه الآيه على أن المعاطاه تفيد الملكيه بوجهين:

الوجه الأول أنها تدل على صحه البيع المعاطاتى بالدلاله المطابقه، لأن معنى الحل

فى اللغة هو الإطلاق و الإرسال. و يعبر عنه فى لغة الفارس بكلمه (بازداشتن) و يقابله التحريم، فإنه بمعنى المنع و الحجر. و لا ريب أن الحل بهذا المعنى يناسب الحليه الوضعيه و التكليفيه كليهما. و عليه فكما يصح استعمال لفظ الجمل فى خصوص الحليه الوضعيه، أو التكليفيه كذلك يصح استعماله فى كليهما معا. و يختلف ذلك حسب اختلاف الموارد و القرائن. و هكذا الحال فى لفظ التحريم-الذى هو مقابل الحل- فإنه يعم التحريم الوضعى و التحريم التكليفى كليهما، و إرادته خصوص أحدهما دون الآخر فى بعض الموارد من ناحيه القرائن الحالیه أو المقاليه.

و إذن فلا وجه للمناقشه فى شمول لفظ الحل للحليه الوضعيه و التكليفيه معا بعدم وجود الجامع بينهما. و هذا واضح لا ريب فيه.

ثم إن الحل قد يتعلق بالأعيان الخارجيه. و قد يتعلق بالأفعال الخارجيه. و قد يتعلق بالأمر الاعتباريه المبرزه بمبرز خارجى.

و على الأول فلا يصح الكلام إلا بالتقدير، للدلاله الاقتضائيه، و صيانه لكلام المتكلم عن اللغويه. و من هذا القبيل قوله (تعالى) (أَجَلٌ لَّكُمْ الطَّيِّبَاتُ وَ طَعَامُ الَّذِينَ أُوتُوا الْكِتَابَ حَلٌّ لَّكُمْ، وَ طَعَامُكُمْ حَلٌّ لَهُمْ، وَ الْمُحْصِنَاتُ مِنَ الْمُؤْمِنَاتِ) (1) فإن متعلق الحل فى هذه الآيه إنما هو المطاعم و المآكل و المناكح.

و من الواضح أنه لا- معنى لحليه هذه الأمور بنفسها، بل المراد من حليتها إنما هو حليه ما تعلق بها من الأفعال المناسبه لها من الأكل و الشرب و النكاح.

و على الثانى فلا- شبهه فى صحه الكلام بلا احتياج إلى التقدير، و منه قوله (تعالى) (أَجَلٌ لَّكُمْ لَيْلَةُ الصِّيَامِ الرَّفْتُ إِلَى نِسَائِكُمْ) (2). و كذلك الحال فى الثالث، و مثاله: أن يتعلق الحل بالمعاملات-التي هى الاعتبارات النفسانيه المظهره بمبرز

ص: ٩٤

١- ١) المائده: الآيه: ٥

٢- ٢) البقره الآيه: ١٨٧

خارجي-فإنها بنفسها قابله للحليه وضعا و تكليفا من دون احتياج إلى التقدير و من ذلك قوله (تعالى) (وَ أَحَلَّ اللَّهُ الْبَيْعَ).

ولا- يخفى عليك أن هذه الصور الثلاث-التي ذكرناها في استعمالات كلمه الحل -جاريه بعينها في استعمالات كلمه التحريم أيضا طابق النعل بالنعل و القذه بالقذه.

و المتحصل من جميع ما بيناه: أن معنى قوله (تعالى) (وَ أَحَلَّ اللَّهُ الْبَيْعَ) هو أن الله قد رخص في إيجاد البيع، و أطلقه، و أرسله، و لم يمنع عن تحققه في الخارج و إذن فتدل الآية الكريمة دلالة مطابقيه على جواز البيع تكليفا، و على نفوذه وضعا.

و من الواضح الذي لا خفاء فيه أن المعاطاه بيع فتكون مشموله للآيه.

و إذن فلا يتوجه عليه أي محذور من المحاذير و الله العالم.

و قد ذكر بعض مشايخنا المحققين: أنه لا شبهه في (دلالة الآية بالمطابقه على الصحه. نظرا إلى أن الحلية أمر يناسب التكليف و الوضع، و لذا ورد في باب الصلاة حلت الصلاة فيه: أي جازت، و وقعت في محلها، فالحليه منسوبه إلى نفس البيع بما هو تسبب إلى الملكيه. و المراد: -و الله العالم- أنه تعالى أحله محله، و أقره مقره، و لم يجعله كالقمار بحكم العدم. و أما جعله من الحل في قبال الشد:- بمعنى أنه لم يصد عنه، و جعله مرخي العنان في تأثيره-فغير وجيه، لأن الحل في قبال الشد يتعدى بنفسه بخلاف أحل من الحلول).

و يرد عليه: أن أحل من الحلول و إن وقع في الاستعمالات العرفيه الصحيحه الفصيحه، بل في الكتاب المجيد [١] إلا أن هذا المعنى لا يناسب الحل بمعنى الإطلاق و الإرسال الذي ورد في الآيات التي تقدمت الإشارة إليها قريبا. و ورد أيضا في استعمالات أهل العرف و اللغه كثيرا. و تتأكد إرادته هذا المعنى الثاني فيما إذا استعمل

لفظ الحل فى مقابل كلمه التحريم، كما فى قوله (تعالى) (وَ أَحَلَّ اللَّهُ الْبَيْعَ وَ حَرَّمَ الرِّبَا) و وجه التأكد: أن الحل إذا أخذ بمعنى الحلول كان مقابله الإزالة، لا التحريم.

الوجه الثانى: ما ذكره المصنف، و حاصله: أن المراد من حليه البيع فى الآيه الكريمة إنما هو الحليه التكليفيه، لمقابلتها مع حرمة الربا الظاهره فى الحرمة التكليفيه و من الواضح أن الحليه التكليفيه لا يصح تعلقها بالبيع، لأنه إنشاء تمليك عين بمال.

و حليه ذلك لا تحتاج إلى البيان. و عليه فلا بد من الالتزام بتعلق الحل فى الآيه بالتصرفات المترتبه على البيع. و حينئذ فتدل الآيه على حليه التصرفات بالمطابقه و على حليه البيع بالالتزام و من هنا ظهر أنه لا- يمكن أن يراد من قوله تعالى (وَ أَحَلَّ اللَّهُ الْبَيْعَ) الحليه الوضعيه، لكى تدل الآيه على صحه البيع دلالة مطابقه. و بما أن المعاطاه من أفراد البيع عرفا فتكون مشموله للآيه و عليه فالحليه فى الآيه الشريفه لا تدل على حصول الملكيه بل إنما تدل على إباحه جميع التصرفات حتى المتوقفه على الملك - كالبيع و العتق و الوطى و الإيضاء- و من بين الذى لا ريب فيه أن إباحه هذه التصرفات إنما تستلزم الملك فى غير مورد المعاطاه من ناحيه الإجماع على وجود الملازمه بينهما. و أما المعاطاه فالقائلون بعدم إفادتها الملك قد حكموا بإفادتها الإباحه على وجه الإطلاق حتى صرح الشهيد الثانى فى المسالك بأن من أجاز المعاطاه قد سوغ جميع التصرفات. غايه الأمر أن الالتزام بإباحه جميع التصرفات يقتضى الالتزام بسبق الملك آنا ما على التصرفات الموقوفه على الملك. و لا يقتضى ذلك الالتزام بسبق الملك من أول الأمر لكى بتوهم أن مرجع هذه الإباحه أيضا إلى الملك.

و قد اتضح لك من ذلك فساد ما قيل من أنه لا وجه للالتزام بالملكيه التقديرية، إذ لو كانت المعاطاه مؤثره فى الملكيه لأثرت فيها من أول الأمر و إلا فلا

و وجه الفساد: أن الالتزام بالملكيه التقديرية انما هو من جهه الجمع بين الأدله، و الا فإن المعاطاه لا تؤثر إلا فى الإباحه المطلقه.

و لكن يرد على المصنف وجوه.

١- أنه لا- ملزم لتخصيص الحل فى الآيه بالحل التكليفى فقط، بل يعم ذلك الحليه التكليفيه و الوضعيه، بمعنى واحد و قد عرفته قريبا.

٢- أنه لا وجه صحيح لصرف الحل فى الآيه إلى حليه التصرفات. و منع تعلقه بنفس البيع بدعوى أن حليه إنشاء البيع أمر واضح لا يحتاج الى البيان، و ذلك لأننا ذكرنا فيما سبق: أن البيع هو الاعتبار النفسانى المبرز بمبرز خارجى، سواء أ تعلق به الإمضاء من ناحيه الشرع و العرف، أم لم يتعلق به ذلك، بل سواء أ كان فى العالم عرف و شرع أم لم يكن. و هذا المعنى هو الذى قد يكون موضوعا للحرمة و قد يكون موضوعا للحليه. كما ان الأمر كذلك فى سائر المعاملات.

٣- ما ذكره شيخنا الأستاذ و حاصله: ان اباحه جميع التصرفات إذا اقتضت الملك فى سائر المعاملات و التجارات اقتضته فى المعاطاه أيضا، إذ لا فارق بينهما الا من ناحيه توهم الإجماع فى سائر المقامات دون المعاطاه و لكن هذا التوهم فاسد، بداهه أن الإجماع دليل لبي فلا يؤخذ منه إلا بالمقدار المتيقن، و هو حصول الملكيه آنا ما فى سائر المقامات أيضا. و إذن فلا بد إما من الالتزام بحصول الملكيه من أول الأمر فى المعاطاه و غيرها، و إما من الالتزام بعدم حصولها فيهما إلا آنا ما قبل التصرف.

٤- أنه إذا دلت الآيه على جواز مطلق التصرفات حتى المتوقف منها على الملك أستفيد من ذلك حصول الملكيه من الأول. و عليه فلا وجه لعدول المصنف عن ذلك، و التجائه إلى القول بالملكيه التقديرية.

قيل: إن جواز التصرف شرعا لا يلازم حصول الملكيه، كما أن الشارع قد



حكم بجواز التصرف فى أموال الناس عند الضروره و المجاعه من غير أن يكون ذلك ملكا للمتصرف. نعم التصرفات المتوقعه على الملك تكشف عن تحقق الملك آنا ما قبل التصرف لأجل الجمع بين الأدله. و الجواب عن ذلك:

أن التصرفات التى حكم بحليتها فى الآيه المباركه هى التصرفات المترتبه على البيع، و من الواضح أن التصرف المترتب على البيع تصرف مالكي، و جواز التصرف المالكى يكشف عن الملكيه كشافا قطعيا. و عليه فدليل حليه البيع يدل على حليه التصرف بالدلاله المطابقه، و على حصول الملكيه من أول الأمر بالدلاله الالتزاميه.

و أما الالتزام بالملكيه آنا ما قبل التصرف فلازمه الالتزام بجواز التصرفات المتوقعه على الملك بغير عنوان الملكيه مع فرض تحقق البيع فى الخارج. و هذا بعيد عن مدلول الآيه حسب ما يفهمه أهل العرف من الكلام.

قيل: إن الآيه لا دلالة فيها على تأثير البيع فى الملكيه أصلا، إذ المفروض أن الحل قد تعلق بالتصرف و من الواضح أنه إذا أريد من التصرف المزبور التصرف المالكى لزم منه تعرض الحكم لإثبات موضوعه و هو أمر غير معقول. و الجواب عنه:

أن الحل فى الآيه و إن تعلق بالتصرف ابتداء-على رأى المصنف- إلا أن إحلال التصرف يكشف عن حصول الملكيه و لا يلزم من ذلك تعرض الحكم لإيجاد موضوعه. نعم إذا قلنا بتحقيق الملكيه من ناحيه جواز التصرف لزم منه تكفل الحكم بإثبات موضوعه و لكنه بعيد عما نحن فيه. قيل:

إننا لو سلمنا دلالة الآيه على جواز البيع وضعا و تكليفا، أو قلنا بدلالاتها على حليه التصرفات، و استكشفنا منها الملكيه من أول الأمر، لكنها لا تشمل المعاطاه، لعدم صدق البيع عليه، إذ البيع إما من مقوله اللفظ-كما عن بعض الاعلام- بدعوى أنه لو كان من قبيل المعنى لزم منه القول بالكلام النفسى الذى هو مدلول الكلام اللفظى، و هو باطل بالضروره، أو أنه من مقوله المعنى بدعوى أنه لو كان من قبيل

اللفظ لم يعقل إنشاؤه باللفظ، و على كلا التقديرين لا يصدق مفهوم البيع على المعاطاه:

أما على الأول فواضح. و أما على الثانى فلأن البيع و إن كان من قبيل المعنى، و لكن صدق عنوان البيع عليه يحتاج إلى إبرازه باللفظ، إذ المفروض أن الكلام النفسى مدلول للكلام اللفظى، و من الواضح جدا أن المعاطاه لم تبرز باللفظ فتكون خارجه عن حدود البيع جزما. و الجواب عن ذلك:

أن البيع ليس اسما لمجرد اللفظ، و إلا لزم تحققه بالتكلم بلفظ بعث و إن لم يتحقق به الإنشاء، و لا أنه اسم للاعتبار النفسانى غير المبرز بمظهر خارجى، و إلا- لزم تحققه بالاعتبار الساذج و إن لم يكن مبرزا فى الخارج. بل هو اسم للاعتبار النفسانى المظهر بمبرز خارجى. و من الواضح أنه لا يعتبر فى المبرز أن يكون من قبيل الألفاظ.

بل كما يصح إبراز الاعتبار النفسانى باللفظ، كذلك يصح إبرازه بغيره. و على كل حال لا صله للمقام بالكلام النفسى الذى ذكرنا بطلانه فى محله: و مما استدل به على أن المعاطاه تفيد الملكيه.

٣- قوله (صلى الله عليه و آله): (إن الناس مسلطون على أموالهم) (١) و وجه الاستدلال: أن الحديث المزبور قد دل على أن كل أحد مسلط على التصرف فى أمواله بأنحاء التصرفات، سواء فى ذلك التصرفات الخارجيه و الاعتباريه. و من التصرفات الاعتباريه البيع المعاطاتى، و إذن فالمنع عن جواز البيع المعاطاتى مناف لعموم الحديث.

و يتوجه على هذا الاستدلال أولا: أن النبوى المزبور ضعيف السند، و غير مذكور فى كتب الشيعة إلا مرسلا و من الواضح أنا لا نعتمد على المراسيل فى شىء من الأحكام الشرعيه، لأنها غير مشموله لأدله حجيه الخبر. قيل:

إن النبوى المزبور و إن كان ضعيفا من ناحيه الإرسال، و لكن قد عمل به

ص: ٩٩

المشهور، بل أرسله الفقهاء فى كتبهم الاستدلاليه إرسال المسلمات حتى جعلوا مفاده من القواعد الفقهيه المسلمه، و يلتجئون إليها فى موارد شتى. و إذن فىكون عملهم هذا جابرا لوهن الخبر و ضعفه. و الجواب عن ذلك:

أن هذا التوهم فاسد كبرى و صغرى: أما الوجه فى فساد الكبرى فلأنه لا دليل على انجبار ضعف الروايه بعمل المشهور، لأن الشهره إن كانت حجه فى نفسها أخذ بها و إلا فإن ضمها إلى غير الحجه لا يفيد الاعتبار و قد اشتهر فى الألسنه أن فاقد الشيء لا يكون معطيا له نعم إذا كان عملهم وسيله إلى توثيق الروايه كان ذلك قرينه على حجيتها. بل قد يكون عمل شخص واحد بروايه سببا لتوثيقها. إلا أنه غريب عن انجبار ضعف الخبر بعمل المشهور، فإن هذا فيما لم تعلم وثاقه الرواه، بل لم تعلم رواه الخبر- كما فى المراسيل- و من البديهي أن عمل المشهور فى أشباه ذلك لا يكشف عن وثاقه الرواه. نعم يحتمل أنهم اطلعوا على قرائن لم نظفر بها. و لكن هذا الاحتمال لا- يغنى من الحق شيئا. مع أنه منقوض بما صرحوا به من عدم انجبار ضعف الدلاله بعمل المشهور، و الملا-ك فيهما واحد. و احتمال الاطلاع على القرائن مشترك بينهما و أما الوجه فى منع الصغرى فلأن من المحتمل القريب أن المشهور قد استندوا فى فتياهم بصحة البيع المعاطاتي بغير النبوى من الوجوه التى استدلت بها على ذلك. و من البين الذى لا- ريب فيه انه بناء على انجبار ضعف الروايه بعمل المشهور فإن الشهره إنما تكون جابره لوهن الروايه إذا علم استناد المشهور إليها. على أن المشهور بين القدماء هو القول بالإباحه. و إذن فلا شهره فى المقام لكى تكون جابره لضعف النبوى و أما الشهره بين متأخرى المتأخرين فليست بجابره اتفاقا.

ثانيا: أنا لو سلمنا اعتبار النبوى من حيث السند لكن لا نسلم دلالة على المقصود، فإن المحتمل فى معناه وجوه ثلاثه:

١- أن يراد من الحديث تسلط الناس على كل تصرف من أنحاء التصرفات

كَمَا و كَيْفَا. و عَلَيْهِ فَإِذَا شَكَّكْنَا فِي جَوَازِ تَصَرُّفِ خَارِجِي أَوْ اِعْتِبَارِي مِنْ حَيْثُ الْوَضْعِ وَ التَّكْلِيفِ تَمَسُّكْنَا بِالْحَدِيثِ الْمَزْبُورِ لِإِثْبَاتِ مَشْرُوعِيهِ ذَلِكَ. و لَكِنْ يَرُدُّ عَلَيْهِ:

أَوَّلًا: أَنْ الْاِتِّتَامَ بِهَذَا الْوَجْهِ يَقْتَضِي أَنْ يَكُونَ النَّبِيُّ فِي مَقَامِ التَّشْرِيعِ:

بَأَنَّ يَدُلُّ عَلَى جَوَازِ كُلِّ تَصَرُّفٍ لَمْ تَثْبُتْ مَشْرُوعِيَّتُهُ مِنْ نَاحِيَةِ الشَّارِعِ. و عَلَى هَذَا فَإِذَا شَكَّكْنَا فِي جَوَازِ تَصَرُّفِ تَكْوِينِي - كَالْأَكْلِ وَ الشَّرْبِ - أَوْ اِعْتِبَارِي - كَالْبَيْعِ الْمَعَاطَاتِي وَ نَحْوِهِ - تَمَسُّكْنَا بِالنَّبِيِّ لِإِثْبَاتِ مَشْرُوعِيهِ ذَلِكَ التَّصَرُّفِ، و مِنْ الْبَدِيهِي أَنَّهُ لَمْ يَقُلْ بِهِ مَتَّفِقُهُ فَضْلًا عَنِ الْفَقِيهِ.

ثَانِيًا: أَنَّ هَذَا الْوَجْهَ يَقْتَضِي الْاِتِّتَامَ بِمَشْرُوعِيهِ غَيْرِ وَاحِدٍ مِنَ الْمَحْرَمَاتِ الْإِلَهِيَّةِ - كَالْأَكْلِ جَمْلُهُ مِنَ الْأَطْعَمَةِ الْمَحْرَمَةِ وَ شَرْبِ جَمْلِهِ مِنَ الْأَشْرَبَةِ الْمَحْرَمَةِ وَ لِبَسِ جَمْلِهِ مِنَ الْأَلْبَسَةِ الْمَحْرَمَةِ الَّتِي هِيَ مَمْلُوكَةٌ لِمَتَّصِرْفٍ - فَإِنَّ النِّسْبَةَ بَيْنَ دَلِيلِ السُّلْطَنَةِ وَ بَيْنِ أَدْلِهِ بَعْضُ الْمَحْرَمَاتِ هِيَ الْعَمُومُ مِنْ وَجْهِهِ، فَيَتَعَارَضَانِ فِي مَوْرَدِ الْاِجْتِمَاعِ وَ يَتَسَاقَطَانِ فَيَرْجِعُ إِلَى أَصَالِهِ الْإِبَاحَةِ، مَعَ أَنَّ هَذَا ضَرُورِي الْبَطْلَانِ. وَ الْمَتَّحَصِلُ مِنْ ذَلِكَ أَنَّ الْوَجْهَ الْمَزْبُورَ لَا يُمْكِنُ الْاِتِّتَامَ بِهِ.

٢- مَا ذَكَرَهُ الْمَصْنُفُ وَ حَاصِلُهُ: أَنَّ عَمُومَ الْحَدِيثِ إِنَّمَا هُوَ بِاِعْتِبَارِ أَنْوَاعِ السُّلْطَنَةِ - كَالْبَيْعِ وَ الْإِجَارَةِ وَ الْهَبَةِ وَ الصَّلْحِ وَ غَيْرِهَا - وَ إِذَا شَكَّكْنَا فِي مَشْرُوعِيهِ نَوْعٍ مِنْهَا - كَالْمَزَارَعَةِ وَ الْمُضَارَبَةِ وَ الْمَسَاقَاةِ مِثْلًا - تَمَسُّكْنَا بِعَمُومِ الْحَدِيثِ وَ نَحْكُمُ بِثُبُوتِ السُّلْطَنَةِ هُنَا أَيْضًا. و أَمَّا إِذَا عَلَّمْنَا بِمَقْدَارِ السُّلْطَنَةِ وَ كَمِّيَّتِهَا أَنَّ قِطْعَنَا أَنَّ سُلْطَنَةَ خَاصَةٍ نَافِذَةٌ فِي حَقِّ شَخْصٍ كَبِيْعٍ مَالِهِ مِنْ غَيْرِهِ وَ لَكِنْ شَكَّكْنَا فِي كَيْفِيَّةِ هَذِهِ السُّلْطَنَةِ وَ أَنَّ هَذَا الْبَيْعَ هَلْ يَوْجَدُ بِالتَّعَاطِي أَمْ لَا بَدِيَّةٍ مِنْ الْقَوْلِ الدَّالِّ عَلَيْهِ فَإِنَّهُ حَيْثُ لَا يَجُوزُ لَنَا أَنْ نَتَمَسَّكَ بِدَلِيلِ السُّلْطَنَةِ لِإِثْبَاتِ مَشْرُوعِيهِ الْمَعَاطَاةِ فِي الشَّرِيْعَةِ الْمَقْدَسَةِ. وَ قَدْ اِتَّضَحَ لَكَ مِنْ تَوْضِيْحِ كَلَامِ الْمَصْنُفِ الْفَارِقَ بَيْنَ هَذَا الْوَجْهِ وَ بَيْنَ سَابِقِهِ حَيْثُ اِن

العموم فى الوجه الأول باعتبار الكمية و الكيفيه و فى الوجه الثانى باعتبار الكمية فقط و يرد عليه: أن الالتزام بهذا الوجه يقتضى أيضا أن تكون الروايه فى مقام التشريع و عليه فيجوز التمسك بعموم النبوى فى أى مورد شككنا فى جواز نوع خاص من السلطنه-كالشك فى جواز أكل لحم الأرنب و نحوه و هذا خلاف الظاهر من الروايه حسب المتفاهم العرفى و لأجل ذلك لم يتمسك به أحد فى أمثال ذلك. و من هنا ذكروا: أن دليل السلطنه لم يرد فى مقام التشريع بل إنما ورد لإثبات السلطنه للمالك فى الجهات المشروعه.

٣- ما هو التحقيق من أن دليل السلطنه يتكفل ببيان استقلال المالك فى التصرف فى أمواله فى الجهات المشروعه، و عدم كونه محجورا عن التصرف فى تلك الجهات، و ليس لغيره أن يزاحمه فى ذلك، و عليه فشان دليل السلطنه شأن الأوامر المسوقه لبيان أصل الوجوب من غير نظر فيها إلى تعيين الواجب من حيث الكم و الكيف.

و على الجملة: إن دليل السلطنه لا يدل على استقلال الملاك فى التصرف فى أموالهم من جميع الجهات بحيث لو منع الشارع عن التصرف فيها من ناحيه خاصه كان ذلك مخصصا لعموم الحديث. و قد تجلى لك من ذلك أنه لو شك فى جواز تصرف خاص-كإلبيع المعاطاتى أو جواز الاعراض عن مال معين- فإنه لا يجوز التمسك فى مشروعيه ذلك بدليل السلطنه. و مما استدل به على أن المعاطاه تفيد الملكيه:

٤- (قوله تعالى) (يا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا لَا تَأْكُلُوا أَمْوَالَكُمْ بَيْنَكُمْ بِالْبَاطِلِ إِلَّا أَنْ تَكُونَ تِجَارَةً عَنْ تَرَاضٍ مِنْكُمْ) النساء الآيه: ٢٨.

فإن الآيه الشريفه قد دلت على انحصار جواز التصرف فى أموال الناس بما يكون تجاراه عن تراض عرفا. و إبيع المعاطاتى كذلك و بيان ذلك بوجهين:

١- أن المراد من الأكل فى الآيه الكريمه ليس هو الانزدراد-على ما هو معناه الحقيقى- بل إنما هو كنايه عن التملك-و إن لم يكن ذلك المال من

جنس المأكولات كالدار و البستان و الدكان و أشباه ذلك-و قد تعارف هذا النحو من الاستعمال فى القرآن الكريم و فى كلمات الفصحاء، بل فى غير لغة العربيه أيضا ثم ان دخول كلمه الباء السببيه على كلمه الباطل، و مقابلتها فى الآيه مع التجاره عن تراض قرينتان على توجه الآيه إلى فصل الأسباب الصحيحه للمعامله عن الأسباب الفاسده.

و عليه فان كان الاستثناء متصلا- كما هو الظاهر و الموافق للقواعد العربيه كان مفاد الآيه أنه لا يجوز تملك أموال الناس بسبب من الأسباب فإنه باطل إلا أن يكون ذلك السبب تجاره عن تراض و إذن فتفيد الآيه حصر الأسباب الصحيحه للمعامله بالتجاره عن تراض و إن كان الاستثناء منقطعا كانت الآيه ظاهره ابتداء فى بيان الكبرى الكليه لكل واحد من أكل المال بالباطل و التجاره عن تراض من غير أن تتعرض للحصر، و عليه فلا يمكن التمسك بها فيما لا يعد فى العرف من الأسباب الباطله، و لا من التجاره عن تراض. بل تكون الآيه بالنسبه إليه مهمله. و لكن يمكن إثبات دلالة الآيه على الحصر حيثئذ بالقرينه المقاميه بدعوى أن الله (تعالى) بصدد بيان الأسباب المشروعه للمعاملات، و تمييز وجهها الصحيح عن وجهها الباطل، و لا ريب أن الإهمال مما يخل بالمقصود فلا محاله يستفاد الحصر من الآيه بالقرينه المقاميه و إذن فالآيه مسوقه لبيان حصر الأسباب الصحيحه للمعاملات فى التجاره عن تراض سواء أ كان الاستثناء متصلا أم كان منقطعا و على كلا- التقديرين فتدل الآيه بالمطابقه على صحه البيع المعاطاتى، و كونه مفيدا للملك، فان عنوان التجاره عن تراض ينطبق عليه عرفا. و مما يؤيد كون الآيه راجعه إلى بيان أسباب المعاملات تطبيقها فى بعض الروايات على القمار باعتبار كونه من الأسباب الباطله (1) ٢ أن يراد من الأكل فى الآيه الكريمه التصرف: أى لا تتصرفوا فى أموال الناس بالأسباب الباطله، فإنه حرام إلا أن يكون ذلك السبب تجاره عن

ص: ١٠٣

---

١- ١) راجع الوسائل ج ٢ باب ٦٣ تحريم كسب القمار من أبواب ما يكتسب به.

تراض. و عليه فتدل الآيه بالمطابقه على حليه التصرفات تكليفا-التي تترتب على التجاره عن تراض-و تدل على حصول الملكيه من أول الأمر بالملازمه العرفيه، لما عرفت عند الاستدلال بآيه حل البيع على المقصود من أن السلطنه التكليفيه على جميع التصرفات فى شىء كاشفه عرفا عن مالكيه المتصرف لرقبه هذا الشىء و إن كانت الملكيه تنفك عن السلطنه أحيانا-كما فى المحجور-و لكن السلطنه المطلقه لا- تنفك عن الملكيه عرفا.و لا- يخفى عليك:أنه يجرى فى هذا الوجه جميع ما تقدم من النقض و الإبرام حول الوجه الثانى من وجهى الاستدلال على أن المعاطاه تفيد الملكيه.

و قد ذكر المحقق صاحب البلغه:أنه لو كان الاستثناء فى آيه التجاره عن تراض متصلا لزم من ذلك إما القول بالنسخ أو القول بكثرة التخصيص المستهجن،بداهه أن أسباب حل الأكل ليس منحصر بالتجاره عن تراض،بل يحل ذلك بالهبات و الوقوف و الصدقات و الوصايا و أروش الجنائيات و سائر النواقل الشرعيه و الإباحات.سواء أ كانت الإباحه مالكيه،أم كانت شرعيه و إذن فلا ملازمه بين أكل المال بالباطل،و بين ما لا يكون تجاره عن تراض انتهى ملخص كلامه.

و يتوجه عليه أن جمله من الأمور التي ذكرها المحقق المزبور ليست مقابله للتجاره عن تراض،بل هى قسم منها،كالهبات التي منها الصدقات المستحبه و الوصايا بناء على اعتبار القبول فيها،و سائر النواقل الشرعيه كالإجاره و الجعالة و نحوهما.و جمله منها و إن كانت خارجة عن حدود التجاره عن تراض-كالوقوف و الإباحات و الوصايا بناء على عدم اعتبار القبول فيها-و لكن الالتزام بخروجها عن ذلك لا يستلزم كثره التخصيص،بداهه أن الباقي تحت العام أكثر من الخارج.

و يضاف إلى ما ذكرناه:أن المستثنى منه فى الآيه إنما هو أكل مال غيره بعنوان التملك:بأن يملك الإنسان باختياره مال غيره بغير التجاره عن تراض،و ما لا يكون كذلك-كالوقوف و الزكوات و الأخماس و المال الموصى به وصيه تملكه بناء على

عدم اعتبار القبول فيها و أروش الجنایات-خارج عن حدود المستثنى و المستثنى منه تخصصا لا تخصيصا[١].

## كلام بعض الأساطين حول المعاطاه لتأسيس قواعد جديدہ

### اشاره

قوله:(و لهذا ذكر بعض الأساطين فى شرحه على القواعد فى مقام الاستبعاد أن القول بالإباحه المجرده مع قصد المتعاطيين التملك و البيع مستلزم لتأسيس قواعد جديدہ).

ص:١٠٥



أقول: يحسن بنا أن نبحث حول كلامه لكي يتضح لنا أن القول بالإباحه مع قصد الملك من التعاطى هل يستلزم تأسيس قواعد جديده أم لا. و تلك القواعد ما يلي.

**منها:**

**اشاره**

١- أن العقود و ما قام مقامها تابعه للقصود من حيث الإيجاب و السلب:

أى وقوع ما يقصد، و عدم وقوع ما لم يقصد. و من اليبين أن القول بالإباحه مخالف لهذه القاعده إيجابا و سلبا. لأن ما قصده المتعاطيان لم يحصل فى الخارج، و ما حصل فى الخارج لم يقصده المتعاطيان.

**و قد أجاب عنه المصنف بوجهين:**

**الأول: أن تبعيه العقود للقصود فيما إذا دل الدليل على صحه العقد:**

بمعنى ترتب الأثر المقصود منه عليه. و على هذا فلا يعقل الحكم بالصحه مع عدم ترتب الأثر المزبور عليه. و هذا بخلاف ما إذا لم يدل دليل على ذلك- كالعقد المعاطاتى- و لكن حكم الشارع المقدس فى مورده بالإباحه، فإنه لا يلزم منه تخلف العقد عن القصد، بداهه أن الإباحه المذكوره ليست إباحه عقديه لى يلزم من ثبوتها المحذور المزبور بل إنما هى إباحه شرعيه مترتبه على المعاطاه ترتب الحكم على موضوعه. و عليه فمنزله ذلك منزله حكم الشارع بجواز الأكل من أموال الناس فى المخصصه و المجاعه، و بجواز أكل الماره من ثمره الشجره التى تمر بها و إن لم يرض المالك بذلك. انتهى ملخص كلامه فى الوجه الأول [١].

ص: ١٠٦

## الثانى: أن تخلف العقود عن القصد لا غرابه فيه.

و قد وقع فى جملة من الموارد:

### الأول: (أنهم أطبقوا على أن عقد المعاوضة إذا كان فاسدا يؤثر فى ضمان

كل من العوضين قيمه،

لإفاده العقد الفاسد الضمان عندهم فيما يقتضيه صحيحه، مع أنهما لم يقصدا إلا ضمان كل منهما بالآخر. و توهم أن دليلهم على ذلك قاعده اليد مدفوع بأنه لم يذكر هذا الوجه إلا- بعضهم معطوفا على الوجه الأول، و هو إقدامهما على الضمان، فلاحظ المسالك).

و يرد عليه: أن سبب الضمان فى العقود الفاسده-على ما سيأتى-إنما هو اليد نهائيه الأمر أن الاقدام يكون منقحا لموضوع ضمان اليد. و قد ذكرنا فى محله: أن الاقدام بنفسه لو كان موجبا للضمان، لتحقق الضمان بتحقيق المعامله فى الخارج بالإيجاب و القبول، مع عدم تحقق القبض و الإقباض، إذ المفروض تحقق الاقدام على المعامله من ناحيه المتعاملين، مع أنه باطل بالضرورة. فيستكشف من ذلك أن سبب الضمان فى أمثال الموارد هو اليد دون الاقدام.

### الثانى: أن الشرط الفاسد لا يفسد العقد المشروط به عند أكثر القدماء،

مع أن ما قصد-و هو العقد المقيد بالشرط الفاسد-غير واقع. و الواقع الذى هو ذات العقد لم يقصد. نعم إذا قلنا بأن الشرط الفاسد يفسد العقد لم يتوجه هذا النقض على بعض الأساطين. و لكن التحقيق خلافه. و يأتى تفصيل ذلك فى مبحث. الشروط إنشاء الله.

ص: ١٠٧

والتحقيق: أن الشرط قد يكون قيذا لأصل العقد بحيث يكون الإنشاء معلقا على حصول الشرط: بأن قال البائع: بعثك المتاع الفلاني إن قدم الحاج. وإلا فلا أبيع، وقد يكون الشرط التزاما آخر فى ضمن الالتزام العقدى من دون أن يكون الملتزم به قيذا لأصل العقد. و على الأول فالتعليق يوجب فساد العقد و إن لم يكن الشرط فاسدا لقيام الإجماع على بطلان التعليق فى العقود. و على الثانى فالالتزام بصحة العقد مع فساد الشرط لا يستلزم تخلف المقصود عن القصد و تفصيل الكلام فى محله.

### **الثالث: أنه إذا باع الإنسان ما يملكه مع ما لا يملكه:**

بأن ضم مال نفسه إلى مال غيره و باعهما من شخص واحد فى صفقه واحده- فإنه لا شبهه فى صحة هذا البيع عند المحققين. مع أن ما هو مقصود للمتبايعين لم يقع فى الخارج، و ما هو واقع فيه غير مقصود لهما. و الجواب عن ذلك:

أن البيع المذكور و إن كان واحدا بحسب الصورة و لكنه منحل إلى بيعين غاية الأمر أن أحدهما صحيح منجزا، و الآخر صحيح مشروطا بإجازة المالك.

و السر فى ذلك أن حقيقه البيع متقومه بإنشاء تبادل شىء من الأعيان بعوض فى جهه الإضافه كما تقدم (1) و من البديهى الذى لا ريب فيه أن هذا المعنى لا ربط له بقصد المالكين و معرفتهما. و عليه فقصد البائع كون العقد لنفسه أو لغيره خارج عن حدود البيع. و إذن فلا- يوجب ذلك تخلف العقد عن القصد بوجه. نعم مع عدم إجازة المالك يثبت للمشتري خيار تبعض الصفقه. و لكنه بعيد عن تخلف العقد عن القصد الذى هو محل الكلام فى المقام.

### **الرابع: بيع الغاصب المال المغصوب لنفسه.**

فقد ذكر جمع كثير أن البيع يقع عن المالك فضولا، و تتوقف صحته على إجازته. مع أن المقصود- هو كونه

ص: ١٠٨

(١-١) راجع ص ٥٣.

للبيع - لم يقع، و الواقع - و هو وقوع البيع عن المالك - غير مقصود. و الجواب عن ذلك:

ما أشرنا إليه آنفا من أن البيع إنشاء بتبديل عين بعوض في جهة الإضافة.

و من الظاهر أن قصد وقوعه عن المالك، أو عن البائع خارج عن حدوده.

و سيأتى التعرض لهذه المسألة في البحث عن بيع الفضولى. نعم لو كان شأن المالكين في البيع شأن الزوجين في عقد الزواج لكان ما ذكره المصنف من النقص - على بعض الأساطين - صحيحا، و لكن الأمر ليس كذلك.

### **الخامس: أن العاقد إذا ترك ذكر الأجل في نكاح المتعه كان ذلك زواجا**

دائما

و قد ذكر هذا في موثقه ابن بكير [١]. و أفتى به جمع من الفقهاء رضوان الله عليهم. مع أن المقصود - و هو نكاح المتعه - لم يقع. و الواقع - و هو نكاح الدائم - غير مقصود.

و التحقيق: أنه إذا كان بناء العاقد - قبل مباشرته بإيقاع العقد - على إنشاء نكاح المتعه، و لكن نسي ذكر الأجل عند الإنشاء و قصد الزواج الدائم فلا شبهة في أن الواقع حينئذ يكون نكاحا دائما و عليه فلا يلزم منه تخلف العقد عن القصد.

و إذا كان بناء العاقد على إيقاع عقد المتعه حتى في مقام الإنشاء، و الاشتغال بإجراء الصيغه، و مع ذلك نسي ذكر الأجل في مقام التلفظ، أو تركه عمدا فان الظاهر حينئذ بطلان العقد، بداهة أن الزواج الدائم لم يقصد، و لم ينشأ، لأن الإنشاء - كما عرفته مرارا - عباره عن إبراز الأمر النفساني في الخارج. و إذا لم يقصد العاقد الزواج الدائم لم يكن ذلك مبرزا باللفظ. و أما الزواج المنقطع فلا يقع أيضا في

ص: ١٠٩

الخارج، إذ يعتبر في صحته ذكر الأجل على ما نطقت به الروايات (١)، والمفروض أنه مفقود في المقام. وهذا بين لا ريب فيه.

## و من القواعد الجديدة اللازمه على

القول بالإباحه:

٢- أن القول بالإباحه يلزمه الالتزام بأحد أمرين على سبيل مانعه الخلو:

و هما الالتزام بأن إرادته التصرف- في المأخوذ بالمعاطاه- مملكه، و الالتزام بأن التصرف بنفسه من المملكات، و كلا الأمرين بعيد جدا، بداهه أن المالك لم يقصد إلا- تمليك ماله من الأول، و عليه فالالتزام بحصول الملكيه بتصرف غير المالك، أو بإرادته التصرف من دون أن يكون ذلك مقصودا للمالك بعيد غايته.

و يتوجه عليه ما أفاده المصنف. و حاصله: أنه لا مانع من الالتزام بحصول الملكيه بإرادته التصرف، فان الجمع بين الأدله يقتضى ذلك، ضروره أن الأصل يقتضى بقاء المأخوذ بالمعاطاه في ملك ماله الأول. و قد قامت السيره القطعيه على جواز التصرف لكل من المتعاطيين فيما انتقل إليه. و قد ثبت في الشريعه المقدسه أن بعض التصرفات - كالعق و البيع و الوطى - لا يسوغ لغير المالك. و من البين الذى لا ريب فيه أن الجمع بين هذه الأدله يقتضى الالتزام بالملكيه حين إرادته التصرف. و عليه فيكون شأن التصرف في المقام شأن تصرف ذى الخيار و الواهب فيما انتقل عنهما تصرفا بالعق و البيع و الوطى و أشباهها [١].

ص: ١١٠

## اشاره

منه مخالفه القواعد المتسالم عليها فى موارد شتى:

### منها تعلق الخمس بما فى يد أحد المتعاطيين،

مع أنه ليس بمالك له.

و توضيح ذلك: أنه إذا أعطى أحد المتعاطيين دينارا لصاحبه، و أخذ منه متاعا يساوى أحد عشر دينارا فإنه قد ربح فى هذه المعامله المعاطاتيه عشره دنانير و إذا بقى هذا الربح الى أن مضى عليه حول كامل- و لم يحصل مملك فى البين، كتصرف المشتري فى المتاع، أو تصرف البائع فى الثمن، أو تلف أحد العوضين- ثبت فيه الخمس. و عليه فيلزم تعلق الخمس بغير الاملاك، و هو فقه جديد.

و قد يتوهم: أن غرض بعض الأساطين من ذلك هو استبعاد تعلق الخمس بالأرباح و المنافع الحاصله من الاتجار بالمأخوذ بالمعاطاه و لكنه توهم فاسد، فإنه مخالف لصراحه كلامه بديهه أنه (ره) قد فرض مورد الاستبعاد فيما إذا كان العوضان باقيين، مع عدم تحقق التصرف من أحد المتعاطيين، و من البين الذى لا ريب

فيه أن حصول الربح بالتجاره لا يخلو عن أحد أمرين على سبيل مانعه الخلو: وهما التصرف، و تلف العين و لو حكما. و حينئذ فلا يتوجه على بعض الأساطين ما ذكره شيخنا المحقق و إليك نصه (أما خمس ربح التجاره بالمأخوذ بالمعاطاه فلا محاله يكون حصول الربح مسبقا بالتكسب و التصرف فى المال، فيكون مملكا له و لأصله. و ليس هذا غريب آخر زياده على غرابه مملكيه التصرف).

### **و منها أنه يعامل مع المأخوذ بالمعاطاه معاملة الملك،**

و تترتب عليه جميع آثار المملكيه من الاستطاعه و تعلق الزكاه و حق الديان به و كونه إرثا للورثه و وجوب الإنفاق منه و جواز الوصيه به، و لو كانت المعاطاه مفيده للإباحه لزم من ذلك تعلق الأمور المذكوره بالمباحات، مع أنها لا تتعلق بغير الاملاك.

### **و منها أنه إذا باع أحد الشريكين حصته من غير شريكه بالبيع المعاطاتى تعلق به**

حق الشفعه،

مع أنه لا يتعلق إلا بالبيع المؤثر فى المملكيه. و من هنا لو أباح أحد الشريكين حصته لغيره لم يتعلق به حق الشفعه.

و منها تعلق حق المقاسمه بذلك، و مثاله: أنه إذا باع أحد الشريكين حصته من شخص آخر بالبيع المعاطاتى جاز للمشتري أن يطالب المقاسمه من الشريك الآخر.

و عليه فان قلنا بأن المعاطاه تفيده المملكيه فلا محذور فيه. و إن قلنا بأنها لا تفيده إلا الإباحه الخالصة لزم منه ثبوت حق المقاسمه لغير الملاك.

### **و منها: أن الربا يجرى فى البيع المعاطاتى،**

كما يجرى فى البيع اللفظى. و عليه فان قلنا بأن المعاطاه تفيده المملكيه كان ذلك موافقا للقواعد الشرعيه. و إن قلنا بأنها تفيده الإباحه لزم من ذلك جريان الربا فى المباحات. و من الواضح أن ذلك تأسيس فقه جديد.

### **و منها أنه لو كانت المعاطاه مفيده للإباحه لزم من ذلك أن يتصف الآخذ بالمعاطاه بصفه الفقر**

و لو كان المأخوذ بذلك يكفى مؤنته و مؤونه عياله سنه واحده- إذا لم يكن

عنده مال آخر يكفيه و لعياله حولا كاملا.

و لزم أيضا أن لا- تزول صفة الغنى عن المعطى، لكونه مالكا لما أعطاه لصاحبه بالمعاملة المعاطاتيه. و إذن فيجوز للأول أخذ الحقوق الشرعيه المقرره للفقراء و المساكين، و لا- يجوز ذلك للثانى و إن لم يكن عنده ما يكفيه و لعياله سنه واحده. و من الظاهر أن هذا أمر عجيب.

و قد أجاب المصنف عن جميع الأمور المذكوره بما هذا لفظه: (و أما ما ذكره من تعلق الأخماس و الزكوات إلى آخر ما ذكره فهو استبعاد محض، و دفعه بمخالفته للسيره رجوع إليها) [١].

ص: ١١٣



و يحسن بنا أن نتعرض لأجوبه تلك الأمور، وإليك ما يلي:

أما الأخماس فهي لا تتعلق إلا بالملك، كما هو الظاهر من الأدلة الشرعية، و عليه فلا محذور في الالتزام بعدم تعلقها بالمأخوذ بالمعاطاه على القول بكونها مفيدة للإباحه و أما الزكوات فلا شبهه في تعلقها بالمأخوذ بالمعاطاه مع تمام النصاب، و مضى الحول عليه، و لا يفرق في ذلك بين أن يكون المأخوذ بالمعاطاه ملكا للآخذ و بين عدمه لإطلاق الأدله، مثلا إذا اشترى أحد-بالبيع المعاطاتي-خمسا من الإبل، و لم يوجد مملك في البين إلى أن مضى عليها حول كامل تعلقت بها الزكاه جزما و تكون العين مشتركة بين المالك و بين المستحقين للزكاه بناء على تعلق الزكاه بالعين [١]. نعم إذا كان عند الآخذ بالمعاطاه ما تعلقت به الزكاه و لكن كان أقل من النصاب إلا أنه وصل

ص: ١١٤

إلى حد النصاب مع ضم المأخوذ بالمعاطاه إليه فإنه لا تجب فيه الزكاه، بدهاه أن ما هو مملوك للآخذ لم يصل إلى حد النصاب و المأخوذ بالمعاطاه ليس ملكا له على الفرض لكي يتم به النصاب.

و أما صفه الغنى المانعه عن أخذ الحقوق الشرعيه فهي غير متوقفه على الملك، بل كل من تمكن من مئونه نفسه و عياله سنه واحده-و لو من المباحات-فهو غنى.

و أما الاستطاعه فهي إنما تتحقق بكون المكلف واجدا-بالفعل-لما يحج به من الزاد و الراحله، و بمالكيتته لمئونه عياله بالفعل أو بالقوه. و قد فسرت الاستطاعه بهذا المعنى و بأمن الطريق في بعض الأخبار (1). و من السبين أن هذا المعنى من الاستطاعه كما يتحقق بالملك كذلك يتحقق بالمباحات أيضا التي منها المأخوذ بالمعاطاه على القول بالإباحه، و قد انجلى مما بيناه أنه يصح تعلق حق النفقات و الديون بالمأخوذ بالمعاطاه.

و أما حق الشفعه فلا يصح تعلقه بالمأخوذ بالمعاطاه لأنه استحقاق الشريك

ص: ١١٥

---

١-١) قد تقدم ذلك في ص ٣٥.

للحصه المبيعه فى شركته لكى يضمها إلى حقه. و المفروض أن المعاطاه لم تؤثر فى الملكيه بل فى الإباحه فقط. و عليه فلم يحصل النقل و الانتقال بالتعاطى حتى يثبت به حق الشفعه للشريك [١].

و أما حق المقاسمه و المفارزه فهو لا يختص بالمالك بل يثبت لكل من جاز له التصرف فى المال المشاع و إن لم يكن مالكا لجزء منه.

و أما الإيرث فهو أيضا لا- يتوقف على الملك، بل موضوعه ما تركه الميت و من الظاهر أن المأخوذ بالمعاطاه مما تركه الميت، فيكون لو ارثه.

و يضاف إلى ذلك: أن موت أحد المتعاطيين يؤثر فى لزوم المعاطاه. و هذا واضح. و من هنا اتضح لك جواز الوصيه بالمأخوذ بالمعاطاه. ضروره أنها تصير لازمه بموت الموصى.

و أما ما ذكره من استلزام القول بالإباحه جريان الربا فى المباحات فهو من العجائب. بديهه أن مورد البحث فى المقام إنما هو المعاطاه الواجده لجميع شرائط البيع إلا- الصيغه الخاصه. و عليه فإذا كانت المعاطاه ربويه لم تؤثر فى شىء من الملكيه و الإباحه، لفسادها من ناحيه الربا، و إذن فلا إباحه فى المقام لكى يلزم جريان

الربا فيها. وهذا ظاهر لا خفاء فيه.

### و من القواعد الجديده اللازمه على القول بالإباحه:

٤- ما ذكره بعض الأساطين من «كون التصرف من جانب مملكا

للجانب الآخر. مضافا إلى غرابه استناد الملك إلى التصرف».

و قال المصنف:

(و أما كون التصرف مملكا للجانب الآخر فقد ظهر جوابه).

و وجه الظهور: أنه لما كان التصرف من جانب مملكا للمتصرف لزم كونه مملكا للجانب الآخر أيضا، الذي لم يصدر منه التصرف و إلا لزم اجتماع العوض و المعوض في ملك المتصرف.

و عليه فكما أن الجمع بين الأدله يقتضى كون التصرف مملكا للمتصرف كذلك يقتضى كونه مملكا للطرف الآخر أيضا،

### و مما ذكره بعض الأساطين:

#### إشاره

٥- أن القول بالإباحه يستلزم مخالفه القواعد المتسالم عليها في نواحي شتى:

### الناحيه الأولى: كون التلف السماوى من جانب مملكا للجانب الآخر،

لاتفاق الفقهاء على أن كلا من المتعاطين يملك لما بيده من المأخوذ بالمعاطاه مع تلف بدله من الجانب الآخر و عليه فان قلنا بأن المعاطاه تفيد الملك فلا محذور فيه و إن قلنا بأنها تفيد الإباحه فيلزم أن يكون التلف من جانب مملكا للجانب الآخر، بديهه أنه لم يحدث في المقام إلا أمران، و هما التعاطى و التلف و المفروض أن الأول لا يفيد إلا الإباحه، و عليه فلا بد لنا إما من القول بكون التلف مؤثرا في الملكيه فهو غريب، أو القول بحصول الملكيه بغير سبب فهو محال.

### الناحيه الثانيه: أنه إذا تلف أحد العوضين تلفا قهريا فان قلنا بأن من تلف المال عنده

يملك التالف قبل تلفه فهو عجيب،

بديهه أنه ملكيه لو حصلت بغير سبب لزم تحقق المعلول بدون علته. و إن حصل ذلك بسبب التلف لزم تقدم المعلول على

علته، و من البين أن كليهما غير معقول. و إن قلنا بحصول الملكيه مع التلف فهو بعيد، إذ لا موجب للالتزام بالملكيه فى خصوص  
زمان التلف دون ما قبله. على أن زمان التلف هو زمان

ص: ١١٧

انعدام الملكية، لا- زمان حدودها، و من ذلك يظهر بطلان الالتزام بالملكية بعد التلف فان من الواضح أن تملك المعدوم غير معقول. على أن ذلك لغو محض، إذ لا يترتب عليه أى أثر من آثار الملكية. و إن قلنا بعدم كون التالف ملكا لآخذ لزم أن يكون بدله ملكا للجانب الآخر مجانا فهو غريب، و إذن فلا مناص عن الالتزام بحصول الملكية- فى البيع المعاطاتى- من أول الأمر.

### **الناحية الثالثة: أنه إذا قلنا بأن المعاطاه تفيد الإباحه كان التلف من الجانبين معنا**

للمسمى من الطرفين.

و عليه فلا يرجع كل من المتعاطيين إلى المثل أو القيمة لكى يكون لأحدهما حق الرجوع إلى ما به التفاوت بين العوضين، مع أن القاعده- على القول بعدم الملك- تقتضى الضمان بالمثل أو القيمة، دون المسمى، بديهه أن الضمان بالمسمى يقتضى كون التالف ملكا للمتلف، و عليه فيعود الاشكال المتقدم: أعنى حصول الملكية بلا سبب، أو بسبب التلف.

### **الناحية الرابعة: أنه إذا وضع الغاصب يده على المأخوذ بالمعاطاه أو تلف ذلك**

عنده.

فان قلنا بأن المعاطاه تفيد الملكية فلا محذور فيه، لأن الغاصب يكون ضامنا للمغصوب منه. و إن قلنا بأنها تفيد الإباحه فإن قلنا بأن الغاصب ضامن للمغصوب منه:

أعنى المباح له دون المالك الأصلي الذى هو المبيح- لزم أن يكون الغصب أو التلف عند الغاصب مملكا. و هو غريب، و إن قلنا بعدم الملك و أنه ليس له حق المطالبه، و إنما هو ثابت للمبيح فهو بعيد، و مناف للسيره القطعيه.

و قد أجاب المصنف عن تلك النواحي غير الناحيه الأخيره بما حاصله: أن دليل ضمان اليد يقتضى كون كل من العوضين مضمونا لمالكة الأصلي بعوضه الواقعى أعنى به المثل أو القيمة. لكن مقتضى الإجماع و السيره على عدم الضمان بالعوض الواقعى يكشف عن أن التلف من مال من تلف عنده، و بضميمه أصاله عدم حصول الملكية إلا بالمقدار المتيقن تثبت الملكية قبل زمان التلف بأن، و عليه فالجمع بين

هذه الأدلة يقتضى كون كل من العوضين ملكا لكل من المتعاطيين آنا ما قبل التلف، و حينئذ فيكون التلف موجبا لتعين المسمى من الجانبين. سواء فى ذلك كون التلف من جانب واحد و كونه من جانبين.

و السر فى الالتزام بالملكىه التقديرىه: أنه يدور الأمر بين تخصيص دليل اليد بالإجماع المزبور و القول بعدم الضمان بالمثل أو القيمه فى مورد التعاطى، و بين التخصص: أى الالتزام بحصول الملكىه-فى ذلك-من أول الأمر حفظا لعموم دليل اليد عن التخصص. و قد حقق فى محله أنه كلما دار الأمر بين التخصص و التخصص فىقدم الثانى. و عليه فمقتضى القاعده أن نحكم بحصول الملكىه-فى مورد المعاطاه من أول الأمر. و لكن الأصل المذكور يقتضى عدم تحقق الملكىه إلا آنا ما قبل التلف و عليه فشأن المقام شأن تلف المبيع قبل قبضه فى يد البائع.

ثم إن غرض المصنف من تقديم التخصص على التخصص ليس هو إثبات الضمان بالمسمى من ناحيه الدليل الدال على ضمان اليد، بل غرضه من ذلك إنما هو حفظ الدليل المزبور عن التخصص، و إبقائه على عمومته. و أما الضمان بالمسمى فإنما يثبت بحصول الملكىه فى مورد المعاطاه. و إذن فلا- يتوجه على المصنف ما ذكره السيد و هذا نصه: (أن الحكم بالضمان بعوض المسمى ليس عملا- بعموم على اليد، لأن مقتضاه وجوب المثل أو القيمه، لا المسمى، فمع فرض الإجماع على الملكىه لا بد من الالتزام بتخصيص قاعده اليد إذا لم نحكم بالملكىه من أول الأمر).

و أجاب المصنف عن الناحيه الأخيره بما هذا لفظه: (و أما ما ذكره من صورته غضب المأخوذ بالمعاطاه فالظاهر-على القول بالإباحه- أن لكل منهما المطالبه ما دام باقيا، و إذا تلف فظاهر إطلاقهم التملك بالتلف تلفه من مال المغصوب منه). ثم قال:

(نعم لو لا قام إجماع كان تلفه من مال المالك لو لم يتلف عوضه قبله).

و غرضه من هذه العبارة الأخيره: أنه لو لا الإجماع على الملكىه قبل تلف

العين كان مقتضى القاعده اختصاص الملك بالمطالبه، لأن العين قد تلفت في ملكه نعم لو تلفت العين الأخرى قبل تلف المغصوب اختص المغصوب منه بالمطالبه، و وجهه ظاهر.

و لكن النسخه المشهوره هكذا (نعم لو قام إجماع إلخ) و عليه فغرض المصنف من هذه العبارة: أنه إذا قام الإجماع على عدم حصول الملكيه- في البيع المعاطاتي- بتلف أحد العوضين- عند الغاصب، مع بقاء العوض الآخر- كان التلف في ملك المالك الأصلي، فيكون له حق المطالبه من الغاصب، و لا يثبت ذلك الحق للمغصوب منه: أعنى المباح له. إلا أن هذا ليس بصحيح، بديهه أن عدم كون التلف- عند الغاصب- مملكا لا يحتاج إلى الإجماع، بل يستغنى عنه باستصحاب بقاء المأخوذ بالمعاطاه في ملك مالكة الأصلي. و هذا واضح لا شك فيه.

### و مما ذكره بعض الأساطين

من القواعد الجديده اللازمه على القول بالإباحه:

٦- أنه يجوز للأخذ بالمعاطاه أن يتصرف في النماء الحادث من المأخوذ

بالمعاطاه قبل التصرف فيه،

و عليه فجواز التصرف في النماء إما من ناحيه أن حدوث النماء مملك للنماء، و إما من ناحيه أن المالك الأصلي قد أذن للمباح له أن يتصرف في النماء، كإذنه في التصرف في أصله. و على الأول فإن قلنا بأن حدوث النماء مملك للنماء فقط، لا لأصله فهو بعيد، إذ لا وجه للتفكيك- في ذلك- بين النماء و أصله خصوصا في النماء المتصل. على أنه لم يعهد من مذاق الشارع المقدس أن يكون حدوث النماء في العين من جمله الأسباب لتملك النماء. و إن قلنا بأن حدوث النماء مملك لنفسه و لأصله معا، أو قلنا بأنه مملك لأصله بالأصله و لنفسه بالتبعيه فهو غريب، فان ذلك مناف لظاهر أكثر الفقهاء القائلين بعدم حصول الملكيه في المأخوذ بالمعاطاه من دون التصرف فيه المتوقف على الملك، و على الثاني- و هو أن يكون التصرف في النماء مستندا إلى إذن المالك- فشمول الاذن في التصرف في النماء أمر خفي لا يمكن



الالتزام به، بديهه أن المالك الأصلي لم يأذن للمباح له إلا في التصرف في نفس المأخوذ بالمعاطاه، لا في متفرعاته الحاصله بعد التعاطى. انتهى حاصل ما أفاده بعض الأساطين و قد أجاب عنه المصنف «ره» بوجهين:

الأول: أن حكم النماء-الحاصل من المأخوذ بالمعاطاه-حكم أصله، فكما أن الأصل ليس ملكا للآخذ، كذلك النماء. نعم يجوز للمباح له أن يتصرف في النماء، كما كان له أن يتصرف في أصله.

الوجه الثانى: أنه يمكن أن يكون النماء حادثا في ملك المباح له بمجرد إباحه أصله: بأن يكون إباحه الأصل موضوعا لحكم الشارع بملكه النماء انتهى ملخص كلامه فى الوجهين.

و لكن يتوجه على الأول: أن المالك الأصلي إذا فرض أنه لم يأذن للمباح له إلا فى التصرف فى المأخوذ بالمعاطاه، كان تصرف المباح له فى النماء تصرفا فى مال غيره بدون إذنه، فهو حرام عقلا و شرعا.

و يتوجه على الثانى: أنه لا دليل على حدوث النماء فى ملك المباح له، إذ لم يحدث فى البين مملك لذلك النماء، و لا لأصله، و لا لهما معا. و لا يقاس هذا بما تقدم سابقا من تصوير ترتب الإباحه الشرعيه على التعاطى، مع قصد المتعاطيين الملكيه، لما عرفته من أن ذلك من ناحيه الجمع بين الأدله، و لا شبهه أن هذا لا يجرى فى المقام [١].

و يمكن الجواب عن بعض الأساطين بوجهين على سبيل الانفصال الحقيقي:

١- أن النماء و إن لم يصير ملكا للمباح له و لكن يجوز له التصرف فيه، بدهاه أن الاذن فى التصرف فى شىء يلازم عرفا الاذن فى التصرف فى توابعه و لوازمه فجواز التصرف فى النماء من لوازم جواز التصرف فى الأصل.

٢- أن يكون كل واحد من النماء و أصله ملكا للمباح له، ضروره أن المعاطاه بيع عرفى، فتكون مشموله للعمومات الداله على صحه البيع و نفوذه. و لا ريب فى أن مقتضى ذلك إنما هو حصول الملكيه فى البيع المعاطاتى من أول الأمر.

كما هو كذلك فى موار البيع بالصيغه و لكنا قد التزمنا بعدم حصول الملكيه فى مورد البيع المعاطاتى من ناحيه الإجماع. و من الظاهر أن الإجماع دليل لبي فيقتصر فيه بالمقدار المتيقن، و هو قبل حصول النماء فى المأخوذ بالمعاطاه. و إذن فلا مانع من التمسك بتلك العمومات و الحكم بصيروره ذلك ملكا للأخذ بمجرد حصول النماء فيه.

### **و من القواعد الجديده اللازمه على القول بالإباحه:**

٧- أنه إذا قلنا بأن المعاطاه تفيد الإباحه لزم منه «قصر التملك على التصرف

مع الاستناد فيه إلى أن إذن المالك فيه إذن فى التملك. فيرجع إلى كون المتصرف فى تملكه نفسه موجبا قابلا. و ذلك جار فى القبض، بل هو أولى منه، لاقترانه بقصد

التمليك دونه».

و يتوجه عليه: أنه لا- مانع من اتحاد الموجب و القابل في العقود، كما هو واضح على أنك قد عرفت فيما تقدم: أن الجمع بين الأدله يقتضى كون التصرف بنفسه مملكا للمتصرف بلا احتياج في ذلك إلى إذن المالك الأصلي لكي يلزم منه اتحاد الموجب و القابل. و أما القبض فهو لا- يتوقف على الملك حتى يلزم كونه مملكا من جهه الجمع بين الأدله. و هذا بخلاف بعض أقسام التصرف، كالبيع و العتق و الوطى، فإن ذلك متوقف على الملك جزما. كما عرفته قريبا.

## الاستدلال على لزوم المعاطاه بالأصل

### اشاره

هل الأصل في المعاطاه و سائر العقود هو اللزوم، أم هو الجواز؟ الظاهر هو الأول و قد استدل عليه المصنف بوجوه شتى منها:

### ١- أصله اللزوم في الملك،

### اشاره

لأننا إذا فرضنا حصوله بالبيع المعاطاتي ثم شككنا في زواله بفسخ أحد المتعاطيين و عدم زواله اقتضى الاستصحاب بقاءه.

و توضيح ذلك يقع في نواحي ثلث: الناحيه الأولى أن المراد من الاستصحاب المذكور هو الاستصحاب الشخصى، لا الكلى. الناحيه الثانيه: أنا لو سلمنا كونه كليا، إلا أنه لا محذور في جريانه في المقام الناحيه الثالثه: ما هو مقتضى القاعده فيما إذا لم يتضح لنا أحدهما، بل دار الأمر بين كون الاستصحاب المزبور كليا، و بين كونه شخصا؟ ثم إن الكلام في هذه النواحي مع الأعضاء عن عدم جريان الاستصحاب في الأحكام الكليه الإلهيه، و إلا فلا مورد للاستصحاب في أمثال الموارد، على ما حققناه في علم الأصول.

### الناحيه الأولى: أن المراد من استصحاب الملكيه في المقام هو الاستصحاب الشخصى،

لأن الملكية لها حقيقه واحده فإذا ترتبت على البيع و نحوه من العقود المعاوضيه و شككنا فى بقائها و زوالها حكمنا ببقائها من ناحيه الاستصحاب.

و ليست لهذه الملكية حقائق متعدده لكى يكون استصحابها كلياً، و أما التزلزل و الاستقرار فليسا من ناحيه الاختلاف فى حقيقه الملك و ماهيته، بل هما منتزعان من حكم الشارع بجواز فسخ العقد و عدمه. و منشأ هذا الاختلاف إنما هو اختلاف عناوين المعاملات التى هى موضوع لحكم الشارع بالملكيه لا اختلاف حقيقه الملك.

و بتعبير آخر: أن مورد الاستصحاب الكلى ما يكون المشكوك فيه مردداً بين الفرد الزائل و الفرد الباقي بحيث يكون الشك من ناحيه تردد المشكوك فيه بينهما، فإنه حينئذ يستصحب الكلى الجامع بين هذين الفردين، و مثال ذلك: الحيوان المردد بين ما يعيش سنه، و ما لا يعيش إلا يوماً واحداً. و كالحادث المردد بين الأصغر الزائل بالوضوء، و الأكبر الذى لا يرتفع إلا بالغسل، و غير ذلك من الأمثله.

و أما لو كان الشك من ناحيه بقاء الفرد الحادث و ارتفاعه فى نفسه، لا من ناحيه كون الحادث مردداً بين الزائل و الباقي فإن المورد حينئذ إنما هو مورد الاستصحاب الشخصى، و ذلك كالشك فى بقاء الأمور الشخصيه و زوالها. و لا شبهه أن الملكيه من القبيل الثانى، مثلاً إذا وهب أحد ماله لشخص ثم رجع عن هبته و شككنا فى أنها هبه جائزه لكى تنفسخ بالفسخ، أو هبه لازمه حتى لا تزول بالفسخ إذا شك فى ذلك استصحبنا الملكيه، لأن الشك فى بقاء شخص الملكيه و زوالها من ناحيه احتمال اقترانها بالرافع، لا من جهة تردد هذه الملكيه بين الفرد الزائل و الفرد الباقي.

و من الواضح أنه لو كان مجرد الشك فى بقاء شىء و زواله لاحتمال تحقق الرافع من الاستصحابات الكليه لكان جل الاستصحابات لو لم يكن كلها من قبيل الاستصحاب الكلى و هو واضح البطلان. و اذن فلا يتوجه على استصحاب الملكيه فى المقام

ما يتوجه على الاستصحاب الكلى من المناقشات [١].

ص: ١٢٥

ثم إن المصنف «ره» قد أيد ما أفاده من أن اللزوم و الجواز من أحكام السبب المملك، لا من خصوصيات الملكيه- بما حاصله:

أنه لو كان اللزوم و الجواز من ناحيه حقيقه الملك لكان تخصيص القدر المشترك بإحدى الخصوصيتين إما بجعل المالك، أو بحكم الشارع، و على الأول فيلزم تأثير قصد المالك فى الرجوع و عدمه، و هو واضح البطلان. و على الثانى فيلزم إمضاء الشارع العقد على غير ما قصده المنشئ، و هو أيضا بديهى الفساد، لما عرفته فيما تقدم قريبا من أن العقود تابعه للقصود، فيستحيل أن يكون إمضاء الشارع من حيث هو إمضاء على خلاف ما قصده المنشئ.

نعم يمكن أن يكون إنشاء المنشئ موضوعا لحكم الشارع على خلاف مقصود المنشئ.

و لكنه غريب عن قاعده تبعيه العقود للقصود.

و لكن يرد عليه أن الملكيه المنشئه فى كل عقد إنما هو ملكيه أبديه فى غير موارد جعل الخيار، و ذلك لما بيناه فى محله من استحاله الإهمال فى الواقعيات،

ص: ١٢٤

و عليه فالمجوعول فى الواقع إما مطلق أو مقيد، و بما أنه غير مقيد على الفرض لعدم جعل الخيار فيه، فلا مناص عن كونه مطلقاً، و إذن فىلزم من إمضاء الشارع العقد مقيداً تخلف العقد عن القصد، سواء أ قلنا بأن اللزوم و الجواز من خصوصيات الملكية، أم قلنا بأنهما من أحكام السبب المملك. و لكن لا محذور فى تخلف العقد عن القصد.

و قد وقع نظيره فى موارد شتى - كبيع الصرف و السلم و غيره - و قد أشرنا إلى ذلك فى البحث عن كلام بعض الأساطين:

### **الناحية الثانية: أنا لو سلمنا كون استصحاب الملكية من الاستصحاب الكلى**

و لكن لا محذور فى جريانه فى المقام،

لأنه من القسم الثانى من أقسام استصحاب الكلى الذى أثبتنا حجيته فى مبحث الاستصحاب من علم الأصول. و قد أشار المصنف إلى جريانه هنا بقوله: (مضافاً إلى إمكان دعوى كفايه تحقق القدر المشترك فى الاستصحاب فتأمل).

و قد ناقش فيه المحقق الخراسانى بما هذا نصه: (لا مجال لدعوى الكفايه على مختاره من عدم حجيه الاستصحاب مع الشك فى المقتضى. كما لا شبهه فى صحتها على ما هو المختار من حجيته).

و ذكر السيد: (أن ما ذكره المصنف (قده) لا وجه له فيما إذا كان الشك فى المقتضى أصلاً، إذ حينئذ لا ارتفاع حتى يقال: إن الشك فيه مسبب عن وجود الفرد القصير مثلاً و الأصل عدمه).

و لكن التحقيق: أن ما نحن فيه ليس من موارد الشك فى المقتضى لكى يتوجه على المصنف منافاه ما ذكره هنا لما بنى عليه فى الأصول.

و تحقيق: المقام و بيان أن الشك هنا ليس من موارد الشك فى المقتضى: أن الاحكام المجعوله على ثلاثه أقسام:

١- ما يكون معلوم الدوام فى نفسه ما لم يطرأ عليه رافع، كالملكيه و الزوجيه

و الطهاره و النجاسه و غيرها من الأمور الاعتباريه، فإنها بنفسها مقتضى للبقاء ما لم يطرأ عليه رافع.

٢- ما يكون مغيا بغايه معينه بحيث ينعدم ذلك بنفسه بعد حصول تلك الغايه من غير أن يكون له استعداد البقاء في عمود الزمان، كالزوجه المنقطعه، فإن ذلك ينصرم بنفسه بعد تحقق غايته بلا استناد إلى عروض عارض له.

٣- ما يكون مشكوك الغايه، كما إذا تحققت زوجه بين رجل و امرأه، و لم يعلم كونها دائميه أو منقطعه.

أما القسم الأول فلا شبهه في أن الشك في بقاءه من قبيل الشك في الرفع فيجری فيه الاستصحاب على مسلك المصنف و غيره.

و أما القسم الثالث فلا- شبهه في أن الشك فيه من قبيل الشك في المقتضى فلا- يجرى فيه الاستصحاب على مسلك المصنف، لأن المتيقن إذا لم يكن بنفسه مقتضيا للبقاء و قابلا للجرى العملي على طبقه، لاحتمال كونه محدودا بحد معين لم يكن عدم ترتيب الآثار عليه عند الشك في بقاءه من مصاديق نقض اليقين بالشك. و هذا الذي ذكرناه هو مراد المصنف مما أفاده في فرائده حول هذا البحث، مع ما ذكره في مبحث الخيارات من مكاسبه عند البحث عن أن خيار الغبن هل هو فوري، أم لا. و لكن لم يصل إلى مقصده غير واحد من الأعلام.

و أما القسم الثاني فمع العلم بتحقق الغايه لا مجال لأن يجرى فيه الاستصحاب.

كما أنه لا شبهه في جريان الاستصحاب فيه مع الشك في بقاءه قبل تحقق الغايه، لأن ذلك من موارد الشك في الرفع.

و إذا شك في حصول الغايه فحينئذ قد يكون الشك فيه من ناحيه الشبهه الحكميه، كالشك في أن الغايه لوجوب صلاتي المغرب و العشاء هل هي نصف الليل أم هي طلوع الفجر و قد يكون الشك في ذلك من ناحيه الشبهه المفهوميه، كالشك



فى أن الغروب الذى جعل غايه لوجوب صلاتى الظهر و العصر هل هو استتار القرص أم هو ذهاب الحمره المشرقيه. و قد يكون الشك فى ذلك من ناحيه الشبهه الموضوعيه كالشك فى طلوع الشمس الذى جعل غايه لوجوب صلاه الصبح.

أما القسمان الأولان فالشك فى موردهما من الشك فى المقتضى فلا يجرى فيهما الاستصحاب على مسلك المصنف.

و أما الثالث فلا شبهه فى جريان الاستصحاب فيه، لأن الشك فى طلوع الشمس و عدمه و إن لم يكن شكاً فى الرفع حقيقه، إذ الرفع إنما يكون زمانياً، لا نفس الزمان و لكنه بمنزله الرفع فى أنظار أهل العرف. و إذن فيكون ذلك مشمولاً لأدله حجيه الاستصحاب هذا. و تفصيل الكلام فى مبحث الاستصحاب من علم الأصول.

و المتحصل من جميع ما ذكرناه: أنا لو سلمنا عدم كون استصحاب الملكيه من الاستصحاب الشخصى. و لكنه من قبيل القسم الثانى من أقسام الاستصحاب الكلى الذى لا شبهه فى جريانه. و ليس ذلك من موارد الشك فى المقتضى لكى يحكم بعدم جريان الاستصحاب فيه بناء على مسلك المصنف.

ثم إن المناقشات المتوجهه على القسم الثانى من أقسام الاستصحاب الكلى و إن كانت كثيره. و لكن المهم منها أمران:

١- أن وجود الكلى بوجود فرده، و عدم الكلى بعدم فرده. و عليه فالكلى فى ضمن الحصره الزائله مقطوع الزوال. و هو فى ضمن الحصره الأخرى مشكوك فيه من أول الأمر. و إذن فالكلى مردد بين مقطوع الزوال و مشكوك الحدوث و الجواب عن ذلك:

أن وجود الكلى ليس إلا- عين وجود فرده. غايه الأمر أن الفرد ملحوظ بشرط شىء. و الكلى ملحوظ لا- بشرط: أى عارياً عن الخصوصيات الفرديه و المشخصات الوجوديه. و عليه فإذا كان وجود الكلى أمراً يقينياً، و كان التردد فى

خصوصياته صح أن يقال: إنه متيقن الوجود، ويشك في بقاءه. و إذن فتكون أركان الاستصحاب في نفس الكلّي تامه.

٢- أن الشك في بقاء الكلّي، و في ما هو القدر المشترك بين الفردين مسبب عن الشك في حدوث الفرد الذي يبقى معه القدر المشترك على تقدير حدوثه. و إذا حكم بأصالة عدم حدوثه لزم منه ارتفاع القدر المشترك، بديهه أن الأصل السببي حاكم على الأصل المسببي على ما حقق في محله. و الجواب عنه:

أن الشك في بقاء الكلّي و ارتفاعه ليس مسببا عن الشك في حدوث ذلك الفرد الذي نشك في حدوثه. بل إنما هو من لوازم كون الحادث ذلك الفرد الذي لا يحتمل بقاءه، أو الفرد الذي لا يحتمل ارتفاعه. و من الواضح أنه ليس هنا أصل يعين أحدهما.

و مثال ذلك: أنه إذا تردد الحدث الصادر من المكلف بين الأكبر و الأصغر ثم توضحاً فإنه حينئذ يشك في ارتفاع ذلك الحدث و بقاءه. و عليه فلا يترتب على أصالة عدم حدوث الأكبر ارتفاع كلّي الحدث إلا بضميمة القطع بأن الحادث هو الحدث الأصغر. و من البين أن هذا لا يثبت بأصالة عدم حدوث الأكبر.

و أضف إلى ذلك: أن أصالة عدم حدوث أي واحد من الفردين معارض بدء بأصالة عدم حدوث الفرد الآخر. و تسقطان بالمعارضه. فيبقى استصحاب كلّي الحدث سليماً عن المعارض. و في المقام أن استصحاب عدم الفرد اللازم من الملكيه يعارض استصحاب عدم الفرد الجائز منها الذي يرتفع بالفسخ. فيسقطان للمعارضه. فيرجع إلى استصحاب نفس الكلّي الذي هو متيقن سابقاً، و مشكوك فيه لاحقاً. و لعل المصنف رحمه الله قد أشار إلى هذين الإشكالين مع جوابهما بالأمر بالتأمل.

### **الناحية الثالثه: أنه إذا قلنا بعدم جريان الاستصحاب في القسم الثاني من**

الكلّي،

و شككنا في أن الاستصحاب فيما نحن فيه هل هو من الاستصحاب الشخصي

ص: ١٣٠

لكى يحكم بجريانه، أم هو من الاستصحاب الكلى لكى يحكم بعدم جريانه، إذا كان الأمر كذلك فان كان المانع عن جريان الاستصحاب فى الكلى هو المناقشه الأولى المتقدمه قريبا-: أعنى بها تردد الكلى بين كونه فى ضمن الفرد الذى لا- يحتمل بقاؤه، و بين كونه فى ضمن الفرد الآخر الذى هو مشكوك الحدوث من الأول فلا يجرى الاستصحاب هنا، لأنه إذا خرج القسم الثانى من الكلى عن أدله الاستصحاب و شككنا فى أن المورد من القبيل الخارج، أو من القبيل الباقى تحت العام، كان التمسك بعموم تلك الأدله تمسكا بالعموم فى الشبهه المصادقيه. و هو لا يجوز على ما حقق فى محله.

و إن كان المانع عن ذلك هو المناقشه الثانيه المتقدمه أيضا-: أعنى بها حكومه الأصل السببى عليه- فلا مانع عن استصحاب الملكيه، لأنه إن كان الاستصحاب كليا فالمانع موجود: و هو الأصل الحاكم. و إن كان شخصا فالمانع غير موجود.

و حينئذ فيقع الشك فى وجود المانع عن استصحاب الملكيه، و عدم وجوده. و من البين الذى لا ريب فيه أنه ما لم يحرز الأصل الحاكم لا مانع عن جريان الأصل المحكوم و إذن فلا مانع عن استصحاب الملكيه فى المقام. و لعل هذا هو مراد المصنف من قوله: (مع أنه يكفى فى الاستصحاب الشك فى أن اللزوم و الجواز من خصوصيات الملك، أو من لوازم السبب المملك) بل هذا هو أمس بكلامه، فان الإيراد المهم على جريان الاستصحاب فى القسم الثانى من الكلى هو الإيراد الثانى.

و يمكن أن يكون غرضه من هذه العبارة: أن المنع عن جريان استصحاب الملكيه مبنى على إحراز أن اللزوم و الجواز من خصوصيات الملك و من الظاهر أنا إذا لم نحرز ذلك لم يكن مانع عن الاستصحاب المذكور.

و قد ذكر شيخنا الأستاذ بما حاصله: أن المورد و إن كان من موارد التمسك بالعام فى الشبهه المصادقيه، إلا أنه لا بأس به فى المقام، بداهه أن المانع عن جريان الاستصحاب فى

القسم الثانى من أقسام الكلى إنما هو العقل من ناحيه أن الكلى إن كان فى ضمن الفرد الزائل فهو مقطوع الزوال. و إن كان فى ضمن الفرد الآخر فهو مشكوك الحدوث و عليه فإذا شككنا فى مورد أنه من مصاديق الاستصحاب الشخصى ليجرى فيه الاستصحاب، أو من مصاديق الاستصحاب الكلى لكى لا- يجرى فيه ذلك، حكمنا بجرئانه فيه، ضروره أن المخصص لعموم لا تنقض اليقين بالشك دليل لى فيقتصر فيه بالأفراد المتيقنه، و يتمسك فى غيرها بعموم أدله الاستصحاب انتهى ملخص كلامه. و الجواب عن ذلك:

أن هذه الكبرى التى أفادها و إن كانت مسلمه فى نفسها على ما نقحناه فى علم الأصول، و لكنها لا تنطبق على ما نحن فيه، بداهه أن التمسك بالعام فى الشبهه المصداقيه فيما إذا كان هناك فرد معلوم، و دار أمره بين دخوله فى أفراد المخصص، و عدم دخوله فى ذلك من ناحيه شبهه خارجيه. كما إذا ترددت اليد الموضوعه على مال الناس بين كونها يد ضمان و كونها يد أمانه. و كالماء المردد بين كونه معتصما، و كونه غير معتصم و كالماء المردد بين دخوله تحت الخاص و دخوله تحت العام، فإن أشباه هذه الأمثله من صغريات التمسك بالعام فى الشبهه المصداقيه. و أما إذا شك فى صدق عنوان العام على فرد فهو ليس من موارد التمسك بالعام قطعاً. و المقام من هذا القبيل.

و السر فى ذلك: أن قوام الاستصحاب إنما هو باتحاد القضيه المتيقنه مع القضيه المشكوكه لكى يكون رفع اليد عن اليقين السابق من نقض اليقين بالشك. و من الظاهر أن هذا المعنى لم يحرز فى المقام، إذ بناء على المناقشه الأولى التى وجهوها على الاستصحاب الكلى كانت القضيه المتيقنه غير القضيه المشكوكه. فإذا احتمل كون الاستصحاب من الاستصحاب الكلى لم يمكن التمسك بأدله الاستصحاب، لعدم إحراز انطباق العنوان المأخوذ فيها على مورد الشك.

ثم إنه ذكر السيد فى حاشيته: (أن التحقيق إمكان استصحاب الفرد الواقعى المردد

بين الفردين، فلا حاجة إلى استصحاب القدر المشترك حتى يستشكل عليه بما ذكرنا).

و يرد عليه: أنه إن كان المراد من الفرد المردد ما هو مردد في الواقع حتى في علم الله (تعالى) فهو بديهي البطلان، إذ لا وجود للفرد المردد في أى وعاء من الأوعيه. و إن كان المراد منه الموجود المعين على ترده: بمعنى أن المستصحب هو الوجود الخارجى مع قطع النظر عن الخصوصيات المفردة فهو عين الكلى، لا شىء آخر وراءه.

قوله: (و كذا لو شك في أن الواقع في الخارج هو العقد اللازم، أو الجائز، كالصلح من دون عوض و الهبه. نعم لو تداعيا احتمال التحالف في الجملة). أقول حاصل كلامه: أنه كما تجرى أصالة اللزوم في أى عقد شك في لزومه و عدمه. كذلك تجرى في أى عقد وقع في الخارج، و شك في أنه من القسم الجائز أو اللازم، لأنه حينئذ يشك في أن العقد الموجود في الخارج هل يرتفع بالفسخ، أم لا. يرتفع بذلك فيستصحب بقاءه. و تثبت به نتيجة اللزوم. و عليه فتأثير الفسخ في العقد يتوقف على إحراز أنه عقد جائز، و إلا فلا يؤثر فيه الفسخ. و هذا واضح لا شك فيه.

و مثال ذلك: أنه إذا وقع عقد في الخارج، و دار أمره بين الصلح بلا عوض لكى يكون لازما، و بين الهبه غير المعوضه لكى يكون جائزا، إذا كان كذلك فان كان النزاع هنا في لزوم العقد و جوازه من غير نظر إلى عنوانى الصلح و الهبه بأن يدعى أحد المتعاقدين لزوم العقد، و يدعى صاحبه جوازه - فيجب تقديم دعوى مدعى اللزوم، لأن دعواه موافقه للأصل فيكون منكرا. و إن كان النزاع في أن الواقع في الخارج هل هو الصلح بلا عوض، أم هو الهبه غير المعوضه فيحكم بالتحالف إذ لا أصل لنا في المقام حتى يعين أحد الأمرين. و الجواب عن ذلك:

أولا: أن هاتين الصورتين كليهما من صغريات المدعى و المنكر، لا التداعى ضروره أن مصب الدعوى فيهما ليس إلا اللزوم و الجواز، لا كل واحد من عنوانى

الصلح و الهبه، لأن الغرض من دعوى الصلح هو إثبات لزوم العقد و عدم تأثير الفسخ فيه. كما أن الغرض من دعوى الهبه هو إثبات جواز العقد، و تأثير الفسخ فيه. و إذن فمرجع النزاع فى المقام إلى اللزوم و الجواز. فيكون ذلك خارجا عن مورد التداعى.

و بتعبير آخر: أن النظر فى باب المرافعات إنما هو إلى الغرض الأقصى، و إلى النتيجة المترتبة على الدعوى. و عليه فإن كان قول كل من المترافعين موافقا للأصل من ناحيه، و مخالفا له من ناحيه أخرى فهو من موارد التداعى. و إن كان قول أحدهما موافقا للأصل دون الآخر فهو من موارد المدعى و المنكر. و أما كيفية ترتيب الدعوى من دون أن تكون هذه الكيفيه موردا للغرض فلا يترتب عليها أثر مهم فى باب المرافعات. و إذن فلا- ثمره لإثبات أن العقد الموجود فى الخارج صلح بلا- عوض، أو هبه غير معوضه.

ثانيا: أنا لو سلمنا تعلق الغرض بأى واحد من عنوانى الصلح و الهبه، و لكن لا نسلم انتهاء الأمر إلى التحالف، إذ يترتب الأثر على الأصل الجارى فى ناحيه الهبه و هو عدم جواز الرجوع إلى العين الموهوبه، ضروره أن جواز الرجوع إليها من آثار الهبه و من الظاهر أن أصله عدم كون العقد- الواقع فى الخارج- هبه تنفى ذلك ابتداء، و تثبت عدم جواز الرجوع بالمطابقه، بلا احتياج إلى الواسطه العقليه فى ترتب الأثر. و أما الأصل الجارى فى ناحيه الصلح فلا- يترتب عليه جواز الرجوع إلا- على القول بالأصل المثبت، لأن جواز الرجوع إلى العين من اللوازم العقليه لعدم الصلح. و من البين أنه لا- معارضه بين الأصلين الذين ترتب الأثر الشرعى على أحدهما دون الآخر[1].

## الاستدلال على لزوم المعاطاة بدليل السلطنة

و مما استدل به المصنف على لزوم المعاطاة:

٢- قوله (صلى الله عليه و آله): إن الناس مسلطون على أموالهم. البحار ج ١ ص ١٥٤

ص: ١٣٥

و بيان الاستدلال بذلك على لزوم المعاطاه: أنك قد عرفت فيما تقدم أن المعاطاه تفيد الملكيه. و من الظاهر أن الملكيه لا تنفك عن السلطنه الفعليه على التصرف فى المملوك بأنحاء التصرفات إلا- مع قيام الدليل الخارجى على الانفكاك- كما فى موارد الحجر و عليه فسلطنه كل مالك تقتضى بقاء ماله فى ملكه، و لا يجوز لغيره أن يزاحمه فى تصرفاته، و يخرجه عن ملكه، فان ذلك مناف لسلطنه المالك الفعليه.

و من هنا يندفع ما توهم من أن غايه ما يستفاد من الحديث أن المالك له السلطنه على ماله فعلا. و هذا لا ينافى زوالها برجوع المالك الأصلى إلى ما أعطاه لصاحبه

ص: ١٣٦



بالباع المعطاتي. نعم يمكن إثبات الملكيه للمالك الثاني بعد رجوع المالك الأول إلى العين بالاستصحاب إلا أنه رجوع عن التمسك بدليل السلطنه إلى التمسك بالأصل الذي تقدم البحث عنه تفصيلا.

و وجه الاندفاع أن الحكم بعدم جواز انتزاع ملك المالك الثاني إنما هو بهذه السلطنه الفعلية. ولا شبهه في أنها مانعه عن تأثير رجوع المالك الأول في إزاله ملكيته.

و على هذا فلا نحتاج إلى الاستصحاب لكي يكون ذلك رجوعا عن التمسك بدليل السلطنه إلى التمسك بالاستصحاب.

و يتوجه على هذا الاستدلال أولا: أن النبوى المذكور ضعيف السند و غير منجبر بشيء، ولا أنه مذكور في كتب الشيعة إلا مراسلا. و من البين أنا لا نعتمد على المراسيل في شيء من الأحكام الشرعية.

ثانيا: أن المقصود من النبوى المذكور بيان استقلال المالك في التصرف في أمواله في الجهات المشروعه، و عدم كونه محجورا عن التصرف في تلك الجهات. و ليس لغيره أن يزاحمه في ذلك.

و عليه فلا- دلالة في الحديث على استقلال الملاك في التصرف في أموالهم من جميع الجهات. و بأى تصرف من أنحاء التصرفات. و أيضا لا دلالة فيه على استمرار السلطنه الفعلية للمالك و بقاءه حتى بعد رجوع المالك الأول في مورد المعطاه. و قد تقدم تفصيل ذلك عند الاستدلال على إفاده المعطاه الملكيه.

### **الاستدلال على لزوم المعطاه بحرمة التصرف في مال غيره**

و مما استدل به المصنف على لزوم المعطاه:

٣- قوله (عليه السلام) لا يحل مال امرئ إلا عن طيب نفسه [١]. و وجه

الاستدلال به على ذلك: أن سبب حليه التصرف في أموال الناس إنما هو منحصر برضى المالك فلا يحل شيء من التصرفات المالكية فيها إلا بأذنه و رضاه. قيل:

إن المستفاد من الرواية إنما هو حرمة التصرف في أموال الناس بدون رضاهم.

و لا- ريب في أنه بعد رجوع المالك الأموال إلى ما أعطاه لصاحبه بالمعطاء لم يبق موضوع لحرمة التصرف في مال غيره. و الجواب عنه:

أن تعلق عدم الحل بمال غيره يشمل التملك أيضا. و من الواضح أنه لا معنى

ص: ١٣٨

لحرمة التملك إلا فساده و عدم تأثيره فى الملكيه.و عليه فمفاد الروايه أنه لا يحل التصرف فى مال أحد و لا تملكه بأى سبب من الأسباب إلا بطيب نفسه.

و لكن يتوجه على الاستدلال المزبور: أن الحل فى اللغه هو الإطلاق و الإرسال.

و يقابله التحريم، فإنه بمعنى المنع و الحجر. و قد تقدم فى البحث عن إفاده المعاطاه الملكيه أن الحل بهذا المعنى يناسب الحليه الوضعيه و التكليفيه كليهما. و عليه فكما يصح استعمال لفظ الحل فى خصوص الحليه الوضعيه أو التكليفيه. كذلك يصح استعماله فيهما معا. و يختلف ذلك حسب اختلاف القرائن و الموارد. مثلا: إذا أسند لفظ الحل إلى الأمور الاعتباريه- كالبيع و نحوه- أريد منه الحل الوضعى و التكليفى معا. و إذا أسند ذلك إلى الأعيان الخارجيه أريد منه الحل التكليفى فقط: أعنى به الترخيص فى الفعل. كقوله (تعالى) (وَ يُحِلُّ لَهُمُ الطَّيِّبَاتِ) (١) و هكذا الحال فى لفظ التحريم. و عليه فلفظ الحل فى الروايه الشريفه إنما نسب الى المال. و هو إما من الأعيان الخارجيه، أو من المنافع. و على كلا- التقديرين فلا- معنى لحليه ذلك إلا باعتبار ما يناسبه- كالتصرف- و إذن فيراد من حليه المال حليه التصرف فيه. كما أن المراد من حليه المأكولات حليه استعمالها و هكذا فى كل مورد من الموارد حسب ما تقتضيه مناسبه الحكم و الموضوع. و على هذا فمعنى الروايه: أن الشارع المقدس لم يرخص فى التصرف فى مال امرئ إلا بطيب نفسه. و إذن فهى أجنبيه عما نحن فيه.

### الاستدلال على لزوم المعاطاه بآيه التجاره عن تراض

و مما استدل به المصنف (ره) على لزوم المعاطاه:

٤- قوله (تعالى) «يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا لَا تَأْكُلُوا أَمْوَالَكُمْ بَيْنَكُمْ بِالْبَاطِلِ إِلَّا- أَنْ تَكُونَ تِجَارَةً عَنْ تَرَاضٍ مِنْكُمْ» (٢) و ملخص كلامه: أن الاستدلال بهذه الآيه على لزوم البيع المعاطاتى- بل على لزوم مطلق التجاره عن تراض- تاره بعقد

ص: ١٣٩

١- (١) سورة الأعراف. الآيه: ١٥٧.

٢- (٢) سورة النساء. الآيه: ٣٣.

المستثنى: و هو قوله (تعالى) إِلَّا أَنْ تَكُونَ تِجَارَةً عَنْ تَرَاضٍ. و اخرى بعقد المستثنى منه: و هو قوله (تعالى) لَا تَأْكُلُوا أَمْوَالَكُمْ بَيْنَكُمْ بِالْبَاطِلِ أما العقد الأول فمفاده: أنه لا يجوز لأحد أن يملك أموال الناس بسبب من الأسباب الباطله التي لم يمضها الشارع- كالقمار و الغزو و البيع الربوى و بيع المنابذه و الملامسه و الحصاه و أشباه ذلك- إلا أن يكون هذا السبب تجاره عن تراض. و على هذا فالأكل فى الآيه الشريفه كناية عن التملك و التصرف. كما هو المتعارف فى كلمات الفصحاء، بل فى كل لغة. و إذن فتدل الآيه على أن حليه تملك أموال الناس بالأسباب الصحيحه منحصره فى تجاره عن تراض، فأن غيرها من أسباب المعاملات التى منها التملك بالفسخ فاسده. و لا- يفرق فى انفهام الحصر من الآيه الشريفه بين كون الاستثناء متصلا - كما هو الظاهر و الموافق للقواعد العربيه- و بين كونه منقطعا. و قد تقدم تفصيل ذلك عند الاستدلال بالآيه على كون المعاطاه مفيده للملك.

و أما العقد الثانى فمفاده: أن تملك أموال الناس بغير رضى منهم تملك بالباطل عرفا و شرعا. إلا أن يأذن به الشارع الذى هو المالك الحقيقى، و عليه فيكون تملك المال بالفسخ أكلا له بالباطل، إلا أن يثبت جواز الفسخ بتعبد شرعى: بأن يحكم الشارع بجواز التملك بالفسخ و نحوه من دون رضى المالك. و حينئذ فيكون التملك بالفسخ خارجا عن الأكل بالباطل. و على هذا فشأن التملك بالفسخ الثابت شرعا شأن أكل الماره من ثمره الشجره الممرور بها، و الأخذ بالشفعه، و غيرهما من الموارد التى قد أذن الشارع فى التصرف فى أموال الناس بدون إذنهم.

و من هنا أتضح لك جليا أن التوهم المتقدم فى التكلم على الروايتين - و هما دليل السلطنه. و دليل حرمه التصرف فى أموال الناس غير جار فى المقام لكى نحتاج الى جوابه، لأن المستفاد من الآيه - كما عرفته - إنما هو حصر تملك أموال الناس - على الوجه الشرعى - فى تجاره عن تراض. و أن غير ذلك يعد من الأسباب

الباطله. و إذن فلا- يبقى مجال لتوهم أن كون المأخوذ بالمعاطاه مال الآخذ بعد رجوع المالك الأول إليه أول الكلام. و هذا واضح لا خفاء فيه.

و فى بعض نسخ المتن هكذا: (أن التوهم المتقدم جار هنا) و لكنه سهو من قلم النساخ بديهه أن صريح كلام المصنف على خلافه و يمكن أن يكون الغرض من هذه العبارة: أن التوهم المتقدم جار هنا مع جوابه و لكنه خلاف الظاهر منها.

و يرد عليه: أن هذا الاستدلال مبنى على أن يكون المراد من الباطل هو الباطل العرفى لكى يكون ذلك أمرا معلوما فى نظر أهل العرف و متميزا عن السبب الصحيح.

و أما لو أريد منه الباطل الواقعى- كما هو الظاهر لأن الألفاظ موضوعه للمفاهيم الواقعيه- أو احتملت إرادته ذلك من كلمه الباطل فى الآيه فلا يمكن الاستدلال بها على المقصود، لأننا نحتمل احتمالا عقلائيا أن يكون الفسخ من الأسباب الصحيحه للأكل لا من الأباطيل الواقعيه. و عليه فيكون التمسك بالآيه فى المقام من قبيل التمسك بالعام فى الشبهات المصادقيه. و هذا ظاهر.

### **الاستدلال على لزوم المعاطاه بدليل وجوب الوفاء بالشرط**

و مما استدل به المصنف رضوان الله عليه على لزوم المعاطاه:

٥- قوله (صلى الله عليه و آله): المؤمنون عند شروطهم [١] و حاصل كلامه هنا: أن

الشرط فى اللغة عباره عن مطلق الالتزام. فى شمل الالتزامات المعاملية. سواء أ كانت مبرزه بمظهر قولى، أم كانت مبرزه بمظهر فعلى. و عليه فمعنى الروايه: هو أن المؤمن ملزم بشرطه، و أن شرطه لا يزول بالفسخ. و الجواب عن هذا الاستدلال:

أولاً- أن الشرط فى اللغة بمعنى الربط بين شيئين. و قد أشير إليه فيما حكى عن القاموس من أن الشرط هو الالتزام فى بيع و نحوه. و فى أقرب الموارد: شرط عليه فى البيع و نحوه شرطاً: ألزمه شيئاً فيه. و إذن فالشروط الابتدائيه خارجه عن حدود الروايه.

ثانياً: أنا لو سلمنا شمول الروايه للشروط الابتدائيه. و لكن ليس المراد من الالتزام هو الالتزام الوضعى: بمعنى أن ما التزم به المؤمن لا- يزول بفسخه، بل المراد من ذلك إنما هو الالتزام التكليفى: أى يجب على كل مؤمن الوفاء بشرطه، لأنه من علائم الايمان. و على هذا فشأن الروايه شأن قولنا: إن المؤمن عند عدته.

### الاستدلال على لزوم المعاطاه بدليل وجوب الوفاء بالعقد

و مما استدل به المصنف على لزوم المعاطاه:

٦- قوله (تعالى) أَوْفُوا بِالْعُقُودِ (١).

لا- ريب فى دلالة هذه الآيه الكريمه على لزوم السيع المعاطاتى، بل على لزوم كل عقد، لأن معنى الوفاء هو التمام. و من هنا يقال: الدرهم الوافى: أى الدرهم التام.

و معنى العقد إما العهد المطلق كما صرح به بعض أهل اللغة أو العهد الوثيق كما صرح به بعض آخر من أهل اللغة أيضاً.

و المراد من الأمر بالوفاء بالعقد هو الإرشاد إلى لزومه، و عدم انفساخه بالفسخ، إذ لو كان الأمر بالوفاء تكليفاً لكان فسخ العقد حراماً و هو واضح البطلان. و عليه فمفاد الآيه: أنه يجب الوفاء بكل ما صدق عليه عنوان العقد عرفاً. و من الواضح جداً أن المعاطاه عقد عرفى كسائر العقود، فتكون مشموله لعموم الآيه.

ص: ١٤٢

و مما استدلل به المصنف على لزوم المعاطاه:

٧- الأخبار (١) الداله على لزوم البيع و وجوبه بعد تفرق المتبايعين. و قد عرفت أن المعاطاه بيع بالحمل الشائع، فتكون مشموله لعموم تلك الروايات. قيل:

إن هذه الروايات و إن دلت على لزوم البيع بعد تفرق المتبايعين عن مجلس العقد. إلا أن المراد من اللزوم إنما هو اللزوم من ناحيه خيار المجلس فقط، لا- من جميع النواحي، و على وجه الإطلاق. و إذن فتبعد تلك الروايات عما نحن فيه. و الجواب عن ذلك:

أن هذا الاحتمال و إن كان ممكنا في مقام الثبوت، ولكنه خلاف الظاهر من الروايات المزبوره في مقام الإثبات، فإن إطلاقها يقتضى اللزوم- على وجه الإطلاق- بعد التفرق. فلا موجب لصرفها الى اللزوم من ناحيه خيار المجلس. و هذا ظاهر لا خفاء فيه.

#### تمه البحث عما يرجع الى لزوم المعاطاه

ربما يتوهم: أن الظاهر- فيما نحن فيه- قيام الإجماع على عدم لزوم المعاطاه. بل ادعاه صريحا بعض الأساطين في شرحه على القواعد. و تعاضده الشهره المحققه بين الأصحاب. بل لم يوجد قائل باللزوم إلى زمان بعض متأخري المتأخرين.

نعم نسب هذا الرأي إلى المفيد (ره) إلا أن العبارة المحكيه عنه لا تدل على ذلك.

بل ادعى في الغنيه الإجماع على عدم كون المعاطاه بيعا. و لا شبهه في أن هذه الدعوى صريحه في عدم لزوم المعاطاه.

ص: ١٤٣

و لكن هذا التوهم فاسد، إذ لا يرجع شيء من الأمور المذكوره إلى معنى محصل:

أما الإجماع المحصل فهو غير حاصل جزماً، لأن مدركه إنما هو القطع بقول الامام (عليه السلام) و من الظاهر أن منشأ هذا القطع إما العلم بوجود الامام (عليه السلام) بين المجمعين. أو قاعده اللطف التى أسسها الشيخ الطوسى (ره)، أو الحدس القطعى.

أما الأول فهو بديهى الفساد، لعدم العلم بوجود الامام (عليه السلام) بين القائلين:

بأن المعاطاه تفيد الملكيه الجائزه. و أما الثانى فلأن قاعده اللطف غير تامه، كما حقق ذلك فى محله. و أما الثالث فلأن من المحتمل القريب، بل و من المظنون قويا أن كثيرا من القائلين بكون المعاطاه مفيده للملكيه الجائزه إنما استندوا فى رأيهم هذا الى وجوه آخر. و إذن فليس لنا فى المقام إجماع محصل تعبدى.

و أما الإجماع المنقول فلا دليل على حجيته و قد ذكرنا ذلك فى علم الأصول.

و يضاف إليه: أنه لا أساس لنقل الإجماع إلا حصوله فى زمان، فإذا اضمحل الإجماع المحصل -لما ذكرناه قريبا- اضمحل الإجماع المنقول أيضا.

و أما ما ذكره فى الغنيه من قيام الإجماع على أن المعاطاه ليست ببيع فهو واضح البطلان، لأن المعاطاه بيع بالحمل الشائع. و مفهوم البيع من المفاهيم العرفيه. و من البديهى أنه لا معنى لقيام الإجماع التعبدى على المفاهيم العرفيه إثباتا أو نفيا إلا أن يكون مراده من ذلك نفى الصحه أو اللزوم، و عليه فيجاب عنه بأن الإجماع المنقول لا دليل على حجيته.

و أما الشهره فقد ذكرنا فى علم الأصول أنه لم يقم دليل على حجيتها لأنها لا تفيد إلا الظن. و الظن لا يغنى من الحق شيئا. و مع الإغضاء عن ذلك: أن الشهره قد قامت على أن المعاطاه تفيد الإباحه، و لم تقم على أنها تفيد الملكيه الجائزه، ضروره أن القول بالملكيه لم يكن مغروسا بين قدماء الأصحاب. و إنما ذهب اليه المحقق الكركى، و شيد أساسه، ثم تبعه جمع من متأخرى المتأخرين حتى اشتهر بينهم. و إذن فتبعد الشهره عن



دعوى الملكيه،فضلا عن كونها مؤيده لحصولها إلا أن يكون غرض المدعى-من الشهره هو الشهره بين متأخرى المتأخرين.و لكن هذه الشهره معارضه مع الشهره بين القدماء القائمه على أن المعاطاه تفيد الإباحه.

و على الجملة:إنا لو فرضنا ثبوت الاتفاق من العلماء على عدم لزوم المعاطاه لم يكشف ذلك عن الدليل المعبر،بديهه أن قيام الإجماع على نفي اللزوم سالبه بانتفاء الموضوع.كما نبه عليه المصنف إذ القول باللزوم فرع الملكيه و من الظاهر انه لم يقل بها الا المحقق الثانى و جمع ممن تأخر عنه.و أما قدماء الأصحاب فذهبوا الى أن المعاطاه تفيد الإباحه.

قوله:(بل يمكن دعوى السيره على عدم الاكتفاء فى البيوع الخطيره التى يراد بها عدم الرجوع بمجرد التراضى) أقول:حاصل كلامه:أن السيره قائمه على عدم الاكتفاء بالتعاطى فى الأشياء الخطيره و الأمتعه المهمه.بل الناس ينشؤون فيها البيع بالألفاظ المتداوله بينهم.نعم يكتفون بالتعاطى فى الأشياء الزهيده.و الأمتعه المحقره و لا يلتزمون فيها بعدم جواز الرجوع.

و يرد عليه:ان السيره المزبوره لا تصلح لتقييد الأدله المتقدمه الداله على لزوم المعاطاه،بديهه أن عدم اكتفاء الناس بالتعاطى فى المعاملات المهمه ليس من ناحيه السيره بل إنما هو من جهه تقليدهم لعلمائهم القائلين بكون المعاطاه مفيده للإباحه.

و أضيف الى ذلك:ان الالتزام بهذه السيره يقتضى الفرق بين المعاطاه فى الأشياء الخطيره.و بين المعاطاه فى الأشياء الحقيه و من الواضح انه لم يلتزم به المشهور من الأصحاب و ان ذهب اليه بعض العامه[١]و لكنه مخالف لإطلاق الأدله الداله

## نظرة فى الاخبار المذكوره حول المعاطاه

قوله: (وقد يظهر ذلك من غير واحد من الاخبار). أقول: قد ذكر السيد فى شرح هذه العبارة ما هذا نصه: (يعنى يظهر اشتراط اللزوم بكون إنشاء المعامله باللفظ فى الجملة. و لعل نظره فى ذلك الى ما أشرنا إليه سابقا) أى عند الاستدلال على صحه المعاطاه) من الخبر الوارد فى بيع المصحف و الوارد فى بيع أطنان القصب. و يمكن ان يكون نظره الى ما سينقله من الاخبار التى ادعى إشعارها أو ظهورها).

و التحقيق: انه ان كان نظر المصنف-من العبارة المتقدمه-الى ما أفاده السيد فلا نعقل له وجهها صحيحا، بديهة أنه لا دلالة فى الخبر الوارد فى بيع المصحف، و لا- فى الخبر الوارد فى بيع أطنان القصب، و لا- فى الروايات الآتية-الوارده فى أن المحلل و المحرم هو الكلام-لا دلالة فى شىء من هذه الروايات [١]على اعتبار اللفظ فى لزوم البيع، فإنها غير ناظره إلى كيفية إنشاء البيع. و ان كان نظره الى غيرها من الروايات فلم نجدها فى أصول الحديث و لا فى كتب الاستدلاليه.

و أضف الى ذلك: انه لو كانت هنا روايه تدل على اعتبار اللفظ فى لزوم البيع لتمسك بها المصنف بها فى المقام. و لم يحتج الى التمسك بالسيره. بل لم يبق مجال لقوله (بل يظهر منها ان إيجاب البيع باللفظ دون مجرد التعاطى كان متعارفا بين أهل السوق و التجار) ضروره أنه بعد وجود الروايه المعتبره الداله على اعتبار اللفظ فى لزوم البيع لا تصل النبوه إلى الأمور الاستحسانيه.

و لكن نحتمل قويا أن تكون كلمه ذلك فى قوله: (وقد يظهر ذلك من غير

واحد من الاخبار) إشاره الى ما ذكره قبل هذه العبارة من جعل اللفظ من جمله القرائن على قصد التمليك بالتقابض فان هذا المعنى يظهر من الروايات العديده [١] بل يظهر من جمله منها [٢] ان إنشاء البيع باللفظ كان متعارفا بين التجار و أهل السوق.

و على هذا فلا وهن فى كلام المصنف (ره).

قوله: (بقى الكلام فى الخبر [٣] الذى تمسك به فى باب المعاطاه).

أقول: قد استدل بهذا الخبر تاره على ان المعاطاه لا تفيد اباحه التصرف. و تاره أخرى على انها ليست بلازمه جمعا بينه، و بين ما دل على صحه مطلق البيع، كما صنعه فى الرياض.

ثم انه قد احتمل المصنف فى قوله «ع» انما يحلل الكلام، و يحرم الكلام.

وجوها أربعة:

١- أن يراد من الكلام فى المقامين اللفظ الدال على التحريم و التحليل بأن يختص التحليل و التحريم بالنطق.

ص: ١٤٧

٢- أن يراد به اللفظ مع مضمونه. و يكون الغرض ان المطلب الواحد من حيث الحكم الشرعى يختلف باختلاف المضامين المؤداه بالكلام.

٣- أن يراد من الكلام فى الفقرتين الكلام الواحد و يكون الاختلاف فى التحريم و التحليل باعتبار الوجود و العدم و قد بنى المحدث القاسانى على هذا المعنى فى الوافى و قال: (الكلام هو إيجاب البيع و انما يحلل نفيًا. و انما يحرم إثباتًا). ٤- أن يراد من الكلام المحلل خصوص المقاوله و من الكلام المحرم إيجاب البيع لانه بيع قبل الشراء. و هو ليس بجائز.

و لا يخفى عليك ان أساس الاستدلال بالخبر المذكور على عدم لزوم المعاطاه أو على عدم إفادتها الملكيه، أو على عدم إفادتها إباحه التصرف مبنى على الوجه الأول.

و بيان ذلك: انه يستفاد من ذلك الخبر ان المحلل و المحرم- فى الشريعه المقدسه- انما هو منحصر فى الألفاظ المبرزه للمقاصد. و انه لا يقع التحليل و التحريم بالقصد الساذج غير المبرز بمبرز، و لا بالقصد المبرز بغير الألفاظ. و على هذا فلا وجه لما التزم به صاحب الرياض من الاستدلال بالخبر المزبور على عدم لزوم المعاطاه جمعا بينه و بين ما دل على صحه مطلق البيع.

و يرد عليه أولا: أن حصر المحلل و المحرم فى الكلام يستلزم التخصيص بالأكثر لكثرة المحلل و المحرم- فى الشريعه المقدسه- من غير الألفاظ ضروره ان تنجس المأكولات و المشروبات محرم. و تطهيرها محلل و التذكيه محلله، و عدمها محرم و غليان العصير العنبى محرم و ذهاب ثلثيه محلل. و صيروره العصير خمرا محرم و تخليلها محلل.

و الجلل محرم لما يؤكل لحمه. و استبرأؤه محلل. و خلط المال الحرام بالمال الحلال محرم.

و تخميسه محلل. و أيضا وطى الحيوان الذى يؤكل لحمه محرم. و الدخول بالمرأه محرم لتزويج بنتها و الإيقاب فى الغلام محرم لتزويج أمه و بنته و أخته.

و أيضا قد جوز الشارع المقدس التصرف فى أموال الناس فى موارد شتى من دون أن يكون فيها محلل كلامى. و ذلك كالتصرف فى الأراضى الواسعه و الأنهار الكبار و كأكل الماره من ثمره الشجره الممرور بها بل ورد فى القرآن الكريم جواز الأكل من بيوت الأصدقاء و الأحباء و إن لم يدل عليه أذن لفظى (١).

و أيضا قد اتفق المسلمون من الشيعة و أهل السنه على اثلام ذلك الحصر فى فى باب العقود أيضا، فإنهم قد التزموا بجواز التصرف فى المأخوذ بالمعاطاه. سواء أ كانت المعاطاه مفيده للملك، أم كانت مفيده للإباحه. و لم ينسب الى احد فساد ذلك إلا إلى العلامة فى بعض كتبه، و قد ثبت رجوعه عن هذا الرأى فى بعض كتبه الأخرى و دعوى انصراف الخبر عن الأمور المذكوره لكيلا تلزم كثره التخصيص دعوى جزافيه.

ثانيا: أن الروايه لا تنطبق على هذا الوجه، إذ المستفاد منها أن السائل قد سأل الإمام (عليه السلام) عن الرجل يقاوله، و يقول له: اشتر هذا الثوب أربحك كذا و كذا.

و أجاب الإمام (عليه السلام) عن هذا السؤال: بأنه أ ليس إن شاء أخذ و إن شاء ترك قال السائل: بلى. قال الامام (عليه السلام): لا بأس به إنما يحلل الكلام، و يحرم الكلام. و عليه فهذه الروايه -سؤالا و جوابا- أجنيبه عن مورد المعاطاه، و إنما هى تبين حكم البيع قبل الاشتراء.

و الذى نفهمه من الروايه -و لو بقريته الروايات التى ذكر فيها قوله (عليه السلام):

إنما يحرم الكلام -و سيأتى قريبا التعرض لها فى الحاشيه- أن المضمون الواحد إذا أنشئ بكلام كان محللا. و إذا أنشئ بكلام آخر كان محرما. أو أن الكلام الواحد يكون محللا فى مورد و محرما فى مورد آخر. و ذلك لأن الكلام من قبيل الاعراض. و قد ثبت فى محله أن الزمان و المكان مفردان للأعراض. و هذان الوجهان صرح بهما المصنف عند التكلم على المعنى الثانى و الثالث.

ص: ١٤٩

و توضيح ذلك: أنه ثبت في الشريعة المقدسه أن إيجاب الطلاق ببعض الألفاظ الداله على بينونه الزوج عن الزوج لا يكون محرما ولا محللا. مثلا: إذا قال الرجل لزوجته: أنت بريه أو خليه أو طلقتك لم يؤثر ذلك في البينونه و لا يحل للمرأة التزويج بزواج آخر. و إذا قال الرجل لزوجته: أنت طالق. أو هي طالق، أو زوجتي طالق بانت عنه زوجته و يحل لها التزويج بزواج غيره. و إذن فالمضمون الواحد و هو بينونه الزوج عن الزوج إذا أبرز بكلام كان محرما و محللا و إذا أبرز بكلام آخر لم يكن محرما و لا محللا.

و هذه بين يدينا الأخبار الوارده في المزارعه. [١] فإنها تصرح بأن جعل أجره الزرع للبذر و البقر محررم. و عدمه محلل.

و يضاف إلى ذلك ما رواه البجلي قال: قلت لأبي عبد الله (عليه السلام): الرجل يجيئني يطلب المتاع، فأقوله على الربح، ثم أشتريه فأبيعه منه؟ فقال: أليس إن شاء أخذ

و إن شاء ترك؟ قلت بلى قال: لا بأس به فقلت: إن عندنا من يفسده قال: و لم قلت: باع ما ليس عنده. قال فما تقول فى السلف قد باع صاحبه ما ليس عنده؟ فقلت بلى. قال: فإنما صلح من قبل أنهم يسمونه سلما. إن أبى كان يقول: لا بأس ببيع كل متاع كنت تجده فى الوقت الذى بعته فيه (1) فإن الظاهر من هذه الروايه و ما يساويها فى المضمون أن إيجاب البيع محلل فى محل، و محرم فى محل آخر.

قيل: إن هذه الروايه غريبه عن المعنى المذكور. و انما هى ظاهره فى صحه بيع ما ليس عنده. كما يستوضح ذلك بملاحظه قول الامام (عليه السلام) (فما تقول فى السلف قد باع صاحبه ما ليس عنده) و اذن فلا إشعار فيها باتصاف الكلام بصفه المحرميه تاره و بصفه المحلليه أخرى بل يكون محللا فقط. و الجواب عن ذلك:

أن بيع ما ليس عند البائع قد يكون شخصا. و قد يكون كليا: أما الأول فلا شبهه فى بطلانه من ناحيه الجهاله، و للروايات الخاصه. و أما الثانى فلا شبهه فى صحته لأن الكلى أمر معلوم فلا جهاله فيه لكى توجب بطلان البيع. و من الواضح: أن السلف من القليل الثانى. و عليه فغرض الامام (عليه السلام) من ذكر السلف- فى الروايه المزبور- إنما هو بيان أن السلف و ان كان من بيع ما ليس عنده إلا- أنه ليس من القسم الباطل، بل هو من القسم الصحيح. و قد أشار الإمام (عليه السلام) الى ذلك بقوله (إن أبى كان يقول: لا- بأس ببيع كل متاع كنت تجده فى الوقت الذى بعته فيه): أى تقدر على أدائه ثم لا يخفى عليك: أن المراد من الحليه و الحرمة إنما هو الوضعى دون التكليفى ضروره أن جعل الثلث للبذر و البقر ليس من المحرمات التكليفية قطعا.

و قد يتوهم: أن المراد من الكلام هو الالتزام النفسى دون اللفظ الصادر من المنشئ لصحه إطلاق الكلام و القول على الالتزام النفسى. و منه قوله (تعالى) لَقَدْ حَقَّ الْقَوْلُ و قوله: (تعالى) وَ حَقَّ عَلَيْهِمُ الْقَوْلُ بل كثر ذلك فى الاستعمالات

ص: ١٥١

الصحيحه الفصيحه.و من ذلك ما يقال:أعطيته قولاً:أى العهد و الالتزام،و أيضا يقال:

إن كلام الليل يمحوه النهار:أى الالتزامات النفسانيه.و عليه فكون الكلام محرما و محللا بلحاظ أن المثنى يكون حراما على البائع و حلالا للمشتري.و أن الثمن يكون حراما على المشتري و حلالا للبائع.

و لكن هذا التوهم فاسد إذ الظاهر من الروايه أن المحرميه و المحلليه من أوصاف الكلام اللفظى دون الالتزام النفسى.على أن هذا المعنى لا- يجتمع مع الروايات الوارده فى المزارعه الظاهره فى أن الكلام المحرم غير الكلام المحلل و قد تقدمت هذه الروايات قريبا فى الحاشيه.

و قد تجلى لك من جميع ما ذكرناه فساد الوجه الرابع الذى ذكره المصنف:بأن يراد من الكلام المحلل خصوص المقاوله.و من الكلام المحرم خصوص إنشاء البيع.

و وجه الفساد:أن الكلام المحرم غير مربوط بإنشاء البيع كما فى روايات المزارعه.على أن لازمه أن يراد من الكلام فى الفقرتين الكلام المعهود لكى يكون كل من الكلام المحلل و الكلام المحرم ممتازا عن الآخر و من الواضح أنه لا- قرينه على هذه الدعوى لا فى هذه الروايه التى هى مورد بحثنا.ولا فى روايات المزارعه،ولا فى غيرهما من الروايات.

و أما الوجه الثالث الذى ذكره المصنف-بأن يكون الكلام الواحد باعتبار وجوده محرما و باعتبار عدمه محللا-فهو و ان كان يناسب ما نحن فيه و روايات المزارعه أيضا كما هو ظاهر.و لكن يرد عليه:

أولا:أن الظاهر من قوله(عليه السلام)إنما يحرم الكلام و يحلل الكلام ان المؤثر التام فى الحرمة و الحليه إنما هو وجود الكلام.لا أن وجوده محرر و عدمه محلل.على أن ذلك يستلزم التفكيك بين الفقرتين فهو أمر مستهجن فلا يصدر من المعصوم.

و أضف الى ذلك ما ذكره بعض مشايخنا المحققين و إليك نصه:(أن إطلاق



المحلل على عدم الكلام لا- يخلو عن مسامحة إذ بقاء كل من العينين على ملك صاحبه ببقاء علته، لا بعدم عله ضده كما أن إطلاق المحرم على الإيجاب المتعلق بما ليس عنده: أى الإيجاب فى غير محله ففيه أيضا مسامحة، إذ عدم حليه المال بعدم حصول الإيجاب الصحيح، لا بحصول الإيجاب الفاسد).

ثم إنه قد استظهر المصنف من الرواية اعتبار الكلام فى إيجاب البيع بوجه آخر.

و هذا لفظه: (نعم يمكن استظهار اعتبار الكلام فى إيجاب البيع بوجه آخر بعد ما عرفت من أن المراد بالكلام هو إيجاب البيع: بأن يقال: إن حصر المحلل و المحرم فى الكلام لا- يتأتى إلا مع انحصار إيجاب البيع فى الكلام. إذ لو وقع بغير الكلام لم ينحصر المحلل و المحرم فى الكلام. إلا- أن يقال: إن وجه انحصار إيجاب البيع فى الكلام فى مورد الرواية هو عدم إمكان المعاطة فى خصوص المورد إذ المفروض أن المبيع عند مالكة الأول فتأمل) و الجواب عن ذلك:

أولا: أنه لو تم هذا كان لازمه أن لا تترتب الإباحة على المعاطة. و من البين أن هذا خلف الفرض، لأن المفروض جواز التصرف فى مورد المعاطة. و إنما البحث فى أنها تفيد الملك اللازم أولا.

ثانيا: أن الحصر فى الرواية غير ناظر إلى المعاطة نفيا و إثباتا و إنما هو باعتبار مورد الرواية إذ فرض فيه صدور الكلام من المشتري، و قد ذكر الامام (عليه السلام) أنه ينقسم الى قسمين، و بين أن قسما منه محلل، كالمقاوله على متاع ليس عند البائع و قسم منه محرم كإيجاب البيع عليه. و إذن فالإنشاء الفعلى خارج عن حدود الرواية موضوعا و أما ما ذكره من أن وجه انحصار إيجاب البيع فى الكلام إلخ فيتوجه عليه.

أولا: أنا لا- نسلم عدم إمكان المعاطة فى مورد الرواية. بديهه أن الظاهر منها وجود المتاع عند الدلال. و لذا أشار اليه الرجل بكلمه (هذا) و قال لصاحبه: اشتر هذا الثوب أربحك كذا، و لا أقل من الاحتمال و معه لا يتم الاستدلال.

ثانياً: أنا لو سلمنا غياب المتاع- في مورد الروايه- عن المتعاملين. و لكننا لا نسلم اختصاص المعاطاه بالتعاطى من الطرفين. ضروره أن المعاطاه كما تتحقق بالتعاطى من الطرفين، كذلك تتحقق بالإعطاء من جانب و الأخذ من جانب آخر. و سيأتى ذلك فى تنبيهات المعاطاه. و لعل المصنف قد أشار الى هذين الإشكاليين أو إلى أحدهما بالأمر بالتأمل.

و المتحصل من جميع ما ذكرناه: أنه لا دلالة فى روايه ابن نجيح على اعتبار اللفظ فى صحه البيع أو لزومه لكى تدل على فساد المعاطاه أو على عدم لزومه.

على أن هذه الروايه التى بين يدينا مجهوله فلا يمكن الاستدلال بها على الحكم الشرعى [١].

اعتبار شروط البيع فيها

اشاره

قوله: (و ينبغي التنبيه على أمور). أقول: لما فرغ المصنف من بيان صحه البيع المعاطاتي و لزومه نبه على أمور يحسن بنا التعرض لها:

الأمر الأول: أنه هل يعتبر في البيع المعاطاتي ما يعتبر في البيع بالصيغه من الشروط؟

و تحقيق هذه المسأله يقع في نواحي شتى:

ص: ١٥٥

## الناحية الأولى: أن المعاطاه المقصود بها الإباحه هل تقيد إباحه التصرف فى

المأخوذ بالمعاطاه عند ما فقدت شيئًا من شروط البيع؟.

قد ذكر المصنف: (أن المتعاطيين إذا قصدا مجرد الإباحه فلا إشكال فى عدم كونها بيعا عرفا و لا شرعا. و على هذا فلا بد عند الشك فى اعتبار شرط فيها من الرجوع الى الأدله الداله على صحه هذه الإباحه العوضيه من خصوص أو عموم، و حيث إن المناسب لهذا القول التمسك فى مشروعيته بعموم الناس مسلطون على أموالهم كان مقتضى القاعده هو نفي شرطيه غير ما ثبت شرطيه كما أنه لو تمسك لها بالسيره كان مقتضى القاعده العكس).

ص: ١٥٦

لأن السيره دليل لبي فلا بد من الاقتصار فيها بالمقدار المتيقن.

و يتوجه عليه: أن المقصود من دليل السلطنه إنما هو بيان استقلال المالك في التصرف في أمواله في الجهات المشروعه، و عدم كونه محجورا عن التصرف فيها في تلك الجهات، و ليس لأحد أن يزاحم المالك في ذلك. و عليه فدليل السلطنه لا يتكفل بإثبات السلطنه للمالك على أى تصرف، سواء ثبتت مشروعيتها مع قطع النظر عن دليل السلطنه أم لا.

و أضف إلى ذلك: أن دليل السلطنه ضعيف السند، و غير منجر بشيء فلا يمكن الاعتماد عليه في إثبات الحكم الشرعى و قد تقدم ذلك عند الاستدلال به على لزوم المعاطاه.

ص: ١٥٧

أما السيره فإن كان المراد بها السيره العقلانيه فلا شبهه فى قيامها على إباحه التصرف فى المأخوذ بالمعاطاه حتى التصرفات المتوقفه على الملك. و لكن لا- يمكن الاعتماد على هذه السيره مع قطع النظر عن كونها ممضاه للشارع. و إن كان المراد بها السيره المتشرعيه فلا- ريب فى قيامها على إباحه التصرف فى المأخوذ بالمعاطاه. و لكن لا يمكن الاعتماد عليها أيضا فيما إذا شك فى جواز أصل التصرف- كالتصرفات المتوقفه على الملك من البيع و العتق و الوطى و نحوها- بل لا بد و أن يرجع هنا الى دليل كل تصرف يشك فى جوازه و عدمه.

و مثال ذلك: أنه إذا شك أحد المتعاطيين فى جواز أكل المأخوذ بالمعاطاه -التي قصد بها الإباحه- رجع الى ما دل على جواز أكله أو حرمة. و هكذا لو شك فى ناحيه أخرى غير جواز الأكل. و لا يرجع فى شىء من تلك الموارد إلى أدله حرمة التصرف فى مال غيره إذ المفروض أن المالك قد أذن للآخذ أن يتصرف فى المأخوذ بالمعاطاه و معه لا يبقى مجال للرجوع الى تلك الأدله. و إن شئت قلت: إن جواز التصرف فى نفسه إنما ثبت بما دل عليه من أماره أو أصل و من الظاهر أن حرمة التصرف فيه بما أنه مال غيره مرتفعه بإجازة المالك و اذنه على الفرض. و إذن فالمقتضى موجود و المانع مفقود. و على هذا فلا يعتبر فى المعاطاه المقصود بها الإباحه أى شرط من شروط البيع. و حينئذ فلو أعطى أحد لغيره ألف دينار بإزاء دينار واحد لم يلزم منه الربا.

### **الناحية الثانية: أنه إذا قصد المتعاطيان بالأخذ و الإعطاء التمليك و التملك، و لم**

تحصل الملكيه فى الخارج،

و لكن حكم الشارع بجواز التصرف فى المأخوذ بالمعاطاه فهل يعتبر فيها شروط البيع؟ قد ذكر المصنف: أن المعاطاه المقصود بها الملك بيع عرفى و ان ترتبت عليه الإباحه الشرعيه. و حينئذ فيعتبر فيها ما يعتبر فى البيع من الشروط كلها. نعم قد وقع فى بعض الكلمات أن هذا ليس ببيع إلا ان المراد من ذلك نفى اللزوم، لا نفى البيع

حقيقه انتهى ملخص كلامه.

و تحقيق ما أفاده المصنف بوجهين:

١- أنا ذكرنا مرارا عديده: أن المعاطاه المقصود بها الملك بيع عرفى فتكون مشموله للعمومات الداله على صحه البيع و لزومه. و عليه فلا بد من الالتزام بكونها مفيده للملك من أول الأمر، نعم قام الإجماع التعبدى على أن الشارع المقدس لم يمض البيع المعاطاتى على النحو الذى قصده المعاطيان بمجرد حصول التعاطى الخارجى، بل أمضاه بعد تحقق شىء ما من التصرف و غيره و عليه فالمعاطاه بيع حقيقه، فيعتبر فيها جميع ما يعتبر فى البيع اللفظى من الشروط غير الصيغه، بديده أن الشارع و إن لم يمض الملكيه المنشئه بالمعاطاه إلى زمان خاص و حكم بإباحه التصرف فى المأخوذ بالمعاطاه فى هذا الزمان. إلا أن ذلك لا يخرج المعاطاه عن كونها بيعا عرفا و شرعا، كما أن حكمه بتوقف حصول الملكيه على القبض فى بيع الصرف و السلم لا يخرجها عن حقيقه البيع.

٢- أن مقصود كل من المتعاطيين إنما هو تملك ماله لصاحبه بإزاء ما يأخذه منه و ليس غرضهما من هذا التملك بالعوض إلا إيجاد البيع، و حيث إنه فاقد للصيغه فيحكم بفساده، كسائر المعاملات الفاقده لشروطها. و لكن قام الإجماع على جواز التصرف للأخذ فيما أخذه بالمعاطاه، و لم يقد دليل على ذلك فى سائر المعاملات الفاسده. و بما أن الإجماع دليل لبي فيقتصر فيه بالمقدار المتيقن و هو أن تكون المعاطاه واجده لجميع شرائط البيع -حتى الشروط التى وقع الخلاف فى اعتبارها فيه- إلا الصيغه.

و على الجملة: إن ما قصده المتعاطيان لم يقع فى الخارج. و قد قام الإجماع على جواز التصرف لكل منهما فيما أخذه من صاحبه. و أيضا قد اقتضت الضروره الشرعيه حرمة التصرف فى مال غيره بدون إذنه. فالجمع بين هذه الأمور يقتضى جواز التصرف فى المورد المتيقن، و هو البيع الجامع للشرائط.

و قد اتضح لك مما بيناه: أنه لا يفرق فيما ذكرناه بين أن يكون اعتبار الشرط

فى البىع من ناحىه اللى لفظى، و بىن أن يكون ذلك من ناحىه الإجماع، فإنه على كل تقدير لا يجوز التصرف فى المأخوذ بالمعاطاه إلا مع احتواء المعاطاه جمىع شرائط البىع إلا الصىغه.

### **الناحىه الثالثه: أنا إذا قلنا بأن المعاطاه المقصود بها الملك تقيد الملكىه من أول**

الأمر فهل ىعتبر فىها شروط البىع؟

الظاهر: انه لا شبهه حىئنذ فى كون المعاطاه بىعا عرفا و شرعا.

و علىه فىعتبر فىها جمىع ما ىعتبر فى البىع من الشروط. و ىجرى علىها ما ىجرى على البىع من الأحكام.

و قد فىصل فى المقام بىن الشروط التى ثبت اعتبارها فى البىع بدلىل لفظى، و بىن الشروط التى ثبت اعتبارها فىه بدلىل لى، فان ما هو من القىبل الأول فىعتبر فى المعاطاه أىضا، و ما هو من القىبل الثانى فىختص بالبىع اللفظى. و هذا التفصىل لىس من ناحىه أن الإجماع دلىل لى فىقتصر فىه بالمقدار المتىقن، بل من ناحىه ان الإجماع متصىد من فتاوى الأصحاب و من البىن ان المتبادر من فتاواهم هو العقد اللفظى اللازم من غير جهه الخىار دون المعاطاه المترتب علىها الملكىه الجائره.

و لكن لا مجال لهذا التوهم بعد صدق البىع على المعاطاه، و كونها مشموله للعمومات الداله على صحه البىع، فإن المناقشه فى ذلك من قىبل المناقشه فى الأمور البدىهيه.

قوله: (و بما ذكرنا ىظهر وجه تحرىم الربا فىه أىضا) أقول: ملخص كلامه:

أنه إذا حكمنا بكون المعاطاه بىعا عرفىا-و إن لم تفد الإباحه الشرعىه-حرم فىها الربا و كذلك إذا قلنا بأنها لىست بىعا، لأنها حىئنذ معاوضه مستقله شرعىه-سواء أ كانت جائزه أم كانت لازمه-كما اعترف به الشهىد فى موضع من الحواشى. بل ىمكن الحكم بحرمة الربا فى المعاطاه إذا قصد منها المتعاطىان الإباحه، لا الملك، فان ذلك



أيضا معاوضه عرفا فتأمل.

## جريان الخيار فى المعاطاه

قوله:(و أما حكم جريان الخيار فيها قبل اللزوم). أقول:قبل التعرض لحكم المسأله لا بد و أن يعلم أنه وقع الاشتباه فى موضعين من عباره المصنف:

الأول:أنه حكم بعدم جريان الخيار فى المعاطاه قبل لزومها و علل ذلك بأن المعاطاه معامله جائزه عند الأصحاب،فلا معنى لجريان الخيار فيها.و جهه الاشتباه هى أن الخيار لا- ينافى جواز المعاطاه.و إنما ينافى الإباحه.و عليه فلا بد و أن تكون عباره المصنف هكذا (لأنها إباحه عندهم) و الشاهد على صدق مقالنا أمران الأول:أن المشهور بين القدماء هو أن المعاطاه تفيد الإباحه،لا- الملك الجائز،الثانى:ما ذكره المصنف عقيب التعليل المذكور من أنه (و إن قلنا بإفاده الملك فيمكن القول بثبوت الخيار فيه مطلقا). و يضاف الى ذلك كله أنا وجدنا فى بعض النسخ الصحيحه لفظ(إباحه) بدل كلمه(جائزه).

الثانى:أن المصنف حكم بثبوت الخيار فى المعاطاه بناء على صيرورتها بيعا بعد اللزوم و جهه الاشتباه هى أن المعاطاه المفيده للملك بيع من الأول.غايه الأمر أنها بيع جائز.

ثم إن تحقيق الكلام هنا يقع فى جهات شتى:

الجهه الاولى:أنه هل يثبت الخيار فى المعاطاه المقصود بها الإباحه؟.

الظاهر:أنه لا يثبت فيها الخيار لا فى مقام الثبوت،و لا فى مقام الإثبات:

أما الأول فلأن معنى الخيار إنما هو ملك فسخ العقد- كما يأتى فى مبحث الخيارات-و من الواضح أن المعاطاه المقصود بها الإباحه ليست من العقود لكى يثبت فيها الخيار،بل هى تفيد إباحه خالصه و يجوز لكل من المتعاطيين التصرف فيما أخذه من

صاحبه، ولا يكون هذا التصرف تصرفاً محرماً، إذ المفروض أن مالكة الأصل قد أذن في ذلك.

أما الثاني فلأنه إذا لم يمكن ثبوت الخيار في المعاطاه لم تكن مشموله لأدله الخيار إثباتاً و هذا واضح لا ريب فيه.

ثم إن المصنف قد أغفل التعرض لهذه الجبهه كما أنه أغفل التعرض للمعاطاه التي ترتب عليها الملك اللازم من أول الأمر. و يجرى فيه الخيار المصطلح جزماً. و لعل عدم تعرضه لهاتين الجهتين لأجل الوضوح.

الجبهه الثانيه: أن المعاطاه المقصود بها الملك التي تترتب عليها الملكيه الجائزه هل يثبت فيها الخيار مطلقاً، أم لا يثبت فيها ذلك مطلقاً، أم يفصل بين الخيارات الثابته بدليل خاص فيحكم بعدم ثبوتها في المعاطاه-كخيارى المجلس و الحيوان-لأن أدلتها مختصه بالمعامله التي تكون لازمه من غير ناحيه الخيار. و المفروض أن المعاطاه ليست كذلك. و بين الخيارات الثابته بدليل عام-كخيار الغبن و نحوه-لأن أدلتها غير مختصه بالمعاملات التي تكون لازمه من غير ناحيه الخيار.

فقد التزم المصنف بالوجه الأول في مطلع كلامه، و أنه يحكم بثبوت الخيار في المعاطاه و إن كان يظهر أثره بعد لزومها. و عليه فيصح إسقاطه و المصالحه عليه قبل اللزوم.

و احتمال التفصيل المتقدم في آخر كلامه. و ذهب بعضهم الى القول الثانى، و أن الخيارات مطلقاً لا تجرى في المعاطاه. بديهه أن اثر الخيار إنما هو جواز العقد. و من الواضح أن المعاطاه جائزه بالذات فلا معنى لجوازها بالعرض و إذن فجعل الخيار في المعاطاه لغو محض و تحصيل للحاصل.

و التحقيق: أن الخيارات مطلقاً تجرى في المعاطاه، بناء على أنها تفيد الملك الجائز، ضروره أن الجواز الثابت في المعاطاه التي تفيد الملك الجائز إما جواز حقى كان

أمره بقاء و ارتفاعا يبيد المتعاملين، أو جواز حكى كان أمره يبيد الشارع. دون المتعاملين، كالجواز فى الهبه. و على كالا التقديرين فمتعلق الجواز إما هو العقد، أو العين المأخوذه بالمعاطاه.

فإن كان جواز المعاطاه جوازا حقا، و قلنا بتعلقه بالعقد المعاطاتى كان ذلك مشمولا لأدله الخيارات. و عليه فيثبت الخيار فى البيع المعاطاتى لكل من المتعاطين بسببين. و من الظاهر أنه لا- محذور فى ذلك، لأن نظائره كثيره فى الفقه. و حينئذ فيمتاز البيع المعاطاتى عن بقيه البيوع باختصاصه بخيار خاص. و ان شئت فسمه بخيار المعاطاه و على هذا فيجوز ارتفاع أحدهما و بقاء الآخر: كما إذا تلفت احدى العينين فى المجلس، فإنه حينئذ يرتفع خيار المعاطاه، و يبقى خيار المجلس، و إذا تفرقا عن مجلس العقد قبل تحقق الملزم سقط خيار المجلس، وبقى خيار المعاطاه.

و إذا قلنا بتعلق خيار المعاطاه بالعين كان الأمر أوضح، لأن متعلق خيار المعاطاه أجنبى عن متعلق الخيار المصطلح، فلا يجتمعان فى مورد واحد لكى يناقش فيه بلزوم اللغويه. و هذا ظاهر لا خفاء فيه.

و ان كان جواز المعاطاه جوازا حكما، و قلنا بتغاير متعلقه مع متعلق الخيارات المصطلحه فلا شبهه فى ذلك أيضا و ان قلنا باتحاد متعلقهما فربما يتوهم ان ذلك يوجب اللغويه و تحصيل الحاصل. و لكن هذا التوهم فاسد. لأنه انما تلزم اللغويه فيما إذا لم يمكن انفكاك أحد الخيارين عن الآخر مع ان الانفكاك بينهما من الوضوح بمكان، بديهى ان النسبه بينهما هى العموم من وجه، إذ قد يسقط خيار المعاطاه و يبقى الخيار المصطلح، و قد يسقط الثانى و يبقى الأول، و قد يجتمعان سقوطا و بقاء و اذن فلا محذور فى اجتماع خيار المعاطاه مع الخيارات المصطلحه ثبوتا و إثباتا و هذا واضح لا ريب فيه.

أما التفضيل المتقدم الذى احتمله المصنف فهو واضح الاندفاع نقضا و حلا:

أما الأول فلأنه لو تم ذلك التفضيل فى المعاطاه لجرى مثله فى البيع بالصيغه أيضا

طابق النعل بالنعل، والقذة بالقذة، لأنه إذا اجتمعت فيه عده من أسباب الخيار- وقد فرض أن دليل كل واحد منها مخصوص بعقد كان وضعه على اللزوم من غير ناحيه هذا الخيار-لزم الحكم بعدم اجتماع الخيارات فيه أيضا. مع أنه لم يلتزم بذلك أحد.

أما الثاني فلأن أدله الخيارات و إن اختصت بعقد كان طبعه على اللزوم و لكن لزومه إنما هو مع قطع النظر عن ثبوت خيار آخر فيه: بمعنى أنه إذا وجد عقد في الخارج و لم يقترن بما يقتضى جوازه كان ذلك العقد لازما في نفسه. و هذا لا ينافي جوازه من الجهات الأخر العارضة.

و قد أشير الى هذه النكته القيمه في أخبار خيار المجلس التي تدل على ان المتبايعين بالخيار ما لم يفترقا، فإذا افترقا وجب البيع (١) فان الظاهر من وجوب البيع و لزومه- في تلك الروايات- إنما هو لزومه من ناحيه خيار المجلس فقط. و هو لا ينافي جواز البيع من ناحيه خيار آخر.

الجهه الثالثه: أنه هل يجرى الخيار في المعاطاه المقصود بها الملك- التي لا تؤثر إلا في الإباحه- أم لا؟ لا شبهه في صدق البيع عليها عرفا، نهايه الأمر أنه قام الإجماع على عدم تأثيرها في الملكيه عند الشارع الى زمان معين الا ان ذلك لا يمنع عن صدق البيع عليها بالحمل الشائع و اذن فتكون المعاطاه مشموله للعمومات الداله على صحه البيع، فيحكم بكونها بيعا في نظر الشارع. كما أن حصول الملكيه في بيع الصرف و السلم يتوقف على القبض الخارجى و عليه فان كان المقصود من ثبوت الخيار في العقد هو تسلط ذى الخيار على فسخه فسخا فعليا: بان يتمكن من إرجاع ما انتقل عنه الى نفسه فلا شبهه في أن المعاطاه -بناء على الإباحه- غير مشموله لأدله الخيارات، بديهه ان الثابت بالفعل لكل من المتعاطين ليس إلا إباحه التصرف فيما أخذه من صاحبه، و إنما تحصل الملكيه في ذلك

ص: ١٦٤

بعد تحقيق احدى الملزمات و من الظاهر أن اباحه التصرف ترتفع بعدم رضى المالك بالتصرف فى المأخوذ بالمعاطاه بلا احتياج الى فسخ المعاطاه بالخيار المصطلح. الا ان يتوهم أن الإباحه المترتبه على المعاطاه ليست إباحه مالكيه لكى ترتفع بعدم رضى المالك بالتصرف، و انما هى إباحه شرعيه. و من الظاهر أن الإباحه الشرعيه باقيه ما لم يحكم الشارع برفعها و لكن هذا التوهم فاسد، بديهي أن الإباحه هنا إنما ثبتت بالإجماع، و المتيقن منه إنما هو بقاء البازل فى اذنه السابق، فلا يشمل صورته رجوعه عن اذنه.

و على الجملة: إنه لو كان الغرض من جعل الخيار فى العقد ترتب الأثر الفعلى عليه لم يجر ذلك فى المعاطاه المقصود بها الملك- التى تفيد الإباحه- و لكنه بديهي البطلان ضروره اجتماع الخيارات العديده فى البيع و غيره من العقود.

و ان كان المقصود من ثبوت الخيار فى العقد تمكن ذى الخيار من إلغاء ما هو مؤثر فى النقل و الانتقال فلا شبهه حينئذ فى جريان الخيار المصطلح فى المعاطاه- المقصود بها الملك التى تفيد الإباحه- لأنها قابله للتأثير فى الملكيه فإذا حكمنا بثبوت الخيار للمتعاطين كان لكل منها أن يرفع تلك القابليه برفع موضوعها لكى لا تلحق بها الملكيه، و إذن فيكفى فى صحه جعل الخيار فى المعاطاه التمكّن من إلغائها عن قابليه التأثير فى الملكيه.

## بيان مورد المعاطاه

### اشاره

الأمر الثانى: أن المتيقن من مورد المعاطاه إنما هو تحقق الأخذ و الإعطاء من الطرفين- كما يقتضيه مفهوم المفاعله و لا شبهه فى صدق البيع على ذلك، و كونه مشمولاً للعمومات الداله على صحه البيع و لزومه.

و لو تحقق الإعطاء من طرف و الأخذ من طرف آخر فهل يصدق عليه مفهوم البيع؟ و تحقيق ذلك يقع فى نواحي شتى:

## الناحية الاولى: أن يكون الغرض من الأخذ والإعطاء مجرد الإباحه،

و لا شبهه فى أن ذلك ليس بيعا. نعم جاز للأخذ أن يتصرف فى المأخوذ بالمعاطاه.

## الناحية الثانيه: أن يكون الغرض من التعاطى هو التمليك و التملك،

و تترتب عليه المملكه فى الخارج، فلا شبهه فى أن ذلك بيع عرفا، فىكون مشمولا للعمومات الداله على صحه البيع، و يحكم بكونه بيعا فى نظر الشارع أيضا.

و الوجه فى ذلك: أن عنوان المعاطاه لم يرد فى روايه، و لا فى آيه، و لا أنه معقد للإجماع التبعدى لكى يحفظ على هذا العنوان و يؤخذ منه بالمقدار المتيقن. بل محور البحث فى المقام هو أن البيع يتحقق بالإنشاء الفعلى كما أنه يتحقق بالإنشاء القولى.

و عليه فلا- بد من ملاحظه الفعل الذى ينشأ به البيع، فان صدق عليه مفهوم البيع حكم بكونه بيعا، و إلا فلا، و من الواضح أن الإعطاء من أحد المتعاطيين مع قصد التمليك يعد إيجابا للبيع عرفا، و يكون الأخذ الخارجى من الطرف الآخر قبولا له. بل أكثر المعاملات المعاطاتيه الواقعه فى الخارج من هذا القبيل، لتحققها فى الخارج بالإعطاء من جانب و بالأخذ من جانب آخر. و عليه فىكون الإعطاء المتأخر من جانب الأخذ وفاء بالعقد ضروره أنه لو كان العطاء من قبله مطاوعه للزم الانفكاك بين الإيجاب و القبول فى المعاطاه الواقعه نسيئه بل لزم كون الإنشاء مراعى بالإعطاء المتأخر من ناحيه الأخذ نهايه الأمر أنه يجوز للأخذ أن يتصرف فيما أخذه من صاحبه على سبيل التضمن و لا ريب فى ان ذلك كله بديهى البطلان، و خلاف السيره المتشرعيه و العقلانيه.

و ذكر شيخنا الأستاذ: أن البيع تبديل أحد طرفى الإضافه بإضافه أخرى، و من المعلوم ان الإعطاء من طرف واحد و الأخذ من الطرف الآخر ليس مصداقا لذلك. بل نسبتة اليه و الى الهبه المعوضه متساويه. و هذا بخلاف ما إذا تحقق الإعطاء من الطرفين فان التبديل المكانى هنا بطبعه الأصلى انما هو تبديل لأحد طرفى الإضافه الاعتباريه بإضافه أخرى كذلك فهو بيع حقيقه. و عليه فأخراجه من دائره البيع، و إدخاله فى

دائرته الهبه يحتاج الى مئونه زائده.

و على الجملة: إن التبدیل الاعتراری فی باب المعاطاه یدور مدار التبدیل الخارجی و حیث إن التبدیل الخارجی متحقق فی فرض حصول التعاطی من الطرفين، فیترتب علیه التبدیل الاعتراری انتهى ملخص كلامه.

و یرد علیه: أن البیع و ان كان تبدیل مال بمال، و لكن المراد من التبدیل هنا لیس هو التبدیل الخارجی المکانی بل المراد به هو التبدیل الاعتراری و من الظاهر ان هذا المعنی یتحقق بالاعتبار النفسانی المبرز بمبرز خارجى فعلى أو قولى.

### **الناحية الثالثة: أن يقصد كل من المعطى و الآخذ التمليك و التملك،**

و لكن لم يحصل فی الخارج إلا الإباحه إلى زمان حصول الملك. و الظاهر أن هذا من افراد البیع الحقیقى، لأن تأخیر الملكیه لا یرجعه عن كونه بیعا، كما أن بیع الصرف و السلم لا یرجان عن حدود البیع بتأخیر الملكیه فیهما الى زمان القبض. نعم قد یناقش فی جواز التصرف قبل حصول المملك، لانه لم یثبت إلا بالإجماع، و من الظاهر أن المتیقن منه ما یكون التعاطی من الطرفين، لا من طرف واحد إلا- أن یتمسك فی إثبات جواز التصرف هنا بدلیل السلطنه، و قد عرفت فیما تقدم أنه غیر تام. لا من حیث السند، و لا من حیث الدلاله قیل:

إنكم حکمتم- فی الناحیه الأولى- بجواز التصرف فی المأخوذ بالمعاطاه و إن كان التعاطی من طرف واحد- فلما ذا لا تحکمون بذلك فی هذه الناحیه. و الجواب عنه:

أن الإباحه المترتبه على التعاطی فی الناحیه الأولى إباحه مالکیه و من الواضح أن المالك إذا رضی بجواز التصرف فی ماله لم یلزم منه محذور أصلا و أما الإباحه المترتبه على التعاطی فی هذه الناحیه فهی إباحه شرعیه. و علیه فلا بد من ملاحظه دلیلها. و قد عرفت أن الدلیل على هذه الإباحه انما هو الإجماع. و الإجماع دلیل لبی فلا یؤخذ منه الا بالمقدار المتیقن.

و لكن الذى یسهل الخطب: أن الإجماع- بل السیره أيضا- قائم على جواز

التصرف فى المأخوذ بالمعاطاه-و إن كان التعاطى من طرف واحد-و لذا نرى بالعيان،و نشاهد بالوجدان أن الناس على اختلاف طبقاتهم و تشتت أصنافهم يتعاملون فيما بينهم بالمعامله المعاطاتيه فى الأشياء الحقيه و الخطيره.و لم نر و لم نسمع -الى الان-أن يتوقف أحد فى جواز التصرف فى المأخوذ بالمعاطاه،حتى مع تحقق التعاطى من طرف واحد مع أن المغروس فى أذهان القدماء،و المشهور فيما بينهم أن أغلب المعاملات المعاطاتيه إنما تنعقد بالتعاطى من طرف واحد و يكون الإعطاء من ناحيه الآخذ وفاء بالتزامه،لا قبولاً للإيجاب المتقدم-و قد تقدم ذلك آنفاً-نعم لو شك فى دخوله فى معقد الإجماع لاتجه الحكم بعدم دخوله فيه كما هو واضح.

و قد يتوهم انعقاد البيع المعاطاتى بمجرد وصول المثلن إلى المشتري و وصول الثمن إلى البائع بأى نحو اتفق و ان لم يصدق عليه الإعطاء فضلاً عن التعاطى.

و الوجه فى ذلك ما أسلفناه سابقاً من أن عنوان المعاطاه لم يرد فى آيه،و لا فى روايه،و لا فى معقد إجماع لكى ندور مدار هذا العنوان و نجعله مورداً للنقض و الإبرام و مركزاً للنفى و الإثبات.بل انما عبر بها عن المعامله الخاصه المتعارفه بين الناس.

و اذن فيكون المدار فى ذلك هو الصدق العرفى و عليه فأى فعل كان قابلاً لابرأز ما فى النفس من اعتبار الملكيه صدق عليه عنوان المعامله المعاطاتيه و تشمله العمومات الداله على صحه البيع و لزومه سواء أ كان ذلك الفعل تعاطياً من الطرفين أم من طرف واحد أم لم يكن هنا تعاط أصلاً،بل كان مجرد وصول الثمن إلى البائع و وصول المثلن إلى المشتري بأى نحو اتفق.

و قد مثل المصنف لذلك بأمور:

١- أن يرتوى الظامى من قربه السقاء مع غيبته و يجعل عوضه فى المكان المعدله مع علمه بأن السقاء راض بذلك.

٢- أن يلتقط شخص شيئاً حقيراً من مخازن الخضارين أو البقالين أو العطارين



مع غيبتهم عن دكاكينهم، و يجعل عوض ما يأخذه فى صندوقهم، مع العلم أو الاطمئنان العادى برضا المالك بذلك.

٣- أن يرد أحد الحمام و لا يجد فيه صاحبه، و يغتسل فيه، و يضع أجرته فى المكان المعد لها مع علم الوارد بأن الحمامى راض بذلك.

و لكن الظاهر: أن الأمثله المزبوره كلها غريبه عن مقصود المتوهم: أعنى به تحقق المعاطاه بمجرد أخذ المثلث و وضع الثمن مكانه- بل تلك الأمثله إما من صغريات الأقسام الماضيه، أو أنها خارجه عن حدود المعاطاه بالكلية:

أما المثلث الأول فلأن شرب الماء يختلف حسب اختلاف الأشخاص و الحالات إذ قد يكون المشرف على الماء من الأشخاص الظمأ شديد الظمآن، و قد يكون عطشاناً عادياً. أما الأول فلا يرتوى إلا بشرب مقدار كثير من الماء و أما الثانى فيصير ريانا بشرب المقدار اليسير منه. و من الواضح أن هذا الاختلاف الفاحش يوجب غريبه البيع و إذن فلا محيص الا عن جعل أشباه ذلك من قبيل الإباحه بالعوض. و الدليل على صحه هذه الإباحه هو السيره القطعيه، لأنها قائمه على ذلك فى الأشياء الحقيه و الأمتعه الزهيد. بل يمكن أن يكون المثلث المذكور من قبيل المعاوضه الخاصه التملكيه. فتكون مشموله لآيه التجاره عن تراض. نهايه الأمر أنها غريبه و من الواضح أن دليل نفى الغرر و هو النبوى [١] مختص بالبيع، فلا يجرى فى غيره.

و أما المثلث الثانى فهو من مصاديق البيع المعاطاتى المتعارف غايه الأمر أن إيجابه ليس بمباشره المالك، بل انما هو بمباشره وكيله. و ذلك لان الخضار و البقال و العطار و أمثالهم من سائر أصناف التجار انما يوكلون الأشخاص الواردين على دكاكينهم فى بيع أمتعتهم بالقيمه المتعارفه و وضع أثمانها فى الموضع المعد للنقود كما أنهم يوكلون غالباً

الأشخاص المعينين فى ذلك و عليه فكل من يأخذ متاعا من دكاكين هؤلاء الكاسيين فهو ينشئ البيع بأخذه هذا من قبل المالك، و يقبله من نفسه بوضع ثمن ذلك المتاع فى المكان المعدله. و اذن فيتحقق البيع المعاطاتى هنا بالتعاطى من الطرفين- الذى هو المقدار المتيقن من مورد المعاطاه- و يكون ذلك نظير قول القائل: أعتق عبدك عنى. و على الجملة: إنه لا بأس بالالتزام بكون هذا المثال من البيوع التوكيليه، كسائر البيوع الصادره من أولياء الملاك و وكلائهم.

و قد ناقش فى ذلك شيخنا الأستاذ، و إليك نص مقرره: (لا يمكن تصحيحه بكونه و كيلا من الطرفين فى تبديل أحد طرفى الإضافه بمثله، لوضوح عدم توكيل المالك شخصا معينا). و الجواب عن ذلك:

أن تعيين الوكيل إنما يعتبر فى الوكالات الشخصيه دون الوكالات النوعيه فلو قال أحد إنى و كلت شخصا من أهل النجف المحترم فى بيع متاعى أو إيجار دارى لكان عقد الوكاله باطلا جزما. و إذا قال: إن علماء النجف و كلائى فى بيع كتبى، أو تعمير مدرستى. أو بنائه المساجد من خالص مالى كان ذلك صحيحا قطعاً بديهه أن تعيين عنوان كلى فى التوكيل الذى ينطبق على أشخاص معينين كتوكيل شخص معين، لا انه كتوكيل شخص غير معلوم.

و اما المثال الثالث فهو أيضا غريب عن البيع المعاطاتى، بل هو بعيد عن الإجاره المعاطاتيه أيضا:

اما بعده عن البيع المعاطاتى فلأن الماء الذى يستعمله الوارد على الحمام غير معلوم المقدار. و إذن فلا يصح بيعه لكونه غريبا. و أما بعده عن الإجاره المعاطاتيه فلانه يشترط فى الإجاره إمكان الانتفاع من العين المستأجره مع بقاء عينها. و من الواضح ان الماء المستعمل فى الحمام لا تبقى عينه بعد الاستعمال. و عليه فلا يصح وقوع الإجاره عليه. قيل:

إن العين المستأجرة انما هي نفس الحمام و المياه المستعمله فيه تعد منفعه له.و إذن فيكون مورد المثال الثالث من موارد الإجاره المعاطاتيه.و الجواب عن ذلك:

أن من أركان الإجاره انما هو تعيين المده فيها فإذا انتفى ذلك بطلت الإجاره من أصلها.و من البديهي أن المغتسلين فى الحمامات يختلفون بحسب الحالات، فإنه يتوقف فيها بعضهم ساعه و يلبث فيها آخر ساعتين و هكذا.و مع ذلك لا يمكن الالتزام بكون ما نحن فيه من قبيل الإجاره المعاطاتيه.

و على هذا الضوء فالمثال الثالث أيضا من قبيل الإباحه بالعوض،أو من قبيل المعاوضه الخاصه التمليكيه كما جعلنا المثال الأول أيضا من هذا القبيل.و المتحصل من جميع ما ذكرناه انا لم نتصور من تلك الأمثله قسما آخر للمعاطاه غير الاقسام الماضيه.

نعم يمكن تصوير قسم آخر لها:و هو أن يكون مال كل من الجانبين عند الجانب الآخر إما بعنوان الوديعة أو بالغصب،أو بإطاره الريح أو بغير ذلك.ثم قصد كل منهما كون ما بيده عوضا عما فى يد صاحبه.و حينئذ فلا يبعد صدق مفهوم البيع على ذلك،لأننا ذكرنا مرارا أن البيع هو الاعتبار النفسانى المبرز بمبرز خارجى.و من الظاهر أنه لم ترد آيه و لا- روايه،و لا انعقد إجماع على اختصاص ذلك المبرز بشيء خاص و لا أن عنوان المعاطاه قد ورد فى دليل لكى يؤخذ به و يحكم بعدم صدقه على ما نحن فيه و عليه فإبقاء كل من الجانبين ماله عند الجانب الآخر مبرز خارجى لاعتبار الملكيه.

نعم إذا قلنا بأن المعاطاه المقصود بها الملك لا- تفيد إلا- الإباحه الشرعيه لم يجز التصرف لكل من الجانبين فيما عنده من المال،بديعه أن هذه الإباحه إنما ثبتت بالإجماع،و هو دليل لبي فلا يشمل هذا القسم من المعاطاه.

ثم إن للمصنف هنا كلاما لم نحققه الى الآن،و إليك لفظه: (ثم إنه لو قلنا بأن اللفظ الغير المعترف فى العقد كالفعل فى انعقاد المعاطاه أمكن خلو المعاطاه من الإعطاء و الإيصال رأسا فيتقاولان على مبادله شيء بشيء من غير إيصال،و لا يبعد صحته مع

صدق البيع عليه بناء على الملك و اما بناء على القول بالإباحه فالاشكال المتقدم هنا أكد) و الوجه فى كون الاشكال المتقدم هنا أكد هو العلم بعدم قيام السيره هنا على اباحه التصرف دون الصوره السابقه و هى أن يكون التعاطى من طرف واحد.

أقول: إن كان غرضه من اللفظ المزبور الصيغه الخاصه الفاقد له لبعض شرائطها فلا- يترتب عليه أثر بوجه، بل شأنها شأن تسميه الأجره للبذر و البقر فى عقد المزارعه.

و عليه فلا وجه صحيح للمصنف أن يلتزم بحصول النقل و الانتقال بذلك اللفظ-بناء على أن المعاطاه تفيد الملكيه-و أن يناقش فى جواز التصرف فى العوضين على القول بأنها تفيد الإباحه.

و ان كان غرضه من ذلك أن اللفظ إذا كان فاقدا لبعض شرائط الصيغه- فى مقام الإنشاء- كان ذلك مقاوله و من الواضح أن المقاوله تكشف عن اعتبار الملكيه، كما أن صيغه بعت تكشف عن ذلك. و إذن فتشمله العمومات الداله على صحه البيع، إن كان مراده من اللفظ هو هذا فيتوجه عليه أن المبرز بالمقاوله إنما هو التبانى على البيع و المبرز بصيغه بعت و نحوها إنما هو نفس البيع. و من الواضح أن أحدهما يباين الآخر. و اذن فلا يعقل ان يجعل احد المتباينين مصداقا لصاحبه، و لا ان إبراز البناء على البيع يستلزم إبراز ما عليه البناء، و هو اعتبار الملكيه.

### تمييز البائع عن المشتري فى البيع المعاطاتى

الأمر الثالث: أنه بما ذا يتميز البائع عن المشتري فى البيع المعاطاتى؟ لا شبهه فى أن الغرض من هذا الأمر ليس هو تمييز مفهوم البائع عن مفهوم المشتري، لأنهما من الأمور الواضحه التى لا يحتاج الى البيان، ضروره أن من أنشأ البيع يسمى بائعا، و من يقبل ذلك يسمى مشتريا. و لا أن الغرض من ذلك هو تمييز أحدهما عن الآخر فى

موارد الشبهات المصدقيه: بأن يوجد بيع معاطاتي فى الخارج و لم يميز فيه البائع عن المشتري من جهة الأمور الخارجيه، بدييه أن ذلك راجع الى باب المرافعات، و لا صل له بالمقام. بل الغرض الأقصى من عقد هذا الأمر إنما هو التعرض لمفهومي البائع و المشتري سعه و ضيقا لكي يتوضح مقدار صدقهما. و قد سمى المصنف أشباه ذلك فى أول كتاب الطهاره بالشبهه فى الصدق، و مرجعه فى الحقيقه إلى الشبهه المفهوميه و لذا أن الأصحاب لم يجعلوها قسما آخر وراء الشك فى أصل المفهوم.

و إذا عرفت ذلك فاعلم أنه إذا كان أحد العوضين نقدا و العوض الآخر عرضا فالذى يعطى العرض يسمى بائعا، و الذى يعطى النقد يسمى مشتريا لقيام سيره العقلاء و ديدنهم على ذلك. و إذا كان كلا العوضين نقدا، أو كان كلاهما متاعا و لكن كان نظر أحد المتعاملين من المبادله إلى حفظ ماله فى ضمن أى متاع كان مع كون غرضه فى ذلك هو تحصيل الربح و المنفعه- كأهل التجاره و الكسب- و كان نظر الآخر الى رفع حاجته و كشف نوائبه و كرباتة فقط فإن الأول يسمى بائعا و الثانى يسمى مشتريا و على هذا فيكون الملحوظ فيما يعطيه المشتري هو المالىه الخالصه لكي يكون ذلك قائما مقام النقود، و يعنون بعنوان الثمنيه و مثال ذلك: أن يعطى أحد مقدارا من الحنطه ليأخذ لحما و كان غرضه من إعطاء الحنطه أنها تساوى درهما فان هذا يسمى مشتريا، و باذل اللحم يسمى بائعا. و إذا انعكس الأمر انعكس الصدق أيضا.

و ان كان كلا العوضين عرضا، أو نقدا- من غير سبق مقاوله تدل على كون أحدهما بائعا و الآخر مشتريا و كان الغرض لكل من المتعاملين هو تحصيل الربح و المنافع مع حفظ ماله فى ضمن أى متاع كان، أو كان نظر كليهما الى رفع الاحتياج و دفع الضروره فقط- كتبديل عباءه بعباءه أو كتاب بكتاب- إن كان كذلك فذكر المصنف فيه وجوها أربعة:

١- أن يكون ذلك بيعا و شراء بالنسبه الى كل من المتبايعين، لأن البيع

مبادله مال بـمال، كما فى المصباح. و الاشرء ترك شىء و التمسك بغيره كما فى القاموس و لا شبهه فى تحقق هذين العنوانين بفعل كل واحد من المتعاطيين. و عليه فلو حلف أى منهما على عدم الاشرء حث بذلك. نعم لا يترتب عليهما أحكام البائع، و لا أحكام المشتري، لانصرافهما فى أدله تلك الأحكام-الى من كان بائعا محضا، أو مشتريا محضا فلا تثبت تلك الأحكام لمن كان فى معامله واحده-مصداقا لهما باعتبارين.

و لكن يتوجه عليه: ان عنوان البائع و عنوان المشتري بالمعنى المزبور العام كما يصدق على كل منهما فى المقام، كذلك يصدق على كل من المتبايعين فى كل بيع، حتى فيما إذا كان أحد العوضين نقدا و العوض الآخر عرضا، و لازم ذلك أن لا يختص أحد المتبايعين فى البيوع المتعارفه بكونه بائعا، و ثانيهما بكونه مشتريا، و هذا بديهى البطلان.

٢- أن يكون ذلك بيعا بالنسبه الى من يعطى متاعه أو لا، لصدق الموجب عليه، و شراء بالنسبه إلى الآخذ، لكونه قابلا.

و يتوجه عليه: أن هذا الوجه و إن كان صحيحا فى الجملة الا- أنه لا- يتم فى جميع الموارد، بديهى أنه لا شبهه فى جواز تقديم القبول على الإيجاب فى البيوع اللفظيه. و عليه فيمكن أن يقصد المعطى أولا- فى البيع المعاطاتى- قبول الإيجاب المتأخر. و إذن فلا دليل على الحكم بكون البازل أولا بائعا، و كون البازل ثانيا مشتريا على وجه الإطلاق.

٣- أن يكون ذلك صلحا معاطاتيا، لان المصالحه بمعنى التسالم، و من الواضح أن كل واحد من المتعاطيين يتسالم على تبديل ماله بـمال صاحبه و من هنا حملوا الروايه الوارده فى قول أحد الشريكين لصاحبه لك ما عندك و لى ما عندى على الصلح (١).

و لكن يرد عليه: أنه إن كان المراد من الصلح ما هو مصداق لمفهوم التسالم بالحمل الشائع فهو حسن، لأن مفهوم التسالم أمر وسيع يشمل جميع العقود حتى النكاح، الا

ص: ١٧٤

(١- ١) قد تقدمت هذه الروايه فى ص ١٥٦.

أن المنشأ فى كل عقد بدء غير ما هو المنشأ فى الصلح، بديهة أن كل معاملة و إن كانت لا تصدر الا عن تسالم من الطرفين على تلك المعاملة لكنه غير عقد الصلح الذى يكون المنشأ فيه نفس عنوان الصلح. فكم فرق بين إنشاء الصلح و بين إنشاء معاملة وقع التسالم عليها من الطرفين. نعم ان نتيجة إنشاء الصلح بعقده قد تتحد مع نتيجة بعض العقود الآخر.

و إن كان المراد من الصلح ما هو إنشاء لمفهوم المصالحة التى تتميز عن بقية العقود فهو واضح البطلان، ضروره أن التعاطى المذكور بعيد عن مفهوم الصلح و حقيقته.

و أما الروايه المزبوره فلا وجه لحملها على الصلح بل هى تناسب الهبه المعوضه. و هذا واضح لا ريب فيه.

٤- ان يكون ذلك معاوضه مستقلة من غير أن يدخل هذا تحت أحد العناوين المتعارفه. و هذا هو الصحيح عندنا. و تدل على صحته آيه التجاره عن تراض (١) و لا ريب أن أمثال هذه المعامله كثيره فى العرف.

### أقسام المعاطاه بحسب قصد المتعاطين

#### اشاره

الأمر الرابع: فى أقسام المعاطاه بحسب قصد المتعاطين.

و لا ريب فى أن أصل المعاطاه- و هى إعطاء كل من المتعاطين ماله لصاحبه- يتصور على وجوه.

و يحسن بنا قبل التعرض لحكم تلك الوجوه أن نقدم ما لا- يستغنى عنه، و هو بيان الفارق بين هذا الأمر، و بين الأمر الثانى. و حاصله: ان جهه البحث فى الأمر الثانى إنما هى متمحضه فى بيان مورد المعاطاه. و بيان ما هو المبرز الخارجى لما قصده المتعاطيان.

و لذا ذكر المصنف فى طليعه البحث عنه: (أن المتيقن من مورد المعاطاه حصول التعاطى فعلا من الطرفين).

ص: ١٧٥

و جهة البحث فى الأمر الرابع إنما هى بيان ما قصده المتعاطيان، و لذا ذكر المصنف فى مطلع كلامه هنا أن أصل المعاطاه يتصور بحسب قصد المتعاطيين على وجه شتى و إذن فمرجع البحث فى أحد الأمرين غير ما هو مرجع البحث فى الأمر الآخر، فلا تنافى بينهما و عليه فلا وجه لما أورده شيخنا الأستاذ على المصنف، و إليك نص مقرر بحثه: (أن الإيجاب و القبول يتحقق بدفع العين أولاً من البائع و قبضها من المشتري، و خروج ما يدفعه المشتري ثانياً و يقبضه البائع عن حقيقته المعاوضه، فيلزم أن يكون المعامله حاصله دائماً بدفع العين أولاً و قبضها، و يكون دفع المشتري دائماً خارجاً عن حقيقته المعاوضه و على هذا فلا وجه لما التزم به فى الأمر الثانى من أن المتيقن من مورد المعاطاه هو حصول التعاطى فعلاً من الطرفين. لأن المفروض أن العطاء الثانى لا اثر له، و لا يتحقق به الا عنوان الوفاء بالمعاطاه).

و وجه عدم المنافاه بين الأمرين: انه لا تنافى بين الالتزام بأن الإيجاب و القبول يحصلان بالإعطاء و القبض أولاً، و ان دفع العين ثانياً خارج عن حقيقته المعاطاه، بل هو وفاء بالعقد، و بين القول بأن المتيقن من مورد المعاطاه هو ما إذا حصل التعاطى من الطرفين، فان العقد و ان تم بالإقباض و القبض أولاً- الا ان المتيقن منه قبال العقد اللفظى هو ما تعقبه الإعطاء من الطرف الثانى أيضاً و اذن فلا تنافى بين الأمرين.

و إذا عرفت ما تلوناه عليك

### **فاعلم انه قسم المصنف المعاطاه - بحسب قصد**

المتعاطيين - على أربعة أقسام:

### **١- ان يقصد كل من المتعاطيين تملك ماله بمال الآخر**

و عليه فيتم الإيجاب و القبول بدفع العين الاولى و قبضها، و يكون دفع العين الثانى خارجاً عن حقيقته المعاطاه بل يكون ذلك وفاء لما التزم به بإزاء ما تملكه و على هذا فلو مات القابل بعد المطاوعه و قبل دفع العوض لم تبطل المعاطاه، لأنه مات بعد تحققها فى نظام الوجود.

### **٢- ان يقصد كل من المتعاطيين تملك ماله للآخر بإزاء تملك الآخر ماله إياه**



بحيث تكون المعاطاه متقومه بالعطاء من الطرفين مع كون التمليك بإزاء التمليك و عليه فلو مات الثانى قبل أن يملك ماله للأول لم تتحقق المعاطاه، إذ المفروض أن المقابله بين التملكين، لا الملكين. و لا ريب أن هذا المعنى بعيد عن مفهوم البيع، لما عرفته فى أول الكتاب من أنه يعتبر فى مفهوم البيع ان يكون المبيع من الأعيان، و من الواضح ان نفس التمليك من الأفعال، فلا يقع مبيعا. نعم هو قريب من الهبه المعوضه من ناحيه، و بعيد عنها من ناحيه اخرى: أما قربه منها فمن جهه أن كلا من المالين خال عن العوض، إذ المفروض أن المقابله قد وقعت بين التملكين، لا بين الملكين، فتكون كالهبه المعوضه، لأجل وقوع التمليك بإزاء التمليك و أما بعده عنها فمن جهه أن حقيقه الهبه-معوضه كانت أم غيرها-عباره عن العطيه بلا بدل فقوامها بالمجانیه. و أما اعتبار العوض فى الهبه المعوضه فإنما هو على نحو الداعويه و الاشرط، لا على نحو المقابله و المعاوضه.

و من الظاهر أن المفروض فى المقام إنما هو وقوع التمليك بإزاء التمليك، لا على نحو المجان، و بلا بدل. و الاولى أن يجعل هذا القسم من التعاطى إما من قبيل المصالحه على أمر معين، أو من قبيل المعامله المستقله و هذا ظاهر لا خفاء فيه.

### ٣- أن يقصد البادل أولا إباحه ماله للأخذ بإزاء أن يملك الآخذ ماله إياه

فتقع المبادله بين الإباحه و التمليك.

### ٤- أن يقصد كل من المتعاطيين إباحه ماله للأخر بإزاء إباحه الآخر ماله إياه

فتقع المقابله بين الاباحتين، أو تكون الإباحه الاولى بداعى الإباحه الثانيه انتهى ملخص كلام المصنف.

و لا يخفى على الفطن العارف: أن الوجوه المتصوره فى المقام و إن كانت كثيره - كما أوضحها- غير واحد من المحشين- و لكن يتضح حكمها من الأقسام المذكوره.

و من هنا أغفل المصنف التعرض لجميع الأقسام المتصوره فى المقام.

أما القسم الأول:- أعنى به وقوع المقابله بين المملوكين-فهو المصداق الواضح للبيع المعاطاتي،فيكون مشمولاً للعمومات الداله على صحه البيع و لزومه، و تترتب عليه أحكامه و آثاره.و قد فصلنا ذلك في الأمر الأول.

و اما القسم الثاني:- أعنى به وقوع المبادله بين التملكين-فلا نعقل له معنى محصلاً،بديهة أن حقيقه البيع عباره عن إعدام إضافه مالكيه عن كل من العوضين،و إيجاد إضافه أخرى مالكيه في كل منهما من دون أن يلزم منه تبديل سلطنه المالك بسلطنه اخرى لكي يحتاج ذلك الى وجود سلطنه ثالثه.و هكذا حتى يلزم منه التسلسل.و هذا بخلاف مقابله التملك بالتمليك،فإنها تحتاج الى وقوع المقابله بين السلطنتين،و هو يحتاج إلى سلطنه أخرى،و هكذا الى غير النهايه.و اذن فمقابله التملك بالتمليك بعيد عن حدود البيع.

و أضف الى ذلك:ان مفهوم البيع انما هو إنشاء تبديل عين بعوض-و قد تقدم ذلك عند البحث عن تعاريف البيع-و من المعلوم ان التملك بنفسه من قبيل الافعال،فلا يقع مبيعاً.

ثم ان من المستحيل نقل التملك الى غيره بدء بإعطاء العين،أو بقبول ملكيتها بل لا بد في نقل التملك من إنشاء آخر يتضمن ذلك،كقوله ملكتك تملكى العين الفلانيه،أو بأن يشترط التملك في ضمن عقد لازم:بأن باع داره من شخص، و اشترط في ضمن البيع ان يملكه ماله الفلاني بحيث يكون متعلق الشرط نفس التملك دون المملوك.

و على الجملة إن الملكيه الشرعيه اعتبار شرعى غير قابل للتمليك،و التملك العقدى فعل من أفعال العاقد،و هو و إن كان قابلاً للتمليك،الا-انه غير قابل له بتمليك المال لفظاً بمثل ملكت،أو بإعطاء المال فعلاً.و قد اتضح لك مما أوضحناه حكم القسم الثالث و القسم الرابع أيضاً،و انه لا تتصور الإباحه بإزاء الإباحه،و لا الإباحه بإزاء

التمليك بإعطاء العين و قبضها.

ثم ان المصنف قد ناقش فى القسمين الآخريين-الثالث و الرابع-من ناحيتين:الأولى:ان الإباحه من حيث هى إباحه لا تسوغ التصرفات المتوقفه على الملك،الا- على نحو التشريع.الثانيه:ان الإباحه بإزاء التمليك-التي ترجع الى عقد مركب من اباحه و تمليك-خارجة عن المعاوضات المعهوده شرعا و عرفا،و لا شبهه فى أن صدق التجاره على هذه المعاوضه محل تأمل،فضلا عن صدق البيع عليها:و اذن فلا تكون مشموله لآيه التجاره عن تراض،و لا غيرها.ثم أطال الكلام حول ذلك نقضا و إبراما و لكن قد ظهر لك مما أسلفناه انه لا موضوع لهاتين المناقشتين أصلا و رأسا الا انه لا بأس بالتعرض لهما تأسيا للمصنف(ره).

فقول:اما المناقشه الأولى فحاصل ما ذكره فيها:ان المالك و ان كان له ان يبيح التصرف فى أمواله لشخص آخر الا انه لا ينفذ إذنه إلا فى التصرفات المشروعه مع قطع النظر عن اذن المالك،بديهه ان اذن المالك ليس مشرعا لكى يوجب جواز التصرف فى ماله للمجاز له على وجه الإطلاق.و عليه فلا يجوز للمالك ان يأذن لغيره فى بيع ماله لنفسه،لأنه لا- يبيع إلا- فى ملك.بل يستحيل عقلا- صدق مفهوم البيع عليه لأن مفهومه مبادله مال بمال،و من الواضح انه لا يتحقق هذا المفهوم الا برفع الإضافه المالكيه عن احد العوضين و وضعها على العوض الآخر.و عليه فإذا لم يدخل الثمن فى فى ملك من خرج المثلث عنه كان ذلك خارجا عن مفهوم البيع قطعاً.و لا يعقل صدق مفهوم البيع على ما هو خارج عنه.

نعم

**لا بأس بالإذن فى التصرفات المتوقفه على الملك بوجوه شتى:**

**١- ان يكون غرض المبيع من قوله:أبيحت لك ان تبيع مالى لنفسك توكيل**

المباح له فى نقل ماله-المبيح-الى نفسه-المباح له-

ثم يبيع ذلك المال لنفسه -المباح له-أو ان المبيع يوكل المباح له فى بيع ماله،ثم نقل ثمنه الى نفسه-المباح له

ص:١٧٩

أو يقصد المبيح تملك ماله للمباح له بقوله:أبحث لك مالى إلخ بحيث تكون الإباحه بمنزله إنشاء الهبه،و يكون بيع المباح له بمنزله القبول.و عليه فيكون ذلك نظير قول القائل:أعتق عبدك عنى بكذا،حيث إن القول المزبور استدعاء لتمليك المولى عبده لذلك الرجل،و إعتاق المولى عبده جواب للاستدعاء المزبور فيتحقق هنا بيع ضمنى.

و عليه فيكون العبد ملكا للمستدعى أنا ما،ثم ينعتق عن قبله.

و فيه أن ما نحن فيه بعيد عن هذا الوجه بجميع شقوقه،إذ ليس المقصود هنا اذن المالك للمباح له فى نقل المال الى نفسه أولا،و لا فى نقل الثمن اليه ثانيا،و لا أن المالك قصد التمليك بقوله:أبحث لك إلخ،و لا أن المخاطب قصد التملك عند البيع،لكى يتحقق هنا تمليك ضمنى مقصود للمتكمم و المخاطب بالدلاله الاقتضائيه.كما كان كذلك فى قضيه أعتق عبدك عنى.

## ٢- أن يدل دليل خاص على كون مال المبيح ملكا للمباح له بمجرد الإباحه

فيستكشف من ذلك الدليل ان البيع الذى أوقعه المباح له قد وقع فى ملكه،أو قام دليل خاص على صيروره الثمن ملكا للمباح له،فإنه يستكشف من ذلك الدليل دخول الثمن فى ملك المبيح أنا ما-لكى لا يستحيل صدق مفهوم البيع عليه-ثم انتقاله من ملك المبيح الى ملك المباح له.و عليه فيكون ما نحن فيه بمنزله شراء العمودين،فإنهما يدخلان فى ملك المشتري أنا ما،ثم ينعتقان عليه جمعا بين ما دل على أنه لا عتق إلا فى ملك، و بين ما دل على أن الإنسان لا يملك عموديه.

و هذا الوجه أيضا لا يجرى فى المقام،إذ لم يدلنا دليل خاص على صحه هذه الإباحه العامه.و أما دليل السلطنه فلا تراحم الأدله الداله على توقف بعض التصرفات على الملك-كالتعق و البيع و الوطى و نحوها-بل هى حاكمه على دليل السلطنه.

و السر فى ذلك:أن دليل السلطنه قد أثبت السلطنه على الأموال،دون الاحكام،فيكون ناظرا الى نفوذ سلطنه المالك فى التصرفات التى ثبت جوازها-فى

الشريعة المقدسه-مع قطع النظر عن دليل السلطنه.و من هنا اتضح لك الفارق بين ما نحن فيه،و بين شراء العمودين.

### ٣- ما أشار إليه في آخر كلامه،و هو أن يكون ما نحن فيه من قبيل رجوع

الواهب عن هبته لكي يقع البيع في ملك الواهب.

فكما أن بيع الواهب يقتضى دخول العين الموهوبه في ملكه، كذلك أن تصرف المباح له تصرفا يتوقف على الملك يقتضى دخول المال المباح في ملكه.

و هذا الوجه أيضا غريب عما نحن فيه إذ لم يثبت جواز مثل هذا التصرف لكي تكشف صحته عن الملكيه آنا ما ملكيه تحقيقه قبل تحقق ذلك التصرف.انتهى ملخص كلام المصنف.

أقول

### يقع الكلام في التصرفات المتوقفه على الملك في ناحيتين:

#### الناحية الاولى: أنه هل تشرع هذه التصرفات لغير المالك.

لا- ريب في أنها قد تكون تكوينيه،و قد تكون اعتباريه:أما التصرفات التكوينية فلا تجوز لغير المالك و ان كان صدورها عنه بعنوان النيايه عن المالك.

و بيان ذلك:أنه إذا دل دليل بالخصوص على جواز تلك التصرفات التكوينية لغير المالك أخذ به-كوطى الجاربه المملوكه الثابت جوازه بالتحليل-و إن لم يدل دليل خاص على ذلك فلا يمكن إثباته بدليل السلطنه،لأنه ناظر الى جواز التصرفات التى هى مشروعه للمالك مع قطع النظر عن دليل السلطنه و أن هذا الدليل يثبت عدم كون المالك ممنوعا عن تلك التصرفات.و أما التصرفات التى نشك في مشروعيتها،أو نعلم بعدم مشروعيتها فلا تكون مشموله لدليل السلطنه،لعدم كونه مشرعا.و على هذا فلو أذن المالك لأحد في التصرف في ماله تصرفا متوقفا على الملك لم يمكن إثبات مشروعيتها بدليل السلطنه هذا كله فى التصرفات التكوينية.

أما التصرفات الاعتباريه فلا تتوقف صحتها على الملك،بل لا تتوقف صحتها

على اذن المالك و توكيله، لما سيأتى من الحكم بصحة العقود الفضوليه التى لحقتها اجازة المالك.

نعم ربما يتوهم قيام الإجماع على بطلان العتاق الصادر من غير المالك، سواء أ كان ذلك باذن المالك، أم كان فضوليا، ضروره أن إذن المالك لا يؤثر فى مشروعيه التصرفات المتوقفه على الملك، و انما يؤثر اذنه فى رفع الحرمة التكليفيه فقط. و إذن فمنزله العتاق منزله الطلاق. فكما أن الطلاق لا- يصح من غير الزوج، كذلك ان العتاق لا يصح من غير المالك، الا أن يعد فعل غير المالك فعلا للمالك، كالوكيل.

و لكن هذا التوهم فاسد، بديهه أنه ليس فى المقام إجماع تعبدى، بل من المحتمل القريب ان يكون مستند المجمعين ما دل على عدم نفوذ العتق إلا فى ملك، و سيأتى عدم ارتباطه بمقصود المستدل و اذن فلا محذور فى صحة العتق من غير المالك. و هذا لا يقاس بالطلاق، لدلاله الدليل على انه لا- يصح من غير الزوج، بخلاف العتاق، فإنه لم يدل دليل على عدم صحته من غير المالك. قيل:

انه لا- يصح العتاق من غير المالك، لا من جهه الإجماع كما توهم، بل من جهه ما دل على انه لا عتق إلا فى ملك (1) و الجواب عن ذلك:

ان سبيل ذلك سبيل ما دل على انه لا بيع إلا فى ملك و المراد بهما أحد الأمرين:

الأول: اعتبار الملك الفعلى فى صحة البيع و العتق، فلا يصح بيع أو عتق ما يملكه بعد ذلك الثانى: اعتبار الانتساب الى المالك فى نفوذ البيع و العتق، فلا ينفذ على المالك بيع الأجنبى، و على كلا التقديرين فالروايه لا تنافى صحة البيع الفضولى، و لا صحة العتق الصادر من غير المالك مستندا إلى اذن المالك و المتحصل من جميع ما بيناه هو صحة العتاق باذن المالك

### **الناحية الثانيه: أنه إذا قلنا بجواز التصرفات المتوقفه على الملك لغير المالك فهل**

ترجع نتيجهها الى المتصرف، أم يرجع ذلك الى المالك؟

ص: ١٨٢

لا ريب في ان التصرفات التكوينية خارجه عن مورد بحثنا، إذ لا يشك احد من العقلاء في ان نتيجه أى فعل يصدر من أى فاعل ترجع الى فاعل هذا الفعل، لا الى غيره، بديهيته انه لا معنى لأن يشرب أحد ماء فيرتوى غيره، أو يأكل أحد طعاما فيشبع الآخر، أو ينام واحد فيستريح صاحبه، أو يشتغل احد بالعلوم فيكون غيره عالما. وهكذا سائر الأفعال التكوينية.

و اما التصرفات الاعتبارية- كالبيع و نحوه- فترجع نتيجتها الى المالك لا الى غيره، لما عرفته مرارا من ان حقيقه البيع تبديل عين بعوض في جهه الإضافه، و مقتضى ذلك هو انتقال المثلث من ملك مالكة الى ملك مالكة الثمن و بالعكس: بأن يفك البائع إضافته القائمه بالمتاع و يجعلها قائمه بالثمن، و يفك المشتري إضافته القائمه بالثمن، و يجعلها قائمه بالمتاع.

و مثال ذلك: أنه إذا باع زيد طعامه من بكر بدينار صار الدينار ملكا لزيد، و لو صار ذلك الدينار ملكا لخالد لما صدق عليه مفهوم البيع بوجهه. و اذن فيستحيل ان ترجع نتيجه البيع الى غير المالك. و من هنا اتضح لك ان قول القائل: (بع مالى لنفسك) إن رجوع الى ما ذكره المصنف من الوجوه الثلثة المتقدمه فلا بأس به و الا فلا مناص عن الحكم بكونه من الاغلاط.

و قد تجلى لك مما أوضحناه حكم سائر العقود و المعاوضات التملكيه. و أيضا ظهر لك مما ذكرناه حكم شراء العمودين، كما ظهر لك من ذلك وجه الالتزام فيه بالملكيه الآنيه التحقيقيه. و وجه الظهور: أنه قد ورد فى الشريعه المقدسه أن الإنسان لا يملك عموده (1) و ورد فيها أيضا انه يجوز للابن أن يشتري عموده. و قد عرفت قريبا: انه يستحيل صدق مفهوم البيع على التبديل الساذج من غير أن يكون التبديل فى

ص: ١٨٣

جبهه الإضافة و من الواضح ان الجمع بين هذه الأمور يقتضى الالتزام بدخول العمودين فى ملك الابن آنا ما، ثم انعتاقهما عليه من غير ان يكون لهذه الملكية دوام و ثبات. بل حصولها مقدمه لزوالها. و اذن فالالتزام بهذه الملكية يقتضى تخصيص ما دل على ان الإنسان لا يملك عموديه، و لا يمكن الالتزام بتخصيص ما ذكرناه- و هو انه لا يمكن صدق مفهوم البيع على ضده- بديهة ان الاحكام العقلية غير قابله للتخصيص. و هذا واضح لا ريب فيه.

و قد ظهر لك من مطاوى ما ذكرناه ان الإنسان يملك عموديه آنا ما ملكه تحقيقه لا ملكه تقديره فرضيه على ما اشتهر فى ألسنه المحصلين، لعدم ترتب الأثر على الملكية التقديرية بوجه. و على هذا فلا وجه للمصنف ان يفرق بين شراء العمودين. و بين بيع الواهب عبده الموهوب أو عتقه حيث التزم بالملكية الآنيه التقديرية فى الأول و بالملكية التحقيقية فى الثانى مع أنهما من واد واحد.

و قد اتضح لك أيضا مما بيناه ان المراد من الجمع بين الأدله-الذى يوجب الالتزام بالملكية الآنيه التحقيقية-إنما هو الجمع بين الدليل العقلى-:اعنى استحاله صدق مفهوم البيع على ضده- و بين ما دل على جواز شراء العمودين، و بين ما دل على ان الإنسان لا يملك عموديه، و ليس المراد من الجمع بين الأدله الجمع بين ما دل على انه لا عتق إلا فى ملكك و بين ما دل على جواز شراء العمودين، و بين ما دل على ان الابن لا يملك عموديه، ضروره انه لو كان المانع عن شراء العمودين هو نفى جواز العتق إلا فى ملكك لأمكن تخصيصه بما دل على جواز شرائهما و انعتاقهما من دون ان يترتب عليه محذور لعدم استحاله العتاق فى غير الملك. و هذا بخلاف ما كان المانع هو الدليل العقلى، فإنه غير قابل للتخصيص هذا كله فى البيع.

و اما العتاق فهل يمكن ان ترجع نتيجه الى غير المالك أم لا بد و ان ترجع الى المالك فقط؟



الظاهر أنه لا ريب في صحة العتق عن غير المالك، إذ لم يرد في آية ولا في روايه ولا في معقد إجماع عدم جواز ذلك و لم  
يقم دليل عقلي أيضا على استحالته. بل لو التزمنا- في الناحية الأولى باشتراط صدور العتق من المالك لما دل على نفي جواز  
العتق إلا في ملك، فان هذا لا يكون وجها للالتزام بعدم الجواز هنا، إذ المفروض أن المتصدى للعتق إنما هو المالك، لانه بنفسه  
أعتق عبده عن غيره تبرعا.

و نتيجة البحث: أن المالك إذا أعتق أحد ممالিকে عن نفسه أو عن غيره، أو أذن لأحد أن يعتقه عن نفسه أو عن المالك أو عن  
ثالث كان العتاق نافذا، إذ لا نرى مانعا عقليا و لا مانعا شرعيا عن ذلك. بل يدل على نفوذه و لزومه قوله (تعالى) أَوْفُوا بِالْعُقُودِ، إذ  
ليس المراد بالعتق في الآيه الكريمة هو العقد المصطلح الذي يحتاج إلى الإيجاب و القبول لكي تخرج الإيقاعات عن  
حدودها، بل المراد منه العقد المشدد أو مطلق العقد على ما أسلفناه في البحث عن لزوم المعاطاه. و من الظاهر أن العقد بأحد  
هذين المعنيين يشمل الإيقاعات أيضا.

و قد تبين لك مما تلوناه عليك: أنا لا نحتاج في تصحيح قول الرجل لصاحبه أعتق عبدك عنى الى ما ذكره الأصوليون من  
دلالة على التمليك دلالة اقتضائه- التي تتوقف عليها صحة الكلام عقلا أو شرعا- و وجه عدم الاحتياج الى ذلك ما ذكرناه قريبا  
من أن عتق المالك عبده عن غيره بمكان من الإمكان. و عليه فقول القائل لأخيه: أعتق عبدك عنى محمول على استدعاء العتق  
التبرعى المجانى. هذا كله ما يرجع الى بيان الكبرى الكليه فى حكم التصرف فى مال غيره مع إذن المالك فيه تصرفا تكوينيا أو  
اعتباريا.

ثم إنه يحسن بنا أن نصرف الكلام الى بيان انطباق تلك الضابطه على بعض الأمثله المعروفه فى الألسنه: و هو قول القائل: أعتق  
عبدى عن نفسك. و قوله أعتق عبدك عنى:

أما المثل الأول فإن رجوع الى توكيل غيره فى تملك العبد بيع و نحوه ثم عتقه

عن نفسه فإنه لا- يخالف القواعد الشرعيه.و إن لم يرجع ذلك الى التوكيل،بل أخذنا بظاهره،و هو العتاق المجانى،فإن قلنا بأن العتق لا- يصدر الا- من المالك-و ان كانت نتيجه راجعه إلى غيره-كان الكلام المذكور لغوا محضا فى نظر الشارع.و إن قلنا بجواز صدور العتق من غير المالك،مع إذن المالك فى ذلك صح الكلام المزبور بظاهره بلا احتياج إلى التأويل.

أما المثال الثانى:-أعنى به أعتق عبدك عنى-فإن رجع الى توكيل المالك فى شراء عبده للمستدعى ثم عتقه عنه فلا محذور فيه بوجه.و إن أخذنا بظاهره و قلنا بجواز العتق عن غيره تبرعا و مجانا-سواء أسبقه الاستدعاء،أم لم يسبقه ذلك-كان المثال المزبور صحيحا بظاهره بلا احتياج إلى التأويل،و الا فيكون لغوا محضا.

**ثم إنه بقى هنا أمران،و يهمنى التعرض لهما:**

**الأمر الأول انه إذا قلنا بجواز**

العتق عن غيره فهل يجزى ذلك عن العتق الواجب-كالكفاره و نحوها-أم لا؟

التحقيق:أنه لو قلنا بجواز العتق عن شخص آخر لم يجز ذلك عن العتق الواجب لأننا ذكرنا فى مبحث التعبدى و التوصلى:أن إطلاق الأوامر المتوجهه إلى المكلفين يقتضى مباشرتهم بامثالها،و من هنا لا تسقط الواجبات العباديه-كالصوم و الصلاه و الحج و نحوها-عن أى مكلف بامثال غيره،و لا- يقاس ذلك بالديون الماليه التى يجوز أداؤها لكل أحد مجانا،إذ علم فى الشريعه المقدسه ضروره أنه يجوز لأى شخص أن يؤدى دين أخيه المؤمن تبرعا،بل هو أمر استحبابى جزما.

**الأمر الثانى:أنه هل يحكم بضمان المعتق عنه للمالك إذا استدعى منه عتاق**

عبده أم لا؟

لا شبهه فى عدم ضمانه بذلك إذا كان عتق المالك عبده عن غيره تبرعا و مجانا.

و إن لم يكن قصد المالك العتق المجانى فإن علم من حال المستدعى التماس العتاق مجانا فلا شبهه فى عدم الضمان أيضا،كما هو كذلك فى موارد التسؤل،و الا فيحكم بالضمان.

ص: ١٨٦

و نظير ذلك قول القائل لأحد احمل هذا المتاع الى محل فلانى، أو احلق رأسى، أو غير ذلك، فان الأمر فى جميع هذه الموارد يضمن عمل المأمور جزما.

### بحث فى جهات

قوله: (و عرفت أيضا: أن الشهيد فى الحواشى لم يجوز إخراج المأخوذ بالمعاطاه فى الخمس و الزكاه و ثمن الهدى). أقول: بقيت هنا جهات من البحث لا بد من التعرض لها:

#### الجهة الاولى: أنه قد يناقش فى إخراج المأخوذ بالمعاطاه فى ثمن الهدى

و لكن لا وجه لهذه المناقشه، لان الهدى قد يشتري بالثمن الكلى، ثم يعطى ذلك من مال المبيح و قد يشتري بالثمن الشخصى، و هو مال المبيح: أما الأول فلا شبهه فى صحته، إذ لا مانع من أداء الدين من مال شخص آخر مع اذنه فى ذلك أما الثانى فلا وجه له أيضا، إذ لم يدلنا دليل على اعتبار كون الهدى ملكا لمن يجب عليه.

#### الجهة الثانية: أنه هل يجوز إخراج المأخوذ بالمعاطاه فى الخمس و الزكاه؟

تاره نقول بتعلق الخمس و الزكاه بالعين، كما هو الظاهر. و أخرى نقول بتعلقهما بالذمه، و على كلا التقديرين يقع الكلام فى ناحيتين:

#### الناحية الاولى: أنه هل يجوز لأحد أن يعطى الخمس أو الزكاه المتعلقين بذمه

غيره أو ماله؟

الظاهر هو عدم الجواز: أما بناء على تعلقهما بالعين فواضح. أما بناء على تعلقهما بالذمه فلان الأوامر ظاهره فى ثبوت المكلف به فى ذمه نفس المكلف، و عدم سقوطه عنه بامتثال غيره إياه إلا بدليل خاص.

و من الظاهر ان الدليل و ان دل على جواز أداء الدين الثابت فى ذمه شخص

آخر الا ان شموله لما يعتبر فيه قصد القربه غير معلوم. و أصله الإطلاق يندفع بها احتمال سقوطه.

### **الناحية الثانية: أنه هل يجوز لمن تعلق الخمس أو الزكاه بماله أو بذمته أن يؤديهما**

بمال شخص آخر؟

ان قلنا بتعلق الخمس أو الزكاه بالعين لم يجز للمالك ان يعطيها من مال غيره.

نعم يجوز له تبديلها بغيره من ماله فقط لدليل خاص. و ان قلنا بتعلقهما بالذمه إما ابتداء- كما ذهب اليه جمع من الأصحاب- أو قلنا بتعلقهما بالعين بدء، و لكنهما قد انتقلا إلى الذمه بعد إتلافهما فإن الظاهر انه لا شبهه في أدائهما من مال شخص آخر مع الاذن فيه، لا من ناحيه اعتبار قصد القربه في ذلك و لا من ناحيه تعلقهما بالعين:

اما عدم الشبهه في ذلك من الناحيه الاولى فلأن ما يعطى بدل الخمس و الزكاه و ان كان ملكا لغيره، و لكن المتصدى للأداء إنما هو نفس المكلف، فله ان يضيف ذلك الى المولى، و يأتي به امثالاً لأمره تبارك و تعالى.

اما عدم الشبهه في ذلك من الناحيه الثانيه فلأن حق الساده و الفقراء إذا فرضنا تعلقه بالذمه ابتداء أو انه انتقل إلى الذمه بقاء لتلف العين كان لصاحب الذمه ان يطبقه على اى فرد يريد.

### **الجهه الثالثه: انه قد التزم المصنف -على ما هو ظاهر كلامه- بالملكه التقديرية**

في ديه الميت.

و لعله من ناحيه الجمع بين ما دل على توقف الإرث على الملك، و بين ما دل على ان ديه الميت للوارث.

و التحقيق: انه ان قلنا بعدم توقف إرث الديه على الملك فلا مجال للالتزام بالملك التقديرى. و ان قلنا بتوقفه على الملك -كما هو مبنى كلام المصنف- فلا مناص عن الالتزام بالملكه التحقيقه، إذ لا يترتب اثر على الملكيه الفرضيه.

ص: ١٨٨

قوله: (و اما الكلام فى صحه الإباحه بالعوض سواء صححنا إباحه التصرفات المتوقفه على الملك، أم خصصنا الإباحه بغيرها).  
أقول: محصل كلامه: أن البحث هنا يقع فى ناحيتين:

### الاولى: فى صحه الإباحه بالعوض،

و قد نوقش فى ذلك بأنها خارجه عن المعاوضات المتعارفه المعهوده شرعا. على أنه يتأمل فى صدق عنوان التجاره عليها فضلا عن البيع.

نعم يمكن الاستدلال على صحتها بدليل السلطنه، و دليل وجوب الوفاء بالشرط و يمكن ان يكون ذلك نوعا من الصلح، لان الصلح هو التسالم، و من البين أن ما نحن فيه مصداق للتسالم.

و دعوى: أن ذلك لم ينشأ بلفظ الصلح لكى يكون مصدقا له دعوى جزافيه، إذ لم يشترط فى حقيقه المصالحه إنشاؤها بلفظ الصلح. و من هنا حمل الأصحاب ما ورد فى الروايه (١) قول أحد الشريكين لصاحبه: لك ما عندك و لى ما عندى على المصالحه مع أنه لم ينشأ بماده الصلح أو التسالم. و من ذلك أيضا ما ورد (٢) فى مصالحه الزوجين

### التابعه الثانيه: أنه إذا قلنا بكون الإباحه بالعوض معاوضه مستقلة فهل يحكم

بلزومها مطلقا، أم من طرف المباح له، أم يحكم بجوازها مطلقا وجوه؟.

أقواها أولها، لعموم المؤمنون عند شروطهم، ثم أوسطها، لأن المباح له قد أخرج ماله عن ملكه دون المبيح، فان ماله باق على ملكه، و أنه مسلط عليه.

ص: ١٨٩

١-١) قد تقدمت هذه الروايه فى ص ١٥٦.

٢-٢) راجع الوافى ج ١٢ ص ١٤٧.

و التحقيق: أن الإباحه بالعوض خارجه عن حدود الصلح، بداهه أنها مغايره لمفهوم الصلح. و مجرد انطباق مفهوم التسالم عليها لا يجعلها من مصاديق المصالحه.

و الا لزم إرجاع جميع العقود-حتى النكاح-الى الصلح بل الإباحه بالعوض تتصور على وجوه شتى:

١- أن تجعل نفس الإباحه عوضا فى المعامله: بأن يقول أحد لصاحبه: بعثك هذا الكتاب بإزاء أن تبيحنى كتابك الآخر و هذا لا شبهه فى صحته و لزومه للعمومات الداله على صحه العقود و لزومها.

و دعوى: أن الإباحه من قبيل الاعمال و الأفعال، فهى لا- تكون عوضا فى العقود المعاوضيه دعوى جزافيه لأننا ذكرنا فى أول الكتاب: ان عمل الحر و إن لم يكن مبيعا فى البيع، و لكن يصح جعله عوضا فيه. و اذن فلا نعرف وجهها صحيحا لما ذكره المصنف من التأمل فى صدق التجاره عن تراض على الإباحه المعوضه.

و أما الاستدلال على صحه ذلك بقوله (صلى الله عليه و آله): المؤمنون عند شروطهم (١) فيرد عليه أولا: أن الشرط فى اللغه بمعنى الربط بين شيئين. و من الواضح أن الشروط الابتدائيه لا يصدق عليها عنوان الشرط. فتكون خارجه عن حدود الروايه.

ثانيا: أنا لو سلمنا شمول الروايه للشروط الابتدائيه. و لكن ليس المراد من الالتزام هو الالتزام الوضعى: بمعنى أن ما التزم به المؤمن لا يزول بفسخه، بل المراد من ذلك إنما هو الالتزام التكليفى: أى يجب على كل مؤمن الوفاء بشرطه، لانه من علائم إيمانه.

٢- أن تكون الإباحه مشروطه بالتملك: بأن يبيح ماله لزيد على أن يملكه زيد ماله.

٣- أن تكون الإباحه معلقه بالتملك: بأن يبيح ماله لزيد إذا ملكه زيد ماله.

ص: ١٩٠

(١-١) راجع الوافى ج ١٢ ص ٨٠.

٤- أن يكون التمليك عنوانا للموضوع بأن يقول:أبحت مالى هذا لمن يملكنى عشره دنانير.

٥- أن يبيع ماله لزيد بداعى أن يملك زيد ماله إياه.

أما الوجه الثانى فإن كان الشرط فيه من قبيل شرط النتيجة فقبول المباح له ينتقل ماله إلى المبيع.و إن كان ذلك من قبيل شرط الفعل فيجب عليه التمليك، لوجوب الوفاء بالشرط.

أما الوجه الثالث فلا شبهه فى أن الإباحه فيه بمنزله الحكم و ما علقته به الإباحه بمنزله الموضوع.و عليه فإذا تحقق الموضوع-بأن ملك المباح له ماله للمبيع- تثبت الإباحه، كترتب وجوب الحج على وجود الاستطاعه الخارجيه.و من هنا ظهر حكم الوجه الرابع أيضا.

أما الوجه الخامس فهو خارج عن حريم الإباحه المعوضه.إذ الداعى لا يعتبر عوضا،و لا يضر تخلفه فى المعاوضات و غيرها.

### جريان المعاطاه فى جميع العقود و الإيقاعات

#### إشاره

الأمر الخامس:هل تجرى المعاطاه فى غير البيع من العقود و الإيقاعات؟.

تحقيق المقام:أنه إذا قلنا بأن مقتضى القاعده هو انحصار العقود و الإيقاعات بالألفاظ لم تجر المعاطاه إلا فى مورد قام دليل خاص-من نص أو إجماع أو سيره- على جريانها فيه،و ذلك لأن المعاطاه حينئذ على خلاف القاعده،فيقتصر فى مخالفتها على مورد الدليل.

و إذا قلنا بأن القاعده تقتضى صحه إنشاء العقود و الإيقاعات بكل ما هو صالح لابرز الاعتبار النفسانى جرت المعاطاه فى جميعها إلا إذا قام دليل خاص على عدم جريانها فى فرد خاص،أو قام دليل خاص على انحصار مبرزه بشىء خاص.

و لكن الظاهر أنه لم يرد- فى آيه و لا فى روايه و لا فى معقد إجماع- انحصار المبرز فى جميع العقود و الإيقاعات بمبرز معين. و عليه فلا بأس بالالتزام بجريان المعاطاه فى جميعها إلا ما خرج بالدليل. و إذن فىكون ما هو المنشأ بالافعال من المعاملات مشمولاً للعمومات و الإطلاقات الداله على صحه العقود و الإيقاعات و لزومهما.

ثم إنه منع شيخنا الأستاذ عن جريان المعاطاه فى النكاح و الوصيه و التدبير و الضمان:

أما الوجه فى عدم جريانها فى النكاح فلأن الفعل فيه ملازم لصدده- و هو الزناء- بل هو مصداق له حقيقه و من البين الذى لا ريب فيه أنه لا يمكن إنشاء شىء من الأمور الإنشائية بصدده.

أما الوجه فى عدم جريان المعاطاه فى الوصيه و التدبير و الضمان فلأنها أمور لا تنشأ إلا بالقول، ضروره أنه ليس فى موارد فعل يكون مصداقاً لأحد هذه العناوين المذكوره، بداهه أن انتقال الدين من ذمه إلى ذمه- الذى هو معنى الضمان- لا يمكن أن يتحقق بأى فعل من الأفعال، و كذلك العتق و الملكيه و القيمومه بعد موت الموصى. انتهى ملخص كلامه.

و يتوجه عليه: أن كون الفعل ضدًا للنكاح إنما هو من ناحيه أن الشارع قد اعتبر فى عقد النكاح مبرزاً خاصاً- و هو اللفظ- و لا ريب فى أن مورد البحث فى المقام إنما هو مع قطع النظر عن ذلك. و عليه فالزوجيه فى نفسها- مع قطع النظر عن اعتبار الشارع فيها مبرزاً خاصاً- قابله للإنشاء بالفعل. و عليه فىكون الفعل بنفسه مصداقاً للنكاح بالحمل الشائع.

و يضاف إلى ذلك: أنا لو سلمنا ما أفاده شيخنا الأستاذ و لكنه مختص بالفعل الخاص، و لا يعم كل فعل من إشاره و نحوها.

فغايه الأمر: أنه لا- تحصل الزوجيه فى نظر الشارع فيما إذا أنشأت بالفعل، لا أن الفعل لا يكون مصداقاً للتزويج عرفاً و فى نظر العقلاء.



أما الضمان فلعل وجه المناقشه فى عدم حصوله بالمعاطاه أنه نقل المال من ذمه إلى ذمه، فلا يتحقق بالفعل الخارجى.

و لكن يتوجه عليه: أن النقل إنما هو فى عالم الاعتبار- كالتملك فى البيع وغيره- والاعتبار أمر قائم بالنفس، واللفظ أو الفعل مبرز له، ولا مانع من أن يكون الفعل مبرزاً لاعتبار الانتقال وإن كان هو الإشاره ونحوها.

أما التدبير و الوصيه فمنشأ المناقشه فيهما إنما هو حصر الإنشاء المعاطاتى بالإعطاء و الأخذ الخارجيين، فإنه لا يعقل إنشاء العناوين المذكوره بذلك، بداهه أنهما أمران استقباليان، فيستحيل إنشاؤهما بفعل يتحقق قبل الموت.

و عليه فكل ما يوجد فى الخارج من الأفعال لا يكون مصداقاً للتدبير أو الوصيه.

و الجواب عن ذلك:

أن عنوان المعاطاه لم يرد فى دليل خاص لكى يقتصر على تحقق التعاطى من الطرفين حفظاً لذلك العنوان، بل إنما التزمنا بمشروعيه المعاملات المعاطاتيه من ناحيه قيام الفعل مقام القول فى إبراز الأمور النفسانيه. و على هذا فلا يختص الإنشاء الفعلى بالإعطاء و الأخذ الخارجيين. بل يجرى ذلك فى جميع ما هو قابل لإبراز الاعتبار النفسانى من الإشاره وغيرها، و من هنا يصح طلاق الأخرس بالإشاره المفهمه.

و على الجملة: إن القاعده الأوليه تقتضى جريان المعاطاه فى جميع العقود و الإيقاعات. بداهه أنها ليست إلا الاعترافات النفسانيه المبرزه بمبرز خارجى فعلى أو قولى. فإنه على كل حال يصدق على المنشأ عنوان العقد أو الإيقاع. فيكون مشمولاً للعمومات و الإطلاقات الداله على صحه العقود و الإيقاعات، نعم ثبت اعتبار مطلق اللفظ فى إنشاء عقد النكاح، و اعتبار لفظ خاص فى إنشاء الطلاق. و عليه فيكون ذلك تخصيصاً للقاعده المذكوره كما لا يخفى.

و قد اتضح لك مما حققناه فساد القول بالتفصيل بين العقود و الإيقاعات.

بدعوى أن بعض الأفعال يصدق عليه عنوان المعامله كالأعطاء و الأخذ الخارجيين، فإنه يصدق عليهما عنوان البيع و نحوه. و بعض الأفعال لا يصدق عليه ذلك، كإخراج الرجل زوجته من بيته، فإنه لا يصدق عليه عنوان الطلاق. كما اتضح لك أيضا: أنه لا احتياج الى تطويل الكلام هنا بالنقض و الإبرام، كما ارتكبه بعض مشايخنا المحققين.

ثم إنه نوقش في جريان المعاطاه-على القول بكونها مفيده للملك-في الهبه، لقيام الإجماع على أن الهبه لا تفيد الملكيه إلا بالإيجاب و القبول اللفظيين و عليه فجريان المعاطاه في الهبه متوقف على القول بإفاده المعاطاه الإباحه، و هذا مخالف لمذهب المحقق الثاني فبناء على مسلكه لا تجرى المعاطاه في الهبه.

و لكن هذه المناقشه واضحه الاندفاع، بداهه أنه ليس هنا إجماع آخر غير الإجماع الذى توهم قيامه على اعتبار اللفظ فى إنشاء مطلق العقود و الإيقاعات-كما نبه عليه السيد فى حاشيته-و من الواضح أن هذا الإجماع ليس بتمام.

### **ثم إنه وقع الخلاف بين الأصحاب رضوان الله عليهم فى جريان المعاطاه فى**

طائفه من العقود و الإيقاعات:

#### **١- القرض حيث إنه و إن كان مقتضيا، إلا أن تأثيره مشروط بالقبض**

الخارجى.

و عليه فلو انعقد القرض بمجرد الفعل: أعنى به القبض و الإقباض لزم منه اتحاد المقتضى و الشرط، و هو محال، ضروره أن المقتضى يغير الشرط فى الوجود، و إذا فرضنا اتحادهما لزم منه اجتماع الضدين، و هذا واضح لا ريب فيه.

و أضف الى ذلك: أن رتبه الشرط متأخره عن رتبه المقتضى، فلو فرض اتحادهما لزم منه أن يكون شىء واحد متقدما و متأخرا. و الجواب عن ذلك:

أن الحكم الشرعى إنما يتحقق بجعل الشارع، و يستحيل أن يؤثر فيه موجود خارجى بنحو الاقتضاء أو الاشتراط. و التعبير عن موضوع الحكم بالسبب أو الشرط اصطلاح من العلماء. و واقع الأمر أنه لا سببيه و لا شرطيه، بل الحكم قد جعل على

نحو القضييه الحقيقيه على الموضوع المقدر وجوده بخصوصياته المعتمره فيه. فقد اعتبر فى صحه القرض تحقق الإنشاء و حصول القبض، فقد يتعدان وجودا و قد يتحدان. نعم الشرط العقلى-الذى هو عبارته عما تتم به فاعليه الفاعل، أو قابليه القابل-يستحيل اتحاده مع المقتضى، لاستلزامه ما تقدم من المحذور.

و يكشف عما ذكرناه أنه لو تمت المناقشه المذكوره لجرى مثلها فى الهبه و بيع الصرف و السلم، مع أن وضوح تحققها بالقبض الساذج كالشمس فى كبد السماء.

## ٢- الرهن حيث إن المعاطاه إما تفيد الإباحه المجرده، أو الملكيه الجائزه،

و من البين أن كليهما لا- تلائم الرهان، بداهه أن العين المرهونه وثيقه للمرتهن. و بديهى أن جواز الرهن ينافى الاستيثاق. و الجواب عن ذلك:

أن القول بالإباحه أو الملكيه الجائزه إنما هو من ناحيه توهم الإجماع على أن المعاطاه لا تفيد الملكيه أصلا، أو الملكيه اللازمه من أول الأمر، و إلا لكانت المعاطاه مشموله للأدله الداله على صحه العقود و الإيقاعات و لزومهما و من الظاهر أن الإجماع دليل لى، فلا- يؤخذ منه الا- بالمقدار المتيقن، و هو العقود التى تتصف باللزوم تاره و بالجواز أخرى و اما العقود التى هى لازمه فى ذاتها- كالرهن- فهى خارجه عن معقد الإجماع، و لا أقل من الشك فى ذلك. فهو كاف فى إثبات مقصودنا.

و الذى يدلنا على هذه النكته القيمه: أن كلمات أغلب المجمعين ظاهره، بل صريحه فى أن المعاطاه مفيده للإباحه أو الملك الجائزه. و ليس معقد الإجماع فى كلماتهم أن ما ليس فيه لفظ من العقود و الإيقاعات فهو غير لازم و إذن فلا- بأس بجريان المعاطاه فى الرهن و يكون لازما من أول الأمر إذ لا نظمئن بدخوله فى معقد الإجماع المتقدم.

و يضاف إليه: أن ذلك الإجماع ليس بحجه، لعدم العلم بكشفه عن رأى المعصوم عليه السلام. و ما هذا شأنه لا يكون دليلا على إثبات الحكم الشرعى.

## ٣- الوقف حيث إنه صدقه فى سبيل الله، فيكون لازما،

لانه لو كان جائزا

ص: ١٩٥

لأمكن رجوعه، و ما كان لله لا يرجع، و عليه فلا تحرى فيه المعاطاه التى هى جائزه فى نفسها.

و لكن قد اتضح جوابه مما ذكرناه فى الرهن. على أنه لم يثبت كون الوقف من الأمور القريبه و يضاف الى ذلك قيام السيره القطعيه على تحقق الوقف بالمعاطاه، إذ كثيرا ما يوقفون الأمتعه بالمعاطاه، كالفراش و السراج و الظرف و غيرها.

و قد ظهر مما ذكرناه-من جريان المعاطاه فى الوقف-جريانها فى العتق أيضا.

كما اتضح لك من جميع ما بيناه جريانها فى كل عقد و إيقاع، و أن الإنشاء الفعلى فى جميع ذلك قائم مقام الإنشاء القولى، إلا ما خرج بالدليل، كالطلاق و النكاح.

### ملزمات المعاطاه

الأمر السادس: فى ملزمات المعاطاه على كل من القول بالملك و القول بالإباحه.

قد ذكرنا-فى الأمر السابق و غيره-أن الإنشاء الفعلى قائم مقام الإنشاء القولى فى جميع المعاملات، و أن هذا الإنشاء الفعلى يصدق عليه عنوان المعاطاه، و يكون مشمولاً للعمومات و الإطلاقات الداله على صحه العقود و الإيقاعات و لزومهما. و عليه فلا مجال للبحث عن ملزمات المعاطاه. و هذا بين لا ريب فيه.

نعم يحسن بنا البحث عن ذلك تبعاً للمصنف. و قد أسس هو (ره) أصلاً أمام البحث عن ملزمات المعاطاه، و حاصله: أنه بناء على إفاده المعاطاه الملك فالأصل فيها اللزوم، لما أسلفناه من الوجوه الثمانية الداله على لزوم جميع العقود التى منها المعاطاه.

و على هذا فالأصل فى المعاطاه هو اللزوم، أما بناء على القول بالإباحه فمقتضى الأصل فيها هو عدم اللزوم، لأنه يجوز للمبيح أن يرجع عن إباحته، لأن الناس مسلطون على أموالهم

و قد يتوهم: أن الإباحه الثابته قبل رجوع المبيح عن إباحته ثابتة بعد رجوعه أيضا، إذ الأصل بقاؤها على حالها.

و لكن هذا التوهم فاسد، فان دليل السلطنه حاكم على الأصل المذكور و يضاف الى ذلك: أن الاستصحاب لا- يجرى فى الشبهات الحكيمه.

ثم إنك قد عرفت- فى البحث عن لزوم المعاطاه- أن ما نظمه المصنف من الوجوه الثمانيه التى استدل بها على لزوم المعاطاه لا يتم إلا بعضه. و قد تقدم أيضا- فى الأمر السابق و غيره- أن دعوى الإجماع على عدم لزوم المعاطاه- لكى يكون ذلك تخصيصا للأدله الداله على لزوم المعاملات- دعوى جزافيه، لعدم العلم بوجود الإجماع التعبدى على ذلك. و على هذا فلا وجه للبحث عن ملزمات المعاطاه، لأنها لازمه من أصلها. نعم بناء على ثبوت الإجماع على جوازها- كما هو مبنى المصنف- فلا بد من التكلم فى ملزمتها.

و لا- يخفى عليك: أن الإجماع على جواز المعاطاه- على تقدير تماميته- ليس مفاده هو الجواز فى زمان دون زمان حتى يقال: إنه بعد ثبوت الجواز من أول الأمر لا معنى للرجوع الى العمومات و إنما المرجع حينئذ هو استصحاب حكم المخصص، بل معقد الإجماع هو حصه خاصه من الجواز. و هى حل العقد بتراد العينين، و هذا أمر ثابت غير محدود الى زمان. أما الجواز من دون تراد فهو لم يثبت من أول الأمر.

و المراد من الملزم- هنا- ما لا يتمكن معه المتعاطيان من حل المعاطاه، لانتفاع موضوع الجواز، و هو تراد العينين.

و بذلك يظهر: أنه لا وجه لما أفاده السيد فى حاشيته، و إليك نصه بلفظه:

(لا- يخفى أن هذا الأصل إنما ينفع مع قطع النظر عن الإجماع على الجواز فى الجملة، و اشتراط اللزوم بالصيغه، و المفروض فى المقام إنما هو بعد الإجماع المذكور. إذ الكلام فى الملزمات، و الملزم فرع ثبوت الجواز. و معه لا- يتم من الوجوه الثمانيه إلا استصحاب

الملكيه منها، إذ لا يجوز التمسك بالعمومات بعد كون المورد خارجا عنها من أول الأمر).

و على الجملة: إنا إذا قلنا بإفاده المعاطاه الملكيّه فلا شبهه في أصله اللزوم مع الشك في ارتفاع الملكيّه و بقائها و إذا قلنا بإفادتها الإباحه فقد ذكر المصنف: ان الأصل فيه هو الجواز.

و لكن الظاهر: أن الأصل فيه هو اللزوم و تفصيل ذلك: أنه إذا لم يتحقق في الخارج ما يحتمل معه اللزوم فلا بأس بما ذكره المصنف من التمسك بدليل السلطنه لإثبات جواز الرجوع لكل من المتعاطيين الى ماله، إذ المفروض أنه لم يتحقق في الخارج ما يمنع المالك عن أعمال سلطنته فيما أعطاه لصاحبه بعنوان المعامله المعاطاتيه - و ان وقع في الخارج ما يحتمل معه اللزوم - فلا يجوز التمسك بدليل السلطنه لجواز رجوع المالك الى ماله، لان القدر المتيقن من الإباحه الثابته بالإجماع و السيره ما لم يتحقق في الخارج ما يحتمل معه اللزوم. و الا - فنتمسك بالأدله الداله على صحه المعاطاه و لزومها، فيحكم بترتب الملكيّه عليها ملكيه لازمه.

و أورد شيخنا الأستاذ على المصنف بأن (ما اختاره هنا ينافي ما ذكره في الأمر الرابع في الإباحه بالعرض من أن الأقوى اللزوم، فان مدرك الأقوال الثلاثه جار في مطلق ما يفيد الإباحه، سواء كان قصد المتعاطيين الإباحه أو التملك مع ترتب الإباحه على فعلهما، فان وجه الجواز مطلقا هو أن العقود التسليطيه دائره مدار الاذن و التسليط.

و وجه اللزوم مطلقا كفايه عموم المؤمنون عند شروطهم لإثبات اللزوم.

و وجه التفصيل أن المباح له أخرج ماله عن ملكه، فلا دليل على إمكان إرجاعه إليه ثانيا دون المبيح، فإنه باق على سلطنته، فإذا كان مختار المصنف اللزوم فكيف يصح قوله: و اما على القول بالإباحه فالأصل عدم اللزوم).

و يرد عليه: أن مورد البحث في المقام انما هو المعاطاه المقصود بها الملك و عليه

فلا وجه للتمسك بقوله (صلى الله عليه وآله): المؤمنون عند شروطهم (١) لأن ما التزم به المتعاطيان - وهو الملك - لم يتحقق في الخارج، و ما حصل في الخارج - وهو الإباحة الشرعية - لم يقصده، و لم يلتزم به.

و هذا بخلاف ما أفاده المصنف في الأمر الرابع، فان كلامه هناك مسوق لبيان المعاطاة المقصود بها الإباحة المعوّضة و عليه فيمكن التمسك فيها بدليل وجوب الوفاء بالشرط، و يكون ذلك حاكما على دليل السلطنة.

ثم ذكر المصنف (أن تلف العوضين ملزم إجماعا على الظاهر المصرح به في بعض العبارات: أما على القول بالإباحة فواضح، لأن تلفه من مال مالكة، و لم يحصل ما يوجب ضمان كل منهما مال صاحبه. و توهم جريان قاعده الضمان باليد هنا مندفع. بأن هذه اليد قبل تلف العين لم يكن يد ضمان، بل و لا بعده إذا بنى مالك العين الموجوده على إمضاء المعاطاة، و لم يرد الرجوع. إنما الكلام في الضمان إذا أراد الرجوع، و ليس هذا من مقتضى اليد قطعاً).

و يرد عليه: أن هذا البيان إنما يتم على القول بكون الإباحة المترتبة على المعاطاة - المقصود بها الملك - إباحة مالكيه. و لكن قد ذكرنا مرارا انها إباحة شرعية و عليه فيجرب هنا ما أفاده المصنف - عند التكلم على كلام بعض الأساطين - من الالتزام بحصول الملكيه آنا ما قبل التلف و انما التزم بذلك هناك من ناحيه الجمع بين الأدله و إذن فاللازم عليه أن يحكم هنا بكون التلف في ملك المالك الثاني، و كونه ضامنا بالمسمى، بديهة أن الإجماع يقتضى عدم ثبوت الضمان بالمثل أو القيمه، إذ المفروض أن المعاطاة لم تفد إلا الإباحة، و قاعده ضمان اليد تقتضى كون التلف من ذى اليد. و أصله بقاء المال في ملك مالكة الأول يقتضى عدم تحقق الملكيه إلا آنا ما قبل التلف. و إذا حصلت الملكيه فلا مناص عن الحكم بالضمان بالمسمى و هذا واضح لا ريب فيه.

ص: ١٩٩

١ - ١) قد تقدم هذا الخبر في ص ١٤١.

قوله: (و اما على القول بالملك). أقول: حاصل كلامه: أنه لا- شبهه في ثبوت الفارق بين جواز المعاطاه، و بين جواز البيع الخياري، ضروره أن متعلق الجواز في المعاطاه إنما هو العين بحيث إن لكل من المتعاطيين أن يسترد ما أعطاه لصاحبه- نظير الجواز في الهبه المتعلق برد العين الموهوبه- فإن هذا هو المتيقن من جواز المعاطاه الثابت بالإجماع و لم يثبت جواز المعاطاه على نحو جواز العقد الخياري لكي نستصحبه بعد التلف. و هذا بخلاف متعلق الجواز في البيع الخياري فإنه نفس العقد و من هنا قد عرف غير واحد من العلماء الخيار بملك فسخ العقد، و على هذا فلا- موضوع لجواز التراد في المعاطاه بعد تلف العينين، بخلاف جواز الفسخ في البيع الخياري، فإنه باق بعد تلف العينين أيضا، إذ المفروض بقاء متعلقه، و هو العقد.

و يرد عليه: أنه إن كان المراد من التراد هو التراد الخارجي فهو غير مفيد، بديهه أن مجرد رد العين خارجا مع بقائها في ملك الآخذ بالمعاطاه لا- يترتب عليه أثر و إن كان المراد من التراد هو أن فسخ العقد لا يكون إلا بتراد العين خارجا، أو بعد تحقق التراد في الخارج فهو متين: و لكنه ليس شيئا آخر وراء تعلق الخيار بنفس العقد، لأن الأدله الداله على لزوم العقود إنما تدل على لزوم كل عقد و قد قام الإجماع على أن المعاطاه المقصود بها الملك تفيد الإباحه إلى زمان معين، و من الواضح أن الإجماع دليل لبي، فلا يؤخذ منه إلا بالمقدار المتيقن، و هو ما إذا أمكن تراد العينين. و في غير هذه الصوره يتمسك بعموم العام و اذن فلا بد للمصنف أن يعلل لزوم المعاطاه مع تلف العينين بأن المأخوذ بالمعاطاه إنما تلف من ملك المالك الثاني، فلا يجوز للمالك الأول أن يرجع إليه، إذ المتيقن من جواز الرجوع انما هو صوره الفسخ بتراد العينين و هو غير ممكن مع تلفهما.

قوله: (و منه يعلم حكم ما لو تلف احدي العينين أو بعضها على القول بالملك) أقول: حاصل كلامه: أنه لا شبهه في لزوم العقد مع تلف احدي العينين على القول



بالمالك، لأن جواز المعاطاه إنما يبقى مع إمكان تراد العينين، و المفروض أن إحداهما قد تلفت، و إذن فتصير المعاطاه لازمه.

أما على القول بالإباحه فربما يتوهم أن الأصل هنا عدم اللزوم، لأن الأصل أن سلطنه مالك العين الموجوده باقيه على حالها و لكن هذا التوهم فاسد، إذ الأصل المذكور معارض بأصالة براءة ذمه المالك المزبور عن مثل العين التي تلفت عنده و عن قيمته و عليه فهذه المعارضه معارضه بالعرض، لا معارضه بالذات. و دعوى ثبوت الضمان هنا لقاعده الضمان باليد دعوى جزافيه، ضروره أن اليد هنا ليست بيد ضمان، لا قبل تلف العين و لا بعده.

نعم يمكن أن يقال: إن أصاله بقاء السلطنه حاكمه على أصاله عدم الضمان بالمثل أو القيمه، لأن الشك في الضمان مسبب عن الشك في السلطنه، و من الظاهر أنه لا مجال لجريان الأصل المسببي مع جريان الأصل السببي.

و أضف الى ذلك: أن مالك العين الموجوده ضامن ببدل العين التالفه جزما.

و إنما الاختلاف في أن البديل المضمون هل هو البديل الحقيقي-: أعني به المثل أو القيمه- أو البديل المسمى-: أعني به العين الموجوده- و عليه فلا تجرى هنا أصاله عدم الضمان لكي يتوهم تعارضها بأصاله بقاء السلطنه، بديهه أن أصاله براءة الذمه مخالفه للعلم الإجمالي بالضمان و من البين أن العلم المذكور مانع عن جريان أصاله براءة الذمه: و إذن فتصبح أصاله بقاء السلطنه سليمه عن المعارض.

و يضاف الى ذلك كله: أن عموم دليل السلطنه كما يقتضى تسلط مالك العين الموجوده على ماله: بأن يأخذه من صاحبه. كذلك يقتضى تسلط مالك العين التالفه على ماله: بأن يأخذ بدله الحقيقي- من المثل أو القيمه- من الطرف الآخر. و على هذا فلا يختص دليل السلطنه بطرف واحد، بل يجرى ذلك في كلا الطرفين. و حينئذ فلا مجال للتمسك بالدليل الفقاهي-: أعني به استصحاب براءة الذمه عن المثل و القيمه

مع وجود الدليل الاجتهادى:- أعنى به دليل السلطنه-انتهى ملخص كلام المصنف.

و فيه مواقع للنظر و المناقشه و يتضح لك ذلك فى ضمن أسئله و أجوبتها:

١- أن اليد الموضوعه على المأخوذ بالمعاطاه-على القول بالإباحه-هل توجب الضمان؟.

الظاهر: أن اليد هنا يد ضمان، ضروره أن المعاطاه و إن كانت مفيده للإباحه إلا أن الأخذ و الإعطاء فيها ليسا بمجانين، بل فى مقابل العوض المسمى، و عليه فإذا تلفت احدى العينين و بقيت الأخرى كانت العين الباقية بدلا جعليا عن العين التالفه و من هنا قد التزم المصنف-عند البحث عن كلام بعض الأساطين-بالضمان المعاوضى فى المأخوذ بالمعاطاه، و انما التزم بذلك من ناحيه الجمع بين الأدله و إذا لم تكن العين الباقية بدلا جعليا عن العين التالفه و جب الخروج عن عهدها بإعطاء المثل أو القيمه.

نعم لا تكون اليد موجه للضمان فى موردين:

الأول: أن يسلط المالك غيره على التصرف فى ماله مجانا و بلا عوض، فتلف المال عند المتصرف، فان اليد هنا ليست مضمنه، لان المالك قد ألغى احترام ماله بتسليط غيره عليه بلا عوض. و هذا هو الحجر الاساسى للقاعده المعروفه: و هى كل ما لا يضمن بصحيحه لا يضمن بفاسده.

الثانى: أن تكون اليد يد أمانه-سواء فى ذلك الأمانه الشرعيه و الأمانه المالكيه-فإن يد الامانه لا توجب الضمان، ضروره أنه ليس على الأمين سبيل. و لا ريب أن كلا الوجهين بعيد عما نحن فيه. و إذن فلا مناص فى المقام-عن القول بالضمان، لقاعده ضمان اليد.

٢- إذا تلفت احدى العينين و بقيت الأخرى فهل تبقى سلطنه المالك فى العين الباقية على القول بالإباحه؟.

لا نعقل وجها صحيحا لبقاء سلطنه المالك فى العين الباقيه على القول بالإباحه: أما على مسلكنا فلأن الأدله قد دلت على صحه المعاطاه و لزومها من أول الأمر، و قد خرجنا عن ذلك حسب الفرض -من قيام الإجماع على عدم الملكيه من أول الأمر- فى المقدار المتيقن و هو ما إذا كانت العينان موجودتين. أما إذا تلفت إحداهما فلا إجماع على عدم الملكيه فى الآن المتصل بالتلف فيتمسك بالأدله، و تثبت بها الملكيه اللازمه فى ذلك الآن.

أما على مسلك المصنف فلأن الجمع بين الأدله -على ما صرح به فى جواب الشيخ كاشف الغطاء رضوان الله عليه حين ما ادعى أن القول بالإباحه يستدعى تأسيس قواعد جديده- يقتضى الالتزام بالملكيه فى آن قبل تلف احدى العينين. و على كل حال فقد تلفت العين فى ملك مالکها الثانى. و انتقل ماله الى الطرف الآخر. و مع ذلك كيف يمكن أن يلتزم ببقاء سلطنته مع ارتفاع موضوعها. بل لو قلنا ببقاء السلطنه فى العين الموجوده -للمالك الأول- لزم منه الجمع بين العوض و المعوض على مسلكنا و مسلك المصنف كليهما.

بل لزم منه الجمع بين المتنافيين، ضروره أن الحكم بالملكيه مع تلف احدى العينين يقتضى انقطاع سلطنه المالك الأول عن العين الموجوده و من الواضح أن القول بثبوتها له مناف لذلك.

و قد انجلى لك مما بيناه: أنه لا وجه للقول باستصحاب سلطنه المالك الأول فى العين الموجوده، بداهه أن جريان الاستصحاب مشروط باتحاد الموضوع فى القضييه المتيقنه و القضييه المشكوكه، و إذا تلفت احدى العينين استكشفنا منه دخول كل من العوضين فى ملك أى من المتعاطيين. و إذن فيتعدد موضوع الاستصحاب بتعدد القضييه المتيقنه و القضييه المشكوكه، و معه لا مجال للاستصحاب.

نعم إذا قطعنا النظر عن الدليل الاجتهادى كان مقتضى الأصل بقاء العين الموجوده فى ملك مالکها الأول. و يترتب عليه جواز انتزاعها من يدمن هى بيده بقاعده

السلطنة، كما أن مقتضى الأصل بقاء العين التالفه فى ملك الآخر الى زمان تلفها، و يترتب عليه الضمان بالمثل أو القيمه.

و لكن هذا مقطوع العدم، لأننا نعلم بأن ذمه من تلف عنده المال غير مشغوله بشىء ما لم يطالبه الآخر و عليه بقاء كل من المالين فى ملك مالكة الأول معلوم البطلان و اذن فلا مجال لاستصحاب السلطنة، لا فى العين الباقية. و لا فى العين التالفه.

و مما ذكرناه يظهر عدم جواز التمسك لإثبات سلطنة المالك الأول على العين الباقية بقاعده السلطنة. و عليه فلا وجه لتمسك المصنف بها لإثبات السلطنة لكل من الطرفين، سواء فيه مالك العين الموجوده و مالك العين التالفه بل لو أغمضنا عما ذكرناه من الجزم بثبوت الملكيه للأخذ قبل التلف-و لو بآن-لم يمكن التمسك بقاعده السلطنة فى المقام، لأن التمسك بها لإثبات السلطنة لأحد المتعاطيين أو لكليهما من قبيل التمسك بالعام فى الشبهه المصدقيه، فإن التمسك بدليل السلطنة إنما يصح فيما إذا أحرزنا موضوع السلطنة، و هو المال المضاف الى المالك، و من المحتمل خروج المال الذى انتقل الى غيره-بيعه و نحوه- عن حدود ذلك الموضوع بحيث صار موضوعا لسلطنة المنقول اليه. و بديهى أنه مع الشك فى ذلك لا مجال للتمسك بدليل السلطنة. و كذلك الحال فى إثبات السلطنة بدليلها فى العين التالفه. و عليه فان جرى استصحاب الملكيه ترتب عليه جواز رجوع المالك بماله و إلا لم يمكن التمسك بقاعده السلطنة لإثبات جواز الرجوع، لأن الشبهه مصدقيه.

٣- أن أصاله بقاء السلطنة على تقدير جريانها هل تكون حاكمه على أصاله البراءه عن الضمان بالمثل أو القيمه؟.

ذهب المصنف (ره) الى ذلك. و يمكن تقرير الحكومه بوجهين:

الأول: أن يقال إن الشك فى ثبوت الضمان بالمثل و عدمه مسبب عن الشك فى بقاء سلطنة المالك الأول و عدم بقائه، و الأصل الجارى فى الشك السببى حاكم على الأصل الجارى فى الشك المسببى.

الثانى: أن يقال إن الاستصحاب الجارى فى طرف يتقدم على البراءه الجاربه فى الطرف الآخر، لحكومته دليل الاستصحاب على دليل البراءه، فإذا علمنا بعدم مطابقه أحدهما للواقع - كما هو الحال فى المقام - تعين العمل بالاستصحاب، ويرتفع بذلك موضوع البراءه. وقد ذهب الى هذا جمع من المحققين. و عليه فيجربى استصحاب السلطنه، فيحكم بالضمان بالبدل الواقعى دون المسمى.

أما الوجه الأول فيرد عليه: أنا ذكرنا فى محله أن مجرد كون أحد الأصلين سببياً و الآخر مسبباً لا يسوّغ حكومه الأول للثانى، بل لا بد فى ذلك أن يكون ارتفاع الثانى أو ثبوت ضده أثراً شرعياً للأول، و من البديهى أن عدم البراءه عن الضمان بالمثل - أو قيمه ليس من الآثار الشرعيه لاستصحاب السلطنه لكى يترتب عليه ارتفاع أصله البراءه عن الضمان بالبدل الواقعى. و إنما الأثر الشرعى المترتب على استصحاب السلطنه هو جواز رجوع مالك العين إليها.

و من لوازمه العقليه ضمانه بالبدل الواقعى للعين التالفه، ضروره قيام القرينه الخارجيه على أن مالك العين التالفه لم يعطها لمالك العين الباقيه إعطاء مجانياً، و من البديهى أن هذه الملازمه الخارجيه لا تدلّ على ارتفاع الأصل المسببى بالأصل السببى إلا على القول بالأصل المثبت. و هذا واضح لا ريب فيه.

أما الوجه الثانى فيرد عليه أولاً: أن دليل الاستصحاب إنما يكون حاكماً على أصله البراءه فيما إذا كان مجراها واحداً، فإن الواقع حينئذ يحرز بالاستصحاب فلا يبقى مجال للرجوع إلى البراءه. أما إذا تعدد المجرى فلا موجب للتقديم، فإذا علمنا إجمالاً بوقوع نجاسه فى الماء أو علمنا بكون المائع الآخر بولاً كان استصحاب عدم وقوع النجس فى الماء معارضاً بقاعده الطهاره فى المائع الآخر، لا أن الاستصحاب يجرى و ثبت به نجاسه ذلك المائع، و المقام من هذا القبيل إلا أن يلتزم بحجيه الأصل المثبت، فإنه لا مانع حينئذ من جريان الاستصحاب و حكومته على أصله الطهاره أو أصله البراءه.

و عليه فالعمل باستصحاب السلطنة، و تقديمه على أصاله براءة الذمه عن الضمان منوط بحجيه الأصل المثبت، فيحكم بعدم براءة الذمه عن البديل الواقعي، لأنه من اللوازم العقليه لبقاء السلطنة.

ثانيا: أنه يمكن قلب أصاله البراءة عن الضمان بالمثل أو القيمه إلى استصحاب براءة الذمه عن المثل أو القيمه فإن ذمه مالك العين الموجوده لم تكن مشغوله بالبديل الواقعي للعين التالفه قبل التلف، فالأصل عدم اشتغالها بذلك بعد التلف أيضا. و إذن فيقع التعارض بين الاستصحابين، و بعد ذلك يرجع الى أصاله البراءة.

و على الجملة لم نعقل وجها صحيحا لتقديم استصحاب السلطنة في العين الموجوده على أصاله البراءة عن البديل الواقعي في العين التالفه. نعم إذا تمسكنا في المقام باستصحاب الملكيه في كلا المالين الى زمان تلف أحدهما لم يبق مجال للتمسك بأصاله البراءة، فإن الحكم باشتغال ذمه الطرف الآخر بالمثل أو القيمه من الآثار الشرعيه لبقاء ما تلف في يده على ملكه مالكة الأول. لكن قد عرفت ما في هذا الاستصحاب آنفا.

و قد ظهر لك مما أوضحناه: أن أدله صحه البيع و لزومه إنما تدل على ترتب الملكيه على المعاطاه من أول الأمر غايه الأمر أنه على تقدير تحقق الإجماع لزم منه الالتزام بالإباحه الى أن تتلف احدى العينين. و أما مع التلف فيحكم بالملكيه قبله آنا ما، لعدم الإجماع حينئذ.

و لو أغضمنا عن الأدله الاجتهاديه الا أن استصحاب بقاء كل من المالين على ملكه مالكة الأول قاض بضمان المثل أو القيمه، و معه لا تصل النوبه إلى أصاله البراءة عن الضمان بالمثل و القيمه، و لا الى استصحاب السلطنة في العين الباقيه فضلا عن جريانه في العين التالفه.

قوله: (و لو كان أحد العوضين ديناً في ذمه أحد المتعاطيين فعلى القول بالملك

يملكه من في ذمته فيسقط عنه، و الظاهر انه في حكم التلف، لان الساقط لا يعود.

و يحتمل العود و هو ضعيف). أقول: قد ذكرنا سابقا-عند البحث عن النقوض المتوجهه على تعريف البيع، و عند البحث عن الحق و الحكم- ان كل احد مالك لذمته و ما فيها بالملكه الذاتيه التكويني، لا بالملكه الاعتباريه العرضيه، بداهه انه لا معنى للثبوت الاعتبارى فى موارد الثبوت التكويني، فإن الاعتبار فى أمثال الموارد لغو محض و تحصيل للحاصل. و عليه فإذا ملك الإنسان شيئاً فى ذمه غيره فقد ملكه بالملكه الاعتباريه، فإذا انتقل ذلك المملوك الى المملوك عليه- و هو المديون- تبدلت الإضافه الاعتباريه بالإضافه التكويني. و عليه فلا مجال للقول باستحاله ملكيه الإنسان لما فى ذمته و لو كانت الملكيه ملكيه ذاتيه. كما لا مجال لدعوى ملك الإنسان لما فى ذمته حدوثاً و سقوطه بقاء إذ لو أمكن ملكه له ملكيه اعتباريه حدوثاً أمكن ذلك بقاء أيضاً و على كل حال فالظاهر لزوم المعاطاه حينئذ من أول الأمر، و ذلك للعمومات الداله على لزومها. و قد خرجنا عن ذلك بالإجماع و لكنه-على تقدير تسليمه-مختص بما إذا أمكن التراد، و هو لا يمكن مع فرض كون أحد العوضين ديناً و بذلك يظهر أنه إذا كان أحد العوضين-دينا- و لو كان على ذمه غير المتعاطين-حكم بلزوم المعاطاه من أول الأمر.

قوله: (و الظاهر أن الحكم كذلك على القول بالإباحه فافهم) أقول: ربما يتوهم من ظاهر عباره المصنف أنه إذا كان أحد العوضين ديناً فى ذمه أحد المتعاطين حكم بلزوم المعاطاه على القول بالإباحه، كما حكم بلزومها أيضاً على القول بالملك.

و لكن هذا التوهم فاسد، بداهه أن كون الإباحه موجه لسقوط ما فى الذمه من الدين لا يزيد على التلف الحقيقى-على القول بالإباحه- و قد عرفت قريباً أن المصنف لم يلتزم باللزوم فى فرض التلف الحقيقى-على القول بالإباحه- بل التزم بجريان أصاله السلطنه فى العين الباقيه و الرجوع الى البدل الواقعى فى العين التالفه. و المظنون قويا أن غرض المصنف من تنزيل القول بالإباحه-هنا-على القول بالملك هو أن الإباحه

توجب سقوط الدين. كما أن التمليك يوجب سقوطه.

و قد ناقش فيه شيخنا الأستاذ بأن (إباحه الدين على من هو عليه لا يستلزم السقوط، لان كون الدين مباحا لمن عليه الدين معناه أنه تجوز له التصرفات فيه بإسقاطه عما في ذمته و المصالحه عليه و سائر أنحاء التصرفات الجائزه على القول بالإباحه فيرجع مالك ما في الذمه إلى ملكه الذى أباحه لمن عليه، لعموم الناس مسلطون و سائر الأدله).

ثم أجاب عن هذه المناقشه بأن (الإباحه التى هى محل البحث فى باب المعاطاه ليست بالمعنى الذى حملها عليه صاحب الجواهر من أن إفاده المعاطاه الإباحه إنما هو فيما إذا كان قصد المتعاطيين الإباحه، بل المراد منها التسليط المالكى على التقريب المتقدم، فإذا أوجدنا مصداق التسليط فلا- فرق بينه و بين الملك، فكما انه لا يعقل ان يملك الإنسان ما فى ذمته فكذلك لا يمكن ان يكون مسلطاً عليه. فتتجه التسليط أيضا السقوط و التلف، و التالف لا يعود).

و الصحيح ان القول باللزوم- فيما كان احد العوضين ديناً- لا يتوقف على استحاله تملك الإنسان لما فى ذمته، أو سلطنته عليه، و إلا- فقد عرفت: ان مالكيه الإنسان لما فى ذمته. بمرتبته من الإمكان، بل هى من أعلى مراتب المالكيه، غايه الأمر ان قوام هذه المالكيه بالإضافه الذاتيه، لا- بالإضافه الاعتباريه العرضيه، و كذلك تسلط الإنسان على ما فى ذمته، فإنه بمكان من الإمكان، بل القول باللزوم مبنى على ما ذكرناه من ان الأدله قد دلت على صحه المعاطاه و لزومها من أول الأمر، فلو قلنا بالملكيه، و سلمنا الإجماع على الجواز لم نقل به فى المقام، لان المتيقن من معقد الإجماع غير ما إذا كان احد العوضين ديناً، كما أنا لو قلنا بالإباحه من جهه الإجماع على عدم الملكيه بالمعاطاه كان المتيقن من معقده غير ذلك أيضا.

فيلتزم بالملكيه و بلزومها بالمعاطاه من الأول فيما إذا كان احد العوضين ديناً



فى الذمه، لاستحاله تراد العينين حينئذ، فلا يشمله الإجماع القائم على الجواز أو الإباحه.

قوله: (و لو نقل العينان أو إحداهما بعقد لازم إلخ) أقول: إذا نقلت العينان أو إحداهما بعقد لازم فلا- شبهه فى لزوم المعاطاه، ضروره أن انتقال المأخوذ بالمعاطاه إلى غيره كالتلف، سواء فى ذلك القول بالملك و القول بالإباحه. و على هذا فلو عادت العين ثانيا الى ملك الآخذ بالمعاطاه لم يثبت بذلك حق الرجوع لمالكها الأول، لسقوطه بنقل العين الى غيره، فعوده اليه ثانيا يحتاج الى دليل، و هو منفى. و كذلك الحال فى سائر التصرفات المتوقفه على الملك.

و قد اتضح لك مما ذكرناه انه لا فارق فى لزوم المعاطاه بنقل العين الى غيره بين أن يكون ذلك بعقد لازم و بين كونه بعقد جائز [١].

ص: ٢٠٩

أما تغير العين المأخوذه بالمعاطاه فهو أيضا يوجب لزوم المعاطاه بناء على ما ذكرناه من أن القاعده تقتضى لزوم المعاطاه من حين العقد، فلو تم إجماع فالقدر المتيقن منه هو الجواز قبل وقوع ما يحتمل معه اللزوم، و أما بعده فيتمسك بإطلاق ما دل على اللزوم.

أما على مسلك المصنف (ره) فلا- تصير المعاطاه لازمه بذلك، بديهه أن التغير لا يتوقف على الملك لكى نلتزم به من ناحيه الجمع بين الأدله، و نحكم بلزوم المعاطاه.

قوله: (و لو باع العين ثالث فضولا). أقول: حاصل كلامه: أنه إذا باع العين ثالث فضولا، و قلنا بأن المعاطاه تفيد الملكيه لم يبعد أن تكون إجازة المالك الأول رجوعا كبيعته و سائر تصرفاته المتوقفه على الملك و لكنه لا يخلو عن إشكال. و إن أجازة المالك الثانى لزمته المعاطاه بغير إشكال و إذا قلنا بأن المعاطاه تفيد الإباحه انعكس الحكم إشكالا و وضوحا: بمعنى أنه تنفذ إجازة المالك بغير شبهه، و لكن يتردد فى نفوذ إجازة المباح له فإذا أجاز العقد الواقع على العين فضولا نفذت إجازته. و أن العين باقيه فى ملك المالك، فإذا أجاز المباح له العقد الفضولى الواقع على العين لم تنفذ إجازته،

لأنه كغيره من الأجانب.

و التحقيق: أنه إذا قلنا بأن المعاطاه تفيده الإباحه، و أجاز المالك الأول العقد الفضولى الواقع على العين كانت إجازته رجوعا عن المعاطاه، لأن المفروض أن العين باقيه على ملكه، و الناس مسلطون على أموالهم، فتكون إجازته للبيع الواقع على ملكه فضولا كبيعه له بنفسه، فيكون فسخا للمعاطاه. و من هنا يظهر أن له رد العقد الفضولى أيضا، لأنه هو المالك، فله الإجازة و الرد.

و هل يكون رده-على القول بالإباحه رجوعا-عن المعاطاه؟ قد يقال بعدمه نظرا الى أن رد العقد الفضولى لا يترتب عليه إلا بقاء ماله على ما كان عليه مملوكا له.

و هذا لا ينافى إباحته للمتعاطى فتبقى الإباحه على حالها.

و لكن فى هذا خلطا بين المعاطاه المقصود بها الإباحه و بين المعاطاه المقصود بها الملكيه مع ترتب الإباحه عليها بالتعبد فبيما إذا أعطى المالك ماله و قصد به الإباحه لم يكن رد العقد الواقع عليه فضولا رجوعا عن الإباحه بخلاف إجازته. و أما إذا أعطى ماله قاصدا به التمليك فهو أجنبى عن ذلك المال فى اعتباره. و الإباحه الشرعيه مترتبه على هذا الاعتبار حدوثا و بقاء فما دام هذا الاعتبار كان باقيا فهو أجنبى عن المال، فليس له رد العقد الواقع عليه فردة يكشف بالدلاله الالتزاميه عن رجوعه فى المعاطاه و إرجاع مملوكه الى نفسه، فكان الرد كالأجازة فى أنه يكون رجوعا عن المعاطاه.

و إن أجاز المباح له ذلك العقد الفضولى صارت المعاطاه لازمه. فإن شأن الإجازة الصادره منه شأن البيع الصادر منه. فكما أن البيع توجب لزوم المعاطاه، كذلك الإجازة.

أما إشكال المصنف (ره) فى تأثير إجازته فلعلة مبنى على أن الجمع بين الأدله - كما أفاده قدس سره - يقتضى الالتزام بالملكيه آنا ما قبل التصرف المتوقع عليها و هذا لا يتحقق فى فرض الإجازة. و إنما يتحقق فى فرض بيعه بنفسه، و ذلك فان

الصحيح أن الإجازة كاشفه لا ناقله. و عليه فلا بد من الالتزام بدخول المال المعطى فى ملك المباح له قبل البيع الفضولى آنا ما، و هذا مناف للقول بالإباحه، كما هو المفروض نعم لو كانت الإجازة ناقله صحت إجازة المباح له كيبه بلا إشكال.

و يندفع هذا الاشكال بما ذكرناه من أن القول بالإباحه لم يدل عليه دليل غير الإجماع المدعى على عدم تأثير المعاطاه فى الملكيه. و إلا- فالاطلاقات و افيه بإفادتها لها - كما فى العقد اللفظى- و المتيقن من الإجماع على تقدير تسليمه إنما هو ما قبل صدور العقد الفضولى المتعقب بإجازته. و أما فى غيره فيتمسك بالاطلاقات، و تثبت بذلك الملكيه من حين صدور العقد، فيصح بإجازته، و ينتقل البدل اليه.

نعم لا يؤثر رده فى إبطال العقد الفضولى، إذ المفروض أن العين باقيه فى ملك مالكةا. و أما المباح له فليس له إلا جواز التصرف فيها دون رد العقد الواقع عليها. و إن شئت قلت: إن غايه ما يترتب على رد المباح له أنه لا يضاف إليه العقد الفضولى. فتكون العين باقيه على حالها من عدم تصرف المباح له فيها. و هذا لا ينافى جواز تصرف المالك فيها بإجازته للعقد المترتب عليها فيكون هذا رجوعا عن المعامله المعاطاتيه هذا كله على القول بالإباحه.

أما على القول بالملك فان أجازة المالك الثانى كانت الإجازة نافذه بلا- إشكال، لأنها إجازة من المالك، و لزمّت المعاطاه، لا انتقال العين الى شخص آخر. و إن رده سقط العقد الفضولى عن قابليته للإجازة منه أو من المالك الأول، إذ المفروض أن الرد قد صدر من المالك، فيلغو العقد الواقع على ماله، على هو المعروف من عدم تأثير الإجازة بعد الرد.

و لكنه مع ذلك لا تخرج المعاطاه من التزلزل الى اللزوم، بديهه أن رده هذا ليس إلا هدمًا للعقد الفضولى، و جعله كالعدم، و هذا لا يلازم المعاطاه بوجه. و إن أجازة المالك الأول أوردته كان ذلك فسخا للمعاطاه، لما عرفته قريبا من دلالة الإجازة أو الرد

على رجوعه عن عقد المعاطاء و الا فهو أجنبي عن إجازة العقد الواقع على ملك غيره و رده فالإجازة أو الرد كاشفه عن الرجوع بالدلالة الالتزامية.

أما إشكال المصنف في تأثير إجازته فلعله مبنى على أن فسخ المالك الأول و رجوعه عن المعاطاء إنما يؤثر من حينه، فالمبيع يرجع إليه من حين الفسخ. وهذا لا يمكن الالتزام به هنا، فإن الإجازة إذا صحت لا بد من أن تكشف عن الملكية حال العقد، و المفروض أنه لا- يمكن الالتزام به هنا، لفرض أنه لا- موجب لرجوع المال الى مالكة الأول غير فسخه، و هو متأخر عن العقد الفضولي زمانا. نعم لا بأس بالالتزام بتأثير الإجازة-على القول بالنقل-إلا أنه خلاف المبنى.

و يمكن دفع الإشكال أولا- بأنه لو تم فإنما يترتب عليه عدم صحة العقد الفضولي بإجازة المالك الأول و لا يترتب عليه بقاء المعاطاء على حالها و عدم انفساخها بتلك الإجازة، ضروره أن الإجازة- كما عرفته- كاشفه عن رجوع المالك الأول لا محاله، سواء في ذلك تأثيرها في صحة العقد الفضولي و عدمه.

ثانيا: أن الكشف الذي التزم به المصنف (ره) هو الكشف الحكمي، دون الكشف الحقيقي، و الكشف الحكمي نقل حقيقه. و إنما يفترق عن النقل بلزوم ترتيب ما هو الممكن من آثار الملكية السابقة من حين الإجازة. و بما أنه لا يمكن ترتيب آثار الملكية السابقة- حال العقد- من حين الإجازة فلا يحكم بترتيبها. بل يحكم بترتب الملكية حال الإجازة.

ثم انه ذكر المصنف (ره): أنه (لو رجع الأول فأجاز الثاني فإن جعلنا الإجازة كاشفه لغى الرجوع. و يحتمل عدمه، لأنه رجوع قبل تصرف الآخر فينفذ.

و يلغوا الإجازة. و ان جعلناها ناقلة لغت الإجازة قطعا) و التحقيق: أن الإجازة-على القول بالكشف و يأتي في مبحث البيع الفضولي- قد تكون منزلة المعرف المحض لصحة العقد الفضولي من الأول من دون دخل لها في

صحة العقد أصلاً. وقد تكون دخيله في تأثير الإنشاء السابق: إما على سبيل الشرط المتأخر. وإما على سبيل كونه قيدياً على أن يكون المؤثر في الملكيه هو الإنشاء السابق المقيد بتعقب الإجازة.

و على المعنى الأول فيمكن الالتزام بأن الإجازة الصادره من المالك الثاني - وإن تأخرت - تؤثر في العقد الفضولي و اما رجوع المالك الأول - وإن تقدم - فلا - يؤثر في ذلك، إذ الإجازة تكشف عن انتقال المال عن مالكه الأول إلى غيره من حين العقد و حينئذ فالرجوع الصادر من المالك الأول لغو محض، فإنه رجوع بعد انتقال العين الى ثالث، فلا موضوع له. و الجواب عن ذلك:

أولاً: أن هذا المعنى للكشف و إن كان محتملاً في مقام الثبوت، و لكن لا دليل عليه في مقام الإثبات. بل الأدله الداله على اعتبار الرضا في صحة العقد تدل على عدمه.

ثانياً: أنا لو سلمنا أن الإجازة المتأخره معرفه لصحة العقد من دون أن يكون لها دخل فيها، إلا أنها إنما تكون كذلك إذا صدرت من المالك الذى ينتسب إليه العقد بالإجازة، لا من كل أحد. و من الواضح أن رجوع المالك الأول يرفع موضوع الإجازة من المالك الثاني، فلا تكون إجازته صادره من المالك لكى تكون معرفه لصحة العقد من أول الأمر.

و بتعبير آخر: أن الإجازة المعرفه إنما هى الإجازة التى تصدر ممن يرجع إليه أمر العين - التى وقع عليه العقد - بحيث يصح له أن يبيعها. و إذا فرض أنه خرج عن دائره اختياره بفسخ المعاطاه لم تصح الإجازة لكى تكون كاشفه. و بما ذكرناه يظهر حكم ما لورد المالك الأول، ثم أجاز المالك الثاني، حيث ذكرنا ان الرد رجوع منه فى عقد المعاطاه بالدلاله الالتزاميه.

و على المعنى الثانى فالأمر أوضح، بداهه أن المؤثر فى تأثير الإنشاء إنما هو

الإجازة اللاحقة الصادره من المالك الثاني، لا كل إجازة- وإن صدرت من غير المالك- وقد عرفت آنفا أن المالك الثاني قد انقطعت علاقته عن المال المعطى له برجوع المالك الأول. و عليه فلا- تؤثر إجازته في انتساب العقد إليه لكي يكون مشمولاً للعمومات الداله على صحة العقود و لزومها. و اذن فالإجازة المتأخره الصادره من المالك الثاني لاغيه.

ثم لو رجع المالك الأول صريحا أو بالدلاله الالتزاميه- كما إذا أجاز العقد الفضولى أوردته- و قارنته الإجازة من المالك الثاني فإن قلنا بشمول الإجماع- القائم على جواز المعاطاه- لصوره رجوعه حال إجازة المالك الثاني فلا يبقى مجال لإجازة المالك الثاني. و ان لم نقل بذلك كان رجوع المالك الأول- فى تلك الحاله- لاغيا.

هذا كله فى حكم المضمن. و قد ظهر من جميع ما تلوناه عليك حكم الثمن أيضا.

قوله: (و لو امتزجت العينان أو إحداهما سقط الرجوع على القول بالملك، لامتناع التراد و يحتمل الشركه و هو ضعيف. أما على القول بالإباحه فالأصل بقاء التسلط على ماله الممتزج بمال الغير، فيصير المالك شريكا مع مالك الممتزج به). أقول:

التحقيق: أنه لا- قصور فى شمول العمومات- الداله على لزوم المعاطاه المقصود بها الملك- لمحل الكلام نهايه الأمر انه يحكم بجوازها للإجماع. و من البين الذى لا شك فيه أن الإجماع- على تقدير تحققه- دليل لبي فلا بد من الاقتصار فيه على المقدار المتيقن، و هو ما كان المأخوذ بالمعاطاه موجودا عند الآخذ بالمعاطاه و متميزا عن غيره من جميع الجهات. و عليه فإذا امتزج ذلك بغيره لم نظمئن بوجود الإجماع على الجواز. و اذن فلا- بد من الحكم بلزوم المعاطاه فى هذه الصوره. سواء فى ذلك القول بالملكيه و القول بالإباحه. و على هذا فلا- وجه لما احتمله المصنف من الالتزام بالشركه على القول بالملك. كما لا- وجه لاستصحاب بقاء السلطنه على القول بالإباحه.

و أضف الى ذلك قيام السيره القطعيه على عدم جواز الرجوع مع امتزاج

المأخوذ بالمعاطاه بغيره، إذ لو أخذ أحد دهنًا من بقال-بالباع المعاطاتي-فمزجه بدهن آخر فإنه لا يشك أحد في أنه ليس للأخذ ان يردده إلى البائع. و احتمال أن تكون المعاطاه حينئذ لازمه من طرف المشتري و جائزه من طرف البائع بعيد غايته هذا كله فيما إذا لم يكن المزج موجباً لصدق التلف على المال المأخوذ بالمعاطاه، و الا كان الحكم باللزوم مع الامتزاج أوضح.

و قد اتضح لك مما بيناه حكم التصرف المغير للعين، كطحن الحنطه و فصل الثوب بل دعوى السيره المتقدمه هنا بمكان من الوضوح. و اذن فلا مجال لاستصحاب جواز التراد على القول بالملك. كما لا وجه للقول بعدم اللزوم على القول بالإباحه.

قوله: (ليس جواز الرجوع في مسأله المعاطاه نظير الفسخ في العقود اللازمه حتى يورث بالموت، و يسقط بالإسقاط ابتداءً أو في ضمن المعامله. بل هو على القول بالملك نظير الرجوع في الهبه. و على القول بالإباحه نظير الرجوع في إباحه الطعام إلخ). أقول:

لا- شبهه في أن جواز الرجوع في المعاطاه جواز حكمي، كجواز الرجوع في الهبه و كجواز الرجوع في إباحه الطعام- كما ذكره المصنف- الا- أن جواز الرجوع في العقود الخياريه أيضاً من قبيل الحكم، لما عرفته في البحث عن الحكم و الحق من أنه لا فارق بينهما بحسب الواقع، بل الفارق بينهما بحسب الاصطلاح فقط باعتبار أن أي حكم كان رفعه بيد المكلف يسمى حقاً، و ما لا يكون كذلك يسمى حكماً و الا فالحق أيضاً حكم شرعي غايته أنه يقبل الارتفاع باختيار المكلف له و من الظاهر أن الجواز في البيع الخياري من هذا القبيل، بخلاف الجواز في الهبه، و المتبع في كل مورد هو دلاله الدليل.

ثم ان الجواز في بيع المعاطاه انما ثبت لخصوص المتعاطيين، و لا يثبت لو ارثهما و الوجه في ذلك: أن العمومات الداله على لزوم العقد تقتضى لزوم المعاطاه من أول الأمر لكونها عقداً بالحمل الشائع. و لكن الإجماع- على تقدير تسليمه- قد انعقد



على جوازها. و بما أنه دليل لبي فلا بد من الأخذ بالمقدار المتيقن منه. و من المعلوم أن المقدار المتيقن من الإجماع هو ثبوت الجواز فى المعاطاه ما دام المتعاطيان باقيين فى الحياه و لا إجماع على الجواز فيما إذا مات أحدهما أو كلاهما و إذن فتصير المعاطاه لانزومه للعمومات المزبوره و عليه فلا- مجال لتوهم انتقاله الى الوارث بأدله الإرث. و لا يفرق فى ذلك بين القول بأن المعاطاه تفيد الملكيه أو الإباحه: أما على الأول فواضح أما على الثانى فلان الإباحه الثابته هنا ليست إباحه مالكيه. و إنما هى إباحه شرعيه قد ثبتت بالإجماع، فإن الكلام إنما هو فى المعاطاه المقصود بها الملك. و قد انعقد الإجماع-على تقدير تسليمه-على عدم تأثيرها فى الملكيه، و ترتب إباحه التصرف عليها.

لكن القدر المتيقن من ذلك ثبوت الإباحه لنفس المتعاطيين، و عدم ترتب الملك على المعاطاه فى زمان حياتهما الى أن قبل موت أحدهما، و حيث لا- إجماع بعد ذلك فالمرجع هى الإطلاقات. و بذلك تثبت الملكيه لهما فينتقل المال من الميت الى وارثه.

و إذن فمنزله ما نحن فيه منزله نقل العين المأخوذه بالمعاطاه إلى غيره بشىء من النواقل الاختياريه فكما أن الثانى ملزم للمعاطاه، كذلك الأول.

و أضف الى ذلك قيام السيره القطعيه على لزوم المعاطاه بموت أحد المتعاطيين، إذ لم نر و لم نسمع الى الان رجوع الوارث إلى المأخوذ بالمعاطاه بعد موت مورثه. بل إذا أراد الرجوع الى ذلك عدّه الناس خارجا عن سلك العقلاء. و كذلك الحال فى رجوع الحى إلى ورثه الميت فيما أخذه منه بالمعاطاه، فالسيره كاشفه عن انتقال المأخوذ بالمعاطاه إلى وارث الميت و لزومه بلا فرق بين القول بأن المعاطاه تفيد الملك، و القول بأنها تفيد الإباحه.

و قد تبين لك مما أوضحناه أنه لو جن أحد المتعاطيين لم يجر الرجوع الى الآخر سواء فيه القول بالملك و القول بالإباحه، فإن الدليل على جواز المعاطاه إنما هو الإجماع -على تقدير تحقيقه- و لا نطمئن بوجوده فى هذه الصوره، بل يرجع الى أدله اللزوم

على كلا القولين و إذن فلا وجه صحيح لما أفاده المصنف من ثبوت حق الرجوع لولى المجنون على كلا القولين.

## جريان الخيارات المصطلحه فى المعاطاه

### اشاره

الأمر السابع: فى جريان الخيارات المصطلحه فى المعاطاه و عدم جريانها فيها.

قد تكلمنا فى ذلك إجمالاً فى الأمر الأول، و أو كل المصنف-هناك-البحث عن ذلك الى ما سيأتى، و هنا موعده فنقول:

لا ينبغى الشك فى عدم جريان الخيار و لا غيره من أحكام البيع على المعاطاه المقصود بها الإباحه، إذ لا صلح بين هذا القسم من المعاطاه و بين البيع بوجه لكى تجرى عليها أحكامه بل شأن المعاطاه المقصود بها الإباحه شأن إباحه الطعام و نحوه فى الضيافات و غيرها. و هل يسوغ لأحد أن يتوهم جريان الخيارات-مثلاً-فى الضيافات و أشباهها من أقسام الإباحات؟.

و أيضاً لا ينبغى الشك فى جريان الخيار و سائر أحكام البيع على المعاطاه المقصود بها الملك إذا قلنا بإفادتها الملك اللازم من أول الأمر، بداهه أنها على هذا الرأى لا يقصر عن البيع اللفظى بشىء فتكون موضوعاً للأحكام الجاربه عليه حذو النعل بالنعل و القذه بالقذه، إذ لا-نعرف وجهاً صحيحاً لاختصاص الأحكام المزبوره بالبيع اللفظى. و إنما الإشكال فى جريان الخيار و سائر أحكام البيع على المعاطاه المقصود بها الملك إذا قلنا بإفادتها الملك الجائر أو الإباحه.

**و قبل تحقيق ذلك لا بد و أن يعلم أن الخيار على ثلاثة أقسام:**

### ١- أن يثبت فيه بالاشتراط و الجعل

و لو من جهه اشتراط فعل على أحد المتبايعين أو اشتراط صفه فى أحد العوضين، فان مرجع الاشتراط فى هذه الموارد الى

جعل الخيار أيضا، لأننا لا نعقل وجها صحيحا لجعل الشرط في البيع إلا ثبوت الخيار فيه للمشروط له على تقدير التخلف، بداهه أن مرجع الاشتراط إما الى توقف أصل العقد على تحقق الشرط، أو الى توقف لزومه عليه. و على الأول فيلزم التعليق في العقود، و هو مبطل للبيع إجماعا. و على الثاني فلزوم العقد متوقف على الوفاء بالشرط، و الا فهو جائز. و هذا هو معنى كون العقد خياريا.

## ٢- أن يثبت الخيار في البيع بالشرط الضمني حسب ما يقتضيه بناء العقلاء

و الارتكاز العرفي

من غير تصريح بالشرط في ضمن العقد. و مثاله: أن يشتري أحد من غيره عرضا خاصا بدينار مع الجهل بقيمته الواقعيه فبان أنه لا يسوى إلا- بدرهم، فإنه لا- ريب في ثبوت الخيار للمشتري، للارتكاز القطعي، و بناء العقلاء على اشتراط البيع بكون العوضين متساويين في المالیه و إذا تخلف ذلك ثبت للمشروط له خيار تخلف الشرط الضمني الثابت بالارتكاز.

## ٣- أن يكون الخيار ثابتا في البيع بالدليل الشرعي التعبدى

بحيث يكون البيع بنفسه و عنوانه موضوعا لذلك الخيار تعبدا من غير احتياج الى الاشتراط الصريح في متن العقد، أو الى الارتكاز العقلائی. و ذلك كخيارى الحيوان و المجلس، فإنهما ثابتان للبيع بدليل خاص تعبدى و إذا عرفت ما تلوناه عليك فاعلم أنه لا وجه للمناقشه في جريان الخيار في القسمين الأولين على المعاطاه بناء على إفادتها الملك الجائز، فإنها بيع عرفا و شرعا. بل لو لم تكن بيعا أيضا لجرى عليها الخيار في هذين القسمين، بداهه أن دليل ثبوت الخيار في هذين القسمين غير مختص بالبيع، بل يعم كل معاوضه و إن لم يكن بيعا.

و قد نوقش في جريان الخيار عليها حينئذ بأن أثر الخيار إنما هو جواز العقد، و من الواضح أن المعاطاه جائزه بالذات فلا معنى لجوازها بالعرض. و عليه فجعل الخيار في المعاطاه لغو محض، و تحصيل للحاصل كما نوقش- أيضا- في جريان الخيار المختص

بالباع-كخيارى المجلس و الحيوان-على المعاطاه بأن الظاهر من دليل جعل الخيار اختصاصه بعقد كان وضعه على اللزوم من غير ناحيه هذا الخيار، فلا يشمل المعاطاه، لكونها جائزه بطبعها الاولى.

أما المناقشه الأولى فقد تقدم جوابها عند التكلم على الأمر الأول، و يأتى -أيضا- فى مبحث الخيارات.

أما المناقشه الثانيه فقد تقدم جوابها-أيضا-فى الأمر الأول و أضف إليه أنه إن أريد-من ظهور دليل الخيار فى الاختصاص بعقد كان مبناه على اللزوم- اللزوم عند المتعاقدين فلا شبهه فى أن المعاطاه أيضا كذلك. و إن أريد من ذلك اللزوم عند الشارع فهو غير صحيح فى البيع اللفظى أيضا، إذ قد يجتمع خيار المجلس و الحيوان، و هما مع خيار آخر. و قد اتضح لك مما أوضحناه جريان الأرش هنا أيضا، إذ لا قصور فى شمول دليله لما نحن فيه. هذا كله على القول بإفاده المعاطاه الملك.

أما على القول بإفادتها الإباحه فلا مانع من ثبوت الخيار لها الذى لا يختص دليله بالبيع فقط-كما فى القسمين الأولين على ما عرفته آنفا-إلا- أن أثر ثبوت الخيار حينئذ ليس رجوع الملك الى مالكة الأول، إذ المفروض أن المال بعد باق على ملكه. و لم ينتقل منه الى غيره ليرجع اليه بالفسخ، بل أثره سقوط العقد عن قابليته للتأثير بفسخ المعامله و عدم بقاء أحد المتعاطيين على التزامه. و قد بينا ذلك فى الأمر الأول.

نعم يشكل ذلك فى مقام الإثبات و إقامه الدليل، فان دليل نفوذ الشرط يختص بالعقد الممضى شرعا. فإذا فرضنا أن الشارع لم يمض عقد المعاطاه، و كان كل من المالىين باقيا على ملك مالكة-غايه الأمر أنه أباح لكل من المتعاطيين التصرف فى مال الآخر-فكيف يمكن القول بصحه الشرط الواقع فى ضمنه بدليل وجوب الوفاء بالشرط، أو بدليل وجوب الوفاء بالعقد بماله من القيود؟.

و المتحصل: أن دليل ثبوت الخيار و ان لم يشمل جعل الخيار فى المعاطاه-بناء

على إفادتها الإباحه-إلا أنه لا إشكال فى إمكان ثبوته فيها:و يترتب عليه سقوط العقد عن قابليته للتأثير بفسخه.

و انما الإشكال فى ثبوت الخيار الذى اختص دليله بالبيع.

قد يقال:بعدم ثبوت ذلك فى المعاطاه-على القول بإفادتها الإباحه-لعدم كونها بيعا،بل هى معاوضه مستقلة، كما احتمله الشهيد الثانى فى المسالك.

و يرد عليه:أنها بيع عرفى.و إمضاء الشارع لها مشروط بتحقق الملزم.و عليه فهى كبيع الصرف الذى اشترط صحته بالقبض فى المجلس فكما أن حصول الملكيه فى بيع الصرف متأخر عن البيع، كذلك المعاطاه.نعم تفترق المعاطاه-عن غيرها بجواز تصرف كل من المتعاطين قبل حصول الملكيه،و لا يجوز ذلك فى غيرها.و الفارق بينهما إنما هو قيام الإجماع على جواز التصرف فى المعاطاه.و عليه فلا مانع من ثبوت الخيار -المختص دليله بالبيع-فى المعاطاه على القول بترتب الإباحه عليها دون الملك.نعم إن دليل خيارى المجلس و الحيوان لا يعم ما إذا لم يصح العقد شرعا.و لم يتعلق به الإمضاء خارجا.و عليه فلا يبقى مجال لثبوت مثل هذا الخيار فى المعاطاه على هذا القول هذا كله قبل أن يتحقق شىء من الملزمات التى تقدمت.

أما بعد تحققه فعقد المعاطاه عقد صحيح يجرى عليه خيار المجلس و خيار الحيوان فإنه بيع نافذ،فيعمه دليل الخيار الثابت فيه.و يترتب على ذلك أن غايه خيار المجلس -حينئذ-هو الافتراق عن مجلس تحقق فيه البيع بتحقيق شىء من الملزمات، كما أن مبدء الثلاثه فى خيار الحيوان إنما هو حين تحققه.

و بما ذكرناه يظهر جريان الخيار الثابت فى القسمين الأولين-أيضا-على المعاطاه بعد تحقق شىء من الملزمات بل هذا أولى بالجريان،فإنها لو سلمت أنها ليست ببيع كانت معاوضه مستقلة،و قد رتب عليها الشارع ابتداء خلاف ما قصده المتعاطيان الى زمان تحقق الملزم.و رتب عليها ما قصده المتعاطيان بعد تحقق الملزم،و من الظاهر

أن ذلك لا يمنع عن جريان الخيار-الذى لم يختص دليله بالبيع-عليها

### العقد الفاقد لبعض شرائط الصيغه هل يرجع الى المعاطاه أم لا

الأمر الثامن: أنه لا ريب فى تحقق المعاطاه المصطلحه-التي هى معركة الآراء بين الخاصه و العامه-بما إذا تحقق إنشاء التمليك أو الإباحه بالفعل، و هو قبض العينين. أما إذا حصل ذلك بالقول غير الجامع للشرائط فهل يترتب عليه ما يترتب على المعاطاه؟.

الأقوال فى المقام ثلاثه:

١-القول برجوع ذلك الى المعاطاه.

٢-القول برجوعه إليها إذا تعقبه القبض و الإقباض.

٣-القول بعدم رجوعه إليها، بل يكون ذلك من البيوع الفاسده. و قد أطال المصنف الكلام-هنا-و لكن الظاهر أنه لا يترتب ثمر مهم على هذه الإطاله.

و التحقيق: أن حقيقه كل أمر إنشائى من الأوامر و النواهى و العقود و الإيقاعات متقومه بالاعتبار النفسانى المبرز بمظهر خارجى، سواء أ كان هذا المبرز فعلا من الأفعال الجوارحيه، أم كان قولاً. و عليه فلا وجه لتخصيص ذلك المبرز بالقول، أو بحصه خاصه منه، بل يعم القول و الفعل كليهما. إلا أن يدل دليل خاص على اعتبار مبرز معين فى صحه عقد أو إيقاع و نفوذه شرعاً، كما هو الحال فى اعتبار اللفظ فى صحه عقد النكاح و فى اعتبار اللفظ الخاص فى صحه الطلاق. و على هذا الضوء فيصح إنشاء عقد البيع و غيره بأى مبرز كان من غير أن يكون مشروطاً بصيغه خاصه فضلاً عن أن تكون هذه الصيغه مشروطه بشرط لكى يتكلم فى أنه إذا وقع خلل فى بعض ما يرجع الى هذه الصيغه من الشرائط هل تشملها العمومات و المطلقات الداله على صحه ذلك

ص: ٢٢٢

العقد و لزومه و مع الإغضاء عن هذا المنهج الصحيح، و الالتزام باعتبار قيود معينه فى صيغه البيع أو غيره فهل يحكم بفساد الصيغه مع الإخلال ببعض قيودها، أم يحكم عليها بحكم المعاطاه؟ التحقيق: أن ما يدل على اعتبار الصيغه الخاصه فى البيع-مثلا- قد يكون ظاهرا فى اعتبارها فى لزومه، فيحكم بكون البيع بالصيغه الفاقده لتلك الخصوصيه بيعا صحيحا جائزا، إذ المفروض أن المشروط بتلك الخصوصيه إنما هو لزوم العقد دون صحته، و عليه فان كان لدليل الاشرط إطلاق أخذ به، و يحكم بأن العقد الفاقد لها جائز دائما، كسائر العقود الجائزه و مع وجود الإطلاق لا موضوع للتمسك باستصحاب الجواز، إذ لا مجال لجريان الأصل العملى مع وجود الأصل اللفظى. و عليه فيكون الأصل فى هذه المعامله-التي هى مورد بحثنا-هو الجواز. فلا يحكم بلزومها بما يوجب لزوم المعاطاه، لا من ناحيه الجمع بين الأدله-كما هو مذهب المصنف-و لا من ناحيه الأخذ بالمقدار المتيقن من دليل الجواز-كما هو المختار عندنا-بل المتبع هو إطلاق دليل الاشرط إلا- أن يدل دليل بالخصوص على اللزوم فيما إذا كان إطلاق، و أما إذا لم يكن إطلاق فى دليل الاشرط فيتمسك فى غير المقدار المتيقن بعموم أدله اللزوم فى العقود و معه-أيضا-لا وجه للرجوع الى استصحاب الجواز، كما كان الأمر كذلك على القول بإفاده المعاطاه الملكيه الجائزه.

و قد يكون ما يدل على اعتبار الصيغه الخاصه ظاهرا فى اعتبارها فى صحه العقد، لا فى لزومه، فيحكم بفساد العقد مع الإخلال بها، أو بشىء من شرائطها، و حينئذ فلا يجوز لكل من المتعاطيين أن يتصرف فيما أخذه من العوض مستندا الى هذا العقد، سواء أ حصل فيه قبض و إقباض، أم لم يحصل فيه ذلك، فإن شأن المقبوض بذلك شأن المقبوض بسائر العقود الفاسده. و لا يقاس ذلك بالمعامله المعاطاتيه على القول بعدم

إفادتها الملك، فان جواز تصرف كل من المتعاطين فيما انتقل اليه إنما ثبت بالإجماع، و بالسيره القطعيه، و لا إجماع فى محل الكلام فتحصل أن الصيغه الفاقد له للخصوصيه- المعتره فى ترتيب الملكيه و نفوذ المعامله-وجودها كالعدم، فلا يترتب عليها إباحه التصرف أيضا.

نعم إذا كان القبض و الإقباض، لا على سبيل الوفاء بالعقد الفاسد، بل على سبيل المعامله المعاطاتيه مع قطع النظر عن العقد السابق بحيث يكون الفعل مع قطع النظر عن ذلك العقد مبرزا للاعتبار النفسانى إذا كان كذلك كان ذلك مصداقا للبيع المعاطاتى، و يترتب عليه جميع ما يترتب على المعاطاه من الاحكام و الآثار، إذ ليس من شرائط صحه المعامله المعاطاتيه أن لا يسبقها عقد فاسد و مثل ذلك ما إذا رضى المالك بجواز التصرف فى ماله غير مبنى على العقد الفاسد، فإنه يجوز التصرف فيه حينئذ. لكن الإباحه فى هذا الفرض إباحه مالكيه. و أما الإباحه المترتبه على المعاطاه-على القول بإفادتها ذلك- إباحه شرعيه و قد نقدم تفصيل ذلك فى الأبحاث السابقه. و هذان الموردان خارجان عن دائره حرمة التصرف فى المقبوض بالعقد الفاسد خروجاً تخصيصاً.

و على الجملة: إنا إذا اعتبرنا لفظاً خاصاً فى صحه البيع كان الفاقد لذلك بيعاً فاسداً، و لا يجرى عليه حكم المعاطاه. و أما فرض تحقق المعاطاه بالقبض و الإقباض بعد فساد هذا العقد فهو أجنبى عن محل الكلام، لأن ما هو صحيح لا صلح له بالعقد اللفظى و ما هو عقد لفظى قد فسد من أصله و كذلك الحال فى فرض العلم برضا المالك بالتصرف لا من جهه الوفاء بالعقد الفاسد.

قوله: (و لا يكفى فيه عدم العلم بالرجوع، لأنه كالإذن الحاصل من شاهد الحال). أقول: قد يناقش فى المنع عن جواز التصرف مع الشك فى بقاء الرضا السابق بتوهم أن استصحاب الرضا يترتب عليه جواز التصرف ما لم يعلم بارتفاعه.



و لكن تندفع هذه المناقشه بأن حرمه التصرف فى مال غيره بدون إذنه و رضاه حكم انحلالى بحسب الأفراد العرضيه و الطوليه. و عليه فكل فرد من تلك الافراد محكوم بحرمه التصرف ما لم يحرز فيه إذن المالك. و من الواضح أن إسراء حكم من موضوع الى موضوع آخر غير داخل فى الاستصحاب. بل هو داخل فى القياس.

و على الجملة: إن الإباحه الثابته فى محل الكلام إباحه مالكيه، و هى تدور مدار الرضا فى كل فرد من الأفراد العرضيه أو الطوليه للتصرف، فما أحرز به رضا المالك فهو. و إلا لم يجز لعموم ما دل على عدم جوازه. و قد ظهر لك مما ذكرناه بطلان قياس المقام بما إذا شك فى رجوع المالك فى المعامله المعاطاتيه، حيث إنه لا شك فى جواز التصرف -حينئذ- على القول بإفادتها الإباحه دون الملك تمسكا باستصحاب عدم الرجوع و وجه الظهور: أن الإباحه الثابته فى مورد المعامله المعاطاتيه إباحه شرعيه. غايتها رجوع المالك فإذا شك فى تحقق الغايه استصحاب عدمه.

أما الإباحه فى محل الكلام فهى إباحه مالكيه التى تدور مدار رضا المالك فى كل فرد من أفراد التصرف، فان لم يحرز فى فرد لم يجز التصرف فيه و لا- يمكن الحكم بجوازه مع الشك فى ثبوت الجواز لفرد آخر غيره. نعم إذا كان المالك قد أذن فى تصرف ما بالخصوص أو بالعموم، و شك فى بقاءه، لاحتمال رجوعه عن إذنه صح استصحاب إذنه فى جواز ذلك التصرف فى ظرف الشك لكن أين ذلك من الشك فى الاذن بالنسبه الى ذلك التصرف حدوثا الذى هو مورد الكلام و الى هنا وقف القلم فى مبحث المعاطاه.

و بذلك قد تم الجزء الثانى من كتابنا مصباح الفقاهه فى المعاملات. و يتلوه الجزء الثالث إنشاء الله. الحمد لله أولا و آخرا و ظاهرا و باطنا.

سرشناسه: خوئی، ابوالقاسم، ۱۳۷۱ - ۱۲۷۸

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

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

مشخصات ظاهری: ۷ ج. نمونه

یادداشت: کتابنامه

موضوع: معاملات (فقه)

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

رده بندی کنگره: BP۱۹۰/خ ۹ م ۶ ۱۳۷۵

رده بندی دیویی: ۲۹۷/۳۷۲

شماره کتابشناسی ملی: م ۷۵-۷۰۸۹

ص: ۱

مصباح الفقاهه

من تقرير بحث... ابوالقاسم الموسوي الخوئي

لمولفه محمدعلي التوحيدى التبريزى

ص: ٢



بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمَنِ الرَّحِيمِ

الحمد لله رب العالمين، و الصلاة على خير خلقه محمد و آله الطاهرين، و لعنه الله على أعدائهم أجمعين إلى يوم الدين.

و بعد فهذا هو المجلد الثالث من كتابنا-مصباح الفقاهه فى المعاملات-الذى كتبه تقريراً لبحث سيدنا الأستاذ الزعيم الدينى الأوحيد، و رائد النهضه العلميه الأكبر، طود العلم الشامخ، و علمه الراسخ، آيه الله العظمى الحاج السيد أبو القاسم الخويى متع الله المسلمين بطول بقائه.

و قد كان للإقبال العظيم الذى حظى به المجلد الأول، و الثانى من هذا الكتاب، و التقدير الذى نوه به رواد العلم و الفضيله باعث قوى على مواصلة العمل، و إجهاد الفكر إلى أن وفقنى الله تعالى لا يبراز هذا المجلد الثالث و تقديمه إلى الجامعه العلميه الكبرى. و أسأل الله سبحانه أن يوفقنا لنشر بقيه مجلداته و يجعل عملى هذا خالصاً لوجهه الكريم، و موجبا لرضاه الموصول إلى جنات النعيم، إنه سميع مجيب.

النجف الأشرف محمد على التوحيدى التبريزى

هل يعتبر اللفظ فى العقود؟

قوله: (مقدمه فى خصوص ألفاظ عقد البيع). أقول: حاصل كلام المصنف رضوان الله عليه: أن اعتبار اللفظ فى البيع، بل فى جميع العقود من الأمور الواضحه-التي لا-ريب فيها-و ذلك للإجماع المنقول و الشهره العظيمه، مع الإشاره إليه فى بعض النصوص (١).

و لكن المقدار المتيقن من الإجماع المزبور إنما هو تمكن المتعاقدين من اللفظ، و إذا عجز أحدهما أو كلاهما عن التلفظ، لخرس و نحوه لم يشمله الإجماع، و إن كان قادرا على توكيل غيره.

و هذا التعميم ليس من ناحيه أن الأصل هو عدم وجوب التوكيل-كما قيل-لأن الوجوب بمعنى الاشتراط هو الأصل فى المقام، بل الدليل على التعميم إنما هو فحوى الروايات [٢] الداله على عدم اعتبار اللفظ فى طلاق

ص: ٥

الأخرس، لأن حملها على صورة العجز عن التوكيل حمل للمطلق على الفرد النادر و إذا جاز للأخرس إنشاء الطلاق بغير اللفظ جاز له إنشاء سائر العقود بغيره أيضا، و عليه فيحكم بلزوم العقد الصادر منه حتى المعاطاه، ضروره أن العمومات الداله على لزوم العقد تدل على لزوم المعاطاه أيضا، لكونها عقدا بالحمل الشائع.

و لكن قام الإجماع على جوازها ما لم تتحقق احدى الملزمات-التي ذكرناها في مبحث المعاطاه-و من الواضح أن المتيقن من الإجماع المزبور هو أن يكون المتعاطيان قادرين على اللفظ. أما مع العجز عن ذلك فلا-علم لنا بوجود الإجماع على جواز المعامله المعاطاتيه.

ثم إن الظاهر هو كفايه الكتابه أيضا مع العجز عن الإشاره، لفحوى ما ورد من النص-الذى ذكرناه في الحاشيه-على جوازها في الطلاق و إذا ثبت ذلك في الطلاق ثبت في غيره بالأولويه القطعيه.

أما مع القدره على الإشاره فهل هي تتقدم على الكتابه أم يجوز العكس؟ ذهب بعضهم إلى ترجيح الإشاره على الكتابه، لصراحه الإشاره في الإنشاء. و لكن في بعض الروايات-التي ذكرناها في الحاشيه-ما يدل على

العكس. انتهى ملخص كلام المصنف (ره).

## تحقيق المقام يقع فى نواحى شتى:

### الناحية الاولى: أن الأصل الأولى فى العقود والإيقاعات هل يقتضى

الصحة أم يقتضى الفساد؟

ذهب جمع إلى الأول، وذهب جمع آخر إلى الثانى و هو الحق، كما عليه المصنف (ره).

و الوجه فى ذلك: أن نتائج العقود والإيقاعات-من الملكيه و الزوجيه و العتاق و الفراق-أمور حادثه، و مسبوقة بالعدم، كما أن نفس العقود والإيقاعات كذلك، فإذا شككنا فى تحققها فى الخارج من ناحيه بعض ما يعتبر فيها من الشروط كان الأصل عدمه و حينئذ فيحكم بفسادها.

و قد ناقش فى ذلك المحقق الايروانى بأنه لا مانع من جريان أصاله البراءه من الشروط التى يشك فى اعتبارها فى تأثير العقود و الإيقاعات. و قال (لا- مانع من هذه الأصاله بناء على جريان البراءه فى الأحكام الوضعيه، كما يظهر من استدلال الامام (عليه السلام) بحديث الرفع على فساد طلاق المكره و عناقه، فينفى بأصاله عدم الوجوب و جوب كل خصوصيه شك فيها: بمعنى عدم دخلها فى تأثير السبب. و عدم كونها من أجزاء السبب. و لا- يبقى معها مجال الرجوع الى استصحاب عدم تحقق النقل و الانتقال، لأن هذا فى مرتبه السبب و ذاك فى مرتبه المسبب، و الاستصحاب إنما يقدم على أصاله البراءه حيث يكونان فى مرتبه واحده).

و تندفع هذه المناقشه: بأن حديث الرفع و إن كان يشمل الأحكام الوضعيه-كشموله للأحكام التكليفيه-إلا انه لا يعم خصوص الجزئيه و الشرطيه و المانعيه، ضروره أن هذه الأمور الثلاثه أمور غير قابله للوضع، فلا- تكون قابله للرفع أيضا إلا برفع منشأ انتزاعها. و عليه فإذا شك فى شرطيه

ص: ٧



شئ أو جزئيه أو مانعته لم يجز الرجوع فيها إلى البراءة.

و بيان ذلك إجمالاً: أنا ذكرنا في بحث الاستصحاب من علم الأصول أن الأحكام الوضعيه على ثلاثه أقسام:

١- أن يكون مجعولاً- بنفسه، كالملكيه و الزوجيه و الرقيه و نحوها، فإنها أمور متأصله: أي مجعوله بنفسها، و غير منتزعه من التكاليف الشرعيه بديهه أن انتزاعها من الأحكام التكليفيه و ان كان ممكناً في مقام الثبوت و لكن لا- دليل عليه في مقام الإثبات، إذ النسبه بين الملكيّه-مثلاً- و بين جواز التصرف، أو عدم جوازه، هي العموم من وجه، لأنه قد توجد الملكيّه و لا يترتب عليها جواز التصرف في المملوك، كالأشخاص المحجورين عن التصرف في أموالهم لسفه أو فلس أو صغر. و قد يتحقق جواز التصرف و لا توجد الملكيّه، كالمباحات الأصليه، فإنها غير مملوكه لأحد، و يجوز التصرف فيها لكل شخص. و كأولياء السفهاء و المجانين و الصغار، فإنه يجوز لهم التصرف في أموال هؤلاء المحجورين، و ليسوا بملاك. و قد يجتمعان، و هو كثير، و اذن فلا نعقل وجهاً صحيحاً لا-انتزاع الملكيّه من الحكم التكليفى دائماً أضف إلى ذلك: أن المستفاد من الأدله أن الاحكام التكليفيه تترتب على الملكيّه و الزوجيه و الرقيه و أمثالها تترتب الحكم على موضوعه. و من الواضح جداً أن مرتبه الموضوع متقدمه على مرتبه الحكم، فيستحيل انتزاع الأمر المتقدم من الأمر المتأخر.

و مثال ذلك: أن جواز تصرف الإنسان في ماله مستفاد من قوله (صلى الله عليه و آله) إن الناس مسلطون على أموالهم (١) و حرمه تصرفه في مال غيره بدون إذنه

ص: ٨

مستفاده من الروايات المستفيضه الداله على ذلك (١) و من الضروري أن جواز التصرف أو حرمة مترتب على المال المملوك. فلا بد من فرض وجوده قبل الحكم عليه بجواز التصرف و عدمه، بحيث يكون هذا الحكم من آثار المال المملوك، و بديهى أنه لا يمكن الالتزام بانتزاع الملكيه من آثار نفسها و هذا واضح لا ريب فيه.

٢- أن يكون الحكم الوضعى راجعا إلى الحكم نفسه، كالشرطيه و السببيه و المانعيه للوجوب-مثلا- فان الحكم الشرعى إذا لوحظ بالإضافة إلى شىء فاما أن يكون مطلقا أو مقيدا بوجوده، أو بعدمه.

لا كلام لنا فى فرض الإطلاق.

أما على فرض التقييد فان كان الحكم الشرعى مقيدا بقيد وجودى فيكون القيد معتبرا فى موضوعه. و عندئذ تنتزع منه الشرطيه تاره، و السببيه أخرى لأن مرجعهما إلى شىء واحد، و إنما الفرق بينهما اصطلاح محض.

و ان كان الحكم الشرعى مقيدا بقيد عدمى-كتقيد وجوب الصلاه بعدم الحيض- فتنتزع منه المانعيه، و إذن فالشرطيه و السببيه و المانعيه كلها منتزعه من جعل الحكم و لحاظه مقيدا بقيد وجودى أو عدمى.

٣- أن يرجع الحكم الوضعى إلى متعلق التكليف كالشرطيه و الجزئيه و المانعيه للمأمور به، فإنها منتزعه من كيفية الأمر.

و ذلك لأنه إذا تعلق الأمر بالمركب من الأشياء العديده انتزعت منه الجزئيه.

و إذا تعلق بشىء مقيدا بوجود شىء آخر-كالأمر بالصلاه مقيده باستقبال القبله و الستر- انتزعت منه الشرطيه.

ص: ٩

و إذا تعلق بشيء مقيدا بعدم شيء آخر-كتقيد الصلاة بعدم استصحاب المصلي أجزاء ما لا يؤكل لحمه في الصلاة-انتزعت منه المانع. و إذن فالجزئية و الشرطية و المانع للمأمور به منتزعه من كيفية الأمر.

و إذا عرفت ما تلوناه عليك اتضح لك عدم جريان البراءة في الشرطية و السببية و المانع و الجزئية، لعدم كونها مجعولة بالذات، بل هي مجعولة بتبع منشأ انتزاعها، و عليه فهي غير قابلة للوضع بنفسها. فلا تكون قابلة للرفع أيضا. سواء أ قلنا بشمول حديث الرفع للأحكام الوضعية، أم لم نقل بذلك نعم ترتفع هذه الأمور بإجراء البراءة في مناشئ انتزاعها، ضروره أنها كما تثبت تبعا لثبوت مناشئها، كذلك ترتفع بارتفاع مناشئها. و هذا ظاهر لا خفاء فيه.

أما استدلال الامام (عليه السلام)-في بعض الروايات [١]- بحديث الرفع على فساد طلاق المكره و عتاقه، فهو بعيد عما نحن فيه بداهه أن صحه العقود و الايقاعات بنفسها قابلة للوضع، فتكون قابلة للرفع أيضا بحديث الرفع، و من هنا يحكم بفسادها إذا صدرت كرها. و إذن فلا وجه لقياس الصحه و الفساد بالجزئية و الشرطية و المانع.

و على الجملة إذا كانت الجزئية أو الشرطية أو السببية من الأمور الانتزاعية فهي غير قابلة للجعل إلا بجعل مناشئ انتزاعها، و عليه فإذا شك في شرطية

شىء للمأمور به كان ذلك بعينه شكاً فى تعلق الأمر بالمقيد به، فيدفع بأصالة البراءة. و أما الأقل:- أعنى به الطبيعى الجامع بين المطلق و المقيد فهو مأمور به قطعاً.

أما إذا شك فى شرطيه شىء لصحة عقد أو إيقاع انعكس الأمر، لأن ترتب الأثر- كالملكيه، أو براءة الذمه- على العقد أو الإيقاع الواجد لذلك الشرط معلوم و ترتبه على الفاقد مجهول. فيدفع بالأصل، و هذا هو الفارق بين الشك فى شرطيه شىء للمأمور به، و بين الشك فى شرطيته للعقد أو الإيقاع هل يجوز التمسك بالعمومات عند الشك فى العقود

### الناحية الثانية: أنه لا شبهه فى أن مقتضى العمومات و المطلقات هو

#### إشاره

صحة العقود و الإيقاعات.

و لكن إذا شك فى اعتبار قيد فى تلك المعاملات - كاللفظ مثلاً- فهل يصح التمسك بالعمومات المذكوره لنفى ذلك القيد أم لا- الظاهر هو الأول: بديهة أن القاعده الأوليه تقتضى صحة الإنشاء بكل ما هو قابل لابرز الاعتبار النفسانى، سواء فيه الفعل و اللفظ، و لكن المغروس فى كلمات الأصحاب، و المودع فى كتبهم هو قيام الإجماع على اعتبار اللفظ فى العقود و الإيقاعات. و قد ذكرنا مراراً: أن الإجماع دليل لبي فلا بد و أن يؤخذ منه بالمقدار المتيقن. و من البديهة أن القدر المسلم من الإجماع- على تقدير تحققه هنا- إنما هو فرض تمكن المتعاقدين من الإنشاء اللفظى و مع عدم التمكن من ذلك يرجع إلى القاعده الأوليه، و يحكم بعدم اعتبار اللفظ فى العقود و الإيقاعات. إلا مع قيام الدليل الخاص على الاعتبار المزبور، كقيامه على اعتبار مطلق اللفظ فى عقد الزواج، و على اعتبار لفظ خاص فى إنشاء الطلاق.

و على هذا الضوء فإذا شككنا فى صحه عقد الأخرس المنشأ بالإشاره مع تمكنه من التوكيل، أو شككنا فى صحه عقده المنشأ بالكتابه مع تمكنه من الإشاره-بناء على تقديمها على الكتابه-رجعنا الى العمومات و المطلقات الداله على صحه العقود و نفوذها.

و قد ظهر لك مما ذكرناه: أن مقتضى القاعده هو الحكم بلزوم معاطاه الأخرس-من حين العقد-حتى على القول بأنها تفيد الإباحه مع التمكن من اللفظ، و أنها لا تفيد الملكيه. و ذلك لعدم العلم بشمول الإجماع-الذى توهم قيامه على جواز المعاطاه، أو إفادتها الإباحه-لصوره عدم التمكن من اللفظ و هذا هو السر فى تعرض المصنف لمسأله المعاطاه هنا فى طى كلامه، مع أنه قضى أمرها قريبا. و هذا نصه فى المقام: (ثم لو قلنا بأن الأصل فى المعاطاه اللزوم بعد القول بإفادتها للملكيه فالقدر المخرج صوره قدره المتبايعين على مباشره اللفظ). و اذن فلا نحتاج فى إثبات صحه عقد الأخرس إلى التمسك بفحوى الروايات الوارده فى طلاقه-ذكرناها قريبا فى الحاشيه-و لا الى التمسك بفحوى الروايه الوارده فى قراءته [١] نعم تلك الروايات مؤكده للقاعده الأوليه.

و على الإجمال: ان مقتضى القاعده الأولويه، و فحوى الروايات الخاصه الوارده فى طلاق الأخرس و قراءته، هو كفايه إشارته فى مقام الإنشاء، ما لم يدل دليل خاص على خلاف ذلك. من غير فارق بين أقسام الإشاره و كفياتها. و لا بين ما يكون معتادا للأخرسين، أو للأشخاص

الآخرين، و بين ما لم يكن كذلك.

بل الضابطه الكليه فى ذلك: أن تكون الإشاره مفهمه للمراد بالنسبه إلى نوع المخاطبين و الحاضرين. و لو كان الانفهام بمثونه القرائن كما هو الشأن فى الإنشاء اللفظى، بداهه أن الأفعال و الأقوال سيان فى حجه ظواهرها من ناحيه بناء العقلاء و من هنا اتضح لك جليا: أن إنشاء الأخرس بالإشاره محكوم بالصحه، و إن لم يفد القطع بالمراد.

### إشاره الأخرس و حكمها

قد ذكرنا فى الجزء الثانى: أن البيع عباره عن الاعتبار النفسانى المبرز بمبرز خارجى و عليه فإبراز الاعتبار النفسانى بالإشاره المفهمه للمراد مصداق لمفهوم البيع بالحمل الشائع، فىكون مشمولاً للعمومات، و عندئذ لا يلزم على الأخرس أن يستحضر الصيغه اللفظيه فى ذهنه، لكى تكون إشارته إليها أولاً و إلى مدلولها ثانياً حتى يكون إبراز ما فى النفس بتلك الصيغه الحاضره فى الذهن. كما لا- يلزم عليه أن يحرك لسانه على النهج الذى يحركه عند التكلم بالصيغه، نعم يعتبر أحد الأمرين فى القراءه الصلاتيه، إذ المطلوب هناك قراءه نفس الألفاظ، لا إبراز مداليلها.

و أيضاً قد ذكرنا فى الجزء الثانى- عند البحث عن أصاله اللزوم فى العقود-: أن العقد اما بمعنى العهد المطلق كما فى بعض الروايات [١] أو بمعنى العهد المشدد، و على كل تقدير فالمعامله المعاطاتيه من مصاديق العقود و عليه

فلا-وجه لما ارتكبه بعض مشايخنا المحققين من بيان مقدمه لاستيضاح كفايه الإشاره من الأخرس، وإليك نصه: (أن الأخرس كغيره له عهد مؤكد و عهد غير مؤكد، فالتعاطى منه فى الخارج فقط كالتعاطى من غيره عهد غير مؤكد فله حكمه، فالإشاره المفهمه الرافعه للاشتباه منه عهده المؤكد كاللفظ الرافع للاشتباه الذى يتطرق الى الفعل نوعا عهد مؤكد من القادر).

ثم إذا قلنا بجواز مباشره الأخرس للعقود و الإيقاعات، و لم يدلنا دليل على اعتبار اللفظ فى ذلك لكى نحكم بوجود التوكيل عليه، فهل له أن يتصدى لذلك مخيرا فى إبراز ما فى نفسه-من الاعتبار-بين الإشاره، و بين الكتابه أم يجب عليه تقديم الأول على الثانى.

ذكر بعضهم: أن الإشاره تتقدم على غيرها، لكونها أصرح، و ذهب آخر إلى أن الكتابه تتقدم على غيرها، لكونها أضبط. و لكن أشباه هذه الوجوه أمور استحسانيه فلا يمكن الاعتماد عليها فى استنباط الحكم الشرعى إذ لو سلمنا أصرحيه الإشاره أو اضبطيه الكتابه، إلا أنه لا دليل على تقديم أحدهما على الآخر.

و يضاف إلى ذلك: أنه لو كانت أضبطيه الكتابه موجه لتقديمها على الإشاره لكانت موجه لتقديمها على اللفظ أيضا. و لم يلتزم الفقهاء بذلك. و إذن فمقتضى القاعده هو الاكتفاء فى الإنشاء بكل ما يصلح لإبراز ما فى النفس من الاعتبار، و إظهاره بمبرز خارجى-و إن كان بعض المبرزات أصرح من بعضها الآخر أو أضبط-إلا إذا ورود دليل خاص على تقديم بعضها على بعض كما يظهر ذلك من بعض الروايات (1) الواردة فى طلاق الأخرس، فإن الظاهر من ذلك أن الكتابه تتقدم على الإشاره.

ص: ١٤

## الناحيه الثالثه: فى ماده الصيغه و هيئتها و ترتيبها- التى ينشأ بها العقد-

### اشاره

و تحقيق هذه الناحيه يقع فى ضمن جهات:

### الجهه الأولى فى ماده الصيغه.

و قد اختلفت فيها كلمات الفقهاء رضوان الله عليهم، و تشتت فيها أقوالهم، و هى كما يلى:

١-الاقتصار فى ماده الصيغه على المقدار المتيقن، فلا يجوز إنشاء العقود و الإيقاعات بغيره من الصيغ المشكوكه.

٢-الاقتصار فيها على الألفاظ المنقوله عن الشارع المقدس و الظاهر رجوع هذا الوجه إلى الوجه الأول، فإن هذا هو المقدار المتيقن مما ينشأ به العقد أو الإيقاع.

٣-الاقتصار فيها على الألفاظ التى تعنوت بها عناوين العقود و الإيقاعات و أسماء المعاملات. و عليه فيجب إنشاء البيع بصيغه بعث، و إنشاء النكاح بصيغه أنكحت و إنشاء الإجاره بلفظه آجرت. و إنشاء المصالحه بكلمه صالحت و إنشاء الطلاق بجمله هى طالق، و هكذا فى سائر العقود و الإيقاعات، و إذن فلا ينعقد أى عقد أو إيقاع بغير ما عنون به هذا العقد.

٤-الاقتصار فيها على الألفاظ الحقيقيه، و عليه فلا ينعقد شىء من العقود و الإيقاعات بشىء من الألفاظ الكنائيه و المجازيه.

٥-أن يفرق فى الألفاظ المجازيه بينما يكون مقرونا بالقرائن اللفظيه فيحكم بجواز إنشاء العقد به، و بين ما لا يكون كذلك، فيحكم بعدم جواز الإنشاء به.

٦-جواز الاكتفاء بكل لفظ يكون صريحا فى إنشاء العقد، أو ظاهرا



فيه و لو كان ذلك بمثونه القرائن الحاليه أو المقاليه.

ثم انه ذكر المصنف: أن المشهور بين الفقهاء رضوان الله عليهم هو عدم وقوع العقد بالألفاظ الكنائيه. و لكنه لم يأت بشيء يطمئن به القلب و تركز اليه النفس. نعم نقل في ذلك جمله من كلمات الأصحاب.

و لكن هذه الكلمات مبنيه على اجتهاداتهم و آرائهم. و من البين الذي لا ريب فيه أن رأى فقيه لا يكون حجه على فقيه آخر. و عندئذ لا بد من ملاحظه دليل المسأله، فإن كان هناك ما يدل على اعتبار لفظ خاص في الإنشاء أخذ به، و إلا فمقتضى القاعده هو انعقاد جميع العقود و الإيقاعات بكل ما يصلح للإنشاء، و إبراز الاعتبار النفساني، سواء فيه الفعل و القول، و سواء في القول الحقيقه و المجاز، و الصريح و غيره، و سواء في المجاز كون القرينه لفظيه و غير لفظيه.

و الوجه في ذلك كله: أنه لم يرد دليل على اعتبار مظهر خاص و مبرز معين في إنشاء العقود و الإيقاعات إلا الإجماع على اعتبار اللفظ في صحه العقود أو لزومها، و القدر المتيقن منه -على تقدير قبوله- انما هو مطلق اللفظ. أما اللفظ الخاص فلا إجماع على اعتباره جزما.

و يضاف الى ذلك: أن الإجماع المنقول ليس بحجه، لعدم كونه مشمولاً لأدله حجه الخبر. أما الإجماع المحصل فهو غير حاصل جزماً، لعدم العلم بوجود الامام (عليه السلام) بين المجمعين. و قد تقدم تفصيل ذلك عند البحث عن المعاطاه. و حينئذ فلا بأس بإنشاء العقود و الإيقاعات بأى مبرز من المبرزات لأنها مشموله للعمومات و المطلقات الداله على صحه البيع و غيره من العقود المملكه و لو كان إنشاء الملكيه بلفظ مجازى. و هذا واضح لا ريب فيه.

و توضيح المقام: أن اللفظ الذي ينشأ به العقد قد يكون صريحاً في

مدلوله، و موافقا لما قصده المنشئ من دون أن يتطرق اليه احتمال آخر و هذا مما لا شبهه في صحة الإنشاء به.

و قد يكون ظاهرا في مدلوله بحسب الإطلاق مع احتمال أن يراد منه معنى آخر. و هذا كإنشاء الزوجيه بلفظ يحتمل الدوام و الانقطاع فإنه لا فارق بينهما إلا بذكر الأجل و عدمه، فإذا أهمله العاقد- في مقام الإنشاء- اقتضى إطلاقه اراده الزوجيه الدائمه.

و قد يكون ذلك من الألفاظ الكنائيه أو المجازيه: و المراد من الكنايه هو استعمال اللفظ في الملزوم للانتقال منه الى لازمه و حينئذ فيراد منه الملزوم بالإراداه الاستعماليه، كما أنه يراد منه اللازم بالإراداه الجديده. أو أن المراد من الكنايه هو استعمال اللفظ في اللازم للانتقال منه الى ملزومه، و عليه فيراد منه اللازم بالإراداه الاستعماليه، كما أنه يراد منه الملزوم بالإراداه الجديده. و على كلا التقديرين فقد استعمل اللفظ في معناه الحقيقي:- أعنى به الملزوم أو اللازم- و لكن قصد منه المتكلم تفهيم معنى آخر.

و على هذا الضوء فمثل زيد كثير الرماد أو طويل النجاد أو مهزول الفصيل انما استعمل في معناه الحقيقي و لكن قصد منه المتكلم سخاء زيد، أو شجاعته من غير أن يكون استعمال اللفظ فيه مجازا و هذا واضح كما حقق في محله و إذا عرفت معنى الكنايه و المجاز فاعلم: أنه إن كانت الألفاظ الكنائيه أو المجازيه ظاهره في إفاده المطلوب ظهورا عرفيا فلا شبهه في صحة الإنشاء بهما مطلقا: أى سواء أ كان اللازم و الملزوم- في الكنايه- متساويين أم لا و سواء أ كان المجاز قريبا أم لا. و إن لم يكن لتلك الألفاظ ظهور عرفي في إفاده المقصود، و إبراز الاعتبار النفساني، و لم ينطبق عليها شيء من عناوين العقود عرفا فلا يصح بها الإنشاء أصلا.

و من هنا تجلى لك: أنه لا وجه للفرق بين المجاز القريب و المجاز البعيد بأن يلتزم بصحة الإنشاء بالأول، و بفساده بالثاني. كما أنه لا- وجه صحيح لما أفاده المصنف من الالتزام بصحة الإنشاء بالألفاظ المجازيه إذا كانت محفوفه بالقرينه اللفظيه. و بعدم الصحه إذا كانت محفوفه بالقرينه غير اللفظيه.

بل العجب منه(ره) فإنه بعد ما فسر اعتبار الحقائق في العقود باعتبار الدلاله اللفظيه الوضعيه. و إن كان الدال على الإنشاء من الألفاظ المجازيه.

قال: (و هذا بخلاف اللفظ الذى يكون دلالتة على المطلب لمقارنه حال، أو سبق مقال خارج عن العقد، فان الاعتماد عليه فى متفاهم المتعاقدين- و إن كان من المجازات القريبه جدا- رجوع عما بنى عليه من عدم العبره بغير الأقوال فى إنشاء المقاصد، و لذا لم يجوزوا العقد بالمعاطاه، و لو مع سبق مقال، أو اقتران حال تدل على إرادته البيع جزما).

و وجه العجب: أن احتفاف اللفظ بالقرينه غير اللفظيه لا يخرج دلالتة على معناه عن الدلاله اللفظيه، بديهه أن الدلاله اللفظيه عباره عن انفهام المعنى من اللفظ، سواء أ كانت حيثيه الدلاله مكتسبه من القرائن- لفظيه كانت أو غيرها- أم كان اللفظ بنفسه دالا على المقصود فإنه على كلا التقديرين تنسب الدلاله إلى اللفظ، فتكون الدلاله لفظيه.

و ليس فى الالتزام بصحة ذلك أيه منافاه لما بنى عليه من اعتبار اللفظ فى صحه العقد، أو فى لزومه. و كيف يقاس ذلك بما إذا كان الإنشاء بغير اللفظ، و كانت القرينه الداله على إرادته البيع منه هى اللفظ.

نعم يمكن أن يكون مراد المصنف(ره) من العبارة المزبوره: أن الفقهاء رضوان الله عليهم قد تسالموا على بطلان الإنشاء بلفظ لا يكون ظاهرا فى المعنى الذى قصده المنشئ، بل يعد استعماله فيه عند أهل العرف من

الأغلاط و لكن المنشئ يفهم مراده بالقرائن الحاليه أو المقاليه فإن مثل هذا خارج عن المتفاهم العرفى، فلا يصدق على المشاء بذلك عنوان العقد،لكى يكون مشمولاً للعمومات و الإطلاقات الداله على صحه العقود و نفوذها.

و ذلك كإنشاء الزوجيه بمثل ملكت، و آجرت، و كإنشاء التملك بمثل زوجت، و أبحت، و أشباه ذلك، و هذا المعنى و إن كان صحيحاً فى نفسه، إلا أنه بعيد عن سياق عباره المصنف.

ثم إن الأءجب من ذلك: أنه(ره) قد منع عن جواز الإنشاء بالألفاظ المشتركه مع احتفافها بالقرائن الحاليه، كإنشاء البيع بالتمليك المشترك بينه و بين الهبه، مع أنه ليس بمجمل، و لا مجاز، و لا كناية، بديهه أن الظهور العرفى قد تم فيه من جميع الجهات.

و على الإجمال: أن الميزان الكلى فى صحه إنشاء العقود و الإيقاعات إنما هو صدق عنوان العقد أو الإيقاع على المعنى المبرز بأى مبرز، و عليه فلا وجه لتخصيص ذلك المبرز بلفظ دون غيره، فضلاً عن تخصيصه بلفظ خاص إذ لا دليل على اعتبار الصيغه فى العقود و الإيقاعات على وجه الإطلاق.

نعم قد ادعى الإجماع[١] على اعتبار اللفظ فى النكاح و أوجب هذا الإجماع افتراق النكاح عن غيره من العقود، حيث يجوز إنشاؤها بكل من القول و الفعل، أما النكاح فلا يجوز إنشاؤه إلا باللفظ. كما أن جمله من

الروايات (١) قد دلت على اعتبار لفظ خاص في الطلاق.

### بحث في ألفاظ الإيجاب و في الإنشاء ببعث

قوله: (إذا عرفت هذا فلنذكر ألفاظ الإيجاب و القبول: منها لفظ بعت في الإيجاب). أقول: لا شبهه في أن لفظ بعت و إن كان من الأضداد بالنسبة إلى البيع و الشراء، و أنه مشترك لفظي بينهما- كما صرح به أهل اللغة كافة- إلا أن كثرة استعماله في البيع فقط توجب انصرافه إليه عند الإطلاق، بلا احتياج في ذلك إلى القرائن الحالية أو المقالية، و عندئذ لا بأس بإنشاء البيع بلفظ بعت.

و ذكر السيد في حاشيته ما هذا لفظه: (يمكن أن يقال: إنه مشترك معنوي بين البيع و الشراء. فيكون بمعنى التمليك بالعوض أعم من التصريح كما في البيع، أو الضمني كما في الشراء).

و يتوجه عليه: ما ذكرناه آنفاً من أن لفظ بعت من الأضداد، و أنه مشترك لفظي، و ليس بمشترك معنوي.

أضف إليه: أن التمليك الضمني خارج عن حدود البيع، و قد عرفته في البحث عن تعريف البيع.

### هل يجوز إنشاء البيع بشرية

قوله: (و منها لفظ شريت). أقول لا ريب في جواز إنشاء البيع بلفظ شريت، لتصريح أهل اللغة [٢] بأنه موضوع للبيع تارة، و للشراء أخرى، فيكون من الأضداد. بل قيل: إن لفظ الشراء لم يستعمل في

ص: ٢٠

القرآن الكريم، إلا في البيع، و هو كذلك كما يظهر لمن راجع القرآن العظيم مراجعه تامه.

ثم إن المصنف مع اعترافه بما ذكرناه ناقش في جواز الإنشاء بلفظ شريت، و قال: (ربما يستشكل فيه بقله استعماله عرفا في البيع، و كونه محتاجا إلى القرينه المعينه، و عدم نقل الإيجاب به في الأخبار، و كلام القدماء و لا يخلو عن وجه).

و تندفع هذه المناقشه بأننا لم نفهم معنى محصلا لهذا الكلام بعد الاعتراف بأن لفظ شريت لم يستعمل في القرآن المجيد إلا في البيع، لأننا لا نسلم وقوع الاستعمالات العرفيه على خلاف الاستعمالات القرآنيه.

و لو سلمنا ذلك و لكن لا نسلم تقديم الاستعمالات العرفيه على الاستعمالات القرآنيه. و هذا ظاهر لا خفاء فيه.

### هل يجوز إنشاء البيع بملكت

قوله: (و منها لفظ ملكت بالتشديد). أقول: لا- ريب في صحه وقوع البيع بكلمه ملكت مشدده، بل استظهر المصنف من نكت الإرشاد الاتفاق على ذلك، بل الظاهر أن مفهوم التملك بالعوض يتحد مع مفهوم البيع، و إنما الفرق بينهما بالبساطه و التركيب، و بالإجمال و التفصيل، حيث إن لفظ البيع ببساطته يدل على تبادل مال بمال، و لفظه التملك بالعوض تدل مركبه على ذلك.

كما أن لفظ الإنسان يدل على الجنس و الفصل دلالة إجماليه، و لفظي الحيوان و الناطق يدلان عليهما دلالة تفصيليه.

و على هذا الضوء فقول المنشئ بعث هذا بهذا تصريح بمصداق العوض -الذى كان مكنونا فى لفظ بعث-لا أنه قيد زائد مذكور فى الصيغه.

و قد يتوهم أن لفظ التملك مشترك معنوى بين البيع و الهبه،و من الواضح أنه لا يصح الإنشاء بالألفاظ المشتركه معنى.

و لكن هذا التوهم فاسد،بديهه أن التملك المطلق و إن كان جامعا بينهما،الا أن تقييده بالعوض يقطع الاشتراك،و يخصه بالبيع فقط، لأن حقيقه الهبه متقومه بالتملك المجانى،و انما يؤخذ فيها العوض بعنوان الاشتراط.و من الضرورى أنه لم يدل دليل على بطلان إنشاء البيع بالألفاظ المشتركه معنى،مع قيام القرينه على التعيين.

و من هنا قيل:إن إيجاب البيع بكلمه ملكت بالعوض أصرح من إيجابه بكلمه بعث،ضروره أن البيع موضوع للنقل بالعوض،و حينئذ ففى مقام الإنشاء بلفظ بعث لا بد من تجريده من العوض لكى لا يكون ذكر العوض تكرارا،أو يتكلف بجعله تفصيلا لما أجمل فى مفهوم البيع.

و على هذا فلا وجه لما ذكره بعض مشايخنا المحققين،و حاصل كلامه:

أن التملك له حصص كثيره:

١-تملك عين بعوض.و يسمى هذا بيعا.

٢-تملك منفعه بعوض.و يسمى هذا اجاره.

٣-التملك المجانى.و يسمى هذا هبه.

و من البين أن لفظ البيع إنما وضع لحصه من طبيعى التملك الذى يتحصص بتعلقه بالعين بمقابله شىء لا أنه موضوع لمجموع التملك بالعوض بحيث يكون قيد العوض مأخوذا فى مفهوم البيع.انتهى ملخص كلامه.

ثم قال المصنف نصا: (قد عرفت سابقا أن تعريف البيع بذلك

تعريف بمفهومه الحقيقي، فلو أراد منه الهبة المعوضه، أو قصد المصالحة بنى صحه العقد به على صحه عقد بلفظ غيره مع النيه. و يشهد لما ذكرنا قول فخر الدين-في شرح الإرشاد-: ان معنى بعث في لغة العرب ملكت غيرى) و ناقش فيه السيد، و إليك نصه: (لا فرق بين الهبة المجانيه و المعوضه في كونهما من التملك حقيقه، و انما الفرق ذكر العوض و عدمه، فدعوى أن استعماله في خصوص الهبة المعوضه مبني على صحه عقد بلفظ غيره، كما ترى. نعم في المصالحة يمكن أن يقال بالابتناء المذكور، لعدم دلالة لفظ ملكت على معنى المسالمة المعبره في حقيقه الصلح فتدبر).

و لكن الظاهر: أن السيد لم يصل الى غرض المصنف فان الظاهر أن مراده- من كلامه المتقدم:- أن مفهوم التملك بالعوض يساوق مفهوم البيع و عليه فإذا أنشئت به الهبة- التي هي متقومه بالتملك المجاني- توقفت صحتها على جواز إنشاء العقود بغير ألفاظ عناوينها، و كذلك الكلام في إنشاء البيع بصيغه و هبت و الذى يدل على أن مراد المصنف هو ما ذكرناه: ما ذكره قبل عبارته المتقدمه، و هذا نصه: (و ما قيل من أن التملك يستعمل في الهبة بحيث لا يتبادر عند الإطلاق غيرها. فيه: أن الهبة انما يفهم من تجريد اللفظ عن العوض، لا من ماده التملك، فهي مشتركه معنى بين ما يتضمن المقابله، و بين المجرد عنها، فان اتصل بالكلام ذكر العوض أفاد المجموع المركب بمقتضى الوضع التركيبى البيع، و ان تجرد عن ذكر العوض اقتضى تجريده الملكيه المجانيه). ثم ساق العبارة المتقدمه.

و على هذا فشان إنشاء الهبة بصيغه ملكت بالعوض شأن إنشاء العقود المعاوضيه بل غيرها بصيغه سالمت، أو صالحت، و بالعكس، لأن مفهوم الصلح و إن كان يتفق مع العقود المعاوضيه و غيرها، الا أن صدق مفهوم الصلح عليها



من قبيل صدق الكلبي على مصاديقه.

و من المعلوم أنه لا- يمكن إنشاء مفهوم الصلح:- أعنى به التسالم على أمر-إلا- بلفظ سالم، أو صالح، لا- بلفظ البيع، و لا التمليك، و لا الشراء، و لا شبهها، بديها أن المنشأ بهذه الألفاظ ليس عنوان المصالحه و المسالمه.

نعم توجد حقيقه المسالمه و مصداقها عند تحقق أى عقد من العقود، كما أن عناوين سائر العقود لا تنشأ إلا بألفاظها، لا بألفاظ أخرى، إلا على القول بجواز إنشاء العقود بغير ألفاظ عناوينها.

### هل يجوز إنشاء البيع باشتريت

قوله: (و أما الإيجاب باشتريت). أقول: فى مفتاح الكرامه (أنه قد يقال: انه يصح الإيجاب باشتريت. كما هو موجود فى بعض نسخ التذكره).

و قد استظهره المصنف من عباره كل من عطف على بعث و ملكت لفظ شبههما، أو لفظ ما يقوم مقامهما، بدعوى أن المعطوف يعم شريت و اشتريت كليهما، بديها أن إرادته خصوص شريت من المعطوف المزبور بعيد جدا، كما أن إرادته ما يقوم مقامهما فى سائر اللغات للعاجز عن العربيه أبعد.

قوله: (لكن الاشكال المتقدم فى شريت أولى بالجريان هنا، لأن شريت استعمل فى القرآن الكريم فى البيع، بل لم يستعمل فيه إلا فيه، بخلاف اشتريت).

أقول: قد نوقش فى هذا الكلام بأن كثيرا من المفسرين قد صرحوا

باستعمال لفظ الاثراء فى البىع فى قوله (تعالى) بِئْسَمَا اشْتَرَوْا بِهِ أَنْفُسَهُمْ أَنْ يَكْفُرُوا بِمَا أَنْزَلَ اللَّهُ (١).

بءعوى: أن البىع و الشراء إزاله الملك إلى غيره بعوض يعراضه منه، ثم اساعمل ذلك فى كل معراض من عمله عوضا. سواء أ كان ذلك العوض خيرا. أم كان شرا.

و عليه فاليهود لما أو بقوا أنفسهم و أهلكوها بكفرهم بمحمد (صلى الله عليه و آله) سجال الله تعالى عليهم الظم و التوبىخ، و قال بِئْسَمَا اشْتَرَوْا بِهِ أَنْفُسَهُمْ :

أى بئس شىئا باعوا به أنفسهم، و رضوا به عوضا عن أنفسهم، حيث ألقوها فى المهلكه الأبدية، و العذاب الظام.

و تنافع هذه المناقشه: بأن الإزراء و التوبىخ- فى الآيه الكرىمه - ليس على كل واحد من اليهود، مع قطع النظر عن غيره، لكى يتوهم:

أنه لا معنى لنسبه الاثراء إليهم إلا بإراضه البىع، و أن كل فرد منهم قد باع نفسه بالكفر و الزنطقه و الإلحاد.

بل الإزراء و التوبىخ راجع إلى جميعهم بلحاظ معامله بعضهم مع بعض حيث اشترى جمع منهم دين جمع آخر منهم بضمن بخص، فصار كل واحد منهم بائعا من جهه، و مشترى من جهه أخرى. و حين ذاك فلا دلالة فى الآيه الكرىمه على إراضه البىع من الاثراء بل يمكن أن يراد من لفظ الاثراء فيها معناه المتعارف.

و توضىح ذلك إجمالا: أن عوام اليهود قد عرفوا علماءهم بالكذب الصرىح، و أكل الحرام، و تغيير الأحكام و تحريفها عن وجهها بأرائهم المرجفه، و أهوائهم الفاسده، و أفكارهم المضله.

و عرفوهم بالأقوال الكاذبه، و الأعمال الخبيثه، و البضاعه الزهیده

ص: ٢٥

و عرفوهم بالتعصب الشديد، و التغالب و التكالب على حطام الدنيا و زخرفها، و بالجرأه على هتك حرمة الله و عرفوهم بغير ذلك من الصفات الخبيثه، و الأخلاق الرذيله.

و مع ذلك فوضوا إليهم دينهم، و أخذوا منهم أحكامهم و نبذوا الحق وراء ظهورهم. و ليس عملهم هذا إلا أن هؤلاء العوام من اليهود قد باعوا أنفسهم من علمائهم بما ينالونه منهم من التحابب و التوادد، و التمشى معهم حسب ميولهم و أهوائهم، و الزلفه إليهم و إلى شياطينهم.

أما علماءؤهم فقد تجلى لهم الحق، و اتضح لهم بنوه محمد (صلى الله عليه و آله)، و مع ذلك باعوا أنفسهم من عوامهم بما ينالونه منهم من التعظيم و الإكرام، و حفظ كيانههم و زعامتهم، و رئاستهم، فعاندوا الحق، و جحدوه.

و إذن فأصبح اليهود قد أقاموا السوق السوداء، و أنفقوا عليها من دينهم و أنفسهم و أموالهم، حتى احتشدت فيها البضائع الزائفة، و وضعت فيها الأراجيف التي شوهدت وجه التاريخ، ففي هذه السوق السوداء قد اشترى عوامهم أنفسهم علماءهم بثمان بخس. و اشترى علماءؤهم أنفسهم بعوض زهيد. و إذن فلفظ (اشترى) لم يستعمل في الآية الكريمة - إلا في معنى الابتياح فقط.

و ذكر شيخنا الأستاذ: أن الاشتراء من الأفعال، و من الواضح أن باب الافتعال إنما هو للقبول و المطاوعه، و عليه فلا يناسب استعماله في الإيجاب، بل يختص استعماله بالقبول فقط. أما أخذه بمعنى شريت كأخذ اكتسبت بمعنى كسبت فهو على خلاف ما وضع له، أو على خلاف الظاهر من محاورات أهل العرف و محادثاتهم.

و يرد عليه: أن الاشتراء و ان كان من الافتعال، و قد أخذ فيه

مفهوم المطاوعه. و لكن هذه المطاوعه ليست مطاوعه لفعل غيره بل المراد من ذلك انما هو مطاوعه الذات للمبدء. سواء أ كان المبدء صادرا من نفس الذات- كالاتجار و الاكتساب و الاحتطاب- أم كان صادرا من شخص آخر كالاتباع و الاتهاب و أشباه ذلك.

و على هذا فلفظ اشترت ان ذكر في الإيجاب فتتخذ الذات المبدء من نفسه، و يدل على تمليك البائع ماله لغيره بعوض معلوم. و ان ذكر في القبول فتتخذ الذات المبدء من غيره، و يدل على تملك مال غيره بعوض معلوم فيصير بذلك مصداقا للقبول الحقيقي.

و عليه فإيجاب البيع بلفظ اشترت مناسب لمفهومه اللغوى لاستعماله فيه لغه [١] بلا- احتياج الى ابتناء ذلك على كونه من الأضداد، كما توهم.

و دعوى: أنه لا- يجوز إنشاء الإيجاب به لعدم تعارفه بين الناس دعوى جزافيه، لأن مجرد عدم تعارف الإنشاء به لا يمنع عن ذلك، بعد صحه استعماله فى البيع لغه.

ثم إنه إذا جاز الإنشاء بلفظ اشترت فما هو المائر بين استعماله فى الإيجاب و بين استعماله فى القبول.

قال المصنف: (ان دفع الإشكال فى تعيين المراد منه بقرينه تقديمه الدال على كونه إيجابا إما بناء على لزوم تقديم الإيجاب على القبول، و إما لغلبه ذلك غير صحيح، لأن الاعتماد على القرينه الغير اللفظيه فى تعيين المراد من ألفاظ العقود قد عرفت ما فيه).

و يتوجه عليه: ما ذكرناه سابقا من صحه الإنشاء بكل ما يصح أن

ان يكون مبرزاً لما في النفس من الاعتبار و ان كانت مبرزته بما يقترن به من القرائن الحاليه أو المقاليه.

نعم ادعى الإجماع على اعتبار اللفظ الصريح في صحه الإنشاء و لكن المتيقن منه-على تقدير تسليمه-إنما هو اعتبار الصراحه في اللفظ لأجل دلالاته على تعين عقد خاص، و تميزه عما عداه من العقود، لا من حيث تميز إيجاب كل عقد عن قبوله.

### ما هي ألفاظ القبول؟

قوله: (و أما القبول إلخ). أقول: لا- شبهه في جواز القبول بلفظ قبلت و رضيت و تملك و ملكت مخففا و اشترت و ابتعت و شريت و لا- يضر الاشتراك اللفظي في بعض هذه الألفاظ مع قيام القرينه المقاليه أو الحاليه على تعيين المراد. و هذا واضح لا خفاء فيه. و أما أمضيت و أنفذت و أجزت فذكر المصنف فيها وجهين و لم يرجح أحدهما.

و ذكر شيخنا المحقق: أن جواز القبول بهذه الألفاظ مبنى على جواز العقد بالكنايات بدعوى: (أن عنوان الإمضاء و الإجازة و الإنفاذ لا يتعلق إلا بما له مضي و جواز و نفوذ. و ما يترقب منه ذلك هو السبب التام، و هو العقد لتقوم السبب المترقب منه التأثير في الملكيه بالإيجاب و القبول معا، فلا معنى للتسبب بقوله أمضيت و أجزت و أنفذت إلا في مثل العقد الفضولي، لا بالإضافة إلى الإيجاب فقط إلا بنحو الكنايه).

و يرد عليه: أن المعامله الفضوليه و الإيجاب الساذج سيان في عدم تأثيرهما في المنشأ مع قطع النظر عن الإمضاء و الإجازة و الإنفاذ، ففعليه التأثير فيهما تتوقف على تحقق الإجازة و القبول فكما لا مانع من تتميم العقد

الفضولى و إضافته إلى نفسه بالألفاظ المذكوره كذلك لا مانع من قبول الإيجاب بها. و عليه فيكون مضى العقد و نفوذه بنفس أمضيت و أنفذت و أجزت في كلا المقامين. غايه الأمر أن دلالتها على الرضاء بالعقد الفضولى و بالإيجاب كليهما بالالتزام، لأن لازم إمضاء العقد أو الإيجاب، و إنفاذه و إجازته هو الرضاء به و هذا لا محذور فيه مع قيام القرينه عليه.

قوله: (أما بعت فلم ينقل إلا من الجامع (لابن سعيد)). أقول المحكى عن جماعه من أهل اللغه هو اشتراك لفظ بعت بين البيع و الشراء، و من هنا ذكر في المصباح: أن البيع فى الأصل مبادلته مال بمال، و عليه فلا محذور فى استعماله فى القبول، غايه الأمر: أنه يتميز بينهما بالقرائن الحاليه أو المقاليه، كما أن الأمر كذلك فى اشترت، و شريت.

و لو سلمنا اختصاصه بالإيجاب- و لو بالوضع التعينى لكثره استعماله فيه- لكان استعماله فى القبول مجازاً، و من الواضح أنه لا مانع عن استعمال الألفاظ المجازيه فى القبول، كما لا مانع عن استعمالها فى الإيجاب.

نعم إذا كان الاستعمال على نحو يعد فى نظر أهل العرف من الأغلاط- و ان كان صحيحاً بحسب القواعد العربيه- لم يجوز استعماله فى مقام الإنشاء سواء فيه الإيجاب و القبول. و قد تقدمت الإشاره الى جميع ذلك فيما سبق.

و مع الإغضاء عن ذلك: أنه لم يرد فى آيه، و لا فى روايه، و لم يذكر فى معقد إجماع لزوم توقف العقد على القبول، لكى يباحث فى كيفيه ذلك، بل المتحصل من كلمات أهل اللغه. و المتفاهم من محاورات أهل العرف و محادثاتهم هو أنه لا يتحقق عنوان العقد و لا التجاره عن تراض إلا بين شخصين، من غير نظر إلى اعتبار خصوصيه خاصه فى الصيغه و المبرز.

و عليه فلو أوجد المتعاملان معامله فى الخارج بصيغه بعت- بأن تكلم

كل منهما بهذه الصيغه فى مقام الإنشاء- كان ذلك مشمولاً لما دل على صحة العقود، و نفوذها من العمومات و المطلقات، إذ يصدق على المنشأ بذلك عنوان العقد، و عنوان التجاره عن تراض بالحمل الشائع، فيحكم بصحته و لزومه و قد ذكرنا فى مبحث المعاطاه أنه إذا وقعت معامله فى الخارج، و لم يتميز فيها الموجب عن القابل حكم بكونها معاوضه مستقلة صحيحة، لآيه التجاره عن تراض (١) و إن لم تدخل تحت أحد العناوين المتعارفه. و هذا واضح لا ستار عليه.

و على الجملة: إن الحجر الأساسى، و الركن الرصين- فى تحقق عناوين العقود و الإيقاعات، و ترتب الآثار عليها فى الخارج- إنما هو اعتبارها فى صقع النفس، و إظهارها بمظهر خارجى، و لا- شبهه فى أن هذا يصدق عليه عنوان العقد أو الإيقاع بالحمل الشائع. فيكون مشمولاً لما دل على صحة العقود و لزومها. و بعد هذا لا يهمننا البحث عن الصغريات. فأما الزبد فيذهب جفاء. و أما ما ينفع الناس فيمكث فى الأرض.

### الاختلاف فى تعيين الموجب و القابل

ثم إن المصنف قد ذكر هنا فرعاً، و إليك نصه بلفظه: (لو أوقعا العقد بالألفاظ المشتركة بين الإيجاب و القبول، ثم اختلفا فى تعيين الموجب و القابل- إما بناء على جواز تقديم القبول، و إما من جهة اختلافهما فى المتقدم فلا يبعد الحكم بالتحالف، ثم عدم ترتب الآثار المختصة بكل من البيع و الشراء على واحد منهما).

و يرد عليه: أنه لا- وجه لاحتمال التحالف فى المقام، ضروره أن التحالف إنما يستقر فيما إذا ثبت لكل من عنوان البائع و عنوان المشتري

ص: ٣٠

أثر خاص، و حكم مخصوص. و من البديهي أنه لا- يترتب أثر خاص ظاهر على خصوص عنوان البائع، بل الأثر البارز إما يترتب على كلا- العنوانين -كخيار المجلس- و إما يترتب على عنوان المشتري فقط- كخيار الحيوان- فإنه -على المشهور- مختص بالمشتري.

و عندئذ يقع النزاع فى ثبوت ذلك الأثر لأى منهما من حيث كونه مشتريا، و عليه فيتوجه الحلف على منكر الخيار فقط. نعم قد يترتب بعض الآثار النادره على خصوص عنوان البائع، و لكن لا يصح معه القول بالتحالف و هذا ظاهر لا خفاء فيه.

قيل: إنه ثبت فى محله أن كل مبيع تلف قبل قبضه فهو من من مال بائعه، و من البين الذى لا ريب فيه أن هذا الحكم الاتفاقى أثر ظاهر لعنوان البائع.

و الجواب عن ذلك: أن الأثر المزبور كما يترتب على عنوان البائع، كذلك يترتب على عنوان المشتري أيضا. فيحكم بكون ضمان المثلن و الثمن كليهما- مع التلف قبل القبض- على كل من البائع و المشتري.

و هذا التعميم ليس من ناحيه أن لفظ المبيع-الذى ذكر فى النبوى الآتى- يصدق على كل من العوض و المعوض.

و لا من ناحيه إلغاء الخصوصيه من اللفظ المزبور، لأجل مناسبه الحكم و الموضوع.

و لا من ناحيه قوله (عليه السلام)- فى روايه عقبه بن خالد الآتية:-

(فالمبتاع ضامن لحقه حتى يرد ماله اليه). بناء على أن الضمير المجرور- فى كلمه لحقه- يرجع إلى البائع.

إذ لا يرجع شىء من هذه الوجوه إلى معنى محصل. ضروره أن



الروايتين ضعيفتا السند. و عنوان المبيع لا يصدق على الثمن. و الضمير المجرور لا يرجع إلى البائع. و لا أقل من الاجمال.

بل التعميم إنما هو من ناحيه السيره القطعيه، و تحقيق المقام على وجه الإجمال: أنه قد استدل على كون تلف المبيع قبل قبضه من مال بائعه بوجوه شتى:

١- الإجماع على ذلك، كما عن السرائر و كشف الرموز و جامع المقاصد و الروضه. و عن التذكرة في باب القبض أنه لا خلاف عندنا في أن الضمان على البائع قبل القبض مطلقا، فلو تلف حينئذ انفسخ العقد و سقط الثمن.

و يرد عليه: أن المدرك في حجه الإجماع إنما هو القطع برأى الامام (عليه السلام) و من الظاهر أن منشأ القطع به إما العلم بدخوله بنفسه في المجمعين، و هو غير معلوم. أو قاعده اللطف، و هي غير ثابتة في محلها، أو الحدس القطعي، و هو مقطوع العدم في هذه المسأله، و إذن فلا إجماع تعبدى في المقام لكى يكون كاشفا عن رأى المعصوم (عليه السلام). و نحتمل قريبا أن مستند المجمعين -هنا- هو الوجوه الآتية.

٢- ما عن عوالى اللثالى عن النبى (صلى الله عليه و آله): أنه قال: كل مبيع تلف قبل قبضه فهو من مال بائعه (١).

و يتوجه عليه: أن الحديث المذكور، و إن كان يدل على المقصود دلالة واضحة، إلا أنه لم يذكر في كتب الشيعة إلا مرسلا. و قد ذكرنا مرارا عديده: أن الأحاديث المرسله ليست بحجه.

و دعوى: أن ضعفه منجبر بعمل الأصحاب دعوى جزافيه بداهه أن عملهم بروايه ضعيفه لا يجبر ضعفها، كما أن إعراضهم عن العمل بروايه

ص: ٣٢

---

١- (١) المروى في المستدرک ج ٢ باب ٩ من أبواب الخيار ص ٤٧٣.

صحيحه لا يوجب وهنها. وقد ذكرنا ذلك في علم الأصول مفصلاً، وأشرنا إليه في أوائل الجزء الأول إجمالاً.

٣-روايه عقبه بن مالك [١] فإنها ظاهره في أن التلف قبل القبض من مال بائعه.

و لكن هذه الروايه و إن كانت ظاهره في المقصود، إلا أنها ضعيفه السند، و غير منجبره بعمل المشهور، لا صغرى، و لا كبرى، و هذا واضح لا ريب فيه.

و التحقيق أن الحكم المزبور قد ثبت بالسيره القطعيه، لأن بناء العقلاء و المشرعه قائم على أن التسليم و التسلم من متمات الملكيه المترتبه على البيع بحيث إن العقلاء لا يرون حصول الملكيه التامه قبل القبض و الإقباض. بل يرون أن الحاصل قبلهما إنما هو الملكيه الناقصه، و من هنا يعبر عن البيع كثيراً بالأخذ و الإعطاء.

و لا نقول بكون القبض و الإقباض من شرائط حصول الملكيه في مطلق البيع، لكي لا يفرق في ذلك بين الصرف و السلم، و بين بقيه البيوع بل أقول: إن الإيجاب قد أثر في الملكيه الناقصه المحدوده بالانفساخ بالتلف، كما أنها محدوده بالفسخ في البيع الخيارى- و إنما تصير هذه الملكيه

مطلقه و تامه-من جميع الجهات فى نظر العقلاء،و لا تنفسخ بالتلف السماوى- بالقبض و الإقباض.

و لا-ريب:أن هذه السيره كما أنها جاريه فى ناحيه المبيع. كذلك أنها جاريه فى ناحيه الثمن أيضا حذو النعل بالنعل و القذه بالقذه.و إذن فالحكم بأن التلف قبل القبض من مال مالكة لا يختص بالبائع،بل يعم المشتري أيضا،فالمتحصل أنا لا نعقل وجها صحيحا لدعوى التحالف فى المقام.

نعم يمكن أن يقال:إن ذكر المصنف هنا احتمال التحالف مبنى على المسأله المعروفه فى كتاب القضاء من أن المناط فى تعيين المدعى و المنكر هل هو متعلق الدعوى ابتداء أم المناط فيه هو الغايه المترتبه على الدعوى.

و مثال ذلك:أنه إذا تلف مال عمرو عند زيد،و ادعى زيد أنه كان عاريه-فلا ضمان فيه-و ادعى عمرو أنه كان قرضا-فلا بد من أداء عوضه- كان هذا من قبيل التداعى على المناط الأول،و من قبيل المدعى و المنكر على المناط الثانى.و حيث ان وضع اليد على مال غيره موجب للضمان إلا فى موارد الأمانات الشرعيه أو المالكيه،فلا بد لمدعى العاريه من إثبات مدعاه.

و على هذا الضوء فإذا كان مصب الدعوى-فيما نحن فيه-هو عنوان البائع،و عنوان المشتري كان المورد من صغريات التداعى.فيتعين التحالف و إذا كان مصب الدعوى هو الغايه المترتبه على الدعوى كان المورد من صغريات المدعى و المنكر،و عليه فيتوجه الحلف على المنكر.و لعل المصنف حيث لم يتضح فى نظره ترجيح إحدى الناحيتين على الناحيه الأخرى فاكتفى- فى المقام-بذكر احتمال التحالف،و الله العالم.

### الجهه الثانيه فى هئئه الصيغه،

قد ذكر المصنف رضوان الله عليه:

أن (المحكى عن جماعه منهم السيد عميد الدين و الفاضل المقداد و المحقق و الشهيد الثانيان اعتبار العربيه فى العقد).

أقول:ذهب جمع كثير من أعاضم الأصحاب رضوان الله عليهم إلى اعتبار العربيه فى صيغ العقود لوجوه شتى:

١-التأسى و الاقتداء بالنبي (صلى الله عليه و آله) ضروره أنه (صلى الله عليه و آله) كان ينشئ العقود و الإيقاعات بالألفاظ العربيه، و من الواضح أن فعله حجه، كما أن قوله و تقريره حجتان.

و الجواب عنه:أن النبي (صلى الله عليه و آله) و إن كان قادرا على إنشاء العقود و الإيقاعات بأى لفظ، و بأيه لغه، إلا أن قومه كانوا عربى اللسان، و لم يكونوا عارفين بسائر اللغات غالبا. و حينئذ فعدم صدور الإنشاءات العربيه منه (صلى الله عليه و آله) بغير اللغه العربيه إنما هو لعدم ابتلائه بذلك. كعدم ابتلائه بذلك -غالبا- فى سائر محاوراته و محادثاته، و عليه فلا يكشف فعله هذا عن عدم جواز الإنشاء بغير اللغه العربيه.

و الذى يدل على صدق مقالنا:أنه لو كانت العربيه معتبره فى صحه الإنشاء لظهر لنا ذلك، و بان، بل صار بديها كالشمس فى كبد السماء، لكثره ابتلاء الناس بذلك، بل كان من الوظائف اللازمه على كل متدين بدين الإسلام أن يتعلم الصيغ العربيه للعقود و الإيقاعات، كما أنه يجب على كل مسلم أن يتعلم ما يتلىه من الأحكام الشرعيه. و من الواضح أنه لم يذكر ذلك

فى شىء من الأدله الشرعيه.

نعم يجب التأسى بالنبى (صلى الله عليه و آله) فى فعله الصادر منه على سبيل المولويه و التشريع إلا أنه بعيد عن مورد بحثنا.

٢- أن عدم صحه الإنشاء بالعربى غير الماضى يستلزم عدم صحته بغير العربى بطريق أولى.

و يرد عليه. أن دعوى الأولويه فى المقام ممنوعه، إذ لا صلح بين المقامين بوجه. على أنه لا دليل على اعتبار الماضويه فى العقود. و ستعرفه قريبا ٣- أن مفهوم العقد لا يتحقق فى الخارج إلا بالإنشاء بالألفاظ العربيه و عليه فالإنشاء بغيرها خارج عن حدود العقد موضوعا و الجواب عن ذلك أن العربيه غير معتبره فى مفهوم العقد بوجه، و ليس عليه دليل عقلى، و لا نقلى، و لا شاهد عليه من العرف و اللغه. بل كل ذلك يساعد على صدق مفهوم العقد على المنشأ بغير الألفاظ العربيه، فيكون مشمولاً للعمومات و المطلقات الداله على صحه العقود و لزومها.

و السر فى ذلك ما ذكرناه مرارا من أن حقيقه كل أمر إنشائى-من الأوامر و النواهي. و العقود و الإيقاعات-متقومه بالاعتبار النفسانى المظهر بمظهر خارجى، سواء أ كان ذلك المظهر فعلا من الأفعال الجوارحيه أم كان قولا و سواء أ كان القول عربيا، أم كان غير عربى و إذن فلا وجه لتخصيص المظهر بالقول، فضلا عن تخصيصه بحصه خاصه منه. و عليه فيصح الإنشاء بالألفاظ غير العربيه.

نعم لو أغمضنا عن العمومات و المطلقات لحكمنا بفساد كل عقد نشك فى صحته و فساده-و لو كان ذلك من ناحيه الشك فى اعتبار العربيه فيه-إلا أن هذا فرض محض لا واقعيه له. لما ذكرناه قريبا من أن المنشأ بغير الألفاظ

العربيّه عقد بالحمل الشائع فتشمله العمومات و المطلقات.

و حيثئذ فليس لك أن ترجع إلى أصله الفساد في العقود، لأن موردها إنما هو العقد الذي يشك في صحته و فساده من غير أن يكون مشمولاً لأدله الإمضاء و هذا ظاهر لا خفاء فيه.

ثم إذا قلنا باعتبار العربيّه في الصيغه و جب اعتبارها في جميع ما هو دخيل في حقيقه الصيغه و ماهيتها، و هذا واضح.

نعم لا- بأس بذكر الشروط- التي اعتبرت في العقود- بغير الألفاظ العربيّه، لأنها غير معتبره، في ماهيه العقود و حقيقتها، كما أنه لا بأس بذكر متعلقات الصيغه- من العوض و غيره- بغير الألفاظ العربيّه، لأن ذكر تلك المتعلقات، و حذفها- مع قيام القرينه على الحذف- سيان، و من البديهي أنه إذا لم يضرّ حذفه بصحة العقد لم يضر ذكره بها أيضا.

فكما لا بأس بقول القائل: بعث، أو قبلت من دون ذكر الثمن أو المثلن، كذلك لا بأس بقوله: بعث (أين كتاب را به ده درهم) و لا نحتمل أن يكون ذكر اللفظ غير العربيّ مخللاً بصحة العقد.

و يؤيد ما ذكرناه ما عن العلاء من أنه قال: قلت لأبي عبد الله (عليه السلام) الرجل يريد أن يبيع بيعاً فيقول: أبيعك بده دوازده؟ فقال: لا بأس إنما هذه المراوضه، فإذا جمع البيع جعله جمله واحده (1).

و قد اتضح لك مما حققناه حكم العربيّ الملحون من حيث المادة أو الهيئه أو الاعراب، فإنه لا يصح الإنشاء بذلك بناء على أن الوجه في اعتبار العربيّه في العقود هو كون العربيّ الصحيح متيقناً من أسباب النقل و الانتقال و اليه أشار المصنف بقوله:

ص: ٣٧

١-١) رواه في الوافي ج ١٠ في الباب ١٠٧ ص ٩٤.

(الأقوى ذلك، بناء على أن دليل اعتبار العرييه هو لزوم الاختصار على المتيقن من أسباب النقل). و عليه فلا وجه لما ذكره السيد من أن (المتعين خلافه:- أى خلاف ما أفاده المصنف- ما لم يتغير المعنى على وجه يخرج عن حقيقته).

و لكن الذى يسهل الخطب هو ما بيناه مرارا من جواز الإنشاء بكل ما هو قابل لابرز الاعتبار النفسانى ما لم يدل دليل خاص على خلافه.

و وقتئذ لا بد من التفصيل فى الملحون بين ما يعد غلطا فى نظر أهل العرف -كلفظ بعت بدل بعت- و بين ما لا يعد غلطا فى نظرهم و إن كان غلطا بحسب القواعد العرييه- كاللغات الدارجة- فإنه يصح الإنشاء بالثانى، لكونه صالحا لابرز الاعتبار النفسانى دون الأول. إلا أن الاحتياط يقتضى إنشاء العقود بالألفاظ العرييه الصحيحه.

### هل يعتبر علم المتكلم بمعنى الصيغه؟

قوله: (هل يعتبر كون المتكلم عالما تفصيلا بمعنى اللفظ) أقول: ظاهر كلام المصنف: أن اعتبار علم المتكلم بمعنى اللفظ تفصيلا متفرع على اعتبار العرييه فى الصيغه. و من هنا قال فى وجه ذلك: (لأن عرييه الكلام ليست باقتضاء نفس الكلام، بل يقصد المتكلم منه المعنى الذى وضع له عند العرب، فلا يقال: إنه تكلم و أدى المطلب على طبق لسان العرب إلا إذا ميز بين معنى بعت و أبيع، و أوجدت البيع و غيرها).

و التحقيق: أن اعتبار الشرط المذكور- فى الصيغه- لا يتفرع على اعتبار العرييه فيها، بل إنما هو من ناحيه أخرى التى ستنتضح لك قريبا.

و تفصيل الكلام فى المقام: أن الجهل بمضمون الصيغه على قسمين:

١- أن يلتفت المنشئ إجمالا إلى معنى الصيغه و لكن لا يلتفت تفصيلا

إلى وقوع أى جزء منها بإزاء أى جزء من معناها، كما يتفق ذلك غالباً فى غير العارف باللغه العربيه، فإنه يلتفت إجمالاً إلى معنى جمله خاصه عربيه، إلا أنه لا يلتفت إلى كيفيه الدلاله فيها. و مقابله أى جزء من تلك الجمله بأى جزء من معناها.

٢- أن يكون المنشئ جاهلاً- بمضمون الصيغه رأساً، و لا يكون عالماً به، لا إجمالاً، و لا تفصيلاً. بل ربما يكون المرتكز فى ذهن المنشئ من تلك الصيغه غير ما يفهمه أهل العرف منها.

أما القسم الأول فالظاهر هو جواز الإنشاء به، لعدم الدليل على اعتبار العلم بمضمون الصيغه على النهج المذكور، بل اعتبار العلم بذلك مقطوع بعدم، لقيام السيره القطعيه على خلافه، إذ لا- يطلع على خصوصيات الصيغه على النحو المزبور إلا- الأفاضل و العلماء، بل ربما يوجد بعض الألفاظ لا يلتفت إلى كيفيه دلالاته على معناه إلا الأوحى من الناس، مثل كلمه (بى هوده) فان كثيراً من الناس يتخيل أنها كلمه واحده فارسيه، مع أن لفظه (بى) نافيه، و لفظه (هوده) بمعنى الفائده، فقد ضمت إحداهما إلى الأخرى فصارت كلمه واحده.

أما عوام الناس- حتى العارفين باللغات- فلا- يلتفتون إلى خصوصياتها على كيفيه المتقدمه، و مع ذلك ينشئون بها العقود و الإيقاعات، و لا ريب أن هذا متعارف بينهم قديماً و حديثاً، و لم يثبت عنه ردع فى الشريعه المقدسه و الا لظهور و بان، و صار من الأمور الواضحه، ضروره ابتلاء الناس بالمعاملات أكثر من ابتلائهم بالعبادات الضروريه التى اتضح حكمها فى الشريعه المقدسه كالصوم و الصلاه و الحج و أمثالها.

أما القسم الثانى فلا يصح الإنشاء به جزماً، فإن شأنه فى نظر المنشئ



شأن استعمال كلمه أكلت و شربت و ضربت مكان بعت، فكما لا يصح الإنشاء بتلك الألفاظ، كذلك لا يصح الإنشاء بما يكون المنشئ جاهلا بمضمونه رأسا

### هل تعتبر الماضويه فى الإيجاب و القبول؟

قوله: (المشهور كما عن غير واحد اشتراط الماضويه، بل فى التذكرة الإجماع على عدم وقوعه بلفظ أبيعك، أو اشترى منى). أقول: اشتراط الماضويه فى الإيجاب و القبول محكى عن الوسيله و الشرائع و الإرشاد و شرحه لفخر الإسلام و الدروس و التنقيح و المسالك، و عن جمع آخر.

بل قال فى التذكرة: الثانى- أى من شروط الإيجاب و القبول- الإتيان بهما بلفظ الماضى، فلو قال: أبيعك أو اشترى لم يقع إجماعا، لانصرافه الى الوعد. و لو تقدم القبول بلفظ الطلب، بأن قال: بعنى بدل قوله: اشترى فقال البائع: بعتك لم ينعقد. لأنه ليس صريحا فى الإيجاب، فقد يقصد أن يعرف أن البائع هل يرغب فى البيع. نعم لو قال المشتري بعد ذلك: اشترى، أو قبلت صح إجماعا و لو تقدم بلفظ الاستفهام فيقول أ تبعنى؟ فيقول: بعتك لم يصح إجماعا لأنه ليس بقبول و لا استدعاء انتهى كلامه و وجهه بعضهم بأن الإنشاء بغير الماضى خارج عن العقود المتعارفه فلا تشملها العمومات.

و بأن الماضى صريح فى الإنشاء بخلاف غيره من الأمر و المضارع، فإن الأول استدعاء. و الثانى أشبه شىء بالوعد.

و التحقيق: ما عن الكامل و المهذب. من جواز الإنشاء بالمضارع و الأمر، لأنه يصدق عنوان العقد على المنشأ بهما فيكون مشمولا للعمومات

و توهم: أن المضارع و الأمر ليسا بصريحين في الإنشاء، توهم فاسد إذ لو أريد من ذلك عدم صراحتهما في الإنشاء-و لو بالقرائن الحالیه أو المقالیه-فهو جار في الماضي أيضا، لأنه ليس بصريح في الإنشاء، ضروره أنه يستعمل تاره في الاخبار، و أخرى في الإنشاء، و عليه فلا يكون صريحا في الثاني، بل هو و غيره سيات في عدم الدلاله على الإنشاء صريحا بحسب الوضع الأولى.

و لو أريد من ذلك عدم صراحتهما في الإنشاء حتى مع اقترانهما بالقرائن فهو ممنوع جزما.

نعم لا- شبهه في أن العقود و الإيقاعات تنشأ بالماضي غالبا، إلا- أن مجرد هذا لا- يوجب عدم صحه الإيجاب و القبول بغير الماضي، و هذا واضح لا شبهه فيه.

و دعوى الإجماع على عدم جواز الإنشاء بالمضارع و الأمر، دعوى جزافيه.

لأن المدرك في حجيه الإجماع إنما هو العلم بكشفه عن قول المعصوم، و من البين أنه لا سبيل لنا إلى العلم بذلك هنا، إذ من المحتمل القريب أن يكون مدركه هو الوجوه الاعتباريه، التي ذكروها في المقام.

على أن مورد الإجماع-في عبارته التذكرة التي ذكرناها آنفا-إنما هو خصوص المضارع. و عليه فلا وجه لما في عبارتي المصنف و مفتاح الكرامه من نسبه الإجماع إلى التذكرة في كل من المضارع و الأمر.

و يضاف إلى ذلك كله: أنه قد ورد-في جملة من الروايات [١]

-الإشياء بالمضارع. كما يدل على جواز ذلك مطلقا فحوى ما دل عليه في خصوص النكاح [١].

ص: ٤٢

وقد اتضح لك مما بيناه بطلان ما ذهب اليه شيخنا الأستاذ من أن الإنشاء لا يكون إلا بالماضى، لصراحته فى تحقق الأمر الاعتبارى، بخلاف المضارع، فإنه أشبه شىء بالوعد، كما أن الأمر أشبه شىء بالمقاوله. و إذن فلا يصح الإنشاء بهما. انتهى ملخص كلامه.

ثم إنا ذكرنا مرارا: أن الأمور الإنشائية متقومه بالاعتبار النفسانى المبرز بمظهر خارجى بحيث يكون ذلك المظهر صالحا لابرز ما فى النفس من الاعتبار- و لو بمثونه القرائن- و عليه فلا- بأس بإنشاء العقود بالجمل الاسميه - كإنشاء البيع بجمله (هذا لك بعوض) و إنشاء الإجاره بجمله (منفعه هذه الدار لك بكذا) و هكذا ضروره أنها- مع اقترانها بالقرائن- صالحه لابرز الاعتبار النفسانى، فيكون المنشأ بها مشمولاً لما دل على صحه العقود و لزومها نعم لا يصح الإنشاء بمثل قولنا أنا بائع، أو أنت مشتر، أو هذا مبيع، و نحوها فإن الإنشاء بأشباه هذه الجمل يعد فى نظر أهل العرف من الأغلاط. و قد أسلفنا أنه لا يسمح الإنشاء بما لا ينطبق عليه عنوان البيع أو غيره فى نظر أهل العرف. و هذا ظاهر لا خفاء فيه.

أما جواز إنشاء الطلاق بجمله (هى طالق) و إنشاء العتق بجمله (أنت حر لوجه الله) فإنما هو من ناحيه دليل خاص.

هل يعتبر تقديم الإيجاب على القبول؟

### الجهة الثالثة فى الترتيب بين الإيجاب و القبول.

قوله:(الأشهر- كما قيل لزوم تقديم الإيجاب على القبول). أقول:

قد اختلف الأصحاب فى ذلك.

فقال الشيخ فى بيع المبسوط: عقد النكاح يتعقد بالإيجاب و القبول، سواء تقدم الإيجاب. أو تأخر. بلا خلاف: فأما البيع فان تقدم الإيجاب. صح بلا خلاف و إن تقدم القبول. صح، و الأقوى عندى: أنه لا يصح.

و عن الوسيله، و السرائر: اشتراط تقديم الإيجاب على القبول و عن المختلف أنه الأشهر.

و عن التذكرة، و الإيضاح، و التنقيح: أنه الأقوى.

و عن جامع المقاصد، و صيغ العقود: أنه الأصح.

و عن تعليق الإرشاد: أنه الأظهر.

بل عن غايه المراد، و المسالك حكايه الإجماع على ذلك عن الخلاف و لكن الموجود فى بيع الخلاف: أنه إذا قال: بعنيه بألف، فقال بعتك لم يصح البيع حتى يقول المشتري بعد ذلك: اشتريت، أو قبلت.

دليلنا: أن ما اعتبرناه مجمع على ثبوت العقد به (1).

و غير خفى على الناقد البصير أن هذه العبارة التى بين يدى القارى غير ظاهره فى الاشتراط المزبور. و إن كانت توهمه للمستعجل.

ص: ٤٤

و قد خالف فى ذلك جمع من الأعظم.

فقال العلامة فى القواعد: و فى اشتراط تقديم الإيجاب نظر.

و فى الشرائع: أنه أشبه. و اختاره الشهيد فى حواشيه.

و فى اللمعه و الروضه: أنه لا يشترط تقديم الإيجاب و إن كان تقديمه أحسن.

و عن نهايه الأحكام، و الميسيه، و المسالك: أنه الأقوى.

و عن التحرير، و الدروس، و الكفايه: أنه الأقرب.

و عن مجمع البرهان: أنه الأظهر.

بل قال الشيخ (ره) فى نكاح المبسوط: فأما إن تأخر الإيجاب فسبق القبول، فان كان فى النكاح. صح. بلا خلاف، لخبر الساعدى.

و إن كان هذا فى البيع، فقال: بعنيها، فقال: بعتهها صح عندنا، و عند قوم من المخالفين.

ثم إنه قال الشهيد الثانى فى الروضه: إن (محل الخلاف ما لو وقع القبول بلفظ اشترت. أو ابتعت، أو تملك. لا بقبلت و شبهه.

لأنه صريح فى البناء على أمر لم يقع).

و حكاه فى مفتاح الكرامه - عن جماعه من الفقهاء.

و قد أطنب المصنف فى البحث هنا من حيث النقض و الإبرام و صفوه كلامه: أن القبول قد يقع بلفظ قبلت و رضيت و نحوهما، و قد يقع بلفظ الأمر: بأن يقول المشتري بعنى المتاع الفلانى بألف، و يقول البائع بعته إياك بكذا، و قد يقع بلفظ اشترت و ابتعت و ملكت - مخففاً.

فإذا وقع القبول بالقسم الأول لم يجز تقديمه على الإيجاب، للإجماع و لأن العمومات محموله على العقود المتعارفه، و من الواضح أنه لم يتعارف

تقديم القبول بلفظ قبلت أو رضيت على الإيجاب.

أضف الى ذلك: أن القبول-الذى هو أحد ركنى العقد-فرع الإيجاب فلا- يعقل تقدمه عليه،بديهة أن القبول ليس هو مجرد الرضاء بالإيجاب لكى يلتزم بإمكان تعلق الرضاء بالأمر المتأخر،بل المراد من القبول إنما هو الرضاء بالإيجاب المتضمن لنقل المال من الموجب الى القابل نقلا فعليا.و من الواضح أن هذا المعنى لا يتحقق إلا بتأخر الرضاء عن الإيجاب.

إذ مع تقدمه لا- يتحقق النقل فى الحال.ضروره أن الراضى بمعاوضه ينشئها الموجب فى المستقبل لم ينقل ماله فى الحال الى الموجب.و السر فى ذلك أن كلمه قبلت و أشباهها قد أخذ فيها مفهوم المطاوعه،و لا يتحقق ذلك فى الخارج الا بتقديمها على الإيجاب.

و إذا وقع القبول بالقسم الثانى لم يجز تقديمه على الإيجاب أيضا،لأنه لا- يعد قبولا- للإيجاب المتأخر،و انما هو استدعاء و استئجاب.بل لو قلنا بجواز التقديم بلفظ قبلت لأمكن المنع هنا،بناء على اعتبار الماضويه فى الإيجاب و القبول.و قد نص جمع كثير بعدم جواز التقديم هنا.

و إذا وقع القبول بالقسم الثالث-أعنى به ابتعت و اشتريت و ملكت مخففا-جاز تقديمه على الإيجاب،لأنه عندئذ لم يؤخذ فيه عنوان المطاوعه لكى يستحيل تقديمه عليه.و انما استفيدت المطاوعه من القرائن المقاميه:و هى أن النقل يتحقق-غالبا-من قبل البائع قبل تحققه من قبل المشتري.و من البين أن هذه القرينه غير مانعه عن تقديم القبول على الإيجاب.بديهة أن المشتري قد أنشأ بالألفاظ المذكوره ملكيه المثلن لنفسه بإزاء الثمن.و لا يفرق فى ذلك تقدمها على الإيجاب و تأخرها عنه.

ثم انه(ره)تكلم فى سائر العقود الى أن قال: و أما المصالحه المشتمله

على المعاوضه فلما جاز ابتداء الالتزام بها لكل من المتصالحين-لتساوى نسبتها إليهما- كان البادى منهما موجبا، لصدق عنوان الموجب عليه لغه و عرفا.

و لكن لما انعقد الإجماع على توقف العقد على القبول لزم أن يكون الالتزام الحاصل من الآخر بلفظ القبول، إذ لو كان ذلك أيضا بلفظ الصلح للزم تركيب العقد من إيجابين، و حينئذ فلا يجوز تقدم القبول على الإيجاب فى الصلح أيضا. انتهى ملخص كلامه.

و يرد عليه أولا: أنه لا وجه لحمله العمومات على العقود المتعارفه، بل هى تشمل جميعها، سواء فيها المتعارف و غير المتعارف.

ثانيا: أنه لا وجه لما ذكره فى آخر كلامه من قيام الإجماع على توقف العقد على القبول، لعدم الدليل على اعتبار القبول فى مفهوم العقد، و لا فى صحته، و لا فى لزومه.

بل المتحصل من كلمات أهل اللغه و أهل العرف، هو أن العقد لا يوجد إلا بين شخصين، سواء أ كان الصادر منهما مركبا من الإيجاب و القبول، أم كان ذلك مركبا من إيجابين فقط، فإنه-على كلا التقديرين- يكون مشمولا للعمومات الداله على صحه العقود و لزومها. و قد أشرنا الى ذلك آنفا.

ثالثا: أنه لا- وجه لمنعه عن تقديم القبول-الذى وقع بلفظ الأمر- على الإيجاب، لأننا ذكرنا مرارا: أن حقيقه العقد هى الاعتبار النفسانى المبرز بمظهر خارجى، من غير أن تعتبر فى ذلك أية خصوصيه من الخصوصيات و دعوى: أن إنشاء القبول بلفظ الأمر مخالف لا اعتبار الماضويه فى العقود، دعوى فاسده، لما عرفته قريبا من عدم الدليل على اعتبار الماضويه بوجه رابعا: أنه لا وجه لتفصيله (ره) بين قبلت، و رضيت، و أمضيت و أنفذت، و بين اشترت، و تملك، و ملكت مخففا، حيث التزم بعدم



الجواز فى القسم الأول، و بالجواز فى القسم الثانى و بيان ذلك: أن العقود قد يعتبر فيها القبول، و قد لا يعتبر فيها الا الرضاء بفعل الموجب بلا حاجة الى إنشاء آخر غير ما صدر من الموجب:

أما القسم الثانى فيما أنه لا يعتبر فيه القبول، و يكفى فيه مجرد الرضاء، لم يفرق فيه بين تقدم الرضاء و تأخره فلو استدعى زيد عمروا فى بيع داره فأذن له صح لزيد بيعها، و ان لم يتحقق منه إنشاء لقبول الوكاله.

نعم هذا القسم من الوكاله الإذنيه-التي تتقوم بالاذن الساذج-لا يترتب عليه حكم الوكاله العهديه-التي تتقوم بالإلزام و الالتزام من الطرفين-و عليه فإذا رجع عمرو عن اذنه لم يصح بيع زيد بعده، و ان لم يبلغه الرجوع.

و من هذا القبيل العاريه و الوديعه، فإنهما أيضا لا يحتاجان الى القبول و يكفى فى تحققهما مجرد رضاء المستعير و المستودع بإنشاء المالك.

بل و كذلك الحال فى الوصيه، فإذا أوصى بمال لزيد، لم يعتبر فى صحتها الا رضاء زيد بالتمليك، من دون حاجة الى القبول.

و على الجملة: ان الحاجة الى الرضاء فى هذه العقود، كالحاجة الى رضاء الزوجه فى صحه التزويج على بنت أختها، أو بنت أخيها. و معه لا-موجب لاعتبار تأخر القبول فى العقود المزبوره، لأنه يكفى فيها مجرد الرضاء سواء تأخر عن الإيجاب، أم تقدم عليه.

أما القسم الأول-أعنى به العقود العهديه-فهو لا يوجد فى الخارج إلا بإنشاء المعاهده و المعاقده من الجانبين. و لكن لا دليل على كون أحد الانشائين معنونا بعنوان الإيجاب، و كون الآخر معنونا بعنوان القبول-بمعناه المطاوعى-لكى يستحيل تقدم الثانى على الأول.

بل ذكرنا قريبا: أنه إذا صدق على المنشأ بهما عنوان من عناوين

المعاملات- كالعقد و البيع و التجاره عن تراض و الشرط على القول بصدقه على الشروط الابتدائيه و غير ذلك- حكم بصحته و لزومه، للعمومات و المطلقات و إذن فلا- محذور من تركيب عقد خاص من إنشائين يتضمن أحدهما تملك أحد المالين بعوض، و يتضمن ثانيهما تملكه به، سواء أ كان ذلك بلفظ التملك و ما يرادفه، أم كان بلفظ القبول مع قيام قرينه على إنشاء التملك به. و عليه فلم يبق وجه لاعتبار القبول- بمعناه المطاوعى- فى مفهوم العقود لكى يمنع من تقدمه على الإيجاب.

و لو سلمنا احتياج العقد إلى القبول، و سلمنا أيضا أخذ المطاوعه فى مفهوم القبول، و لكننا لا نسلم استحاله تقدم القبول على الإيجاب، ضروره أن القبول يتعلق تاره بالمعنى المصدري: أعنى به إنشاء البائع. و يتعلق أخرى باسم المصدر: أعنى به نفس المبادله بين المالين مع قطع النظر عن إضافته إلى البائع.

و على الأول فلا يعقل فيه تعلق القبول به قبل تحقق الإيجاب فى الخارج كما يستحيل تحقق الانكسار قبل تحقق الكسر.

و على الثانى فلا- محذور فيه من تحقق المطاوعه قبل تحقق الإيجاب و ذلك لأن مفهوم المطاوعه هو الأخذ، و من البين أن المشتري إذا أنشأ تملك مال غيره بإزاء مال نفسه، بقوله: قبلت مالك بمالى صدق على إنشائه هذا أنه أخذ المبدء- كالبيع مثلا- لنفسه.

و إذن فلا يفرق فى تحقق مفهوم العقد، بين تقديم القبول على الإيجاب و عدمه، و حينئذ فىكون ذلك مشمولاً للعمومات الداله على صحه العقود و لزومها و قد ظهر لك مما بيناه بطلان ما ذكره المصنف. من أن القبول فرع الإيجاب، و تابع له، فىستحيل تقدم التابع على المتبوع.

و نتيجة ما حققناه هى جواز تقدم القبول على الإيجاب، من غير فارق بين ألفاظ القبول، و لا بين أفراد العقود. نعم يحسن بنا تقديم الإيجاب على القبول خصوصا فى النكاح.

ثم إنه تدل على جواز تقديم القبول على الإيجاب الروايات المتقدمة الواردة فى بيع العبد الآبق، و بيع المصحف، و بيع الثمر. (١). و أيضا يدل عليه فحوى الأخبار السابقة الواردة فى نكاح المتعه (٢) و فحوى ما ورد فى جواز جعل المهر تعليم شىء من القرآن [٣].

ص: ٥٠

---

١-١) راجع ص ٤١ و ٤٢.

٢-٢) راجع ص ٤٢ و ٤٣.

## هل تعتبر الموالاه بين الإيجاب والقبول؟

قوله: (و من جمله شروط العقد الموالاه بين إيجابه و قبوله). أقول:

قد حكى المصنف عن الشهيد في قواعده: (أن الموالاه معتبره في العقد و نحوه و هي مأخوذه من اعتبار الاتصال بين المستثنى و المستثنى منه).

و قال بعض العامه: لا يضر قول الزوج-بعد الإيجاب-: الحمد لله، و الصلاه على رسول الله، قبلت نكاحها. و منه الفوريه في-استتابه المرتد، فيعتبر في الحال و قيل: إلى ثلثه أيام. و منه السكوت في أثناء الأذان، فإن كان كثيرا أبطله.

و منه السكوت الطويل في أثناء القراءه، أو قراءه غيرها خلالها. و كذا التشهد. و منه تحريم المأمومين في الجمعه قبل الركوع، فان تعمدوا، أو نسوا

ص: ٥١

حتى ركع فلا جمعه.

و اعتبر بعض العامه تحريمهم معه قبل الفاتحه. و منه الموالاه فى التعريف بحيث لا ينسى أنه تكرر. و الموالاه فى سنه التعريف. فلو رجع فى أثناء المده استؤنف ليتوالى).

و التحقيق: أنه لا-شبهه فى اعتبار الاتصال بين المستثنى و المستثنى منه، ضروره أن الاستثناء من النفى يفيد الإثبات، كما أن الاستثناء من الإثبات يفيد النفى و عليه فإذا اتصل أحدهما بالآخر، كان لهما ظهور واحد. و مضمون فارد، و إذا انفصل أحدهما عن الآخر، كان لكل منهما ظهور خاص، و مضمون مستقل.

و من هنا لو اعترف شخص لصاحبه بخمسين ديناراً، ثم استثنى من ذلك -بعد مده طويله-خمسه دنانير لم يسمع منه هذا الاستثناء لأنه عندئذ لا يعد المستثنى و المستثنى منه-فى نظر أهل العرف-كلاماً واحداً، بل يعدون المستثنى نقضاً للمستثنى منه. و كذلك إذا قال أحد: لا إله، و لم يعقبه بقوله: إلا الله، إلا بعد مده طويله حكم بكفره، لأن أهل العرف لا يرونهما كلاماً واحداً.

و على الإجمال: إن اعتبار الاتصال بين المستثنى و المستثنى منه أمر بديهي و ربما يكون التأمل فى ذلك سبباً لاعتبار الاتصال فى كل أمر تدريجى، الذى ثبت له الصوره الاتصاليه فى نظر أهل العرف. و هذا هو المراد من قول الشهيد:

(الموالاه معتبره فى العقد و نحوه، و هى مأخوذه إلخ).

ثم إن الفوريه فى استتابه المرتد لا تترتب على اعتبار الاتصال بين المستثنى و المستثنى منه، بديهيه أن الاتصال المعتبر بينهما أمر عرفى ارتكازى و لكن وجوب الاستمرار فى الإسلام و عدم قطعه بالكفر أمر ثابت بالدليل الشرعى، فلا بد من الاستتابه فوراً ففوراً، و إذن فلا صلّه بينهما بوجه.

و هكذا الكلام فى لزوم تحريم المأمومين فى الجمعه قبل ركوع الإمام، فإن ذلك لا يرتبط بالفوريه العرفيه، بل يحتاج إلى الدليل الشرعى، و عليه فان كان-هناك- ما يدل على الفوريه أخذ به، وإلا فيرجع إلى أصاله البراءه.

و الحاصل: أن الأمر التدرىجى المتصل إذا أخذ موضوعا للحكم، لم يترتب عليه ذلك الحكم فى غير حال الاتصال، ضروره أن فعليه الحكم بفعليه موضوعه، و من البين الذى لا-ريب فيه أن الأمر التدرىجى المتصل لا يكون فعليا إلا بفعليه هيئته الاتصاليه و إذا انتفت هذه الهيئه انتفى الحكم المترتب على ذلك الأمر التدرىجى المتصل، لانتهاء موضوعه و هذا لا-شبهه فيه بحسب الكبرى و لكن البحث فى أنه هل تنطبق تلك الكبرى على العقد المركب من الإيجاب و القبول، أم لا؟.

لا خفاء فى أن الاتصال-بحسب الدقه- يساوق الوحده، فإذا انفصل أحد الأمرين عن الآخر-و لو آنا ما-لم يصدق عليهما عنوان الواحد.

نعم قد يتحقق الاتصال العرفى فى الأمور التدرىجيه مع تخلل العدم فى البين، و من هنا يقال-للكلام الطويل-: إنه كلام واحد متصل، مع تخلل السكوت فيه قليلا.

و لا يخفى عليك أن هذا الإطلاق إنما هو بحسب التشكيك، إذ الاتصال المتحقق بين المستثنى و المستثنى منه أشد من الاتصال المتحقق بين بقية أجزاء الجمل، و الاتصال المتحقق بينها أشد من الاتصال المتحقق بين جملته و جملته أخرى، و الاتصال المتحقق بين حروف الكلمات أشد من الاتصال المتحقق بين الأمور المذكوره كلها، و جميع ذلك واضح لا شبهه فيه.

إذا عرفت ما تلوناه عليك فاعلم أنه قد استدل على اعتبار الاتصال بين إيجاب العقد و قبوله بوجهين

١- ما ذكره المصنف (ره) وإليك لفظه: (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، فالعقد المركب من الإيجاب و القبول-القائم بنفس المتعاقدين-بمنزله كلام واحد مرتبط بعضه ببعض، فيقدح تخلل الفصل المخل بهيئته الاتصاليه، ولذا لا يصدق المعاقده إذا كان الفصل مفرداً في الطول، كسنة أو أزيد، وانضباط ذلك إنما يكون بالعرف فهو في كل أمر بحسبه). و إذن فلا يشمل دليل وجوب الوفاء بالعقد، وهذا الذي ذكره المصنف هو ملخص ما أفاده الشهيد (ره).

و يتوجه عليه أولاً: أن دليل صحه المعاملات و لزومها لا ينحصر بآيه وجوب الوفاء بالعقد بل تدل على ذلك أيضاً آيه التجاره عن تراض و من البديهي أنا لا ندور في دلالتها على المقصود مدار تحقق العقد، بل يكفي في ذلك تحقق التجاره عن تراض.

و قد أشار المصنف إلى هذا الجواب بقوله (و ما ذكره حسن لو كان حكم الملك و اللزوم في المعامله منوطاً بصدق العقد عرفاً، كما هو مقتضى التمسك بآيه الوفاء بالعقود. أما لو كان منوطاً بصدق البيع، أو التجاره عن تراض، فلا يضره عدم صدق العقد). نعم لا يمكن التمسك بآيه التجاره عن تراض في خصوص النكاح.

ثانياً: أنا لا نرى وجهاً صحيحاً للمنع عن كون العقد الفاقد للموالاه مشمولاً لآيه وجوب الوفاء بالعقد، ضروره أن العقد ليس اسماً للفظ المركب من الإيجاب و القبول، بل هو عبارته عن العهد المطلق أو العهد المشدد، وهذا المعنى أمر نفساني قائم باعتبار الموجب و القابل معاً، و من الواضح أنه لا ينفصم بتخلل الفصل بين الإيجاب و القبول اللفظيين.

نعم لا بد و أن يعد ذلك مظهراً-في نظر أهل العرف-لذلك الاعتبار

النفساني، و إذن فلا يكون الوجه المزبور دليلا على اعتبار الموالاه بين الإيجاب و القبول.

و على الإجمال: إن العقد عبارته عن اتصال أحد الالتزامين بالالتزام الآخر، و شدة به، مع وجود مظهر لكل منهما فى الخارج، فإذا فرضنا أن البائع قد اعتبر المبادله فى نفسه، و أبرزه فى الخارج، و بقى على اعتباره حتى انضم إليه اعتبار المشتري المبرز بقوله، فكيف لا يصدق عليهما العقد؟ و هل الانفصال بين حدودى الاعتبارين، أو بين اللفظين يضر بصدق العقد مع فرض بقاء البائع على اعتباره؟ نعم إذا فرض أن البائع رجع عن اعتباره قبل قبول المشتري لم يتحقق العقد فى الخارج، لكنه خارج عن محل كلامنا. و عليه فالفصل بين الإيجاب و القبول اللفظيين لا يمنع عن كون العقد المبرز بهما مشمولاً لآيه و جوب الوفاء بالعقد. و هذا ظاهر.

٢- ما أفاده شيخنا الأستاذ من (أنه لما كان فيها-: أى فى العقود العهديه المعاوضيه كالبيع، و ما يلحق بها كالنكاح- خلع و لبس، أو إيجاد علقه، فلا بد أن يكون مقارنا للخلع لبس، و هكذا مقارنا لإيجاد العلقه قبول، و إلا يقع الإضافه، أو العلقه بلا محل و مضاف إليه).

و يرد عليه: أن هذا الوجه يقتضى استحاله تحقق العقد مع وجود الفصل بين الإيجاب و القبول، و لازم ذلك أن لا يوجد عقد فى العالم، لأنه لا- يتحقق إلا بوجود الفصل بين إيجابه و قبوله- و لو بزمان قليل- و من البين أنه لا يفرق فى استحاله الفصل بينهما- بين أن يكون الفاصل هو الزمان القصير، و بين أن يكون ذلك هو الزمان الطويل. و هذا بين لا ريب فيه.

و الحل أن الخلع و اللبس- فى اعتبار البائع- ليس على وجه الإطلاق



و إلا لتحقق ذلك قبل تحقق القبول، مع أنه لا يتحقق قبله حتى في اعتبار نفس البائع فضلا عن إمضاء العقلاء، أو الشارع.

بل الخلع و اللبس في اعتبار البائع معلق على قبول المشتري، و على فرض تحققه. و عليه فالخلع مقارن باللبس دائما، سواء أ تحققت الموالاه بين الإيجاب و القبول، أم لم تتحقق.

أضف إلى ذلك قيام السيره القطعيه على عدم اعتبار الموالاه بين الإيجاب و القبول، لأننا نرى بالعيان. و نشاهد بالوجدان: أن بعض الناس يرسل هديه إلى صاحبه من البلاد النائية و أن تلك الهديه إنما تصل إلى المهدي اليه بعد مده طويله- كشهرا أو شهرين- و لا شبهه في أن هذه هبه قد وقع الفصل الطويل بين إيجابها و قبولها، و لم نسمع من أحد أن يناقش في صحتها، مع أنها من العقود.

و تدل أيضا على عدم اعتبار الموالاه بين الإيجاب و القبول قصه ماريه القبطيه عليها السلام الموهوبه للنبي (صلى الله عليه و آله) [١] حيث إنه وقع في تلك القصه فصل طويل بين إيجاب الهبه و قبولها، و مع ذلك لم يحكم النبي (صلى الله عليه و آله) بفسادها فيكشف من ذلك عدم اعتبار الموالاه بينهما، و إذا جاز ذلك في الهبه جاز في غيرها، لعدم القول بالفصل ظاهرا.

و دعوى: أن الهبه في القصه المزبوره هبه معاطاتيه، و بحثنا هنا في العقود اللفظيه، دعوى جزافيه، إذ لا- وجه للتفكيك بينهما في ذلك. كما أن دعوى كون الإيجاب من رسول المالك، و القبول من النبي (صلى الله عليه و آله) دعوى فاسده لأن

الظاهر أن الموجب هو نفس المالك لا غيره.

وقال شيخنا الأستاذ: إن (جميع هذه الأفعال صادرة من الواسطه كأنها صادرة من الموجب، فهو بمنزله من كان في المشرق، وكانت يده طويله تصل إلى المغرب. فمد يده و أعطى شيئاً لمن كان في المغرب فان فعله يتم في زمان وصول يده إلى المغرب).

ولكن هذا لا يستقيم، للفرق الواضح بين ما نحن فيه، وبين المثال المزبور، بداهه أن المهدى- في مورد السيره- ربما يغفل عن هديته في زمان وصولها إلى المهدى إليه، وعندئذ لا يمكن تنزيل فعل الرسول و الواسطه منزله فعل المرسل.

و هذا بخلاف المثال المزبور، فإن المهدى- في ذلك- بنفسه متصد لإيجاد العقد، وإنشائه، من دون أن يفصل فاصل بين إيجابه و قبوله، لأن طول اليد لا يخرج الفعل الواحد عن وحدته.

و أيضا يدل على عدم اعتبار الموالاه بين الإيجاب و القبول قيام السيره بين التجار المتدينين على معاملة بعضهم بعضا بالكتابه و البرقيه، مع تخلل الفصل الطويل بين إيجابها و قبولها. و لم يناقش أحد في صحتها.

و دعوى وجود الفارق بينها و بين المعاملات الشفاهيه، و أن السيره غير جاريه في الثانيه، دعوى جزافيه.

و أيضا يدل على جواز الفصل بين الإيجاب و القبول فحوى ما ورد (1) في جواز جعل المهر شيئاً من القرآن. بناء على أن القبول- في الروايه- هو قول الصحابي: زوجنيها، و الإيجاب هو قوله (صلى الله عليه و آله) بعد فصل طويل:

زوجتكها على ما معك من القرآن. و إذا جاز ذلك في النكاح جاز في غيره بالألويه

ص: ٥٧

(١-١) قد تقدم ذلك في ص ٥٠.

و يضاف إلى ذلك كله: أنه لا- دليل على اعتبار الموالاه بين الإيجاب و القبول. و دعوى الإجماع عليه، دعوى باطله، إذ لا علم لنا بوجود إجماع تعبدى- هنا- لكى يكون كاشفا عن رأى المعصوم (عليه السلام).

و عليه فإذا تحقق الإيجاب و القبول فى الخارج مع وجود الفصل بينهما و صدق عليهما عنوان العقد كان ذلك مشمولاً للعمومات الداله على صحه العقود و لزومها. و هذا بديهي لا خفاء فيه.

## هل يعتبر التنجيز فى العقود؟

### اشاره

قوله: (و من جمله الشرائط التى ذكرها جماعه التنجيز فى العقد). أقول:

تعليق العقد على الشرط قد يكون صريحاً. كاقتران العقد بما يدل على التوقف صريحاً بأن يقول: البائع بعتك هذا إن جاء زيد، أو إن كان هذا اليوم يوم الجمعة.

و قد يكون ضمناً، كما إذا لم يذكر فى الكلام ما يدل بصراحته على الاشتراط و التوقف و لكن يستفاد ذلك منه ضمناً: كقول البائع بعتك دارى يوم الجمعة، فإن الصيغه و إن كانت خاليه عن التعليق ظاهراً، و لكنه مطوى فيها ضمناً، لأن تقديرها بعتك دارى إذا جاء يوم الجمعة. و عندئذ لا ينحصر مورد البحث بما يكون الكلام مشتملاً على أداه الشرط و نحوها مما يدل على التعليق. بل مدار البحث- هنا- على استفاده التعليق من الصيغه بأى وجه كانت الاستفاده.

ثم إن مركز البحث فى المقام إنما هو تعليق المنشأ على شىء، كقول أحد الشخصين لصاحبه: أنت و كىلى فى بيع دارى إن قدم زيد من سفره،

حيث إن الوكالة ليست بمطلقة بل هي معلقة على قدوم زيد من سفره.

أما إذا كان الإنشاء و المنشأ كلاهما مطلقين، و كان التعليق فى متعلق العقد فقط، فهو خارج عن محل البحث جزماً.

و مثال ذلك: أن يوكل أحد غيره فى أمر-مطلقاً و منجزاً، و لكن كان متعلق الوكالة أمراً خاصاً، يتوقف حصوله فى الخارج-على تحقق شىء آخر، كأن يقول الموكل لو كيله: أنت و كيلي فى بيع دارى يوم الجمعة بأن كان يوم الجمعة قيماً للبيع، لا للوكالة. و مثله: أن يقول: أنت و كيلي على وجه الإطلاق، و لكن لا- تتصرف فى أموالى إلى وقت معين-كقدوم الحاج مثلاً-أو إلى حصول شرط خاص.

و من هنا يجوز للزوجه أن تشترط على زوجها فى عقد الزواج-أن تكون و كيله فى طلاق نفسها مطلقاً و منجزاً و يكون إعمال الوكالة مشروطاً بعدم الإنفاق أو بالمسافره إلى بلد كذا أو غير ذلك فان هذا كله لا يرتبط بالعقود المعلقة.

ثم إن المغروس فى كلمات الفقهاء، و المسطور فى كتبهم: أن التعليق فى الجملة مجمع على بطلانه، و إنما الكلام بينهم فى تعيين معقد الإجماع.

فقد صرح باعتبار التنجيز فى العقود الشيخ، و العلامة، و المحقق، و الشهيد، و غيرهم.

بل عن العلامة-فى التذكرة-: أنه يجب كون الوكالة منجزه عند علمائنا و حكى عنه أيضاً دعوى الإجماع على عدم صحه أن يقول الموكل: أنت و كيلي فى يوم الجمعة أن تبع عبدى. و على صحه قوله: أنت و كيلي، و لا- تبع عبدى إلا- فى يوم الجمعة مع كون المقصود واحداً.

و فرق بين هاتين الصورتين جمع من الفقهاء-بعد اعترافهم بأن الصورة الثانية أيضاً فى معنى التعليق-: بأن العقود المتلقاه من الشارع منوطه بضوابط

فلا تقع بدونها و إن أفادت فائدتها.

و عن المحقق و الشهيد الثانيين في جامع المقاصد و المسالك في مسأله إن كان لى فقد بعته:- أن التعليق ينافى الإنشاء في العقود و الإيقاعات، حيث يكون المعلق عليه مجهول الحصول.

و عن فخر الإسلام في شرح الإرشاد:- أن تعليق الوكاله على الشرط لا يصح عند الإماميه، و كذا سائر العقود، جائزه كانت، أو لازمه.

و عن غايه المرام: أنه لا خلاف فيه.

و في الجواهر: شرطها- أى الوكاله- أن تقع منجزه كغيرها من العقود بلا خلاف أجده، بل الإجماع بقسميه عليه.

و في مفتاح الكرامه: و الدليل على ذلك- بعد الإجماع نقلا و تحصيلا- أن الأصل عدم جواز الوكاله، خرجت المنجزه بالإجماع، و بعض الأخبار و بقى الباقي.

و قد أشار الشيخ في الخلاف- إلى الأصل الذى ذكره في مفتاح الكرامه، و قال: إذا قال: إن قدم الحاج أو جاء رأس الشهر فقد و كلتك في البيع، فان ذلك لا يصح، دليلنا: أنه لا دليل على صحه هذا العقد، و عقد الوكاله يحتاج إلى دليل.

و لكن حكي التأمل في ذلك عن الكفايه، لأنه غير مرتبط بدليل واضح و لعله تبع في تأمله هذا للمحقق الأردبيلي.

بل صرح المحقق القمي في جامع الشتات- بأن التعليق في الوكاله لا يضر بصحه عقد الوكاله.

و على الإجمال. إن ظاهر جملة من العبائر: هو بطلان التعليق في العقود و الإيقاعات على وجه الإطلاق، و ظاهر جملة أخرى منها: أنه يحكم ببطلان

التعليق فيما إذا كان المعلق عليه أمراً مجهولاً، كما عرفته عن المحقق و الشهيد الثانيين و لاستيضاح هذا الاختلاف، و بيان حكم التعليق، قد تصدى المصنف لذكر أقسام التعليق.

و حاصل كلامه: أن المعلق عليه إما أن يكون معلوم الحصول، أو محتمل الحصول.

و على كلا التقديرين، فإما أن يكون ظرف الحصول هو الحال، أو الاستقبال.

و على التقادير الأربعة، فإما أن يكون الشرط-الذى يذكر في العقد تصريحاً أو تلويحاً-مما لا تتوقف عليه صحة العقد، كالتعليق على الصفة التى لا دخل لها فى تحقق عنوان العقد، و سيأتى.

و إما أن يكون الشرط مما تتوقف عليه صحة العقد:

كأن يكون المبيع مما يصح تملكه شرعاً: بأن لا- يكون خمراً، و لا خنزيراً أو يكون مما يصح إخراجه عن الملك: بأن لا يكون وفقاً، و لا أم ولد أو يكون المشتري ممن يصح تملكه: بأن لا يكون عبداً.

أو يكون البائع، أو المشتري ممن يجوز معه العقد: بأن لا- يكون صبيهاً و لا- مجنوناً، و لا سفيهاً،- و هو الذى يصرف أمواله فى المصارف اللاغية- و إذن فأقسام التعليق ثمانية. انتهى ملخص كلام المصنف مع التوضيح الإجمالى و الصحيح: أن يقسم التعليق إلى اثني عشر قسماً: بأن يقال: إن المعلق عليه إما أن يكون معلوم التحقق، أو يكون محتمل التحقق.

و على كلا التقديرين، فإما أن يكون المعلق عليه أمراً حالياً، أو أمراً استقبالياً.

و على التقادير الأربعة، فإما أن يكون الشرط-الذى علق عليه العقد-

دخيلا فى مفهوم العقد، أو يكون دخيلا فى صحته، أو لا يكون دخيلا فى شىء منهما، و يعبر عنه بالتعليق بالصفه.

## ما هو حكم التعليق فى العقود؟

### اشاره

أما التعليق على ما يتوقف عليه مفهوم العقد فلا- شبهه فى صحته: بأن يقول البائع: إن كان هذا مالى فقد بعته بكذا، و يقول المشتري: قبلت، فإنه لا- يتحقق مفهوم البيع إلا- بكون المبيع ملكا للبائع، فهذا النحو من التعليق أمر ضرورى، و غير مضر بصحة العقد، سواء أ كان مذكورا فيه صريحا، أم لا. و عليه فلا شبهه فى صحة التعليق فى أربعة من تلك الأقسام المذكوره:

١- أن يكون المعلق عليه أمرا حاليا و معلوم الحصول، كقول الزوج لزوجته: إن كانت هذه زوجتى فهى طالق، و من الواضح أن عنوان الزوجيه دخيل فى صدور الطلاق من الزوج.

٢- أن يكون المعلق عليه أمرا استقباليا و معلوم الحصول فى ظرفه، كما إذا قال البائع للمشتري: بعتك دارى إن قبلت مع علمه بأن المشتري يقبله.

٣- أن يكون المعلق عليه أمرا حاليا مع الجهل بتحقيقه، كما إذا قال رجل لامرأه: ان كانت هذه زوجتى فهى طالق مع جهله بأنها زوجته.

٤- أن يكون المعلق عليه أمرا استقباليا و مجهول التحقق فى ظرفه، كما إذا قال أحد المتبايعين لصاحبه: بعتك هذا المتاع بكذا ان قبلت مع احتمال انه لا يقبله صاحبه.

و لا ريب فى صحة التعليق فى جميع هذه الصور الأربع، بديهه أن

ذكر الشرط فى الصيغه بصوره التعليق و عدمه سيان، لأن التعليق فى الكلام لا يزيد على الواقع بشىء، ضروره أن واقع العقد و مفهومه معلق على الأمور المذكوره بحيث لولاها لم يتحقق-فى الخارج-مفهوم العقد أو الإيقاع أصلا و رأسا.

أما التعليق على ما يكون دخيلا فى صحه العقد دون مفهومه فهو أيضا على أربعة أقسام.

١- أن يكون المعلق عليه معلوم الحصول فى الحال، كقول البائع: إن كان هذا الشىء مما يملك فقد بعته بكذا درهما، مع علم البائع بكون ذلك الشىء مما يملك.

٢- أن يكون المعلق عليه معلوم التحقق فى المستقبل، كالتسليم و التسلم فى بيع الصرف و السلم، كقول البائع للمشتري بعتك هذه الشذره من الذهب بكذا درهما إن أخذتها و سلمت إلى الثمن.

٣- أن يكون المعلق عليه حاليا و مجهول التحقق، كالبلوغ و العقل و عدم الفلاس.

٤- أن يكون المعلق عليه استقباليا. و مجهول التحقق، و لا ريب فى أن هذه الأقسام الأربعة من أقسام التعليق لا توجب بطلان العقد أيضا، لأن صحه العقد واقعا متوقفه على الجهات المزبوره. و اذن فذكر المعلق عليه-فى تلك الأقسام- و حذفه سيان.

و على الجملة: إنه لا شبهه فى صحه العقد الذى كان معلقا على ما تتوقف عليه صحته. بل هذا هو المتعارف بين الناس كثيرا. و لا سيما فيما إذا كان المعلق عليه مشكوك الحصول، لأن ذلك العقد مشمول للعمومات، و لم يدل دليل على بطلان التعليق-هنا- لكى يكون ذلك الدليل مخصصا لتلك العمومات



و هذا هو الحجر الأساسى، و الركن الوثيق فى صحه التعليق فى الموارد المزبوره لا ما ذكره الشيخ فى المبسوط. من أن المنشئ لم يشترط الا- ما يقتضيه إطلاق العقد، فإذا اقتضاه الإطلاق لم يضر إظهاره بصوره الشرط، كما لو شرط كل من المتبايعين على صاحبه تسليم الثمن أو المثل، أو ما أشبه ذلك، لأن ما أفاده و ان كان لا بأس به فى نفسه، ولكنه لا يدفع محذور التعليق- لو كان فيه محذور- و من هنا أورد عليه المصنف، و قال نصا: (ان المعلق على ذلك الشرط فى الواقع هو ترتب الأثر الشرعى على العقد، دون إنشاء مدلول الكلام- الذى هو وظيفه المتكلم- فالمعلق فى كلام المتكلم غير معلق فى الواقع على شىء، و المعلق على شىء ليس معلقا فى كلام المتكلم على شىء، بل و لا منجزا، بل هو شىء خارج عن مدلول الكلام).

أما التعليق على الصفه- التى لا دخل لها فى تحقق عنوان العقد، و لا فى صحته- فهو أيضا على أربعة أقسام.

١- أن يكون المعلق عليه معلوم الحصول فعلا، كأن يقول البائع للمشتري: ان كان هذا اليوم يوم الجمعة فقد بعتك دارى، مع علمه بأن هذا اليوم يوم الجمعة، و هذا لا شبهه فى صحته، و لا نظن أن يتفوه أحد بفساد البيع فى هذه الصوره من ناحيه التعليق. فان المضر بالعقد انما هو واقع التعليق، لا التعليق الصورى. و ما نحن فيه من القبيل الثانى، دون الأول.

٢- أن يكون المعلق عليه معلوم الحصول فى المستقبل، و هو على قسمين، لأن إيقاف البيع عليه قد يكون من قبيل الاشتراط: بمعنى أن البائع ينشئ المبادله فى ظرف تحقق ذلك الأمر المتأخر: بأن يقول: بعتك دارى إذا دخل شهر رمضان، و يريد من ذلك تحقق البيع من حين دخول شهر رمضان، لا من الآن.

وقد يكون من قبيل التعليق-لا الاشتراط-نظير الواجب المعلق. كما إذا علق البائع بيعه من الآن على تحقق ذلك الأمر المتأخر في ظرفه أما الأول فهو مشمول للإجماع القائم على بطلان التعليق في العقود و الإيقاعات.

أما الثانى فهو لا- يزيد على الواقع بشىء. للعلم بتحقيق المعلق عليه فى ظرفه ففى الحقيقه ليس هنا تعليق فى الكلام-و إن كانت الصوره صورته التعليق- و إذن فيكون ذلك خارجا عن حدود الإجماع القائم على بطلان التعليق.

٣- أن يكون المعلق عليه محتمل التحقق فى الحال: بأن يقول أحد لغيره: إن كان هذا اليوم يوم الجمعة فقد بعتك فرسى حيث إن البائع قد علق بيع فرسه على كون هذا اليوم يوم الجمعة.

٤- أن يكون المعلق عليه محتمل الحصول فى المستقبل و لا يخفى عليك أن هذين القسمين أيضا باطلان لدخولهما فى معقد الإجماع المزبور.

و المتحصل مما بيناه: هو أن الإجماع الذى ادعاه الفقهاء على بطلان التعليق إنما هو فى الأقسام الثلاثه الأخيره.

أما العقود المشتمله على غير هذه الأقسام فلا مجال لتوهم تحقق الإجماع فيها على البطلان، فهى مشموله للعمومات الداله على صحه العقود و لزومها، و إذن فلا بد من البحث-هنا- فى هذه الأقسام الثلاثه، و ملاحظه ما استدل به على بطلان العقود مع التعليق فيها من إجماع أو غيره، فإن كان فى تلك الأدله ما يصلح لتخصيص العمومات المزبوره أخذ به، و إلا فهى محكمه فى المقام.

## ما استدل به على بطلان التعليق في العقود

قد استدل الفقهاء على بطلان التعليق في العقود بوجوه شتى:

### الوجه الأول: دعوى الإجماع على ذلك،

حيث ادعاه غير واحد من الفقهاء، وقد عرفت كلماتهم قريبا.

و يتوجه عليه: أن الإجماع إنما يكون حجه مع القطع بكونه مستندا إلى رأى الإمام (عليه السلام) و من المحتمل القريب أن المجمعين قد استندوا في دعواهم الإجماع-هنا- إلى الوجوه الاعتبارية التي استدل بها الفقهاء على بطلان التعليق

### الوجه الثانى: أن التعليق في العقود أمر غير معقول،

و عندئذ لا يوجد عقد تعليقى-في الخارج-لكى يبحث عن صحته و فساده، فلا بد من إيجاد منجزا.

و يتوجه عليه: أن المستحيل إنما هو التعليق في الإنشاء، بديهة أن الإنشاء-بأى معنى كان-قد فرض وجوده في الخارج، و عليه فلا يعقل تعليقه على شىء ما، لأن ما وجد في الخارج يتمتع عدمه، فكيف يمكن أن يكون موجودا على تقدير، و معدوما على تقدير آخر.

و على الجملة: إن الإنشاء أمر لا يقبل التعليق، بل هو إما أن يوجد، و إما أن لا يوجد. و لكن هذا خارج عن مركز بحثنا، لأن كلامنا ليس في التعليق في الإنشاء.

أما التعليق في المنشأ-الذى هو محلّ البحث في المقام-فلا شبهه في إمكانه. بل إن وقوعه في الأحكام العرفية و الشرعية فوق حد الإحصاء، ضروره أن الأحكام الشرعية و القوانين العرفية أكثرها من قبيل القضايا الحقيقية، و من سنخ الأحكام التى هى مشروطه بوجود موضوعها. و قد وقع

ذلك فى العقود و الإيقاعات على نحو الإيجاب الجزئى، كالتوصيه، و التدبير، و النذر، و العهد، و اليمين.

و الحاصل: أن إمكان تقييد المنشأ، و تعليقه بشىء، و وقوع ذلك من البديهيّات. و إنما الكلام فى صحه العقد أو الإيقاع فيما إذا كان المنشأ فيه مقيدا

### **الوجه الثالث: أن الظاهر من آيه وجوب الوفاء بالعقد - كسائر الخطابات**

الوضعيه و التكليفيه - أن الحكم بوجوب الوفاء يترتب على تحقق موضوعه خارجا،

و لا- ينفك عنه زمانا و هذا يقتضى وجوب الوفاء بكل عقد فعلى لا تعليق فيه إذ لا يتصور الوفاء فعلا بالعقود التعليقيه، و عليه فيكون ذلك خارجا عن حدود مدلول الآيه. و المفروض أنه ليس هنا خطاب آخر يقتضى وجوب الوفاء بالعقود التعليقيه، فتكون باطله.

و قد أجاب المصنف عن ذلك بوجوه عديده:

١- أن ما دل على صحه العقود و لزومها غير منحصر بآيه وجوب الوفاء بالعقد، بل تدل على ذلك أيضا آيه حليه البيع، و دليل السلطنه، انتهى حاصل كلامه.

و يرد عليه أولا: أن آيه حليه البيع مختصه بالبيع، فيبقى غيره - من العقود التعليقيه - خاليا عن دليل الصحه.

أما دليل السلطنه فهو ضعيف السند، و غير منجر بشىء، على أنه لا يجرى فى مثل النكاح.

ثانيا: أن ما ادعاه المستدل - من ظهور آيه وجوب الوفاء بالعقد فى ترتب الأثر من حين تحقق العقد - يجرى فى آيه حل البيع، و دليل السلطنه أيضا، فهما يدلان على ترتب الملكيه من حين تحقق البيع، أو عقد آخر، و لا يدلان على صحه البيع أو غيره من العقود المعلقه.

٢- أن المراد من العقد هو العهد المطلق أو العهد المشدد و عليه فوجوب الوفاء بالعقد تابع لكيفيته فان كان العقد منجزا ووجب الوفاء به منجزا و ان كان معلقا لم يجب الوفاء به إلا بعد حصول المعلق عليه كما هو الشأن فى وجوب الوفاء بالنذر و العهد و غيرهما و السر فى ذلك: أن أدله ووجوب الوفاء بالعقد أو النذر ناظره إلى وجوب الوفاء بهما بأى نحو تحقق فى الخارج، سواء فيه المنجز و المعلق.

و على الجملة. أن الإمضاء الشرعى للعقد تابع لجعل المتعاقدين، فإذا كان البيع-مثلا-مطلقا فأثره الشرعى الملكيه المنجزه غير المشروطه بشىء. فإذا كان معلقا فأثره الشرعى الملكيه المعلقه، و هذا واضح لا ستار عليه. انتهى ملخص ما أفاده. و هذا الوجه متين جدا.

٣- أنه قد وقع فى الشريعة المقدسه تخلف الأثر عن العقد فى موارد شتى: كبيع الصرف و السلم و الوصيه، و المعاملات المعاطاتيه بناء على إفادتها الإباحه مع قصد الملكيه. فلتكن العقود المعلقه من تلكم المذكورات و عندئذ لا يفسد العقد من تأخير ترتب الأثر عليه، و إلا لزم القول بفساد المعاملات المزبوره، انتهى حاصل كلامه.

و يرد عليه: أنه لا وجه لقياس ما نحن فيه بتلك العقود، لأن صحتها من ناحيه الدليل الخاص، فلا مورد للنقض.

٤- أن الدليل المذكور أخص من المدعى، لأنه إنما يلزم تخلف الأثر عن العقد فيما إذا كان التعليق على أمر خارجى غير دخيل فى تحقق العقد كقولك بعتك كتابى هذا بدينار إن قدم الحاج.

أما إذا كان التعليق على أمر حالى، كقولك بعتك هذا الكتاب بدرهم إن قبلت، فإنه حينئذ لا يلزم تخلف الأثر عن العقد. انتهى حاصل ما أفاده.

و هذا الوجه أيضا متين على تقدير أن يلتزم القائل-بإبطال التعليق-

البطلان في مثل ذلك أيضا. ولكنك قد عرفت أن مثل هذا التعليق خارج عن محل الكلام، و عليه فلا- يتوجه ما أفاده المصنف(ره).

٥- أن الدليل المذكور أيضا أخص من المدعى، من جهة أنه لا يجرى في التعليق على الشرط الذي يشك في تحققه في الحال فان تحقق العقد عندئذ يكون مراعى بالعلم بظهور الواقع. و عليه فان انكشف وجود المعلق عليه في الواقع فيحكم بصحة العقد من حين تحققه، وإلا- فيحكم بفساده من غير أن يكون العقد موقوفا على الشرط، لكي يلزم منه تخلف الأثر عن العقد. انتهى الملخص من كلامه. و هذا الوجه أيضا لا بأس به.

٦- أن ذلك الدليل لا يجرى في غير البيع من العقود- التي يتأخر مقتضاها عنها بحسب طبعها- كالوصية و التدبير و السبق و الرمايه و الجعالة، و من البين أن مورد البحث- هنا- لا ينحصر بالبيع و لا أن دليل وجوب الوفاء بالشرط في كل عقد دليل مستقل لكي يلتزم في بعضه بجواز التعليق، و في بعضها الآخر بعدم جوازه. انتهى الحاصل من كلامه. و هذا الوجه أيضا لا بأس به.

### **الوجه الرابع: أن أسباب العقود و الإيقاعات أمور توقيفيه،**

فلا بد و أن يقتصر فيها بالمقدار المتيقن، و هو السبب الخالي عن التعليق.

و يتوجه عليه: أنه لا- وجه لأخذ القدر المتيقن في أمثال الموارد بديهة أن العمومات و المطلقات إنما تدل على صحة كل ما صدق عليه عنوان العقد.

نعم لو كان الدليل على صحة العقود هو الإجماع أو السيره لكان للتوهم المزبور وجه وجيه.

### **الوجه الخامس: ما ذكره شيخنا الأستاذ**

من أن العمومات الداله على صحة العقود منصرفه عن العقد المعلق إلى العقد المنجز بديهة أن التعليق ليس مما جرى عليه أهل العرف و العاده في عهودهم المتعارفه و عقودهم المرسومه بين عامه الناس- و إن

مست الحاجة إليه أحيانا في العقود الواقعه بين الدول و الملوك-و عليه فلا- تكون العقود المعلقه مشموله لأدله صحه العقود،للشك في صدق عنوان العقد عليها عرفا.

و الجواب عن ذلك: أن هذا الوجه ممنوع كبرى و صغرى: أما الوجه في منع الكبرى فلأن الانصراف لو صح-فإنما يتم في المطلقات،بدعوى أن ثبوت الإطلاق فيها إنما هو بمقدمات الحكمه،فإذا لم يكن بعض أفراد المطلق متعارفا في الخارج،و متساوي الأقدام مع بقيه الأفراد كان ذلك قادحا في انعقاد الإطلاق للمطلق،بديهه أن عدم تساوى الأفراد شىء يصلح للقرينيه على عدم إرادته الإطلاق،و إذن فلا يصح التمسك به في أمثال ذلك.

الا أن هذه الدعوى لا تجرى في العمومات الداله على صحه كل عقد، لأن التمسك بها غير مشروط بوجود مقدمات الحكمه،إذ العموم فيها إنما هو بحسب الوضع-على ما حقق في محله-و عليه فلا مانع من كون العقود المعلقه مشموله لتلك العمومات.

أما الوجه في منع الصغرى فلانا لو سلمنا وجود الانصراف،و لكن لا نسلم كون العقود المعلقه من العقود غير المتعارفه،ضروره أنها واقعته في العرف كثيرا،كتعليق البيع على إجازة الأب،أو الصديق،أو الجار أو غير ذلك.و قد تقدمت الإشارة إلى هذا قريبا.

و نتيجة البحث: أنه لا دليل على بطلان العقود بالتعليق،لكى يكون ذلك الدليل مخصصا لأدله صحه العقود،و عليه فالعمده في المقام هو الإجماع فإن تم فهو،و إلا فالمرجع هو العمومات و الإطلاقات.و قد عرفت عدم تماميه الإجماع في المقام،و من هنا جزم المحقق القمى بصحه الوكاله المعلقه.

و حكى التأمل في بطلانها عن المحقق الأردبيلي و الكفايه على ما عرفته في

## هل يعتبر التطابق بين الإيجاب و القبول؟

### أشاره

قوله: (و من جمله شروط العقد التطابق بين الإيجاب و القبول) أقول التطابق بين الإيجاب و القبول يتصور على أنحاء:

#### ١- أن يكون ذلك من ناحيه عنوان المعامله:

بأن يقول أحد المتعاملين لصاحبه: بعتك دارى بكذا، و يقول صاحبه: قبلت البيع بكذا، فلو قال:

قبلت الهبه بكذا لبطل العقد، بديهه أن العقد أمر وحدانى مركب من الإيجاب و القبول، فإذا إنشاء أحد المتعاملين البيع، و قبل الآخر الهبه، لم يرتبط كلام أحدهما بالآخر، فلا- تتحقق بينهما معاقده و معاهده، بل يكون عهد كل منهما بعيدا عن عهد الآخر، ضروره أن ما أنشأه الموجب لم يقبله القابل، و ما قبله القابل لم ينشئه الموجب.

و من هنا قال شيخنا الأستاذ: إن اعتبار التطابق بين الإيجاب و القبول من القضايا التى قياساتها معها.

#### ٢- التطابق بين الإيجاب و القبول من ناحيه المبيع:

بأن يقول أحد المتبايعين لصاحبه: بعتك عبرى بكذا، و يقول الآخر قبلت هكذا. و لو قال قبلت بيع الجارىه بكذا لبطل العقد، لما عرفته قريبا من أنه مع الاختلاف -بين الإيجاب و القبول- لا يرتبط عهد أحدهما بعهد الآخر، لكى يتحقق هنا عقد مركب من الإيجاب و القبول.

#### ٣- التطابق بين الإيجاب و القبول من ناحيه البائع و المشتري،

فلو قال زيد لعمرو: بعتك دارى بكذا، و يقول عمرو: قبلت البيع لخالد، أو يقول



خالد:قبلت البيع لنفسى بكذا لبطل العقد،لعدم ورود الإيجاب و القبول على مورد واحد،كما عرفته فى القسمين السابقين.

و قد يتوهم:أن اعتبار التطابق بين الإيجاب و القبول فى الصورة الثالثه ينافى لما أسلفناه فى تعريف البيع،من أنه تبديل عين بعوض فى جهه الإضافه ضروره أن مقتضى هذا التعريف هو أن لا- يلاحظ البائع الخاص،و لا أن يلاحظ المشتري المعين فى تحقق مفهوم البيع،بل مقتضى التعريف المزبور أن لا- يلاحظ فى ذلك كون البائع مالكا للمبيع،و كون المشتري مالكا للثمن و من هنا نحكم بصحة معامله الفضوليه.

و لا يقاس البيع-فى ذلك-بالنكاح،إذ لا بد فى النكاح من التطابق بين الإيجاب و القبول بالنسبه إلى الزوجين،فان منزلتهما-فى عقد الزواج- منزله العوضين-فى البيع-و قد عرفت اعتبار التطابق فيه بين الإيجاب و القبول من ناحيه العوضين.

و لكن هذا التوهم فاسد،ضروره أن التعريف المذكور إنما يقتضى عدم اعتبار التطابق بين الإيجاب و القبول بالنسبه إلى البائع الخاص و المشتري الخاص فيما إذا كان العوضان من الأعيان الخارجيه.

أما إذا كان أحدهما كليا فى الذمه،فإنه عندئذ لا بد من اعتبار التطابق بين الإيجاب و القبول من ناحيه البائع و المشتري،ضروره أن ذمم الأشخاص مختلفه بحسب قوه الوثاقه و ضعفها،إذ رب شخص لا يعتمد عليه فى الأمور الحقيه،و رب شخص تطمئن إليه النفس فى الأمور الخطيره.

و عليه فإذا باع زيد متاعه من عمر بخمسين ديناراً فى الذمه،فإنه ليس لعمرو أن يقبل هذا البيع لغيره،و لا- لغيره أن يقبله لنفسه،ضروره أن ذمه عمرو غير ذمم بقيه الأشخاص،فالارتضاء بالأولى لا يستلزم الارتضاء

ببقية الذمم، و إذن فالإخلال بالتطابق فى الصورة الثالثه أيضا موجب للبطلان فى الحقيقه يرجع اعتبار التطابق فى هذه الصورة إلى اعتبار التطابق فى الصورة الثانيه.

#### ٤- التطابق بين الإيجاب و القبول من ناحيه الشروط المذكوره فى العقد

فإذا خالف الإيجاب القبول فى ذلك قيل بصحة العقد حينئذ، و ثبوت الخيار للمشروط له، نظرا إلى أن الشرط لا يرتبط بالعقد، و إنما هو التزام فى التزام آخر.

الا أن الصحيح بطلان العقد مع عدم التطابق فى هذه الصورة أيضا.

و الوجه فى ذلك: ما نذكره فى مبحث الشروط من أن مرجع اعتبار الشرط فى العقد إما إلى تعليق العقد على التزام المشروط عليه بشىء، أو إلى تعليق لزومه على شىء، أو تعليقهما معا أما الأول فكاشتراط شرط فى عقد الزواج أما الثانى فكاشتراط الكتابه فى العبد المبيع، أما الثالث فكاشتراط عمل فى البيع و نحوه.

و نذكر فى المبحث المذكور: أن تعليق اللزوم يرجع الى جعل الخيار، و جعل الخيار إنما يرجع إلى تحديد المنشأ، و فى جميع ذلك يكون عدم التطابق موجبا للبطلان.

#### ٥- التطابق بين الإيجاب و القبول فى أجزاء المبيع و الثمن،

و عليه فلو قال البائع: بعتك دارى بخمسين دينارا، و قال المشتري: قبلت البيع فى نصف المبيع بخمسه و عشرين دينارا فقد حكم شيخنا الأستاذ ببطلان البيع فى هذه الصورة أيضا.

و إليك نص مقرر بحثه: (و مما ذكرنا ظهر أنه لا بد من اتحاد المنشأ حتى بالنسبه إلى التوابع و الشروط، فلو أنشأ أحدهما مع شرط. و قبل الآخر بلا

شرط، أو باع البائع عبدين، وقبل المشتري أحدهما و غير ذلك مما هو نظير ما ذكرناه لم يصح أيضا، لعدم ارتباط كلام أحدهما بالآخر).

أقول: إن مرجع بيع الدار بخمسين دينارا إلى بيع كل نصف منها بخمسة و عشرين دينارا، مع اشتراط كل منهما بوجود الآخر، فإذا قبل المشتري أحدهما دون الآخر رجع ذلك إلى عدم مطابقه من جهه الشرط، و قد مر حكمه

## هل يجوز الإنشاء لأحد المتعاقدين

### إشاره

حال كون الآخر فاقدا لشرائطه؟

قوله: (و من جمله الشروط فى العقد أن يقع كل من إيجابه و قبوله فى حال يجوز لكل واحد منهما الإنشاء). أقول: قد اعتبر المصنف- فى صحه العقد- وقوع كل من الإيجاب و القبول فى حال يجوز لكل من المتبايعين الإنشاء فى تلك الحال، و عليه فلو كان المشتري فى حال إيجاب البائع غير قابل للقبول، أو خرج البائع-حال قبول المشتري-عن قابليه الإيجاب لم ينعقد العقد بينهما، لأنه عندئذ لا يرتبط عهد أحدهما بعهد الآخر، فلا تتحقق المعاهده و المعاقده بينهما بوجه.

و قال شيخنا الأستاذ: إن هذا الشرط-كسابقه-من القضايا التى قياساتها معها، بديهه أن العقد لا ينعقد إلا بفعل شخصين، فإذا انتفى شرط من شرائط العقد حين إنشاء أحدهما بطل العقد. و لا أثر لوجود الشرط قبل العقد أو بعده و على هذا فلو نام المشتري حين إنشاء البائع أو بالعكس لم يصح العقد و دعوى الصحه فى العقود الجائزه، دعوى جزافيه، لأن القول بالصحه إنما هو فى العقود الإذنيه فقط، دون العقود العهديه. انتهى ملخص كلامه.

ص: ٧٤

و يتوجه عليه: أن العقد ليس من مقوله الأفعال و لا من مقوله الألفاظ الخارجيه، و لا من الاعتبارات النفسيه المحض، بل هو عبارته عن ارتباط التزام أحد المتعاقدين بالتزام الآخر، و إظهاره بمبرز خارجي، و لا شبهه في صدق عنوان العقد على هذا، فيكون مشمولاً للعمومات و المطلقات، و لم يدل دليل من الكتاب، و السنه، و الإجماع، و السيره على كون كل من المتعاقدين واجداً لشرائط الإنشاء عند إنشاء الآخر، بل الدليل إنما هو على اعتبار صدور الإنشاء من الواجد لشرائط الإنشاء، دون الفاقدها.

و قال الفقيه الطباطبائي -عند قول المصنف: و من جمله الشروط في العقد أن يقع كل من إيجابه و قبوله في حال يجوز لكل منهما الإنشاء-: إنه (لا دليل على هذه الكليه، و عدم صدق المعاقده و المعاهده إنما يتم في بعض الفروض، كما لو كان المشتري في حال إيجاب البائع غير قابل للتخاطب من جهه الإغماء أو النوم أو الجنون، و أما في بقيه الصور فنمنع عدم الصدق خصوصاً فيما إذا نام البائع بعد الإيجاب مع علمه بذلك، و أن المشتري يقبل لا محاله، و كذا فيما إذا كان المانع هو الفلوس أو السرقة أو السفه).

و لكن التحقيق يقتضى الالتزام بالصحة إذا فقد المشتري شرائط صحة الإنشاء حال إنشاء البائع، و بالفساد في عكسه. و الوجه في ذلك: أن المناط في تحقق العقد إنما هو ارتباط التزام البائع بالتزام المشتري -و قد عرفته سابقاً- و عليه فإذا أنشأ البائع حال كون المشتري نائماً -أو غافلاً أو مغمى عليه، ثم التفت المشتري إلى هذا الإنشاء فقبله قبل صدور ناسخه من البائع -صدق عليه عنوان العقد جزماً، و يحكم بصحته للعمومات و المطلقات الداله على صحة العقود.

بل تدل على ذلك السيره الواقعه بين التجار، لأن المتعارف فيما بينهم

-غالبا- أن يكتب بعضهم إلى بعض بيع متاعه الخاص بقيمه معينه، و يقبله المكتوب اليه، مع أنه ربما يكون-عند كتابه البائع-نائما أو غافلا أو مجنوننا، و لا شبهه في صحه هذه المعامله.

أما إذا لم يبق البائع على الشروط حين قبول المشتري حكم بفساد العقد إذ يرتفع التزام البائع بانتفاء شروط الإنشاء عنه، و لا يتصل التزامه بالتزام المشتري، إلا في مثل النوم و الغفله، فإنهما لا ينافيان بقاء التزام البائع للسيره المزبوره. و هذا واضح لا شك فيه.

### بحث استترادي في حقوق الرضاء

بالبيع الإكراهي

قوله: (ثم إنهم صرحوا بجواز لحقوق الرضاء لبيع المكره). أقول:

حاصل كلامه: أن ما ذكرناه-من اعتبار أن يكون كل من المتعاقدين واجدا للشروط عند تحقق الإنشاء من الآخر-يقتضى بطلان عقد المكره سواء ألحق به الرضاء من المكره-بالفتح-أم لا، و لكن التزم الأصحاب بصحه ذلك مع لحقوق الرضاء به. و لعل هذا من جهه الإجماع القائم على خلاف الأصل و القاعده.

و يتوجه عليه: أن بيع المكره المتعقب بالرضاء-و إن خرج من القاعده المزبوره-إلا أن خروجه عنها ليس من جهه الإجماع، بدييه أن الإجماع لا يصح صدق عنوان العقد على ما ليس بعقد عرفا.

و إنما الوجه في صحه بيع المكره-مع لحقوق الرضاء به-هو أن الاختيار له معنيان:

١- أن يستند الفعل الصادر من الفاعل إلى إرادته، و يقابله صدور الفعل منه بلا اختيار و شعور، كحركة المرتعش.

٢- أن يراد من الاختيار تسلط الفاعل على فعله، و يقابله كونه مجبوراً في فعله و مكرهاً عليه من ناحيه شخص آخر.

أما الاختيار بالمعنى الأول فلا شبهه في اعتباره في العقود، لأننا ذكرنا مراراً: أن حقيقتها- بل حقيقه جميع الأمور الإنشائية- متقومه بالاعتبار النفساني المظهر بمرز خارجي و من الواضح جداً أنه إذا انتفى القصد و الالتفات من المتعاقدين انتفى منهما الاعتبار النفساني، و إذن فيكون اللفظ الصادر منهما لفظاً ساذجاً، و غير مظهر للاعتبار النفساني. و من بين الذي لا ريب فيه أن اللفظ الساذج بعيد عن مفهوم العقد.

أما الاختيار بالمعنى الثاني فلا دليل على اعتباره في حقيقه العقد ضروره أن الإراده و الاختيار- بهذا المعنى- من الأمور النفسانيه التي لا تطلع عليها غير علام الغيوب، و عليه فلا يعقل أن تقع مورداً للإجبار.

و من هنا ذكر المصنف- في البحث عن جواز الكذب عند الضروره- أن المكره على إنشاء العقود إنما أكره على التلطف بصيغه البيع، و لم يكره على إنشاء حقيقه البيع، فالإكراه على البيع الحقيقي يختص بغير القادر على التوريه، كما أن الاضطرار على الكذب مختص بالعاجز عنها.

و عليه فإذا كان شخص مكرهاً على البيع، و لم يورّ- مع قدرته على التوريه- فقد أوجد البيع بإرادته و اختياره. انتهى ملخص كلامه.

أما ما أجاب به المصنف عن ذلك في المبحث المذكور فهو لا يرجع إلى معنى محصل فراجع هناك.

و كيف كان أن المكره على البيع- مثلاً- إنما أكره على التكلم بكلمه

بعث من غير أن يجبر على قصد معناه. وحينئذ فإذا تكلم بذلك مع القصد و الالتفات إلى المعنى كان هذا بيعاً حقيقه، لأن شأن الأمور الإنشائية في ذلك شأن الأفعال التكوينية. فكما أن المكروه على إيجاد فعل تكويني في الخارج لا يخلو عن القصد و الإرادة، -و لا- يكون الفعل الصادر منه كالفعل الصادر من النائم و الساهى و المجنون و أمثالهم -كذلك الحال في الأفعال الإنشائية.

نعم صحة العقود و الإيقاعات تدور مدار صدورها من المنشئ في حال الرضاء، و طيب النفس، للأدلة الداله على ذلك، و إذا انتفى الرضاء فسدت العقود و الإيقاعات، و لم يترتب عليها أثر شرعى أصلاً.

و على الإجمال: إن اعتبار الرضاء في صحة العقود و الإيقاعات اعتبار شرعى، و ليس ذلك من جهة دخله في مفهوم العقد و إلا لم يلتزم بعض العامه (1) بصحة عقد المكروه، ضروره أن ما لا يصدق عليه مفهوم العقد لا يعقل أن يكون عقداً صحيحاً.

و على هذا الضوء فصحة بيع المكروه مع لحوق الرضاء به ليست من جهة الإجماع، بل من جهة موافقته للقاعده.

حيث إنه لا يستفاد من دليل اعتبار الرضاء إلا اعتباره على النحو الجامع بين المقارن و اللاحق، و سيأتى توضيح ذلك في البحث عن بيع المكروه و هذا بخلاف المعاملات الصادره من المجنون و الغافل و المغمى عليه و أشباههم، فإنه لا- يمكن تصحيحها بلحوق رضاهم بها، إذ لا يصدق عليها أى عنوان من عناوين المعاملات، و لا ينطبق عليها أى مفهوم من مفاهيمها. بل لا يصح أن يطلق عليها أى اسم من أسماء العقود و الإيقاعات، إلا أن يكون الإطلاق بنحو من العنايه و المجاز.

ص: ٧٨

---

١-١) سنذكر ما ذهب إليه هذا البعض في البحث عن بيع المكروه.

و أيضا يدلنا أمران على دخل الرضاء-بالمعنى الثانى-فى صحه العقد، لا فى مفهومه:

١-أنه لو كان شخص مكرها على إجراء الصيغه لعقد خاص لحكم بصحه ذلك العقد،و من الظاهر أنه لو كان فعل المكره كفعل المجنون و شبهه لحكم بفساده،بل حكم بعدم صدق عنوان العقد عليه.

٢-أنه قد استدل الامام(عليه السلام)-فى صحيحه البزنطى (١)-بحديث الرفع على بطلان طلاق المكره و عتاقه و صدقته،و من البين الذى لا-ريب فيه أنه لو لم تصدق عليها هذه العناوين لحكم الامام(عليه السلام)بالبطلان من جهه عدم تحقق العناوين المذكوره فى الخارج،و لم يحكم بعدم صحتها من جهه حديث الرفع،بديبه أن التعليل بالأمر الذاتى أولى من التعليل بالأمر العرضى و سيأتى تفصيل هذه المسأله فى البحث عن بيع المكره إنشاء الله تعالى.

### بحث فى اختلاف المتعاقدين فى شروط العقد

قوله:(فرع لو اختلف المتعاقدان-اجتهادا أو تقليدا-فى شروط الصيغه). أقول:إذا اختلف المتعاقدان فى شروط الصيغه فهل يصح اكتفاء كل منهما بما يقتضيه مذهبه أم لا بد من أن يأتى كل منهما على طبق ما يقتضيه مذهبه كليهما؟.

أم يعتبر فى ذلك أن لا يكون العقد الصادر منهما مما لا قائل بكونه سببا للنقل و الانتقال؟.

ص:٧٩

١-١) تقدمت هذه الصحيحه فى ص ١٠.



مثلاً: إذا فرضنا أنه لا قائل بجواز تقديم القبول على الإيجاب-مع القول بجواز إنشاء العقد بالألفاظ الفارسيه-حكم بفساد العقد الفارسي إذا تقدم قبوله على إيجابه، و في غير ذلك يحكم بالصحة.

و يتوجه على الوجه الأخير: أن عدم وجدان القائل بالصحة لا- يوجب الجزم بالبطالان، إذ من المحتمل القريب أن يكون العقد الفارسي-الذي تقدم فيه القبول على الإيجاب-موافقاً للواقع، و عليه فيكون اجتهاد كل من المتعاقدين صحيحاً في نفس الأمر.

أما الوجهان الأولان فقد ذكر المصنف(ره)أنهما مبنيان على أن الأحكام الظاهريه هل هي بمنزله الأحكام الواقعيه الاضطراريه لكي تكون نسبه الأمارات القائمه عليها نسبه الأسباب إلى مسبباتها، و نسبه الموضوعات إلى أحكامها؟.

أم هي أحكام عذريه:بمعنى أن العامل بها يكون معذوراً في عمله لا أنها أحكام حقيقيه قبال الأحكام الواقعيه، غايه الأمر يكون العامل بها معذوراً في عمله قبل كشف الخلاف؟.

و على الأول فالمؤثر عند أحدهما مؤثر عند صاحبه أيضاً و لو كان أحدهما مخالفاً للآخر.

و على الثاني فلا- يترتب عليه أثر أصلا و رأسا، لأن المنشئ و إن رأى ترتب الأثر على إنشائه، إلا- أن صاحبه يراه مخطأ في اجتهاده، و لاغيا في إنشائه، و حينئذ فلا يترتب عليه الأثر في نظره. هذا كله فيما إذا كان بطلان العقد عند كل من المتعاقدين المتخالفين مستندا إلى فعل الآخر، كالعربيه و الصراحه و الماضويه و الترتيب.

أما الموالاه، و التنجيز، و بقاء المتعاقدين على صفات صحه الإنشاء إلى

آخر العقد، فالظاهر أن اختلافهما في ذلك يوجب فساد العقد، ضروره أن فساد العقد من ناحيه الأمور المذكوره يسرى من أحد الجانبين الى الجانب الآخر.

و ذلك من جهه أن قبول الإنشاء التعليقى تعليقى، و أن القبول المنفصل عن الإيجاب بزمان -عند من لا- يعتبر التوالى -يوجب الانفصال بينهما عند من يعتبر ذلك، و أن قبول الإيجاب الصادر ممن ليست له أهليه الإنشاء يكون معامله مع شخص خارج عن أهليه الإنشاء.

و على الإجمال إن فساد أحد جزئى العقد و إن كان لا يسرى الى الجزء الآخر. إلا أن منشأ الفساد ربما يسرى من جزء الى آخر. و هذا واضح لا خفاء فيه. انتهى ملخص كلامه.

و يرد عليه أولاً: أنه لا- وجه لجعل الترتيب مثل الماضويه و العربيه و الصراحه، بل هى مثل الموالاه و التنجيز، بديهه أن التقدم و التأخر من الأمور المتضائفه، فإذا تقدم القبول على الإيجاب فقد تأخر الإيجاب عن القبول ثانياً: أن الأحكام الظاهرية الاجتهاديه ليست بمنزله الأحكام الواقعيه الاضطراريه، و إلا لزم التصويب. و هذا ظاهر.

ثالثاً: أن الاختلاف فى طريقه الأمارات، أو موضوعيتها إنما هو بالنسبه الى من قامت عنده الأماره، فإنه على القول بالطريقه لا يجوز الاجتزاء بما أتاه المكلف بعد انكشاف الخلاف و على القول بالموضوعيه يلتزم بالاجزاء. و قد تقرر هذا فى مبحث الاجزاء من علم الأصول.

أما بالنسبه الى غير من قامت عنده الأماره فلاكتفاء بمفادها يحتاج الى دليل ليبدل على أن الحكم الظاهرى فى حق كل أحد حكم واقعى نافذ فى حق غيره: بأن يقال: إن من كانت صلاته صحيحه ظاهراً -عند نفسه فلاآخر

أن يرتب عليها آثار الصحة الواقعيه، فيجوز الايتمام به.

و لكن لا دليل على هذه الكبرى الكليه إلا فى جمله من الموارد:

منها ما إذا أسلم الزوجان، أو زوج الكتاييه حكم ببقاء النكاح السابق للأخبار الكثيره (١).

و منها ما إذا اعتقد أحد بصحة العقد الفارسى، و تزوج امرأه به لم يجز لغيره أن يتزوج بهذه المرأه ما دامت فى حبال الزوج الأول، للسيره القطعيه المتصله بزمان المعصومين (عليه السلام).

و منها غير ذلك من الموارد التى دل الدليل على أن فعل العامل بالحكم الظاهرى موضوع للحكم بالنسبه إلى غيره.

و من هنا لم يناقش أحد من الفقهاء-الملتزمين باعتبار العرييه فى الصيغه فى نكاح الأشخاص القائلين بجواز الإنشاء بغير اللغات العرييه. و كذلك لم يناقش القائل باعتبار الماضويه فيها فى نكاح القائل بجواز الإنشاء بغير الماضى.

و هكذا فى سائر شرائط العقد التى هى مورد لاختلاف الفقهاء رضوان الله عليهم و المتحصل من جميع ما ذكرناه: هو أن مجرد كون مفاد الأماره حكما حقيقيا فى حق الموجب، أو القابل لا يجدى شيئا فى المقام. بل لا بد و أن يكون ذلك حكما حقيقيا فى حق غيره أيضا، لأنه أحد طرفى العقد.

و قد ناقش فى ذلك بعض مشايخنا المحققين، و ملخص كلامه: هو أن الأماره إذا قامت على حكم تكليفى فأقصى ما هناك هو تبدل الواقع بالنسبه الى من قامت الأماره عنده على الخلاف دون غيره.

و عليه فيمكن أن يكون الشىء حلالا-بالإضافه الى أحد و حراما بالإضافه إلى شخص آخر-مثلا-إذا قامت الأماره على حليه العصير التمرى بالغليان

ص: ٨٢

عند أحد لم يوجب هذا إلا الحلية الواقعيه بالإضافه الى من قامت عنده الأماره على الحلية دون غيره ممن لم تقم الأماره عنده.و  
إذن فليس لغيره ترتيب أثر الحلية إذا كان من فى يده العصير يرى حليته.

و هذا بخلاف الأحكام الوضعيه،فإنها إذا تحققت فى حق أحد-و لو من جهة قيام الأماره عنده-تحققت فى حق الجميع.فإذا  
اشترى-من يرى جواز العقد بغير العربى-شيئا بالعقد الفارسى حكمنا بكونه ملكا له واقعا، بناء على القول بالسببيه و الموضوعيه.و  
مع تحقق الملكيه واقعا فى اعتبار الشارع-كما هو المفروض-جاز لكل أحد ترتيب الأثر على تلك الملكيه.

و حينئذ فيكون اجتهاد أحد نافذا فى حق غيره أيضا.

و من هنا لا يكون-فى هذه الموارد-كشف خلاف أصلا،بل بتبدل الرأى يتبدل الموضوع لا محاله.

و قد اتضح مما بيناه الفارق بين المقام،و بين ما إذا قامت الأماره على وجوب صلاه الجمعه-مثلا-فان قيام الأماره و إن كان  
يوجب-على الفرض- أن تكون صلاه الجمعه واجده للمصلحه الإلزاميه،إلا أنه لا يقتضى أن تكون المصلحه الموجوده فيها بدلا  
عن المصلحه الواقعيه.

و على هذا فإذا انكشف الخلاف علم منه أن المصلحه الواقعيه باقيه على حالها،فيجب تحصيلها.و ليست-فى باب المعاملات-  
مصلحه لازمه التحصيل لكى يجرى فيها هذا البيان.انتهى ملخص كلامه.

أقول:هذا الذى أفاده المحقق المزبور و إن كان متينا بناء على السببيه إلا أننا ذكرنا-فى مبحث الجمع بين الأحكام الظاهريه و  
الأحكام الواقعيه من علم الأصول-أن الالتزام بالموضوعيه و السببيه حتى السببيه السلوكيه-التي اخترعها المصنف فى رسائله-  
مستلزم للتصويب،و إذن فلا يمكن الالتزام

بذلك. فلا مناص وقتئذ عن القول بالطريقه المحض في جعل الأمارات، و لازم ذلك هو عدم جواز اكتفاء أحد المتعاقدين بما يراه الآخر صحيحا فيحكم بالصحة من جانب، و بالفساد من جانب آخر.

و قد يقال إن العقد فعل واحد تشريكي يحصل من الإيجاب و القبول، و عليه فلا بد و أن يكون صحيحا في مذهب كل منهما لكي يمكن ترتب الأثر عليه فلا يجوز الاكتفاء بالعقد الفارسي لمن يرى بطلانه.

و قد يقال أيضا: إن العقد مركب من الإيجاب و القبول، فلا يتحقق مفهومه إلا بهما، و حينئذ فإذا صح من طرف الموجب صح من طرف القابل أيضا إذ لا يعقل وقوعه صحيحا من جانب و فاسدا من جانب آخر.

و لكن التحقيق: هو ما ذكرناه- من الحكم بالصحة من جانب و بالفساد من جانب آخر- ضرورة أن العقد و إن كان متقوما بالإيجاب و القبول، إلا أن ذلك لا يقتضى إلا التلازم في الصحة أو الفساد- بحسب الحكم الواقعي، لأنه لا يمكن في الواقع أن ينتقل المبيع إلى المشتري، و لا- ينتقل الثمن إلى البائع أما بالنسبه إلى الحكم الظاهري فلا مانع من الالتزام بالتفكيك: بأن يعمل كل من الموجب و القابل بما تقتضيه وظيفته الظاهريه.

مثلا: إذا كان البائع مقلدا لمن يقول بصحة العقد بالفارسي و كان المشتري مقلدا لمن يقول ببطلان ذلك جاز للبائع أن يتصرف في الثمن، لأنه يراه ملكا لنفسه، و لا يجوز له أن يتصرف في المبيع، لأنه خارج عن ملكه في نظره.

أما المشتري فلا يجوز له التصرف في المبيع، لأنه لا يراه ملكا لنفسه بل يراه ملكا لملكه الأول.

و لا عجب في ذلك، لأن التفكيك في الأحكام الظاهريه مما لا يحصى،

فان الماء القليل ينفعل بالنجاسه عند بعض، و لا ينفعل بها عند بعض آخر، و ماء البئر ينفعل بملاقاه النجس عند قوم، و لا ينفعل بها عند قوم آخرين و الغساله محكوماه بالنجاسه عند فقيه، و بالطهاره عند فقيه آخر. و إلى غير ذلك من الموارد الكثيره التى وقع فيها التفكيك فى الأحكام الظاهريه.

## بحث فى المقبوض بالعقد الفاسد و فروعه

### اشاره

قوله: (لو قبض ما ابتاعه بالعقد الفاسد لم يملكه، و كان مضمونا عليه) أقول: قد طفحت عبارات الأصحاب بأن المقبوض بالعقد الفاسد غير مملوك للقبض، بل هو مضمون عليه:

فغنى غضب المسالك: الاتفاق على أن المقبوض بالعقد الفاسد يضمن.

و عن غضب الكفايه. أنه مقطوع به فى كلام الأصحاب.

و عن التذكرة: البيع الفاسد لا يفيد ملكيه المشتري للمعقود عليه.

و لو قبضه لم يملكه بالقبض، و لو تصرف فيه لم ينفذ تصرفه فيه عند علمائنا أجمع.

و عن كشف الحق: أنه ذهب الإماميه أن الشراء الفاسد لا يملك بالقبض و لا ينفذ عتقه، و لا يصح شىء من تصرفه.

و عن السرائر: أن البيع الفاسد عند المحصلين يجرى مجرى الغصب و الضمان. و إلى غير ذلك من كلماتهم المذكوره فى هذه المسأله.

و ذكر المصنف: أنه لو قبض ما ابتاعه بالعقد الفاسد لم يملكه، و كان مضمونا عليه

أما العقد السلبي-:أعنى به عدم الملك-فلأن المؤثر فى حصول الملكيه إنما هو العقد،فإذا حكم بفساده و صيرورته كالمعدوم لم يؤثر فى الملكيه.

أما العقد الإيجابى-:أعنى به ثبوت الضمان على القابض-فهو المعروف بين الأصحاب.بل ادعى الشيخ-فى باب الرهن،و فى موضع من البيع-الإجماع عليه صريحا.انتهى ملخص كلامه.

ثم إنه ربما يستظهر من قول المصنف: (و ليس استيلادها من قبيل إتلاف النماء،بل من قبيل إحداث إنمائها غير قابل للملك،فهو كالتالف،لا كالمتلف).اختصاص محل البحث بالتلف،و عدم شموله للإتلاف،بديهه أن الضمان فى صورته الإتلاف أمر واضح،و غير خفى على طلبه العلم فضلا عن الفقيه المتضلع من الفقه.

و وجه الاستظهار:هو أن الظاهر كون العبارة المذكوره جوابا عن سؤال مقدر.و هو أن مورد الخبر الآتى-الوارد فى الأئمه المبتاعه-من قبيل الإتلاف،فيخرج عن مورد بحثنا-فى المقام-لأن البحث-هنا-مختص بالتلف السماوى.أما الإتلاف فلا شبهه فى كونه موجبا للضمان،لقاعده من أتلف و أجاب المصنف عن ذلك بقوله:و ليس استيلادها إلخ.

و يرد عليه:أنه لا وجه للفرق بين التلف و الإتلاف،ضروره أن تسليط المالك غيره على ماله مع فرض فساد العقد إذا كان مانعا عن ثبوت الضمان باليد كان مانعا عن ثبوت الضمان بالإتلاف أيضا،و عليه فلا-وجه للفرقه بين صورتى الإتلاف و التلف بالالتزام بالضمان فى الثانيه،دون الاولى

اشاره

قد ذكر المصنف: (أن هذه المسأله-:أعنى بها مسأله المقبوض بالعقد الفاسد-من جزئيات القاعده المعروفه:كل عقد يضمن بصحيحه يضمن بفاسده،و ما لا يضمن بصحيحه لا يضمن بفاسده.فالمهم بيان معنى القاعده أصلا و عكسا) ثم أطال الكلام فى ذلك من حيث الشرح و التفسير و من حيث النقض و الإبرام.و من حيث الاطراد و الانعكاس.

و لكن التحقيق:أنه لا يهمنى البحث فى شىء من هذه النواحي ضروره أن هذه القاعده بألفاظها المذكوره لم ترد فى آيه،و لا فى روايه،و لا أنها جعلت موردا للإجماع،لكى يبحث عنها،و عن مفردات ألفاظها،و عن سعه دلالتها.

بل هذه القاعده غير مغروسه-بالألفاظ المزبوره-فى كلمات القدماء و إنما وجدت و حدثت فى كلمات المتأخرين.و إذن فيحسن بنا أن نصرف عنان البحث إلى ما يمكن أن يجعل مدركا لهذه القاعده و دليلا على ضمان المقبوض بالعقد الفاسد لكى يتضح من ذلك ما هو المدرک لقاعده ضمان اليد أيضا.

فنقول:إنه استدل على الضمان-فى محل الكلام الذى سيتضح لك قريبا-بوجوه شتى:

١-النبوى المعروف:

أعنى به قوله(صلى الله عليه و آله):على اليد ما أخذت حتى تؤديه[١] و يرد عليه:أن هذا الحديث ضعيف السند لأنه لم يذكر فى أصولنا



المعده لضبط الأحاديث، و إنما أخذة الأصحاب من أصول العامه، و استدلوا به على مقصودهم في كتبهم الاستدلاليه، و إذن فلا يمكن الاستناد إليه في شيء من الأحكام الشرعيه، فضلا عن جعله من القواعد المسلمه بين الفقهاء، و تسميته بقاعده ضمان اليد.

و دعوى أن الحديث المزبور و إن كان ضعيف السند، و لكن ضعفه منجبر بعمل المشهور به، و إرسالهم إياه إرسال المسلمات.

دعوى فاسده، لأننا ذكرنا مرارا: أن عمل المشهور بروايه ضعيفه لا يوجب اعتبارها. كما أن إعراضهم عن العمل بالروايه الصحيحه

لا يوجب

ص: ٨٨

وهنأا، لأن الشهرة فى نفسها لىست بحجة، فلا تكون موجهة لحججه الخبر، و جابره لضعف سنده. و عليه فلا بد من ملاحظه نفس الخبر، فان كان جامعا لشرائط الحججه أخذ به، وإلا فإن ضم غير حجه إلى مثله لا ينتج الحججه.

و تفصیل ذلك فى علم الأصول.

و یضاف إلى ذلك: أنه لم یتضح لنا استناد المشهور إلى الحدیث المزبور فى فتاویهم بالضمان فى موارد ضمان الید، إذ من المحتمل أنهم استندوا فى ذلك إلى السیره-التي سنعرض لها قریبا-أو استندوا فى ذلك إلى وجه آخر و إنما ذكروا حدیث ضمان الید تأییدا لمرامهم. فافهم.

## ٢- الروایات الداله على أن الأمه المبتاعه إذا وجدت مسروقه

بعد أن أولدها المشتري-أخذها صاحبها،

ص: ٨٩

و أخذ المشتري ولده بالقيمه حيث إن ضمان الولد بالقيمه-مع كونه نماء لم يستوفه المشتري-يستلزم ضمان الأصل بالأولويه.

و يتوجه عليه: أن الروايات المذكوره غريبه عن مركز بحثنا، إذ المفروض-هنا-أن يكون البائع مالكا أما المذكور في الروايه فهو كون البائع غاصبا، و من الواضح الذى لا ريب فيه أنه لم يتوهم أحد عدم الضمان فى هذه الصوره حتى فيما إذا كان العقد غير معاوضى كالهبه. و حكمنا بعدم الضمان فى مورد بحثنا.

### ٣- الروايات الداله على عدم حليه مال امرئ مسلم إلا بطيب نفسه،

(١)

فإنها تشمل المقام أيضا.

و يرد عليه: أن نسبه الحل إلى الأموال و الأعيان إنما هى باعتبار التصرف، إذ لا معنى لحليه الأعيان الخارجيه. كما أن نسبه الحرمة إليها بهذا اللحاظ، ضروره أنه يراد من حرمة الخمر حرمة شربه، و من حرمة المال حرمة التصرف فيه. و من حرمة الأمهات و البنات و الأخوات حرمة نكاحهن و هكذا فى سائر الموارد.

و عليه فالغرض من تلك الروايات إنما هو الحرمة التكليفيه دون الحرمة الوضعيه. و إذن فهى بعيدة عن إثبات الضمان و حيثئذ فشأنها شأن ما دل على حرمة التصرف فى مال غيره بدون إذنه (٢) فكما أن الطائفه الثانيه

ص: ٩٠

١- ١) قد ذكرناها فى الجزء الثانى فى ص ١٣٨.

٢- ٢) قد ذكرناه فى الجزء الثانى فى ص ١٣٨.

ظاهره فى الحكم التكللفى فقط؁ كذلك الطائفه الأولى. فلا تعرض فىها للضمنان.

#### ٤- قوله (علفه السلام) (حرمه ماله-: أى المؤمن- كحرمه دمه ا

فان الظاهر من هذه الجملة هو أن إتلاف مال المؤمن موجب للضمنان؁ وأنه لا يذهب هدرًا؁ كما أن دمه لا يذهب هدرًا.

و يتوجه عليه: أن هذه الجملة المباركه- لو دلت على الضمان- فإنما تدل عليه فى فرض الإتلاف؁ دون التلف؁ إذ لا يتوهم عاقل أنه إذا تلف مال مؤمن بآفه سماويه ضمن به سائر المؤمنين؁ و عليه فىكون الدليل أخص من المدعى.

و يضاف إلى ذلك: أن هذه الجملة الشريفه المذكوره فى عداد جمل اخرى التى هى ظاهره فى الحكم التكللفى؁ و هى ما يلى: سباب المؤمن فسوق؁ و قتاله كفر؁ و أكل لحمه معصيه؁ و من الواضح أن اتحاد السياق يقتضى إرادته الحكم التكللفى من هذه الجملة أيضا. و إذن فهى بعیده عن إثبات الحكم الوضعى: أعنى به الضمان.

بل الظاهر أن المراد من كلمه الحرمه- فى قوله (علفه السلام): حرمه ماله كحرمه دمه- هو مقابل الحل؁ فىكون راجعا إلى الحكم التكللفى؁ لا بمعنى الاحترام

لكى يدل على الحكم الوضعى، و عليه فممنزله هذه الجملة منزله الروايات المتقدمه الداله على عدم حليه مال امرئ مسلم إلا بطيب نفسه، و قد عرفت-قريباً- عدم دلالتها على الضمان.

و إن أبيت عن ظهورها فى ذلك فلا ظهور لها فى إثبات الضمان أيضاً، فتكون مجمله.

و قد تفسر حرمه المال-فى الجملة المزبوره- بأنه لا تجوز مزاحمه صاحبه بوجه حدوثا و بقاء، و هذا و إن كان لا يفيد إلا الحكم التكليفى ما دامت العين باقيه، إلا أن عدم تدارك العين بعد إتلافها إبقاء للمزاحمه المحرمه فلا بد من رفعها، و لا يمكن رفعها إلا بأداء مثله أو قيمته، و عليه فتدل الروايه على الحكم التكليفى بالمطابقه، و على الحكم الوضعى بالالتزام.

و لكن يرد عليه: أن البحث-هنا- إنما هو فى أصل اشتغال الذمه، و هو مشكوك فيه-فى المقام- و من الظاهر أن حرمه المزاحمه لا تثبت إلا بعد إثبات أصل الضمان.

**٥- ما ورد فى جملة من الروايات أنه: لا يصلح ذهاب حق أحد**

فإنه يشمل المقام أيضا.

و الجواب عن ذلك: أن الاستدلال بهذه الجملة على الضمان يتوقف على أن يراد بالحق المال، وأن يكون عدم صلوح ذهابه كناية عن ضمانه، ولم يثبت شيء من الأمرين.

بل إن تلك الجملة واردة في مورد الوصية، وأن للمسلم أن يوصى بماله، وهذا حق له، ولا يصلح أن يذهب حقه، و عليه فان أمكن الإشهاد عليه من المسلمين فهو، وإلا تجوز شهاده غيرهم أيضا وهذا معنى أجنبي عما نحن فيه بالمره.

و يضاف إلى ذلك أنها لا تشمل صوره التلف، فيكون الدليل أخص من المدعى.

#### **٦- الروايات الداله على نفي الحكم الضررى فى الشريعة المقدسه**

ص: ٩٣

و من الظاهر أن الحكم بعدم ضمان القابض لما قبضه بالعقد الفاسد ضرر على المالك، فينفي بأدله نفي الضرر.

و الجواب عن ذلك أولاً: أنه لا دلالة في هذه الروايات على الضمان -هنا- سواء أريد منها نفي الحكم الضرري بداءه، كما عليه المصنف، أم أريد منها نفي الحكم الضرري بلسان نفي موضوعه، كما عليه جمع من المحققين.

و الوجه في عدم دلالتها على ذلك: هو ما ذكرناه في محله من اختصاص أدله نفي الضرر برفع الأحكام المجعولة في الشريعة. أما إذا كان الضرر ناشئاً من عدم جعل حكم -كالضمان في المقام- فأدله نفي الضرر لا تنفي بنفيه ليثبت الجعل الشرعي: أي الضمان.

ثانياً: أن محل الكلام في المقام -هو الضمان بالبدل الواقعي، فإن الضمان بالمسمى غير ثابت قطعاً، و عليه فتقع المعارضه في شمول أدله نفي الضرر لكلا الطرفين، إذ قد يزيد البدل الواقعي على المسمى بكثير. و وقتئذ الحكم بضمان القابض له مع عدم إقدامه عليه بوجه يوجب تضرره لا محاله.

ثالثاً: أن هذه الروايات لو دلت على الضمان فإنما تدل عليه في موارد الإلتلاف، أو في موارد استيفاء المنافع، أو فيما كان العمل بأمر الأمر. أما

فى فرض التلف السماوى-مع تحفظ القابض عليه-فلا موجب لاضراره دفعا لتضرر المالك.

و على الجملة:انه لا دلالة فى شىء من الوجوه المتقدمه على الضمان فى المقبوض بالعقد الفاسد.نعم الدليل على الضمان-هنا- إنما هو السيره،فإنها قائمه على ضمان اليد فى أمثال ذلك،و لم يثبت ردعها من ناحيه الشارع المقدس و سيأتى تفصيل ذلك فى الوجه الآتى.

## ٧-قاعده الإقدام التى ذكرها الشيخ فى المبسوط،

حيث إنه علل الضمان -فى موارد كثيره من البيع و الإجاره الفاسدين-بدخول القابض على أن يكون المال مضمونا عليه بالمسمى،فإذا لم يسلم،له المسمى رجع إلى المثل أو قيمه.

و من تلك الموارد ما ذكره فى فصل تفريق الصفه من البيع،و قال نضا (و إنما وجب الضمان عليه،لأنه أخذ الشىء بعوض،فإذا لم يسلم العوض المسمى وجب عوض المثل لما تلف فى يده).

و قد ناقش المصنف فى هذا الوجه أولا:بان ما أقدم عليه المتعاقدان غير ممضى للشارع،و حينئذ فإذا ثبت الضمان بالمثل أو قيمه فقد ثبت بدليل خاص،لا بقاعده الإقدام.

ثانيا:بأن ما ذكره من التعليل ليس بمطرد،و لا بمنعكس،إذ قد يتحقق الاقدام و لا يترتب عليه الضمان.كما فى صورته تلف المبيع قبل القبض فى البيع الصحيح،فإن المشتري قد أقدم على الضمان-هنا-و لكن لا ضمان عليه.

و قد لا يكون إقدام فى العقد الفاسد،و مع ذلك يتحقق فيه الضمان، كما إذا اشترط المشتري-فى عقد البيع-أن يكون ضمان المبيع-مع تلفه فى يده-على البائع.



أو قال البائع للمشتري: بعثك متاعى هذا بلا ثمن.

أو قال المؤجر للمستأجر: آجرتك دارى هذه بلا اجره. انتهى ملخص كلامه.

و الظاهر أن ما ذكره شيخ الطائفة موافق للتحقيق، فلا يتوجه عليه شىء مما ذكره المصنف:

أما الوجه الأول-الذى ذكره المصنف-فيرد عليه: أن الاقدام فى نفسه ليس عله تامه للضمان لكى يدور الضمان مدار الاقدام وجودا و عدما، و إنما هو متمم لسبب الضمان الذى هو الاستيلاء على مال الغير بلا تسليط من المالك مجانا. و قد قامت السيره القطعيه العقلائيه الممضاه للشارع على أن التسلط على مال الغير تسلطا غير مجانى موجب للضمان، و حيث إن الشارع المقدس لم يمض الضمان بالمسمى فيثبت الضمان بالمثل أو قيمه. و إذن فثبوت الضمان انما هو بالاقدام المنضم الى الاستيلاء من جهه السيره العقلائيه غير المردوعه من قبل الشارع لا بالاقدام الساذج لكى يناقش فيه بما ذكره المصنف.

أما الوجه الثانى-الذى ذكره المصنف-فيرد عليه: أنه لا وجه له لنقض اطراد القاعده و انعكاسها بالأمثله المذكوره:

أما ما ذكره من عدم الضمان فى بعض موارد الاقدام-كتلف المبيع قبل القبض فى البيع الصحيح-فلما عرفته من أن الاقدام بنفسه لا يوجب الضمان و إنما الموجب له الاقدام المنضم الى القبض.

بل قد تقدم فيما سبق (1) و يأتى فى أحكام القبض: أن التسليم و التسلم من متمات الملكيه المترتبه على البيع بمعنى: أن المرتكز فى أذهان العامه هو أن ضمان المشتري للمبيع، و ضمان البائع للثمن انما هو مشروط بالقبض

ص: ٩٦

فكل منهما إنما أقدم على ضمان مال الآخر بشرط أن يقبضه، لا مطلقاً، و عليه فالحكم بعدم الضمان قبل القبض حكم على طبق الارتكاز العقلائي.

أما ما ذكره-من تحقق الضمان مع اشتراطه على البائع-فإيرد عليه:

أنه لا صلة له بما نحن فيه، لأن المشتري قد أقدم على ضمان المسمى من جهة البيع، غاية الأمر أنه شرط على البائع ضماناً من دون سبب يقتضيه، و عليه فإن قلنا بفساد هذا الشرط مع إفساده، أو عدمه، أو قلنا بصحته كان ذلك خارجاً عما أراد المصنف من ثبوت الضمان بلا إقدام.

أما ما ذكره-من نقض القاعده بالبيع بلا ثمن، أو بالإجاره بلا اجره فهو غريب عما نحن فيه، لأنهما و إن كانا بحسب الصورة يباعا و إجاره، إلا أنهما-في الحقيقه-من قبيل الهبه و العاربه، نهائيه الأمر أنهما قد انشئتا بلفظي البيع و الإجاره.

و من الظاهر أن أمثال هذه الإنشاءات تعد في نظر أهل العرف من الأغلاط، إذ لم يتعارف بينهم استعمال كلمه (بعتك المتاع الفلاني بلا ثمن).

في إنشاء الهبه، و لا استعمال كلمه (آجرتك الشئ الفلاني بلا اجره) في إنشاء العاربه.

و قد عرفت في البحث عن ألفاظ العقود أن إنشاء العقد بالألفاظ المغلظه في نظر أهل العرف لا يعد إنشاء صحيحاً عندهم. و إذن فيحكم بفساد الهبه و العاربه المذكورتين، و لا يحكم بالضمان عندئذ، لعدم الموجب له.

فتحصل من جميع ما حققناه: أن ثبوت الضمان-في المقام-إنما هو بالاقدام المنضم الى الاستيلاء من جهة السيره القطعيه العقلائيه المتصله بزمان المعصومين (عليه السلام) و غير المردوعه من قبلهم. أما بقيه الوجوه المتقدمه فقد

عرفت أن الاستدلال بها على الضمان-هنا-لا يرجع الى معنى محصل.

و عليه فيحكم بالضمان فى المقبوض بالعقد الفاسد مطلقا من ناحيه السيره المزبوره.سواء فى ذلك التلف و الإتلاف.

و اذن فمدرك الضمان فى قاعده ضمان اليد،و فى المقبوض بالعقد الفاسد انما هو هذه السيره.هذا ما ساقنا اليه نظرنا القاصر،و الله العالم بالواقع.

### بحث فى بعض الأعمال المضمونه

قوله:(و يبقى الكلام حينئذ فى بعض الأعمال المضمونه) أقول:قد عرفت أن المقبوض بالعقد الفاسد مضمون على القابض.و هل يحكم بضمن الأعمال التى لا ترجع نفعها الى الضامن،و لم تقع فى الخارج بأمره-كالسبق مثلا فى المسابقه الفاسده-أم لا؟.

قد حكم الشيخ و المحقق و غيرهما بعدم استحقاق السابق اجره المثل.

و حكم قوم آخرون بالاستحقاق.

و التحقيق هو الأول،لأن مناط الضمان إما الاستيلاء على أموال الناس أو استيفاء منافعها،أو الأمر بعمل محترم مع صدوره من المأمور فى الخارج،سواء أوصل نفع ذلك العمل الى الأمر أم لم يصل اليه.

و من الظاهر أن هذه الجهات كلها منتفيه فى المسابقه الفاسده،بديهه أن الصحيح منها انما يوجب الضمان من جهه إمضاء الشارع هذه المغالبه،لأجل الاهتمام بأمر الجهاد مع الكفار،حيث ان فى المسابقه و المراماه تمرينا للحرب،و تهيئا إليها،و لو لا هذه الناحيه لم تفترق المسابقه و المراماه من سائر أنواع القمار الذى نهى عنه وضعاً و تكليفاً بالآيات المتظافره،و الروايات

المتواتره من طرقنا، و من طرق العامه. و قد تعرضنا لها و لحرمة القمار بأنواعه تفصيلا فى الجزء الأول.

و على هذا الضوء فإذا فقد شرط من شرائط عقد المسابقه و صار فاسدا كان ذلك مصداقا للقمار المحرم، فيكون أكل المال به أكلا- له بالبطل، إذ المفروض أنه لم يتحقق- فى مورد المسابقه الفاسده- ما يوجب الضمان ضروره أنه لم يوجد فيها الا سبق السابق و من البديهي أن هذا السابق ليس بأمر المسبوق، و لا- أن نفع هذا العمل قد وصل اليه، و لا أنه أتلف شيئا من أموال السابق، و اذن فكيف يحكم- هنا- بالضمان.

و بتعبير آخر: أن حرمة القمار من ضروريات الدين الإسلامى، و قد خرجت منها المسابقه الصحيحه فقط لمصالح خاصه، أما غيرها فهو باق على حرمة.

### هل يفرق فى الضمان بين علم الدافع و جهله؟

قوله: (ثم انه لا- فرق فيما ذكرنا من الضمان فى الفاسد بين جهل الدافع بالفساد، و بين علمه مع جهل القابض). أقول: الوجه فى ذلك هو ما ذكرناه آنفا من قيام الدليل على الضمان على وجه الإطلاق، و هو السير العقلائي القائم على ضمان اليد مع الأقدام.

و قد يتوهم عدم الضمان مع علم الدافع بالفساد، ضروره أن المالك مع علمه بالفساد- قد سلط القابض على ماله، و عليه فيصبح المال أمانه مالكيه عند القابض، و حينئذ فإذا تلف عنده لم يحكم بضمانه، للروايات (١) الداله على

ص: ٩٩

عدم ضمان الأمين مع عدم التفريط.

و يرد عليه: أن المالك-عندئذ-و ان سلط القابض على ماله، الا أن هذا التسليط لا يجعل المقبوض أمانه مالكيه عند القابض، لكي لا يحكم بضمانه مع التلف، بل انما هو تسليط بإزاء العوض، و من الواضح أنه إذا أقدم القابض على أخذ مال غيره-على النهج المزبور-حكم بضمانه للمالك ما لم يسقط ضمانه بمسقط، و المفروض عدم سقوطه بذلك، فلا صلة له بموارد الاستيمان حتى يحكم بعدم الضمان-هنا-من ناحيه ما دل على عدم الضمان هناك و دعوى: أن الاذن المتحقق في ضمن العقد مسقط للضمان.

دعوى جزافيه، بداهه أن الاذن المتحقق في ضمن العقد ليس إذنا مطلقا و انما هو اذن مقيد بدفع عوض المقبوض.

و قد يتخيل عدم الضمان مع علم الدافع و جهل القابض، لقاعده الغرور.

و لكن هذا التخيل باطل، لأن الغرر بمعنى الخديعه، و من الظاهر أنه لا- يتحقق إلا- بأمرين أحدهما علم الغار، و ثانيهما جهل المغرور. و بديهى أن القابض و ان كان-هنا-جاهلا بفساد العقد، الا أنه عالم بأن أخذه هذا ليس أخذا مجانيا، بل إنما هو أخذ بإزاء العوض.

نعم لا بأس بالتمسك بهذه القاعده في الزائد عن العوض المسمى ضروره أن الدافع غار بالنسبه الى هذا الزائد. فيرجع اليه، لا الى القابض المغرور و سيأتى تفصيل ذلك في البحث عن بيع الغاصب مع علم المشتري بالغصب.

ثم انه لا وجه لإثبات الضمان-هنا-بإطلاق النص و الفتوى-كما فى المتن-لما عرفته آنفا من عدم تماميه النص-أعنى به حديث على اليد-فضلا عن التمسك بإطلاقه.

ص: ١٠٠

## هل تضمن العين المستأجره فى الإجاره؟

قوله: (ثم إن مقتضى ذلك عدم ضمان العين المستأجره فاسدا، لأن صحيح الإجاره غير مفيد لضمانها)، أقول المحكى عن القواعد و التحرير و التذكره: أن صحيح الإجاره غير مفيد لضمان العين المستأجره، و مقتضى ذلك أن فاسدها أيضا لا يفيد الضمان.

و عن جامع المقاصد فى باب الغصب:- أن الذى يلوح من كلامهم هو عدم ضمان العين المستأجره فاسدا باستيفاء المنفعه.

و فى الرياض: (العين مضمونه فى يد المستأجر مطلقا، كما نسب الى المفهوم من كلمات الأصحاب). و قال المصنف: الظاهر أن المحكى عنه هو المحق الأردبيلى فى مجمع الفائده.

و التحقيق: أن العين المستأجره قد تكون تحت يد مالكها و لا يتسلط عليها المستأجر، كما إذا استأجر دابه لكى يحمل المكارى متاعه معها الى مكان خاص، و لا ريب: أن ضمان الدابه حينذاك على المالك، لا على المستأجر فإن الإجاره المجرده لا توجب ضمان متعلقها.

و قد تكون العين المستأجره عند المستأجر، لا من جهه اقتضاء الإجاره ذلك، بل من جهه خارجيه، كما إذا فرضنا أن المكارى قد فوض حمل المتاع فى فرض المثل إلى المستأجر، فإن الدابه عندئذ تكون أمانه عند المستأجر و هذا أيضا لا يوجب ضمانه، فإنه أمين.

و قد تكون العين المستأجره عند المستأجر من جهه اقتضاء الإجاره ذلك كما إذا استأجر دارا ليسكنها فانهدمت الدار، و هذا هو مورد الخلاف بين

الأصحاب، حيث ذهب جمع منهم الى الضمان-هنا-و ذهب جمع آخر منهم الى عدمه.

ثم انه قد استدل على الضمان بوجهين:

١- أن قاعده ضمان اليد تقتضى الضمان، وقاعده ما لا يضمن بصحيحه لا يضمن بفساده تقتضى عدم الضمان فتخصص الثانيه بالأولى.

و الجواب عن ذلك: أن القاعده الثانيه وارده فى مورد القاعده الأولى و عليه فلا- وجه لتوهم المعارضه، كما لا- وجه لتوهم التخصيص.

٢- أن العين- فى الإجاره- خارجة عن مورد العقد خروجاً موضوعياً ضروره أن الإجاره تمليك للمنفعه، دون العين، فالضمان فى مورد الإجاره على طبق القاعده، بداهه أن المراد بما يضمن فى العقود، و ما لا يضمن هو ما يرد عليه العقد- كالعوضين فى البيع، و المنفعه، و بدلها فى الإجاره- لا- ما هو خارج عنه، كالعين فى الإجاره، غايه الأمر: أن تسليمها إلى المستأجر- فى فرض صحه الإجاره- انما كان لأجل استيفاء المنفعه، فتكون أمانه عنده و يلحقها حكمها أما إذا كانت الإجاره فاسده فإن المؤجر و ان دفع بنفسه العين إلى المستأجر، الا أن دفعه هذا لأجل بنائه على استحقاق المستأجر للانتفاع من العين المستأجره. و المفروض أنه غير مستحق لذلك، فتكون يده على العين يد عدوان موجه للضمان، لا يد أمانه، و عليه فلا يرد النقض على عكس القاعده بالإجاره الفاسده.

و الجواب عن ذلك: أن مورد الإجاره و ان كان هو المنفعه، دون العين، الا أنها داخله فى عقد الإجاره بالشرط الضمنى، و عليه فيحكم بعدم الضمان فى صحيح الإجاره و فاسدها، بناء على صحه عكس القاعده.

و من هنا اتضح لك جلياً: أنه لا نحتاج فى إدخال العين المستأجره فى

عقد الإجاره الى ما ارتكبه صاحب الكفايه من التكلف فى حاشيته على المتن و إليك نصه:

(التحقيق: أن موردہ:- أى العقد-فيها:- أى فى الإجاره-نفس العين، و لذا يقال: آجرت الدار، و استأجرتها، و أن الإجاره عبارہ عن إضافه خاصه بين العين المؤجره و المستأجر، و من آثارها تملك منفعتها.

و التعريف بالتمليك تعريف بالرسم. مع أنه لو سلم أنه بالحد كان مورد عقدها أيضا نفس العين، فإنها تملك المنفعه، و لا يكاد يكون موردہ و متعلقه الا العين) و يضاف الى ذلك: أن الإجاره و ان تعلقت بالعين، الا أن مدلولها تملك المنفعه، و لذا تتعلق بما لا- يقبل نحو من التملك و التملك، كالحر و عليه فالمنشأ هو تملك المنفعه، و العين المستأجره خارجة عن موردہا و ان كان يلزم تسليمها إلى المستأجر لاستيفاء المنفعه، و عليه فعقد الإجاره تملك للمنفعه مع اشتراط تسليم العين إلى المستأجر أمانه، و حيث لا ضمان فى صحيح الأمانه - كما إذا كانت الإجاره صحيحه- لا يكون ضمان فى فاسدها أيضا.

قيل: ان تمكين المستأجر من استيفاء المنفعه من العين المستأجره انما يكون مقدمه لاستيفاء المنفعه، و من باب اللابديه جريا على ما يقتضيه عقد الإجاره من تملك المستأجر المنفعه، فإذا فرض فساد الإجاره انتفى الاستيمان لانتفاء منشئه، و ما كان يتوقف عليه و هو تملك المستأجر المنفعه. و عليه كانت العين مضمونه على المستأجر.

قلنا: ان تسليم العين للمستأجر و ان كان مبنيا على صحه الإجاره، و ناشئا من البناء عليها، الا أن التسليم قد تحقق فى الخارج على الفرض، فلا معنى لتوقفه على صحه الإجاره، فلا محاله يكون البناء على صحتها، أو اعتقادها داعيا



الى التسليم الخارجى.

و تخلف الداعى لا يضر بتحقق التسليم أمانه،و لا يوجب ارتفاع حكم الامانه،و هو عدم الضمان مع التلف.

ألا ترى أن المالك إذا قدم طعاما للضيف باعتقاد أنه عالم لم يجر له أكله إذا لم يكن عالما؟.

أو أن ذلك من قبيل تخلف الداعى؟.

لا ينبغى الإشكال فى أن الصحيح هو الثانى،فإن الإقدام على إتلاف المال مجانا قد تحقق وجدانا غايه الأمر أنه نشأ من اعتقاد غير مطابق للواقع.

و قد ظهر مما ذكرناه:أنه لا فرق-فى عدم الضمان فى موارد الإجاره- بين علم الموجر بفساد العقد،و جهله به.

**ثم أنه يشكل اطراد القاعده فى موارد**

**هل تنتقض القاعده بالصيد الذى**

استعاره المحرم؟

قوله:(ثم انه يشكل اطراد القاعده فى موارد:منها الصيد الذى استعاره المحرم من المحل بناء على فساد العاربه). أقول:لا شبهه فى أن المستعير إذا استعمل العين المعاره فى غير الجهه التى استعارها لأجلها ضمنها مطلقا و ان لم يشترط ضمانها عليه،و لا أنها كانت من الذهب و الفضة.

كأن استعار عباءه ليلبسها،و لكن استعملها فى إطفاء الحريق.

أو استعار فراشا ليفترش به الا انه استعمله فى سد الساقيه و لا ريب فى خروج هذه الصوره عن مورد البحث.

ص: ١٠٤

بل مورد البحث إنما هو استعاره الشيء لجهه خاصه، واستعماله في تلك الجهه من دون أن يكون فيه تعد و تفريط.

إذا عرفت ما تلوناه عليك فاعلم: أنه ذهب غير واحد من الأصحاب إلى ضمان الشخص المحرم بقيمه الصيد الذي استعاره من المحل، وذلك لفساد العاريه، مع أنه لا ضمان في العاريه الصحيحه و إذن فيكون ذلك نقضا لاطراد القاعده.

و من هنا ناقش الشهيد الثاني (ره) في القول بالضمان على تقديرى الصحه و الفساد.

و أجاب عنه المصنف، و قال: (إن وجه ضمانه-بعد البناء على أنه يجب على المحرم إرساله، و أداء قيمته-أن المستقر عليه قهرا بعد العاريه هي قيمه، لا العين، فوجوب دفع القيمه ثابت قبل التلف بسبب وجوب الإلتلاف الذي هو مسبب لضمان ملك الغير في كل عقد، لا بسبب التلف).

و حاصل كلامه: أنه يجب على المحرم المستعير أن يرسل الصيد الذي استعاره من المحل، و لا شبهه في أن الإرسال لا ينفك عن الإلتلاف، و من المعلوم أنه متى ما تحقق وجوب الإلتلاف تحقق معه وجوب دفع البدل، لمكان الملازمه بين التسبب تشريعا إلى السبب، و بين التسبب إلى مسببه، لاستحاله انفكاك السبب عن المسبب. فإذا كان التسبب المزبور موجودا قبل تحقق التلف في الخارج كان المسبب أيضا موجودا قبله، و عليه فلا يكون ذلك نقضا لاطراد القاعده.

نعم لو كان الموجب للضمان هو التلف لتوجه النقض المزبور و قد عرفت خلافه.

و يتوجه عليه: أن وجوب الإرسال لا يترتب عليه إلا لزوم إيجاد

سبب الضمان، و این هذا من ثبوت نفس الضمان مع عدم تحقق سببه. و من هنا لو عصى المحرم المستعير، ورد الصيد إلى مالكة لم يكن ضامنا قطعاً.

و نظير المقام ما إذا وجب على المستعير إتلاف العاربه لسبب آخر، كما إذا توقف عليه حفظ نفس محترمه أ فهل يحتمل الحكم بالضمان بمجرد الإيجاب ما لم يتحقق الإتلاف فى الخارج، بل و إن ردها على المعير؟ لا شك فى عدم احتمالها، و ليس ذلك إلا من جهه أنه لم يتحقق فيه ما هو موجب للضمان.

و قد انجلى مما ذكرناه فساد القول بالضمان من جهه أن إيجاب الإرسال يوجب امتناع أداء المال إلى مالكة، و الامتناع الشرعى كالامتناع العقلى. و عليه فعدم التمكن من أداء المال إلى مالكة يقتضى دفع بدل الحيلولة.

و قد ذكر شيخنا الأستاذ وجهاً آخر للضمان، و حاصله: أن الصيد -بأخذ المحرم له- يخرج عن ملك مالكة، فيكون أخذ المحرم له إتلافاً له على المالك، فيضمنه.

و الجواب عن ذلك: أنه لا دليل على خروج الصيد عن ملك مالكة بأخذ المحرم له. و إنما الثابت: أن المحرم لا يملك الصيد، لا حدوثاً، و لا بقاء فلو صاد و هو محل ثم أحرم خرج الصيد عن ملكه، و بين الأمرين بون بعيد.

فتحصل مما حققناه: أن الصحيح هو القول بعدم الضمان بتلف الصيد عند المحرم المستعير، كما هو الحال فى غير المحرم.

ثم إنه يظهر من صاحب الجواهر عدم وجود المصرح بالضمان فى صورته التلف السماوى الذى هو مورد البحث -فى المقام- و أن حكمهم بالضمان إنما هو فى صورته الإرسال بعد الاستعاره، فيكون ذلك داخلاً فى الإتلاف.

نعم يظهر من المحقق فى عاربه الشرائع الضمان مطلقاً، و إليك لفظه: (و لا يجوز

للمحرم أن يستعير من محل صيدا، لأنه ليس له إمساكه، فلو أمسكه ضمنه و إن لم يشترط عليه ذلك في العاربه).

و ظاهر كلامه هذا: هو الحكم بالضمان فى فرض التلف، فان تعميم الحكم بالضمان للاشتراط و عدمه ظاهر فى أن موضوع كلامه هو التلف، دون الإتلاف.

و لكن السيد-بعد ما نقل كلام المحقق-قال: و هذه العبارة- كما ترى-مختصه بصوره الإتلاف بالإرسال، فلا تشمل ما نحن فيه.

و يرد عليه: أن هذا ناشئ من إضافه كلمه (ثم أرسله) قبل كلمه (ضمنه) إلى عباره المحقق. إلا أنها غير مذكوره فى عبارته، بل زادها صاحب الجواهر سهوا.

ثم هل يثبت الضمان مع الإرسال مطلقا، أم يختص ذلك بصوره جهل المعير بالحال؟.

فذهب السيد إلى الثانى، بدعوى أن الدافع مع علمه بالحال يعد متلفا لما له بدفعه إلى من هو مكلف بالإتلاف، فلا وجه لاستقرار القيمه فى ذمته.

و الجواب عن ذلك: أن المعير و إن كان عالما، إلا أن الإتلاف مستند إلى المستعير، لأنه-بعد ما استعار الصيد من المحل-فقد أتلفه بإرادته و اختياره، و حينئذ فيثبت عليه الضمان، لا على المعير. و هذا ظاهر لا خفاء فيه.

### هل تنتقض القاعده بالبيع الفاسد؟

قوله: (و يشكل اطراد القاعده أيضا فى البيع فاسدا بالنسبه إلى المنافع التى لم يستوفها، فان هذه المنافع غير مضمونه فى العقد الصحيح مع أنها مضمونه

فى العقد الفاسد) أقول: لم نفهم وجها صحيحا لتقييد المنافع بغير المستوفاه و ذلك، لأن لمنافع المستوفاه أيضا غير مضمونه فى العقد الصحيح، مع أنها مضمونه فى العقد الفاسد و لعل وجه تقييدها بغير المستوفاه: أن المنافع إذا كانت من الأعيان - كاللبن و الصوف - فاستيفاؤها إتلاف لها، و إذا كانت من غير الأعيان فالاستيفاء بمنزله التلف. و على كل حال فالحكم بالضمان مع الاستيفاء لا يمكن أن يكون نقضا للقاعده بناء على أن موردها التلف، دون الإتلاف.

و كيف كان فقد يورد على القاعده بضمان المنافع غير المستوفاه مع أنها لم تكن مضمونه فى العقد الصحيح.

و قال السيد فى الجواب عن النقض: إن (المنافع و ان لم تكن مقابله بالمال، الا أنها ملحوظه فى قيمه، و زياده الثمن، و هذا المقدار يكفى فى صدق كونها مضمونه.

و من هنا يعرف حال الشروط، فإنه لو فرض شرط الخياطه فى عقد فاسد، فعمل بالشرط يكون من له الشرط ضامنا، لأن فى الصحيح و ان لم يكن الشرط مقابلا بالمال، الا أنه ملحوظ فى زياده الثمن و نقصانه، فكأنه مقابل بالمال، و لذا اشتهر أن للشرط قسطا من الثمن: يعنى فى اللب).

و يرد عليه: أن دخل المنافع فى زياده الثمن لا يستلزم ضمانها وراء ضمان العين. كما أن الشروط لها دخل فى زياده قيمه، مع أنها خارجه عن حول القاعده.

أما ثبوت الضمان فيما ذكر من مثال الخياطه فلأجل احترام العمل، و استناد تحققه فى الخارج إلى أمر المشروط له، و عليه فلا صلح له بالمقام.

و قال شيخنا المحقق: (ربما يتصور ضمان العين بنحو تكون متضمنا لضمان المنافع الفائته فى الصحيح و الفاسد، كما إذا كانت العين لها أمد خاص،

و عمر مخصوص، فإذا مضى منه شهر مثلاً نقصت قيمه العين، و هذا النقص ملحوظ فى الصحيح و الفاسد).

و يتوجه عليه: أن مضى مده خاصه من عمر العين و ان أوجب نقصاناً فيها، إلا أن الضمان-هنا-بالعين، لا بالمنافع غير المستوفاه، و لذا اعترف فى آخر كلامه بأنه (لا فرق حيثنذ بين القول بضمان العين و المنافع، أو ضمان العين تامه).

و قال شيخنا الأستاذ: (إن المدار على مورد العقد، و مورده فى البيع هو نفس العين، و انما المنافع فى الصحيح تابع للعين بحكم الشارع، و فى الفاسد حيث ان العين لم تنقل الى القابض فيضمن منافعها).

و يرد عليه: أنه لو صح ذلك فلازمه الحكم بالضمان فيما لا يضمن بصحيحه كالهبة الفاسده، بديهه أن المنافع فى الهبة الصحيحه تابعه للعين. و حيث ان العين لم تنقل الى المتهب فى الهبة الفاسده فتضمن منافعها.

و التحقيق: أن النقص غير وارد على القاعده. و توهم انتفاضها بما ذكر انما نشأ من عدم تطبيق الكبرى على الصغرى.

و توضيح ذلك: أن النسبه بين تملك المنافع، و تملك العين هى العموم من وجه، إذ قد تملك المنافع دون العين-كما فى الإجاره-و قد تملك العين دون المنافع-كما إذا باعها مسلوبه المنفعه-و قد تملكان معاً، و عليه فملكه العين لا تلازم ملكه المنافع، و انما تملك المنافع فى البيع بنفس السبب لملكه العين، ففى الحقيقه كان الثمن بإزاء العين بالأصالة، و بإزاء منافعها بالتبع.

و على هذا فكل من العين و المنفعه مورد للعقد، نهايه الأمر أن العين مورد للعقد بالأصالة، و المنافع مورد له بالتبعيه، و من الواضح أن عقد البيع مما يضمن بصحيحه و فاسده. سواء فى ذلك نفس المبيع و منفعه. و اذن فلا

وجه لتوهم انتقاض القاعده طردا بالبيع الفاسد.

نعم إذا ارتفع العقد بالفسخ، أو بالإقاله لم تضمن المنافع الفائته، أو المنافع المستوفاه قبل الارتفاع، ضروره أن هذه المنافع انما حصلت فى ملك المشتري، فيكون المشتري مسلطا عليها.

نعم إذا تعيبت العين بتصرف المشتري كانت مضمونه عليه، فان الإقاله و ان كانت عقدا جديدا، الا أنها تقتضى رجوع العين بخصوصياتها التى وقع عليها العقد، و المفروض أن العقد قد وقع على العين الصحيحه، فلا بد و أن ترجع كما كانت. و مع التخلف يحكم بالضمان.

### **هل تنتقض القاعده بحمل المبيع فاسدا؟**

قوله: (و يمكن نقض القاعده أيضا بحمل المبيع فاسدا).

أقول: قد حكى عن الشيخ فى المبسوط، و المحقق فى الشرائع، و العلامه فى التحرير انتقاض القاعده بحمل المبيع فى البيع الفاسد، حيث انه مضمون على المشتري، مع أنه غير مضمون عليه فى البيع الصحيح بناء على أنه للبائع.

و عن الدروس توجيه كلام العلامه بما إذا اشترط دخول الحمل فى البيع، و هذا هو المحتمل القريب، و حينئذ فلا نقض على القاعده. و عليه فالنزاع -هنا- لفظي، فإن القائل بالضمان انما أراد صورته كون الحمل جزءا من المبيع. و أن القائل بعدمه انما أراد صورته خروج الحمل عنه، فيكون شأن الحمل -هنا- شأن نفس العين فى الإجاره، و كما أن العين خارجه عن مورد عقد الإجاره، كذلك الحمل -هنا- و اذن فلا تنتقض القاعده بذلك.

## هل تنتقض القاعده بالشركه الفاسده؟

قوله: (و يمكن النقض أيضا بالشركه الفاسده بناء على أنه لا يجوز التصرف بها، فأخذ المال المشترك حينئذ عدوانا موجب للضمان). أقول: غير خفى على الناقد البصير، و المتأمل الخبير: أن تفريع الضمان على الحكم التكليفي -: أعنى به حرمة التصرف فى مال الغير- واضح الفساد، إذ لا ملازمه بينهما أصلا و رأسا، لأنه بناء على أن عقد الشركه لا يقتضى جواز التصرف فى المال المشترك- كما هو الظاهر- فإنه عندئذ و ان كان لا يجوز لكل من الشريكين أن يتصرف فى المال المشترك فيه بدون اذن صاحبه. الا انه لو تلف المال المزبور بغير تفريط من أحدهما لم يحكم بالضمان، لأن كلا منهما قد فوض زمام ماله الى شفيعه، و جعله أمينا فى ذلك، و من الواضح أنه لا ضمان على الأمين، و لا يفرق فى ذلك بين الشركه الصحيحه و الشركه الفاسده. و اذن فلا وجه لتوهم انتقاض القاعده بذلك.

## هل ينتقض أصل القاعده بالنكاح الفاسد؟

قد يتوهم أن أصل القاعده ينتقض بالنكاح الفاسد، ضروره أن النكاح الصحيح يوجب ضمان الصداق للمرأة دون فاسده إذا كانت المرأة عالمه بالفساد فإنها وقتئذ زانيه، فلا مهر لبعي.

و لكن هذا التوهم فاسد، فان ضمان المهر فى عقد النكاح انما هو بإزاء الزوجيه، دون البضع، فالضمان- هنا- ثابت بنفس العقد، فإذا انتفى



العقد من ناحيه حكم الشارع بالفساد انتفى الضمان أيضا.و محل الكلام-فى المقام-هو ما كان سبب الضمان أمرا آخر وراء العقد،كالقبض فى العقد فان التلف قبله من مال البائع.

و على الجملة:أن البضع و سائر الاستمتاعات لا مالیه لها فى حكم الشارع،و من هنا لو حبس أحد زوجه غيره،و فوّت عليه جميع الاستمتاعات لم يضمن بشىء،و ليس ذلك إلا لأجل أن البضع و سائر الاستمتاعات لا تقابل بالمال.

نعم قد ثبت مهر المثل فى موارد الوطى بالشبهه تعبدا،لاحترام الاعراض و صفوه الكلام:أن مورد البحث فى قاعده ما يضمن بصحيحه يضمن بفاسده انما هو العقود الصحيحه و الفاسده التى يكون الضمان فيها مستندا الى غير العقد و عليه فثبوت الصداق فى النكاح الصحيح،و عدم ثبوته فى الزناء بعيد عن محل الكلام رأسا.

و بذلك تظهر الحال فى العقد المنقطع-أيضا-فإن الأجره فيه -أيضا-بإزاء نفس الزوجيه،دون البضع.و تبعض الأجره مع عدم التمكين فى بعض المده انما هو من جهه النص الخاص.أما فى موت المرأه أثناء المده فالتبعض على القاعده.و اذن فلا تنتقض القاعده بالنقض المزبور.

### ما هو المدرك لعكس القاعده؟

قوله:(ثم ان مبنى هذه القضيه السالبه على ما تقدم من كلام الشيخ فى المبسوط هى الأولويه). أقول:قد عرفت فيما سبق-أن المدرك الصحيح لأصل القاعده انما هو ضمان اليد الثابت بالسيره العقلائيه الممضاه من قبل

الشارع. وقد عرفت- أيضا فيما تقدم- أن مناط الضمان فى ذلك هو التسليط غير المجانى.

أما المدرك لعكس القاعده- أعنى به ما لا يضمن بصحيحه لا يضمن بفساده- فقد ذكر المصنف: أن مدركه- على ما تقدم من كلام الشيخ فى المبسوط- هو الأولويه، لأن دليل الضمان عنده انما هو الاقدام، وإذا لم يوجب الاقدام الضمان فى العقد الصحيح- كالرهن الصحيح مثلا- لم يوجب ذلك فى العقد الفاسد- أيضا- بالأولويه، ضروره أن العقد الفاسد لغو محض و أنه بمنزله المعدوم. انتهى ملخص كلامه.

و يرد عليه: أن عدم الضمان فى العقد الصحيح- كالهبة الصحيحه مثلا- انما هو من جهه كون المال ملكا مجانيا للقبض، و من الواضح أنه لم تحصل له الملكيه فى العقد الفاسد- كالهبة الفاسده مثلا- و اذن فلا وجه لدعوى الأولويه -هنا- بوجه. و هذا واضح لا ستار عليه.

و يضاف الى ذلك: ما ذكرناه- سابقا- من أن الاقدام الساذج ليس دليلا على الضمان، بل الدليل عليه انما هو السيره مع الاقدام.

و قد يتوهم: أن قاعده ضمان اليد و ان كانت مقتضيه للضمان فى العقود الفاسده- التى لا ضمان فى صحيحها- إلا أنها مخصصه بأدله الاستيمان.

و لكن هذا التوهم فاسد، لأن قاعده ضمان اليد لا تشمل موارد التسليط المجانى لكى نحتاج الى تخصيصها بأدله الاستيمان. و عليه فمورد الكلام خارج عن قاعده ضمان اليد، و عن مورد أدله الاستيمان- أيضا- خروجا تخصيصيا و هذا ظاهر.

و قد ظهر لك مما حققناه: أنه لا- وجه لإثبات عدم الضمان فى الهبة الفاسده بفحوى ما دل على عدم الضمان فى موارد الاستيمان، كما صنعه المصنف

فى المتن.

أضف الى ذلك: أن المالك لم يسلط غيره على ماله فى موارد الاستيمان ليتصرف فيه أى تصرف، بل سلطه عليه ليحفظه عن التلف. بخلافه فى الهبة الفاسده، و عليه فلا يمكن قياس أحدهما بالآخر.

و التحقيق: أن الدليل على عكس القاعده إنما هو عدم الدليل على الضمان فى موارد، لا شىء آخر.

### هل يجوز التصرف فى المقبوض

#### إشاره

بالعقد المعاوضى الفاسد؟

قوله: (الثانى: من الأمور المتفرعه على عدم تملك المقبوض بالبيع الفاسد وجوب رده فورا إلى المالك). أقول: تحقيق البحث- هنا- يقع فى ضمن جهات:

### الجهه الأولى: أنه هل يجوز التصرف فى المقبوض بالعقد المعاوضى

الفاسد تكليفا، أم لا يجوز ذلك؟.

لا شبهه فى حرمه التصرف فى مال الغير- بحسب الكبرى- شرعا و عقلا. و إنما البحث- فيما نحن فيه- إنما هو من ناحيه الصغرى:

و هى أن تصرف القابض فى المقبوض بالعقد المعاوضى الفاسد هل هو تصرف فى مال غيره بدون إذنه لكى يكون حراما، كما عليه المصنف؟.

أم أنه تصرف فيه باذن مالكة حتى يكون ذلك جائزا؟.

و فصل السيد- فى المقام- و قال نصا: (لا ينبغى الإشكال فى عدم

جواز التصرف فيه مع جهل الدافع. و أما مع علمه فيمكن الاشكال فيه و إن كان باقيا على ملكه، و ذلك للاذن فيه في ضمن التملك).

لا إشكال في عدم جواز التصرف في المقبوض مع جهل الدافع بالفساد.

أما مع علمه به فقد يقال بالجواز نظرا إلى أن الدافع -عندئذ- قد أذن للقابض في التصرف في ماله. فلا يكون حراما.

و لكن الظاهر هو عدم جواز التصرف فيه، لأن القاعده الأوليه إنما تقتضى حرمه التصرف في أموال الناس إلا بإذن ملاكها، و من الواضح أن الدافع إنما جوّز التصرف في المقبوض بالعقد الفاسد من حيث كونه ملكا للقابض، لا على وجه الإطلاق، و لما لم تحصل الملكيه للقابض، و لا أن المالك قد أذن له في ذلك إذنا جديدا حرم على القابض التصرف فيه وضعا و تكليفا.

نعم لو أذن المالك للقابض إذنا جديدا في التصرف في المقبوض بالعقد الفاسد لم يحرم له التصرف فيه، لا- وضعا، و لا تكليفا، ضروره أن فساد العقد لا يمنع عن إذن المالك جديدا في التصرف في المقبوض.

و على الجملة: إن الاذن الحاصل في ضمن التملك بالعقد الفاسد لا- يكون منشأ لجواز التصرف فيما وقع عليه العقد، إلا أن يكون- هنا- إذن آخر غير الاذن الحاصل في ضمن العقد الفاسد.

ثم إن السيد قد استدل- في حاشيته- على جواز التصرف في المقبوض بالعقد الفاسد بأن (هذا التملك له حيثان، فهو إذن من حيثه، و تملك من اخرى، و لما كان التملك محتاجا شرعا إلى صيغته صحيحه- و المفروض عدمها- فهو غير مؤثر من هذه الجبهه، لعدم حصول شرط. و أما من حيثه الأخرى فهو غير مشروط شرعا، فيجوز العمل به، فإن الإذن مؤثر في جواز

التصرف من غير اشتراط بصيغه خاصه، فيشمله عموم ما دل على جواز التصرف مع الاذن، و طيب النفس. و إذا جاز التصرف فلا يجب الرد الى المالك فضلا عن كونه فوريا. نعم لو رجح عن إذنه و طلبه وجب الرد اليه فوراً).

و يرد عليه: أن جواز التصرف في المقبوض بالعقد الفاسد متوقف على أحد أمرين على سبيل مانعه الخلو: إما كون ذلك ملكا للقباض. و إما إذن المالك في التصرف فيه:

أما الأول فهو منفي على الفرض.

أما الثاني فكذلك، إذ لم يأذن فيه المالك بوجه.

و الوجه في ذلك: أن الأفعال تارة تتعلق بالعناوين الكليه-كبيع كلى الفرس و نحوه- و اخرى تتعلق بالجزئيات الخارجيه و الأفراد المشخصه -كالأكل، و الشرب، و النوم، و الضرب، و القيام، و القعود و أشباهها:

فإذا كان الفعل مما يتعلق بالشخص كان اعتقاد الفاعل بانطباق كلى ما عليه داعيا إلى إيجادها، فإذا ضرب شخصا باعتقاد أنه كافر فتبين أنه كان مؤمنا كان هذا من التخلف في الداعي، فإن الضرب قد وقع في الخارج-على واقع المؤمن حقيقه، و التخلف إنما هو في اعتقاد أنه كافر الذي كان داعيا إلى إيجادها.

أما إذا كان الفعل متعلقا بالكلية فلا يسرى الى غير مصداقه-و إن كان الفاعل يعتقد أنه مصداقه-فلو رضى المالك بدخول العلماء داره، و أذن به لم يجر الدخول لغير العالم و إن اعتقد الآذن أنه عالم.

و لا شبهه في أن متعلق الاذن في قوله عجل الله فرجه: (فلا يحل لأحد

أن يتصرف فى مال غيره بغير إذنه (١) إنما هو العنوان الكلى: أعنى به عنوان التصرف فى مال الغير. و عليه فإنما يجوز التصرف فى أموال الناس فيما إذا أحرز أن المالك قد أذن فى التصرف فى ماله لكى يكون ذلك مشمولاً للعنوان الكلى الذى ذكر فى التوقيع المزبور، و من البين الذى لا ريب فيه أن هذا المعنى بعيد عن المقبوض بالعقد الفاسد، بديهه أن المالك لم يأذن للقابض أن يتصرف فى ماله، و إنما سلمه إليه باعتبار أنه ملك له، و حيث إنه لم يصير ملكاً للقابض، و لا- أن الدافع قد أذن له فى التصرف، فلا يجوز للقابض أن يتصرف فيه.

و قد اتضح لك مما بيناه: أنه لا يجوز الاستدلال على جواز التصرف فى ذلك بالتوقيع الشريف المذكور، و لا بالروايات الداله على حرمه التصرف فى مال امرئ مسلم الا بطيب نفسه: كما اتضح لك من ذلك- أيضاً: أنه لا وجه للتفصيل بين علم الدافع بالفساد، و جهله به، لأنه بعد فرض أن المالك لم يصدر منه الا التمليك، و هو لم يحصل فى الخارج على الفرض فلا يبقى مجال للقول بجواز التصرف فيه حتى مع علمه بالفساد.

و بما ذكرناه- من أنه لم يصدر من المالك فى المقام الا التمليك، و تسليم المال بما أنه ملك للقابض- يظهر فساد ما قد يتوهم من أن العقد الفاسد و إن لم يؤثر فى الملكيه، و لكن إذن الدافع فى التصرف فى ماله باق على حاله، فيكون الاذن منفكاً عن الملكيه.

و وجه الظهور: أن إذن المالك لم يكن مطلقاً لكى يبقى بعد فساد العقد- أيضاً- بل كان بعنوان أن المقبوض ملك للقابض، و المفروض أنه لم يصير ملكاً له، فينتفى الإذن أيضاً.

ص: ١١٧

قيل: إن المالك قد أذن للقابض في التصرف في نفس العين الخارجيه و عليه فيبقى الاذن ما دامت العين باقيه على حالها مع بقاء المالك على إذنه السابق و عدم رجوعه عنه.

و يرد عليه: أن الاذن لم يتعلق بالتصرف في مال الدافع. و إنما تعلق بالتصرف في مال القابض من جهة استلزام التملك إياه، لا أنه إذن جديد وراء التملك، إذ المفروض أن الدافع يرى نفسه أجنبيا عن ذلك المال، فكيف يأذن في التصرف فيه، و من المفروض أن الملكيه لم تحصل فلا معنى لبقاء الاذن في التصرف فيه. و هذا واضح لا شبهه فيه.

نعم لو أذن المالك-إذنا جديدا-في التصرف في المقبوض بالعقد الفاسد-بعد علمه بفساد العقد-جاز التصرف فيه جزما. و لكنه غير مربوط بما نحن فيه.

و يضاف الى ذلك: أنه ينتقض بأنه لو قدّم شخص طعاما لغيره باعتقاد أنه من مال صديقه مع علم المعطى له بكون ذلك الطعام للمعطى، لا لصديقه فإنه-عندئذ-لا يجوز للمعطى له أن يأخذه، و يتصرف فيه بتخيل أن الاذن قد تعلق بذات الطعام الخارجى الشخصى، فيجوز العمل على طبقه.

و الوجه فيه: هو أنه لا-أثر للإذن الساذج ما لم يتعلق بعنوان مال نفسه بحيث ينطبق ذلك العنوان الكلى على الشخص الخارجى انطباق الكلى على أفراده.

هل يجوز التصرف في المقبوض بالعقد غير المعاوضى الفاسد؟

### **الجهه الثانيه: أن حرمه التصرف في المقبوض بالعقد الفاسد هل تشمل**

المقبوض بالعقد غير المعاوضى الفاسد-أيضا-كالهبة و العاريه، أم لا؟

لا شبهه فى اختصاص الحكم بالعقود المعاوضيه إذا قلنا بثبوت الملازمه بين حرمة التصرف، و بين ثبوت الضمان.

و قد يقال: إن حرمة التصرف فى المقبوض بعقد يضمن بصحيحه و فاسده لا يلزم حرمة التصرف فى المقبوض بما لا ضمان فيه- كالهبة و العاربه- فإنه كما لا ضمان فى صحيحهما و فاسدهما، كذلك لا يحرم التصرف فى المأخوذ بهما ضروره أن رافع الضمان فيهما هو الرافع للحرمة، لأن إعطاء المالك ماله مجاناً للمتهب، و بعنوان العاربه للمستعير لو رفع الضمان رفع الحرمة- أيضاً- و إذن فلا وجه للتفكيك بين الحرمة الوضعيه، و بين الحرمة التكمليه.

أما إذا لم نقل بثبوت الملازمه بين الضمان، و بين حرمة التصرف فلا وجه لاختصاص الحكم بالعقود المعاوضيه، بل يعم العقود غير المعاوضيه أيضاً.

و هذا هو الحق، بداهه أن كلا من حرمة التصرف فى المقبوض بالعقد الفاسد، و الضمان أجنبى عن الآخر، فان التسلط المجانى- فى العقود غير المعاوضيه الفاسده- لا يؤثر إلا فى عدم ضمان العين المأخوذه بها.

أما جواز التصرف فيها فلا- يترتب على التسليط المزبور. و إنما يترتب على إذن المالك. و من المفروض أنه لا إذن فى موارد التملك- كالهبة- على ما عرفته قريباً.

أما فى غير تلك الموارد- كالعاربه- فالإذن من المالك و ان كان موجوداً الا- أن المفروض أن الشارع لم يمه، فوجوده كعدمه. و إذن فلا يجوز التصرف فى المقبوض بالهبة و العاربه الفاسدتين.



هل يجب رد المقبوض الى مالكه فوراً؟

### الجهه الثالثه: أنه إذا بنينا على عدم جواز التصرف فى المقبوض بالعقد

الفاسد فهل يجب رده الى مالكه فوراً، أم لا يجب ذلك؟

ذهب المصنف إلى الأول، لأن الإمساك آنا ما تصرف فى مال غيره بدون اذنه، فلا يجوز. بل قال: (ان الظاهر أنه مما لا خلاف فيه على تقدير عدم جواز التصرف فيه).

و التحقيق: أن القابض بالعقد الفاسد تاره يمتنع عن رد المقبوض الى مالكه حتى مع مطالبته. و اخرى لا يمتنع عن ذلك، و انما المالك لا يطالب ماله، أو يطالب إقباضه إياه، و تفويضه اليه.

و على الأول فلا شبهه فى حرمة إمساكه، لكونه من أظهر أفراد الغصب. بل إذا تلف المقبوض ضمنه القابض، و لو كان العقد مما لا يضمن بصحيحه. سواء أ كان التلف بالتفريط، أم كان بغير التفريط، و عليه فلا شبهه فى وجوب رده الى مالكه فوراً، ضروره أن إمساكه حينئذ تصرف فى مال غيره، و مزاحمه لسلطنته على ماله، و هو حرام عقلاً و شرعاً.

و على الثانى فلا يجب رده الى مالكه فضلاً عن كون الرد فورياً، بديهه أنه لا يجب على القابض إلا التخليه بين المال و مالكه، أما الزائد على ذلك فلم يقيم عليه دليل.

و نظير ذلك ما لو أطار الريح ثوب أحد إلى دار جاره فان بقاءه فى تلك الدار لا يعد تصرفاً فيه لصاحب الدار قطعاً، لأنه لم يضع يده عليه، و لا أنه حال بينه، و بين مالكه.

و إذن فلا يجب على القابض رد ما قبضه بالعقد الفاسد إلى مالكة فورا فضلا عن كون مئونه الرد عليه. كما أن بقاء المقبوض في يد القابض لا يعد تصرفا في ملك غيره حتى مع عدم مطالبه المالك ذلك، أو مطالبته إقباض العين إياه، وهذا ظاهر لا خفاء فيه.

و قد ظهر لك مما حققناه: أن مجرد بقاء مال شخص عند غيره لا يعد تصرفا محرما، لا من جهة أن ذلك خارج عن أدله حرمة التصرف في مال غيره بدون اذنه خروجا تخصيصيا بالسيره العقلانيه، بل من جهة خروجه عنها موضوعا و تخصصا، لعدم صدق التصرف عليه. كما لا يصدق التصرف على مس اليد أو الثوب أو أشباههما بحائظ غيره في الشوارع و الأزقه.

ثم إن المصنف قد استدل على وجوب رد المقبوض إلى مالكة، و على حرمة إمساكه و إبقائه بقوله (عليه السلام): (لا يجوز لأحد أن يتصرف في مال غيره إلا بإذنه [١]).

ثم قال: (و لو نوقش في كون الإمساك تصرفا كفى عموم قوله (عليه السلام) لا- يحل مال امرئ مسلم لأخيه إلا- عن طيب نفسه [٢] حيث يدل على تحريم جميع الأفعال المتعلقة به التي منها كونه في يده).

أقول: أما الرواية الأولى فقد عرفت عدم دلالتها- على ما يرومه المصنف- مما بيناه من عدم صدق التصرف على مجرد بقاء مال أحد تحت يد

غيره فان ذلك نظير النظر إلى مال غيره، و مسه.

أما الروايه الثانيه فيتوجه على الاستدلال بها أن الحليه أو الحرمة إذا أسندت إلى الأعيان فلا بد من أن يراد بها الحليه التكليفيه، و أن يكون الاسناد باعتبار تقدير فعل يناسب المقام، فيراد من حليه المأكولات حليه أكلها، و من حرمة الأمهات، و العمات، و الخالات حرمة نكاحهن، و هكذا في كل مورد من الموارد التي ترد عليك، فإنه لا بد و أن تلاحظ فيها مناسبه الحكم و الموضوع.

و إذن فلا بد و أن يراد من عدم حليه المال مع عدم طيب نفس مالكة عدم جواز تملكه، أو عدم جواز الانتفاع به، و على هذين التقديرين لا تدل الروايه على حرمة إمساك مال شخص آخر بوجه.

نعم يحتمل أن يكون المقدر مطلق التصرف. لكن قد عرفت قريبا أن مجرد الإمساك لا يعد تصرفا بوجه، و على كل تقدير فالروايه بعيدة عن الدلاله على حرمة الإمساك بمجرد.

و قد استدل بعضهم على حرمة إمساك المقبوض بالعقد الفاسد، و على وجوب رده إلى مالكة فوراً-بالنبوي المعروف: على اليد ما أخذت حتى تؤديه (١).

و تقريب الاستدلال به على ذلك بوجهين:

١- ما ذكره شيخنا الأستاذ، و إليك نص مقرر بحثه: (و يدل عليه (أى على الرد الفوري) أيضا عموم على اليد ما أخذت حتى تؤدى، فإنه و إن لم يكن متعرضا للحكم التكليفي بالدلاله المطابقه، إلا أنه متعرض له بالدلاله

ص: ١٢٢

١- ١) قد تقدم ما يرجع إلى هذا النبوي في ص ٨٧.

الالتزاميه، فإن استقرار الضمان على عهده القابض ملازم لوجوب الرد لأنه لا أثر لاستقرار الضمان على العهده إلا وجوب رد العين ما دامت باقيه، ورد المثل، أو القيمة لو كانت تالفه، فحرمه إمساك مال الغير من غير إذنه، و وجوب رده اليه فوراً بالفوريه العرفيه لا إشكال فيه).

و يرد عليه: أن دعوى الملازمه بين الحكم التكليفي و الوضعي و إن كانت صحيحه، و لكن الحكم التكليفي الملازم للحكم الوضعي -هنا- ليس هو وجوب رد العين إلى صاحبها لكي تترتب عليه حرمة الإمساك. و إنما الواجب على القابض هو وجوب التخليه بين المال و مالكه، أما الزائد على ذلك فلم يدل عليه دليل شرعي، و لا عقلي.

٢- ما أفاده المحقق الايرواني و هذا لفظه: (فالأولى تبديل الاستدلال به: أي بقوله (عليه السلام) لا يحل إلخ) بالاستدلال بعموم على اليد، فإنه إن لم يكن مقصوراً ببيان التكليف فلا أقل من أن يعم الوضع و التكليف جميعاً:

بتقريب أن مؤداه وجوب دفع العين مع قيامها، و دفع البدل مع التلف).

و الجواب عن ذلك أولاً: أن إرادته الحكم التكليفي من حديث على اليد يحتاج إلى تقدير فعل من الأفعال، فإن الحكم التكليفي لا يتعلق بالمال نفسه، و إرادته الحكم الوضعي منه لا يحتاج إلى تقدير شيء أصلاً و رأساً. و من الواضح أن المراد بكلمه الماء الموصول هو المال، و لا يمكن الجمع بين إرادته الحكم التكليفي و الوضعي، إذ لا يمكن الجمع بين التقدير و عدمه.

ثانياً: أن حديث (على اليد ما أخذت حتى تؤديه) بظاهره آب عن إرادته الحكم التكليفي منه، ضروره أن الحكم المستفاد من ذلك مغياً بوجوب الرد. و من الواضح أن الغايه لا تناسب إلا مع الحكم الوضعي فقط، لا الحكم التكليفي فحسب، و لا الحكم الوضعي و التكليفي معاً.

و ذلك، لأنه إذا أريد من النبوى المزبور الحكم التكليفى كان معناه أنه يجب رد المال المأخوذ من مالكة بدون إذنه حتى تؤديه أى حتى ترده إلى صاحبه و حينئذ فيكون ذلك نظير ما يقال: يجب عليك الإتيان بالصلاه حتى تصلى. و لا شبهه فى أن هذا الاستعمال مستهجن جدا، و غير معهود عند أهل المحاوره.

و هذا بخلاف ما إذا أريد من الحديث الحكم الوضعى فقط، فإنه وقتئذ يكون معناه هو ثبوت ضمان المأخوذ على الآخذ حتى يرده إلى صاحبه. و لا ريب أنه لا استهجان فيه بوجه.

و يضاف إلى ذلك: أن حديث على اليد ضعيف السند، فلا يمكن الاستدلال به على شىء من المسائل الفقهييه. و قد تقدم تفصيل ذلك قريبا.

ما هو حكم مئونه الرد؟

### **الجهه الرابعه: أنه إذا وجب رد المقبوض بالعقد الفاسد إلى مالكة**

فهل تكون مئونه الرد على القابض. أم تكون على المالك؟.

قد فصل المصنف بين ما تكون مئونه الرد قليله فحكم بكونها على القابض و بين ما تكون كثيره فحكم بكونها على المالك، و ذلك لأدله نفي الضرر.

و فصل شيخنا الأستاذ بين ما إذا كانت المئونه مما يقتضيها طبع الرد فهى على القابض، و بين غيره فهى على المالك.

و توضيح كلامه: أن الحكم الشرعى إذا اقتضى فى نفسه و بحسب جعله مقدرًا من الضرر-نظير وجوب الخمس، و الزكاه. و الصوم، و الجهاد، و أمثالها

من الأحكام الشرعية- كان الحكم المذكور تخصيصا لقاعده نفي الضرر.و إذا كان الضرر زائدا على المقدار الذى يقتضيه طبع الحكم الشرعى لم يكن ذلك تخصيصا لأدله نفي الضرر، بل أدله نفي الضرر تكون حاكمه على دليل ذلك الحكم، و موجبا لاختصاصه بغير موارد الضرر.

و على هذا الضوء فان كانت مئونه الرد بمقدار ما يقتضيه طبع رد المال إلى مالكة فهي على القابض.و إن كانت زائده على ذلك فهي على المالك، لأدله نفي الضرر.

و يرد عليه: أن وجوب الرد فى نفسه لا يقتضى أى ضرر، إذ قد يكون الرد غير محتاج إلى المئونه أصلا، فالمئونه أمر قد يحتاج إليه الرد، و قد لا يحتاج إليه ذلك، و إذن فـدليل نفي الضرر يقتضى اختصاص وجوب الرد بما لا يحتاج إلى مئونه.

و من هنا تظهر الحال فى تفصيل المصنف- أيضا- فإن تحمل الضرر مرفوع فى الشريعة المقدسه. و لا فرق بين قليله و كثيره.

نعم لا- بأس بالالتزام بكون المئونه على القابض فيما إذا كانت المئونه من القله بمرتبته لا تعد ضررا عرفا. و لعل هذا هو مراد المصنف من التفصيل الذى نقلناه عنه قريبا.

هل يجب رد المقبوض إلى مالكة مطلقا؟

### **الجهه الخامسه: أنا إذا بنينا على أن الواجب على القابض هو التخليه بين**

المالك و ماله، دون رده إليه فهل هو كذلك على وجه الإطلاق، و فى جميع

الموارد،

أم يجب ذلك فى بعض الموارد دون بعض؟.

ص: ١٢٥

و تفصيل ذلك: أنه قد يكون المالك و المشتري كلاهما فى بلد القبض، و قد يكونان فى بلدين.

و على الثانى فتاره ينتقل البائع إلى بلد آخر غير بلد القبض.

و اخرى ينقل المشتري المقبوض من بلد القبض إلى بلد آخر.

و ثالثه ينتقل منه البائع إلى بلد، و ينتقل منه المشتري إلى غير ذلك البلد أما إذا كانا فى بلد القبض فقد عرفت أنه لا يجب حينئذ رد المقبوض إلى مالكة، بل تكفى فى هذه الصوره-التخليه بينه و بين ماله، فإذا أراد المالك أن يأخذ ماله-فى أى وقت-أخذه بنفسه.

أما إذا كان القابض فى بلد القبض، و لكن انتقل المالك إلى بلد آخر ثم طالبه بما له لم يجب عليه الرد-عندئذ-قطعا حتى إذا قلنا بوجود الرد فى الشق الأول، فإنه لا دليل على جواز مطالبته بما له بأزيد من مطالبته فى بلد القبض.

أما إذا نقله القابض من بلد القبض إلى بلد آخر، و طالب به المالك فوجب رده إلى بلد القبض، سواء فى ذلك كون المالك فى بلد القبض، و انتقاله الى بلد آخر، و عليه فمئونه الرد على القابض، ضروره أن نقل المقبوض إلى غير بلد القبض لم يكن باذن مالكة لكى تكون مئونه الرد عليه، بل كان ذلك باختيار القابض، و حينذاك فيجب عليه رده إلى بلد القبض، و ذلك للسيره العقلانيه المحكمه فى أمثال المقام، أو لدليل ضمان اليد.

و قد اتضح لك مما بيناه حكم ما إذا انتقل المالك الى بلد. و نقل القابض المال الى بلد آخر، فان المالك إذا طالب القابض بنقل المال الى البلد الذى هو فيه لم تجب على القابض اجابته. و إذا طالبه برده الى بلد القبض و جب على القابض رده.

قوله:(الثالث: أنه لو كان للعين المبتاعه منفعه استوفاهها قبل الرد كان عليه عوضها على المشهور). أقول المشهور بين الفقهاء: أن القابض بالعقد الفاسد يضمن المنافع التي استوفاهها من المقبوض.

بل الظاهر من عباره الحلئ المحكيه عنه من(أن البيع الفاسد عند المحصلين يجرئ مجرى الغصب و الضمان). هو قيام الإجماع على ذلك.

و قد نسب الخلاف فى ذلك إلى ابن حمزه، حيث إنه حكم بعدم الضمان -هنا- محتجا بأن الخراج بالضمان، كما فى النبئ المرسل.

و يحسن بنا أولا بيان الوجوه التى استدلت بها على الضمان، ثم صرف الكلام إلى بيان ما استدلت به ابن حمزه على رأيه.

**فقول: إنه قد استدلت على الضمان بوجوه شتى.**

#### ١- النبئ المعروف:

على اليد ما أخذت حتى تؤديه (١) فان عمومه يشمل المنافع المستوفاه أيضا.

و يتوجه عليه أولا: أنه ضعيف السند، و غير منجر بعمل المشهور به لا صغرى، و لا كبرى:

أما الوجه فى منع الصغرى فلعدم الاطمئنان باعتماد القائلين بالضمان على الحديث المزبور، بل اعتمد أكثرهم على الوجوه الأخر التى سند كرها قريبا.

أما الوجه فى منع الكبرى فهو ما ذكرناه فى علم الأصول، و أشرنا

ص: ١٢٧



اليه آنفا من أن الشهره ليست بحجه فى نفسها، فكيف تكون سببا لحجيه الخبر الضعيف، و جابره لو هن سنده و تفصيل الكلام فى محله.

ثانيا: أنا لو سلمنا شمول صدر الحديث للأعيان المأخوذه، و المنافع المستوفاه إلا أنه لا ينفعنا- فى المقام- لأن الظاهر من ذيله هو اختصاصه بالأعيان فقط.

بداهه أن الظاهر من الأداء هو رد المأخوذ بعينه بدءا. و مع عدم التمكن منه ينوب عنه رد المثل أو قيمه. و من الواضح أن رد المأخوذ بعينه لا يعقل فى المنافع، لأنها ما لم توجد فى الخارج ليست بمضمونه، و بعد وجودها فيه تنعدم و تنصرم. و حينئذ فلا يمكن أداؤها إلى المالك لكى يشملها دليل ضمان اليد.

على أن للمناقشه فى شمول مفهوم الأخذ للمنافع مجال، إذ قد يقال:

إن مفهوم الأخذ لا- يصدق على استيفاء المنافع، خصوصا إذا كانت المنفعه من قبيل الأعمال: كمن أمر غيره بخياطه ثوبه، أو بنائه داره، أو نجاره بابه و لم يعط أجرته، فإنه لا تطلق كلمه الأخذ على شىء من ذلك.

و من هنا ذكر المصنف فيما تقدم: (أن مورده (أى خبر اليد) مختص بالأعيان، فلا يشمل المنافع و الأعمال المضمونه فى الإجاره الفاسده).

و لكن الصحيح: أن مفهوم كلمه الأخذ أوسع من ذلك، لعدم اختصاصه بالأخذ الخارجى، و الا لزم منه خروج كثير من الأعيان عن مورد الحديث كالدار، و الأرض، و البستان، و الحديق، و أشباهها مما لا يقبل الأخذ الخارجى.

و مما يدل على صحه ما ذكرناه: أن مفهوم الأخذ يصح انتسابه إلى الأمور المعنويه كالعهد، و الميثاق، و الرأى، و أمثالها، كما أنه يصح انتسابه إلى الأمور الخارجيه و اذن فلا وجه لتخصيص مفهوم الأخذ بالأعيان الخارجيه. و انما هو كناية

عن الاستيلاء على الشيء، كما أن كلمه بسط اليد كناية عن الجود، والسخاء.

و كلمه قبض اليد كناية عن البخل، ولا ريب أن استعمال لفظ الأخذ في هذا المعنى-الذى ذكرناه-كثير في القرآن وغيره، ومنه قوله (تعالى) لا تَأْخُذْهُ سِنَّةٌ، وَلَا نَوْمٌ ۗ ۱ و إذن فالصحيح في وجه المنع عن شمول الحديث للمنافع هو الوجه الثاني، وهو اختصاص ذيل الحديث بالأعيان، وعدم شموله للمنافع

## ٢- قوله (عليه السلام): حرمة ماله - أي المؤمن - كحرمة دمه

(١)

فان الظاهر من هذه الجملة أن إتلاف مال المؤمن موجب للضمان، و من الواضح أنها كما تشمل الأعيان كذلك تشمل المنافع المستوفاه-أيضا-لصدق المال عليها جزما.

و يتوجه على الاستدلال بها: أن الظاهر منها هو الحكم التكليفي، بمعنى:

أنه لا يجوز إتلاف مال المؤمن بغير إذنه، كما لا تجوز إراقه دمه.

و على تقدير أن تكون الحرمة بمعنى الاحترام. فغايه ما تدل عليه هذه الجملة المباركه هي لزوم حفظ مال المؤمن عن التلف، و عدم جعله في معرض الهلاكه، فإن ذلك هو مقتضى الاحترام. أما الضمان فلا يستفاد من ذلك، و إلا يلزم على كل واحد من المؤمنين ضمان مال المؤمن الآخر مع التلف بآفه سماويه، و لا شبهه في أن هذا المعنى لا يمكن الالتزام به بوجه.

## ٣- الروايات الداله على عدم حليه مال امرئ مسلم الا بطيب نفسه،

و على حرمة التصرف في مال الغير بدون اذنه. و قد عرفت صدق المال على المنافع. و لذا تقع ثمنه في البيع، و عوضا في الخلع، و صداقا في النكاح و هكذا و يتوجه على الاستدلال بها: أن المستفاد منها ليس

ص: ١٢٩

١-٢) قد تقدم ما يرجع إلى هذه الجملة في ص ٩١.

الا الحكم التكليفي: أعنى به حرمة التصرف فى أموال الناس بدون إذنه، أما الحكم الوضعى: أعنى به الضمان فلا يستفاد منها. و قد تقدم تفصيل ذلك قريبا (١).

#### ٤- قاعده نفى الضرر،

فان استيفاء منفعه مال المالك، وجعله مسلوب النفع ضرر عليه، و هو منفى فى الشريعة المقدسه.

و يتوجه على هذا الاستدلال: أن أدله نفى الضرر ليست مسوقه لإثبات الحكم الشرعى، و انما هى مسوقه لبيان نفى الحكم الضررى.

أضف الى ذلك: أن القاعده لا تفى بإثبات ضرر على أحد لنفى الضرر عن غيره، فكما أن الحكم بعدم الضمان فيه ضرر على المالك، كذلك الحكم بالضمان فيه ضرر على القابض.

بل يمكن أن يقال: إن المنافع تتصرم، و تنعدم بنفسها، سواء فى ذلك استيفاء المالك و عدمه، فالحكم بعدم الضمان ليس فيه ضرر على المالك، بل إنه من قبيل عدم النفع، فلا موضوع للقاعده أصلا، و قد تقدم الكلام فيما يرجع الى الاستدلال بهذه القاعده فى أمثال الموارد قريبا (٢).

و على الجملة: انه لا دلالة فى شىء من الوجوه المتقدمه على ضمان المنافع المستوفاه.

#### نعم يمكن الاستدلال على الضمان - هنا - بأمرين:

#### ١- السيره القطعيه العقلانيه،

فإنها قائمه على أن أموال الناس لا تذهب هدرًا، و عليه فإذا استولى أحد على مال غيره - سواء أ كان ذلك بعنوان الغصب، أم كان بعنوان آخر - ضمنه بجميع الخصوصيات التى هى دخيل فى

ص: ١٣٠

١-١) راجع ص ٩٠.

٢-٢) راجع ص ٩٣.

الماليه، و حيث ان الشارع المقدس لم يردع عن هذه السيره فتكون دليلا على ضمان المنافع المستوفاه.

## ٢-قاعده من أئلف مال غيره فهو له ضامن.

و هي بهذه الكيفيه و الخصوصيه و ان لم تذكر في روايه خاصه، و لكنها قاعده كليه متصيده من الموارد الخاصه التي نقطع بعدم وجود الخصوصيه لتلك الموارد، و عليه فتكون هذه القاعده متبعه في كل مورد تماس بها الحاجه. و الموارد التي أخذت منها هذه القاعده هي الرهن، و العاربه، و المضاربه، و الإجاره، و الوديعة، و غير ذلك من الموارد المناسبه لها فإنه قد وردت فيها الأخبار الكثيره [١]الداله

ص: ١٣١

على أن إتلاف مال الغير موجب للضمان، وقد استفاد منها الفقهاء رضوان الله عليهم قاعده كليه: أعنى بها قاعده من أتلف مال غيره فهو له ضامن، فتحصل مما ذكرناه: أن المنافع المستوفاه مضمونه على القابض.

ص: ١٣٢

المنافع المستوفاه

قد استدل ابن حمزه على عدم ضمان المنافع المستوفاه بالنبوى المشهور الخراج بالضمان [١].

و يرد عليه أولا: أن الحديث المزبور ضعيف السند، و غير منجبر بشيء ثانيا: أن الاستدلال المذكور منتقض بالمغصوب، -حيث إن ضمان المنافع المستوفاه فيه أمر بديهى لا يعرضه الشك. خلافا للحنفيه [٢].

ثالثا: أنه لا دلالة فى ذلك الحديث على ما يرومه المستدل، و ذلك لأنه يحتمل وجوها.

١- أن يكون المراد من كلمه الخراج فيه ما هو المعروف فى باب الخراج و المقاسمه، و يكون المراد من كلمه الضمان فيه هو ضمان الأراضى الخراجيه بسبب التقبل و الإجاره.

و لا يخفى عليك: أن هذا الاحتمال -و ان لم نره فى كلمات الفقهاء رضوان الله عليهم، و لكنه أقرب المحتملات للإراداه من الحديث، و وقتئذ يكون النبوى خارجا عما نحن فيه، و لا يكون مربوطا بالمقام أصلا و رأسا.

٢- أن يراد من الخراج مطلق المنافع أعم من الخراج المصطلح وغيره. و يراد من الضمان المعنى اللغوي: أعنى به مطلق العهده، سواء أ كان ذلك أمرا اختياريا مترتبا على العقود الصحيحه، أو الفاسده، أم كان امرا غير اختياري مترتبا على الغصب و عليه فيكون المراد من الباء فى كلمه (بالضمان) هو السببيه أو المقابله.

و حينذاك فمعنى الحديث: أن المنافع الحاصله من الأموال المأخوذه بالعقود الصحيحه أو الفاسده، أو المأخوذه بالغصب مملوكه للضامن، و أن ضمان العين سبب لملكه المنافع. و عليه فتدل الروايه على عدم ضمان المنافع المستوفاه كما عليه ابن حمزه.

و لكن من البعيد جدا، بل من المستحيل عاده ذهاب ابن حمزه-الذى هو من أعظم فقهاءنا الإماميه- إلى مثل هذا الرأى، بل هو يناسب مثل أبى حنيفه الذى أفتى بعدم ضمان المنافع مع ضمان العين. و قد نقلنا رأيه قريبا فى الحاشيه.

٣- أن يراد من الخراج المنافع المستوفاه، و يراد من الضمان خصوص الضمان الاختياري المترتب على العقود الصحيحه التى أمضاها الشارع المقدس -كالبيع و الإجاره و نحوهما- و عليه فلا يكون النبوى المزبور مربوطا بما أفتى به ابن حمزه، ضروره أن مورد كلامه البيع الفاسد، لا- البيع الصحيح ٤- أن يراد من الخراج المنافع المستوفاه، و يراد من الضمان الضمان المعاملى الاختياري، سواء أ كان ذلك ممضى للشارع المقدس، أم لم يكن ممضى له، فيشمل البيع الصحيح و الفاسد كليهما. و على هذا فيصلح النبوى أن يكون مدركا لابن حمزه.

و يتوجه عليه: أنه لا- قرينه فى الحديث على أن يراد منه هذا الاحتمال، دون سائر الاحتمالات، بل قد عرفت قريبا أن الاحتمال الأول أظهر المحتملات

للإرادة من الحديث و يضاف الى ذلك: أن لازم الأخذ بالاحتمال الأخير هو أن كل من استوفى شيئاً من منافع العين فلا بد و أن يرد ذلك الى الضامن و ان كان المستوفى هو المالك للعين، و من الواضح أن هذا أمر لا يمكن الالتزام به بوجه.

ثم انه ربما يستنبط ما ذهب اليه ابن حمزه من جمله من الروايات [١]

ص: ١٣٥



الوارده فى مواضع شتى: مثل قوله (عليه السلام) - فى مقام الاستشهاد على كون منفعه الدار المبيعه فى زمان الخيار للمشتري - : (ألا ترى أنها لو أحرقت لكنت من ماله؟). و تفضل (عليه السلام) بنظير ذلك أيضا فى روايه أخرى. و كقوله (عليه السلام) - فى الرهن - : (و كذلك يكون عليه ما يكون له).

و يتوجه عليه: أن الروايات المذكوره ليست مسوقه لبيان الكبرى الكليه، بل الغرض منها هو التنبيه على أن الدار ملك للمشتري، و الرهن ملك للراهن، فيكون نماء الدار مملوكا لمالكها، و نماء الرهن مملوكا لمالكه، و هذا ظاهر.

### ما هو حكم المنافع غير المستوفاه؟

قوله: (و أما المنفعه الفائته بغير استيفاء فالمشهور فيها أيضا الضمان).

أقول: المشهور بين الفقهاء هو أن المنافع الفائته بغير استيفاء - أيضا - مضمونه على القابض، بل الظاهر من الحلى هو حكاية الإجماع على ذلك حيث حكى عن السرائر فى آخر باب الإجاره الاتفاق على ضمان منافع المغصوب الفائته، مع قوله فى باب البيع: إن البيع الفاسد عند المحصلين يجرى مجرى الغصب و الضمان.

بل يقتضى الحكم بالضمان صدق عنوان المال على تلك المنافع فإنها عندئذ تكون مشموله لقاعده من أتلّف مال غيره فهو له ضامن.

و لكن التحقيق هو عدم الضمان - هنا - لعدم الدليل عليه، و سيتضح

لك وجهه.

ثم لا يخفى عليك: أن التكلم -هنا- فى الضمان و عدمه انما هو بعد الفراغ عن الحكم بالضمان فى المنافع المستوفاه، أما إذا لم نقل به -هناك- فعدمه -هنا- بالأولويه القطعيه.

و أيضا لا- يخفى عليك ما فى كلام المصنف من الاضطراب، فإنه تاره يفتى بالضمان، و اخرى يفتى بعدمه. و ثالثه يتوقف فى المسأله.

ثم إن مورد البحث -هنا- ما إذا لم يكن فوت المنافع من ناحيه وضع القابض يده على المقبوض بالعقد الفاسد، و إلا يكون ذلك من مصاديق المغصوب و يجرى عليه حكمه.

ثم إن الأقوال فى المسأله -ظاهرا- خمس:

١- الضمان مطلقا، و قد ذهب اليه المشهور.

٢- عدم الضمان كذلك، كما عن فخر المحققين فى الإيضاح.

٣- التفصيل بين علم البائع بالفساد، و بين جهله به، فيحكم بعدم الضمان فى الأول، و بالضمان فى الثانى.

٤- القول بالتوقف فى الصورة الثالثه.

٥- التوقف على وجه الإطلاق.

أما القول بالتفصيل فحيث إننا لم نقل به فى المنافع المستوفاه، فلا نقول به -هنا- أيضا، لأن القائل بعدم الضمان فى صورته العلم بالفساد -انما توهم ذلك من جهه أن المالك قد سلب القابض على ماله لكى يتصرف فيه كيف يشاء و لكننا ذكرنا فيما سبق أن اذن المالك فى مورد بحثنا -انما كان مشروطا بحصول الملكيه الشرعيه، و هى لم تحصل، و المفروض أنه لم يحصل

ص: ١٣٧

-هنا- اذن آخر جديد. و اذن فالمسألتان من حيث الضمان و عدمه سيان.

أما القول بالتوقف فالظاهر أنه لا- يعد رأيا خاصا فى المسأله، بديهه أن واقع التوقف ليس إلا إظهار الجهل بالحكم، و من البين الذى لا- ريب فيه أن الجهل بالحكم لا- يعد قولاً- برأسه. و اذن فيبقى القولان الأولان: أعنى بهما القول بالضمان على وجه الإطلاق، و القول بعدمه كذلك.

و يحسن بنا أولا أن نقدم مقدمه أمام البحث عن هذين القولين.

و حاصلها: أن الغاصب انما يضمن العين المغصوبه للمغصوب منه بجميع خصوصياتها الشخصيه و النوعيه، للسيره القطعيه العقلائيه، فإنها قائمه على أن الإنسان إذا وضع يده على مال غيره على سبيل القهر و العدوان لزم عليه رده على مالكة بجميع خصوصياته و شؤونه، و من الواضح أن منافع المال تعد من شؤونه، سواء أ كانت مستوفاه، أم لم تكن كذلك، فتكون مضمونه على القابض.

و يضاف الى هذه السيره أمران:

١- قاعده من أتلف مال غيره فهو له ضامن. و قد عرفت قريبا:

أن هذه القاعده مأخوذه من الأخبار الكثيره الوارده فى مواضع شتى، و من الواضح أن الغاصب قد أتلف المنافع المترتبه على المغصوب فتكون مضمونه عليه ٢- الأخبار (١) الداله على وجوب رد المغصوب على المغصوب منه فان الظاهر منها هو رد ذلك عليه مع جميع شؤونه و خصوصياته، و لم نجد مخالفا فى ذلك من الخاصه و العامه. إلا الحنفيه (٢).

ص: ١٣٨

---

١- ١) الوسائل ج ٣ باب ١ من أبواب الغصب. ص ٣٢٥.

٢- ٢) قد أشرنا إلى رأيهم فى ص ١٣٣.

نعم قد عرفت ذهاب ابن حمزه الى عدم الضمان فى منافع العين المقبوضه بالعقد الفاسد، سواء فى ذلك المنافع المستوفاه و غيرها و لكن ذلك غريب عن المغصوب.

و على هذا فيجب على الغاصب رد العين المغصوبه على المغصوب منه بجميع منافعها حتى المنافع الفائته بغير استيفاء، و إذا تلفت العين انتقل الضمان الى المثل أو القيمه، و لعل هذا المعنى هو المقصود من العبارة المعروفه بين المحصلين من أن الغاصب يؤخذ بأشق الأحوال. و الا فلا وجه لها بوجه.

نعم لا يحكم بكون المغصوب مضمونا على الغاصب بالخصوصيات الشخصيه التى لا دخل لها فى زياده المالىه، ضروره أنه لا دليل على الضمان فى أمثال ذلك.

ثم لا يخفى عليك أن الغاصب انما يضمن المنافع الفائته إذا استند فوتها اليه. أما لو استند ذلك الى المالك فلا ضمان عليه لعدم الدليل على ضمان الغاصب. فى أمثال ذلك.

و مثاله: أنه إذا كان من طبع المالك الانتفاع من ماله فى زمان دون زمان، و غصبه الغاصب، و تركه على حالته الأوليه لم يضمن إلا بمنافعه المستوفاه، دون منافعه الفائته بغير استيفاء، فالمنافع التى لا تكون العين معده لاستيفائها لا تضمن بغير استيفاء.

إذا عرفت ما تلوناه عليك

### **فاعلم أنه ذهب جمع من الأصحاب إلى ضمان**

المنافع مطلقاً، لوجه:

#### **١- حديث ضمان اليد،**

بدعوى أنه شامل للمنافع الفائته بغير استيفاء لكونها مقبوضه بتبع قبض العين، و من هنا يتحقق قبض المنفعه بقبض العين المستأجره، فتدخل المنفعه-بذلك- فى ضمان المستأجر. و يتحقق قبض

التمن في السلم بقبض الجاريه التي جعلت خدمتها ثمنا، وكذلك يتحقق قبضه بقبض الدار التي جعل سكنها ثمنا.

و يرد عليه أولا: أن حديث ضمان اليد ضعيف السند، و غير منجبر بشيء، و قد عرفته فيما تقدم (١).

ثانيا: أنه لا يشمل المنافع المستوفاه فضلا عن شموله للمنافع غير المستوفاه، و قد تقدم ذلك قريبا (٢).

ثالثا: أنا لو سلمنا شموله للمنافع المستوفاه، إلا أنه لا يشمل المنافع الفائته بغير استيفاء، لأن لفظ الأخذ- في الحديث المزبور- و إن كان كناية عن الاستيلاء على الشيء، و لكن لا يصح تعلقه بالمنافع الفائته بغير استيفاء، لعدم تحققها بالفعل و إن كانت موجوده بالقوه، إلا أن الوجود الاستعدادى لا يصح صدق الاستيلاء الموجب للضمان.

نعم إذا قدرت هذه المنافع المعدومه بتقدير خاص- كما فى الإجاره- صح تعلق الاستيلاء بها.

قيل: ان المنافع غير المستوفاه كما لا تقبل الأخذ، كذلك لا تقبل القبض- أيضا- لأن قبضها عباره عن استيفائها، و معه تخرج عن حدّ العدم و تصير من قبيل المنافع المستوفاه، و إذن فتكون خارجة عن مركز بحثنا، لأن مورد بحثنا- هنا- إنما هو المنافع الفائته بغير استيفاء، لا المنافع المستوفاه و الجواب عن ذلك: أن القبض يختلف حسب اختلاف الموارد، لأنه قد يتحقق بالتخليه بين المال و مالكه، و قد يتحقق بالأخذ، و قد يتحقق بإرجاع أمر الشيء إلى شخص. و من البيّن أن قبض المنافع غير المستوفاه انما يتحقق

ص: ١٤٠

١-١ (١) ص ٨٨.

١٢٨-٢ (٢) ص ١٢٨.

يارجاع زمام العين و رقبتها الى مالك منافع العين، و هذا المعنى لا يستلزم استيفاء المنافع.

و قال المحقق الخراساني: إن (مورده) أي حديث ضمان اليد) و إن كان مختصا بالأعيان، إلا أن قضيه كونها مضمونه ضمان منافعها. فضمن المنافع في الإجاره الفاسده انما يكون بتبع ضمان العين المستأجره.

و بالجملة: قضيه ضمان اليد ضمان المنافع فيما كانت العين مضمونه بها. فاختصاص مورده بالأعيان لا يوجب اختصاص الضمان بها).

و يتوجه عليه: أنه ان كان غرضه من هذه العبارة: أن ماله الأعيان باعتبار منافعها المرغوبه للعقلاء- فضمن العين يستلزم ضمان مالتها المتقومه بالمنافع- فهو متين، لأن العين بما هي هي ليست لها ماله بوجه، بل مالتها بلحاظ منافعها، و لكن لا دلالة في ذلك على ضمان المنافع المستوفاه فضلا عن ضمان المنافع غير المستوفاه، و هذا واضح.

و إن كان غرضه من العبارة المذكوره: أن ضمان الأعيان عله لضمان منافعها فهو مصادره واضح.

أضف الى ذلك: أن ضمان المنافع المستوفاه أمر بديهي و ان لم تكن العين مضمونه، كما إذا استوفى عمل حر، حيث إن الحر بنفسه غير مضمون و لكن عمله مضمون.

## ٢- قوله عجل الله فرجه: (فلا يحل لأحد أن يتصرف في مال غيره

بغير اذنه).

(١)

و يتوجه عليه أولا: أنه ضعيف السند، و غير منجر بشيء، فلا يمكن الاستناد إليه في شيء من المسائل الفقيهيه.

ثانيا: أن نسبه عدم الحل الى التصرف في مال الغير ظاهره في الحكم

ص: ١٤١

التكليفى، لا فى الحكم الوضعى، و لا فى الأعم منهما، و عليه فلا دلالة فى الروايه على ضمان الأعيان فضلا عن دلالتها على ضمان المنافع.

و من هنا ظهر الجواب عن الاستدلال بالروايات (١)-الداله على عدم حليه مال امرئ مسلم الا بطيب نفسه-على الضمان-هنا- ضروره أن الظاهر من نسبه الحل الى المال انما هو إرادته حرمة التصرف فيه، على ما ذكرناه مرارا. و من البين أن هذا لا يناسب إلا الحرمة التكليفية، لا- الحرمة الوضعيه كما أن المراد من حرمة الأمهات و البنات و الخالات حرمة نكاحهن. و اذن فتبعد الروايات المزبوره عن الدلاله على الحكم الوضعى: أعنى به الضمان.

### ٣- قوله (عليه السلام) فى جملة من الروايات: حرمة ماله (أى المؤمن)

كحرمة دمه،

(٢)

بدعوى أن ماله الأعيان باعتبار تنافس العقلاء فيها. و عليه فنفس المنافع من الأموال، بل من مهماتها، و إذا ثبت كونها من الأموال شملتها الجملة الشريفه المذكوره، فيثبت بذلك احترامها و ضمانها.

و يتوجه على هذا الاستدلال: أن الجملة المزبوره و إن وردت فى موثقه ابن بكير و غيرها، و لكن لا دلالة فيها على الضمان بوجه (٣).

### ٤- قاعده نفي الضرر،

حيث ان الحكم بعدم ضمان القابض منافع ما قبضه من الأعيان ضرر على المالك (٤).

و يتوجه عليه: أن الحكم بضمان القابض ضرر عليه أيضا، فتقع المعارضه فى شمول القاعده لكلا الطرفين.

ص: ١٤٢

١- ١) قد ذكرناها فى الجزء الثانى فى ص ١٣٨.

٢- ٢) قد ذكرناها فى ص ٩١.

٣- ٣) قد عرفت تفصيل ذلك فى ص ٩١.

٤- ٤) قد تقدم ما يرجع إلى هذه القاعده فى ص ٩٤.

و يضاف الى ذلك: أن القاعده المذكوره انما تنفى الأحكام الضرريه، و لا دلالة فيها على إثبات حكم آخر الذى يلزم الضرر من عدم جعله.

#### ٥- قاعده من أئلف،

و قد استدل بها السيد فى حاشيته- عند قول المصنف: فالمشهور فيها أيضا الضمان و إليك نصه: (هذا هو الأقوى بمعنى: أن حالها حال العين، لقاعده الإلتلاف، فإن الاستيلاء على العين، و منع المالك عن الانتفاع بها تفويت لمنافعها، و يصدق عليه الإلتلاف عرفا، و لذا نحكم بالضمان لها فى الغصب).

و يتوجه عليه: أنا نمنع صدق التفويت على المنافع الفائتة بغير استيفاء إلا إذا استند القوت الى القابض بأن وضع يده على مال الغير و حبسه بحيث لا يتمكن مالكة من التصرف فيه. و حينئذ فيكون شأن المقبوض بالعقد الفاسد شأن المغصوب

#### ٦- الإجماع،

و قد استظهره المصنف من السرائر و التذكرة، و استند اليه فى الحكم بالضمان هنا.

و يرد عليه: أنه لا- وجه لدعوى الإجماع فى أمثال هذه المسائل الخلافيه إذ من المحتمل القريب أن يكون مدرك القائلين بالضمان- هنا- ما ذكرناه من الوجوه الماضيه، و يتضح هذا المعنى لمن أعطف النظر على كلماتهم فى المقام.

و من هنا ناقش السيد فى كلام المصنف، و قال: (الإينصاف أنا لو فرضنا عدم تاميه ما ذكرنا من الأدله على الضمان لا وجه للقول به من جهة هذين الإجماعين المنقولين بعد عدم حجيه الإجماع المنقول، و عدم معلوميه الشمول للمقام).

و العجب من شيخنا الأستاذ حيث دفع المناقشه المزبوره بأن (اختياره (أى المصنف) الضمان أخيرا ليس لاعتماده على الإجماع المنقول، مع أنه قد منكر لحجيته فى الأصول، بل اعتمد على نقل الإجماع من جهة كشف



اتفاق الأعلام على شمول قاعده اليد و الاحترام للمنافع).

و وجه العجب: أن المصنف قد ناقش في كلتا القاعدتين صريحا في صدر كلامه، و حكم بعدم إمكان التمسك بهما-هنا-و معه كيف يعتمد عليهما في ذيل كلامه.

و المصنف و ان ناقش في حجه نقل الإجماع في فرائده، إلا أنه اعتمد عليه في محل البحث و غيره.

و نتيجة البحث الى هنا: هي أن المقبوض بالعقد الفاسد لا يضمن بمنافعه غير المستوفاه، لعدم الدليل عليه.

و يؤيد ما ذكرناه-من عدم الضمان هنا-ما ورد من الروايات (١) في ضمان المنافع المستوفاه من الجاربه المسروقه المبيعه، فإن هذه الأخبار -مع ورودها في مقام البيان-غير متعرضه للضمان بمنافعها غير المستوفاه.

و أيضا يؤيد ذلك خبر محمد بن قيس (٢) الذي ورد فيمن باع وليده أبيه بغير اذنه، فقال الامام (عليه السلام): الحكم أن يأخذ الوليده و ابنها، و سكت (عليه السلام) عن بيان الضمان في المنافع غير المستوفاه.

و يضاف الى ذلك كله: أن المنافع غير المستوفاه-في المقبوض بالعقد الفاسد-مورد لقاعده ما لا يضمن بصحيحه لا يضمن بفاسده، ضروره أن صحيح البيع لا يوجب ضمان المنافع الفائته بغير استيفاء لأنها ملك للمشتري مجانا، كذلك البيع الفاسد.

و هذا لا ينتقض بالقول بالضمان في المنافع المستوفاه، و ذلك لصدق

ص: ١٤٤

١-١) قد ذكرناها في ص ٨٩.

٢-٢) راجع التهذيب ج ٢ ص ١٣٨. و سيأتي التعرض لهذا الخبر في البحث عما استدلل به على صحة البيع الفضولي.

الإتلاف على استيفائها، فتكون مندرجه تحت قاعده من أتلّف مال غيره فهو له ضامن.

قيل: ان المقبوض بالعقد الفاسد، و المغصوب سيان في ذلك، و الالتزام بالتفكيك بينهما لا يتفق و القواعد الفقهيّه.

و الجواب عن ذلك: أن الفارق بينهما كالشمس في كبد السماء، لأن الغاصب إنما يأخذ المال من المغصوب منه بالقهر و العدوان، فيكون مضمونا عليه بجميع خصوصياته و هذا بخلاف المقبوض بالعقد الفاسد. فان المالك قد دفعه إلى القابض باختياره، و المفروض أنه لا يمنع المالك عن التصرف فيه بوجه. و عليه فقوت المنافع إنما استند إلى نفس الدافع، لا إلى القابض و اذن فلا وجه لقياس المقبوض بالعقد الفاسد بالمغصوب، و عليه فتصبح المنافع الفائته بغير استيفاء غير مضمونه في المقبوض بالعقد الفاسد.

### ما هو الدليل على ضمان المثل

#### اشاره

في المثلي، و ضمان القيمه في القيمي

قوله: (الرابع إذا تلف المبيع فان كان مثليا وجب مثله بلا- خلاف، إلا ما يحكى عن ظاهر الإسكافي). أقول: لا يخفى عليك: أن ظاهر عباره المصنف هو ذهاب الإسكافي إلى ضمان القيمه في المثلي، و هذا مناف لما سيأتى منه قريبا [١] من نسبه ضمان المثل في القيمي إلى الإسكافي.

و المظنون قويا- و الله العالم- هو وقوع السقط في عبارته- هنا-

فكأنه قال: إذا تلف المبيع فان كان مثليا وجب مثله، وإن كان قيميا وجبت قيمته بلا- خلاف في ذلك بين الأصحاب، إلا عن الإسكافي، فإنه حكم بضمن المثل في القيمي أيضا.

و كيف كان

### فقد استدل على ضمان المثل في المثلى و ضمان القيمه في القيمي

بوجه شتى:

### ١- قوله (صلى الله عليه و آله) على اليد ما أخذت حتى تؤديه .

(١)

و يرد عليه أنه لا دلالة فيه على مذهب المشهور: أعنى به الحكم بضمن المثل في المثلى، و ضمان القيمه في القيمي، لأن الظاهر منه هو ثبوت العين بدءا في عهده الآخذ، و إذا تعذر أداؤها بعينها انتقل الضمان إلى المثل. و إذا تعذر المثل أيضا انتقل إلى القيمه، من غير فرق في ذلك بين المثلى و القيمي.

و لا ريب في أن هذا المعنى لا ينطبق على مذهب المشهور انطباقا تاما، بل مقتضاه أن ضمان القيمه في طول ضمان المثل، كما أن ضمان المثل في طول الضمان بنفس العين التي أخذت من مالها بغير سبب شرعى.

و قد ظهر لك مما ذكرناه فساد ما قيل من أن حديث ضمان اليد غير متعرض لأداء البدل، بل هو ظاهر في وجوب رد العين إلى مالها، و لا شك في أن هذا الوجوب يسقط بتلف العين.

كما أنه ظهر لك مما بيناه- أيضا- فساد ما ذكره شيخنا الأستاذ من أن وجوب رد العوض مشروط بكون التالف (مما يتمول عرفا و شرعا، فمثل الخنفساء و الخمر و إن وجب ردهما حين بقائهما لجهه حق الاختصاص الثابت لمن أخذ منه إلا أنه بعد تلفهما لا يتعلق بهما ضمان).

و وجه الفساد: هو أن وضع اليد على متعلق حق الغير. بدون سبب

ص: ١٤٦

شرعى يوجب ضمانه،و إذا تلف ذلك انتقل ضمانه إلى المثل نعم إذا تعذر المثل أيضا بقى التالف فى عهده الضامن،إذ المفروض أنه ليس بمال لكى ينتقل ضمانه -مع تعذر مثله- إلى قيمته.

و لكن الذى يسهل الخطب هو أن حديث ضمان اليد ضعيف السند و غير منجبر بشىء، كما سمعته مرارا، فلا يمكن الاستناد إليه فى شىء من الأحكام الفرعيه

## ٢- ما دل على احترام مال المؤمن،و أن حرمة ماله كحرمة دمه

(١)

و لكن قد عرفت فيما سبق عدم دلالة على الضمان بوجه، بل الظاهر منه هو الحكم التكليفي،و عليه فيدل على حرمة التصرف فى مال المؤمن بدون إذنه و طيب نفسه.

و يضاف إلى ذلك:أنا لو سلمنا دلالة على ثبوت الضمان و لكن لا نسلم دلالة على ضمان المثل فى المثلى،و على ضمان القيمة فى القيمي، بل مفاده انما هو ثبوت الضمان بالبدل الواقعي.

## ٣- الروايات الداله على أن الأمة المبتاعه إذا وجدت مسروقه

-بعد أن أولدها المشتري-أخذها صاحبها،و أخذ المشتري ولده بالقيمه،

(٢)

حيث إن حكم الامام(عليه السلام)بضمان قيمه الولد ظاهر فى أن ضمان القيمي بالقيمه و الجواب عن ذلك:أن هذه الروايات و إن كانت صريحه فى الضمان إلا أنها غير ظاهره فى ضمان المثل فى المثلى،و فى ضمان القيمة فى القمي،نعم هى غير خاليه عن الاشعار بذلك و قد تقدم ما يرجع إلى هذه الروايات عند البحث عن مدرك الضمان فى قاعده ما يضمن.

## ٤- دعوى الإجماع على ضمان المثل فى المثلى،و على ضمان القيمة فى القيمي

ص:١٤٧

١- ١) قد عرفت ما يرجع إلى ذلك فى ص ٩١.

٢- ٢) قد تقدمت هذه الروايات فى ص ٨٩.

و يتوجه عليه: أنا ذكرنا مرارا أن الإجماع لا يكون حجه إلا مع القطع بكشفه عن رأى المعصوم (عليه السلام) و من البين الذى لا ريب فيه أن العلم بذلك مشكل جدا، بل المظنون قويا هو استناد المجمعين -هنا- إلى الوجوه المتقدمه و لا يفرق فيما ذكرناه بين الإجماع المنقول، و الإجماع المحصل.

أضف إلى ذلك: أن الإجماع -هنا- قد انعقد على مفهوم مجمل، لا مفهوم مبيّن لكى يكون النزاع -عند الشك فى أن الضمان بالمثل أو القيمه- فى تطبيق المفهوم المبين على المشكوك فيه، و هذا ظاهر لا خفاء فيه.

## ٥- قوله تعالى فَمَنْ اعْتَدَى عَلَيْكُمْ فَاعْتَدُوا عَلَيْهِ بِمِثْلِ مَا اعْتَدَى عَلَيْكُمْ

(١)

و عن الشيخ أنه استدلل بهذه الآية -فى المبسوط و الخلاف- على ضمان المثل فى المثلى، و ضمان القيمه فى القيمى، بدعوى أن المماثله إنما تقتضى ذلك.

و لكن الظاهر أنه لا دلالة فيها على ما يرومه المستدل، إذ الاستدلال بها على ذلك يتوقف على أمور ثلاثة:

الأول: أن تكون كلمه (ما) فى الآية الكريمة موصوله، لا مصدرية.

الثانى: أن يراد من هذه الكلمه الموصوله الشىء المعتدى به: بأن يكون المعنى فَاَعْتَدُوا عَلَيْهِ بِمِثْلِ الشىء الذى اعْتَدَى بِهِ عَلَيْكُمْ .

الثالث: أن يراد من كلمه المثل فى الآية الشريفه المثل فى المثلى، و القيمه فى القيمى، و أنى للمستدل إثبات هذه الأمور كلها.

أما الأمر الأول فيرده أنه لا قرينه على أن يراد من كلمه (ما) كونها موصوله، بل يحتمل أن تكون مصدرية غير زمانيه، و عليه فتكون معنى الآية: أنه اعتدوا عليه بمثل اعتدائه عليكم، و إذن فتختص الآية بالاعتداء بالأفعال. و تبعد عن مورد البحث، بداهه أن مماثل الإلتلاف هو الإلتلاف،

ص: ١٤٨

دون الضمان، و من الواضح أن هذا الاحتمال يمنع عن الاستدلال بالآيه الكريمه على المقصود.

بل المحكى عن المحقق الأردبيلي في آيات أحكامه هو تعيين هذا الاحتمال فإنه بعد ما ذكر جمله من الآيات-التي منها الآيه المتقدمه-الظاهره في جواز الاعتداء بالمثل قال:فيها دلالة على جواز القصاص في النفس، و الطرف، و الجروح.بل جواز التعويض مطلقا حتى ضرب المضروب، و شتم المشتوم بمثل فعلهما-إلى أن قال-و تدل على عدم التجاوز عما فعل به و تحريم الظلم و التعدى أما الأمر الثاني فيرده أنه لا-قرينه على أن المراد من الشيء هو المعتدى به:أعنى به الأعيان الخارجيه من النقد و العرض،بل يحتمل أن يراد به الفعل أعنى به الاعتداء،و عليه فتكون الآيه غريبه عن غرض المستدل حتى مع جعل كلمه(ما)فيها موصوله.

و يحتمل أن يراد من الشيء ما هو الأعم من الفعل و المعتدى به و حينئذ فتدل الآيه على جواز اعتداء المضروب بالضرب،و اعتداء المشتوم بالثتم و على جواز إتلاف المال في مقابل الإتلاف،و على جواز أخذ الحنطه بدل الحنطه و أخذ الفضه بدل الفضه و هكذا.

و على هذا الاحتمال لا يستفاد من الآيه الضمان-أيضا-بل و لا جواز تملك المغصوب منه شيئا مما أخذه من الغاصب،بل غايه ما يستفاد منها حينئذ إنما هو جواز التصرف في أموال الغاصب على سبيل التقاص،بلا كونها ملكا للمتصرف،ضروره أنه لا ملازمه بين جواز التصرف في شيء و بين كونه ملكا للمتصرف،و من هنا يجوز التصرف في المأخوذ بالمعاطاه مع عدم كونه ملكا للأخذ بناء على أنها تفيد الإباحه فقط.

و لو أغمضنا عن جميع ذلك،و سلمنا اختصاص لفظ الموصول بالشيء

المعتدى به، و لكن لا نسلم انطباق الآيه على مسلك المشهور من جميع الجهات بديهة أن مفاد الآيه على هذا المنهج إنما هو الاعتداء بمثل المعتدى به، و عليه فتكون الآيه ظاهره فى ضمان المثل فى كل من المثلى و القمى، و حينئذ فإذا تعذر المثل كان دفع القيمة بدلا عن المثل الثابت فى الذمه، لا بدلا عن العين التالفه ابتداء كما يرومه المستدل.

أما الأمر الثالث فيرده عدم وجود القرينه على إرادته ضمان المثل من الآيه فى المثلى، و إرادته ضمان القيمة فى القمى، لأن المماثلة لا تقتضى هذا المعنى بل هى أعم من ذلك.

و تحصل من جميع ما ذكرناه: أنه لا دلالة فى شىء من الوجوه الماضيه على مسلك المشهور: أعنى به ضمان المثل فى المثلى و ضمان القيمة فى القمى.

و التحقيق: أن يستدل على ذلك بالسيره، كما أنا اعتمدنا عليه فى القول بالضمان فى أصل المسأله: أعنى بها مسأله المقبوض بالعقد الفاسد.

و بيان ذلك: أن العقلاء متفقون على أن الإنسان إذا أخذ مال غيره، و وضع يده عليه بغير سبب شرعى ضمنه بجميع خصوصياته الشخصيه و الماليه و النوعيه، و أنه لا يخرج عن عهده إلا- برد عينه على مالكه و إذا تلفت العين و جب على الضامن رد ما هو أقرب إليها، لأن تلفها لا يسقط الضمان عنه جزما، و من الواضح أن الأقرب إلى العين التالفه إنما هو المثل فى المثلى و القيمة فى القمى، و على هذا فلا يكتفى برد أحدهما فى موضع الآخر إلا برضى المالك، و هذا واضح لا شك فيه.

و يؤيد ذلك: أن المرتكز فى أذهان العقلاء هو أنه لا يحصل فراغ الذمه إلا بأداء المثل فى المثلى، و بأداء القيمة فى القمى.

قد اختلفت كلمات الفقهاء فى ذلك:

فعن الشيخ و الحلبي و المحقق و العلامة و جمع آخر: أن المثلى ما تتساوى أجزاءه من حيث القيمة. بل هذا هو المشهور بين الأصحاب.

و عن التحرير: أنه ما تماثلت أجزاءه، و تقاربت، صفاته.

و عن الدروس و الروضة: أنه المتساوى الأجزاء و المنفعة المتقارب الصفات و عن غايه المراد: أنه ما تتساوى أجزاءه فى الحقيقة النوعية.

و عن بعض العامه: أنه ما قدر بالكيل و الوزن.

و عن آخر منهم: زياده جواز بيعه سلما.

و عن ثالث منهم: زياده جواز بيع بعضه ببعض، و إلى غير ذلك من التعاريف.

أما القيمي فعرفوه بعكس ما عرفوا به المثلى.

ثم إنه قد كثر النقض و الإبرام حول التعاريف المذكوره تاره بعدم الاطراد و اخرى بعدم الانعكاس، و ثالثه من سائر الجهات.

و لكن لا يهمنى التعرض لشيء من تلك التعاريف، و لا التعرض لما يتوجه عليها من المناقشات، ضروره أن لفظى المثلى و القيمي لم يردا فى آيه، و لا- فى روايه، و لا- انعقد عليهما إجماع: لا- المحصل، و لا المنقول لكى نبحت عنهما تاره من حيث الشرح و التفسير، و اخرى من حيث الاطراد و الانعكاس، و ثالثه من سائر الجهات، بل ذكرهما الفقهاء لتعيين ما وجب على الضامن حين الأداء، و لعل هذا هو المقصود من التعاريف المذكوره من غير



أن يجعلونها تعاريف حقيقيه و لعله من هذه الجبهه أضيف إلى تعريف المثلى أنه يجوز بيعه سلماً، أو بعضه ببعض كما عرفته قريباً، إذ لو كان الغرض من تلك التعاريف الحقيقيه لما جاز ذكرهما فيها، لأنهما من الأحكام الشرعيه فلا معنى لأخذها فى التعريف و إذن فالتعاريف المذكوره و غيرها كلها تعاريف لفظيه و انما ذكرت هنا لبيان غرض وحدانى، فاللازم علينا هو بيان هذا الغرض الوحيد.

و توضيح ذلك إجمالاً: أن أوصاف الأشياء على قسمين، إذ قد يكون لها دخل فى المالىه، و قد لا يكون لها دخل فى المالىه بوجه:

أما القسم الثانى فهو خارج عن مركز بحثنا، لعدم دخله فى مالىه الموصوف فلا يكون تفويته موجبا للضمان.

أما القسم الأول فإن كانت للموصوف أفراد متماثله بحسب النوع أو الصنف فهو مثلى، ضروره أن أفراد الكلى مع فرض تماثلها متساويه الأقدام و متقاربه الأوصاف من دون تفاوت بينها فى نظر العرف، و ان كان بينها فرق بالدقه العقليه، و ان لم يكن الموصوف كذلك فهو قيمى.

و على هذا فالمراد من كلمه الأجزاء التى ذكرت فى التعاريف المتقدمه انما هو أفراد الطبيعه، لا أجزاء المركب، كما هو واضح، و هذا هو الحجر الأساسى و الضابط الكلى فى المقام و قد اتضح لك مما بيناه: أن التماثل بين أفراد الموصوف يختص - فى الخارج - بالاتحاد النوعى و الصنفى، أما الاتحاد الجنسى فهو بنفسه لا يصحح التماثل فى جميع الموارد، و هذا ظاهر لا خفاء فيه.

ثم لا يخفى عليك: أن المثلى و القيمى يختلفان بحسب الأزمه و الأمكنه فان الأثواب و ان كانت من القيميات فى الأيام السالفه، و لكنها أصبحت من المثليات - غالباً - فى العصر الحاضر، لأن أكثرها منسوج بنسج واحد و أنها متماثله الأفراد فى الخارج غالباً.

و من هنا ظهر: أن النقود الرائجة من المثليات، لتساوى أفرادها على النهج المزبور. أما الجواهر فهي قيمية، لاختلاف أفرادها-غالبًا- إذ قد يساوى مقدار حمصه من الياقوت-مثلاً-ربع دينار، و يسوى فرد آخر منه بالمقدار المزبور مائة دينار. و هكذا الفيروزج و أشباهه.

و على الجملة: أن التأمل فيما بيناه من الضابط الكلى للمثلى و القيمى يوضح لنا الشبهات الواردة على تعاريفهما فافهم و اغتتم.

### ما هو الضابط فيما شك فى كونه مثلياً أو قيمياً؟

قد وقع الخلاف بين الفقهاء فى كثير من الأشياء إنها مثليه أو قيمية:

منها الذهب و الفضة المسكوكان، فقد حكى التصريح-عن الشيخ فى المبسوط-بكونهما قيميين، و ظاهر غير واحد من الفقهاء أنهما مثليان.

و منها الحديد، و النحاس، و الرصاص، فان الظاهر من العبائر المحكيه عن المبسوط و الغنيه و السرائر أنها من قبيل القيميات، و لكن حكى التصريح عن العلامة-فى التحرير-بأن أصولها مثليه، إلا أن المصوغ منها قيمى.

و منها الرطب، و العنب، و الزبيب، و التمر، حيث حكى التصريح عن الشيخ-فى المبسوط-بكون الأولين قيميين، و كون الأخيرين مثليين، و عن العلامة-فى المختلف-أن فى الفرق إشكالا، بل ذكر المصنف أنه صرح بعض من قارب عصرنا بكون الرطب و العنب مثليين.

و إلى غير ذلك من الموارد الكثيره التى لم يستوضح كونها مثليه أو قيمية. و كذلك لم يستوضح أن الأصل اللفظى-فى الموارد المشكوكه-هل يقتضى كونها مثليه إلا ما خرج بالدليل، أم يقتضى كونها قيمية إلا ما خرج بالدليل.

و لعل الوجه فى ذلك: أن الأئمة(عليه السلام)قد أغفلوا هذه الجهات، و لم

يتفضلوا بما هو الضابط الكلى فى ذلك، بل إنما تعرضوا لبيان أصل الضمان فى موارد شتى، و لم يتعرضوا لكيفية الضمان إلا فى موارد قليلة.

و عليه فإذا علمنا بكون شىء مثلياً أو قيمياً لانطباق ما ذكرناه-من الضابط الكلى-عليه فهو، و إن شك فى ذلك فلا بد من الرجوع إلى الأصول العملية، و قرروا ذلك بوجه شتى:

١-القول بضمان المثل فقط، لا غير.

٢-القول بضمان القيمة فقط، لا غير.

٣-القول بتخيير المالك بين المثل و القيمة.

٤-القول بتخيير الضامن بينهما.

أما الوجه فى الحكم بضمان المثل فقط فلأن الواجب على الضامن ابتداءً إنما هو أداء المثل حتى فى القيميات، لكونه أقرب إلى التالف من غيره. أما أداء القيمة فى القيميات فإنما هو من باب الإرفاق للضامن، إذ لا يوجد-غالبا- مثل للقيميات فى الخارج.

ثم إن فراغ الذمه بأداء ما يحتمل تعيينه قطعى، و بأداء غيره مشكوك فيه، فالأصل هو عدم سقوط ما فى ذمه الضامن إلا بأداء المثل لأنه إذا دار الأمر بين التعيين و التخيير وجب الأخذ بما احتمل تعيينه.

و يرد عليه: أن الواجب على الضامن ابتداءً إنما هو أداء القيمة فى القيميات، دون أداء المثل، و قد عرفت ذلك قريباً.

و يضاف إلى ذلك: أنا لو سلمنا صحة المبنى، إلا أنا لا نسلم صحة البناء و ذلك لأن القاعده تقتضى الالتزام بالتعيين تارة، و بالتخيير اخرى، لا الحكم بالأخذ بما احتمل تعيينه.

و بيان ذلك: أنه إذا كان-هنا-حكم واحد، و دار أمره بين التعيين

-لاحتمال الأهميه-و بين التخيير حكم بالتخيير،و لم يؤخذ بمحتمل الأهميه و إذا كان-هنا-حكمان،و دار أمرهما بين التعيين و التخيير-فى مرحله الامتثال و الفعلية من ناحيه المزامحه-وجب الأخذ بما احتمل تعينه.

و الوجه فى ذلك:أن المزامحه بين الحكمين-فى باب المزامحه-إنما نشأت من شمول الإطلاق-فى كل من الحكمين-لحال الإتيان بمتعلق الآخر، و إذا استحال امتثالهما معا فى مورد المزامحه لم يبق كلا الإطلاقين-معا-على حالهما.و عليه فان كان أحد الحكمين بالخصوص أهم من الآخر أخذ به،و سقط الإطلاق فى ناحيه المهم،و إذا كان ملاك كل منهما مساويا لملاك الآخر سقط كلا الإطلاقين،لبطلان الترجيح بلا مرجح،و إذا كان أحد الحكمين محتمل الأهميه وجب الأخذ به،و سقط الإطلاق فى غيره قطعاً.

و الوجه فى ذلك:أنه لا- يجوز للمكلف تفويت الغرض الملزم-بعد إحرازه-إلا-بعجزه عن الامتثال تكويناً أو بتعجز المولى إياه:بأن يأمره بما لا يجتمع معه فى الخارج و إذا لم يوجد شىء من الأمرين حكم العقل بقبح التفويت و استحقاق العقوبه عليه.

و على هذا فإذا كان أحد الحكمين المتراحمين معلوم الأهميه فلا شبهه فى وجوب الأخذ به،لأن الملاك فى الطرف الآخر و ان كان ملزماً فى نفسه، الا أن تفويته مستند الى تعجز المولى،ضروره أن المولى قد أمر المكلف بصرف قدرته فى الأهم،فإذا أتاه المكلف كان معذوراً فى ترك المهم،و تفويت ملاكه،و هذا بديهى لا ريب فيه.

و إذا كان أحد الحكمين المتراحمين محتمل الأهميه فأيضاً لا شبهه فى لزوم الأخذ به،و ذلك لما عرفته-قريباً-من أنه لا يجوز للمكلف عقلاً- أن يترك الملا-ك الملزم-بعد إحرازه-الا بالعجز عن الامتثال تكويناً،أو تشريعاً و من الواضح أن المكلف قادر على الامتثال بمحتمل الأهميه،و لو بترك الآخر

و اذن فلا يجوز ترك محتمل الأهميه، لحكم العقل بالاشتغال، و استحقاق العقاب على تحركه من غير عذر.

و لا- يخفى عليك: أن هذه الكبرى التي قد مناها في المتزاحمين لا تجرى في فرض اتحاد الحكم الذى دار أمره بين التعيين و التخيير، كالشك في أن تقليد الأعلم واجب تعينى، أو أن المكلف مخير بينه و بين تقليد غير الأعلم حيث ان-هنا-حكما واحدا يحتمل تعلقه بالمعين، و يحتمل تعلقه بالجامع، بينه و بين غيره، و حينئذ فتعلقه بالجامع معلوم، و بالخصوص مجهول، فيدفع بالبراءة.

و بعبارة اخرى: أنا نعلم-في أمثال ذلك-بتعلق التكليف فى الجملة بالجامع الانتزاعى الذى يعبر عنه بعنوان أحد الشئيين، و لكننا نشك فى كونه مأخوذا على نحو الإطلاق، أو متقيدا، ب قيد خاص، و من الواضح أن الشك فى أمثال ذلك و ان كان شكاً فى الامتثال، الا أن منشأ ذلك هو الشك فى إطلاق الحكم و تقيده، فإذا رفعنا احتمال التقييد بأصالة البراءة ارتفع الشك فى الامتثال أيضاً، و اذن فيحكم بالتخيير و بجواز الاكتفاء بكل واحد من الطرفين فى مرحله الامتثال.

و مقامنا من هذا القبيل، لأن ثبوت ماله التالف فى ذمه الضامن معلوم الا أن ثبوت تعيينها بخصوص المثل مشكوك فيه، فيدفع بالبراءة، و اذن فاحتمال تعيين المثل من ناحيه لزوم الأخذ بمحتمل الأهميه عند دوران الأمر بين التعيين و التخيير ضعيف جدا.

و لكن التحقيق مع ذلك: هو تعيين الضمان بالمثل-عند الشك فى ضمان المثل أو القيمة-و الوجه فى ذلك: هو قيام السيره القطعيه على أن وضع اليد على مال الغير بلا سبب شرعى موجب للضمان، و عليه فان المال المزبور موجودا بعينه فلا بد من رده على مالكه على النحو الذى أخذه

منه: أى بجميع خصوصياته النوعيه و الشخصيه و الماليه. و إذا تعذر ذلك -لتلف و نحوه- سقط عنه و جوب رد العين، و انتقل الضمان الى المثل: أعنى به الكلى الجامع لجميع الأوصاف التى هى دخيل فى ماليه الشئ، و موجه لزيادتها، لا الأوصاف التى لا دخل لها فى ماليه الشئ أصلا و رأسا، و انما هى دخيل فى التشخص فقط.

و على هذا الضوء فمقتضى القاعده هو الضمان بالمثل، إلا إذا ثبت كون التالف قيما، أو كان التالف مثليا و لكن تعذر مثله فى الخارج، فإنه عندئذ يجب على الضامن أداء القيمه، و كل ذلك من ناحيه السيره العقلائيه غير المردوعه من قبل الشارع، و هكذا الحال إذا قلنا بأن مدرك الضمان -فى المقبوض بالعقد الفاسد- هو حديث ضمان اليد.

أما الوجه فى الحكم بضمان القيمه فقط -عند الشك فى كون التالف مثليا أو قيما- فهو أن المقام من موارد دوران الأمر بين الأقل و الأكثر فلا بد من الأخذ بالأقل، و يدفع و جوب أداء الأكثر بالأصل.

و بيان ذلك: أن المراد من القيمه هنا انما هو الماليه المشتركه بين جميع الأموال. سواء أ كانت تلك الأموال مثليه، أم كانت قيميه، و عليه فما نحن فيه من قبيل دوران الأمر بين الأقل و الأكثر لأن اشتغال الذمه بالجبهه المشتركه معلوم، و اشتغالها بغير ذلك من الخصوصيات مشكوك فيه. و قد ذكرنا فى محله أن المرجع فى أمثال ذلك هو البراءه، و على هذا فلا يجب على الضامن إلا أداء القيمه، إلا إذا رضى بأداء المثل. فإنه وقتئذ يكون مخيرا بين أداء القيمه و أداء المثل.

و يرد عليه: أن الوجه المزبور مبنى على أن يكون المراد من القيمه التى نبحت عنها فى المقام هو مطلق الماليه الساريه فى الأموال كلها، فإنه على هذا

جاز للضامن أن يؤدي عن التالف أى شيء أراده من الأموال إذا كانت قيمته تساوى قيمه التالف.

و لكن هذا خلاف المتسالم عليه، بل خلاف ما هو المرتكز فى الأذهان لأن المتبادر من كلمه القيمه إنما هو المالىه الخالصه، كالنقود الرائجه بين الناس، و أمثالها مما يتمحض فى المالىه من دون أن تلاحظ فيها أية خصوصيه من الخصوصيات التى تتفاوت بها الرغبات، و عليه فىكون دوران الأمر بين وجوب رد المثل و رد القيمه من قبيل دوران الأمر بين المتبائنين، فلا بد فى ذلك من الاحتياط و ليس هذا من قبيل دوران الأمر بين الأقل و الأكثر لكى يؤخذ بالأول، و يترك الثانى.

أما الوجه فى تخيير الضامن بين أداء المثل و القيمه فهو أن الضامن يعلم إجمالاً باشتغال ذمته بأحد أمرين: إما المثل، أو القيمه. و مقتضى الاحتياط هو تحصيل القطع بالبراءه، لما عرفته-الآن-من أن المورد من قبيل دوران الأمر بين المتبائنين، و من الواضح أن القطع بفراغ الذمه-فى أمثال هذه الموارد- لا يحصل إلا بأداء كلا الأمرين لكى تحصل الموافقه القطعيه.

و لكن مقتضى الإجماع، بل الضروره، بل مقتضى قاعده نفي الضرر هو أن الضامن لا يلزم بأداء كلا الأمرين، و اذن فىكون مخيراً بين أداء المثل و أداء القيمه.

أما الوجه فى تخيير المالك بين مطالبه المثل و مطالبه القيمه فهو ما ذكره بعض من أن ذمه الضامن و ان كانت مشغوله إما بالمثل أو بالقيمه، إلا أن ما يختاره المالك اما هو البدل الواقعى أو أنه بدل البدل، و على كلا التقديرين فىكون ذلك مسقطاً لما فى ذمه الضامن: أما على الأول فواضح، أما على الثانى فلرضاء المالك بذلك على الفرض و اذن فما يختاره المالك مسقطاً لما فى ذمه الضامن قطعاً

دون غيره، لأنه مشكوك فيه، فالأصل عدم سقوطه إلا بما يختاره المالك.

و يرد على كلا- الوجهين: أن اشتغال الذمه بالمثل أو بالقيمة واقعا و قيام الإجماع و الضروره على عدم وجوب أدائهما معا لا يقتضيان تخيير الضامن بين أداء المثل و القيمة و لا- تخيير المالك في استيفاء أيهما شاء، بل يمكن تعيين ما في الذمه بالصلح القهرى: بأن يرجع الضامن و المالك كلاهما الى الحاكم الشرعى و يحكم الحاكم بذلك.

و يمكن أن يرجع في تعيين أحد الأمرين إلى القرعه، بناء على جريانها في كل أمر مشكل و لو كان في الشبهات الحكيمه.

و لكن الظاهر تسالمهم على عدم جريانها في الشبهات الحكيمه، و عليه فلا مناص عن الرجوع إلى الحاكم، فيلزمهما بالصلح ان لم يكن- هنا- ما يتعين به الضمان بالمثل أو القيمة.

ثم انه يحسن بنا التنبيه على أمر لا- غناء عنه في مورد بحثنا، و هو أن القابض بالعقد الفاسد لا- يلزم الا- بأداء مثل المقبوض أو القيمة، و لا- يكلف بأزيد من ذلك، لما ذكرناه آنفا من أن نفس العين باقيه في عهده القابض ما لم يؤديها إلى مالكها، دون عوضها، و إذا تعذر رد العين بنفسها- لتلف و نحوه و جب عليه رد بدلها، و هو المثل في المثلى، و القيمة في القيمي، و لا يفرق في ذلك بين كون المثل حين الأداء مساويا لقيمة العين حين الأخذ و عدمه.

و يدل على ما ذكرناه: أن نقص القيمة السوقية لا يضمن عند أداء نفس العين، فكيف يضمن عند أداء مثلها، و عليه فإذا أخذ شيئا بالبيع الفاسد، ثم نزلت قيمته لم يجب عليه شيء زائدا على رد نفس المبيع. فإذا تعذر رده- لتلف و نحوه- انتقل الضمان إلى مثله من دون زياده.



و يؤيد ذلك ما ورد[١]فى استقراض الدراهم-التي أسقطها السلطان و أجاز غيرها-من أنه ليس لصاحب الدراهم الا الدراهم الأولى الساقطه عن الرواج، لا الدراهم الجائزه بين الناس.نعم يعارضه خير آخر[٢]و لكنه ضعيف السند.

ثم لا- يخفى عليك:أنه إذا سقطت العين عن المالىه بالمره-كالجمد فى الشتاء-لم يكف أداء المثل،بل يجب على الضامن أداء قيمته،لأننا و ان حكمنا بثبوت المثل فى الذمه بعد تلف العين،الا- أنه ليس على وجه الإطلاق،بل بما أنه مال،و عليه فإذا سقط المثل عن المالىه انتقل الضمان إلى قيمه.و هذا المعنى هو الذى تقتضيه السيره العقلائيه غير المردوعه من قبل الشارع و حديث ضمان اليد.

ص: ١٦٠

قيل: إن ما ورد في الدراهم الساقطه عن الرواج يدل بإطلاقه على جواز ردها إلى مالکها الأول و إن سقطت عن المالیه. و إذا ثبت هذا المعنى فى الدراهم ثبت فى غيرها، لعدم القول بالفصل.

و الجواب عن ذلك: أن الدرهم لا يصاغ إلا من الفضة، و علیه فلا معنى لسقوطه عن المالیه بالمره، فلا إشعار فى ذلك بجواز رد الدراهم الساقطه عن المالیه إلى مالکها الأول، فضلا عن الدلاله علیه.

### هل يجب شراء المثل مع قلته و زياده قيمته؟

قوله: (الخامس: ذكر فى القواعد أنه لو لم يوجد المثل إلا بأكثر من ثمن المثل ففى وجوب الشراء تردد). أقول: إذا تلف المقبوض بالعقد الفاسد أو ما فى حكمه عند القابض، و ترقى قيمه مثله- إما لعزته، و عدم وجوده إلا عند من يطلب بأكثر من قيمته، أو لكثرة الراغبين فيه- فهل يجب على القابض شراؤه و رده إلى المالك؟ أم لا- يجب ذلك، بل لا- بد و أن يصبر المالك إلى أن يكثُر المثل، أو تنزل قيمته السوقية؟ أم يفصل بين ما كانت زياده القيمه من جهة الرواج فيحكم بوجوب الشراء، و بين ما كانت الزيادة لمطالبه من عنده بالزيادة، فيحكم بعدم وجوب الشراء؟.

و هذا هو الحق، و الوجه فى ذلك ما ذكرناه سابقا من أن الثابت فى ذمه القابض ابتداء ليس إلا نفس العين بجميع خصوصياتها النوعية و المالیه و الشخصيه و إذا تلفت العين و جب علیه أداء مثلها، و هو الكلى الجامع لجميع الخصوصيات الدخيل فى المالیه، لا الخصوصيات الدخيل فى التشخص الخارجى و إذن فزياده القيمه السوقيه لا تؤثر فى جواز تأخير الأداء تمسكا

بأدله نفى الضرر، ضروره أنه لم يتوجه على الضامن ضرر آخر غير الضرر المتوجه عليه من ناحيه حكم الشارع بضمان المثل، و من الظاهر أن الحكم بالضمان لوروده مورد الضرر لا يرتفع بدليل نفى الضرر.

و يضاف إلى ذلك: أن أدله نفى الضرر مسوقه للامتنان، ولا-ريب أن رفع الضمان خلاف الامتنان على الأمه، بل الامتنان في ثبوته.

نعم لو استلزم أداء المثل ضررا آخر ارتفع وجوبه بدليل نفى الضرر و عليه فلا يجب شراء المثل ممن لا يبيعه إلا بأكثر من قيمته السوقيه ثم إن المصنف-بعد ما نفى الاشكال عن وجوب شراء المثل في الصوره المتقدمه، و نقل عليه الإجماع عن المبسوط- قال: (و وجهه عموم النص و الفتوى بوجوب المثل في المثلى. و يؤيده فحوى حكمهم بأن تنزل قيمه المثل حين الدفع عن يوم التلف لا يوجب الانتقال إلى قيمه)، و غرضه من الفحوى هو أن عدم الانتقال إلى قيمه-عند نزول قيمه المثل حين الدفع-إنما هو لصدق المماثله، و من الواضح أنه إذا صدقت المماثله مع نقص قيمه-مع أن المثل عندئذ لا يساوى العين في المالىه-صدقت مع زياده قيمه السوقيه-أيضا- بالأولويه.

و لكن لا يتم شيء مما أفاده: أما الإجماع فلعدم العلم بكونه إجماعا تعبديا لكي يستكشف به قول المعصوم (عليه السلام).

أما النصوص فقد عرفت عدم تماميتها إما من حيث السند، وإما من حيث الدلاله، أما الفتوى فلا اعتبار بها.

أما الفحوى فلأن كلامنا ليس في صدق المماثله و عدم صدقها لكي نتمسك في ذلك بالفحوى، بل محل بحثنا إنما هو لزوم شراء المثل بالقيمه العاليه و عدم لزوم شرائه بذلك، و قد عرفت لزومه من ناحيه السيره.

أما إذا كانت زياده القيمة لقله الوجود، و عدم وجدانه إلا- عند من يبيعه بأكثر من قيمته السوقية. فقد ذكر المصنف-هنا:- أن (الأقوى مع ذلك وجوب الشراء وفاقا للتحرير، كما عن الإيضاح و الدروس و جامع المقاصد بل إطلاق السرائر، و نفى الخلاف المتقدم عن الخلاف لعين ما ذكر في الصورة الأولى) و يرد عليه: أن ما استند اليه-من الوجوه-في الصورة الأولى لا يرجع إلى معنى محصل كما عرفته-لكي نعتمد عليه في الصورة الثانيه، و إنما التزمنا بوجوب شراء المثل في الصورة الأولى من جهه السيره، و من الواضح أنها لا تجرى في الصورة الثانيه، بديهه أن زياده القيمة-هنا-لم تنشأ من ناحيه ثبوت المثل في الذمه، بل إنما نشأت من ناحيه الأمور الخارجيه. و من الظاهر أن إلزام الضامن بهذه الزياده ضرر غير مربوط ببناء حكم الشارع-بأداء المثل-على الضرر، و إذن فوجوب أداء المثل يدفع بأدله نفى الضرر.

و من هنا اتضح لك: أنه إذا بقى المقبوض بالعقد الفاسد عند الضامن، و توقف رده إلى مالكة على تضرر الضامن لم يجب رده لأدله نفى الضرر.

قيل يجب شراء المثل في الصورة الثانيه-أيضا-و إن كان الشراء بقيمه عاليه، لأن الغاصب يؤخذ بأشق الأحوال.

و يرد عليه: أن هذا الوجه يختص بالغصب، فلا يجرى في المقبوض بالعقد الفاسد.

أضف إلى ذلك: أنه لا- دليل على أخذ الغاصب بأشق الأحوال، و عليه فإلحاق الصورة الثانيه بصوره الإعواز-التي سستكلم فيها- و جيه جدا.

و على الجملة: إنه لا يجب شراء المثل مع عزه وجوده بحيث لا يوجد إلا بأكثر من القيمة السوقية، لقاعده نفى الضرر.

قيل: إن الضرر هنا ليس في متعلق التكليف: أعنى به أداء المثل، و إنما

هو فى مقدماته: أعنى بها شراء المثل بأزيد من قيمه السوقيه، و من الظاهر أن أدله نفى الضرر لا تشمل مقدمات التكليف، لأن وجوب المقدمه عقلى لا شرعى.

و الجواب عن ذلك: أن أدله نفى الضرر مسوقه لرفع التكاليف الضرريه سواء أ كان التكليف أصليا أم كان مقديما، و من هنا لا نحكم بوجوب الصلاه قائما على من يقدر على القيام، و لكن كان النهوض ضروريا، و كذلك لا نحكم بوجوب الحج على من يقدر على الإتيان بمناسك الحج، و لكن كانت مقدماته ضرريه. و هكذا، و هكذا، و ليس ذلك كله إلا من ناحيه أدله نفى الضرر هذا بناء على وجوب المقدمه شرعا.

أما بناء على عدم وجوب المقدمه إلا عقلا- كما هو الحق- فالتحقيق أن يقال: إن أدله نفى الضرر- على ما ذكرناه فى محله- إنما هى تنفى الحكم الناشئ من قبله الضرر، و إذن فكل حكم ضررى مرتفع فى عالم التشريع سواء أ كان الحكم بنفسه ضروريا، أم كان الضرر ناشئا من قبله، و عليه فوجوب المقدمه و إن كان عقليا، إلا أنه إذا كان ضروريا كان مشمولاً لأدله نفى الضرر بداهه أن الضرر- هنا- إنما نشأ من قبل حكم الشارع بوجوب ذى المقدمه.

**ما هو حكم تعذر المثل؟**

**إشاره**

قوله: (السادس لو تعذر المثل فى المثل فمقتضى القاعده وجوب دفع قيمه مع مطالبه المالك)، أقول: إذا لم يتمكن الضامن من تحصيل المثل وجب عليه دفع قيمه، و هذا لا شبهه فيه.

و إنما البحث فى أن قيمه التى يجب دفعها هل هى قيمه يوم التلف، أم

ص: ١٦٤

قيمه يوم الدفع، أم قيمه يوم الأخذ، أم أعلى القيم من زمان التلف إلى زمان الأخذ، أم أعلى القيم من زمان الأخذ إلى زمان الدفع، أم غير ذلك من الوجوه؟.

لا يهمننا التعرض لهذه الوجوه نقضا و إبراما، كما تعرض لها المصنف و غيره، و أطالوا الكلام فيها و فى أدلتها، و فى المناقشه فيها.

و أيضا لا يهمننا التعرض لتأسيس الأصل فى المقام لكى يكون ذلك مرجعا فيما لم يتعين أحد الوجوه المذكوره، أو غيرها، كما صنعه شيخنا المحقق لأن ذلك كله فيما إذا التزمنا بانتقال الضمان إلى قيمه، فإنه عندئذ يصح النزاع فى تعيين زمان الانتقال.

أما إذا أنكرنا ذلك، و التزمنا ببقاء المثل فى عهده الضامن بعد تلف العين، و شيدنا أساس هذا القول فلا وجه لتوهم انتقال الضمان إلى قيمه - بعد تلف العين - قبل يوم الأداء.

قيل: ان الضمان لا بد و أن ينتقل إلى قيمه عند إعواز المثل فى الخارج و الا لم ينتقل الى المثل أيضا عند تلف العين الشخصيه.

و الجواب عن ذلك: أن انتقال الضمان الى المثل بعد تلف العين أمر قهري، لأنه لا - معنى لبقائها فى الذمه بعد التلف، و هذا بخلاف المثل، فإنه أمر كلى قابل للبقاء فى الذمه إلى حين الأداء، و عليه فلا يجب على الضامن إلا قيمه وقت الأداء، و هذا ظاهر.

## هل يجوز للضامن إجبار المالك

على أخذ القيمه؟

هل يجوز للضامن أن يجبر المالك على أخذ القيمه مع تعذر المثل و إعوازه أم لا؟.

الظاهر أنه لا يجوز ذلك، لأن متعلق الضمان ليس هو نفس القيمه، بل انما هو المثل، و من الواضح أنه ليس للمديون إجبار ذى الحق على قبول شىء آخر بدلا عن حقه الخاص، بل هو مخير بين أخذ البديل و بين الصبر الى أن يتمكن المديون من أداء حقه، سواء أ كان ذو الحق مأيوسا من وجدان المثل أم لم يكن مأيوسا من ذلك، كما أنه ليس للضامن إجبار المالك على قبول شىء آخر بدل العين قبل تلفها، لأن الناس مسلطون على أموالهم.

## هل يجوز للمالك إجبار الضامن

على إعطاء القيمه؟

هل يجوز للمالك إجبار الضامن على إعطاء القيمه مع تعذر المثل، أم لا؟ لا شبهه فى جواز ذلك لأن المالك مسلط على حقه و هو مخير بين مطالبه بدله مع الإعواز و بين الصبر الى تمكن الضامن من أداء المثل نفسه.

قيل: ان إجبار الضامن على إعطاء القيمه ضرر عليه، فيرتفع بأدله نفي الضرر.

و الجواب عن ذلك: أن إعطاء القيمه لا ضرر فيه على الضامن بوجه،

ص: ١٦٦

و انما هو رضاء من المالك بإلغاء الخصوصيات التي هي دخيل في متعلق الضمان و هو المثل، ففيه إرفاق للضامن، لا أنه ضرر عليه لكي يرتفع بأدله نفي الضرر و قد ظهر لك مما بيناه: أنه لا فارق في جواز الإيجاب و عدمه في كلتا صورتين-: أعني بهما صورته إجبار الضامن، و صورته إجبار المالك- بين تعذر المثل ابتداء، و بين تعذره بعد مده. كما أنه لا فارق في ذلك بين التعذر الاستمراري، و بين التعذر في وقت دون وقت. و كل ذلك واضح لا ستار عليه

### ما هو المناط في صدق التعذر و الإعواز؟

المحكى عن العلامة في التذكرة أن المراد من إعواز المثل هو أن لا يوجد ذلك في البلد و ما حوله.

و عن المسالك: أنه زاد قوله: مما ينقل عادة منه اليه، كما ذكروا ذلك في انقطاع المسلم فيه.

و عن جامع المقاصد: الرجوع فيه الى العرف.

و لكن الظاهر: أن الميزان في تعذر المثل و إعوازه هو التعذر الشخصي و عدم إمكان الوصول اليه بشخصه و عليه فإذا تمكن الضامن من الوصول الى المثل و لو كان ذلك في البلاد النائية لم يصدق عليه الإعواز، بل وجب عليه تحصيله، كما أنه إذا لم يتمكن الضامن من تحصيل المثل و لو كان موجودا في البلد، و أمكن تحصيله لغيره وجب عليه دفع القيمة.

و الوجه في ذلك: أن تقدير تعذر المثل بحد خاص لم يرد في دليل خاص لكي نجعله مرجعا في البحث، بل لا بد من الرجوع في ذلك الى الاعتبار العقلي، و من الواضح أن الاعتبار العقلي لا يساعد الا على ما ذكرناه.



نعم لو كان نقل المثل من البلاد النائيه الى بلده محتاجا الى مئونه زائده بحيث يتضرر بها الضامن لم يجب عليه النقل في هذه الصورة لقاعده نفي الضرر و من هنا اتضح لك جليا: ما هو الفارق بين ما نحن فيه و بين السلم، فان الضمان فيه اختيارى ثابت بالعقد، ولا يبعد انصرافه الى وجود المبيع الثابت فى الذمه- فى بلد المعامله و ما حوله.

و يضاف الى ذلك: أن ظاهر جمله من الروايات [١] هو أن العبره فى

ص: ١٦٨

باب السلم بوجود المبيع فى بلد المعامله و ما حوله و على هذا فلا يمكن قياس ما نحن فيه بباب السلم.

ثم إن المدار-حين الأداء مع تعذر المثل-على قيمه المثل فى بلد المطالبه و إن كانت أزيد من قيمته فى بلد الضمان، و لا يفرق فى ذلك بين تعذره قبل وقت الأداء و عدمه، لأن هذا هو مقتضى بقاء المثل فى ذمه الضامن إلى حين الأداء، على ما عرفته سابقا.

ثم إنه ذكر بعضهم-فى صورته تعذر المثل-أنه يقدر وجوده لا على نحو العزّه فيقوم.

و لكن الظاهر: أنه يقدر وجوده حتى على نحو العزّه، لأن المفروض أن الثابت فى الذمه هو المثل، و القيمه هى قيمته بلا زياده.

نعم إذا فرضنا أن دفع الزائد كان من جهه أخرى، كما إذا طالب من عنده المثل بقيمه زائده على القيمه السوقيه لم يجب الدفع لنفى الضرر.

### **ما هو حكم سقوط العين عن المالىه؟**

ثم إنك قد عرفت آنفا-ثبوت المثل فى الذمه إلى وقت الأداء، و عدم انتقاله إلى القيمه إلا حينه. و هذا مما لا شبهه فيه. كما لا شبهه فى وجوب أداء القيمه عند سقوط المثل عن المالىه بالمره، كالماء على الشاطئ إذا أتلفه فى المفاز، و الثلج فى الشتاء إذا أتلفه فى الصيف، لأن خروجه عن القيمه يعد من التالف عرفا.

و إنما البحث فى أن المراد من هذه القيمه هل هو قيمه يوم الأخذ، أم قيمه يوم التلف، أم قيمه يوم سقوط المثل عن المالىه، أم أعلى القيم من

زمان الأخذ إلى زمان التلف. أم أعلى القيم من زمان التلف إلى زمان سقوط المثل عن الماليه، أم غير ذلك من الوجوه؟.

الظاهر هو الوجه الثالث، لما ذكرناه مرارا من أن الثابت في ذمه الضامن-بعد تلف العين-إنما هو المثل، وأنه باق فيها إلى حين الأداء و عليه فيحكم-فيما نحن فيه-ببقاء المثل في الذمه إلى زمان سقوطه عن الماليه، و حينئذ فينتقل الضمان إلى قيمه لكون المثل-عندئذ-كالتالف في نظر أهل العرف كما أن تلف العين يوجب انتقال الضمان منها إلى مثلها، وهذا واضح لا خفاء فيه

### ما هو حكم التمكن من المثل بعد تعذره؟

قوله:(فرع لو دفع القيمة في المثل المتعذر ثم تمكن من المثل فالظاهر عدم عود المثل في ذمته) أقول:إذا طلب المالك حقه مع تعذر المثل في الخارج وجب على الضامن أداء قيمته-كما عرفته قريبا-فإن لم يؤد حتى وجد المثل وجب عليه أداء المثل، لما عرفته من عدم الانتقال إلى القيمة بالمطالبه.

كما لا إشكال في أن المالك إذا رضى بإسقاط حقه بأخذ القيمة لم يجب أداء المثل حتى مع التمكن منه من أول الأمر.

و إنما الإشكال فيما إذا طالب المالك بالقيمة من جهه الضروره و اللابديه لأجل عدم التمكن من المثل، و دفع الضامن القيمة، ثم وجد المثل، و لم يرض بها المالك فهل يجب على الضامن إعطاء المثل ثانيا و إرجاع القيمة أم لا يجب ذلك؟.

قد ذكر المصنف:أنه إذا دفع الضامن القيمة بدلا عن المثل المتعذر ثم تمكن منه فإن قلنا ببقاء المثل في الذمه و عدم انتقاله إلى القيمة إلا حين الأداء

فلا وجه لعوده ثانياً، لأنه دين في الذمه، فقد سقط بأداء عوضه مع التراضي فلا يجوز لصاحب الدين أن يرجع الى الساقط ثانياً، لأن الساقط لا يعود.

و ان قلنا بأن تعذر المثل أوجب تبدل العين المضمونه من المثلى إلى القيمي بمعنى: أنها كانت مثليه، و بعد تعذر المثل انقلبت قيميه ان قلنا بذلك فعدم عود المثل إلى الذمه ثانياً أولى منه في الفرض الأول، لأن المدفوع وقتئذ انما هو نفس الموجود في الذمه، لا عوضه.

و ان قلنا بأن تعذر المثل قد أوجب انقلاب المثل-الثابت في الذمه- إلى القيمه، فكأنه تلف بتعذره، فلزمت قيمته، ان قلنا بذلك احتمال وجوب المثل عند وجوده. لأن القيمه-حينئذ-بدل الحيلولة عن المثل، و سيأتي أن حكمه انما هو عود المبدل عند انتفاء الحيلولة. انتهى حاصل كلامه.

و يرد عليه: أن الالتزام بأن دفع القيمه-في هذا الفرض-انما كان من باب دفع البدل من جهه الحيلولة لا يجتمع مع الانقلاب، كما هو المفروض، فان المدفوع على فرض الانقلاب انما هو نفس ما اشتغلت به الذمه، لا أنه بدله. و اذن فلا فرق بين أن تنقلب العين التالفه قيميه، و بين أن ينقلب المثل-الثابت في الذمه-قيماً.

نعم لا يبعد أن يلتزم بأن دفع القيمه-على القول بعدم الانقلاب، و بقاء المثل في الذمه-انما كان من جهه دفع البدل، و عليه فيجب دفع نفس ما اشتغلت به الذمه عند التمكن منه.

و عليه فلا وجه لما ذكره السيد و شيخنا المحقق من الإيراد على المصنف من أن بدل الحيلولة مختص بالأعيان، و محل البحث-هنا-في الذم، فلا صلح بينهما بوجه.

و ذلك لأن مدرك وجوب بدل الحيلولة انما هو قاعده الجمع بين الحقين

و من الواضح أنه لا اختصاص لهذه القاعده بالأعيان، بل تعم الذمم أيضا.

و على ما ذكرناه كان على المصنف أن يحتمل، بل يستظهر وجوب دفع المثل عند وجوده، دون ما إذا قلنا بالانقلاب.

و لكن الصحيح هو عدم وجوب دفع المثل مطلقا و ذلك لما سنبينه فى محله من أنه لم يثبت وجوب دفع بدل الحيلولة من أصله و لم يدل عليه دليل شرعى و لا عقلى.

ثم انه إذا اختلف الضامن و المضمون له فى تعيين المثل-الذى تؤخذ قيمته-فالمدار على تعيين الضامن، لأنه المكلف بأداء كلى المثل، فيتخير فى تعيين أفرادها، إلا أن يكون ما اختاره الضامن من الفرد خارجا عن مصاديق ذلك الكلى فى نظر أهل العرف، فإنه عندئذ لا يجب على المضمون له قبول ما اختاره الضامن، و هذا ظاهر.

### هل يضمن القيمي التالف بالقيمه؟

#### اشاره

قوله:(السابع: لو كان التالف المبيع فاسدا قيميا فقد حكى الاتفاق على كونه مضمونا بالقيمه). أقول: المشهور بين الأصحاب، أن المقبوض بالعقد الفاسد إذا تلف و كان قيميا حكم بضمان قيمته.

و لكن حكى الخلاف فى ذلك عن الإسكافى، و عن الشيخ و المحقق فى الخلاف و الشرائع فى باب القرض.

إلا أن المحكى عن الإسكافى هو أنه(ان تلف المغصوب دفع قيمته، أو مثله إن رضى به صاحبه). و من الظاهر أن هذه العبارة غير ظاهره فى الخلاف المزبور.

و أيضا ان الموجود فى باب الغصب من الخلاف. و فى بابى الغصب

و المقبوض بالعقد الفاسد من الشرائع هو الحكم بضمان القيمه فى القيمى.

و لعل الحكم بضمان المثل فى القيمى مختص عند الشيخ و المحقق بالقرض فقط، و الله العالم.

و التحقيق: أن يحكم بضمان المثل فى القيمى-أيضا-كما حكمنا بذلك فى المثلى، و عليه فإذا تلف المقبوض بالعقد الفاسد، و لم يمكن رده انتقل الضمان الى مثله: و هو الكلى المتحد مع العين التالفه من جميع الخصوصيات، الا الخصوصيات غير الدخيل فى المالىه، بل فى الشخص الخارجى فقط، و حينئذ فلا ينتقل الضمان إلى القيمه إلا مع تعذر المثل، و على هذا فلو وجد المثل للتالف، أو اشتغلت ذمه المالك-للضامن-بما يماثل التالف لوجب على الضامن أداء المثل فى الصوره الأولى، و سقط ما فى ذمتى المالك و الضامن بالتهاتر فى الصوره الثانيه.

نعم لو تعذر أداء المثل على الإطلاق تلغى الصفات النوعيه أيضا، فإن اعتبار اشتغال الذمه بها مع تعذر الوفاء بها من اللغو الظاهر.

و من هنا ظهر فساد ما اختاره السيد فى حاشيته من المنع عن الانتقال إلى القيمه على وجه الإطلاق.

أضف الى ذلك: أن لازم ما اختاره هو جواز امتناع المضمون له عن قبول القيمه فى فرض تعذر المثل على الإطلاق، و هذا مما لا يمكن الالتزام به.

و يؤيد ما ذكرناه-من الضمان بالمثل فى فرض إمكانه-ما ورد فى باب القرض من الروايات [١]الداله على جواز أداء المثل عن القيمى هذا ما

تقتضيه القاعده.

و لكن الظاهر من الروايات الكثيره [١] هو ضمان القيمه فى القيميات

ص: ١٧٤

و أيضا قد عرفت -سابقا- أن المرتكز في أذهان العقلاء، و ما جرت عليه سيرتهم هو ضمان المثل في المثلى، و ضمان القيمه في القيمي. و عليه فلا يجوز للمضمون له أن يجبر الضامن على إعطاء المثل في القيمي، سواء أ كان ذلك

ص: ١٧٥



متيسرا اتفاقا، أم كان متعذرا، كما هو الغالب، نعم يجوز للضامن إجبار المالك بقبول قيمه. على عكس ما تقدم في المثلى الذى تعذر مثله فى الخارج.

فبالنظر الى هذه الروايات، و ما جرت عليه السيره العقلائيه يصح ما ذهب اليه المشهور من ضمان القيمى بالقيمه، و تكون النتيجة: أن ما تعذر مثله فى نوعه كان ضمانه بالقيمه- و ان وجد له مثل اتفاقا- ما لم يتعذر مثله نوعا يضمن بالمثل و ان تعذر ذلك اتفاقا، و فى بعض الأحيان.

أما الروايات المتقدمه الداله على الضمان بالمثل فى القيمى فهى مختصه بالقرض فلا- ربط لها بما نحن فيه. على أنها ضعيفه السند.

ثم ان المصنف(ره) قد حمل الروايات الداله على ضمان القيمى بالقيمه على صورته تعذر المثل، و لكنه خلاف الظاهر منها. و لا يمكن المصير اليه إلا بالقرينه، و من الواضح أنها منتفيه فى المقام.

و على الجملة: ان القاعده الأوليه و ان اقتضت الضمان بالمثل فى القيمى و لكن قد دلت الروايات المتقدمه على ضمان خصوص القيمه فى القيمى، فلا بد من الأخذ بها فى المقام، و اذن فيقع البحث فى تعيين هذه القيمه.

### **ما هو الملاك فى تعيين القيمه فى القيمى**

قد اختلف الأصحاب فى تعيين قيمه المقبوض بالعقد الفاسد إذا كان قيميا، على أقوال شتى:

١- أن العبره فى ذلك بقيمه يوم القبض لصحيحه أبى ولاد الآتية بالتقريب الذى سيأتى قريبا.

٢- أن العبره فى ذلك بقيمه يوم التلف، كما حكى ذلك عن الشيخين

و أتباعهما، بل عن الدروس نسبته إلى الأكثر.

و الوجه فيه: أن انتقال الضمان إلى البدل إنما هو في يوم التلف، إذ الواجب على الضامن كان رد نفس العين، فإذا تلفت ضمن قيمتها.

٣- أن العبرة في ذلك بقيمه يوم الأداء، وهذا هو الوجه الذى اختاره السيد فى حاشيته، بدعوى (أن نفس العين باقيه فى الذمه و العهد، و يجب الخروج عن عهدها، لكن لما لم يمكن رد نفسها و جب دفع عوضها و بدلها، فهى بنفسها باقيه فى العهد إلى حين الأداء، و إعطاء البدل إنما هو من باب الوفاء، كما فيما إذا كان له عليه منّ من الحنطه، و لم يمكنه أدائه، فإن الذمه مشغوله بالحنطه حتى حين التعذر، و دفع البدل من باب الوفاء بغير الجنس، و لا ينتقل إلى البدل من حين التعذر. و البدل الواجب أدائه هو المثل فى المثليات، و القيمه فى القيمات، بمعنى: أنه لو أراد أحدهما غير ذلك لم يجبر عليه).

و قال فى موضع آخر: (التحقيق: أن الذمه مشغوله بنفس العين إلى حال الأداء، إذ هو الاستفادة من أدله الضمان حسبما أشرنا إليه سابقا و التعذر لا ينافى ذلك، لعدم إناطه الأحكام الوضعيه بالقدره).

أو يقال: إن هذا الوجه مبنى على اشتغال الذمه بالمثل حتى فى القيمى، فالانتقال إلى القيمه إنما يكون وقت الأداء.

٤- أن العبرة فى ذلك بأعلى القيم من يوم القبض الى يوم التلف، و قد قيل إن هذا القول هو الأشهر.

٥- أن العبرة فى ذلك بأعلى القيم من يوم التلف إلى زمان الأداء.

٦- أن العبرة فى ذلك بأعلى القيم من يوم القبض إلى يوم الأداء.

ثم الظاهر من هذه الوجوه في نفسها هو الوجه الثاني، لما عرفته من أن زمان الانتقال إلى القيمه إنما هو زمان التلف، و إذن فلا مناص عن الالتزام به إلا مع تعبد شرعي، أما بقيه الوجوه غير الوجه الأول فسيأتي البحث فيها قريبا.

أما الوجه الأول فقد استدل عليه بصحيحه أبي ولاد الحناط [١] فان

ص: ١٧٨

تم فهو و إلا فمقتضى القاعده هو الالتزام بالوجه الثانى، و إذن فلا بد من التكلم فى دلالة الصحيحه على ذلك.

ص: ١٧٩

ثم لا يخفى عليك: أن الصحيحه و إن وردت في المغصوب، و لكنه إذا تم الاستدلال بها على ضمان المغصوب بقيمه يوم الغصب صح الاستدلال بها بالأولويه القطعيه على ضمان المقبوض بالعقد الفاسد بقيمه يوم القبض، ضروره أن العين التالفه قد تكون قيمتها يوم الأداء أكثر من قيمتها يوم القبض، فإذا التزمنا بضمن المغصوب بقيمه يوم الغصب، و التزمنا بضمن المقبوض بالعقد الفاسد بقيمه يوم الأداء لزم أن يكون الثاني أسوء حالا من الأول، و هو واضح البطلان.

ثم أنه لا شبهه في صحه روايه أبي ولاد سندا و عليه فيختص البحث- هنا- بدلالاتها فنقول: إنه سأل أبو ولاد الامام (عليه السلام) عن ضمان البغل في فرض تلفه، و قال: أ رأيت لو عطب البغل و نفق [١] أ ليس يلزمني؟ فأجاب عنه

الامام (عليه السلام) بقوله: نعم قيمه بغل يوم خالفته.

و قد استدل بهذه الجملة-على أن العبره فى تعيين القيمه بقيمه يوم الغضب-بوجهين:

الوجه الأول: أن الظرف و هو لفظ (يوم) قيد لكلمه (قيمه)، و تقريب ذلك بأنحاء شتى:

١- أن يكون الظرف متعلقا بكلمه (قيمه) بدعوى أنها و إن لم تكن معنى حديثا و لكن فيها شائبه الحديثه، لأنها ليست من الجوامد المحض حتى لا يصح تعلق الظرف بها، و عليه فينون لفظ (بغل) على الجر بإضافه القيمه اليه، و يؤيد هذا التقريب أن لفظ (البغل) فى نسخه الوافى، و فى بعض نسخ التهذيب محلى بلام التعريف، و حينئذ فلا يصلح للإضافه إلى ما بعده، و إذن فمفاد الصحيحه هو أن الثابت على الغاصب إنما هو قيمه يوم المخالفه، فتدل على ضمان المغصوب بقيمه يوم الغضب.

٢- أن تضاف جمله قيمه بغل -: أى المضاف و المضاف إليه- إلى قوله يوم خالفته، و حينئذ فيكون الغرض من تلك الجملة المباركه هو أن القيمه المتخصصه بإضافتها إلى البغل الثابته يوم المخالفه لازمه على الغاصب. و لا بعد فى هذه الإضافه، لوقوعها كثيرا فى لغه العرب و غيرها فيقال: ماء ورد خالد و حب رمان زيد و إن لم يكن ورد لخالد، و لا رمان لزيد إلى غير ذلك من الاستعمالات المتعارفه. و لا- محذور من الالتزام بهذا التقريب، إلا أنه لا يتفق و نسخه الوافى و بعض نسخ التهذيب من اقتران لفظ (بغل) بلام التعريف،

فان ذلك مانع عن إضافته إلى ما بعده.

٣- ما أفاده المصنف، و إليك نصه: (أن اليوم قيد للقيمه إما بإضافه القيمه المضافه إلى البغل اليه ثانيا: يعنى قيمه يوم المخالفه للبغل، فيكون إسقاط حرف التعريف من البغل للإضافه، لا لأن ذا القيمه بغل غير معين حتى توهم الروايه مذهب من جعل القيمى مضمونا بالمثل، و القيمه إنما هي قيمه المثل).

و ظاهر هذه العبارة أن لفظ القيمه قد أضيف مرتين: مره إلى كلمه (بغل) و مره أخرى إلى كلمه (يوم)، و حينئذ فيكون المراد من قوله:

(فيكون إسقاط حرف التعريف من البغل للإضافه): أن تعريف كلمه بغل إنما هو للإشاره إلى بغل معين خارجى الذى وقعت عليه الإجاره، و من الواضح أن هذا حاصل بالإضافه المسوقه لبيان العهد الخارجى، و إذن فيكون ذكر اللام فيها لغوا محضاً، و خاليا عن الفائده.

و يرد عليه: أن المضاف إلى شىء أولاً لا يضاف إلى غيره ثانياً، لأن ذلك مخالف لطريقه أهل المحاوره و الاستعمال.

و يمكن أن يكون مراد المصنف من العبارة المذكوره هو أن كلمه القيمه قد أضيفت إلى كلمه بغل أولاً، ثم أضيف المجموع- أى القيمه بما هي مضافه إلى بغل- إلى يوم المخالفه، و هذا يستلزم سقوط حرف التعريف من كلمه بغل، فيكون ذلك نظير قولك ماء رمان زيد، فان الغرض من هذه العبارة إنما هو إفهام أن ماء الرمان لزيد و إن لم يكن له رمان، و هكذا قولنا ماء ورد بكر و نظائره، و عليه فيرجع هذا الوجه إلى الوجه الثانى المزبور.

و لكنك قد عرفت آنفاً: أن الموجود فى بعض النسخ هو اقتران لفظ بغل بلام التعريف و من الظاهر أن هذا ظاهر فى انقطاع الإضافه بين قوله (عليه السلام):

نعم قيمه البغل و بين قوله (عليه السلام) يوم خالفته.

٤- ما ذكره المصنف ثانياً، وحاصله: أن لفظ يوم قيد للاختصاص المفهوم من إضافه لفظ القيمه إلى كلمه البغل فيكون الظرف منصوباً للاختصاص و عليه فالمعنى: أنه تلزم على الغاصب القيمه المختصه بالبغل يوم المخالفه.

و يرد عليه: أن العامل في الظرف لا يكون إلا الفعل أو شبهه دون الحرف.

و يضاف إلى ذلك: أن الاختصاص الحاصل من الإضافة معنى حرفي لا يمكن أن يكون محكوماً به و لا محكوماً عليه، و إذن فلا معنى لتقييده أصلاً.

٥- أن تضاف كلمه القيمه إلى كلمه البغل و تضاف كلمه البغل الى كلمه اليوم و عليه فيكون معنى الروايه: أنه تلزم على الغاصب قيمه هي قيمه بغل يوم المخالفه.

و يرد عليه: أنا لا نعرف وجهاً صحيحاً لإضافه لفظ بغل الى لفظ يوم إذ لا يمكن أن يتخصص لفظ البغل بجمله يوم المخالفه، كما لا يصح أن يقال:

دار يوم، و أرض أمس، و غرفه غد.

أضف الى ذلك: أن هذا الوجه لا يتم على نسخه الوافى و بعض نسخ التهذيب، من اقتران لفظ (بغل) بلام التعريف، ضروره أن الاسم المحلى باللام لا يضاف الى ما بعده، و هذا ظاهر.

و قد يناقش في هذا الوجه بأنه يستلزم تتابع الإضافات و هو مذموم في كلمات الفصحاء.

و يرد عليه: أن هذه المناقشه فاسده، لأن تتابع الإضافات واقع في الكلمات الفصيحه، و من ذلك قوله تعالى **مِثْلَ دَابِّ قَوْمِ نُوحٍ وَ عَادٍ (١) الوجه الثانى** - من وجهى الاستدلال بقوله (عليه السلام): نعم قيمه بغل يوم خالفته على ضمان المغصوب بقيمه يوم الغصب - أن يكون الظرف متعلقاً

ص: ١٨٣



بقوله (عليه السلام): نعم، لأن لفظ نعم من جهة قيامه مقام الفعل: أعنى به يلزمك شبيه بالفعل.

و على هذا فلا دلالة في الرواية على الضمان بقيمه يوم المخالفه دلالة مطابقيه، لأن معناها عندئذ: أنه تلزمك قيمه يوم المخالفه من غير تعرض لبيان أن هذه القيمه هل هي قيمه يوم المخالفه، أم هي قيمه يوم الدفع، أم هي قيمه يوم التلف، أم غير ذلك.

نعم لا بأس بدلالاتها على ذلك التزاما، فان ذكر القيمه فيها، ثم إضافتها إلى كلمه بغل، ثم ذكر يوم المخالفه بعد ذلك من القرائن الظاهره على أن الامام (عليه السلام) إنما قَدَّر ماله المغصوب، و بين أن ضمانها بقيمه يوم المخالفه إذ لا معنى لكون الضمان يوم الغضب فعليا، و يكون المدار فيه على قيمه يوم آخر.

و على الجملة: ان تعلق الضمان-بالقيمه يوم الغضب-بماليه المغصوب ظاهر في أن الضمان بقيمه ذلك اليوم.

و يرد على هذا الوجه: أنه لا- معنى لجعل الظرف متعلقا بلفظ نعم من جهة قيامه مقام الفعل ضروره أن ذلك يقتضى الحكم بضمان القيمه من يوم الغضب، مع أنه واضح البطلان، لأن الضمان لا- يتعلق بالقيمه قبل تلف العين إذ الانقلاب إلى القيمه انما يكون بعد تلفها.

و جوابه

قد نوقش فى الاستدلال بالصحيحه المزبوره على المقصود بوجه استفاده من نفس الصحيحه:

### ١- أنه لو كان المناط فى الضمان هو قيمه يوم المخالفه و الغصب

لما تعرض الامام (عليه السلام) لقيمه يوم الاكتراء بقوله: أو يأتى صاحب البغل بشهود يشهدون أن قيمه البغل حين أكرى كذا و كذا)، فيعلم من هذه الجملة الشريفه أنه لا خصوصيه لقيمه يوم المخالفه لكى يكون المدار فى الضمان عليها.

و الجواب عن ذلك: أن هذه الجملة لا تنافى الجملة السابقه فى الدلاله على المقصود بل تساعدها و توافقها، و ذلك لأن اكتراء المراكب و استجارها قد يكون للمسير الى مسافات بعيدة، و أمكنه نائيه: نظير مكه، و المدينه، و سائر الأعتاب المقدسه بالنسبه إلى أهل إيران. و أفغان، و هند، و أمثالها.

و قد يكون ذلك للذهاب إلى مسافه قريبه، كالمشى من النجف الأشرف إلى الكوفه.

و على الأول فقد جرت العاده على اكتراء الحموله قبل الخروج إلى المقصد بعده أيام، و على الثانى فلا يكون الاستجار الا يوم الخروج.

و حيث أن أبا ولاد- بمقتضى الظاهر- قد اكرى البغل الى قصر ابن هبيرة يوم خروجه من الكوفه، لقله المسافه بينهما، فلم يفصل بين زمان مخالفته -حين ما وصل الى قرب قنطره الكوفه- و بين اكترائه البغل إلا ساعه أو ساعتان و اذن فيوم المخالفه يتحد مع يوم الاكتراء، فالإمام (عليه السلام) قد عبّر عن يوم المخالفه بيوم الاكتراء، لأجل أن يوم الاكتراء انما هو يوم يعرفه الشهود

-غالبًا- من الظاهر أنه لا تتفاوت قيمه البغل فى ساعه أو ساعتين.

## ٢- أنه قال أبو ولاد: قلت: (فإن أصاب البغل كسر أو دبر أو غمز

فقال) عليه السلام: عليك قيمه ما بين الصحه و العيب يوم ترده عليه)

حيث ان الظاهر من هذه الجملة المباركه هو أن الضمان بقيمه يوم الرد، لأن الظرف متعلق بلفظ (عليك) لتضمنه معنى يلزمك، و عليه فتكون هذه الجملة منافية لما ذكرناه من دلالة الجملة المتقدمه على الضمان بقيمه يوم المخالفه.

و يرد عليه أن الالتزام بذلك يقتضى استقرار الضمان على الغاصب فى زمان الرد مع أنه واضح البطلان، لأن ضمان المغصوب يستقر على الغاصب من زمان الغصب.

و يضاف الى ذلك: أن الظاهر من الصحيحه على الاحتمال المذكور هو أن التفاوت فيما بين الصحه و العيب يثبت على الغاصب يوم الرد من غير تعرض فيها لبيان أن هذا التفاوت هل يلاحظ من يوم الغصب، أم هل يلاحظ من يوم التلف، أم يلاحظ من يوم الرد، و عليه فليكن تعيين أن العبره بقيمه يوم الغصب فى فقره السابقه قرينه على المراد فى هذه الفقره.

قيل: ان الظرف- فى الجملة المزبوره متعلق بلفظ قيمه، و عليه فالمعنى أنه عليك تفاوت ما بين الصحه و العيب يوم الرد، و اذن فتدل الصحيحه على أن رد البغل فقط لا يكفى فى رفع الضمان، بل لا بد و أن يرد معه تفاوت ما بين الصحيح و المعيب أيضا، و على هذا فتبعد هذه الجملة عن مورد البحث.

و قد ناقش فيه المصنف، و هذا نصه: (فالظرف متعلق بعليك، لا- قيد للقيمه، إذ لا- عبره فى أرش العيب بيوم الرد إجماعاً، لأن النقص الحادث تابع فى تعيين يوم قيمته لأصل العين).

و لكن هذه المناقشه واضحه الاندفاع، لأن قيام الإجماع على تبعيه

الأرش لضمان العين في تعيين قيمه لا- يدفع هذا الاحتمال، إذ لو كانت العبره بيوم الرد في تعيين الأرش كشف ذلك عن أن العبره في تعيين قيمه العين أيضا بيوم الرد، ولا إجماع على خلاف ذلك بين الأصحاب.

و الصحيح في الجواب أن يقال: انه لا- ملزم للالتزام بكون الطرف قيما للقيمه من دون قرينه تدل عليه، بل ان ظهور الجمله السابقه- في أن العبره بيوم الغصب- يدفع هذا الاحتمال.

و مع الغض عن ذلك فالظاهر أن الطرف متعلق بلفظ العيب، لاقتران أحدهما بالآخر، و عليه فتدل الصحيحه على أن العيب الحادث انما يوجب الضمان بالأرش فيما إذا استمر العيب الى زمان رد العين، و الا فلا ضمان في ذلك، و اذن فلا تعرض فيها لتعيين قيمه يوم الغصب، و لا- لتعيين قيمه يوم التلف، و لا- لتعيين قيمه يوم الرد، و لا- شبهه في أن هذا الاستظهار موافق للقواعد العربية و كلمات أهل اللسان.

و ناقش فيه المصنف، و قال نصا (لكن يحتمل أن يكون العيب قد تناقص إلى يوم الرد، و العبره حينئذ بالعيب الموجود حال حدوثة، لأن المعيب لو رد إلى الصحه أو نقص لم يسقط ضمان ما حدث منه و ارتفع على مقتضى الفتوى، فهذا الاحتمال من هذه الجهه ضعيف أيضا).

و يرد عليه أولا: أن عدم سقوط الضمان ليس مقتضى فتوى الكل، بل المسأله خلافه، لأنه قيل بسقوط الضمان مطلقا، و قيل بعدم سقوطه كذلك، و قيل بالتفصيل بين الوصف القابل للزيادة كالسمن و بين ما لم يكن كذلك، كوصف الصحه، فإذا زال السمن حكم بالضمان، بخلاف ما حدثت نقطه في عين الدابه ثم ارتفعت، فان ذلك لا يوجب الضمان.

بل قال السيد في حاشيته، و إليك لفظه: (أن الواجب رد العين كما

كانت، و هو متحقق مع العود إلى الصحه، و الظاهر أن فتواهم أيضا على هذا لا على ما ذكره المصنف، بل لم أجد من صرح بما ذكره و إن لم أتبع، نعم صرح في المسالك بما ذكرنا من سقوط الضمان. بل مقتضى ما ذكره في مسأله زياده قيمه لزياده صفه و نقصانها بزوالها و عودها بعودها من عدم ضمانه لذلك الوصف ما ذكرنا، إذ لا فرق بين وصف الكمال و الصحه).

و قال في غصب المبسوط: (و إن كانت الزيادة من جنس الأول: مثل أن سمت (أى الجاربه) فبلغت ألفا، ثم هزلت فعادت إلى مائه، ثم سمت فعادت إلى الألف، أو تعلمت القرآن فبلغت ألفا، ثم نسيت فعادت إلى مائه ثم تعلمت القرآن فعادت إلى الألف قيل فيه: وجهان: أحدهما: لا- يضمن شيئا. الثانى: عليه الضمان. و الأول أقوى، لأن الأصل براءة الذمه) بل فى الجواهر: (أن ملاحظتها): (أى الزيادة التالفه) مع الموجوده حال التلف غير معقوله، ضروره كونه بمنزله ملاحظتها مرتين إذ ليست هى إلا صنعه واحده، و المتجدده ليست غيرها على وجه تضم معها. و على كل حال فلا ضمان، للأصل، و صدق الأداء لما أخذ. و قاعده نفى الضرر، و أن الظالم لا يظلم، و غير ذلك).

بل الظاهر من إطلاق المحقق فى غصب الشرائع هو عدم الفرق بين وصف الصحه، و بين وصف الكمال، و هذا نصه: (لو زادت قيمه لزياده صفه، ثم زالت الصفه، ثم عادت الصفه و قيمه لم يضمن قيمه الزيادة التالفه لأنها انجبرت بالثانيه، و لو نقصت الثانيه عن قيمه الأولى ضمن التفاوت).

فتحصل مما ذكرناه: أنه لا يسمح للمصنف أن ينسب عدم سقوط الضمان- هنا- إلى مقتضى الفتوى.

ثانيا: أن مقتضى السيره، و دليل ضمان اليد هو أن المغصوب مضمون

على الغاصب ما لم يرده إلى المغضوب منه صحيحا فإذا رده إليه كذلك سقط عنه الضمان، سواء أحدث فيه عيب قبل الرد و ارتفع، أم لا، والمفروض -هنا- أن المغضوب صحيح حال الرد، و إذن فلا يلزم تدارك النقص الحاصل في زمان العيب.

### ٣- أنه سأل أبو ولاد الامام (عليه السلام) عن المقوم الذي يعرف تفاوت ما

بين الصحة و العيب،

و قال: (قلت فمن يعرف ذلك؟ قال) (عليه السلام): أنت و هو اما أن يحلف هو على قيمه فتلزمك، فان رد اليمين عليك فحلفت على قيمه لزمه ذلك، أو يأتي صاحب البغل بشهود يشهدون أن قيمه البغل حين أكرى كذا و كذا فيلزمك).

و قد ذكر المصنف: أن هذه فقره من الصحيحه مؤيده لكون المدار -في تعيين قيمه القيمي- على قيمه يوم التلف.

و حاصل كلامه: أنه إذا اختلف الغاصب و المالك في قيمه العين المغضوبه و كانت العبره -في تعيين القيمه- بقيمه يوم المخالفه كان المالك مدعيا، لدعواه زياده القيمه المخالفه للأصل و كان الغاصب منكرًا، لأنكاره تلك الزياده، و عليه فمقتضى القاعده أن يتوجه الحلف على الغاصب، لا- على المالك، بل تجب على المالك إقامة البيئه على دعواه و الحال أن الصحيحه قد دلت على كون كل من اليمين و اقامه البيئه وظيفه للمالك، مع أنه ان كان مدعيا فما هو الوجه في توجه الحلف عليه و ان كان منكرًا فما هو الوجه في طلب البيئه منه، بديهة أنهما لا يجتمعان في مورد واحد.

و على الجملة: انا إذا حملنا الروايه على أن المالك في تعيين القيمه انما هو يوم المخالفه كانت الصحيحه مخالفه للقواعد من ناحيتين:

الاولى: أن دعوى الزياده من المالك مخالفه للأصل، فلا تتوجه إليه

الثانية: أن اليمين إذا توجهت الى المالك لم تسمع منه البيئه، و اذن فكيف حكم الامام (عليه السلام) بقبول كلا- الأمرين من المالك.

و على هذا فلا- بد من حمل الصحيحه على أن الملاك- فى تعيين قيمه- انما هو يوم التلف، لا يوم المخالفه فإنه عندئذ يصح توجه كلا الأمرين على المالك و بيان ذلك: أن الامام (عليه السلام) قد تعرض فى فقره المذكوره- لصورتين من صور التنازع بين المالك و الغاصب.

الصوره الاولى: أن يتفق المالك و الغاصب على أن قيمه البغل يوم الاكتراء كذا و كذا، و لكن اختلفا فى تنزله عن تلك القيمه يوم التلف و عدم تنزله عن ذلك فإنه حينذاك و جب الأخذ بقول المالك، لأن الغاصب يدعى نقصان القيمه و المالك ينكره فيقدم قول المالك مع يمينه، لكونه موافقا للأصل.

مثلا: إذا اتفقا على أن قيمه البغل يوم الاكتراء كانت عشرين دينارا و لكن ادعى الغاصب نقصانها الى يوم التلف، و ادعى المالك بقاءها على حالها و لا- شبهه فى أن قول المالك حينئذ موافق للأصل، فيقدم مع يمينه، بخلاف قول الغاصب، فإنه مخالف للأصل، فتلزمه إقامه البيئه.

الصوره الثانيه: أن يتفق المالك و الغاصب على أن قيمه يوم التلف متحده- إجمالا- مع قيمه يوم المخالفه، و لكنهما اختلفا فى تعيين تلك القيمه بأن ادعى المالك كونها يوم المخالفه عشرين دينارا، و ادعى الغاصب كونها عشره داننير، و من الواضح أن المالك- عندئذ- يدعى زياده القيمه فتجب عليه إقامه البيئه على ذلك. أما الغاصب فهو منكر لتلك الزيادة فتوجه عليه اليمين.

و على الإجمال: انا إذا حملنا الصحيحه على كون المناط- فى تعيين القيمه - هو قيمه يوم التلف أمكن لنا تصوير التباير بوجه قريب بين إلزام المالك

بالحلف، و بين إقامه البيئه و إذا حملنا الصحيحه على كون المناط-فى ذلك-هو قيمه يوم الغصب فتصوير التغاير بين الأمرين بعيد جدا، لأنه على هذا لا بد من حملها على صوره اتفاق المالك و الغاصب على قيمه اليوم السابق على يوم المخالفه أو على قيمه اليوم اللاحق بيوم المخالفه، ثم ادعى الغاصب نقصان القيمه السابقه.

و لكنه خلاف الظاهر من الصحيحه، فلا- يمكن الالتزام به مع عدم القرينه عليه، هذا غايه ما يمكن أن يقال فى توجيه كلام المصنف.

و يرد عليه: أن حمل الصحيحه على اراده يوم التلف ثم حمل توجه الحلف على المالك على صورته، و توجه البيئه عليه على صورته أخرى خلاف الظاهر منها جدا ضروره أن الظاهر منها هو تخير المالك بين الوظيفتين فى إثبات مقصوده:

إما إقامه البيئه، أو الحلف، كما يقتضيه عطف احدى الوظيفتين على الوظيفه الأخرى بأو و إذن فلا وجه لجعل الجمله المتقدمه- التى هى-مورد بحثنا فعلا- مؤيده لإرادته يوم التلف، دون يوم المخالفه و الغصب.

بل الظاهر-و الله العالم-هو الأخذ بظاهر الصحيحه من توجه كلا الأمرين-: أى الحلف و إقامه البيئه-على المالك فى خصوص الدابه المغصوبه أو فى مطلق القيمي المغصوب، و إذن فتكون الصحيحه مخصصه لقاعده البيئه على المدعى، و اليمين على المنكر، فلا غرو فى ذلك، لأن تلك القاعده ليست من القواعد العقليه حتى لا تقبل التخصيص أو التقييد، بل هى قاعده فقهيه قابله لذلك، كما أن سائر القواعد الفقهيه كذلك.

و عليه فالمستفاد من الصحيحه أنه إذا اختلف المالك و الغاصب فى زياده القيمه و نقصانها جاز للمالك أن يحلف على ما يدعيه من زياده القيمه، أو يرده إلى الغاصب، أو يقيم بينه على ذلك. فكأن هذا الحكم تفضل من الشارع



المقدس للمالك على رغم من الغاصب.

وقال المحقق الايروانى: (إن قضيه بينه على المدعى، و اليمين على من أنكر قضيه وارده فى المخاصمات، و فى مورد الروايه لم تفرض مخاصمه بل الراوى سأل عن أنه من يعرف قيمه البغل و هو تالف، فقال (عليه السلام): إما أنت أو هو، فيكون الحلف من كل منهما لأجل أن يذعن الطرف المقابل الجاهل بالقيمه، لا لأجل إلزام خصمه المنكر له).

و يرد عليه: أن حمل الحلف-هنا-على الحلف المتعارف الذى يرضى به المحلوف له، و يصدقه فى دعواه من دون محاكمه خلاف الظاهر من الصحيحه لأنها وارده فى مورد المخاصمه، فلا يجوز حملها على غير موردها و هذا ظاهر.

### **ما استدل به على الضمان بأعلى القيم**

قد استدل على الضمان بأعلى القيم من حين الغصب الى حين التلف بوجوه:

### **١- ما عن الشهيد الثانى من الاستشهاد بالصحيحه المتقدمه على ذلك.**

و قال المصنف نصا: (لم يعلم لذلك وجه صحيح، و لم أظفر بمن وجه دلالتها على هذا المطلب).

و لكن يمكن توجيه دلالتها على ذلك: بأن المغصوب مضمون على الغاصب فى جميع أزمته الغصب التى منها زمان ارتفاع القيمه، إذ يصدق على ذلك زمان المخالفه أيضا ضروره أن المراد من يوم المخالفه-فى الصحيحه- انما هو طبيعى يوم المخالفه الذى يصدق على كل يوم من أيام الغصب، لا اليوم الخاص.

و عليه فان ردّ الغاصب نفس المغصوب فهو، و الا فإن رد أعلى القيم

فقد رد قيمه يوم المخالفه بقول مطلق،لدخول قيمه السفلى فى قيمه العليا بديهه أنه لا يجب على الغاصب قيم متعدده حسب تعدد أيام المخالفه، كما أنه لو ردّ قيمه النازله لما ردّ قيمه يوم المخالفه بقول مطلق،بل أدى قيمه بعض أيام المخالفه.

و الجواب عن هذا التوجيه:ان الظاهر من قوله(عليه السلام)فى الصحيحه:

(نعم قيمه بغل يوم خالفته)،هو أول يوم حدثت فيه المخالفه،لا- مطلق أيام المخالفه،إذ يوجد الطبيعى فى الخارج بأول وجود فرده،لأن موضوع الضمان فى الصحيحه انما هو صرف وجود المخالفه.

و نظير ذلك:ما إذا قال المولى لعبده:إذا خالفتنى فى الأمر الفلانى وجب عليك أن تصوم يوم مخالفتك،فان الظاهر من هذه العبارة أنه يجب على العبد صوم أول يوم من أيام مخالفته،لا جميع أيامها.

أضف الى ذلك:أن ذيل الصحيحه شاهد صدق على عدم إرادته الطبيعه الساريه من يوم المخالفه،بل المراد منه هو اليوم الخاص المعهود،و ذلك الذيل هو قوله(عليه السلام): (أو يأتى صاحب البغل بشهود يشهدون أن قيمه البغل حين أكرى كذا و كذا).إذ لو كان المراد من يوم المخالفه هو الطبيعى لما كان وجه لتعيين ذلك اليوم بيوم الاكتراء فى هذه الفقره،ولا لتعيين قيمه المغصوب -فى ذلك اليوم-بالشهود.و قد عرفت فيما سبق أن المراد من يوم الاكتراء هو يوم المخالفه.

## ٢- أن الغاصب إذا وضع يده على المغصوب اشتغلت ذمته به،

و عليه فلو أدى المغصوب بعينه مع بقائه،أو أدى قيمته العليا مع تلفه لفرغت ذمته يقينا،و لو أدى قيمته المتوسطه أو قيمته السفلى لما حصل العلم بفراغ ذمته.

و يرد عليه:أن المورد من موارد دوران الأمر بين الأقل و الأكثر

فيؤخذ بالأقل، لأنه متيقن، و الزائد عليه تجرى عنه البراءة.

### ٣- أن العين المغصوبه مضمونه على الغاصب بقاعده ضمان اليد،

فنستصحب ضمانها الى زمان دفع أعلى القيم من زمان الغصب الى زمان التلف للشك في ارتفاع الضمان بدفع ما هو أقل من ذلك.

و يرد عليه: أن المراد من استصحاب الضمان ان كان استصحاب ضمان نفس العين فلازمه أن يدفع الغاصب قيمه يوم الرد، الا أن هذا لا يحتاج الى الاستصحاب، لأن القاعده الأوليه تقتضى ذلك على ما عرفته قريبا.

و ان كان المراد منه استصحاب ضمان قيمه ففيه أن اشتغال الذمه لم يثبت إلا بالقيمه النازله، أما الزائد عليها فهو مشكوك فيه فتجرى عنه البراءة فما هو المتيقن قد ارتفع يقينا، أما غيره فلم يتعلق به اليقين من الأول.

و على الجملة: ان الاستصحاب في محل الكلام- إما أنه غير جار أصلا أو أنه يجرى و لكن لا- يثبت الا- الاشتغال بقيمه يوم الرد، دون أعلى القيم

### ٤- أن العين المغصوبه بنفسها مضمونه على الغاصب من ابتداء اغتصابها

إلى نهايه بقائها في نظام الوجود،

و من الواضح أن اختلاف قيمتها بالصعود و النزول دخیل في اختلاف ماليتها من جهة الزيادة و النقصه. و عليه فان حكمنا باشتغال ذمه الغاصب بأعلى القيم فهو، و الا يتضرر المالك بفوت مقدار من ماله، و الضرر منفي بقاعده نفي الضرر.

و يرد عليه أولا: أن أدله نفي الضرر إنما تنفي الأحكام الضرريه فقط و لا تثبت حكما آخر لكي يدفع به الضرر.

ثانيا: أن زياده قيمه السوقيه غير مضمونه على الغاصب و الا يلزم الحكم بضمانها أيضا- في صوره بقاء العين- مع نقصان قيمتها السوقيه يوم الأداء عن قيمتها السابقه، و لم يلتزم به أحد فيما نعلم.

و بتعبير آخر: أنا قد ذكرنا فى محله أن الضرر عبارته عن النقص فى الأموال، أو الأعراض أو الأعضاء و الأطراف، أو الأنفس و من البين الذى لا- ريب فيه أن نزول القيمة السوقية بعيد عن تلك الجهات كلها و من هنا يجوز لأى تاجر استيراد مال التجاره و ان أوجب ذلك نقصا فى قيمه أموال التجار الآخرين.

ثالثا: أن أدله نفى الضرر وارده فى مقام الامتنان على الأمه، و من الظاهر أن الحكم بكون أعلى القيم مضمونا على الغاصب مناف للامتنان عليه، فلا يكون مشمو لا لأدله نفى الضرر.

#### ٥- ما أفاده المصنف،

و حاصل كلامه: أن الغاصب قد أزال يد المالك عن المغصوب بماله من المالىه فى كل زمان من أزمنه بقاء المغصوب تحت يد الغاصب، و من تلك الأزمنه ارتفاع قيمته السوقية و على هذا فان رد الغاصب نفس العين المغصوبه على مالكها فقد خرج عن عهدها بداهه أن المأخوذ بالغصب انما هو نفسها، لا ماليتها الخالصه، و إذا تلفت لم يمكن الخروج عن عهدها إلا برد كل مالىه زالت عنها يد المالك، لأن حيلولة الأجانب بين الأموال و ملاكها توجب الضمان بمجموع المالىه الفائته، و من الظاهر أنه لا يحصل الفراغ عن ذلك الا برد أعلى القيم، كما أنه لو تلفت العين عند ارتفاع القيمة السوقية لوجب تداركها بأداء تلك القيمة.

و يرد عليه: أنه لا صلته بين موارد بدل الحيلولة، و بين ما نحن فيه، ضروره أن القائلين ببطل الحيلولة إنما التزموا به من جهة الجمع بين الحقين، بمعنى: أن تكليف الغاصب برد العين حين التعذر تكليف بما لا يطاق، و هو غير جائز عقلا و نقلا، و منع المالك عن حقه مع مطالبته إياه ظلم و عدوان، و مخالفه لمقتضى دليل السلطنة، و لا شبهه فى حرمة عقلا و نقلا، و اذن فالجمع

بين الحقين يقتضى الالتزام بوجوب أداء بدل الحيلولة إلى المالك، و سيأتى التعرض لذلك تفصيلا.

و هذا بخلاف ما نحن فيه، فان كلامنا- هنا- فى أصل ضمان الغاصب القيمه العليا، لا فى وجوب أداء ما هو ثابت فى ذمه الضامن مع مطالبه المالك إياه.

أضف الى ذلك: أن بدل الحيلولة انما ثبت فى مورد لم تلتف العين تلفا حقيقيا، بل تعذر الوصول اليه من ناحيه الموانع الخارجيه و من الظاهر أن هذه الكبرى لا- تنطبق على مورد بحثنا، لأن العين فى زمان وصولها إلى القيمه العليا لم يتعذر ردها على مالكها، لأن حيلولة الغاصب بين المالك و ماله غير مستنده الى التعذر النازل منزله التلف، بل هى اختياريه للغاصب. أما فى زمان تلفها حقيقه فقد انتقل ضمانها إلى القيمه، فما هو الموجب لضمانه أعلى القيم.

و هذا ظاهر لا خفاء فيه.

#### **٦- ما ذكره المحقق الايروانى،**

و إليك لفظه (فالأحسن فى الاستدلال على ضمان أعلى القيم: أنه يصدق عند صعود القيمه أن الغاصب معتد يوم صعود القيمه بماليه صاعده، و مقتضى فاعْتَدُوا عَلَيْهِ بِمِثْلِ مَا اعْتَدَى جواز أخذ تلك الماليه منه بعد التلف مجازاه لاعتدائه).

و يتوجه عليه: أنه لا- دلالة فى الآيه الكريمة على أصل الضمان- على ما عرفته فى أوائل المسأله- فضلا عن دلالتها على الضمان بأرفع القيم.

#### **٧- أن العين مضمونه على الغاصب فى جميع أوقات الغصب التى منها**

زمان وصولها إلى القيمه العليا.

و يرد عليه: أنه ان كان الغرض من هذا الوجه هو كون العين بنفسها مضمونه على الغاصب ما دامت باقيه فهو صحيح، و لكن لا دلالة فى ذلك على

الضمان بأعلى القيم، بدهه أن الضمان إنما ينتقل إلى قيمه-بعد تلف العين- إما في زمان التلف، أو في زمان الأداء على الخلاف في ذلك، و عليه فلا يمكن الالتزام بضمان قيمه قبل تلف العين، و قبل انتقال الضمان منها إلى قيمه و إن كان الغرض من هذا الوجه هو إثبات الضمان بالقيمة العليا ضمانا فعليا منجزا-سواء أ كانت العين باقية بعد انتهائها إلى تلك القيمة، أم كانت تالفه-فهو خلاف ما تسالموا عليه من أن ارتفاع القيمة السوقية مع عدم تلف العين-غير مضمونه على الغاصب على أن ذلك يستلزم الجمع بين العوض و المعوض أحيانا إذ المفروض أن العين باقية في ملك مالكها، و لو التزمنا-معه- بانتقال الضمان إلى بدلها للزم المحذور المذكور.

و إن كان الغرض من ذلك أن الضمان بأرفع القيم فعلى، و لكن استقراره في ذمه الغاصب مراعى بالتلف فهو مصادره واضح، و لا يساعده النقل و لا الاعتبار، بل هو مخالف لأصالة البراءة من غير دليل شاغل.

ثم إننا لو سلمنا دلالة هذه الوجوه الاعتبارية المتقدمة على الضمان بأعلى القيم، و لكن لا يمكن الاستناد إليها في ذلك، لأنه اجتهاد في مقابل الصحيحه المتقدمه الداله على الضمان بقيمه يوم المخالفه.

و دعوى أن الصحيحه مجمله، فلا- يتضح لنا المراد. منها دعوى غير مسموعه لما عرفته قريبا من ظهورها في الضمان بقيمه يوم الغصب.

و قد ظهر لك مما حققناه: أنه لا دلالة في الصحيحه على القول بضمان قيمه يوم الدفع، و لا على القول بضمان قيمه يوم التلف، و لا- على غير ذلك من الوجوه، بل هي ظاهره في خصوص ما ذكرناه فقط. و عليه فلا يصغى إلى الاستدلال على الأول بقاعده ضمان اليد، فإنها محكوم به بالصحيحه المتقدمه

نعم ربما يتوهم الاستدلال على الثاني بجمله من الأخبار[١]الوارده في باب الرهن الظاهره في أن القيمي إذا تلف انتقل ضمانه بمجرد التلف إلى القيمه،لأنها تدل على لزوم رعايه قيمه العين المرهونه حين تلفها،و ملاحظه نسبتها مع الدين،فان كانت مساويه له فلا شيء على الراهن،و إن زادت عليه أخذ الزياده،و إن نقصت عنه ردّ على المرتهن مقدار ما نقص.

و لكن يتوجه عليه:أن مورد هذه الروايات إنما هو الإتلاف أو

التفريط، إذ لا ضمان-في تلف الرهن-على المرتهن من دون تعدد و تفريط و الشاهد على ذلك جملة أخرى من روايات الرهن (١)و عليه فزمان التلف و الضمان واحد في صورته الإتلاف،فلا منافاه عندئذ بين روايات الرهن و بين الصحيحه الداله على أن العبره بقيمه يوم المخالفه.

أما في صورته التفريط فيمكن أن يتغاير يوم التلف مع يوم الضمان، و لكن الذى يسهل الخطب أنه لا دلالة في روايات الرهن على الضمان بقيمه يوم التلف،و لا-بقيمه يوم المخالفه،و لا بقيمه أخرى غيرهما،بل الظاهر منها هو ثبوت أصل الضمان بالقيمه في فرض التعدد و التفريط،و قد عرفت دلالة الصحيحه على الضمان بقيمه يوم المخالفه،و إذن فلا منافاه بينها و بين روايات الرهن في فرض التفريط أيضا.

و من هنا ظهر الجواب عن الاستدلال بما ورد في العتق[٢]على الضمان بقيمه يوم التلف،لأن ذلك ورد في الإتلاف،و قد عرفت أن زمان التلف و الضمان واحد في صورته الإتلاف.

ص: ١٩٩

---

١-١) قد نقلناها في ص ١٣١.



قد يتوهم: أن الالتزام بانتقال القيمى التالف إلى القيمه ينافى لما تسالم عليه الأصحاب من صحه المصالحه بين التالف و بين أى مقدار من الدراهم و الدنانير و الوجه فى ذلك: أنه لو كان التلف موجبا لانتقال التالف إلى القيمه لما صحت المصالحه إلا على المقدار الذى يساوى قيمه التالف، فإن المصالحه على الزائد عليه يستلزم الربا.

و لكن هذا التوهم فاسد، بداهه أن القيمه الثابته فى ذمه الضامن ليست هى خصوص الدراهم، و لا أنها خصوص الدنانير، بل إنما هى أمر كلى تتقوم به الأشياء، و أنه أعم من الدراهم و الدنانير، و إذن فمصالحه التالف على الدراهم، أو على الدنانير لا تستلزم وقوع المصالحه بين المتجانسين الربويين لكى يلزم منها الربا.

قوله: (ثم إنه حكى عن المفيد، و القاضى، و الحلبي الاعتبار بيوم البيع فيما كان فساده من جهه التفويض إلى حكم المشتري). أقول: لم يتضح لنا وجه صحيح لما ذكره هؤلاء الأعاضم، إلا أن يوجه رأيهم هذا بما وجهه به المصنف من إرادته يوم القبض من يوم البيع، لعلبه اتحادهما زمانا، كما وقع التعبير فى صحيحه أبى ولاد- عن يوم المخالفه بيوم الاكتراء.

و كيف كان فلا- وجه لتقييد فساد المعامله بخصوص تفويض الثمن إلى المشتري، ضروره أن مورد البحث إنما هو المقبوض بالعقد الفاسد، بل المغضوب أيضا، و عليه فأيه خصوصيه للتقييد المزبور.

قوله (فافهم) أقول: لعله إشاره إلى أن إرادته يوم القبض من يوم

البيع و إن كان بعيدا فى نفسه، و لكنه لا- بد من ذلك صونا لكلام هؤلاء الأكابر عن اللغويه، و لعلمهم تبعوا فى هذا التعبير للصحيحه المتقدمه، حيث عرفت -قريبا- أن الامام عليه السلام قد عبر-فيها- عن يوم المخالفه بيوم الاكتراء و الله العالم بالضمان.

ثم قال المصنف: (إنه لا عبره بزياده قيمه بعد التلف على جميع الأقوال، إلا أنه تردد فيه فى الشرائع، و لعله- كما قيل- من جهه احتمال كون القيمي مضمونا بمثله، و دفع القيمي إنما هو لإسقاط المثل، و قد تقدم أنه مخالف لإطلاق النصوص و الفتاوى).

أقول: قد عرفت فيما سبق- أن مقتضى القاعده هو بقاء العين- بعد تلفها- فى الذمه على نحو الكلى الذى يعبر عنه بالمثل، و لا تنتقل إلى القيمي إلا يوم الرد، و اذن فلا مناص عن الالتزام بضمان القيمي الزائده للعين بعد تلفها.

و دعوى أن هذا مخالف للإجماع دعوى جزافيه، لعدم العلم بوجود الإجماع التعبدى فى المقام.

و لكن الذى يسهل الخطب هو دلالة الصحيحه المتقدمه على الاعتبار بقيمه يوم المخالفه، و عليه فلا مجال للأخذ بمقتضى القاعده: أعنى به الضمان بقيمه يوم الرد.

قوله: (ثم إن ما ذكرنا من الخلاف إنما هو فى ارتفاع القيمي بحسب الأزمنه). أقول: لما بنى المصنف على الاعتبار بقيمه يوم التلف فى ضمان التالف بنى على اعتبار محل التلف أيضا فى ذلك، ضروره أن الأشياء كما تختلف قيمتها باختلاف الأزمنه، كذلك تختلف قيمتها باختلاف الأمكنه، فالماليه

إذا قدرت بقيمه يوم التلف قدرت بقيمه مكان التلف-أيضا-فإن العين إنما تضمن بجميع خصوصياتها حين التلف، و من جملتها خصوصيه بلد التلف.

و لكننا لما بنينا على الاعتبار بقيمه يوم المخالفه، لدلاله الصحيحه المتقدمه على ذلك فلا مناص عن الاعتبار بقيمه مكان المخالفه أيضا، لأن الإمام عليه السلام-مع كونه فى مقام البيان-لم يفكك بينهما. على أن التفكيك بينهما خلاف المرتكز العرفى.

و يدل على ما ذكرناه قوله عليه السلام فى نفس الصحيحه:(أو يأتى صاحب البغل بشهود يشهدون أن قيمه البغل حين أكرى كذا و كذا فيلزمك).فان الظاهر من هذه الجملة المباركه هو اختيار الشهود من أهل الكوفه-التي هى مكان المخالفه-ضروره أن الإتيان بالشهود من أهل بغداد-التي كانت نهايه لسير أبى ولاد-بعيد جدا.و من الواضح أنه إذا كان الشهود من أهل الكوفه لم يشهدوا إلا على ما هو قيمه البغل فى الكوفه، لا على قيمته فى مكان آخر، لأن شهادتهم على الثانى تحتاج إلى عناية زائده و هى غير المذكوره فى الصحيحه.

قوله:(ثم إن جميع ما ذكرنا من الخلاف إنما هو فى ارتفاع القيمه السوقيه الناشئه من تفاوت رغبه الناس). أقول:الزيادات الحاصله فى العين تاره تكون منفصله، و اخرى تكون متصله:

أما الأولى فحكمها حكم نفس العين، و عليه فان كانت باقيه فوجب ردها على مالكها، و إن كانت تالفه فوجب رد بدلها عليه من المثل، أو القيمه.

أما الثانیه فلا-شبهه فى كونها مضمونه على الضامن-أيضا-سواء أ كانت هذه الزيادات من قبيل الكيف، كوصف الكتابه، و النجاره، و البنايه، و أمثالها أم كانت من قبيل الكم، كالسمن و نحوه، أم كانت من قبيل وصف الصحه.

و بتعبير آخر كما أن العين مضمونه على الغاصب، كذلك أوصافها الدخيل في ماله العين، فإنها-أيضا-مضمونه على الغاصب، سواء في ذلك أوصاف الصحة و أوصاف الكمال، وهذا ظاهر.

ثم إن الخلاف المتقدم في الضمان بقيمه العين المغصوبه يجرى في الضمان بقيه الزيادات الفائته-أيضا-و قد عرفت-فيما تقدم قريبا-أن الاعتبار في ضمان العين التالفه بقيمه يوم الغصب، وهكذا في المقام طابق النعل بالنعل و القذه بالقذه.

و الوجه في ذلك: أن العين إنما تكون مضمونه على الغاصب مع أوصافها الدخيل في ماليتها، لا مجردة عنها، و عليه فتحدد العين بقيمه وقت خاص تحديدا لأوصافها-أيضا-بقيمه ذلك الوقت، و قد عرفت دلالة الصحيحه على أن الاعتبار في الضمان إنما هو بقيمه يوم الغصب، و مقتضى إطلاقها -و الله العالم- هو الالتزام بضمان العين مع أوصافها من يوم المخالفه و إن كانت الأوصاف حاصله بعد ذلك، و عليه فتقدر العين موصوفه بتلك الأوصاف حين المخالفه، فتقوم، و يضمن بتلك القيمه، و إذن فلا عبره بالقيمه حين حدوث الأوصاف.

### ما استدل به على ثبوت بدل الحيلولة

قوله: (ثم إن في حكم تلف العين في جميع ما ذكر من ضمان المثل أو القيمه حكم تعذر الوصول اليه و إن لم يهلك، كما لو سرق أو غرق، أو ضاع، أو أبق). أقول: تحقيق البحث عن بدل الحيلولة و نواحيه يقع في ضمن أسئله و أجوبتها:

## ١- ما هو الدليل على الالتزام ببدل الحيلولة عند تعذر الوصول إلى العين؟

قد استدلل على ذلك بوجوده شتى:

### الوجه الأول: قاعده نفي الضرر،

بدعوى أن تكليف المالك بالصبر إلى أن يعود المال إلى يده ضرر عليه.

أو يقال: إن عدم الحكم بضمان البديل ضرر على المالك.

أو يقال: إن امتناع الضامن عن أداء البديل ضرر على المالك.

و يرد عليه: أن الاستدلال بقاعده نفي الضرر على إثبات بدل الحيلولة يتوقف على مقدمتين:

الأولى: أن قاعده نفي الضرر مسوقه لرفع الأحكام الضرريه، لا رفع الموضوعات الضرريه. وقد ذكرنا في محله أن هذه المقدمه صحيحه لا شك فيها.

الثانيه: أن يلتزم بأن أدله نفي الضرر كما تشمل الأحكام الوجوديه كذلك تشمل الأحكام العدميه أيضا: أى كلما توجه ضرر على المكلفين من ناحيه حكم الشارع بشيء، أو عدم حكمه به فأدله نفي الضرر تقتضى ارتفاع الحكم فى الأول، وجعله فى الثانى.

وهذه المقدمه مخدوشه بما ذكرناه فى محله، وحاصله: أن أدله نفي الضرر ناظره إلى نفي الضرر فى عالم التشريع: أى الضرر الناشئ من تشريع الأحكام فى الشرع المقدس الإسلامى، و عليه فتلك الأدله غير ظاهره فى تدارك الضرر المتوجه على المكلفين من غير ناحيه تشريع الحكم الشرعى، وإلا فيلزم الحكم بوجود تدارك الضرر المتوجه على أحد المسلمين من بيت المال، أو من أموال سائر المسلمين، و حينئذ فلا يمكن التمسك بالقاعده المزبوره لإثبات بدل الحيلولة.

و بعباره اخرى: أنه لا استحاله فى حكومه قاعده نفي الضرر ثبوتا

وإمكاناً على الأحكام الوجودية والعدمية. ولكن لا دليل عليه في مرحله الإثبات والوقوع، بديهة أن أدله نفى الضرر قاصره عن إثبات هذا المعنى.

ويضاف إلى ذلك: أن النسبة بين موارد بدل الحيلولة، و موارد تضرر المالك هي العموم من وجه، إذ قد لا يتضرر المالك بصبره إلى زمان تتمكن من الوصول إلى ماله، لاستغنائه عنه، ومع ذلك يحكم بلزوم أداء بدل الحيلولة وقد يتضرر المالك من حيلولة الغاصب بينه وبين ماله مدة قليلة كساعه أو ساعتين مع أنه لا يكون مورداً لبديل الحيلولة، لأن الفقهاء رضوان الله عليهم قد اعتبروا في ثبوت بدل الحيلولة تعذر وصول المالك إلى ماله مدة طويله. وسيأتي ذلك قريباً. واذن فلا يمكن الاستدلال على إثبات بدل الحيلولة بقاعده نفى الضرر.

و يؤيد ما ذكرناه: أنا لم نجد أحداً يستدل بقاعده نفى الضرر على ثبوت بدل الحيلولة فيما إذا حال أحد بين المالك و ماله بمنعه عن التصرف فيه. و دعوى ثبوت الفارق بين هذا و بين ما نحن فيه دعوى جزافية.

و لو أغمضنا عن جميع ذلك، و لكن تضرر المالك بالصبر إلى زمان الوصول إلى ماله معارض بتضرر الضامن برد بدل الحيلولة، فيتساقطان و عليه فلا يكون مورد بدل الحيلولة مشمولاً لقاعده نفى الضرر.

و دعوى أن الضامن قد أقدم - بنفسه - على الضرر فلا يعارض بضرر المالك دعوى فاسده، ضروره أن الضامن لم يقدم إلا على ضمان العين فقط، لا على ضمان سائر الجهات الخارجة عن العين.

**الوجه الثاني: قوله (صلى الله عليه و آله): إن الناس مسلطون على أموالهم .**

(١)

و تقريب الاستدلال بهذا الحديث على المقصود هو أن السلطنة على العين و إن كانت ممنوعه بالتعذر، إلا أن السلطنة على ماليتها غير ممنوعه، و عليه

ص: ٢٠٥

١-١) البحار ج ١ ص ١٥٤.

فيجب على الضامن رد البدل على المالك حفظا لسلطته على ماله.

و يرد عليه أولا: أن دليل السلطنة ضعيف من جهة الإرسال، و غير منجبر بشيء ثانيا: أن مفاده إنما هو إثبات السلطنة للمالك فيما يجوز له التصرف في ماله- كالبيع و اللبس و السكنى و أمثال ذلك- و من الواضح أنه ليس لأحد أن يزاحم المالك في أشباه هذه التصرفات. و أما بقيه الجهات فهي بعيدة عن دليل السلطنة.

و بيان آخر: أن دليل السلطنة إنما يدل على عدم محجوريه المالك عن ماله في التصرفات السائغة، فلا دلالة فيه على إثبات السلطنة له في التصرفات غير السائغة في ماله.

و على هذا الضوء فيجوز للمالك أن يطالب ماله من الغاصب بمقتضى دليل السلطنة، و لكن لا يستفاد من ذلك جواز مطالبه بدل الحيلولة منه، إذ لا- صله بينهما بوجه. كما أنه لا- يستفاد من الدليل المزبور جواز إيذاء الغاصب بالضرب و الشتم و الحبس و نحوها.

أضف إلى ذلك: أن النسبه بين دليل السلطنة، و بين موارد بدل الحيلولة هي العموم من وجه. و حينئذ فلا يصح الاستدلال به على ثبوت بدل الحيلولة في جميع الموارد، بل إنما يصح ذلك في بعض الموارد و على سبيل الإيجاب الجزئي. على أننا لو جوزنا ثبوت بدل الحيلولة مع تعذر وصول المال إلى مالكة للزم القول بثبوتها مع تعذر وصول المالك إلى ماله من جهة الحبس و نحوه، ضروره أنه لا- يفرق في ذلك بين أن يكون التعذر بحبس المالك و منعه عن الوصول إلى ماله، و بين إلقاء المال في مكان لا يصل إليه مالكة- عادة- إلا بعد مده طويله، مع انه لم يلتزموا الفقهاء بثبوت البدل في الصورة الأولى، و هذا ظاهر.

### الوجه الثالث: قاعده الضمان بالإتلاف،

بدعوى ان الغاصب قد فوّت

ص: ٢٠٦

سلطنه المالك على ماله فى موارد بدل الحيلولة، فحيث إنه غير قادر على اعاده تلك السلطنه بعينها، فلا بدله من اعاده مثلها، و من الواضح أن هذا لا يمكن إلا بأداء بدل الحيلولة.

و يرد عليه أولاً: أن التمسك بهذا الوجه يقتضى الحكم بلزوم بدل الحيلولة فيما كان تعذر الوصول إلى المال من جهة حبس المالك و منعه عن التصرف فيه، كما أن التمسك به يقتضى الالتزام ببديل الحيلولة فيما كانت مدته الحيلولة قليله، مع أن القائلين ببديل الحيلولة لم يلتزموا به فى كلا الموردين.

ثانياً: أنه إن كان المراد من فوت السلطنه فوت منافع العين فلا شبهه فى كونها مضمونه على الغاصب، كما أن نفس العين مضمونه عليه، و لكن هذا بعيد عن بدل الحيلولة.

و إن كان المراد من ذلك فوت نفس السلطنه على العين فلا دلالة فى القاعده المزبوره على كون السلطنه الفائته مضمونه على الغاصب بداهه أن مفاد القاعده هو أن العين التالفه مضمونه على المتلف دون سائر الجهات.

أضف الى ذلك: أن هذه القاعده ليست بمدلول آيه أو روايه لكى تتمسك بإطلاقها، بل هى متصيده من أدله الضمان الوارده فى موارد خاصه، و عليه فلا بد من الاقتصار على الموارد المتيقنه: أعنى بها نفس العين التالفه.

#### **الوجه الرابع. قوله (صلى الله عليه و آله): على اليد ما أخذت حتى تؤديه،**

فإن أداء العين كما يكون بأداء البدل فى صورته التلف، كذلك يكون بأداء البدل فى فرض الحيلولة.

و يرد عليه أولاً: أن الحديث المزبور ضعيف السند، و غير منجر بشىء و قد عرفته فيما تقدم (1).

ص: ٢٠٧



ثانياً: أنه لو جاز التمسك به-هنا-لما يفرق فيه بينما كانت مده التعذر قليلة،و بينما كانت مدته طويله مع أن الفقهاء لم يلتزموا ببدل الحيلولة في الصورة الأولى ثالثاً:أنا ذكرنا في مبحث المقبوض بالعقد الفاسد أن قاعده ضمان اليد انما تدل على ثبوت العين في عهدت الغاصب بجميع خصوصياتها الفرديه و الصنفيه و النوعيه التي هي دخيل في الماليه.و ذكرنا-أيضاً-أن فقدان أیه خصوصيه من تلك الخصوصيات لا يوجب اضمحلال غيرها.

و عليه فإذا كانت العين موجوده لزم على الغاصب ردها مع تلك الخصوصيات بأجمعها،لاستحاله أدائها بدون تلك الخصوصيات.

و إذا تلفت حقيقه،كالا-حتراق و نحوه،أو صارت في حكم التلف في نظر أهل العرف،كالسرقه و الإباق و الاعتراف و الضياع و أشباهها مما يوجب اليأس عن الوصول إليها،إذا كان كذلك انتقل الضمان الى المثل.

و إذا تعذر المثل-أيضاً-مع مطالبه المالك حقه و جب على الغاصب أداء القيمة:أعنى بها الماليه الخالصه،و وقتئذ لا يجوز للمالك مطالبه المثل، و لا مطالبه العين بعد ارتفاع المانع عن الوصول إليها،و الا يلزم الجمع بين العوض و المعوض.

و هذا بخلاف ما إذا لم يوجب التعذر التحاق العين بالتالف،فإنه حينئذ ليس للمالك مطالبه البدل،و لا للغاصب أداء غير العين المغصوبه إلا مع التراضى نعم يجوز للمالك أن يطالب بالمنافع الفائته،فيكون المأخوذ بإزاء تلك المنافع بمنزله الأجره للعين في مده غيابها عن المالك،و لا شبهه في أن هذا كله غير مربوط ببدل الحيلولة،و اذن فلا وجه لإثباته بحديث ضمان اليد.

و قد اتضح لك مما تلوناه عليك:أنه لا يمكن الاستدلال على ثبوت

بدل الحيلولة بالروايات [١] الداله على ضمان التالف فى الأمانات المضمونه، كما صنعه المصنف. لأنها راجعه إلى صورته التالف، و محل بحثنا غير هذه الصوره

### **الوجه الخامس: دعوى الإجماع على ثبوت بدل الحيلولة مع تعذر وصول**

المالك الى ماله.

و يرد عليه: أنا لو سلمنا وجود الإجماع فى المقام و لكن يحتمل قريبا أن يكون مستنده هى الوجوه المتقدمه و اذن فلا علم لنا بوجود الإجماع التعبدى فى المقام.

ص: ٢٠٩

## ٢- هل يقيد ثبوت بدل الحيلولة بما إذا حصل اليأس من الوصول إلى

العين الغائبة،

أم يقيد بعدم رجاء وجدانها، أم لا يقيد بشيء منهما، بل يحكم بثبوت بدل الحيلولة بمجرد التعذر الفعلي، سواء أ علمنا بإمكان الوصول إليها بعد مدة طويلة، أم علمنا بالوصول إليها بعد مدة قصيرة يتضرر المالك بعدم الوصول إلى ماله في هذه المدة؟.

ذكر المصنف رحمه الله: أن ظاهر الأدلة التي استدلوها بها على ثبوت بدل الحيلولة هو اختصاص الحكم بإحدى صورتين الأوليين.

و لكن الاستفادة من فتاوى الأصحاب رضوان الله عليهم هو الصورة الثالثة. و يظهر ذلك من إطلاق قولهم: إن اللوح المغصوب في السفينه إذا كان نزع معرضا لتلف مال لغير الغاصب انتقل إلى قيمه حتى تصل السفينه إلى الساحل. و يؤيد هذا المعنى: أن فيه جمعا بين الحقين، انتهى ملخص كلامه.

و يرد عليه: أن ما استظهره من كلمات الفقهاء في مسأله اللوح المغصوب في السفينه و إن كان استظهارا وجهيا، و لكن لا دليل على حججه فتواهم للفقهاء الآخرين.

أما التأييد المزبور فلا فائده فيه، إذ لم يتضح لنا من الأدله المتقدمه جواز مطالبه المالك الغاصب ببديل الحيلولة في مده انقطاعه عن ماله و قد عرفته قريبا.

و لو أغمضنا عن ذلك، و لكن الصورة الأولى-: أعنى بها صورته يأس المالك من الوصول إلى ماله- لاحقه بالتلف الحقيقي، و قد تقدمت الإشارة الى ذلك قريبا، و إذن فلا وجه لجعل هذه الصورة من موارد بدل الحيلولة.

أما الصورتين الأخريين فيختلف الحكم فيهما باختلاف مدارك بدل الحيلولة، لأنه إن كان الدليل على ثبوت بدل الحيلولة هو الإجماع فالمتيقن منه إنما هو الصورة الأولى التي قد عرفت خروجها عن مورد البحث. وإن كان الدليل عليه هو قاعده السلطنه، أو قاعدتي لا ضرر، و ضمان اليد فقد عرفت أن مفادها ثبوت بدل الحيلولة بمجرد التعذر، سواء أ كان زمان التعذر طويلا، أم كان قصيرا، و عليه فجميع الصور المتقدمه داخله في محل البحث مع أنه بديهى البطلان، فان الفقهاء لم يلتزموا بثبوت بدل الحيلولة إلا فيما تعذر الوصول الى العين في مده طويله، لا مطلقا.

هل يعتبر التعذر العقلى في ثبوت بدل الحيلولة؟

### ٣- هل يعتبر التعذر العقلى في ثبوت بدل الحيلولة، أم لا؟.

لما فرغ المصنف من البحث عن الصور الثلاث السالفه نهض الى البحث عن اعتبار التعذر العقلى و عدمه في ثبوت بدل الحيلولة. و حاصل كلامه مع التوضيح الإجمالى: أن الظاهر من دليل السلطنه، و حديث ضمان اليد و قاعده نفى الضرر هو عدم اعتبار التعذر العقلى في ثبوت الضمان ببدل الحيلولة: بحيث لا- يتمكن الضامن عقلا من الوصول الى العين، بل يكفى في ذلك مجرد التعذر العرفى - و ان تمكن الغاصب من الوصول الى العين بالسعى فى مقدمات الوصول- و عليه فيحكم بثبوت بدل الحيلولة فى زمان السعى أيضا.

و لعله لأجل هذا المعنى قد أفتى الفقهاء رضوان الله عليهم بالانتقال إلى القيمه فى اللوح المغصوب فى السفينه مع إمكان الوصول اليه و لو بالسعى فى مقدمات إيصال السفينه إلى الساحل.

نعم قد عبر بعض الفقهاء عن عدم الوصول الى العين بكلمه (التعذر)

و لا شبهه فى ظهورها فى التعذر العقلى، و هذا هو الأوفق بأصالة عدم تسلط المالك على أزيد من إلزام الغاصب برد العين. ثم أمر بالتأمل.

و لعله إشاره الى أن الأصل المذكور محكوم بدليل السلطنة، و قاعدتى نفى الضرر، و ضمان اليد، و انه لا يفرق فى أدله بدل الحيلولة بين الزمان اليسير و الزمان القليل.

و قد ظهر لك مما تلوناه عليك فساد ما ذكره السيد رحمه الله فى حاشيته و إليك نصه:

(لا يخفى أن هذا ليس مطلباً آخر، بل هو نفس الوجه الأخير الذى أيدته بأن فيه جمعاً بين الحقين، كما أن تعبير البعض بالتعذر هو نفس الوجه الأول و هو اليأس من الوصول فلا وجه للتكرار).

و وجه الفساد: أن اليأس من الوصول الى العين أعم من التعذر العقلى فإذا اعتبر الثانى فى سقوط التكليف برد نفس العين، فمجرد اليأس-الذى هو الصورة الأولى من الصور الثلاث المتقدمه- لا يوجب سقوطه. كما أن اعتبار التعذر العرفى فى سقوط التكليف برد العين أعم من الصورة الأخيرة-و هى الحكم بثبوت بدل الحيلولة بمجرد التعذر الفعلى- و اذن فلا تكرار فى عبارته المصنف ما هو حكم القيمة مع تعذر الوصول الى العين

#### ٤- ما هو شأن القيمة مع تعذر الوصول الى العين، و هل للضامن إجبار

المالك حينئذ على أخذها؟.

لا شبهه فى أن العين إذا تلفت انتقل الضمان الى بدلها من المثل أو القيمة كما لا شبهه فى أن بقاء الضامن مشغول الذمه ضرر عليه، و اذن فيجوز له إجبار المالك على قبول حقه.

و لكن شيئاً من ذلك لا يجرى فيما نحن فيه، لأننا لو سلمنا تماميه الأدله المتقدمه الداله على ثبوت بدل الحيلوله، الا أنه لا دلالة فيها على جواز إجبار الضامن المالك على قبول البدل. و ليس هنا دليل آخر يدل على ذلك غير تلك الأدله.

و عليه فيتخير المالك بين قبول البدل و بين الصبر الى زمان زوال العذر.

بل هذا المعنى هو الذى تقتضيه قاعده السلطنه، ضروره أن المالك يستحق على الضامن العين بنفسها، و من الظاهر أن إجبار الضامن إياه على قبول بدلها خلاف سلطنته.

و هذا هو الذى أراداه المصنف من تمسكه بقاعده السلطنه فى المقام.

و ليس مراده من التمسك بها هو سلطنه المالك على امتناع قبول البدل مع كونه ملكا له لكى يتوجه عليه أنه ليس للمالك الامتناع من قبول ماله بدليل السلطنه و هذا ظاهر لا خفاء فيه.

قوله: (و كما أن تعذر رد العين فى حكم التلف، و كذا خروجه عن التقويم) أقول: قد تقدم حكم الخروج عن التقويم فى الأبحاث السابقه (1) و قلنا إن المدار فى ذلك على انتهاء أمد المالىه، غايه الأمر انه يحكم فى القيميات بضمان قيمه يوم الغصب، لصحيحه أبى و لاد المتقدمه.

هل يصير البدل المبذول ملكا لمالك العين؟

#### ٥- ما هو حكم البدل المبذول فهل يكون ذلك ملكا لمالك العين أم لا؟

ذكر المصنف ان المال المبذول يملكه المالك بلا خلاف، كما فى المبسوط و الخلاف و الغنيه و التحرير و ظاهرهم اراده نفى الخلاف بين المسلمين.

ص: ٢١٣

١-١ ص ١٦٨

ثم قال: (و لعل الوجه فيه أن التدارك لا- يتحقق الا بذلك، و لو لا ظهور الإجماع و أدله الغرامه فى الملكيه لاحتملنا أن يكون مباحا له إباحه مطلقه و ان لم يدخل فى ملكه، نظير الإباحه المطلقه فى المعاطاه على القول بها فيها، و يكون دخوله فى ملكه مشروطا بتلف العين. و حكى الجزم بهذا الاحتمال عن المحقق القمى رحمه الله فى أجوبه مسأله).

و لكن ناقش فى هذا الرأى المحقق و الشهيد الثانى.

فقال الأول فى محكى جامع المقاصد: (ان هنا إشكالا، فإنه كيف يجب قيمه و يملكها الآخذ و يبقى العين على ملكه، و جعلها فى مقابل الحيلولة لا يكاد يتضح معناه).

و قال الثانى: (ان هذا لا يخلو من اشكال من حيث اجتماع العوض و المعوض على ملك المالك من دون دليل واضح. و لو قيل بحصول الملك لكل منهما متزلزا، و توقف تملك المغصوب منه للبدل على اليأس من العين و ان جاز له التصرف كان وجهها فى المسأله).

و التحقيق: ان حكم هذه المسأله يختلف باختلاف مدرك بدل الحيلولة: فإن قلنا بأن مدركه قاعده نفى الضرر، فإنها تقتضى كون البدل مباحا للمالك، لا ملكا له، لأننا لو سلمنا شمول أدله نفى الضرر للأحكام العدميه، و لكنها لا تقتضى التشريع الا بالمقدار الذى يرتفع به ضرر المالك، و من البديهى أن تضرره انما كان من ناحيه عدم تمكنه من التصرف فى ماله، و هذا يرتفع بإباحه التصرف فى بدل الحيلولة مثلما يتصرف فى ملكه، فان دخول البدل فى ملك المالك ليس بدخيل فى ارتفاع ضرره.

و ان قلنا بأن مدرك بدل الحيلولة انما هو دليل السلطنه، أو قلنا بأن الغاصب قد فوّت على المالك سلطنته على ماله فيجب عليه تدارك هذه السلطنه

للمالك ان قلنا بذلك فلا يثبت للمالك أيضا إلا إباحه التصرف في البديل على النحو الذى يتصرف فى ملكه، لأنه لا دلالة فى دليل السلطنة الا على لزوم إعاده سلطنة المالك، الزائله و لا ريب فى حصول هذا المعنى بجواز تصرفه فى بدل الحيلولة و إن لم يصير البديل ملكا له.

و يتضح ذلك جليا بأن الملكيه أو السلطنة من الأحكام الوضعيه. و من البين أن الأحكام الشرعيه لا تقابل بالمال.

نعم مقتضى ذلك هو الالتزام بالملكيه الآنيه قبل التصرف المتوقع على الملك. و قد تقدم نظير ذلك فى المعاطاه على القول بإفادتها الإباحه المطلقه.

و قد يتوهم أن سلطنة المالك قد زالت مع الماليه القائمه بالعين. و من الواضح أنه لا يمكن إعاده السلطنة المزبوره إلا بإعاده نفس العين أو بإعاده ما يقوم مقامها فى الماليه، و عليه فلا بد من الالتزام بملكيه المالك تحقيقا للبديله.

و لكن هذا التوهم فاسد، إذ لا دليل على الملازمه بين إعاده السلطنة و بين إعاده العين أو إعاده ماليتها، بل تمكن اعاده السلطنة الزائله فى ضمن مال الغاصب ضروره أن السلطنة عباره عن القدره على تصرف المالك تصرفا سائعا، و لا ريب فى تحقق ذلك فى شىء آخر يقوم مقام ملك المالك.

و ان كان المدرك لبديل الحيلولة هو الإجماع فلا- شبهه فى أن المتيقن منه انما هو قيام البديل مقام المبدل فى خصوص التصرفات المالكيه، لا فى الملكيه.

و ان كان المدرك لذلك هو قاعده من أتلف فهى تقتضى صيروره البديل ملكا للمالك، بديهه أن الضمان لا يرتفع الا بذلك.

و ان كان المدرك لذلك هو قاعده ضمان اليد. فإنها تقتضى وجوب رد العين الى مالكها، و مع تلفها يلزم على الآخذ رد بدلها من المثل أو القيمه، و من الواضح أن مقتضى البديله هو كون البديل ملكا للمالك المبدل.



و بيان ذلك: أن المستفاد من قاعده ضمان اليد انما هو ثبوت العين في عهده الضامن بجميع شؤونها. و أنه يجب ردها الى مالكيها، و مع العجز عن ذلك من جهه التلف أو لتعذر الوصول إليها و جب على الضامن رد بدلها مع مطالبه المالك، و هذا البديل و ان لم يكن عين المبدل من جميع الجهات، و لكنه مثله في بعض الجهات، لما ذكرناه سابقا من أن المضمون على الضامن ابتداء بقاعده ضمان اليد انما هو العين الخارجيه بجميع خصوصياتها، و مع انتفاء بعض الخصوصيات يبقى بعضها الآخر مضمونا عليه، لأن اضمحلال أيه خصوصيه منها لا يوجب اضمحلال غيرها، و عليه فرد المأخوذ بالغصب و ان لم يمكن بتمام خصوصياته الا- انه يمكن ذلك فاقتدا لبعض الخصوصيات غير الدخيل في الماليه، و لا محذور فيه لكونه برضى المالك و إذن فلا يتحقق عنوان البدليه بأداء بدل الحيلوله إلا بقيام البديل مكان المبدل في الإضافه الملكيه.

و على الجملة: ان مقتضى قاعده ضمان اليد هو أن البديل-: أعنى به المثل أو القيمه- أمر كلى ينطبق على المبدل و البديل كليهما انطباق الكلى على أفراده و الطبيعى على مصاديقه، و عليه فلا- مناص عن الالتزام بصيروره بدل الحيلوله ملكا للمالك، و هذا واضح لا شبهه فيه.

هل يكون المبدل ملكا للضامن بإعطاء البديل؟

#### ٦- هل تنتقل العين الى الضامن بإعطاء البديل أم لا؟.

قد يقال بأن المضمون له يملك بدل الحيلوله، و الضامن يملك العين المتعذره، لاستحاله بدليه شىء عن شىء إلا بقيام البديل مكان المبدل فى جهه من الجهات، و تلك الجهه فى المقام هى الإضافه الملكيه.

وقد يقال بأن المالك يملك البديل، أما الضامن فلا يملك المبدل، لأن المأخوذ بعنوان البدليه ليس عوضا حقيقيا حتى تستحيل البدليه إلا بدخول العين المتعذره فى ملك الضامن، بل هو غرامه خالصه نظير ديه المقتول أو المجرورح و كالمبذول عند تلف العين. و من البين أن عنوان الغرامه لا- يستلزم خروج البديل من ملك الضامن و لا- دخول العين المتعذره فى ملكه لكى يكون ذلك معاوضه قهريه شرعيه.

و لكن التحقيق: أن كون العين المتعذره ملكا للضامن متفرع على كون البديل ملكا للمالك، فإنه بناء على صيروره البديل ملكا للمضمون له- كما تقتضيه قاعدتا من أتلف، و ضمان اليد- صار المبدل ملكا للضامن بالمعاوضه القهريه الشرعيه، إذ لو لا ذلك لزم اجتماع العوض و المعوض فى ملك مالك العين.

و من هنا ناقش المحقق و الشهيد الثانيان فى الالتزام بكون البديل غرامه خالصه من غير أن يكون المبدل ملكا للضامن، و لا أن يكون البديل ملكا للمالك. و قد تقدم كلامهما قريبا.

و يؤيد ذلك ما ورد[١] فى الدابه الموطوئه من إزام الواطى بأخذ الدابه و إعطاء ثمنها لمالكها.

ثم إنه تستخرج مما ذكرناه فروع مهمه، و هى ما يلى:

**١- أنه إذا توطأ أحد غفله بماء مغصوب، أو مقبوض بالعقد الفاسد.**

و التفت بعد الغسلات، و قبل المسحات بغصبيه الماء، فإنه بناء على دخول الماء فى ملك الضامن بعد أداء بدله يصح المسح بما بقى من رطوبه يده و يصح وضوؤه، و بناء على عدم دخول الماء فى ملك الضامن لا يصح مسحه بتلك الرطوبه، و لا يصح وضوؤه. هذا على تقدير أن الرطوبه الباقية باقيه على كونها ملكا بل مالا. أما إذا فرض أن الماء المستعمل فى الوضوء يعد من التالف عرفا جاز المسح بالرطوبه الباقية من غير فرق فى ذلك بين إمكان انتفاع المالك بتلك الرطوبه و عدم إمكانه.

**٢- أنه إذا غصب أحد خمرا محترمه لغيره، أو غصب دابه، و ماتت**

الدابه و انقلبت الخمر خلا،

فإنه على القول بوقوع المعاوضه القهريه بين البدل و المبدل كان الخل و ميته الدابه للضامن بعد أداء البدل، و إلا فهما للمضمون له.

**٣- أنه إذا خاط أحد ثوبه بخيوط مغصوبه،**

فإنه على القول بدخول الخيوط فى ملك الغاصب بعد أداء البدل جازت له الصلاه فى ذلك الثوب.

و كذلك التصرفات الأخرى، و الا فلا.

و يمكن التحاق تلك الخيوط بالتلف الحكمى، إذ لا يمكن ردها-غالبا-إلا بعد سقوطها عن المالىه بالنزع.

و قد حكى الجزم بعدم وجوب النزع عن مجمع البرهان، بل قال يمكن أن لا يجوز.

و لعله من جهة كون النزاع إتلافا للمال على مالكة فهو لا- يجوز. و يتضح الحكم بالتحاق ذلك بالتلف الحكمى فيما إذا كان المخيط بالخیوط المغصوبه جرح النفس المحترمه، أو ثوب غيره بحيث كان النزاع موجبا للتلف أو الضرر.

#### ٤- أنه لو غصب أحد دهنا و خلطه بطعامه

فإنه بناء على دخول المبدل فى ملك الغاصب-بعد رد بدله-جاز له التصرف فى ذلك الطعام،و إلا فلا يجوز التصرف فيه إلا برضى مالك الدهن.و إلى غير ذلك من الفروع التى ترد عليك فى مواضع شتى.

#### خلاصه البحث فى بدل الحيلولة

و صفوه الكلام من أول البحث عن بدل الحيلولة إلى هنا هى أن القاعده الأوليه تقتضى ثبوت العين المغصوبه أو ما فى حكمها فى عهده الغاصب بجميع خصوصياتها الدخيل فى المالىه.و إذا تلفت العين أو التحق بالتالف انتقل الضمان إلى المثل أو القيمه،فيكون ذلك بدلا حقيقيا عن العين التالفه،أو النازله منزله التالف.

و حينئذ فتخرج العين عن ملك مالكةا،و تدخل فى ملك الغاصب.

و إذا لم تتلف العين لا- حقيقه و لا- حكما،و لكن تعذر الوصول إليها فإن القاعده تقتضى ثبوتها فى عهده الغاصب الى زمان التمكن من أدائها.و إذن فليس للمالك إلا مطالبه اجره العين فى مده الحيلولة من الغاصب،إلا إذا رضيا بالبدل فإنه على هذا تتحقق المعاوضه الشرعيه بين البدل و المبدل،فيكون المدفوع بدلا حقيقيا عن العين.

نعم إذا دل دليل على كونه غرامه لا بدلا عن العين أخذ به،نظير ديه المقتول.

و لكنك قد عرفت المناقشه فى الأدله التى استدل بها على إثبات بدل الحيلولة بعنوان الغرامه.

و قد تجلى لك مما ذكرناه انحلال المناقشه المعروفه التى أوردوها على مسأله تعاقب الأيدي، و حاصل تلك المسأله: هو أن المغصوب منه يتخير فى أخذ البدل لماله بين الرجوع الى أى شخص من هؤلاء الغاصبين الذين تعاقبت أيديهم و لكن إذا رجع الى الغاصب الأول رجع الأول أيضا الى الثانى و هكذا حتى تنتهى سلسله الغصاب: و تثبت الغرامه على الغاصب الأخير الذى تلفت العين فى يده.

أما إذا رجع المالك فى ذلك الى الغاصب المتوسط لم يرجع هذا المتوسط الى الغاصبين السابقين، بل يرجع الى الغصاب اللاحقين.

و حاصل تلك المناقشه هو سؤال الفارق بين الصورتين.

و ملخص الجواب عنها: أن الغاصب الأول إذا أعطى البدل عن العين المغصوبه التالفه ملكها على الغاصب الثانى فيجوز له الرجوع اليه. و إذا رجع المالك الى الغاصب المتوسط لم يرجع هذا المتوسط الى سابقه لأنه لا يملك عليه شيئا، بل يرجع الى لاحقته.

و دعوى أن التالف أمر معدوم، أو بمنزله المعدوم فلا يقبل الملكيه دعوى جزافيه، لأن الملكيه من الأمور الاعتباريه، فلا محذور فى تعلقها بالأمور العدميه مع ترتب الأثر عليه كتعلقها بالأمور الوجوديه كذلك، و قد ذكر الفقهاء أجوبه أخرى عن تلك المناقشه، و لكن لا يرجع شىء منها الى معنى محصل يطمئن به القلب، و تركز اليه النفس، و سيأتى التعرض لتلك المسأله و أجوبتها.

ما هو حكم تمكن الغاصب من العين بعد إعطاء بدلها؟

#### ٧- لو تمكن الغاصب من العين المغصوبه بعد أداء بدلها لمالكها فهل يجوز

له الرجوع إليها أم لا.

الظاهر أن جواز الرجوع-هنا-الى العين و عدمه متوقف على أن ملكيه البديل لمالك العين ملكيه لازمه أو ملكيه جائزه، و على الأول فلا يجوز له ذلك، و على الثانى فلا بأس به. و قد تقدم نظيره فى مبحث البيع المعاطاتى و ذكرنا-هناك-أن القاعده تقتضى أن لا يرجع كل من المتعاطيين الى صاحبه فى المأخوذ بالمعاطاه، لكونه أكلا للمال بالباطل. و من البين أن ما ذكرناه-هناك-جار فى المقام أيضا.

نعم إذا لم نقل بصيروره العين ملكا للضامن لا بالمعاضه القهرية الشرعيه و لا بمعاضه غير قهرية جاز للمغصوب منه أن يرجع الى العين المغصوبه بعد خروجها عن التعذر. و لكن قد عرفت فساده قريبا. و قد اتضح لك مما ذكرناه فساد ما ذكره شيخنا الأستاذ من أنه(إذا ارتفع العذر و تمكن من رد العين الى مالكه و جب الرد فورا حتى على القول بالمعاضه القهرية الشرعيه، لأن حكم الشارع بالمعاضه مترتب على عنوان التعذر و يدور مداره.

ما هو حكم ارتفاع قيمه السوقيه

#### ٨- ما هو حكم ارتفاع قيمه السوقيه بعد أداء البديل؟

ذكر المصنف (أن مقتضى صدق الغرامه على المدفوع خروج الغارم عن عهده العين و ضمانها فلا يضمن ارتفاع قيمه العين بعد الدفع سواء أ كان للسوق أو للزيادة المتصله، بل المنفصله كالثمره، و لا يضمن منفعه فلا يطالب الغارم بالمنفعه بعد ذلك).

و عن العلامه فى التذكره و عن بعض آخر هو كون المنافع مضمونه على

الضامن، و قد قواه فى المبسوط بعد أن جعل الأقوى خلافه.

و التحقيق: أن المأخوذ بعنوان الغرامه إن كان بدلا عن العين المتعذره - كما يقتضيه دليل ضمان اليد- فلا شبهه فى انقطاع علاقه المالك عن العين، و صيرورتها ملكا للضامن بجميع شؤونها حتى النماءات المنفصله فضلا عن زياده قيمه السوقيه. و إن كان المأخوذ بدلا عن السلطنه الفائته- كما تقتضيه قاعده السلطنه- ضمن الغاصب جميع شؤون العين سواء أ كانت تلك الشؤون فائته أم لا- و حينئذ فالالتزام بكون المأخوذ بدلا عن السلطنه الفائته دون العين يناقض الحكم بعدم ضمان المنافع الفائته بعد دفع الغرامه و هذا ظاهر لا خفاء فيه.

### بحث فى أسباب الضمان

قوله: (سواء كان الذاهب نفس العين كما فى التلف الحقيقى). أقول: ملخص كلامه أن أسباب الضمان أمور أربعه:

الأول: أن يكون الضامن سببا لتلف العين حقيقه فيجب عليه أن يخرج من عهدها لأدله الضمان.

الثانى: أن يكون سببا لانقطاع سلطنه المالك عن ماله- كالاغتراق و الإباق و الضياع و أشباه ذلك- و قد عرفت أن هذا مورد لبدل الحيلولة.

الثالث: أن يكون سببا لزوال الأوصاف التى هى دخيل فى ماله العين مع انحفاظ العين بنفسها فى ملك مالكها و تسلطه عليها تسلط الملاك على أملاكهم و عليه فالضمان- هنا- بالماليه الخالصه فقط دون العين المغصوبه.

الرابع: أن يكون سببا لسقوط العين عن الماليه و الملكيه معا، بحيث لم يبق فيها للمالك إلا حق الاختصاص و الظاهر هو وجوب رد العين مع قيمه فى جميع الصور الثلاث الأخيره. و أن صيروره البدل ملكا للمغصوب منه

لا- تقتضى خروج العين المغصوبه عن ملكه أو متعلق حقه و دخولها فى ملك الضامن أو متعلق حقه فى جميع موارد الضمان انتهى ملخص كلامه.

أقول: أما القسم الأول فالحكم فيه ظاهر، فإنه إذا تلفت العين و انعدمت من أصلها لم يبق -هنا- مورد للملكيه، بل يكون اعتبارها لغوا محضاً. سواء أ قلنا بعدم انعدام الأشياء عن حقيقتها، بل إنما تتبدل صورها النوعيه بصور نوعيه أخرى كما عليه جمع من الفلاسفه أم قلنا بانعدامها رأساً، بداهه أن الأحكام الشرعيه غير مبتنيه على التدقيقات الفلسفيه.

نعم يصح اعتبار الملكيه على المعدوم مع ترتب الأثر على الاعتبار المزبور كما أشرنا إليه قريباً.

أما القسم الثانى فقد عرفت فيما تقدم أنه لا حق بالتلف الحقيقى، فلا وجه لجعله مورداً لبدل الحيلولة، كما صنعه المصنف.

أما القسم الثالث فظاهر المصنف رحمه الله: أن ماله العين المغصوبه تزول بزوال أوصافها الدخيل فى الماله، و لكن العين لا تخرج بذلك عن ملك مالكاها. و حينئذ فيتوجه عليه ما ذكره السيد و إليك نصه:

(لا يخفى أنه مع الخروج عن التقويم لا معنى لبقائها على صفه الملكيه فإن الرطوبه الباقيه نظير القصعه المكسوره. فإنه لا يقال: إن أجزاءها باقيه على ملك مالكاها مع عدم فائده فيها إلا نادراً).

و التحقيق: أن يوجه كلام المصنف بأن العين المضمونه إما أن يفوت بعض منافعها عند الضامن، أو جميعه.

و على الأول فيلزم على الضامن أداء قيمه المنافع الفائته، لقاعده ضمان اليد.

نعم قد دلت الروايه المعتبره-تقدمت هذه الروايه قريباً- على ضمان



الواطى للدابه بقيمتها،مع أنها لا تسقط بذلك عن المالىه.و لكن لا يجوز التعدى عن موردها الى غيره.

و على الثانى فقد يزول الانتفاع من العين على وجه الإطلاق،بحيث لا- يمكن الانتفاع منها بوجه.وقد يزول الانتفاع منها مستقلا:أى لا يمكن الانتفاع من العين بنفسها بلا انضمامها إلى شىء آخر،أما إذا ضممنها إلى غيرها أمكن الانتفاع منها كحبه من الحنطه المغصوبه،فإنه لا يمكن الانتفاع منها بنفسها،و لكن يمكن الانتفاع منها مع ضمها الى غيرها.

و من ذلك أيضا الورق الذى كتبت فيه قصيده راقيه،فإنه إذا غصبه الغاصب و مزقه لم يمكن الانتفاع من قطعاته الممزقه،إلا أن فيها أهم الانتفاع إذا انضم بعضها الى بعض.

و على الأول فاعتبار الملكيه فى العين لغو محض كما هو واضح.

و على الثانى فلا يكون الاعتبار المذكور لغوا،و هذا هو مراد المصنف و الله العالم.و حينئذ فالعين المغصوبه ملك للضامن،لا للمالك لما عرفته قريبا من تحقق المعاوضه القهرية الشرعيه بينها و بين البدل الذى أعطاه الضامن للمالك.

### **بحث فى حق الاختصاص و وجه ثبوته**

أما القسم الرابع:-أعنى به سقوط العين عن المالىه و الملكيه معا-فلا شبهه فى أن المتلف يضمن بدل العين من المثل أو القيمه.و هذا ظاهر.

ثم انه إذا سقطت العين عن المالىه و الملكيه معا فلا- شبهه فى بقاء حق الاختصاص فى تلك العين للضامن كما هو المختار عندنا،أو للمالك كما هو المختار عند المصنف.و انما البحث فى منشأ هذا الحق،مع ان العلاقه الثابته بين المال و مالكة-و هى الإضافه الملكيه-قد زالت على الفرض،و لم تحدث هنا علاقه أخرى لكى نسميها بحق الاختصاص.و مع الشك فى حدوثها فأصالة

## و تحقيق البحث هنا يقع فى نواحى شتى:

### الناحيه الأولى: فيما استدل به على منشأ حق الاختصاص.

و قد استدل عليه بوجوه عديده:

### الوجه الأول: أن حق الاختصاص سلطنه خاصه فى الأموال فى عرض

الملكيه و قبالتها،

فإذا زالت الملكيّه عن مستقرها بقى الحق على حاله، ضروره أن كلا منهما ناشئ من سبب خاص، لا صلّه لأحدهما بالآخر.

و يتوجه عليه: أن هذه الدعوى و إن كانت ممكنه فى مقام الثبوت و لكن لا دليل عليها فى مقام الإثبات.

### الوجه الثانى: أن حق الاختصاص مرتبه ضعيفه من الملكيّه،

فإذا ارتفعت الملكيّه بحدّها الأقوى بقيت منها المرتبه الضعيفه التى نسميها بحق الاختصاص، بديهه أن المرتبه القويه و إن كانت تستلزم المرتبه الضعيفه فى الثبوت، و لكنها لا تستلزمها فى الزوال، و يتضح ذلك بملاحظه الألوان و الكيفيات، حيث تزول عنها المرتبه الشديده، و تبقى المرتبه الضعيفه على حالها.

و يرد عليه: أن الملكيّه سواء أ كانت حقيقه أم كانت اعتباريه ليست بقابله للشده و الضعف، و إنما هى أمر بسيط، فإذا زالت زالت برأسها، و عليه فلا يبقى -هنا- شئ لكى يسمى بحق الاختصاص.

أما ما ذكره غير واحد من الأعلام كالسيد و غيره من أن الحق مرتبه ضعيفه من الملك. فلعل مرادهم من ذلك هو أن الملك و الحق كليهما من مقوله السلطنه، و لكن الملك سلطنه قويه، و الحق سلطنه ضعيفه، بمعنى: أن صاحب الحق مالك لشئ يرجع أمره إليه كمالكيه الملاك لأملاكهم. و بديهه أن هذا

المعنى أمر آخر وراء اختلاف حقيقه الملك بالشده و الضعف، و الكمال و النقص نظير اختلاف الألوان و الكيفيات بذلك، و إذن فشان المقام شأن تسميه الرجحان الضعيف- فى مبحث الأوامر- استجابا و الرجحان الشديد و جوبا، و هكذا تسميه المرجوحه الضعيفه- فى باب النواهي- كراهه، و المرجوحه الشديده حرمه، و هذا شىء آخر غير كون الاستجاب مرتبه ضعيفه من الوجوب، و كون الكراهه مرتبه ضعيفه من الحرمة و هذا ظاهر.

### **الوجه الثالث: أنه ثبت فى الشريعه المقدسه حرمه التصرف فى مال**

غيره إلا بطيب نفسه و رضاه.

و قد دلت على ذلك السيره القطعيه و جمله من الأخبار (1) فإذا ارتفعت الملكيه و الماليه، و لكننا شككنا فى ارتفاع الحكم المذكور، فان الاستجاب يقتضى الحكم ببقائه.

و لكن يتوجه عليه: أن موضوع الحكم بحرمة التصرف فى مال غيره فى السيره و الروايات- إنما هو عنوان مال الغير و عنوان مال المسلم. و من الواضح أن الشىء إذا سقط عن الماليه سقطت عنه حرمه التصرف أيضا.

لاستحاله بقاء الحكم بعد زوال موضوعه، بل يرتفع الحكم المزبور و إن كان ذلك الشىء باقيا على ملكيته، إذ لم يدلنا دليل على حرمه التصرف فى ملك غيره كدلالته على حرمه التصرف فى ماله، و عليه فيسقط الحكم المذكور عن الشىء مع بقاءه على صفه الملكيه، و كيف إذا زالت عنه الملكيه أيضا.

نعم إذا كان الموضوع فى الاستصحاب ذات المال المضاف الى الغير أعنى به الماده و الهيولى جرى الاستصحاب هنا، ضروره بقاء الهيولى بعد تبدل الصوره النوعيه الأولى بصوره نوعيه اخرى.

و لكن يتوجه عليه: أن مثل هذه الموضوعات ليست بأمور عرفيه

ص: ٢٢٤

---

(١-١) قد ذكرنا هذه الروايات فى الجزء الثانى ص ١٣٨.

لكى يجرى فيها الاستصحاب، بل هى أمور فلسفيه، و من الظاهر أن الأحكام الشرعيه لا تبتنى على التدقيقات الفلسفيه.

و من هنا اتضح لك فساد ما ذكره المصنف، فإنه بعد ما ناقش فى الاستصحاب قال: (إلا أن يقال: إن الموضوع فى الاستصحاب أمر عرفى).

أضف الى ذلك: أن الاستصحاب لا يجرى فى الأحكام الكليه الإلهيه لمعارضتها دائما بأصالة عدم الجعل، و قد حققناه فى علم الأصول.

### **الوجه الرابع: دعوى الإجماع على بقاء حق الاختصاص فى الأعيان**

بعد زوال ملكيتها.

و لكن هذه الدعوى جزافيه، لأن إثبات الإجماع التبعدى هنا مشكل جدا، إذ من المحتمل أن المجمعين قد استندوا فى ذلك الى الوجوه المزبوره، و اذن فلا يكون الإجماع-هنا- إجماعا تبعديا مستندا إلى رأى المعصوم عليه السلام

### **الوجه الخامس: دلالة المرسله المعروفه بين الفقهاء (من حاز ملك) وقوله (صلى الله عليه و آله)**

(من سبق الى ما لم يسبقه اليه مسلم فهو أحق به)

على ثبوت حق الاختصاص فى الأشياء التى سقطت عنها المالىه.

و الجواب عن هذا الوجه: أن حديث الحيازه و ان اشتهر بين الفقهاء و لكننا لم نجدها فى أصول الحديث للخاصه و العامه و الظاهر أنه قاعده فقهيه متصيده من الروايات الوارده فى الأبواب المختلفه كإحياء الموات و التحجير و غيرهما.

و لو سلمنا كون ذلك روايه و لكن لا دلالة فيه الا على ثبوت مالكيه المحيز للمحاز فلا صلح له بما نحن فيه.

و يضاف الى ذلك أنه مرسل فلا يمكن الاستناد إليه فى إثبات الحكم الشرعى أما حديث السبق فيتوجه على الاستدلال به أولا أنه ضعيف السند

و غير منجبر بشىء.

ثانياً: انه مختص بالمباحات الأصلية، و بالأموال التى أعرض عنها ملاكها -على القول بجواز اعراض المالك عن ماله- و بسائر الموارد المشتركة بين المسلمين، بأن يكون لكل واحد منهم حق الانتفاع بها- كالأوقاف العامه من المساجد و المشاهد و المدارس و الرباط و غيرها- فإذا سبق إليها أحد من الموقوف عليهم، و أشغلها بالجهد التى انعقد عليها الوقف حرمت على غيره مزاحمته فى ذلك.

و إذا عممناه إلى موارد الحيازه فإنما يدل على ثبوت الحق الجديد للمحيز فى المحاز، و لا يدل على بقاء العلقه بين المالك و ملكه بعد زوال الملكيه.

فتحصل أن الحديث المذكور أجنبى عما نحن فيه بالكليه لأن شيئاً من موارد لم يحرز فى المقام و على هذا فلو حاز أحد ميتة حيوان لأحد و شك فى كونها ملكاً له أم لا فإن الأصل عدم صيرورته ملكاً له.

إلا- أن يقال: إن موضوع دليل السبق إنما هو الشىء الذى لا- يكون مورداً لحق أحد أو ملكه فإنه حيثئذ يمكن إحراز ذلك بالأصل. و لكن دون إثباته خرط القتاد.

و التحقيق: أن حق الاختصاص أمر ثبت بالسيره الشرعيه و العقلائيه فإنها قائمه على ثبوت ذلك للمالك فى أملاكهم التى سقطت عن المالىه و الملكيه بالجهات العارضه، كالماء على الشط و الحيوان المملوك إذا مات، و الأراضى المملوكه إذا جعلها الجائر بين الناس شرعاً سواء، كان يأخذها من ملاكهم غصباً و يجعلها طرائق و شوارع، كما هو مرسوم البلدان فى العصر الحاضر. و قد قامت السيره الشرعيه و العقلائيه على المنع عن مزاحمه الأجانب عن تصرف الملاك فى أشباه الأمور المزبوره ما لم يعرض عنها ملاكها.

ص: ٢٢٨

و من هنا لو مات حيوان أحد ثم احتىى بدعاء نبى أو وصيه، فإنه لا يتوهم أحد كونه من المباحات الأصلية، و ان المالك و غيره متساويان فيه، بل يحكم العقلاء و المتشرعه بأن ذلك الحيوان ملك لمالكة الأصلى. و كذلك الخل إذا صار خمرا ثم عاد خلا و هذا واضح لا يحتاج إلى مزيد بيان و إقامة برهان.

ما هو حكم المغصوب إذا خرج عن صورتها النوعيه ثم رجع إليها؟

### **الناحيه الثانيه: أنه إذا أخذ الغاصب مال غيره. ثم أخرجه عن صورته**

النوعيه الأولى إلى الصوره النوعيه الأخرى. ثم أرجعه إلى سيرته الأولى،

فهل يضمن بدله من المثل أو القيمه، أم يجب عليه وقتئذ رد العين المغصوبه بنفسها؟.

و مثال ذلك هو أن يغصب خل غيره فصيروه خمرا، ثم انقلبت الخمر خلا.

قد يقال بضمان البدل بداهه أن المغصوب غير موجود بعينه، لانعدامه بزوال صورته النوعيه، و الموجود ثانيا غيره، لتخلل العدم بينهما، و من البين أن المعدوم لا يعاد.

و قد يقال بضمان العين نفسها، لأن الموجود ثانيا عين الأول فى نظر أهل العرف.

و التحقيق: أن-هنا-مسألتين: إحداهما قبل أداء البدل. و الثانيه بعد أدائه.

أما المسأله الأولى فالظاهر انه يجب على الغاصب أداء العين نفسها، لما ذكرناه مرارا من أن الثابت فى الذمه ابتداء إنما هو نفس العين، فيجب عليه ردها على مالكةا، و إذا تلفت العين انتقل الضمان الى بدلها من المثل أو القيمه و من الظاهر أنه إذا عادت العين ثانيا فثبوت الضمان فيها أولى من ثبوته فى بدلها لكونها جامعته لجميع الخصوصيات التى كانت موجوده فى العين المغصوبه بداءه و لا يفرق فى ذلك بين كون العائد عين الأول أو غيره.

أما المسأله الثانيه فالظاهر أنها من صغريات ما أسلفناه قريبا من أن العين إذا تلفت و أعطى الغاصب بدلها للمالك سقط ضمانه بنفس العين على وجه الإطلاق و ان رجعت ثانيا الى نظام الوجود.

و الوجه فى ذلك:هو أن أدله الضمان من السيره و غيرها قد سقطت كلها بمجرد أداء البدل.و ليس-هنا-دليل آخر يقتضى الضمان بالعين ثانيا.

ما هو حكم حق الاختصاص بعد أداء البدل؟

### **الناحيه الثالثه:أنك قد عرفت قريبا ثبوت حق الاختصاص فى العين**

التي سقطت عن الماليه،و خرجت عن الملكيه،

ولا-ريب فى أن هذا الحق للمالك قبل أن يأخذ البدل من الغاصب.و انما البحث فى أن الحق المزبور هل ينتقل الى الغاصب بعد أداء البدل أم يبقى للمالك فقط؟.

ظاهر المصنف هو الثانى و أيد رأيه هذا بأنه لو صار الخل المغصوب خمرا ثم انقلبت الخمر خلا-لوجب رده الى مالكة بلا خلاف فى ذلك.

و وجه التأييد،أن لزوم رد الخل المزبور الى مالكة ليس إلا من جهة بقاء حقه فيه الذى يسمى بحق الاختصاص.

و قد أجاب شيخنا المحقق عن هذا التأييد بأن وجوب رد الخل الى مالكة لا يكشف عن بقاء حق الأولويه فيه،بل ليس هذا إلا من قبيل عود الملك الى مالكة،فيكون من باب رد الملك،لا من باب رد ما يكون للمالك أولى به.

و السر فى ذلك أن الملكيه يتسبب من الأسباب العديده-كالإيرث و البيع و الهبه و الصلح و الحيازه-و من المعلوم أن هذه الأسباب إذا اقترنت بمانع سقطت عن التأثير،و إذا ارتفع ذلك المانع أثرت أثرها و عليه فما يقتضى

حدوث الملكية-في المثل المزبور-من العقد و غيره باق على حاله،و لكنه سقط عن التأثير بقاء لاقترانه بالمانع و هو انقلاب الخل خمرا،فإذا زال المانع أثر المقتضى أثره من دون أن يثبت-هنا-حق الأولويه عند سقوط المقتضى عن التأثير.انتهى ملخص كلامه.

و الجواب عن ذلك:أن الملكية من الأحكام الشرعيه و هى غير مسببه عن الموجودات الخارجيه،و إنما هى فعل اختيارى للمولى و تابع لكيفيه جعله من حيث السعه و الضيق،و عليه فاسراء أحكام المقتضيات الخارجيه و الموانع التكوينييه إلى الأحكام الشرعيه بلا- موجب،بل المتبع فى هذه الموارد دلالة الدليل،و من الواضح أن الدليل قد دل على أن الخل يملك بالهبه و الإرث و نحوهما،و لكنه إذا انقلب خمرا خرج عن الملكية و حيثئذ فلو عاد الى حالته الاولى كان الحكم بملكيتيه للمالك الأول محتاجا الى دليل و هو منفى فى المقام.

هل يعود البديل الى الضامن بعد تمكنه من المبدل؟

#### ٩- هل الغرامه المدفوعه تعود الى الغارم بمجرد طرو التمكن؟.

ذكر المصنف أنه إذا تمكن الغاصب من رد العين المغصوبه إلى مالكها وجب عليه ذلك وجوبا تكليفيا فقط.و لا تكون عليه عهده جديده بالنسبه إلى العين وراء العهده السابقه التى أفرغها بأداء البديل و إذا أعطاه مالكها الأول عادت الغرامه إلى ملك الضامن ثانيا،لأنها كانت بدلا عن السلطنه الفائته، و المفروض عودها إلى مالكها برد العين،و لو تسامح الضامن فى دفع العين بعد تمكنه منها لجاز للمالك مطالبتها،لعموم قوله(صلى الله عليه و آله):إن الناس مسلطون على أموالهم و لا يجوز للضامن حبس العين و مطالبته بالغرامه من المالك لأن



البدل انما كان بدلا عن السلطنة الفائته لا عن القدره على دفع العين فمتى ما لم ترجع السلطنة لا يكون للضامن حق فى مطالبه الغرامه. و إذا تلفت العين قبل دفعها الى مالکها استقر ملك مالکها على الغرامه.

أقول: قد عرفت فيما سبق آنفا: أن الالتزام بصيروره الغرامه بدلا عن نفس العين لا يتفق مع الالتزام بجواز مطالبه المالك العين من الغاصب بعد التمكن منها، فان ذلك التزام بالمتناقضين، فإذا كان دليل بدل الحيلولة ما يقتضى تحقق المعاوضه بينه و بين العين - كدليل ضمان اليد و نحوه - فلا شبهه عندئذ فى انقطاع حق المالك عن العين انقطاعا دائما، و لا يجوز له أن يطالبها من الضامن فى أى وقت من الأوقات.

نعم إذا كان المدرك لذلك ما يقتضى وقوع البدل بإزاء السلطنة دون العين و جب على الغاصب رد العين على مالکها بمجرد تمكنه منها، و جاز للمالك أن يطالبه بنفس العين، لعدم تحقق المعاوضه بينها و بين البدل لكى يمنع ذلك عن وجوب رد العين على مالکها.

و لكنه مع ذلك لا يجوز للمالك أن يتصرف فى البدل فى فرض جواز مطالبته بنفس العين، لأننا لو سلمنا كون البدل بدلا عن السلطنة الفائته، إلا انه بدل عنها حال التعذر من مطالبه العين، لا مطلقا، فإذا ارتفع التعذر زالت البدليه. و من ثم إذا حصل التعذر ثم ارتفع قبل أداء البدل لم يكن للمالك مطالبه البدل بلا إشكال.

و على ذلك فلا بد من الالتزام برجوع البدل الى ملك الغاصب، و ضمان الغاصب العين بضمان جديد بالمثل أو القيمه.

قوله: (و لذا لا يباح لغيره بمجرد بذل الغرامه). أقول: غرضه من هذه العبارة أن بدل الحيلولة إنما هو بدل عن السلطنة على الانتفاع من العين التي فاتت بتعذر العين، لا أنه بدل عن مطلق السلطنة حتى السلطنة على المطالبة لكي يسقط ذلك -أيضا- بعد تمكن الضامن من رد العين. و لذا لا يجوز لغير المالك أن يتصرف فيها بمجرد بذل الغرامه و بدل الحيلولة.

و على هذا فلا تنافى هذه العبارة مع ما ذكره رحمه الله سابقا من أن البديل بدل عن السلطنة، فإن مراده فى كلا الموضوعين هو ما ذكرناه.

ثم إنك قد عرفت أنه على القول بثبوت بدل الحيلولة فإنه لا يثبت إلا فى الموارد التي يتعذر الوصول الى العين، بحيث لا يتمكن المالك من الانتفاع بها، و قد تقدم ذلك قريبا. و هذا لا -يجرى فى صورته امتزاج العين بعين أخرى، ضروره إمكان الانتفاع بها، غاية الأمر كون العين الممتزجه مشتركة بين المالكين و عليه فيجب على الغاصب إعطاء الأرش للمالك، لأن الشركه عيب فى العين المغصوبه.

ثم إن المناط فى ثبوت بدل الحيلولة -على القول به- إنما هو عدم تمكن الغاصب من رد العين على مالكها سواء أ كان المالك بنفسه متمكنا من ذلك أم لا، ضروره أن وضع اليد على مال الغير سبب لثبوت ضمانه على الآخذ، لقاعده ضمان اليد، و إذا تلف و جب عليه بدله الحقيقى من المثل أو قيمه، و مع ضياعه أو اغترافه فى البحر و جب عليه بدل الحيلولة. و اذن فتمكن المالك من الوصول الى ماله لا يرفع الضمان عن الغاصب و هذا واضح لا ريب فيه.

#### نقل الأقوال حول تصرفات الصبى

قوله: (المشهور كما عن الدروس و الكفايه بطلان عقد الصبى).

أقول: المشهور بين أصحابنا رضوان الله عليهم هو بطلان عقد الصبى:

فعن الشيخ فى المبسوط و الخلاف: أنه لا يصح بيع الصبى، و لا شراؤه أذن له الولى أم لم يأذن.

و عن الغنيه دعوى الإجماع على ذلك.

و عن العلامه فى التذكرة: أن الصبى محجور عليه بالنص و الإجماع، سواء أ كان مميزاً أم لا، و هو محجور عن جميع تصرفاته الا ما استثنى، كعباداته و إسلامه و إحرامه و تدبيره و وصيته و إيصال الهديه و اذنه فى الدخول على خلاف فى ذلك.

و عن الشهيد: أنه نسب الى المشهور بطلان معاملات الصبى.

نعم عن الشيخ و بعض آخر: أنه يجوز بيع الصبى إذا بلغ عشر سنين.

أما جواز تصرفه عند العامه ففيه تفصيل المذاهب [١].

هل يقبل إسلام الصبى، و أنه يخرج بذلك عن تبعه العمودين الكافرين أم لا؟.

قد ذهب الى هذا الرأى جمع من الأصحاب. و خالف فيه صاحب الجواهر، حيث أنكر توجه الواجبات العقلية الأصوليه على الطفل، كما أن الواجبات الشرعيه لا تتوجه عليه، بل نسب القول بذلك الى الاجتهاد فى مقابل النص، ثم قال: و أما قبول إسلام على (عليه السلام) فهو من خواصه. انتهى ملخص كلامه.

و قد عرفت فى الحاشيه- عن الشافعيه: أنه إذا نطق ولد الكافر بالإسلام لم ينفع إسلامه.

و لكن الظاهر هو الأول. و ذلك لأن الكفر و الإسلام أمران واقعيان يصدران من كل مميز و إن لم يكن بالغاً، و من هنا يعنون ولد الكافر

بعنوان أبيه، و يطلق المجوسى على ولد المجوسى. و يقال النصرانى لولد النصرانى.

و يطلق اليهودى على ولد اليهودى. و هكذا كما أنه يطلق المسلم على ولد المسلم.

و يضاف الى ذلك: أن الإسلام يدور مدار الإقرار بالشهادتين، و بذلك يحرم ماله و دمه. و الروايات الداله على هذا متظافره من

الفريقين [١]

ص: ٢٣٦

فإن إطلاق هذه الروايات يشمل البالغ وغيره. إذ لا ينبغي الإشكال في قبول إسلام الصبي المميز، والحكم بترتب أحكام الإسلام عليه، لأن المدار في ذلك إنما هو إظهار الشهادتين، بل قد يكون بعض الأطفال أقوى إيماناً من أكثر البالغين، و متمكناً من الاستدلال على وجود الصانع، وإرساله الرسل وإزاله الكتب على نحو لا يتمكن منه إلا الخواص.

نعم لا تترتب الأحكام الإلزامية على صغارهم و ان كانوا مميزين، وهكذا طفل المسلم إذا ارتد عن دينه، وذلك لرفع القلم عن الصبي حتى يحتلم، كما ارتفع قلم التكليف عن أولاد المسلمين ما لم يصلوا الى حد البلوغ.

و على الجملة: إن مقتضى الإطلاقات هو الحكم بإسلام الصبي المميز إذا أظهر الإسلام، كما أن مقتضاها هو الحكم بكفر ولد المسلم إذا أظهر الكفر، و كان مميزاً. نعم لا يحكم عليه بأحكام الارتداد، لرفع القلم عنه.

قيل: إن الحكم بإسلام ولد المسلم و كفر ولد الكافر ليس من جهة الاعتناء بإسلام الأول، و لا من جهة الاعتناء بكفر الثاني، بل لأجل التبعية التي هي من المسلمات بين الفقهاء، و من محكمات الفقه التي لا تشوبها شائبة خلاف، بل ادعى غير واحد من الأعلام الإجماع على ذلك.

و يضاف الى ذلك قيام السيره المستمره على ترتب آثار الكفر على أولاد الكفار من الأسر و التملك و نحوهما.

على أن ذلك مقتضى جملة من الروايات [١].

و الجواب عن ذلك: أن المقدار المتيقن من الإجماع و السيره إنما هو الطفل غير المميز، و الذي لا يتمشى منه الإسلام و الكفر.  
أما ولد الكافر المميز المظهر للإسلام فلا إجماع و لا سيره على المعامله معه معاملة الكفر. و كذلك ولد المسلم إذا أظهر الكفر و هو مميز، فإنه لا دليل على المعامله معه معاملة الإسلام من الحكم بطهارته، و وجوب تجهيزه إذا مات.

أما الروايات المتقدمه فهي لا تتفق و مذهب الإماميه، بديهه أن كل أحد إنما يؤاخذ بعمل نفسه: إن خيرا فخير، و إن شرا فشر، فالله تعالى لا يؤاخذ عبدا بمجرد علمه بأنه يعمل المعاصي، و يرتكب الخبائث، بل لا بد و أن يتركه حتى يبلغ، و يختبر، ثم يؤاخذه بعمله لكي لا تكون له على الله حجه، بل تكون لله عليه الحجه البالغه، و يهلك من هلك عن بينه، و يحيى من حي عن بينه.

و من هنا قد ورد فى روايات كثيره [١] أن الله تعالى يمتحن الأطفال

ص: ٢٣٩



الذين ماتوا قبل أن يبلغوا بالنار. ولا يلحقون بآبائهم بغير حجه و امتحان لأنه تعالى لا يعذب خلقا بلا حجه.

و لو سلمنا موافقه الأخبار المذكوره مع مذهب الإماميه. و لكن لا نسلم دلالتها على كون أولاد الكفار كفارا، و أولاد المسلمين مسلمين من جهه التبعية، بل مفادها أن مداخل أولاد الكفار مداخل آبائهم في دار الآخرة، و أنهم يعاقبون معهم في الجحيم، لأن الله تعالى يعلم أن أولاد الكفار كآبائهم في خبث الباطن، و سوء السريره، و فساد النيه، و ارتكاب القبائح، كما أن أولاد المؤمنين مداخلهم مداخل آبائهم، لأنه تعالى يعلم أنهم كآبائهم في حسن نياتهم، و صفاء باطنهم، و صدور الخير منهم. و لا شبهه في أن هذا المعنى غير مربوط بالتبعيه المزبوره.

و ربما يتوهم: أن حديث رفع القلم عن الصبي حتى يحتلم (سند كره قريبا) كما يدل على رفع الأحكام الفرعيه- كوجوب الصوم و الصلاه و الحج و غيرها- كذلك يدل بإطلاقه على رفع الأحكام الأصلية- أيضا- و عليه فلا اعتبار بكفر الأطفال، و لا بإسلامهم.

و الجواب عن ذلك: أن حديث رفع القلم عن الصبي إنما يدل على رفع الأحكام الإلزاميه عن الصبي امتنانا عليه، فلا- يشمل إسلامه، إذ ليس في رفعه منه عليه، و كذلك كفره فإنه لا يرتفع بحديث الرفع، فان الحكم بكفره و نجاسته- مثلا- موضوع لأحكام إلزاميه بالنسبه إلى المكلفين، و لا ترتفع تلك الأحكام بحديث الرفع.

نعم الأحكام الإلزاميه المترتبه على الكفر ترتفع عن الصبي لا محاله.

و من هنا لا يحكم عليه بأحكام الارتداد، فلا تبين زوجته منه -مثلا- ما لم يبلغ مرتدا.

و مما ذكرناه ظهر لك: أنه لو ارتد ولد المسلم ثم مات لم يجب تغسيله، و لا سائر تجهيزاته، فإنها مترتبة على الإسلام، و المرتد ليس بمسلم.

هل ترتفع عن الصبي بحديث الرفع -الأحكام الفرعية التي هي كالأسباب بالنسبة إلى مسبباتها- كالنجاسة و الجنابة و نحوهما -أم لا.

الظاهر أنها لا ترتفع بالحديث المزبور، لأن الحكم المرفوع بذلك لا بد و أن يكون مترتبا على فعل الصبي بما هو فعله، و حينئذ فلا -يشمل ذلك أمثال الأمور المذكورة، لأنها مترتبة على عنوان خاص. كالنجاسة المترتبة على عنوان الملاقاه، و الجنابة المترتبة على عنوان الوطى.

و عليه فإذا لاقى بدن الإنسان جسما نجسا جهلا -لم يمكن الحكم بعدم تأثير النجاسة فيه من ناحية حديث الرفع، فان تنجس الملقى لم يترتب على الملاقاه بما هو فعل الإنسان، لكي يرتفع ذلك بحديث الرفع، بل هو مترتب على نفس الملاقاه.

و من هنا لا يفرق في تحقق النجاسة بين كون الملاقاه بالإرادة و الاختيار و بين كونها بالجهل، أو الغفلة، أو النسيان، أو بالقهر.

### هل تصح عبادات الصبي؟

#### إشارة

العبادات إما واجبه أو مستحبه:

#### أما العبادات المستحبه

فلا شبهه في صحتها عن الأطفال لأن أدلتها تشملهم كشمولها للبالغين، و هذا ظاهر لا شبهه فيه.

ص: ٢٤١

و إنما البحث فى أنه هل-هنا-تناف بين أدله المستحبات، و بين ما دل على رفع القلم عن الصبى لى يقدم الثانى على الأول بالحكومته أم لا-؟ الظاهر أنه لا- تنافى بينهما. ضروره أن المراد من رفع القلم إنما هو قلم التكليف، و من البين أنه لا تكليف فى المستحبات حتى يرتفع بذلك.

و قد يتوهم: أن المراد من رفع القلم هو رفع الكتابه و الجعل بمعنى:

أنه لم يكتب عليهم حكم من الأحكام الشرعيه، فالحكومته على حالها.

و لكنه توهم فاسد، لأنه خلاف الظاهر من دليل رفع القلم عن الصبى لأنه إنما ورد فى مقام الامتنان، و من الظاهر أنه لا امتنان فى رفع المستحبات

### أما العبادات الواجبه

فربما يتوهم: أن المرتفع منها بدليل رفع القلم عن الصبى إنما هو الإلزام فقط، و أما مطلوبيتها فهى باقيه على حالها، و عليه فتصح عبادات الصبى.

و لكن يتوجه عليه: أن قلم الرفع إنما تعلق بما تعلق به قلم الوضع، و من الواضح أن المجعول أمر بسيط غير قابل للتقسيم. و كذلك المرفوع.

بل قد ذكرنا فى محله: أن صيغه الأمر و ما فى معناها موضوعه لا يبراز اعتبار الماده على ذمه المكلف فقط، و أما الوجوب فإنه نشأ من ناحيه العقل الحاكم بوجوب إطاعه المولى ما لم يرخص فى الترك. فما هو قابل للرفع و الوضع شرعا هو نفس الاعتبار، دون الوجوب المترتب عليه.

و التحقيق: أن يستدل على مشروعيه عبادات الصبى بالروايات [١]

الداله على الأمر بأمر الصبيان بالصلاه و الصوم، وقد ذكرنا فى مبحث الأوامر من علم الأ-صول أن الأمر بالأمر أمر بالفعل حقيقه، إذ الغرض منه ليس إلا- تحقق ذلك الفعل فى الخارج، فيكون الأمر بالأمر طريقا اليه، إلا أن تكون هنا قرينه حاله أو مقالیه تدل على الموضوعيه، ولكنها منتفیه فى تلك الروايات.

و يضاف الى ذلك: أنه ورد فى جملة أخرى من الروايات [١] تكليف

ص: ٢٤٣

الصبيان بالصلاه و الصوم و الحج بغير عنوان الأمر بأمرهم بها، فتدل على مشروعيه عباداته.

نعم قامت القرينه الخارجيه على عدم إرادته الوجوب من تلك الروايات و هذه القرينه هي الأدله الداله على رفع التكليف عن الصبي حتى يحتلم. و إذن فالصبيان مأمورون بالعبادات كالبالغين، فتكون عباداته مشروعيه مستحبه.

### **بحث فى تصرفات الصبي مستقلا**

#### **اشاره**

يقع الكلام فى معاملات الصبي-أعم من العقود و الإيقاعات- فى أربع جهات:

#### **الجهه الاولى- فى جواز تصرفاته فى أمواله مستقلا على وجه الإطلاق**

الظاهر أنه لا خلاف و لا إشكال فى أنه لا يجوز للصبي الاستقلال فى

التصرفات فى أمواله بدون إذن الولى، و لم يخالف فى ذلك أحد فيما نعلم، إلا الحنفية فإنهم ذهبوا الى جواز استقلال الصبى فى بعض التصرفات. و قد ذكرنا رأيهم فى الحاشية آنفا.

و يدل على رأينا هذا قوله تعالى «وَ ابْتُلُوا الْيَتَامَى حَتَّى إِذَا بَلَغُوا النِّكَاحَ فَإِنْ آنَسْتُمْ مِنْهُمْ رُشْدًا فَادْفَعُوا إِلَيْهِمْ أَمْوَالَهُمْ» (١).

و وجه الدلالة هو أن الله تعالى سجل اعتبار الرشد فى جواز تصرفات الصبى فى أمواله مستقلا بعد تسجيله اعتبار البلوغ فيه، و من الواضح جدا أنه لو كان الرشد بوحده كافيا فى جوازها بدون إذن الولى لكان اعتبار البلوغ فى ذلك قبل الرشد لغوا محضا، فيعلم من ذلك أن نفوذ تصرفات الصبى يتوقف على أمرين: البلوغ، و الرشد.

و إذن فالآية الكريمة داله على المنع عن تصرفات الصبى قبل البلوغ و ان كان رشيدا.

و قد ظهر مما ذكرناه أن ما ذكره المحقق الايروانى على خلاف الظاهر من الآية و إليك نصه: (لا يبعد استفاده أن المصدار فى صحه معاملات الصبى على الرشد من الآية «وَ ابْتُلُوا الْيَتَامَى حَتَّى إِذَا بَلَغُوا النِّكَاحَ فَإِنْ آنَسْتُمْ مِنْهُمْ رُشْدًا فَادْفَعُوا إِلَيْهِمْ أَمْوَالَهُمْ» على أن تكون الجملة الأخيره استدراكا عن صدر الآية و أنه مع استيناس الرشد لا يتوقف فى دفع المال و لا ينتظر البلوغ و أن اعتبار البلوغ طريقى اعتبر أماره إلى الرشد بلا موضوعيه له).

و قد استدل بهذه الآية المباركه على نفوذ تصرفات الصبى قبل البلوغ بدعوى أن قوله تعالى «وَ ابْتُلُوا الْيَتَامَى حَتَّى إِذَا بَلَغُوا النِّكَاحَ» يقتضى أن الابتلاء إنما يحصل قبل البلوغ، و المراد من هذا الابتلاء اختبار حاله فى أنه هل له

ص: ٢٤٥

تصرف صالح أم لا، وإنما يحصل هذا المعنى بإعطاء شيء من المال ليتصرف فيه فيرى تصرفه كيف يكون، فإن أحسن فيه كان راشداً وإلا كان على سفه.

و هذا الاختبار يحصل بأى تصرف من التصرفات السائغة في نفسها بدليل صحه الاستثناء، ضروره أنه يصح أن يقال: و ابتلوا اليتامى إلا في التصرف الفلاني، و إذن فتدل الآيه الشريفه على جواز تصرفات الصبى مستقلا على وجه الإطلاق.

و يرد عليه: أن اختبار الصبى لا- يتوقف على دفع ماله اليه ليستقل بالتصرف فيه. بل يمكن ذلك بمباشره البيع و الشراء بنظاره الولي، أو بنظاره شخص منصوب من قبله، أو بمباشرته مقدماتهما ليتصدى الولي إيقاعهما بنفسه و بتعبير آخر: أن الممنوع قبل العلم بالرشد إنما هو إعطاء اليتيم جميع ماله ليستقل بالتصرف فيه، أما إعطاؤه طائفه من ماله لكي يتصرف فيها تحت مراقبه الولي و نظارته لأجل الاختبار و الابتلاء فلا منع فيه بوجه، بل هذا هو المأمور به في هذه الآيه المباركه.

و السر في أن الاختبار لا بد و أن يكون قبل البلوغ هو أنه لو كان ذلك بعد البلوغ لزم حجرهم عن أموالهم في زمان الاختبار، و هو مناف لقاعده سلطنه الناس على أموالهم، و سبب لمنع تصرف المالك في ماله بلا موجب.

و تدل على ما ذكرناه- من عدم جواز تصرف الصبى في ماله بدون إذن الولي- الروايات الآتية، فإنها تدل على أن أمر الصبى لا يجوز ما لم يبلغ الحلم.

ثم إن المذكور في الآيه المباركه و إن كان هو اليتيم إلا أن تعليق جواز دفع ماله اليه على بلوغه و رشده يدل على أن المنع عن دفع المال اليه إنما هو لأجل عدم البلوغ، و عليه فيعم الحكم غير اليتيم- أيضا.

على أن الآيه الكريمة تشمل لمن كان له الجد و لكن مات أبوه.

و كذلك يعم الحكم من كان أبوه حيا-أيضا-لعدم الفصل جزما.

هل يجوز تصرف الصبي مستقلا بإذن الولي؟

### **الجهه الثانيه-في جواز تصرفات الصبي في أمواله مستقلا مع إذن الولي**

بذلك.

قد ظهر حكم هذه الجهه من الجهه الأولى،بديهة أن الولي لا-يجوز له أن يدفع مال الصبي اليه،و يأذن له في البيع و الشراء و أمثالهما،فإن جواز ذلك يتوقف على بلوغه و رشده و إلا فهو محجور عليه في التصرف في أمواله هل تجوز مباشرة الصبي اجراء العقود؟

### **الجهه الثالثه-في صحه مباشره الصبي العقود أو الإيقاعات في أمواله**

يأذن الولي،أو يكون وكيلا من قبله في ذلك،و عدم صحتها.

لا- إشكال في أن الآيه المباركه لا تدل على عدم جواز ذلك،فان الممنوع فيها هو دفع مال اليتيم اليه ليكون هو المتصرف فيه باستقلاله،فلا تعم ما إذا باشر إنشاء عقد أو إيقاع في ماله باذن من الولي.

### **في الاستدلال بالروايات على عدم جواز ذلك و جوابه**

و مع ذلك فقد يقال:بأن الصبي مسلوب العبارة،للروايات الوارده في عدم نفوذ أمره،و في رفع القلم عنه،و في كون عمدته و خطأه واحدا.

و لكن لا دلاله في شيء من هذه الروايات على الرأي المذكور.

و توضيح ذلك:أن هذه الروايات على ثلاث طوائف:



## الطائفة الأولى: الروايات الدالة على أن أمر الصبي لا ينفذ

و لكن الظاهر أن هذه الروايات بعيدة عن مقصود المستدل، لأنها صريحة في المنع

ص: ٢٤٨

عن نفوذ أمر الصبي في البيع و الشراء و غيرهما، و من البين أن الظاهر من عدم نفوذ أمر الصبي المنع عن استقلاله في أمر المعامله، و تسلطه عليها نحو تسلط البالغين على أموالهم و شؤونهم، إذ لا يقال لمجرى الصيغه فقط: إن أمر المعامله تحت يده. و من هنا لا يجرى عليه ما جرى على المتعاملين من الشرائط و الأحكام و بتعبير آخر: أن لفظ الأمر المذكور في هذه الطائفة و إن كان بمفهومه اللغوي شاملا لأي فعل يصدر من الصبي، و لكن اسناد لفظ (يجوز) -الذي ذكر فيها- إليه و مناسبتة له يقتضى أن يراد منه سلطنه الصبي على أمواله، و تصرفه فيها كيف يشاء، و لا يفرق في ذلك بين أن يكون تصرفه فيها باذن وليه، أو بدونه، و من الظاهر أن هذا المعنى لا يتحقق بمجرد إجراء الصيغه.

و إذن فالطائفة المزبوره تمنع عن كون الصبي مستقلا في معاملاته و لو كان ذلك باذن وليه، و عليه فلا ظهور فيها-بوجه- في سلب عبارات الصبي.

بل المعامله الصادره من الصبي في أمواله إذا وقعت على نحو استقلاله فيها لم يحكم بفسادها مطلقا، لأنه غير مسلوب العبارة. فإذا أجازها الولي حكم بصحتها، لأن العقد المزبور و إن كان صادرا من الصبي حدوثا، و لكنه عقد للولي بقاء. و من الظاهر أن عدم نفوذها من حيث صدورها من الصبي لا ينافي نفوذها من جهة إضافتها إلى الولي.

و إلى ذلك أشار المصنف، و إليك نصه: (لكن الإنصاف أن جواز الأمر في هذه الروايات ظاهر في استقلاله في التصرف، لأن الجواز مرادف للمضى، فلا ينافي عدمه ثبوت الوقوف على الإجازة. كما يقال: بيع الفضولي غير ماض، بل موقوف).

و الذى يدل على صدق مقالنا من نفس تلك الروايات هو وقوع

الاستثناء فى جملة منها بقوله (عليه السلام): إلا أن يكون سفيها أو ضعيفا.

و وجه الدلالة: هو أن السفية ليس مسلوب العبارة، و إذن فيعلم من الاستثناء أن المراد من عدم نفوذ أمر الصبى فيها إنما هو عدم استقلاله فى التصرف.

### **الطائفة الثانية: ما دل على رفع القلم عن الصبى حتى يحتلم.**

و قال المصنف: (و أما حديث رفع القلم فيه أولا: أن الظاهر منه قلم المؤاخذه، لا قلم جعل الأحكام، و لذا بنينا - كالمشهور - على شرعيه عبادات الصبى).

و يرد عليه: أن العقوبه و المؤاخذه - كالمثوبه و الأجره - من الأمور التى لا صلها لها بعالم الجعل بوجه، بل هى مترتب على الجعل ترتب الأثر على ذى الأثر و عليه فلا معنى لتعلق الرفع بما لم يتعلق به الجعل.

نعم ترتفع العقوبه بارتفاع منشئها: أعنى به التكاليف الإلزاميه.

و لكنه غير رفع المؤاخذه ابتداء.

أما مشروعيه عبادات الصبى فغريبه عن الحديث بالكليه، و إنما هى من جهه الروايات الخاصه، و قد عرفتها قريبا.

و التحقيق فى الجواب أن يقال: إن حديث رفع القلم عن الصبى إنما يدل على رفع الأحكام الإلزاميه المتوجهه إلى الصبيان كتوجهها الى غيرهم، فان هذا هو الموافق للامتنان، و من الواضح أن مجرد إجراء الصيغه ليس من

الأحكام الإلزاميه، ولا- موضوعا لها لكي يرتفع بحديث الرفع، وإنما الموضوع لها هو نفس المعامله التي أوجدها المتعاملان، و إذن فما هو موضوع للأحكام الإلزاميه لم يصدر من الصبي لكي يشمل حديث الرفع، وما هو صادر منه ليس بموضوع لها. وهذا ظاهر.

و على الجملة: أن ارتفاع قلم التكليف عن الصبي لا- ينافى الالتزام بصحة العقود و الإيقاعات الصادره منه، بل إن رفع القلم عن الصبي لا- يدل على أزيد من رفع إزامه بشخصه ما دام صبيا، فهو لا يدل على رفع إزام البالغين بفعله أو على إزامه بفعله بعد بلوغه، كما هو الحال في جنابته، أو في إتلاف مال غيره و الى هذا أشار المصنف في ثالث أجوبته، و قال: (لو سلمنا اختصاص الأحكام- حتى الوضعيه- بالبالغين، لكن لا مانع من كون فعل غير البالغ موضوعا للأحكام المجعوله في حق البالغين، فيكون الفاعل كسائر غير البالغين خارجا عن ذلك الحكم الى وقت البلوغ). و إذن فلا دلالة في حديث الرفع على بطلان معامله الصبي فضلا عن دلالة على سلب عبارته.

ثم ان المصنف قد ذكر في الجواب الثاني: (أن الأحكام الوضعيه ليست مختصه بالبالغين، فلا- مانع من أن يكون عقده سببا لوجوب الوفاء بعد البلوغ، أو على الولي إذا وقع بإذنه أو إجازته، كما يكون جنابته سببا لوجوب غسله بعد البلوغ، و حرمة تمكينه من مس المصحف).

و لكنه يناقض ما قد بنى عليه في أصوله من أن الأحكام الوضعيه منتزعه من الأحكام التكليفيه، و إذا فرضنا انتفاء الحكم التكليفى عن الصبي فلا منشأ- هنا- لانتزاع الحكم الوضعى.

### **الطائفة الثالثه: ما دل على أن عمد الصبي و خطأه واحد،**

و هذه الطائفة على ثلاثه أقسام

ص: ٢٥١

١- ما دل [١] على ذلك مطلقاً من غير أن يكون مقيداً بشيء.

٢- ما دل [٢] على الحكم المزبور مقيداً بكون ديه الجنايه الصادره من الصبى خطأ على عاقلته.

٣- ما دل على هذا الحكم مع قيد آخر، وهو رفع القلم عن الصبى، كروايه أبى البختري، عن جعفر، عن أبيه، عن علي (عليه السلام): أنه كان يقول في المجنون المعتوه الذى لا يفيق، و الصبى الذى لم يبلغ عمدهما خطأ تحمله العاقله، و قد رفع عنهما القلم [٣].

قيل: إن القسم الأول من هذه الطائفه يدل على عدم الاعتناء بأقوال الصبى و أفعاله، ضروره دلاله صحيحه محمد بن مسلم على نزول ذلك منزله الخطأ

ص: ٢٥٢

و عليه فلا- يعتنى بصيغ العقود و الإيقاعات الصادره منه، كما لا يترتب الأثر عليها إذا صدرت من البالغين نسياناً، أو غفله، أو في حاله النوم، أو خطأ.

و لا- تنافى بين هذا القسم، و بين القسم الثانى و القسم الثالث لكى يحمل المطلق على المقيد، بديهه أنه لا تنافى بين أن يكون عمد الصبى بمنزله الخطأ فى الجنائيات، و بين كون عمده بمنزله الخطأ فى غير موارد الجنائيات، و إذن فلا موجب لرفع اليد عن الإطلاق، فإنه منحصر بالتنافى، كما قرر فى محله.

نعم لا يبعد أن يستأنس- بما اشتمل على التقييد- اختصاص الحكم بالجنايه فيكون ذلك قرينه على انصراف المطلق إليها.

كما أنه يمكن أن يستأنس ذلك بما ورد[١] فى الأعمى من أن عمد الصبى خطأ و لكن مجرد الاستيناس لا يوجب تقييد القسم الأول الذى هو مطلق.

و الجواب عن ذلك: أن دلالة الروايه على تنزيل عمد الصبى منزله خطأه من جميع الجهات إنما تتم إذا كان الظاهر منها هو نفي الحكم بلسان نفي الموضوع بأن يقول الامام(عليه السلام) عمد الصبى ليس بعمد أو كلا عمد.

نظير قوله(عليه السلام): ليس بين الرجل و ولده ربا، و ليس بين السيد

و عبده ربا (١).

و كقوله (عليه السلام): ليس على الامام سهو، ولا على من خلف الامام سهو و لا على السهو سهو (٢).

و كقوله (عليه السلام): لا ضرر و لا ضرار (٣) فان الظاهر من أمثال هذه التنزيلات أن المنزل كالمنزل عليه في جميع الآثار، و عليه فيترتب على عمد الصبي ما يترتب على خطأه.

و السر في ذلك: أن تنزيل شيء منزله عدمه لا يقتضى وجود الأثر للمنزل عليه لكي يكون التنزيل باعتبار ذلك الأثر، بل التنزيل - هنا - باعتبار عدم الأثر، لأجل أن ما هو عديم النفع ينزل منزله العدم، و هذا بخلاف تنزيل أحد الأمرين الوجوديين منزله صاحبه، فان ذلك لا يتحقق إلا بلحاظ وجود الأثر للمنزل عليه.

و إذا عرفت ما تلوناه عليك فاعلم أنه لا يمكن أن يراد الإطلاق من تلك الروايات لوجود المانع و عدم المقتضى.

أما وجود المانع فلأن الأخذ بإطلاقها مخالف لضروره المذهب، و موجب لتأسيس فقه جديد، بديهه أن لازم العمل بإطلاقها هو أن لا يبطل صوم الصبي مع عدم الاجتناب عن مبطلات الصوم، فان ارتكابه بها خطأ لا ينقض الصوم و المفروض أن عمد الصبي خطأ.

و أيضا لازم من ذلك القول بصحة صلاه الصبي إذا ترك عمدا أجزاءها التي لا يضر تركها خطأ بصلاه البالغين، و هكذا الكلام في ناحيه الزيادة العمديه فيها.

ص: ٢٥٤

١- ١) الوافي باب ٥٦ من يجوز له الرباج ١٠ ص ٥٤.

٢- ٢) الوافي باب من لا يعتد بسهوه ص ١٥٠.

٣- ٣) قد تقدم ذلك في ص ٩٣.

بل يلزم منه الالتزام بصحة صلاه الصبيان إذا اقتصروا فيها بالنيه و التكبير للإحرام و الركوع و السجده الواحده و السلام، فان ترك ما سوى ذلك خطأ لا يضر بصلاه البالغين، و المفروض أن عمد الصبي خطأ.

بل يلزم من العمل بإطلاق تلك الروايات أن لا تصح عبادات الصبيان أصلاً، فإن صحتها متوقفه على صدورهما من الفاعل بالإراداه و الاختيار، و قد فرضنا أن عمد الصبي خطأ فلا يعقل صدور عبادته صحيحه منه، و لا أظن أحداً أن يلتزم بشيء من هذه اللوازم.

و دعوى انصراف تلك الروايات عن هذه الموارد دعوى جزافيه.

أما عدم المقتضى للإطلاق فلأن تنزيل عمد الصبي منزله خطأه على وجه الإطلاق يقتضى أن يكون -هنا- أثر خاص لكل منهما عند صدورهما من البالغين، لكي يكون تنزيل عمد الصبي منزله خطأه بلحاظ ذلك الأثر.

كما أن الأمر كذلك في تنزيل الطواف منزله الصلاه في قوله (صلى الله عليه و آله) الطواف بالبيت صلاه [١].

و من الواضح أنه لا- مصداق لهذه الكبرى إلا- الجنائيات، فإنها ان صدرت من الجاني عمداً فيقتص منه، و ان صدرت منه خطأً فديتها على عاقلته، و على هذا فيصح تنزيل جنايه الصبي عمداً منزله جنايته خطأً، فتكون ديتها مطلقاً على عاقلته، أما في غير الجنائيات فلا مورد لمثل هذا التنزيل أصلاً.

نعم قد ثبت أثر خاص لكل من العمد و الخطأ في الصلاه و في تروك الإحرام، فإن من ترك جزء من صلاته عمداً فتبطل صلاته، و ان تركه خطأً



فتعجب عليه سجدا السهو.

و أن المحرم إذا صاد حيوانا عمدا ثبتت عليه الكفاره زائده على ما إذا صاده خطأ.

و لكن أمثال هذه الموارد خارجه عن حدود الروايات الواردة فى تنزيل عمد الصبى منزله خطأه، ضروره أن الآثار المذكوره انما تترتب على الخطأ فى تلك الموارد-إذا صدر من غير الصبى. أما إذا صدر من الصبى ارتفع أثره بحديث الرفع.

و بتعبير أوضح: أن تنزيل عمد الصبى منزله خطأه متقوم بأمرين:

(الأول) ثبوت الأثر لكل منهما.

(الثانى) أن يكون أثر الخطأ ثابتا لغير الفاعل. و لا ريب أنه لا مصداق لهذه الكبرى الا باب الجنائيات، و هذا المعنى هو الموافق للذوق الفقاهى.

و مما يدل على اختصاص تلك الروايات باب الجنائيات قوله (عليه السلام) فى بعضها: عمد الصبيان خطأ، تحمله العاقله، إذ من المعلوم أن العاقله لا تحمل سجدة السهو، و لا الكفاره فى الحج، و انما تحمل الديه فى الجنائيات، و اذن فلا دلالة فى شىء من تلك المطلقات-أيضا-على كون الصبى مسلوب العبارة.

### بحث فى ذيل روايه أبى البخترى

بقى الكلام فى ذيل روايه أبى البخترى، و هو قوله (عليه السلام): و قد رفع عنهما القلم. و قد استظهر المصنف (ره) من هذه الجملة دلالتها على كون الصبى مسلوب العبارة، و كون عقده و إيقاعه مع القصد كعقد الخاطى و الغالط و الهازل و ايقاعاتهم.

و حاصل كلامه: أن هذه القطعه من الروايه لا تتصل بسابقتها الا

بأخذها عله لثبوت الدية على العاقله، أو معلولا لقوله عليه السلام: عمدهما خطأ:

بمعنى: أن عله رفع القلم عن الصبى و المجنون هو كون قصدهما بمنزله عدم القصد فى نظر الشارع، و من البين أن اتخاذا عله لثبوت الدية على العاقله أو معلولا لتنزيل عمد الصبى منزله الخطأ لا يستقيم إلا بأن يراد من رفع القلم رفع المؤاخذه عن الصبى و المجنون، سواء أ كانت المؤاخذه دنيويه أم كانت أخرويه، و سواء أ تعلقت المؤاخذه الدنيويه بالنفس - كالقصاص - أم تعلقت بالمال - كغرامه الديه - و عليه فلا - يؤخذ الصبيان و المجانين بأفعالهم و أقوالهم - الصادره حال الصبوه و الجنون - بعد البلوغ و الإفاقه، سواء أ كان صدور الأقوال و الأفعال منهم فى تلك الحال - بإذن الولى أم لم يكن كذلك.

و على الجملة: إن الروايه و إن وردت فى باب الجنايه، و لكن مقتضى التعليل هو تنزيل قصد الصبى و المجنون منزله عدمه. و أنه لا اعتبار بشيء مما يصدر منهما قولاً و فعلاً، بل هما مسلوبان - فى عالم الاعتبار - من جهه الفعل و العبارة ضروره أن ذكر العله فى مورد خاص لا يقتضى اختصاصها به. بل هو من باب تطبيق الكبرى على الصغرى. و إذن فلا محذور لنا فى الأخذ بعموم العله فى سائر الموارد أيضاً.

و يتوجه عليه: أنه لا - وجه لجعل رفع القلم عله لكون الدية على العاقله لعدم العليه بينهما لا شرعاً، و لا عرفاً، و لا عقلاً، بل نسبه أحدهما إلى الآخر كوضع الحجر فى جنب الإنسان. و العجب من المصنف، فإنه قد التزم بثبوت العليه و المعلوليه بين رفع القلم عن الصبى، و بين ثبوت الدية على العاقله و لكن لم يستوضح المناسبه و السنخيه بينهما.

غايه الأمر: أنه ثبت فى الشريعه المقدسه: أن دم المسلم لا يذهب هدراً، و من الظاهر أن هذا الحكم - مع ما دل على أن عمد الصبى خطأ - يلازم

ثبوت ديه الجنايه-الصادره من الصبى-على عاقلته.

و الصحيح: أنه لا- ملازمه بينهما-أيضا-لأن الحكمين المذكورين لا يدلان على ثبوت الديه على خصوص العاقله، إذ يمكن أن تكون الديه على جميع المسلمين أو من بيت المال، أو غير ذلك، كما أنه لا- وجه لجعل رفع القلم معلولا- لقوله عليه السلام عمدهما خطأ، فإن رفع القلم مقوم لتنزيل العمد بمنزله الخطأ. لا أنه معلول له.

و التحقيق: أن وجه المناسبه بين قوله عليه السلام: رفع عنهما القلم، و بين قوله عليه السلام: عمدهما خطأ هو أن تنزيل عمد الصبى منزله خطائه مقوم بأمرين:

أحدهما: حكم سلبى، و هو أنه لا يترتب عليه أحكام العمد، و لا يلزم الصبى بشىء من أفعاله.

ثانيهما: حكم إيجابى و هو أنه يترتب عليه أحكام الفعل الخطائى، و قد بين عليه السلام الأمر الثانى بقوله عليه السلام: تحمله العاقله، و بين الأمر الأول بقوله عليه السلام رفع عنهما القلم، و اذن فلا- دلالة فى هذه الجملة على أزيد مما دل عليه قوله عليه السلام: رفع القلم عن الصبى حتى يحتلم (1).

و يضاف الى ذلك: أن الروايه ضعيفه السند بأبى البخترى، فلا يصح الاستدلال بها على شىء من المسائل الفقهييه.

فتحصل مما ذكرناه: أنه لا دليل على أن عباره الصبى مسلوبه بحيث لا يترتب على ما أنشأه من العقود و الإيقاعات أثر أصلا.

هل يجوز كون الصبى وكيلا عن غيره؟

### **الجهه الرابعه: فى جواز كونه وكيلا عن غيره فى عقد أو إيقاع**

و لو كان التوكيل على نحو التفويض سواء أ كان الموكل وليا أم كان غيره. و حينئذ

ص: ٢٥٨

فيوقع الصبي العقد أو الإيقاع و لو كان على نحو الاستقلال، و بدون إذن الولي فضلا عما إذا أوقعه بإذنه أو كان وكيلا في إجراء الصيغه فقط.

و التحقيق: هو نفوذ تصرفات الصبي في هذه الصورة، للعمومات و الإطلاقات مع عدم دليل على التخصيص أو التقييد، و ذلك لأن الآيه المتقدمه لا إشعار فيها بعدم الجواز أصلا فضلا عن الدلاله عليه ضروره أن قوله تعالى:

(فَإِنْ أَنْسَيْتُمْ مِنْهُمْ رُشْدًا فَادْفَعُوا إِلَيْهِمْ أَمْوَالَهُمْ ۖ) كالصريح في أن الآيه راجعه إلى تصرفات اليتامى في أموال أنفسهم، لا في أموال غيرهم.

و عليه فمقتضى الأصل هو جواز تصرفات الصبي في مال غيره و كاله عنه فان المنع عن ذلك لا بد و أن يكون بدليل، و من المعلوم أن الدليل على المنع إما عدم القول بالفصل بين التصرف في مال نفسه، و التصرف في مال غيره و إما الأخبار المتقدمه الداله على عدم نفوذ أمر الصبي قبل البلوغ:

أما دعوى عدم الفصل فعهدتها على مدعيها.

أما الأخبار فلا دلالة في شيء منها على عدم نفوذ تصرفات الصبي في هذه الصورة، إذ قد عرفت: أن ما دل على رفع القلم عن الصبي، أو أن عمدته خطأ لا دلالة فيه على بطلان عقده أو إيقاعه. و أنه مسلوب العبارة.

فإذا كان صدوره منه و كاله عن وليه، أو غير وليه و لو كان التوكيل بنحو التفويض و الاستقلال- فالعقد عقد للموكل حقيقه، و حيث إن المفروض أن ما وقع عليه العقد ليس بمال الصغير فلا مانع عن شمول أدله صحة البيع و نحوه له.

أما ما دل على عدم نفوذ تصرف الصبي و أمره من الروايات المتقدمه فقد يتوهم دلالتها على عدم النفوذ في هذه الصورة- أيضا- نظرا إلى الإطلاق

و لكن الصحيح هو عدم صحه ذلك أما أولاً:فلاختصاص تلك الروايات باليتيم،و أنه ما لم يذهب يتمه لا يجوز أمره،و لا يدفع اليه ماله،فهى لا تدل إلا على عدم نفوذ تصرف الصبى فى ماله،دون ما إذا كان فى مال غيره باذنه نعم قد علمنا أنه لا خصوصيه لليتيم-فى الحكم-و إنما ذكر ذلك لأجل أنه هو المورد المتوهم لدفع ماله اليه.فتعدى منه إلى غير اليتيم-أيضاً-من الصغار،أما خصوصيه أن موضوع المنع هو تصرف الصغير فى مال نفسه فلا مقتضى لرفع اليد عنها.

أما ثانياً فالأجل أنا لو سلمنا الإطلاق فغايه ما يستفاد منها هو عدم نفوذ تصرف الصبى بما أنه عقده،و هذا لا ينافى نفوذ ذلك التصرف بما أنه مضاف إلى الموكل،سواء فيه الولى و غيره.

و من هنا أن الصبى إذا باع ماله،ثم أجازة الولى حكم بصحه البيع، لأنه بيع الولى بقاء.

نعم قد عرفت أنه لا يجوز أن يأذن الولى فى تصرف الصبى استقلالاً، و لا يكون تصرفه ماضياً للمنع عنه فى الآيه المباركه.

فالمتحصل مما ذكرناه:أنه لا مانع من مباشره الصبى العقد و الإيقاع فى مال نفسه إذا كان ذلك بإذن الولى،و كان الصبى و كيلاً فى إجراء الصيغه فقط كما لا مانع من مباشرته لهما على نحو الاستقلال فيما إذا توكل عن أجنبى من ولى أو غيره.

## هل يؤخذ الصبي بإتلافه مال الغير؟

قوله: (ثم إن مقتضى عموم هذه الفقرة بناء على كونها على للحكم عدم مؤاخذتهما بالإتلاف الحاصل منهما). أقول: إذا أتلّف الصبي مال غيره وجب عليه الخروج من عهده بعد بلوغه، لقاعده من أتلّف.

و قد يتوهم عدم الضمان، لأن عمد الصبي خطأ.

و لأن قلم التكليف قد ارتفع عنه حتى يحتلم.

و لكن هذا التوهم فاسد. إذ لا شهادة في شيء من الوجهين المزبورين على عدم الضمان:

أما الأول فلأن الظاهر: أن تنزيل عمد الصبي منزله خطائه إنما هو في الأفعال التي لا تكون موضوعاً للأحكام الشرعية إلا إذا صدرت من الفاعل بالإرادة و الاختيار، و مع القصد و العمد، لا في الأفعال التي هي بنفسها موضوع للأحكام الشرعية من غير أن يعتبر فيها القصد و العمد:

كالجنابه فإنها توجب الغسل و ان تحققت حال النوم.

و كمباشره النجاسات، فإنها توجب نجاسه البدن و إن كانت المباشرة بغير التفات إلى النجاسه.

و كالأحداث الناقضة للطهاره و إن صدرت جهلاً أو غفلة، أو بغير اختيار، فإن شيئاً من تلك الأمور لا يتوقف تأثيرها على صدورها بالإرادة و الاختيار، و لا ريب في أن إتلاف مال الغير من القبيل الثاني، فإنه يوجب الضمان و ان صدر حال الغفله و الجهل، و بدون الإراده و الاختيار، ضروره أنه لم يؤخذ في قاعده من أتلّف عنوان آخر غير صدق الإتلاف.

و يضاف الى ذلك: ما ذكرناه آنفاً من اختصاص الحديث بما إذا كان

للفعل العمدي أثر، وللعل الخطائي أثر آخر بالنسبه إلى غير الفاعل، فيحكم على فعل الصبي-عندئذ-بحكم الخطأ. و من الظاهر أن حكم العمد و الخطأ لا يختلف في الإتلاف و اذن فلا يكون الإتلاف مشمولاً للحديث.

أما الوجه الثاني فقد عرفت آنفاً: أن المراد من دليل رفع القلم عن الصبي إنما هو رفع الأحكام الإلزاميه عنه منذ نعومه أظفاره إلى حد بلوغه.

و هذا لا ينافي توجه تلك الأحكام عليه بعد زمان البلوغ. و قد تقدم أن فعل الصبي قد يكون موضوعاً لتوجه الأحكام الإلزاميه عليه بعد بلوغه.

و السر في ذلك: أن دليل رفع القلم و التكليف قد تعلق بالصبي، فيدور مدار صبوته. و على هذا الضوء فإن تلاف الصبي مال غيره سبب للضمان جزماً و لكنه لا- يستتبع الحكم الإلزامي إلا- بعد بلوغه، و إذا بلغ توجه عليه التكليف و وجب عليه الخروج عن عهده. لأنه- وقتئذ- يصدق عليه أنه أتلف مال غيره كما يتوجه عليه- عندئذ- وجوب الاغتسال مع تحقق الجنابه منه قبل البلوغ.

قوله: (فإذا لم يلزمه شيء بالتزاماته و لو كانت بإذن الولي فليس ذلك الا لسلب قصده. و عدم العبره بإنشائه) أقول: قد عرفت فيما سبق أن أمر الصبي و ان كان غير نافذ و لو باذن وليه. و لكنه غير مربوط بسلب عباراته لكي يترتب عليه بطلان إنشائه، بديهة أن معنى عدم نفوذ أمره هو عدم ترتب الأثر على معاملاتته. و هذا لا ينافي جواز مباشرته إنشاء الصيغه، إذ لا صلح بينهما بوجه.

## هل ترتفع تعزيرات الصبيان

بحديث الرفع؟

قوله: (ثم ان القلم المرفوع هو قلم المؤاخذه الموضوع على البالغين فلا- ينافي ثبوت بعض العقوبات للصبي كالتعزير). أقول: ان كان الغرض

ص: ٢٦٢

من حديث رفع القلم عن الصبي هو رفع التكاليف الإلزامية الثابتة في حق البالغين كما هو غير بعيد فالتعزيرات الثابتة في حق الصبيان خارجه عن ذلك موضوعا فان تلك التعزيرات لم تثبت في حق البالغين و إنما هي ثابتة في حق الصبيان لحكمه خاصة، و هي تأديبهم على ارتكاب القبائح، و صيانتهم من اغواء المضلين، و سوقهم الى تهذيب الأخلاق. فإن تعود الأفعال الشنيعة داء عضال.

و ان كان الغرض من الحديث المزبور هو رفع مطلق الأحكام الإلزامية فيشمل عمومته لتعزيرات الصبيان أيضا. و لأجل ذلك توهم بعضهم أنها ترتفع عنهم بدليل رفع القلم.

و التحقيق: أن التعزيرات الثابتة في الشريعة المقدسه ان أخذ في موضوعها البلوغ فهي ترتفع عن الصبيان لعدم موضوعه. و ان أخذ في موضوعها الصباء فهي غير قابله للارتفاع عن الصبيان، لأن المصلحه المزمه قد اقتضت ثبوتها في حقهم بعنوان الصبوه، فلا يعقل ارتفاعها عنهم بحديث الرفع، و لعل تلك المصلحه ارتداعهم عن ركوب القبائح، و تجنبهم عن ارتكاب المنكرات. و حينئذ فيختص حديث الرفع بما إذا كان التعزير أو غيره من الأحكام الإلزامية ثابتا للطبيعي الجامع بين البالغ و الصبي فهي ترتفع عن الصبي

### ما هو حكم فعل الصبي المعتبر فيه

قصد الفاعل؟

قوله: (عدم الاعتبار بما يصدر من الصبي) أقول: ملخص كلامه:

أن المتحصل من الأدله المتقدمه- من الإجماع و غيره- هو عدم الاعتبار بما

ص: ٢٤٣



يصدر من الصبى من الأفعال التى يعتبر فيها قصد الفاعل الى مقتضاها. كإنشاء العقود و الإيقاعات أصاله و وكاله، و التصدى للقبض و الإقباض، و كذلك كل ما يلتزم به من قبل نفسه من ضمان أو إقرار أو نذر أو إيجار أو غير ذلك.

ثم ساق عبارته العلامة فى التذكرة تأييدا لمرامه.

و لكن يرد عليه ما ذكرناه قريبا من أنه لا دليل لنا على سقوط فعل الصبى و قوله عن الاعتبار، بل الدليل انما دل على عدم جواز استقلاله فى التصرف فى أمواله. و عليه فأى فعل من أفعاله لا يعد فى العرف تصرفا فى أمواله استقلاللا لا مانع عن جوازه فيحكم بصحة تحجيرها، و حيازته، و التقاطه و صيده، و إحيائه الموات، و ما شاكل ذلك.

و قد يتوهم أن الأمور المذكوره غير جائزه لأن عمد الصبى خطأ.

و لكنه توهم فاسد لما ذكرناه من عدم دلالة الحديث على إلغاء قصد الصبى، و أنه كعدمه على ما تقدم بيانه.

على أنه يتوقف على اعتبار القصد فى هذه الأمور و هو لم يثبت.

بل إن مقتضى قوله عليه السلام- مثلا- أيما قوم أحيوا شيئا من الأرض و عمروها فهم أحق بها، و هى لهم (1) هو ثبوت الملكيه بنفس الاحياء، سواء أقصد المحيى التملك، أم لم يقصده.

### هل يصح قبض الصبى؟

قد حكى عن العلامة فى التذكرة: أنه كما لا يصح تصرفاته اللفظيه، كذا لا يصح قبضه، و لا يفيد حصول الملك فى الهبه.

ص: ٢٤٤

---

(١-١) الوافى ج ١٠ باب ١٥٨ إحياء الأرض الموات ص ١٣١.

و هذا المعنى يظهر من المصنف-أيضا-حيث انه نقل كلام العلامة تأييدا لمرامه و لم يناقش فيه أصلا.

و لكن الظاهر أن قبض الصبي يفيد الملكيه فى الهبه و غيرها،لقيام السيره على ذلك.

بل مقتضى جمله من الروايات[١]الوارده فى جواز إعطاء الصدقه و الكفاره للصبيان هو صيرورتهما ملكا بمجرد القبض.

ص:٢٤٥

هل تنفذ وصيه الصبى؟

**قد وقع الخلاف بين الأصحاب فى نفوذ أمر الصبى فى مواضع شتى:**

### **١- الوصيه.**

قال العلامة فى القواعد: يشترط فى الموصى البلوغ و العقل و الحرية، فلا تنفذ وصيه الصبى و إن كان مميزا فى المعروف و غيره.

و هذا رأى هو المحكى عن السرائر و الإيضاح و شرح الإرشاد لفخر الإسلام و غيرهم.

و عن ظاهر التذكرة و اللعنه و النافع و الدروس: التوقف.

و عن المقنعه و المراسم و النهايه و المهذب و الغنيه و كشف الرموز و الإرشاد و الروض و الكفايه و المفاتيح و أبى الصلاح و

أبى على: أنه تجوز وصيه من بلغ عشرة مميزا فى البر و المعروف.

و هذا هو الحق، للروايات [١] الداله على أن الصبى إذا بلغ عشرة -

ص: ٢٦٦

تجوز وصيته. فتكون هذه الروايات مخصصة للروايات الداله على عدم نفوذ أمر الصبى. و هذا ظاهر.

نعم فى صحه وصيته للغرباء إشكال، و ذلك من جهه التصريح بعدم نفوذها فى صحيحه محمد بن مسلم.

### هل يتبع قول الصبى فى الاذن

بدخول الدار؟

الثانى: ما ذكره العلامه فى التذكره من أنه: (لو فتح الصبى الباب، و أذن فى الدخول عن إذن أهل الدار، و أوصل الهديه إلى إنسان عن إذن المهدي فالأقرب الاعتماد لتسامح السلف فيه).

و لكن لا- وجه لاستثناء هذين الأمرين من الأدله المانعه عن نفوذ أمر الصبى أما الأول فلأن جواز الدخول فى الدار مع إذن الصبى من جهه حصول الاطمئنان به نوعاً، فلا صل له باعتبار قول الصبى فى ذلك. و الشاهد

ص: ٢٤٧

على هذا انه: لو أذن البالغ في ذلك و لم يحصل منه الاطمئنان به حرم الدخول فيها أما الثاني فلأن إيصال الهدية الى المهدي اليه لا ربط له-أيضا-بما نحن فيه، فان الصبي آله في إيصالها إليه، كما إيصال الهدية الى المهدي اليه بواسطة حيوان معلم.

و على الإجمال: أن أمثال هذه الموارد خارجه عن العمومات المانعه عن نفوذ أمر الصبي خروجا تخصيصا لا تخصيصيا.

### هل تنفذ معاملات الصبي في المحقرات؟

الثالث: ما عن صاحب المفاتيح، و إليك نصه: (الأظهر جواز بيعه و شرائه فيما جرت العاده به منه في الشيء الدون دفعا للحرص في بعض الأحيان) [١] و قال المحقق التستري بعد نقل هذه العبارة: و يمكن أن يستأنس لذلك -مضافا الى السيره المستمره و قضاء الحاجه و الضروره في كل من المعامله و دفع العوض و أخذه منه- بما رواه الشيخ في الموثق كالصحيح عن عبيد بن زراره قال: سألت أبا عبد الله عليه السلام عن شهاده الصبي و المملوك فقال: على قدرها يوم اشهد تجوز في الأمر الدون، و لا تجوز في الأمر الكثير (١).

ص: ٢٤٨

---

١-٢) التهذيب ج ٢ باب البيئات ص ٧٧. و الوافي ج ٩ ص ١٤٥.

و الجواب عن ذلك: أن استقرار السيره على معاملات الصبى فى الأمور الحقيه و إن كان غير قابل للإنكار، و لكنه لا يكشف عن نفوذ معاملاتهم فى ذلك استقلالاً، بل إنما هو من جهه ما ذكرناه فى البيع المعاطاتى من جريان المعاطاه بين الناس فى المحقرات بوضع الثمن فى الموضع المعد له و أخذ المتاع بإزائه و مثلنا لذلك بأمثله فراجع. و مقامنا من القبيل المذكور، و إذن فلا وجه لجعل ذلك من المستثنيات من عدم نفوذ أمر الصبى، إذ لا صلح بينهما بوجه.

و أما الروايه المذكوره فهى غريبه عما نحن فيه، و إنما هى راجعه الى باب الشهاده و من الظاهر أنه لا ملازمه بين قبول شهادته فى المحقرات و بين نفوذ معاملاته فيها.

و لو سلمنا قيام السيره على نفوذ معاملات الصبى فى الأمور اليسيره، و سلمنا دلالة الروايه على ذلك فلا بد من الالتزام بتخصيص العمومات المانع عن معاملات الصبى.

و من هنا لا ينقضى العجب من المحقق التستري حيث قال بعد كلامه المتقدم:

(و هذا القول لا يخلو عن قوه إلا أن الأصحاب تركوا العمل بالخبر، و أما السيره و الضروره فالتمسك بها فى مقابل إطلاق الآيه و الروايه و فتوى الإماميه و غيرهم خروج عن جاده الصواب، و عدول عن طريق الاحتياط).

و الحاصل: أنه إن كان المراد من السيره هو السيره العقلائيه فهى مردوعه بالروايات الداله على عدم نفوذ أمر الصبى. و قد تقدمت هذه الروايات سابقاً، و إن كان المراد بها هو السيره الشرعيه فهى قائمه على كون الصبى آله لا على صحه معاملاته الصادره منه استقلالاً و لا أقل من الشك فى ذلك.

و إذن فلا وجه لنا للحكم بصحه معاملات الصبى و لو فى الأمور المحقره.

و ربما يستدل على نفوذ معاملات الصبي مطلقا أو فى المحقرات بروايه السكونى عن الصادق عليه السلام قال: نهى رسول الله (صلى الله عليه و آله) عن كسب الإماء، فإنها إن لم تجد زنت، إلا أمه قد عرفت بصنعه يد و نهى عن كسب الغلام الصغير الذى لا يحسن صناعه بيده، فإنه ان لم يجد سرق (١).

و وجه الاستدلال بها على المقصود هو أن المراد من النهى فى الروايه هو النهى التنزيهى، فيدل على نفوذ معاملات الصبي لا على فسادها.

و الشاهد على ذلك أنه لو كانت معاملات الصبي فاسده لما حصل النقل و الانتقال بينه و بين غيره. و كان التصرف فيما بيده تصرفا فى مال غيره بدون إذنه، و عليه فكان تعليل الفساد بذلك أولى من تعليله بصدور السرقة من الصبي لأن التعليل بالأمر الذاتى أولى من التعليل بالأمر العرضى.

و الجواب عن ذلك: أن هذه الروايه ضعيفه السند بالنوفلى، و غير منجره بشىء، فلا يمكن الاستناد إليها فى الأحكام الشرعيه.

و يضاف الى ذلك: أن المراد من كلمه (كسب) المضافه إلى كلمه (الغلام) فى الروايه إما المعنى المصدرى، أو يراد منها المكسوب المعبر عنه باسم المصدر و على الأول فالمراد من الكسب هو الكسب المتعارف: أعنى به مباشره الصبي التجاره عند احتياج وليه الى ذلك، إلا أن هذه المباشره ليست مباشره استقلالیه، بل مباشره تبعیه، و أن الصبي - وقتئذ - بمنزله الآله لوليه فى إيجاد المعامله بينه و بين المشتري. و قد تعارف هذا المعنى فى الخارج كثيرا، إلا أن الامام عليه السلام قد نهى عنه تنزيها معللا بأنه إذا لم يحصل من تجارته شىء سرق خوفا من وليه.

ص: ٢٧٠

---

١- (١) المرويه فى الوسائل فى باب ٣٣ من أبواب ما يكتسب به.

و القرينه على هذه الدعوى: قوله (عليه السلام) في صدر الروايه: نهى رسول الله (صلى الله عليه و آله) عن كسب الإماء، فإنها ان لم تجد زنت، مع انه لا شبهه في نفوذ كسب الأمه بإذن مولاهما.

و يؤيد ما ذكرناه: أن النبي (صلى الله عليه و آله) قد قيد النهى عن كسب الأمه و الغلام بعدم معرفتهما صناعه اليد، فإنه مع العلم بذلك لا يقع الصبى على السرقة، و لا أن الأمه تقع على الزناء، لأنه - وقتئذ - ينتفى ما يوجب السرقة و الزناء: أعنى به الفقر، ضروره أنهما متمكانان من تحصيل المال.

و على الثانى فالمراد من كسب الغلام ما يتحصله من الأموال بطريق الالتقاط، أو الاستعطاء، أو الحيازه من المباحات الأصلية، كما أن المراد من كسب الأمه على هذا الاحتمال ما تتحصله بإحدى الطرق المذكوره.

و عليه فحكمه النهى عن كسب الغلام صيانتته عن الاستراق من الناس كما أن حكمه النهى عن كسب الأمه محافظتها عن الفجور.

و حينئذ فلا دلالة في تلك الروايه على نفوذ معاملات الصبى.

### هل يصح طلاق الصبى المميز؟

الرابع: طلاق الصبى المميز.

قد وقع الخلاف في ذلك بين الخاصه و العامه [١].



فذهب جمع من أصحابنا القدماء و المتأخرين إلى صحته.

و ذهب المشهور من متأخريهم إلى فساده.

و منشأ الخلاف في ذلك انما هو اختلاف الروايات.

و قد يقال: إن جملة منها تدل على نفوذ طلاقه، و جملة أخرى منها تدل على عدم نفوذه، و بعد تعارض كلتا الطائفتين و تساقطهما يرجع الى العمومات الداله على عدم نفوذ أمر الصبي حتى يحتلم.

و التحقيق: أن الذى ظهر لى من النظر فى الروايات أن الأخبار الوارده فى طلاق الصبى على أربعة أنحاء:

منها ما دل [١] على نفوذ طلاق الصبى.

و منها ما دل [٢] على عدم نفوذه.

ص: ٢٧٢

و منها ما دل [١] على نفوذه إذا عقل.

و منها ما دل [٢] على نفوذه إذا بلغ عشر سنين.

و حيث لا يحتمل أن يكون طلاق من بلغ عشرا و لم يعقل صحيحا فلا بد من تقييد ما دل على نفوذ طلاق الصبي إذا عقل بما دل على نفوذ طلاقه إذا بلغ عشرا و بذلك يقيد ما دل على عدم النفوذ بغير من بلغ عشرا، و عليه فيرتفع التعارض.

و لو سلمنا التعارض، و لكن لا بد من تقديم روايات النفوذ، لأنها مخالفة لأكثر العامه.

ص: ٢٧٣

ثم انه يظهر من روايتى السراد و الكناسى [١] أنه يجوز طلاق الغلام البالغ عشر سنين إذا أقر بذلك و أمضاه بعد البلوغ.

و لكن لا يمكن العمل بهما:

أما روايه السراد فهى روايه الفقيه عن محمد بن موسى المتوكل، و هو لم يثبت توثيقه من القدماء، نعم وثقه العلامه فى رجاله، إلا انه اجتهاد منه و هذا ظاهر.

أضف الى ذلك: أنها مخالفه للإجماع القطعى، فإن الفقهاء بين قائل بالصحه، و بين قائل بالفساد، و اذن فلا واسطه بينهما.

ص: ٢٧٤

أما روايه الكناسى المفصله بين الدخول و عدمه فهى -مع أنها أيضا لا قائل بمضمونها-ضعيفه السند،لأن الكناسى لم يثبت توثيقه.

هل يعتبر فى صحه العقد القصد الى مدلوله؟ قوله:

### (مسأله و من جمله شرائط المتعاقدين قصدهما لمدلول العقد الذى

#### اشاره

يتلفظان به).

أقول:قد اتفقت كلمات الأصحاب رضوان الله عليهم على هذا الشرط حتى أرسلوه فى كتبهم الفقهيه إرسال المسلمات، و لذا لم ينقل الخلاف -هنا-من أحد.بل فى التذكرة ادعى الإجماع على ذلك.

و لا يخفى عليك:أن الفقهاء و إن أصابوا فى أصل اعتبار القصد فى العقد،إلا انهم قد أخطأوا فى أخذه من شرائط المتعاقدين أو العقد بل انما هو من مقوماته بحيث لا يتحقق مفهومه بدون القصد.

و توضيح ذلك إجمالاً:أنا ذكرنا فى المباحث السابقه أن البيع-مثلاً- ليس عبارته عن الإنشاء الساذج.سواء أ كان الإنشاء بمعنى إيجاد المعنى باللفظ -كما هو المعروف بين الأصوليين و غيرهم-أم كان عبارته عن إظهار أمر نفسانى بمبرز-كما هو المختار عندنا.

و لا- أن البيع عبارته عن مجرد الاعتبار النفسانى من دون إظهاره فى الخارج بمبرز،و إلا لزم تحققه بمجرد اعتبار البائع ملكيه ماله لشخص آخر بإزاء الثمن و إن لم يظهر اعتباره بمظهر خارجى و لا ريب أن كل ذلك بديهى البطلان.

ص: ٢٧٥

بل حقيقه البيع عباره عن الاعتبار النفسانى المظهر بمبرز خارجى، سواء أمضاه العرف و الشرع أم لا، و سواء أ كان فى العالم شرع و عرف أم لا و هكذا الكلام فى سائر الأمور الإنشائيه برمتها من العقود و الإيقاعات و الأوامر و النواهي و غيرها، و إذن فلا يوجد أى عقد أو إيقاع إلا بالقصد الذى هو فعل نفسانى مع إظهاره بمبرز خارجى، و إذا انتفى أحدهما انتفى الآخر فان المركب ينتفى بانتفاء أحد أجزائه.

أما ما أفاده صاحب المسالك من عدم تحقق القصد فى العقد الصادر من المكروه أو الفضولى فسيأتى فساده فى أول بيع المكروه.

### هل يعتبر تعيين المالك فى صحه البيع؟

#### أشاره

هل يعتبر فى صحه البيع تعيين المالك، و هل يلزم ذلك على المتبايعين؟ تاره يقع الكلام فى المعامله بالأعيان الشخصيه، و اخرى فى المعامله بالأمور الكليه: بأن يكون المبيع أو الثمن كلياً.

### أما الجهه الأولى المعامله بالأعيان الشخصيه

فلا شبهه فى أن تعيين المالك ليس من مقومات البيع و لا من شرائطه، بداهه أن البيع اعتبار تبديل شىء بشىء فى أفق النفس و إظهاره بمبرز خارجى من اللفظ و غيره. و لا-ريب فى أن هذا المعنى يتحقق بدخول العوض فى ملك من ملكه المعوض و بالعكس، بلا احتياج الى تعيين مالك الثمن، أو تعيين مالك المثل، و لم يقد دليل تعبدى على ذلك.

و لا يفرق فيما ذكرناه بين صدور العقد من نفس المالكين و بين صدوره من غيرهما-كالوكيل و الولى و الفضولى-و على هذا الضوء فالقصد الى العوض و تعيينه يغنى عن القصد الى المالك و تعيينه.

نعم يعتبر فى مفهوم البيع قصد المتبايعين دخول العوض فى ملك من خرج المعوض عن ملكه و بالعكس، و الا فلا يصدق عليه البيع، ضروره أنه ليس الا- تبديل شىء بشىء فى جهه الإضافه، و عليه فلو اشترط على البائع دخول الثمن فى ملك الأجنبى أو اشترط على المشتري دخول المبيع فى ملك غيره كان ذلك موجبا لبطلان المعامله. لكونه على خلاف مقتضى العقد.

نعم لو كان ذلك من قبيل الفوائد المترتبه على العقد لما كان الاشتراط، أو القصد المزبورين من الأمور اللاغيه.

و مثال ذلك أن يشتري أحد من الخباز خبزا و يشترط عليه أن يعطيه للفقير، أو يتصدى هو بنفسه الإعطاء له، فان الخبز يدخل فى ملك المشتري بالشراء و ان كان ينتقل بعد ذلك الى الفقير بهبه و نحوها.

ثم لا يخفى عليك: أن ما ذكرناه من عدم اعتبار تعيين من يقع له العقد فى صحه البيع انما يجرى فى كل عقد لا يكون القصد الى المالك ركنا من أركان العقد، و الا- يبطل العقد بعرائه عن ذلك. كالزوجين فى عقد الزواج، فإنهما بمنزله العوضين فى البيع، ضروره عدم حصول الغرض بصيروره المرأه زوجا لرجل مبهم. و عدم صيروره الرجل زوجا لامرأه مبهمه. و كذلك الموقوف عليه و الموهوب له و الموصى له و الوكيل، فإنهم من الأركان فى الوقف و الهبه و الوصيه و الوكاله، فلا ينعقد شىء منها بدون القصد إلى هؤلاء و من غير تعيينهم

### أما الجهه الثانيه المعامله بالأمور الكليه

فالكلى بما هو كلى لا- يمكن بيعه فى مقام الثبوت إلا- بإضافته إلى ذمه خاصه من الذمم، إذ البيع- كما عرفته عند البحث عن تعريف البيع- تبديل شىء بشىء فى جهه الإضافه. و من البين الذى لا ريب فيه أن الكلى بما هو كلى غير مضاف الى أحد لكى يكون تبديله بشىء من قبيل تبديل شىء بشىء فى جهه الإضافه.

أضف الى ذلك أن الكلى ما لم يضاف إلى ذمه شخص لا- يكون مالا، و لا ملكا، و اذن فلا تقع المبادله بين المالين. و لا يقاس ذلك بطلاق زوج من الأزواج. أو بعناق مملوك من المماليك، لصحة تعلق الطلاق و العتق بالجامع و هو عنوان احدى الزوجات، أو أحد العبيد، و عليه فيستخرج الواقع بالقرعه، لأنها لكل أمر مشتبه. هذا كله فى مقام الثبوت.

أما فى مقام الإثبات فلا ريب فى إضافه الكلى إلى البائع و انتساب البيع اليه بمجرد تكلمه بصيغه بعت، لانصراف الإطلاق إلى المنشى انصرافا عقلايا لأن فعل كل فاعل ينسب اليه، و يحكم بوقوعه عنه ما لم ينصب قرينه حاله أو مقالیه على خلافه.

و قد اتضح لك مما تلوناه عليك وقوع الخلط بين مقامى الثبوت و الإثبات فى كلام شيخنا الأستاذ، و إليك نص مقرر بحثه: (و أما إذا كان أحدهما كلياً فان كان الشخصى ملك شخصه و جب تعيين من يقع الكلى فى ذمته، و اما لو انعكس فلا- يجب التعيين، و ذلك لأنه لو كان الشخصى ملك غيره تعلق الكلى بدمه نفسه، لأن ذمه الغير يحتاج الى التعيين، و الا انصرف الى النفس حتى فيما لو كان و كيلا عن الغير).

**هل يعتبر فى العقود تعيين من له العقد؟**

**إشارة**

هل يعتبر فى العقود تعيين من له العقد إثباتا بناء على اعتبار قصده ثبوتاً بأن يكون البائع عالماً بمن يقع الشراء له و المشتري عالماً بالبائع؟.

يقع البحث هنا فى جهات شتى، و قد تعرض المصنف لبعضها و أغفل البعض الآخر.

ص: ٢٧٨

## الجهة الاولى: فى أنه إذا كان من له العقد مقصودا للمتعاقدين، و لم

يتعين فى مقام العقد للآخر

فالظاهر أن يحكم بصحة العقد، لأن قصد المالك لبا و ان كان ركنا فى العقد، كما هو المفروض، و لكن تعيينه للطرف فى المعامله ليس بركن فيه، لحصول الغرض الأقصى مع إبهامه-أيضا-فى مقام الإثبات و عليه فيصح أن يتوجه الموجب الى القابل، و يخاطبه بقوله: بعثك منا من الحنطه بلا تصريح باسم من تكون الحنطه فى ذمته، و انما يصرح باسمه بعد تماميه العقد.

أو يقول: وهبت هذا المال لمن قصدته، ثم يبين الموهوب له.

أو يقول: زوجتك المرأه المعهوده عندي، و يعينها بعد تماميه عقد الزواج. و هكذا الكلام فى ناحيه القبول.

و الوجه فى ذلك هو أن حقيقه البيع عباره عن اعتبار التبديل بين شيئين و حقيقه الهبه عباره عن اعتبار ملكيه العين الموهوبه للمتهب، و حقيقه الزواج عباره عن اعتبار عدليه أحد الزوجين للآخر، و لا شبهه فى تحقق تلك الحقائق بالصيغ المذكوره، و لا يعتبر فيها معرفه الموجب لمن هو مقصود القابل و لا معرفه القابل لمن هو مقصود الموجب، بديهه أن خصوصيات الأشخاص و ان كانت دخيلا فى الأغراض الشخصيه، و لكنها غير دخيل فى حقيقه العقود، و لا فى صحتها.

## الجهة الثانيه: أن يقصد الموجب وقوع العقد لشخص خاص، و قصد

القابل وقوعه لغيره،

و الظاهر أنه لا-ريب فى بطلان ذلك، لأن ما أنشأه الموجب لم يتعلق به القبول، و ما تعلق به القبول لم ينشئه الموجب، سواء فى ذلك أن يكون من له العقد ركنا فيه-كالنكاح و ما حذا حذوه، و ما لم يكن كذلك كالبيع و ما تلا تلوه.

ص: ٢٧٩



و السر فى ذلك ما عرفته قريبا من أن العقود عبارته عن الاعتبار النفسانى المقرون بالمظهر الخارجى من اللفظ وغيره، فبانعدام أحد الأمرين تنعدم حقيقته العقد.

ثم لا يخفى عليك: أن البحث فى هذه الجهه من صغريات البحث عن اعتبار التطابق بين الإيجاب و القبول، وقد تقدم فى محله أنه إذا لم يرد الإيجاب و القبول على محل واحد لم يكن أحدهما مطاوعه للآخر حينئذ فلا تتحقق المعاقده بين المتعاقدين بل يكون-هنا-أمران لا يتصل أحدهما بالآخر.

### **الجهه الثالثه: هل يجوز توجيه الإنشاء إلى المخاطب و قبوله لغيره مع عدم**

علم الموجب لذلك

أو إسناد الإيجاب إلى نفسه فى ظاهر الكلام و قصد وقوعه عن غيره مع عدم علم القابل لذلك، للمسأله صور.

الأولى: ان يعلم من الخارج عدم اراده خصوص المخاطب لكل من المتعاملين كما هو الحال فى غالب البيوع و الإجازات و نحوها، ففى مثل ذلك لا- يعتبر علم كل من الطرفين لمن يقع له العقد واقعا، فلو قال بعثك هذه الدار بكذا ثم انكشف ان المشتري كان و كيلا لم يضر ذلك بالتطابق و بصحة العقد.

الثانيه: ان يعلم من الخارج اراده خصوص المخاطب، كما فى النكاح و الوقف و الوصيه و نحوها، ففى مثلها لا- بد من اعتبار ذلك، فلو قال زوجتك فلانه و قبل المخاطب لغيره بطل النكاح بلا إشكال، لعدم المطابقه بين الإيجاب و القبول الثالثه: ان لا يعلم من الخارج لا إرادته الخصوصيه، و لا إرادته عدمها، فالظاهر فى هذه الصوره أنه لا بد من الاعتبار، كما اختاره المصنف قدس سره و ذلك لعدم إحراز التطابق المعبر فى صحة العقد فيما إذا قصد المخاطب شخصا آخر مع عدم اعلام ذلك لطرف العقد، فإذا لم يعلم ان الموجب-مثلا- قصد تمليك ماله للأعم من المخاطب و غيره لم يجز للمخاطب قبول التمليك لغيره.

بحث فى عقد المكره قوله:

### (مسأله و من شرائط المتعاقدين الاختيار).

#### اشاره

أقول: الفارق بين هذه المسأله و المسأله السابقه هو أن الكلام-هناك-مسوق لاعتبار قصد المعنى فى العقود، إذ الإخلال به يوجب الإخلال بعناوين العقود كما عرفته آنفا.

بخلاف المقام، فان البحث-هنا-فى لزوم كون القصد ناشئا من الاختيار و إذن فالمسألتان متغايرتان.

ثم إن المراد من الاختيار الذى نبحث عن اعتباره فى العقد-هنا-هو صدور الفعل من العاقد عن الرضاء و طيب النفس مقابل الكراهه و عدم الرضاء لا-الاختيار مقابل الجبر و الإلجاء، و إلا لكان عقد المكره خارجا عن العقد موضوعا، لخلوه عن القصد المعترف فى حقيقه العقد.

ثم إنه قد جرت عاده الفقهاء على البحث عن عقد المكره فى كتاب الطلاق و لعله لورود الروايات الكثيره على بطلان طلاق المكره. و إلا فلا اختصاص لذلك بالطلاق.

إذا عرفت ذلك فاعلم: أنه اتفق الأصحاب على بطلان عقد المكره أما عند العامه فلا يصح بيع المكره [١].

و لإطلافة[١] على تفصيل فى المذاهب.

ص: ٢٨٢

## هل المكروه قاصد الى اللفظ دون المعنى؟

قبل الاستدلال على المقصود يحسن بنا التعرض لما ذكره في المسالك من أن المكروه و الفضولي قاصدان إلى اللفظ، لا إلى مدلوله. وقد أشرنا إليه في مطلع المسألة السابقه. و وعدنا لك-هناك-التعرض له في هذه المسألة -و هنا-موعده.

و ربما يستظهر رأى صاحب المسالك من كلام العلامة-أيضا-فى التحرير من أنه لو اكره الزوج على الطلاق فطلق ناويا فالأقرب وقوعه، إذ لا إكراه على القصد.

و لكنه لا وجه صحيح لهذا الاستظهار، فان الظاهر من العلامة هو التفصيل فى المكروه بالفتح بين المتمكن من التوريه، و بين غير المتمكن منها بأنه إن كان

الزوج قادرا على التوريه و طلق زوجته من غير أن يورى فى إنشائه فيحكم بصحه طلاقه،و إن لم يكن قادرا عليها و طلق زوجته-  
و قتنذ-فيحكم بفساد طلاقه.و من البين أن هذا المعنى غير مربوط بما تضمنه كلام الشهيد الثانى فى المسالك.

و كيف كان فقد ذكر جمع من الأصحاب وجوها فى توجيه ما فى المسالك و نقتطف منها ما يلى:

١-أن الصادر من المكروه و الفضولى إنما هو مجرد اللفظ بلا- توجه إلى معناه.أما المكروه فلأنه لا يقصد وقوع النقل و الانتقال  
خارجا.و إنما غرضه الإنشاء الساذج دفعا للخوف المتوعد عليه من ناحيه الجائر.

أما الفضولى فلأنه يعلم جزما عدم ترتب الأثر على عقده مع قطع النظر عن إمضاء المالك،و عليه فيكون إنشاؤه خاليا عن قصد  
المعنى.

أما ما ذكر فى المكروه فيتوجه عليه:أن عقد المكروه كسائر أفعاله التكوينية الصادره منه كرها،كالأكل و الشرب و القيام و القعود و  
نحوها، و لا نظن أن يتفوه أحد بصدورها من المكروه بغير قصد.و كذلك العقد.

غايه الأمر أنه لم ينشأ من الرضاء و طيب النفس.

على أن المكروه لا يقدر غالبا على قصد خصوص اللفظ دون المعنى،لعدم الالتفات اليه.

و يضاف إلى ذلك أن انتفاء قصد المعنى يقتضى انتفاء حقيقه العقد،لما عرفته فى المسأله السابقه من استحاله تحقق العقد بدون  
القصد،و معه لا- مجال للبحث عن اعتبار الاختيار فيه.لأن موضوع البحث فى عقد المكروه إنما هو العقد الجامع للشرائط غير  
الرضاء بالعقد.و لأجل ذلك يحكم عليه بالصحه

إذا لحق به الرضاء و إذا كان خاليا عن القصد لم يكن قابلا للحكم عليه بالصحة أبدا لأنك عرفت أن عنوان العقد لا يتحقق بدون القصد و إذا تحقق في الخارج ما ليس بعقد لم يكن ذلك عقدا بالرضاء المتعقب-أيضا-لأن الشيء لا ينقلب عما هو عليه.مع أن المشهور حكموا بصحة عقد المكره بالرضاء المتعقب.

نعم قد يتعلق قصد المكره بخصوص اللفظ كما في التوريه.و لكنه خارج عن مورد البحث.

أما ما ذكر في الفضولي فيتوجه عليه:أن عقد الفضولي-أيضا-مقترن بالقصد و إلا لأستحال تأثيره بالإجازة-أيضا-على ما عرفته قريبا.

و مع الإغضاء عن ذلك:أن ما ذكر من التوجيه لكلام الشهيد انما يتم في غير الفضولي المعتقد لمالكيه نفسه،أما فيما إذا اعتقد الفضولي أنه مالك فلا شبهه في حصول القصد الى المعنى.

و على الجملة فلا إشكال في تحقق القصد في المكره و الفضولي كتحققه في غيرهما.

٢-ما ذكره المصنف و هذا نصه: (المراد بعدم قصد المكره عدم القصد الى وقوع مضمون العقد في الخارج.و أن الداعي له إلى الإنشاء ليس قصد وقوع مضمونه في الخارج،لا أن كلامه الإنشائي مجرد عن المدلول).

و يرد عليه أنه ان كان مراده من عدم القصد الى وقوع مضمون العقد في الخارج هو عدم وجود الاعتبار النفساني فهو بديهي البطلان،لما عرفته قريبا من تحقق القصد في المكره.و أن عقده من هذه الناحيه كسائر العقود الصادره من المختارين.

و ان كان مراده من ذلك هو عدم القصد إلى إمضاء الشارع و حكمه بصحة

العقد، لكي يترتب عليه الأثر. بل قصده إلى الحصة الفاسده.

فيتوجه عليه أولاً: أن هذا أخص من المدعى، لأن المكره قد لا يلتفت إلى فساد العقد شرعاً. بل يتخيل صحته. و عليه فهو قاصد لترتب الأثر الشرعى أيضاً.

ثانياً: أن ذلك لا يضر بصحة العقد، فإن قوام البيع - كما ذكرناه - إنما هو باعتبار المبادله بين المالين في أفق النفس، وإظهاره في الخارج بمظهر - سواء أمضاه الشارع، أم لم يمضه و سواء أ التفت المنشئ إلى ذلك أم لم يلتفت إليه.

و على الجملة: إن الأحكام الشرعيه المترتبه على العقود و الإيقاعات خارجه عن حقيقتها.

و لأجل ذلك لو أنشأ عقداً فاسداً باعتقاده - كما إذا تعامل مع أبيه معامله ربويه، ثم انكشف جواز ذلك - لم يحكم بفساده، و اذن فلا أثر لقصده الإمضاء الشرعى و عدمه.

٣- ما ذكره شيخنا الأستاذ من (أن المكره لم يقصد ما هو ظاهر إنشاء كل منشئ من رضائه بوقوع المدلول في الخارج، كما أن الفضولى لم يقصد ما هو ظاهر المعامله من وقوعها لنفسه).

و بتعبير آخر: إن ظاهر كلام العاقد هو وقوع إنشائه بالرضاء و طيب النفس، و أن ما أنشأه من العقد مستند إلى نفسه. و لكن الأول منفى في المكره و الثانى منفى في الفضولى، لأنهما لم يقصدا ذلك.

و يرد عليه أولاً: أن هذا أخص من المدعى، فإن هذا لو سلم فإنما يسلم مع عدم التفات الناس إلى حال المكره و الفضولى و الا لم يكن القصد مخالفاً لظهور كلامه ثانياً: أن عدم ظهور عقد المكره في طيب نفسه، و عدم ظهور عقد الفضولى في البيع لنفسه أجنبيان عن قصد العاقد للفظ دون معناه.

و على الجملة إنه: لم يتحصل لنا معنى معقول من كلام الشهيد من أن المكره و الفضولى قاصدان إلى اللفظ دون مدلوله. و هو(ره) أعرف بمقاله.

و قد ظهر لك مما تلوناه عليك: فساد ما ذكره النراقى فى المستند من أن الوجه فى بطلان البيع الإكراهى هو عدم وجود ما يدل على قصد البيع، حيث ان اجراء الصيغه مع الإ-كراه غير كاشف عن القصد، فلا- يكون من البيع العرفى، لأنه يعتبر فيه أن يكون- هناك- كاشف عن كونه مريدا لنقل الملك و كونه مكرها قرينه على عدم اراده ظاهر اللفظ.

### ما استدل به على بطلان بيع المكره

#### اشاره

قد ظهر لك من مطاوى ما ذكرناه: أن مقتضى القاعده هو صحه بيع المكره فإنه عقد عرفى فيشملة ما دل على وجوب الوفاء بالعقد. و لكن استدل على فساده بوجوه و هى ما يلى:

### الوجه الأول: الإجماع.

و يرد عليه: أن الإجماع و إن كان مسلما و لكننا لا- نطمئن بكونه إجماعا تعبديا، إذ من المحتمل القريب أن يكون مدرك المجمعين الوجوه الآتية.

### الوجه الثانى: قوله تعالى لا تأكلوا أموالكم بينكم بالباطل إلا أن تكون تجارَه عن تراضٍ

#### (١)

و قد ذكرنا فى المباحث السالفه أن دخول الباء المفيده للسببيه فى كلمه الباطل، و مقابلتها فى الآيه مع التجاره عن تراض قرينتان على أن الآيه الشريفه فى مقام تمييز الأسباب الصحيحه عن الأسباب الفاسده.

ثم إن المراد من الأكل فى الآيه المباركه ليس هو الازدراد-على ما هو

ص: ٢٨٧



معناه الحقيقي- وإنما هو كناية عن تملك مال الناس من غير استحقاق شرعى.

سواء أ كان المال المزبور من المأكولات أم كان من غيرها. وقد تعارف استعمال كلمه الأكل فى التملك فى الكتاب الكريم و فى كلمات الفصحاء. بل و فى غير العربيه أيضا. و من ذلك قوله تعالى وَ لَا تَأْكُلُوا أَمْوَالَكُمْ بَيْنَكُمْ بِالْبَاطِلِ وَ تَدُلُّوا بِهَا إِلَى الْحُكَّامِ لِتَأْكُلُوا فَرِيقًا مِنْ أَمْوَالِ النَّاسِ بِالْإِثْمِ وَ أَنْتُمْ تَعْلَمُونَ ١.

ثم إن الاستثناء فى الآيه المباركه سواء أ كان متصلا- كما هو الظاهر- أم كان منقطعا يفيد حصر الأسباب الصحيحه للمعاملات بالتجاره عن تراض:

أما على الأول فواضح.

و أما على الثانى فلأن الاستثناء المنفصل و ان كان لا يفيد الحصر بنفسه و لكن الله تعالى حيث كان فى مقام بيان الأسباب المشروعه للمعاملات- و فصل صحيحها عن فاسدها، و كان الإهمال مخلا بالمقصود- فلا محاله يستفاد الحصر من الآيه بالقرينه المقاميه.

و نتيجه ما ذكرناه حول الآيه الكريمه: أنه لا يجوز تملك أموال الناس بسبب من أسباب المعاملات إلا أن يكون السبب المملك هو التجاره عن تراض و من الواضح الذى لا ريب فيه أن بيع المكره لا يعد من التجاره عن تراض، فيكون فاسدا.

ثم لا- يخفى على الفطن العارف: أن المراد من الرضاء المذكور فى الآيه المتقدمه هو طيب النفس، لا الرضاء بمعنى القصد و الإراده، أو الملازم لهما، فان ما هو شرط لصحه التجاره هو الأول. أما الثانى فإنه مقوم للعقد، فقد عرفت أن الله تعالى فى مقام بيان الميز بين السبب الصحيح و السبب الباطل للمعاملات. و مع عدم تحقق العقد لا- يبقى مجال لتقسيم أسباب المعاملات إلى الصحيح و الفاسد.

ص: ٢٨٨

أضف الى ذلك: أن العقد من الأمور القصدية المظهره بمظهر خارجي فلا يعقل صدوره من غير القاصد. و عليه فلو كان المراد من الرضاء في الآيه القصد و الإراده، أو ما يلزمهما لكان ذكره فيها مستدركا. لأن كلمه التجاره المذكوره فيها تغنى عن ذكر كلمه الرضاء. تعالى كلامه سبحانه عن ذلك علوا كبيرا. و عليه فالمراد من الرضاء في الآيه الشريفه انما هو طيب النفس، لا القصد و الإراده.

و يحسن بنا توضيح ذلك إجمالاً فنقول: ان الأفعال الاختياريه الصادره من الأشخاص المختارين انما تستند الى مقدمات طويله كلها موجوده في أفق النفس: منها التصور. و منها التصديق بالفائده. و منها الميل، و منها الشوق المؤكد المعبر عنه غالباً بالإرادته التي هي تأثير النفس في حركه العضلات. و لا شبهه في أن الفعل إذا عرى عن القصد و الاختيار لحق بالأفعال غير الاختياريه ثم ان الفائده المترتبه على الفعل الاختيارى على ثلاثه أقسام:

الأول: الفائده الخالصه المترتبه على الفعل الخارجى. و ذلك كالربح المترتب على التكسب و الاتجار. و كالتلذذ المترتب على أكل المطعومات.

و كحراره البدن المترتبه على لبس الألبسه، و الى غير ذلك من الأمثله.

الثانى: أن تكون الفائده المترتبه على الفعل مما يدفع به الضرر الخارجى المتوجه الى الشخص، بأن يكون اختيار هذا الفعل لأجل قضاء الضروره من دون أن تكون هذه الضروره من ناحيه الظالم و نحوه.

و مثال ذلك: أن يضطر أحد إلى بيع داره لصرف ثمنها فى علاج مريضه المشرف على الهلاك أو للإنفاق على عياله، أو لأداء الدين الواجب أو لدفع جريمه تثبت عليه فى المحكمه الخاصه. و من هذا القبيل أن يطلب الجائر من شخص مالا لا يتمكن منه الا بيع داره أو كتبه أو متاع بيته أو

أشبه ذلك، فإن الإيجابر انما يكون بالنسبه إلى دفع المال، لا بالنسبه إلى بيع ما ذكر.

الثالث: أن تكون الفائده المترتبه على الفعل دفعا لضرر الظالم الناشئ من ترك الفعل -لا من الجهات الخارجيه. و مثال ذلك أن يحمل الجائر أحدا على فعل خاص مع الإيعاد على تركه بالضرب أو القتل أو نحوهما، فان نفس الفعل -هنا- وان صدرت بمقدماته الاختياريه التي أشرنا إليها قريبا.

و لكن الفاعل لم يرض به.

و يتضح الفارق بين هذا القسم و بين سابقه بملاحظه ما يلي: و هو أن الظالم إذا أكره أحدا على بيع داره، و أوعده بالضرب على تركه حكم بفساد البيع لخلوه عن الرضا المعتبر في صحه البيع. و هذا بخلاف ما إذا أكرهه بداءه على إعطاء ألف دينار. و كان سبيل نجاته عن هذه الغرامه هو بيع داره فإنه حينئذ يحكم بصحه البيع لوقوعه برضا المالك و طيب نفسه. غايه الأمر أن الداعى إلى البيع انما هو الاضطرار. و أيضا أن الفارق بينهما كالفارق بين من فسد جزء من أجزاء بدنه بحيث انحصر علاجه بقطعه و الا يهلكه. و بين من أجبره الجائر على قطع إصبغه، و إلا يقتله، فان الشخص الأول مبتهج بقطع عضوه بخلاف الثانى. و هذا واضح.

و قد اتضح لك مما بيناه: أن ما نحن فيه من القبييل الثالث، لأن البيع الصادر من المكروه كرها كسائر أفعاله الاختياريه مسبق بالمقدمات، من التصور و التصديق بالفائده و الميل و الإراده التي هى بمعنى الاختيار. و لكن هذا البيع الصادر من المكروه فاقد للرضا و طيب النفس. و على هذا فعنوان التجاره لا يتحقق إلا بالإراداه و الاختيار. فبيع المكروه تجاره غايته تجاره عن غير تراض.

ص: ٢٩٠

### الوجه الثالث: مما استدل به على فساد بيع المكروه - الروايات

الداله على حرمه التصرف فى مال غيره الا بطيب نفسه،

(١)

و من الظاهر أنه لو كان بيع المكروه نافذا لكان سببا لحليه ماله للمشتري بغير الرضاء و طيب النفس

### الوجه الرابع: الروايات ١٢ الداله على بطلان طلاق المكروه و عتاقه

فإنها و ان وردت فى الطلاق و العتاق، و لكنها بضميمه عدم القول بالفصل بينهما و بين غيرهما من العقود و الإيقاعات تدل على المقصود.

### الوجه الخامس: ما دل على رفع الإكراه فى الشريعة المقدسه.

ص: ٢٩١

---

١- ١) قد تقدمت هذه الروايات فى الجزء الثانى فى ص ١٣٨.

و وجه الاستدلال به على بطلان عقد المكره هو ما ذكرناه فى علم الأـصول من أنه لاـ اختصاص لحديث الرفع بالأحكام التكليفية. بل يعم الأحكام الوضعيهـ أيضاـ كما أنه لا اختصاص له بمتعلقات الأحكام، بل هو يجرى فى الموضوعات أيضا، فإن فعل المكلف كما يقع متعلقا للتكليف كذلك يقع موضوعا له، و عليه فإذا أكره المكلف على إيجاد الموضوع لحكم، كالإفطار فى شهر رمضان، أو إنشاء بيع ارتفع حكمهما.

و على هذا فلا احتياج فى الاستدلال بحديث الرفع على بطلان بيع المكره الى التمسك باستدلال الامام عليه السلام بذلك على بطلان اليمين بالطلاق و العتاق [١]

ص: ٢٩٢

مع ضميمه عدم القول بالفصل-بينهما و بين سائر العقود و الإيقاعات-إلى الاستدلال المزبور.

كما لا نحتاج الى القول بأن اعراض الامام عليه السلام عن الحكم ببطلان العتاق و الطلاق بدءا الى التمسك بحديث الرفع شاهد صدق على شمول ذلك الحديث لأمثال الموارد.

و لا احتياج إلى شيء منهما و إن كان كل منهما تاما في نفسه.

و على الجملة: إنه لا شبهه في دلالة حديث الرفع على بطلان عقد المكروه ما هو حكم المعامله الصادره من المضطر؟

**بقى هنا أمران يحسن بنا التعرض لهما:**

**الأول: أنه قد يتوهم أنه إذا ثبت بطلان بيع المكروه من جهة حديث**

الرفع

فلا بد و أن يحكم بفساد العقود و الإيقاعات الصادره من المضطر-لأجل الاضطرار-لعين ذلك الحديث، و قد تقدم مثاله قريبا.

و لكنه يندفع بأن حديث الرفع وارد في مقام الامتنان، و من الواضح أن الحكم بفساد معاملة المضطر على خلاف الامتنان، و عليه فلا تكون المعامله الاضطراريه مشموله لحديث الرفع.

ما هو حكم المعامله الصادره من المكروه بحق؟

**الثاني: أن حديث الرفع انما يدل على بطلان عقد المكروه فيما إذا كان**

المكروه(بالكسر)من سنخ البشر.

أما إذا كان المكروه(بالكسر)هو

ص: ٢٩٣

اللّٰه تعالى بلسان سفرائه الطاهرين، فإنه -وقتئذ- لا يحكم بفساد العقد الواقع كرها، ولا يكون ذلك مشمولاً لحديث الرفع فان ذلك اكراه بحق فلا- يمنع عن نفاذ البيع و إلا- لزم أن يكون حكمه سبحانه بوقوع العقد الإكراهي لغوا محضاً تعالى عن ذلك علواً كبيراً. وقد تحقق هذا المعنى في موارد شتى، ونذكر منها ما يلي:

- ١- أن يحكم القاضي ببيع ملك المديون لإيفاء الغرماء حقوقهم، فإنه اكراه بحق لا يمنع عن نفاذ البيع، بل يقع معه صحيحاً نافذاً.
- ٢- الظاهر أنه لا- خلاف بين الأصحاب رضوان الله عليهم في إجبار المحتكر على بيع ما احتكره من الطعام فيما إذا لم يوجد البادل. بل عن المهذب البارع الإجماع عليه. و عن التنقيح عدم الخلاف في ذلك و قد وردت جملة من الروايات في ذم المحتكر، و حرمة الاحتكار. و كونه من الجرائم الموبقة و يأتي البحث عن ذلك في أواخر كتاب البيع إنشاء الله.
- ٣- أن لا- ينفق الرجل على من تجب نفقته عليه من الأب و الام و الأولاد و الأزواج و غيرهم، فإنه حينئذ يجبر هذا الشخص الممسك على بيع أمواله و صرف ثمنها في نفقه هؤلاء. و لا يؤثر هذا الإكراه في بطلان بيعه، لما عرفته قريباً في المحتكر.
- ٤- أنه إذا امتنع الراهن من أداء دينه فإنه يجبره الحاكم على بيع العين المرهونه و أداء دين المرتهن من ثمنها. فلا يؤثر الإكراه في فساد بيعه.

ثم انه بقي هنا شيء آخر لا بأس بالتعرض له. و هو أن المحقق الايرواني قد استدل على فساد عقد المكره بما حاصله: أن عنوان المعاملة لا يتحقق عرفاً بإنشاء المكره، بداهة أنه و ان قصد المعنى قلباً، و تكلم باللفظ لساناً، إلا أنه لا رابطه بينهما لباً، ضروره أنه لم يأت باللفظ لأجل المقدميه و التوصل

الى المعنى لكى يكون ذلك وسيله إلى تحقق عنوان المعامله، بل انما أتى به بداع آخر. و عليه فقصد المكره للمعنى، كالقصد الساذج الخالى عن الإنشاء.

كما أن إنشاء كالإنشاء الساذج الخالى عن القصد. و إذا لم يتحقق-هنا-عنوان المعامله لم يترتب عليه أثر شرعى.

و لكن يتوجه عليه ما عرفته مرارا من أن عنوان أى عقد أو إيقاع انما يتحقق بالاعتبار النفسانى، و إبرازه بمبرز خارجى من اللفظ وغيره، و لا ريب فى أن هذا المعنى متحقق فى عقد المكره، غايه الأمر أنه فاقد لطيب النفس، إلا أنه غير دخيل فى عنوان العقد، و انما هو دخيل فى صحته.

و يضاف الى ذلك: أنه لو لم يكن إنشاء المكره مربوطا بالقصد و كان كل منهما غريبا عن الآخر كما يرومه المستدل كان عقد المكره فاسدا من ناحيه انتفاء موضوع العقد، لا من ناحيه الكره. و قد عرفت آنفا أن محل بحثنا انما هو فيما يكون العقد واجدا لسائر ما يعتبر فيه غير طيب النفس و الرضاء.

### هل يعتبر فى الإكراه وجود حامل

على المكره عليه؟

قوله: (إن حقيقه الإكراه لغه و عرفا حمل الغير على ما يكرهه).

أقول: هل يعتبر فى مفهوم الإكراه وجود شخص حامل على الفعل المكره عليه بحيث لولاه لما كان-هنا-إكراه كما هو الظاهر من المصنف أم لا- يعتبر ذلك فى مفهومه، بل يكفى فيه مجرد الاعتقاد بوجود المكره (بالكسر) و ان كان الاعتقاد المزبور مخالفا للواقع؟.

ص: ٢٩٥



و يحسن بنا أولاً: أن نقدم مقدمه في طليعه البحث عن ذلك و ملخصها:

أن النسبه بين عنوان الكراهه و عدم طيب النفس هي العموم المطلق، ضروره أنه كلما تحقق-هنا- كره تحقق عدم طيب النفس. بخلاف العكس، فإنه قد لا يوجد الكره و لكن يتحقق عدم الرضاء و عدم طيب النفس- كما إذا تخيل أحد أن الجائر أجبره على بيع داره أو طلاق زوجته أو عتاق عبده- و فعل ذلك ثم تبين أنه ليس هنا مكروه (بالكسر)- فان عنوان الإكراه و ان كان غير متحقق في المقام واقعا و لكن لم يوجد هنا رضاء أيضا بالمعامله.

و قد يتوهم أن النسبه بين عنوان الإكراه و بين عدم الرضاء هي العموم من وجه، إذ قد يتحقق الإكراه و لا يتحقق عدم الرضاء، كما إذا باع أحد داره برضاء ثم علم بوجود المكروه في الواقع بحيث لو لم يفعله لقتله.

و لكنه توهم فاسد بديئه أن حقيقه الإ-كراه متقومه بوجود المكروه (بالكسر) واقعا، و علم المكروه (بالفتح) به فإذا انتفى أحدهما انتفى عنوان الإكراه.

إذا عرفت هذا فاعلم أنه إن كان الدليل على بطلان معامله المكروه هو حديث الرفع فلا مناص عن التكلم في حقيقه الإكراه، و بيان ما يعتبر فيها من القيود و الشرائط، لكي يتضح ما هو المقصود من الحديث المزبور.

و ان كان الدليل على بطلان معامله المكروه هو عدم اقترانها بالرضاء و طيب النفس فلا نحتاج الى البحث عن حقيقه الإكراه فإن المدار في صحه معاملات المكروه و فسادها-وقثئذ-انما هو وجود طيب النفس و عدمه، و عليه فيحكم بفساد العقد الصادر من شخص بتوهم أن الجائر قد أمره بذلك، و أوعدده على تركه بالضرب و القتل و نحوهما-و ان كان اعتقاده هذا موافقا للواقع-فان العقد المزبور فاقد لطيب النفس. نعم إذا طابق اعتقاده الواقع

اجتمعت حقيقه الإكراه مع عدم طيب النفس.

و على الجملة: أن الميزان فى بطلان بيع المكره انما هو عراؤه عن طيب النفس، سواء أ استند ذلك الى مجرد الخوف من دون أن يكون-هناك- مخوف، أم استند الى جوف مستند إلى الجائر.

### هل يعتبر فى تحقق الإكراه الوعيد

من الأمر؟

قوله: (و يعتبر فى وقوع الفعل من ذلك الحمل اقترانه بوعيد منه) أقول: هل يعتبر فى تحقق الإكراه الوعيد من الأمر، أم يكفى فى ذلك توجه الضرر على المكره (بالفتح) و لو من ناحيه غير الأمر؟.

الظاهر من المصنف هو الأول.

و قال السيد-عند قول المصنف: اقترانه بوعيد منه-: (فعلى هذا لا يصدق على ما أشرنا إليه سابقا من طلب الغير منه فعلا إذا خاف من تركه الضرر السماوى، أو ضررا من جانب شخص آخر إذا اطلع على ذلك مع عدم توعيده. بل و كذا إذا فعل الفعل لا بأمر الغير لكن خاف منه الضرر.

و حينئذ فالإقدام على الفعل قبل اطلاع الجائر بتخيل أنه إذا اطلع على الترك أو صل اليه الضرر لا يعد من الإكراه).

و تبعهما فى ذلك شيخنا الأستاذ، و إليك نص مقرر بحثه: (يعتبر توعيد الطالب على الترك، ثم يعتبر الظن أو الاحتمال العقلانى على ترتب ذلك الوعيد على الترك فمجرد أمر الغير مع عدم اقترانه بتوعيد منه لا- يدخل فى موضوع البحث و إن خاف من تركه ضررا سماويا أو الضرر من شخص آخر غير الأمر).

ص: ٢٩٧

و لكن التحقيق: أن يحكم بفساد العقد إذا ترتب على تركه الضرر و لو من ناحيه غير الأمر، كما إذا أمره ابن السلطان ببيع ماله فباعه خوفا من الضرر المتوجه اليه من ناحيه السلطان إذا علم بمخالفه أمر ولده.

و لا يفرق في ذلك بين كون المدرك لبطلان عقد المكروه هو حديث الرفع، و بين كونه عدم طيب النفس:

أما على الثاني فواضح.

أما على الأول فلما عرفته من أن حقيقه الإكراه حمل الغير على فعل مع الإيعاد على تركه بالضرر سواء أ كان الضرر متوجها اليه من الأمر، أم كان متوجها اليه من غيره.

نعم إذا كان الوعيد بالضرر السماوي، كما إذا أمر أحد من أولياء الله شخصا خاصا ببيع داره، و إلا طلب من الله تعالى أن يمطر عليه حجاره من السماء، أو يرسل عليه ريحا عاصفه فباعها خوفا من الغضب الإلهي، فإن البيع المذكور يحكم بصحته، لما عرفته - قريبا- من أن المرفوع بحديث الرفع إنما هو الإكراه من ناحيه العباد، لا الإكراه من ناحيه الله سبحانه. و هذا ظاهر.

### هل يعتبر في الإكراه العلم بترتب الضرر

على ترك المكروه عليه؟

هل يعتبر في صدق الإكراه العلم أو الظن بترتب الضرر على ترك المكروه عليه، أم يكفي في ذلك مجرد الاحتمال؟.

ذكر المصنف: أنه يعتبر في ذلك كون الضرر مظنون الترتب على ترك ذلك الفعل بحيث يضر بحال الفاعل، أو بحال من يتعلق به، أو يضر بماله.

ص: ٢٩٨

و قد اكتفى شيخنا الأستاذ في صدق الإكراه على ذلك باحتمال ترتب الضرر على ترك المكره عليه، و قد عرفت عبارته مقرر بحته آنفاً.

و هذا هو الصحيح، لما عرفته -قريباً- من أن المدار-في فساد عقد المكره- على انتفاء طيب النفس، و هو حاصل بمجرد الخوف النفساني الحاصل من وعيد الأمر، و معه لا- دليل على اعتبار العلم بالترتب أو الظن به، بل يكفي في ذلك مجرد الاحتمال العقلاني.

ثم ذكر السيد: (أنه لا بد في صدق الإكراه من كون الضرر المتوقع به مما لم يكن مستحقاً عليه، فلو قال: افعل كذا و إلا قتلتك قصاصاً.

أو و إلا طالبتك بالدين الذي لى عليك و نحو ذلك لا يصدق عليه الإكراه).

و قد يناقش فيه بأن المعامله-عندئذ-فاقد لطيب النفس و الرضاء.

فتكون فاسده.

و لكن الظاهر: أن ما ذكره السيد هو الصحيح، و ذلك من جهة أن الإ-كراه ينصرف عرفاً الى غير ذلك، و على فرض عدم الانصراف فالحديث لا يشملها، لأنه على خلاف الامتنان.

و توهم: أن المعامله-حينئذ-فاقده لطيب النفس مدفوع بان دفع الضرر المستحق عليه أقوى سبب لتحقيق الرضاء بالمعامله، فإن الضرر إذا كان مستحقاً عليه لزمه الالتزام به بحكم الشارع، أو دفعه عن نفسه باختياره و بالتراضى بينه و بين من يستحق عليه.

ص: ٢٩٩

التفصى عن الضرر؟

قوله: (ثم إنه هل يعتبر فى موضوع الإكراه أو حكمه عدم إمكان التفصى عن ذلك الضرر المتوقع بما لا يوجب ضررا آخر). أقول: هل يعتبر فى موضوع الإكراه عدم إمكان التفصى عن الضرر المتوقع به بتوريه أو بغيرها أم لا يعتبر ذلك فى موضوعه، بل يعتبر فى حكمه: أعنى به الأثر المترتب على الإكراه من بطلان المعامله و غيره. أم يفصل بين المعاملات و غيرها، و يلتزم بعدم الاعتبار فى الأول دون الثانى، أم يفصل بين التوريه و غيرها، و يلتزم فى تحقق مفهوم الإكراه- باعتبار العجز عن غير التوريه دونها، أم لا يعتبر شىء من المذكورات؟.

و قبل التعرض لتلك الوجوه يحسن بنا أن نقدم أمام البحث بيان حقيقه التوريه: وهى فى اللغه بمعنى الستر و الإخفاء و إلقاء كلام ظاهر فى معنى و إرادته خلاف ظاهره. مع إخفاء القرينه على المراد، فكأن المتكلم وارى مراده عن المخاطب بإظهار غيره. و خيل إليه أنه أراد ظاهر كلامه.

و قد ذكر الطريحي فى مجمع البحرين و ريت الخبر بالتشديد توريه إذا سترته و أظهرت غيره، حيث يكون للفظ معنيان أحدهما أشيع من الآخر و تنطق به و تريد الخفى.

و فى القاموس: وراه توريه أخفاه.

و فى تلخيص المفتاح: و منه التوريه و تسمى الإيهام- أيضا- و هو أن يطلق لفظ له معنيان قريب و بعيد و يراد البعيد. إلخ.

و لكن لا- يخفى عليك: أن التوريه كما تتحقق فى الأقوال كذلك تتحقق فى الأفعال-أيضا-و لا وجه لتخصيصها بالأولى كما يلوح من ظاهر تفاسير القوم أما جريانها فى الأقوال فكما إذا أراد أحد أن ينكر مقالته الصادره منه فيقول: علم الله ما قلته، حيث يظهر كلمه الموصول على صورته أداءه النفى.

و يخيل الى السامع أنه ينكر كلامه الصادر منه.

و من هذا القبيل ما ذكره سلطان العلماء و المحققين فى حاشيته على المعالم عند البحث عن المجمل من أنه سئل أحد العلماء عن على عليه السلام و أبى بكر بأنه أيهما خليفه الرسول صلى الله عليه و آله فقال: من بنته فى بيته.

و منه قول عقيل عليه السلام: أمرنى معاويه أن ألعن عليا ألا فالعنوه.

و من القبيل المذكور ما سئل بعض الشيعة عن عدد الخلفاء فقال: أربعة أربعة، و قصد من ذلك الأئمه الاثنى عشر، و زعم السائل أنه أراد الخلفاء الأربع.

ثم لا- يخفى عليك: أن الكلام الذى يورى به قد يكون ظاهرا فى بيان مراد المتكلم، و لكن المخاطب لغباوته و قصور فهمه لا يلتفت اليه، و لا- ريب أن مثل ذلك خارج عن حدود التوريه موضوعا. و إنما هو كسائر الخطابات الصادره من المتكلم فى محاوراته و محادثاته.

و منه ما نقل عن بعض الأجله أن شخصا اقترح عليه أن يعطيه شيئا من الدراهم و يعينه بذلك، و كان المسؤول يرى السائل غير مستحق لذلك فلقى السبحه من يده على الأرض و قال: و الله ان يدي خاليه، و تخيل السائل من كلامه أنه غير متمكن من إعطاء سؤله و قضاء حاجته.

أما جريان التوريه فى الأفعال فهو من الواضح بمكان و ان لم يتعرض له من فسر التوريه و بين حقيقتها.

و مثال ذلك: أن يكره الجائر أحدا على شرب الخمر، فأخذها المكروه (بالفتح) وأهرقها على جيبه، و خيّل إلى الجائر أنه شربها.

و أن يكره أحدا على أخذ أموال الناس بالظلم و العدوان. فأخذ المكروه (بالفتح) مال الظالم سرا و دفعه اليه جهرا، و يخيل إليه أنه أخذه من الناس و أعطاه إياه.

و أن يأمر أحد عماله أن يضرب مظلوما في الليل المظلم، فيورى العامل في فعله بضرب سوطه على الجدار، و يأمر المظلوم بالنياحه و البكاء لكي يفهم الظالم أنه يضربه. و الى غير ذلك من الأمثلة.

و عليه فإذا قلنا بوجوب التوريه في الكلام مع التمكن منها قلنا به في الأفعال- أيضا- فإن سيئلهما واحد. و هذا واضح لا ستار فيه.

ثم انه فضل المصنف- هنا- بين المعاملات و غيرها، حيث اعتبر العجز عن التفصى في حقيقه الإكراه في الثانى دون الأول.

و ملخص كلامه: أن المناط في الإكراه الراجع لأثر المعاملات إنما هو عدم طيب النفس بمفاد المعامله. و لا ريب أن هذا المعنى قد يتحقق مع إمكان التفصى.

و مثاله: أنه لو جلس أحد في مكان خاص فاكرهه الجائر على بيع داره فان المكروه بالفتح و ان كان له في غير هذا المكان خدم يكفونه عن شر المكروه (بالكسر) إلا- أنه يكره الخروج عن مكان جلوسه و لا- يتمكن في هذه الحاله من دفع ضرر الجائر عن نفسه، و عليه فالإكراه بمعنى عدم طيب النفس متحقق هنا، و حيثئذ فيحكم بعدم ترتب الأثر على هذه المعامله الصادره من المكروه.

و هذا بخلاف الإكراه على أمر محرم كالكذب و شرب الخمر و الزناء

و أشباهها فإن الشخص المزبور في المثل المذكور لا- يعذر بمجرد كراهه الخروج عن ذلك المنزل فان المناط في الإكراه-  
المعتبر في تسويغ المحرمات-هو الإكراه بمعنى الجبر.و المناط في الإكراه-المعتبر في رفع الأثر عن المعاملات-هو عدم طيب  
النفس كما عرفته قريبا و كم فرق بينهما.

و يدل على التفرقة بين المقامين خبر ابن سنان قال:قال أبو عبد الله عليه السلام:لا يمين في غضب و لا في قطيعه رحم،و لا في  
جبر،و لا في إكراه قال:قلت أصلحك الله فما فرق بين الإكراه و الجبر؟قال:الجبر من السلطان يكون،و الإكراه من الزوجه و الأب  
و الام و ليس ذلك بشيء (1)حيث ان الظاهر من هذا الخبر هو أن ما يرفع أثر المعاملات انما هو الإكراه بمعنى عدم طيب  
النفس و ان لم يتوجه على ترك المكروه عليه ضرر-كما في إكراه الأب و الام و الزوجه-فيكون أوسع دائره من الإكراه المسوغ  
لسائر المحرمات.

و لكن يتوجه عليه أولا-أن معنى الإكراه هو حمل الغير على ما يكرهه مع الإيعاد على تركه.و لا ريب أن هذا المعنى ينطبق على  
جميع موارد الإكراه بنسق واحد من دون فارق بين المعاملات و المحرمات.و عليه فمجرد مقابله الإكراه مع الإيجاب-في الروايه-  
لا- تدل على التفرقة بين المعاملات و المحرمات بل غاية ما يستفاد منها أن دائره الإكراه الرافع لأثر المعاملات أوسع من دائره  
الإيجاب المسوغ للمحرمات،فإنه يتسامح في الأول بما لا يتسامح في الثاني.

و يضاف الى ذلك:أنه لم يذكر في الروايه أن الإيجاب يكون في

ص:٣٠٣

---

١- (١) الفقيه ج ٣ من طبعه النجف باب ٩٨ الايمان ص ٢٣٥.و فروع الكافي ج ٧ من ط ٢ باب ما لا يلزم من الايمان ص ٤٤٢.و  
التهذيب ج ٢ كتاب الايمان ص ٣٢٨.و الوافي ج ٧ ص ٩٢.



المحرمات فقط، بل المذكور فيها هو بيان الفارق بين السلطان. و بين الأب و الام و الزوجه و عليه فما ذكره المصنف-في المثال المزبور من بيان المائز بين المعاملات و بين المحرمات-لا يبتنى على أساس صحيح، بل كما لا يسوغ مع الإكراه -المذكور في المثال- ارتكاب المحرمات كذلك يحكم-معه-بنفوذ المعاملات بديهة أن الإكراه إنما يؤثر في فساد المعامله إذا كانت المعامله المكره عليها فاقده لطيب النفس من ناحيه الخوف المستتبع لترتب الضرر على الترك، و لم يقدر المكره (بالفتح) على دفعه عادة و من اليبين الذى لا-ريب فيه أن طيب النفس متحقق في المثال، لتمكن البائع من عدم البيع، و لو بالاستنصار من خدمه و عشيرته لكي يدفعوا عنه الضرر.

ثانيا: أنه لا-دلاله في الروايه المذكوره على التفرقه بين المقامين، ضروره توجه الضرر على ترك المكره عليه في الأمثله التى ذكرت في الروايه كيف فان ترك ما يريده الأب أو الأم أو الزوجه قد يوجب اختلال العيش و اضطراب الفكر، بل ربما ينجر ذلك الى ما هو أعظم من ذلك، و إذن فتبعد الروايه عن إثبات صدق الإكراه بدون توجه الضرر على ترك المكره عليه.

أضف الى ذلك: أن الروايه ضعيفه السند، فإن الراوى عن ابن سنان هو عبد الله بن القاسم، و هو اما مجهول أو ضعيف.

ثم ان المصنف قد فصل-هنا-تفصيلا آخر و هو التفصيل بين العجز عن التفصى بالتوريه و غيرها، حيث اعتبر الثانى فى مفهوم الإكراه دون الأول و حاصل كلامه: أن الظاهر من النصوص و الفتاوى هو عدم اعتبار العجز عن التوريه فى موضوع الإكراه أو حكمه، إذ من البعيد جزما أن يحمل عموم حديث الرفع، و خصوص النصوص-الوارده فى طلاق المكره

و عتقه و الشهرة المدعاه فى حكم المكروه-على صورته العجز عن التوريه، لجهل أو دهشه، بل مورد بعضها يابى عن الحمل المذكور، كما يتضح ذلك لمن يراجعها.

و يضاف الى ذلك: أن القدره على التوريه لا يخرج الكلام عن حيز الإكراه عرفا، بداهه أن الأصحاب-وفاقا للشيخ فى المبسوط- جعلوا من شروط تحقق الإكراه علم المكروه أو ظنه بوقوعه فى الضرر المتوقع به مع الامتناع عن إيجاد المكروه عليه، و من البين أنه لا-شبهه فى وجود الملازمه بين امتناع المكروه(بالفتح) عن الفعل المكروه عليه، و بين وقوعه فى الضرر-الذى هو المعتبر فى صدق الإكراه-مع التمكن من التوريه، كما لا شبهه فى انتفاء هذه الملازمه مع التمكن من غيرها. و إذن فموضوع الإكراه متحقق فى الأول فيلحقه حكمه، دون الثانى مع أن العجز عنها لو كان معتبرا لأشير إليها فى قضيه عمار و أبويه [١].

و لكن يتوجه على ذلك: أنه لم يتضح لنا الفارق بين إمكان التفصي بالتوريه و غيرها، فكما لا- يتحقق مفهوم الإكراه فى الثانى، كذلك لا يتحقق مفهومه فى الأول-أيضا.

و من هنا لو أكره أحد على شرب الخمر مع تمكنه من هراقته على جيبه حرم عليه شربها جزماً و قد تقدم أن التوريه كما تجرى فى الأقوال تجرى فى الأفعال-أيضاً.

و كذا لو أكره الجائر أحداً على ارتكاب محرم أو ترك واجب ثم غاب عنه بحيث لا يلتفت إلى حاله. و أنه يفعل الفعل المكروه عليه أو لا يفعله، فإن أحداً لم يتوهم تحقق الإكراه-هنا-مع أن الملازمه المزبوره متحققه-هنا- فى مورد المثالين جزماً.

و يضاف إلى ذلك: ما ذكرناه سابقاً من أن المناط فى بطلان معامله المكروه إنما هو انتفاء طيب النفس و الرضاء كما بنى عليه المصنف فيما سبق، و من الواضح أن طيب النفس متحقق فيمن تمكن من التفصى بالتوريه، و معه كيف يتحقق الإكراه.

أما ما ذكره من التمسك بإطلاق حديث الرفع و سائر الروايات الوارده فى طلاق المكروه، و عتاقه و النصوص الوارده فى تجويز الحلف الكاذب بدعوى أن الظاهر منها هو عدم اعتبار العجز عن التفصى فى حكم المكروه عليه.

فيتوجه عليه: أن التمسك بذلك إنما هو بعد إحراز الموضوع:

أعنى به تحقق الإكراه، و قد عرفت عدم تحققه مع التمكن من التفصى.

أما ما ذكره من أن العجز عن التوريه لو كان معتبراً فى رفع الأثر عن الفعل المكروه عليه لأشير إليه فى قضيه عمار و أبويه من جهه شفقه النبى صلى الله عليه و آله عليه.

فيتوجه عليه أولاً: أن عظمه عمار و نبوغه فى العلم و التقوى مانعه عن تكلمه بكلمه الكفر مع قصده إلى معناها، بل هو لم يتكلم بكلمه الكفر إلا ظاهراً بلسانه، و كان قلبه مطمئناً بالإيمان، و عليه فشان تكلمه بكلمه الكفر

شأن تكلم الكفار بكلمه الشهاده عند الخوف و الدهشه من غير إرادته جديده، و إذن فلم تكن حاجه الى التنبيه.

ثانياً: أن الرسول صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَآلِهِ وَان لَمْ يَنْبَغِ عَمَارًا عَلَى التَّوْرِيهِ، وَ أَغْفَلَ تَعْلِيمَهُ إِيَّاهَا وَ لَكِنَّهُ مِنْ جِهَةٍ عَدَمِ مَشْرُوعِيَّتِهَا فِي أَمْثَالِ الْمَقَامِ، فَإِنْ إِظْهَارِ الْكُفْرِ - وَ لَوْ مَعَ التَّوْرِيهِ - مُحْرَمٌ فِي نَفْسِهِ، لِأَنَّهُ هَتَكَ لِلَّهِ سُبْحَانَهُ وَ تَجَاسَرَ لِعَظَمَتِهِ. وَ كَذَلِكَ التَّكَلُّمُ بِكَلِمَةِ الْفَحْشِ وَ أَشْبَاهِهَا. وَ مِنَ الْبَدِيهِى أَنَّهُ لَوْ جَازَتْ التَّوْرِيهِ فِي إِظْهَارِ كَلِمَةِ الْكُفْرِ عِنْدَ التَّقِيهِ لَجَازَتْ مُطْلَقًا وَ لَوْ فِي غَيْرِ حَالِ التَّقِيهِ.

وَ مِنَ الْعَجَبِ: أَنَّ الْمَصْنِفَ ذَكَرَ أَنَّهُ لَوْ سَلِمَ اعْتِبَارُ الْعِجْزِ عَنِ التَّفْصِيْلِ بِالتَّوْرِيهِ فِي مَوْضُوعِ الْإِكْرَاهِ وَ حَقِيقَتِهِ كَانَ مُقْتَضَى عَمُومِ حَدِيثِ الرَّفْعِ وَ خُصُوصِ النُّصُوصِ الْوَارِدَةِ فِي طَلَاقِ الْمَكْرَهِ وَ عِتَاقِهِ وَ مَعَاقِدِ الْإِجْمَاعَاتِ وَ الشُّهُرَاتِ الْمُدْعَاةِ الْإِحْقَاقِ الْقَادِرِ بِالْعَاجِزِ حِكْمًا، إِذْ مِنَ الْبَعِيدِ جَدًّا حَمْلُ جَمِيعِ ذَلِكَ عَلَى صُورِهِ الْعِجْزِ عَنِ التَّوْرِيهِ لِجَهْلِهِ أَوْ دَهْشِهِ، بَلْ لَا يُمْكِنُ الْإِتِمَارُ بِهَذَا الْحَمْلِ فِي بَعْضِهَا مِنْ جِهَةِ الْمَوْرَدِ، كَمَا لَا يَخْفَى عَلَى مَنْ رَاجَعَهَا.

وَ وَجْهُ الْعَجَبِ: أَنَا لَمْ نَجِدْ رَوَايَةَ تَدُلُّ عَلَى الْإِحْقَاقِ غَيْرِ الْمَكْرَهِ بِالْمَكْرَهِ حِكْمًا.

أَمَّا حَدِيثُ الرَّفْعِ وَ مَا وَرَدَ فِي طَلَاقِ الْمَكْرَهِ فَلَمْ يَذْكَرْ فِي هَذِهِ الرِّوَايَاتِ إِلَّا مَادَةَ الْكِرَاهَةِ وَ مَا يَقْتَضِفُ مِنْهَا، وَ لَا تَعْرُضُ فِيهَا لِبَيَانِ مَوْضُوعِ الْإِكْرَاهِ وَ لَا لِتَنْزِيلِ غَيْرِ الْمَكْرَهِ مِنْزِلَةَ الْمَكْرَهِ حِكْمًا.

وَ أَعْجَبَ مِنْ الْكُلِّ دَعْوَاهُ الْإِجْمَاعِ عَلَى التَّنْزِيلِ مَعَ أَنَا لَمْ نَرِ مِنْ ذَلِكَ فِي كَلِمَاتِ الْفُقَهَاءِ عَيْنًا وَ لَا أَثْرًا.

العرضيين

قوله: (أما لو كانا عقدين أو إيقاعين كما لو أكره على طلاق إحدى زوجته فقد استشكل غير واحد) أقول: تحقيق البحث- فى المقام- أنه إذا كان المكره عليه أحد الأمرين على سبيل التخيير دون الواحد المشخص فهل يتحقق الإكراه باختيار كل منهما، و يترتب عليه أثره أم لا؟ تحقيق ذلك يقع فى ناحيتين:

الأولى فى الأفراد العرضيه.

و الثانية فى الأفراد الطويله.

أما الناحيه الأولى فقد ادعى بعض الأصحاب عدم تحقق الإكراه فيما إذا كان المكره عليه هو الجامع بين الأمرين أو أمور كثيره، بداهه أن الفاعل مخير فى اختيار أيهما، فيكون صدوره منه بطيب نفسه و رضاه، فيحكم بصحته إن كان ذلك معاملة، و بحرمة الإتيان به إن كان من المحرمات.

و قد ناقش فيه المصنف بالنقض ب(أنه لو لم يكن هذا مكرها عليه لم يتحقق الإكراه أصلا، إذ الموجود فى الخارج دائما إحدى خصوصيات المكره عليه، إذ لا يكاد يتفق الإكراه بجزئى حقيقى من جميع الجهات. نعم هذا الفرد مختار فيه من حيث الخصوصيه و ان كان مكرها عليه من حيث القدر المشترك بمعنى: أن وجوده الخارجى ناشئ عن إكراه و اختيار، و لذا لا يستحق المدح أو الذم باعتبار أصل الفعل، و يستحقه باعتبار الخصوصيه).

و الجواب عن هذه المناقشه: أنه فرق بين وقوع الإكراه على بيع الدار

و بين وقوعه على طلاق احدى الزوجتين، أو عتاق أحد العبدین، فإن المكره عليه و إن كان كليا في كلا الموردين، إذ لم يلاحظ بيع الدار من شخص خاص و لا في وقت معين، إلا أن خصوصيه كل فرد من طلاق احدى الزوجتين أو عتاق أحد العبدین محط نظر المكره (بالكسر) و هذا بخلاف الخصوصيات الموجوده في بيع الدار، فإنها عوارض فرديه و خارجه عن مورد الإكراه، فالقياس مع الفارق.

و التحقيق في المقام: أنا قد ذكرنا في مبحث الواجب التخييري من علم الأصول: أن الواجب -هنا- هو الجامع العنواني الانتزاعي، و هو مفهوم أحدهما الصادق على كل منهما، إذ لا ريب في إمكان تعلق الطلب بأحد الفعلين أو الأفعال على البدل، ضروره أنه لا يعتبر في متعلق الوجوب أن يكون من الكليات المتأصله، بل يجوز أن يكون من الكليات الانتزاعيه، و إذا فرض ترتب الغرض الواحد على أحد الفعلين، أو الأفعال على البدل، فإنه لا بد و أن يكون متعلق الإيجاب -أيضا- كذلك.

أضف إلى ذلك: أنه لا شبهه في إمكان تعلق الصفات الحقيقيه ذوات الإضافه بأحد الأمرين أو الأمور، كما إذا علمنا بفسق أحد الرجلين مع احتمال فسق الآخر -أيضا- و كان كلاهما فاسقا في الواقع، فإن متعلق العلم -هنا- هو أحد الفسقين على نحو الإبهام و الاجمال، لعدم تعيينه في الواقع.

و إذا أمكن تعلق الصفات الحقيقيه ذوات الإضافه بأحد الأمرين أو الأمور أمكن ذلك في الأمور الاعتباريه -أيضا- جزما.

و مقامنا هذا نظير الواجب التخييري، فإنه إذا أكره أحد على الإتيان بأحد الأمرين أو اضطر الى ذلك كان الإكراه أو الاضطرار على الجامع، لا على خصوص كل فرد من الأفراد، و هذا المعنى لا ينافي وجود الطبيعه الكليه

فى ضمن كل فرد من الأفراد فإن لازم ذلك أن كل فرد مصداق للمكره عليه لا أن يكون بنفسه مكرها عليه، للفرق الواضح بين تعلق الإكراه بشيء بداءه و بين تعلقه به بواسطة الكلى، فإن اختيار أى فرد من الأفراد بعد تعلق الإكراه بالكلى من باب الاضطرار.

و من هنا اتضح لك الفارق بين الإكراه على بيع الدار، و بين الإكراه على تطليق احدى الزوجتين، أو عتاق أحد العبدین، بديهه أن الأول بنفسه مورد للإكراه دون الثانى، فإن مورد الإكراه فيه هو الجامع، و أما كل من الخصوصيتين فهو غير واقع تحت الإكراه.

و قد ظهر لك مما بيناه فساد ما ذكره المحقق الايروانى من أن الأشخاص تعد مكرها عليها بالإكراه على القدر المشترك.

و إذا عرفت ما تلوناه عليك فاعلم: أنه إذا تعلق الإكراه بالقدر المشترك بين الفعلين، فاما أن يكون كلاهما من المحرمات التكليفيه أو يكون كلاهما عقدا أو يكون أحدهما عقدا و الآخر محرما، أو يكون أحدهما عقدا و الآخر مباحا أو يكون أحدهما محرما و الآخر مباحا.

فان كان كلا- الأمرين حراما تكليفيا- و كانا متساويين فى ملاك التحريم و لم يكن أحدهما أشد مبغوضيه من الآخر فى نظر الشارع- كان المكره (بالفتح) مخيرا فى اختيار أى منهما، ضروره أن نسبه المكره عليه- و هو الجامع- الى كل منهما على حد سواء.

و إن اختلفت الأفراد و لم تكن متساويه الإقدام فى ملاك التحريم، فإنه- وقتئذ- لا بد و أن يختار ما كان أقل مبغوضيه.

و مثال ذلك ما إذا أكره شخص على شرب أحد الإنائين، و كان أحدهما نجسا و الآخر نجسا و مغصوبا- معا- فإن الإكراه- هنا- انما يتعلق بشرب النجس

فلا يجوز للمكروه (بالفتح) أن يشرب ما هو مغصوب و نجس.

و هكذا لو أكره شخص على شرب أحد المائعين، و كان أحدهما خمرا و الآخر متنجسا، فإنه لا يسوغ له أن يختار شرب الخمر، لعدم كونه بالخصوص موردا للإكراه، بل لا بد له من اختيار ما يكون ملاك المبعوضيه فيه أقل و أخف و قد انجلى لك مما ذكرناه أنه إذا أكره شخص على أحد الفعلين و كان أحدهما مباحا و الآخر حراما لم يكن المكروه عليه مخيرا فى الإتيان بأى منهما بل لا بد له من اختيار المباح، كما إذا أكره شخص على شرب أحد الكأسين و كان أحدهما ماء و الآخر خمرا لم يجز له شرب الخمر-حيثئذ-بزعم تعلق الإكراه به بواسطة تعلقه بالقدر المشترك بينهما.

و إن كان كلا الأمرين عقدا أو إيقاعا، أو كان أحدهما عقدا و الآخر إيقاعا فإن كان الأثر مترتبا على أحدهما دون الآخر-بأن أكره على البيع الصحيح أو الفاسد، و اختار المكروه (بالفتح) إنشاء البيع الصحيح-حكم بصحته، لأنه لم يصدر من المكروه كرها بل إنما صدر منه باختياره و طيب نفسه، فلا وجه لبطلانه.

و إن كان الأثر مترتبا على كل منهما-من غير أن يختص أحدهما بخصوصيه زائده-كان الجامع بالنسبه إليهما متساوى الأقدام،- و حيثئذ-فيصير كل واحد من الأمرين مصداقا للمكروه عليه:أعنى به الجامع. و قد عرفت أن مجرد كون الشئ مصداقا للمكروه عليه و إن لم يوجب ارتفاع الحكم، و لكن حيث كان المكروه (بالفتح) مضطرا إلى اختيار أحدهما فارتفع عنه الحكم من من جهه الاضطرار.

و بعبارة اخرى:أن الإكراه قد تعلق بداءه بالقدر المشترك بين الأمرين، و القدر المشترك لا يتحقق إلا- فى ضمن أحدهما، لاستحاله وجود



الطبيعى فى الخارج بدون أفراده و إذن فالمكره مضطر إلى إيجاد أحد الأمرين لا على التعيين، لأن تركهما معا يستلزم توجه الضرر عليه، و من الظاهر أن الاضطرار يوجب ارتفاع الحكم الوضعى و التكليفى، كما أن الإكراه يوجب ذلك.

لا- يقال: إن الاضطرار إلى إيقاع عقد أو معامله لا- يوجب ارتفاع أثره- كما تقدم- فكيف يحكم بالبطلان فى المقام من جهه الاضطرار.

فإنه يقال: فرق واضح بين ما نحن فيه، و بين ما تقدم، حيث إن الاضطرار- هناك- انما نشأ من الجهات الخارجيه، كالإنفاق للزوجه، و علاج المريض، و بنائه الدار، و خياطه الثوب، و أشباه ذلك، و بيع الدار- مثلا- و سيله إلى دفع الاضطرار.

و هذا بخلاف المقام، فان الاضطرار فيه قد نشأ من الإكراه، و هو متفرع عليه، و من ثم كان الحكم بالبطلان فى المقام موافقا للامتنان بخلاف ما تقدم.

و إذا أكره على أحد الفعلين، و كان أحدهما مباحا- كشرب الماء- و الآخر معامله- كبيع الدار- و اختار المكره (بالفتح) المعامله لم يحكم ببطلانها بدهه أنها لم تكن بخصوصها موردا للاضطرار. و لا متعلقا للإكراه، إذ كان للمكره أن يختار شرب الماء، فاختياره بيع الدار ناشئ من الرضاء و طيب النفس.

و من هنا اتضح لك حكم ما لو أكره على الجامع بين البيع الصحيح و البيع الفاسد، فان ما تعلق به الإكراه- أعنى به الجامع- لا أثر له لكى يرتفع بالإكراه و ماله الأثر- و هو الصحيح- لا إكراه عليه حتى يوجب ارتفاع أثره و إن كان هو أو مقابله مما لا بد من تحققه، و لكنك قد عرفت أن مجرد اللابديه لا يوجب تحقق الإكراه، و إنما يوجب تحقق الاضطرار، و من الواضح أن الاضطرار

كما يندفع باختيار الفرد الصحيح كذلك يندفع باختيار الفرد الفاسد أيضا.

و عليه فاختيار الفرد الصحيح إنما نشأ من الرضاء و طيب النفس، فيحكم بصحته.

و قد اتضح لك مما ذكرناه: أنه لو أكره شخص على إيجاد أحد الأمرين، إما بيع شيء من أمواله، أو أداء مال مستحق عليه فاختيار المكره (بالفتح) البيع لما حكم بطلانه.

و كذا لو أكره الراهن- عند حلول أجل الدين- على بيع العين المرهونه أو بيع غيرها مما لا يستحقه المرتهن و اختار الراهن الثانى لحكم بصحته.

و من هنا علم انه لو أكره أحد إما على بيع داره أو على بيع دار صاحبه فضولا فباع دار نفسه، فإنه لا يحكم بفساده، إذ لا محذور عليه- هنا- فى إنشاء البيع الفضولى، لأن هذا لا يعد تصرفا فى مال غيره لكى يكون من قبيل الإكراه على أحد الأمرين الذين يكون أحدهما مباحا و الآخر محرما بل هو بمنزلة الإكراه إما على بيع الدار، أو على شرب الماء، فإذا اختار بيع الدار و ترك شرب الماء حكم بصحته، لأنه لم يصدر إلا من الرضاء و طيب النفس لا من الجبر و الإكراه.

و إذا أكره على أحد الأمرين مع كون واحد منهما معامله- كبيع الدار- و الآخر حراما- كشرب الخمر أو ترك واجب كالصلاه و نحوها- فالكلام فيه يقع فى جهتين: الأولى فى الحكم التكليفى. و الثانى فى الحكم الوضعى:

أما الجهه الاولى فلا شبهه فى حرمه الإقدام على الحرام و ترك معامله بداهه أن البيع بنفسه أمر مباح كسائر المباحات الشرعيه و من الواضح أنه لا يسوغ ترك المباح و الاقدام على الحرام عند دوران الأمر بين ارتكاب أحدهما، إذ الحرام ليس بنفسه موردا للاضطرار و لا متعلقا للإكراه،

بل يمكن التفصي عنه بفعل المباح، وقد عرفت ذلك فيما سبق.

أما الجهه الثانيه فالظاهر أن يحكم ببطلان البيع مع الاقدام عليه لصدوره من المكروه كرها، لا من الرضاء و طيب النفس فيشملة دليل رفع الإكراه.

و بعباره اخرى أنه إذا أكره أحد إما على فعل الحرام أو على بيع داره -مثلا- و ترتب الضرر على ترك المكروه عليه- كان متعلق الإكراه هو البيع فقط، بداهه أن الاقدام على الحرام بنفسه ضرر مترتب على ترك البيع، و اذن فيرتفع أثر ذلك البيع بحديث الرفع. و الى هنا انتهى الكلام فى الأفراد العرضيه

### بحث فى الإكراه على أحد الأمرين الطولين

أما الناحيه الثانيه:- أى البحث فى الأفراد الطويله- فهل يجرى فيها جميع ما أسلفناه فى الأفراد العرضيه أم كان حكم الإكراه و الاضطرار -هنا- منحصرا بالفرد الأخير أم يفصل بين المعاملات و المحرمات، فيحكم بحرمه المبادره إلى فعل المحرمات و بجواز الاقدام على المعاملات؟.

ذهب شيخنا الأستاذ إلى الأخير و إليك نص مقرر بحثه:(و الظاهر فى هذه الصوره): (أى فى الإكراه على الافراد الطويله) الفرق بين المحرمات و المعاملات، فلو كان مكرها، أو مضطرا الى شرب الخمر موسعا فلا يجوز له المبادره إليه فى أول الوقت، سواء احتمل التخلص منه لو أخره أم لم يحتمل إذ لا- بد من ارتكاب المحرم من المسوّغ له حين الارتكاب، فإذا لم يكن حين الشرب ملزما فاختياره فعلا- لا- مجوّز له. و أما لو كان مكرها فى بيع داره موسعا فلو كان مأيوسا من التخلص عنه فإقدامه على البيع فى أول الوقت لا يخرجّه عن الإكراه، و أما لو احتمل التخلص فلو باع أول الوقت فهو مختار و الفرق واضح).

و قد ذكر فى مبحث التزاحم من علم الأصول: أنه إذا كانت القدره فى

كل من الواجبين شرطا عقليا و كان أحد الواجبين أهم من الآخر، فيقدم فيه الأهم على غيره.

و السر فيه أن الأهم بما هو كذلك يصلح أن يكون معجزا مولويا للمكلف عن الطرف الآخر، دون العكس، فتكون نسبه الأهم إلى غيره كنسبه الواجب إلى المستحب أو المباح، فكما لا يمكن أن يكون المباح أو المستحب مزاحما للواجب كذلك لا يمكن أن يكون المهم مزاحما للأهم، و لا يفرق في ذلك بين كون المتراحمين عرضيين، و بين كونهما طوليين، كما لا فرق بين كون خطاب كل من المتراحمين الطوليين فعليا و بين كون أحدهما فعليا، دون الآخر مع تماميه ملاكه.

أقول: أما ما أفاده من القاعده الكليه في مزاحمه الأهم و المهم فهو متين جدا. و قد قررناه في المبحث المذكور من علم الأصول.

أما ما ذكره من التفصيل بين المعاملات و غيرها فلا يرجع إلى معنى محصل بداهه أن الإتيان بالفرد المتقدم مع سعه الوقت لا ينطبق عليه عنوان المكروه عليه و لا المضطر إليه لكي يرتفع حكمه، سواء أ كان ذلك من قبيل المعاملات، أم كان من قبيل الأمور المحرمة، فإن الذي يترتب عليه الضرر انما هو ترك المجموع، لا ترك خصوص الفرد الأول، و عليه فلا ملزم له في فعله.

نعم إذا تركه لزمه الإتيان بالفرد الأخير من جهه ترتب الضرر على تركه.

و على هذا فلو أكره أحد على بيع داره إما يوم الجمعة، أو يوم السبت فبادر إلى بيعها يوم الجمعة فإنه يحكم بصحة هذا البيع، لصدوره عن الرضاء و طيب النفس.

و كذا إذا أكره على فعل المحرم اما يوم الجمعة، أو يوم الخميس، فإنه

لا تجوز المبادره إلى فعل ذلك يوم الخميس، إذ لا مانع عن توجه النهى إلى المكره -عندئذ- و عليه فمتعلق الاضطرار فى الأفراد الطويله انما هو الفرد المتأخر فقط، سواء فى ذلك المعاملات و غيرها.

### ما هو حكم الإكراه على ترك احد

الواجبين؟

لا يخفى عليك: ان ما ذكرناه فى الأفراد العرضيه و الطويله جار فى الواجبات أيضا.

و مثال ذلك: أنه إذا اضطر أحد إلى الإفطار، أو أكره عليه إما فى اليوم الأول من شهر رمضان، أو فى اليوم الثانى منه، فإنه لا تجوز له المبادره إلى الإفطار فى اليوم الأول منه لعدم كونه موردا للإكراه لكى يكون مشمولاً لحديث الرفع، إذ لا يترتب الضرر على تركه، و انما يخاف من ترتب الضرر على ترك الإفطار فى اليوم الثانى بعد فرض انه صام فى اليوم الأول، فالصوم فى اليوم الثانى هو الذى لا يقدر المكلف عليه، دون الصوم فى اليوم الأول.

و بيان آخر: أن كل يوم من أيام شهر الصيام له حكم خاص، و وجوب مستقل لا يمس بوجوب يوم آخر من تلك الأيام، و من الواضح أن عجز المكلف عن صوم يوم لا- يرفع التكليف عن صوم يوم آخر، و عليه فلا- بد فى كل يوم من ملاحظه حال المكلف، فان تمكن من صومه و جب عليه ذلك، لفعليه الأمر بفعليه موضوعه، و الا فلا.

و من هنا إذا أكره أحد على الإفطار فى شهر رمضان اما فى العشره الأولى أو فى العشره الثانیه لم يقل أحد بكون المكلف مخيراً فى ذلك، بل

ص: ٣١٦

يجب عليه الصوم الى أن يتعين عليه إفتار يوم خاص.

ثم ان ما ذكرناه من عدم جواز ترك الواجب فعلا-عند دوران الأمر بين تركه و ترك الواجب المتأخر-يختص بالواجبات الاستقلاليه.

أما الواجبات الضمنيه فلا يجرى فيها ذلك.

و بيانه:أنه متى تعذر الإتيان بأحد أجزاء الواجب أو قيوده سقط أصل الواجب،لكون وجوب الأجزاء ارتباطيا،و عدم تمكن المكلف من الإتيان بالواجب بتمامه.و لا فرق في ذلك بين أن يكون الجزء المتعذر متعينا،أو مرددا بين أمرين أو أمور.

فإذا أكره المكلف على ترك جزء في الركعه الأولى،أو الركعه الثانيه كان مقتضى القاعده هو سقوط وجوب أصل الصلاه،لعدم التمكن من الإتيان بتمام اجزائها.

و لكن حيث علمنا بأن الصلاه لا تسقط بحال [١]فقد علمنا بوجوبها في الجملة،و عليه فيدور الأمر بين أن يكون الساقط هو الجزء الأول،و بين أن يكون هو الجزء الثاني.و حينئذ فإن استفدنا من دليل الجزئيه أن العبره -في اعتباره في الواجب-بالقدره عليه في ظرف اعتباره فلا بد من أن يكون الساقط هو الجزء المتأخر،و ذلك كما إذا دار الأمر بين ترك القيام في الركعه الاولى،و تركه في الركعه الثانيه،فإنه-عندئذ-يلزم القيام في الأولى لما ورد [٢]من أن المصلى إذا قوى فليقم.

و إن لم يثبت ذلك وصلت النوبه الى الأصل العملى، و هو يقتضى التخيير لأننا نعلم باعتبار أحد الأمرين لا محاله، و لكن نشك فى اعتبار خصوص الأول فيدفع احتمال اعتباره بأصالة البراءه.

و هذا الذى ذكرناه جار فى جميع موارد دوران الأمر بين ترك جزء و ترك جزء آخر، و كذلك بين ترك جزء و ترك شرط، أو ترك شرط و ترك شرط آخر.

هذا كله فيما إذا لم يعلم من الخارج تعيين الأخذ بأحدهما، و إلا لزم الأخذ به، و يسقط الآخر. و ذلك كما إذا دار الأمر بين الوقت و غيره، أو بين الطهور و غيره، فإنه حينئذ لا إشكال فى أن الساقط يكون غير الوقت و الطهور.

كما أنه إذا دار الأمر بين الطهور و الوقت كان الساقط هو الوقت و تمام الكلام فى محله

### ما هو حكم إكراه أحد الشخصين

على فعل واحد؟

قد ذكر المصنف: (أن إكراه أحد الشخصين على فعل واحد بمعنى إزماءه عليهما كفايه و إيعادهما على تركه كإكراه شخص واحد على أحد الفعلين فى كون كل منهما مكرها). تحقيق ذلك: أن الإكراه قد يتعلق بفعل محرم، و قد يتعلق بمعامله أما الأول فكإكراه أحد الشخصين على فعل محرم و الإيعاد على تركه بالضرر، فإن علم أحدهما أو اطمأن بأن الآخر لا يفعله - إما لتمكنه من دفع الضرر المتوجه عليه، أو لتوطين نفسه عليه - جاز له الإتيان بالمكره عليه لخوفه من توجه الضرر عليه بل لو احتمل احتمالا عقلايا بأن الآخر يفعله، فخاف من الضرر على تركه جاز له الارتكاب لدفع الضرر عن نفسه. أما إذا

ص: ٣١٨

علم أو اطمأن بأن الآخر يرتكب المكروه عليه إما لعدم مبالاته في الدين أو لخوفه من توجه الضرر عليه حرم عليه ارتكابه.

و السر في ذلك أن الأحكام الشرعية وإن كانت مجعولة على نحو الكليه ولكنها منحلّه إلى الأحكام الجزئيه باعتبار تعدد موضوعاتها الشخصيه. و عليه فكل فرد من أفراد المكلفين له حكم مستقل غير مربوط بحكم المكلفين الآخرين، و حينئذ ففى ما نحن فيه إن خاف كل واحد من الشخصين من ترتب الضرر على تركه ارتكاب الحرام شمله حديث الرفع، و يحكم بإباحه الفعل الصادر منه و الا يكون مشمولاً لدليل التحريم، فيحكم بحرمه ما ارتكبه من الفعل.

أما الثانى فقد يكون متعلق الإكراه عقداً واحداً، و قد يكون متعلقه عقدين:

أما الأول فلا شبهه فى بطلانه- كما إذا أكره الجائر أحداً من الوكيل أو الموكل على بيع خاص.

و وجه البطلان: أن الوكيل و الموكل و إن كانا متعددين خارجاً و لكن الصادر من أى منهما مملوك لشخص واحد، و هو الموكل، و عليه فمتعلق الإكراه أمر وحدانى غير متعدد بتعدد الأشخاص، و إذن فشأن ذلك شأن إكراه الشخص الواحد على ارتكاب فعل فارد.

و من هنا اتضح لك الفارق بين ما نحن فيه و بين ما تقدم: أعنى به إكراه شخص واحد على أحد العقدين، بداهه أن بطلان العقد- هناك- من جهه الاضطرار الى أحد البيعين بخلافه- هنا- فإن البطلان فيه من جهه الإكراه و هذا واضح.

أما الثانى فيأتى فيه ما ذكرناه فى إكراه أحد الشخصين على فعل محرم، و عليه فإن علم كل منهما أو اطمأن بصدور العقد من الآخر حكم بصحته إذا



صدر منه، لعدم كونه مكرها في فعله و ترتب عليه جميع آثاره الوضعية و التكليفية.

و إن علم أو اطمأن أو احتمال احتمالا عقلايا بأن الآخر لا يفعله حكم ببطلانه، لأنه صدر منه كرها، فيكون مشمولا لحديث الرفع.

و قد ظهر لك مما ذكرناه: أنه لا وجه للأخذ بإطلاق كلام المصنف، و الحكم بأن إكراه أحد الشخصين على فعل واحد كإكراه شخص واحد على أحد الفعلين في كون كل منهما مكرها، فلاحظ و تأمل.

### بحث في بيان متعلق الإكراه

قوله: (و اعلم ان الإكراه قد يتعلق بالمالك). أقول: قد يتعلق الإكراه بالمالك العاقد، و قد يتعلق بالمالك، دون العاقد، و قد يتعلق بالعاقد دون المالك.

أما الأول فقد تقدم تفصيله -آنفا- و عرفت -أنه يحكم ببطلان العقد الإكراهي، لحديث الرفع.

أما الثاني -كالإكراه على التوكيل بطلاق زوجته، و وقع الطلاق من الوكيل من غير إكراه -فلا شبهه في عدم استناد الطلاق -عندئذ- الى الزوج لحديث الرفع، و عليه فيكون التوكيل بمنزله لعدم، لتحققه بدون رضاء الموكل.

و على هذا فان لم تلحق الإجازة بالطلاق حكم بفساده جزما، و إن لحقت به الإجازة فإن قلنا بصحة الإيقاعات الفضولية حكم بصحة الطلاق، و إلا فلا.

و لا- يفرق في ذلك بين لحوق الرضاء و الإجازة بالتوكيل الإكراهي و عدمه أما بناء على كون الإجازة ناقله فواضح، بديهه أن التصرفات الصادره من الوكيل قبل اجازة الموكل بمنزله التصرفات الصادره من الأجنب، غايه الأمر أنه بعد التحاق الإجازة بالوكاله حكم بصحة الوكاله، و لا تحتاج الى التوكيل ثانيا.

أما بناء على كون الإجازة كاشفه فإن الطلاق و ان لم يكن فضوليا بالمعنى المصطلح عليه إلا أنه فضولى حقيقه، فإنه قد صدر ممن تتوقف و كالتة على الإجازة، و قد فرضنا أن الإيقاع لا يصح بالإجازة.

و على الجملة: أن صدور العقد أو الإيقاع من الوكيل بالرضاء و طيب النفس لا يكفى فى صحة ذلك مع كون التوكيل إكراهيا.

أما الثالث- و هو إكراه العاقد- فقد ذكر المصنف رحمه الله: أن (الأقوى- هنا- الصحة لأن العقد- هنا- من حيث إنه عقد لا يعتبر فيه سوى القصد الموجود فى المكره إذا كان عاقدا، و الرضاء المعتبر من المالك موجود بالفرض. فهذا أولى من المالك المكره على العقد إذا رضى لاحقا).

و التحقيق: أن- هنا- صوراً:

الأولى: أن يكون الإ- كراه من المالك، و كان العاقد مكرها عليه فى إنشائه. و الظاهر أنه لا إشكال فى صحة العقد- حينئذ- فإن المعتبر فى صحة العقد أن يصدق عليه أنه تجاره عن تراض من المالكين، كما يدل عليه قوله تعالى:

«لا- تَأْكُلُوا أَمْوَالَكُمْ بَيْنَكُمْ بِالْبَاطِلِ ۝۱» فلا- أثر لرضاء الأ- جنبى و عدمه و العاقد غير المالك أجنبى، فلا أثر لعدم رضاه، و كونه مكرها فى إنشاء العقد و قد يتوهم: أن حديث الرفع يدل على عدم ترتب الأثر على هذا العقد

و لكنه توهم فاسد، ضروره أنه ليس-هنا-أثر مترتب على فعل المكره عليه بالإضافة إليه حتى يرتفع بحديث الرفع. أما بالنسبه إلى المالك فلا اكراه على أن رفع الأثر بالإضافة إلى المكره عليه خلاف الامتنان.

الثانيه: أن يكون الإكراه من غير المالك لغير الوكيل من المالك، و العقد فى هذه الصوره فضولى، فتتوقف صحته على الإجازة و الوجه فيه ظاهر.

الثالثه: أن يكون الإكراه من غير المالك، و لكن المكره يكون و كيلا مفوضا من قبل المالك، و الظاهر: أن يحكم ببطلان المعامله فى هذه الصوره فيما إذا لم يعلم رضاء المالك بالعقد، و ذلك لأن المعتبر فى صحه العقد هو استناده الى المالك، فلو لم يكن الوكيل مكرها كان رضاه بمنزله رضاه المالك و انتسب العقد اليه. أما إذا كان الوكيل مكرها فهو غير راض بالعقد، و المفروض أنه لا كاشف آخر عن رضاء المالك.

نعم إذا علم رضاء المالك حكم بصحه العقد، لأن رضاه الوكيل انما يعتبر بما أنه طريق و كاشف عن رضاه الموكل من جهه توكيله، فلو علم رضاه الموكل مع صدور العقد من الوكيل حكم بصحته.

و من هنا اتضح لك: أنه لا-وجه لقياس ما نحن فيه بالمجنون، لأن المجنون مسلوب العبارة، فلا تأثير فى عقده، و هذا بخلاف المكره، فإنه ليس بمسلوب العبارة

### **بحث فى الإكراه على بيع عبد من عبيد**

قوله: (فرع و لو أكرهه على بيع واحد غير معين من عبيد فباعهما أو باع نصف أحدهما فى التذكرة إشكال). أقول: العقد الصادر من المكره (بالفتح) قد يكون متحدا مع ما تعلق به الإكراه، و قد يباينه، و قد يزيد عليه، و قد ينقص منه فهنا صور

أما الصورة الأولى فقد تقدم الكلام فيه.

أما الصورة الثانية فلا ينبغي الإشكال في صحة العقد فيها لأن ما تعلق به الإكراه لم يتحقق في الخارج، و ما تحقق فيه ليس بمكره عليه، و ذلك كما إذا أكرهه على بيع داره فباعه كتابه.

نعم إذا كان بيع الكتاب لأجل احتمال أن يقنع المكره (بالكسر) به فيرفع اليد عن إكراهه كان باطلا لا محاله، و ذلك لفقدانه طيب النفس، و أنه من جهة الاضطرار.

و بعبارة اخرى: أنه إذا كان بيع الكتاب لأجل أن يرفع المكره يده عن الإكراه على بيع الدار تعيينا- و رضى بييع أحد الأمرين من الدار و الكتاب، و قد رضى المكره (بالكسر)- أيضا- بذلك- كان البيع- الواقع- بغير طيب النفس لا محاله، فيحكم بفساده.

أما الصورة الثالثة فقد يقع العقد فيها تدريجا- كما إذا أكرهه على بيع أحد عبديه فباع أحدهما، ثم باع الآخر- و قد يقع دفعا، كما إذا باعهما دفعة واحدة:

أما إذا باعهما تدريجا فلا- شبهه في بطلان البيع الواقع أولا، ضروره أن المكره عليه انما هو عنوان أحدهما، و من الواضح أن انطباقه على أول أمر قهرى.

أما البيع الثانى فيحكم بصحته جزما، إذ الإكراه قد ارتفع بالبيع الأول فيقع الثانى برضاء المالك، و طيب نفسه. و هذا ظاهر.

و لكن احتمال المصنف: أنه يرجع الى البائع فى استيضاح المكره عليه و ميزه عن غيره، سواء أ ادعى البائع العكس أم لا.

و يتوجه عليه: أنه لم يبق موضوع للإكراه بعد تحقق العقد الأول

لكى يحتمل وقوع العقد الثانى عن كره حتى يرجع الى البائع فى التعيين، بل لا يبعد صحة البيع الثانى حتى فيما إذا كان بيعه متفرعا على الإكراه، و من تبعات البيع الأول كما إذا أكرهه الجائر على بيع أحد مصراعى الباب فباعه، ثم باع المصراع الثانى فإن بيع المصراع الثانى و ان كان لأجل عدم الانتفاع به وحده، و من تبعات البيع الأول، ولكنه حيث وقع عن الرضاء، و بغير الكره فيحكم بصحته.

أما إذا باع المكره عليه و غيره دفعه- كما إذا باع العبدین مره واحده- فان لم يكن البيع من جهه الإكراه، بل كان من جهه طيب النفس- كما إذا فرضنا أنه كان راغبا الى بيع عبديه فأكرهه الجائر على بيع أحدهما فاغتنم الفرصه فباعهما- فلا إشكال فى صحة البيع.

أما إذا كان البيع من جهه الإكراه، و لولاه لم يكن يقدم عليه ففى صحته أو فساده مطلقا، أو الصحه فى غير المقدار المكره عليه وجوه.

قد ذهب المصنف إلى صحة البيع فى المجموع بدعوى أن ما تعلق به الإكراه لم يقع فى الخارج، و ما وقع فيه لم يتعلق به الإكراه. و لكنه يندفع بأن بيع المجموع و ان لم يقع عن إكراه إلا- أن بيع أحدهما وقع عن إكراه لا- محاله، و لولاه لم يقدم على البيع أصلا- كما هو المفروض- فلا وجه لصحة البيع فى الجميع.

أما وجه الفساد مطلقا فهو أن المكره عليه لا تعين له فى الواقع، و أن نسبه الى كل من الفردين على حد سواء، و الحكم بفساد أحدهما معينا دون الآخر ترجيح بلا مرجح.

و لكن الصحيح أن يحكم بفساد البيع بالنسبه إلى المقدار المكره عليه و يحكم بصحته بالنسبه إلى المقدار الزائد عليه، و يتعين الفاسد بالقرعه.

قيل: إن القرعه انما يرجع إليها فيما إذا كان المطلوب متعينا واقعا و مجهولا

ظاهراً، و من الواضح أن المكروه عليه مردد بين الأمرين ظاهراً و واقعا من غير أن يكون له تعين فى مرحله من المرحلتين.

و الجواب عن ذلك: أن مورد القرعه غير منحصر فيما ذكر، بل هى تجرى فى كل أمر مشكل أو مشتبه، لإطلاق أدلتها، و من هنا أطبق الفقهاء رضوان الله عليهم على الرجوع الى القرعه فيما إذا طلق شخص إحدى زوجاته من غير تعين، مع أن المطلقه لا تعين لها، لا واقعا، و لا ظاهراً، و مقامنا من القبيل المذكور.

و نظير ما ذكرناه من التفصيل قد وقع فى المحرمات أيضا، كما إذا أكره الجائر أحدا على أن يشرب اما الخمر، أو البول فشربهما، فإنه يعاقب على أحد الشربين جزما لوقوعه بالإرادته و الاختيار.

أما الصورة الرابعه- و هى بيع ما يكون أنقص من المكروه عليه- فالتحقيق فيها: أن البيع المزبور قد يكون مستندا الى الرضاء و طيب النفس بحيث لو لم يكن فى البين إكراه- أيضا- لكان راضيا ببيعه، و لا شبهه فى صحه ذلك.

و قد يكون بيع النصف لرجاء أن المكروه (بالكسر) يكتفى بذلك، و لا يكرهه على بيع مجموع الدار، و لا شبهه فى بطلان البيع- و قئذ- لحديث الرفع، بداهه أن الإكراه شامل لبيع كل جزء من أجزاء الدار على سبيل الاستغراق، و عليه فيكون الإكراه على بيع مجموع الدار اكراها على بيع نصفها.

نظير ما لو أكره أحد على بيع دارين فباع أحدهما، فإنه لا شبهه فى الحكم بوقوعه عن إكراه. و لا وجه للفرق بينه و بين ما لو اكره على بيع دار واحده فباع نصف تلك الدار.

و قال المصنف: (و فى سماع دعوى البائع ذلك مع عدم الأمارات نظر).

و لعل وجه النظر هو أن ما نحن فيه من قبيل ما لا يعلم إلا من قبل المدعى فتسمع دعواه.

و من أن الظاهر أن هذا العقد واقع باختياره فلا تسمع دعواه الإكراه و لكنك قد عرفت: أن الإكراه على المجموع إكراه على بعضه خارجا و الإكراه بنفسه أماره على عدم وقوع البيع عن الرضاء و طيب النفس.

و نظير ذلك: ما إذا أكره الجائر أحدا على شرب كميته خاصة من الخمر فشرب نصفه براء أن يقتنع المكروه، و يرفع اليد عن إكراهه.

### بحث فيما ذكره العلامة فى التحرير

قوله: (بقى الكلام فيما وعدنا ذكره من الفرع المذكور فى التحرير، قال فى التحرير: لو أكره على الطلاق، فطلق ناويا فالأقرب وقوع الطلاق انتهى). أقول: قبل التعرض لشرح كلام العلامة، و بيان صحته أو بطلانه يحسن بنا التعرض لصور المسألة، و إليك ما يلى:

١- أن يكون الطلاق الصادر من المكروه (بالفتح) مقترنا بالرضاء و طيب النفس من دون أن يستند وقوعه إلى الإكراه، بل يقترن الطلاق بالإكراه زمانا فقط. و ذلك كما إذا بنى الزوج على طلاق زوجته و أكرهه الجائر عليه مع جهله بحاله فإنه لا شبهه -حينئذ- فى صحه طلاقه لوقوعه عن الرضاء ٢- أن يستند صدور الطلاق الى الكره، و أوقعه المكروه (بالفتح) خوفا من الضرر المتوقع عليه. و لكن مع ذلك ليس قصد المكروه إلا إيقاع

الطلاق حقيقه. إما من ناحيه الجهل بطلان طلاق المكره، أو من جهه الاعتقاد بصحه طلاقه (١).

و قد تردد المصنف فى الحكم بصحته و فساده، ثم قال: إلا أن تحقق الإكراه أقرب.

و الظاهر أن يحكم بطلان الطلاق- هنا أيضا- لأن المناط فى صحه العقود و الإيقاعات صدورها عن الرضاء و طيب النفس، و من الظاهر أن الطلاق المزبور ليس كذلك.

و تدل على ما ذكرناه صحيحه البرنطى عن أبى الحسن عليه السلام فى الرجل يستكره على اليمين فيحلف بالطلاق و العتاق و صدقه ما يملك أ يلزمه ذلك، فقال:

لا، قال رسول الله صلى الله عليه و آله وضع عن أمتى ما أكرهوا عليه (٢).

و وجه الدلاله هو أن الحلف بالطلاق و العتاق و الصدقه. و إن كان باطلا عندنا مع الاختيار- أيضا- إلا أن استشهاد الامام عليه السلام- على عدم وقوع الأمور المذكوره- بحديث الرفع دليل على بطلان الطلاق الإكراهى.

و هذا ظاهر.

ثم انه لا يفرق فى بطلان الطلاق عن كره بين أن يرجع الضرر المتوقع عليه الى نفس المكره (بالفتح)، أو الى عرضه و شرفه، أو الى ماله، أو الى من يهمله أمره من عشيرته و أقاربه و نحو ذلك، كأن يقول الجائر لأحد: طلق زوجك، و الا- قتلتك، أو قتلت ابنك، أو عشيرتك أو أخذت أموالك، أو يخوفه بأشبه ذلك مما يضر المكره (بالفتح).

أما إذا لم يكن الضرر راجعا الى المكره (بالفتح) كما إذا قال له الأجنبى:

ص: ٣٢٧

١- ١) كما عن الحنفية- وقد ذكرنا رأيهم فى ص ٢٨٢.

٢- ٢) الوسائل باب ١٦ من أبواب كتاب الايمان.



بمعنى دارك، و الاقتلت نفسى، أو ارتكب معصيه فلا يتحقق فى مثله الإكراه جزما.

ثم إن بطلان الطلاق فى هذه الصوره- يختص بما إذا لم يتمكن من التوريه، و إلا فالأقرب وقوعه على ما عرفته من اعتبار العجز عن التوريه فى تحقق الإكراه موضوعا و حكما، و لعل هذه الصوره هى مراد العلامه رحمه الله، حيث قرب وقوع الطلاق إذا كان المكروه ناويا.

نعم بناء على عدم اعتبار العجز عن التوريه فى موضوع الإكراه أو حكمه حكم بفساد الطلاق- أيضا- ٣- أن يكون الإكراه مقتضيا لوقوع الطلاق، و جزء سبب لتحقيقه فى الخارج، و يكون جزؤه الآخر الرضاء، و عليه فيكون صدور الطلاق من المكروه (بالفتح) مستندا إلى أمرين: أحدهما الرضاء، و الآخر الإكراه و بانتفاء أحدهما ينتفى الطلاق.

و لكن الظاهر هو بطلان الطلاق فى هذه الصوره- أيضا- لأن المناط فى بطلان عقود المكروه و إيقاعاته هو عدم وجود ما يقتضى الصحه لأن الأدله الداله على اعتبار الرضاء فى العقود و الإيقاعات ظاهره فى كون الرضاء سببا مستقلا لصدورها، لا جزءا لذلك و عليه فإذا اقترن الرضاء بالإكراه، و اجتمع معه استند الفعل إليهما، لا الى الرضاء فقط. و حينئذ- فالإكراه و إن لم يقتض الفساد، إلا أن ما يقتض الصحه- أيضا- غير متحقق. لعدم صدور الطلاق عن الإراده و الرضاء.

٤- أن يكون كل واحد من الرضاء و الإكراه عله تامه و سببا مستقلا فى نفسه لوقوع الطلاق بحيث لو لم يكن- هنا- إكراه لوقع الطلاق- أيضا- و هكذا العكس.

و الظاهر أنه لا شبهه في صحه الطلاق-عندئذ-لوجود المقتضى:أعنى به الرضاء و طيب النفس،و لا تقاس هذه الصورة:بالصوره السابقه في الحكم بطلانه،لما عرفته من عدم المقتضى للصحه في الصوره السابقه،بخلاف هذه الصوره،فإن ما يقتضى الصحه فيها موجود كما عرفته قريبا.

و قد اتضح لك مما ذكرناه فساد ما ذكره شيخنا الأستاذ من أنه:(حيث لا يمكن توارد علتين مستقلتين على معلول واحد فيصير كل واحده إذا اجتمعتا جزء السبب و الفعل يستند إليهما معا.و كل علتين مستقلتين إذا وردتا على معلول واحد و كان بينهما تدافع،فلا يؤثر كل منهما إلخ).

و وجه الظهور أن الإكراه لا يقتضى الفساد لكى يكون المقام من قبيل توارد علتين المستقلتين على معلول واحد.بل مع وجود الإكراه ينعدم ما يقتضى الصحه،و إذا تحقق الرضاء وجد ما يقتضى الصحه،و عليه فيكون المقام من قبيل تعارض ما يقتضى الشىء مع ما لا يقتضيه،لا من قبيل تعارض المقتضيين.

و يضاف الى ذلك:أن الحكم بطلان الطلاق-هنا-على خلاف الامتنان،لكون المطلق راضيا به و غير مهجور عن فعله،فلا يكون مشمولا لحديث الرفع.

٥-أن يكون الإكراه داعيا إلى وقوع الطلاق،لا عله تامه لذلك،و لا جزء سبب له:بأن استند الطلاق إلى الإكراه طوليا،كما إذا أكره على الطلاق،و لكن وطن نفسه عليه،و رضى به من جهه الإكراه تكوينا.

ففى هذه الصوره يحتمل الصحه،لأن الطلاق وقع عن إرادته و رضاء.

و يحتمل البطلان،لأن الشىء يستند إلى أسبق عله،فالطلاق مستند إلى الإكراه بالأخره.و مع الإغماض عنه فلا شك فى الصدق العرفى،و أن

الطلاق وقع مكرها عليه، وهذا الاحتمال هو الأقرب. ولعل هذه الصورة هي مراد العلامة، حيث حكم بصحة الطلاق ناويا. والله العالم.

### هل يصح عقد المكره بالرضاء المتأخر؟

قوله: (ثم المشهور بين المتأخرين أنه لو رضى المكره بما فعله صح العقد) أقول: قد وقع الخلاف بين الأعلام في أن الرضاء اللاحق بالعقد الإكراهي يوجب صحته أم لا.

فذهب بعضهم إلى الأول، بل عن الرياض تبعا للحدائق أن عليه اتفاق العلماء، لأنه عقد حقيقي فيؤثر أثره مع اجتماع باقى شرائط البيع و هو طيب النفس. و ذهب بعضهم الى بطلان ذلك لوجوه.

١- أن الرضاء بالعقد مأخوذ في مفهومه. فإذا فقد الرضاء لم يكن -هنا- عقد ليحكم بصحته.

و يرد عليه: أنه لا شاهد لهذه الدعوى من العرف و اللغة. على أن لازم ذلك أن لا يكون العقد الفضولى و عقد المكره بحق من العقود حقيقه مع أنها من العقود بالحمل الشائع.

٢- اعتبار رضاء العاقد فى تأثير عقده.

و يرد عليه: أن لا يزمه أن لا- يصح عقد المكره بحق، مع أنه صحيح جزما. كما إذا أكرهه الحاكم الشرعى على بيع أمواله ليعطى الناس حقه، أو أو أكره المحتكر على بيع ما احتكره عند المجاعه، فإن الإكراه فى أمثال ذلك إكراه بحق لا يمنع عن نفاذ البيع.

٣- أن مقارنة الرضاء للعقد مأخوذه فى صحته.

و يرد عليه: أن هذا و إن كان ممكنا فى مقام الثبوت، و لكن لا- شاهد عليه فى مقام الإثبات، لأن ما يمكن أن يستدل به على ذلك، و تقييد به المطلقات الداله على صحة العقود إما الإجماع أو العقل، أو آيه التجاره عن تراض، أو الروايات الداله على حرمه التصرف فى مال المسلم بدون اذنه و رضاه، أو حديث الرفع.

و لكن لا دلالة فى شىء منها على ما يرومه المستدل:

أما الإجماع و العقل فلأنهما من الأدله اللبيه، و من الواضح أن القدر المتيقن منهما إنما هو اعتبار مطلق الرضاء فى صحة العقد أعم من المقارن و اللاحق أما الآيه المباركه- أو الروايات الداله على حرمه أكل مال المسلم من دون رضاه- فلأنها تدل على توقف حليه المال و نقله الى غيره على تحقق الرضاء من المالك. و من الظاهر أنا نلتزم بذلك بحيث لا نحكم بالحليه إلا بعد الرضاء و طيب النفس، غايه الأمر أنا لا- نخصص الرضاء بالرضاء المقارن، بل نعممه الى الرضاء اللاحق- أيضا- بديهه أن التخصيص بخصوص المقارن تقييد للأدله الداله على اعتبار الرضا فى حليه المال و نقله الى غيره.

و على الجملة: ان الظاهر من تلك الأدله هو أن الرضاء معتبر فى أصل حليه المال و نقله الى غيره، سواء فيه الرضاء المقارن و اللاحق، لا أنها مختصه بخصوص الرضاء المقارن، بل التخصيص بذلك تقييد لها بلا مقيد.

قيل: ان ظاهر الآيه المباركه أن التجاره لا بد و أن تكون مسببه عن الرضاء، و ناشئه منه، و عليه فلا بد من اقترانه بالعقد، و لا يكفى لحوقه به، لأنه إذا انعقد فاسدا ابتداء لم ينقلب بعد ذلك عما هو عليه.

و من هنا يظهر أنه لا وجه لقياس المقام بالعقد الفضولى المتعقب بالرضاء و الإجازة من المالك، فان العقد الفضولى لا ينتسب الى المالك الا حين أجازته

فهو حين ما ينتسب الى المالك ينشأ من طيب نفسه و رضاه. و هذا بخلاف عقد المكره، فإنه حين صدوره من المالك و انتسابه اليه قد حكم عليه بالفساد، و لم يصدر منه عقد ثانيا، و انما رضى بالعقد السابق، و هو لا ينقلب عما هو عليه.

و لكن الصحيح هو تأثير الإجازة اللاحقه و الرضاء المتأخر فى المقام أيضا بيان ذلك: أن التجاره بالمعنى المصدري و ان كان أمرا يحدث و يفنى الا- أنها بمعنى اسم المصدر له بقاء، و بهذا المعنى أمرنا بانتهاء العقد و إتمامه، و عليه فالتجاره الصادره من المكره إذا تعقبها الرضاء و الإجازة يصدق عليها أنها تجاره عن تراض.

و مما يدل على ذلك: أن الآيه المباركه واضحه الدلاله على أن سبب أكل مال الغير منحصر فى أمرين: الأسباب الباطله، و التجاره عن تراض، و لا ريب فى أنه لا يكون الأكل فى محل الكلام أكلا بالباطل، فيكون من جهه التجاره عن تراض.

ثم إن المصنف قد التزم بعدم اعتبار مقارنه الرضاء للعقد بأن دلالة آيه التجاره على ذلك إما بمفهوم الحصر، أو بمفهوم الوصف:

أما الأول فهو منفى فى المقام، بداهه أن الدلاله على الحصر انما يكون إذا كان الاستثناء فى تلك الآيه متصلا. و من الواضح أن الاستثناء فيها منقطع إذ التجاره عن تراض ليست داخله تحت الأسباب الباطله للتجاره لكى يكون خروجها عنها بعنوان الاستثناء المتصل.

أما الثانى فلأن مفهوم الوصف على القول به انما يثبت فيما إذا لم يرد الوصف مورد الغالب، و الا فلا مفهوم له. و من الواضح أن الوصف فى الآيه الشريفه قد ورد مورد الغالب، لا للاحتراز. انتهى ملخص كلامه.

و يرد عليه أولاً: أن إنكار مفهوم الحصر-هنا-مناف لما استدل هو رحمه الله بالآية المذكوره على لزوم العقود، و من المعلوم أن استدلاله بها على ذلك لا- يتم الا- على فرض دلالتها على الحصر، لأن الأكل بفسخ العقد لا يحرم الا بعدم كونه تجاره عن تراض، و اذن فالأكل المحلل منحصر بالتجاره عن تراض.

ثانياً: أنا ذكرنا مرارا أن دخول باء السببيه على كلمه الباطل و مقابلتها فى الآيه-مع التجاره عن تراض قرينتان على توجه الآيه إلى فصل الأسباب الصحيحه للمعامله عن الأسباب الباطله لها، كما أن المراد من كلمه الأكل فى الآيه ليس هو الازدراد الذى هو معناه الحقيقى، و انما هى كناية عن تملك مال غيره من غير استحقاق، و عليه فان كان الاستثناء فى الآيه المباركه متصلاً- كما هو الظاهر الموافق للقواعد العربيه-يكون مفاد الآيه هو المنع عن تملك أموال الناس بشىء من الأسباب الا أن يكون ذلك السبب تجاره عن تراض، فإن الأكل بغيره باطل، و بغير حق، فتدل الآيه على حصر الأسباب الصحيحه للمعاملات بالتجاره عن تراض.

و ان كان الاستثناء منقطعاً فالآيه-وقتئذ-و ان لم تكن ظاهره فى الحصر ابتداء، الا- أنه تعالى لما كان فى مقام بيان الأسباب المشروعه للمعاملات و فصل صحيحها عن فاسدها، و كان الإهمال مخلاً بالمقصود فلا محاله يستفاد الحصر من الآيه الكريمه بالقرينه المقاميه، و اذن فالآيه الشريفه تدل على حصر الأسباب الصحيحه للمعاملات بالتجاره عن تراض، سواء أ كان الاستثناء متصلاً، أم كان منقطعاً، و أما غير التجاره عن تراض من سائر أسباب المعاملات فهو باطل.

و من هنا يظهر أنه لا- يتوقف الاستدلال بالآيه على اعتبار مقارنه الرضاء للعقد على كون الاستثناء متصلاً- كما هو الظاهر- و لا على الالتزام بمفهوم الوصف

و أن الحكم المذكور فى القضيـه لم يثبت للجامع بين واجد الوصف و فاقده، - كما هو الصحيح- و اذن فلا- يبقـى لمناقشه المصنف مجال، و عليه فالصحيح ما ذكرناه من أنه لا دلالة فى الآيه الا على عدم جواز الأكل ما دام التراضى غير موجود، فإذا وجد الرضاء من المكره انقلبت التجاره إلى التجاره عن تراض، فلا يكون الأكل بسببها أكلا بالباطل.

أما حديث الرفع فلا- يدل الا على عدم ترتب الأثر على بيع المكره -مثلا- ما دام الإكراه، فإذا ارتفع الإكراه، و تبدل بالرضاء لم يكن مانع من التمسك بالعمومات الداله على صحه العقود من بيع أو غيره، فانا حققنا فى محله: أنه إذا ورد عام ثم خصص بمخصص فى زمان خاص لم نرفع اليد عن ذلك العام الا بمقدار دلالة المخصص. و عليه ففى ما نحن فيه أن عمومات صحه المعاملات قد خصصت بحديث الرفع، و من الظاهر أنا نرفع اليد عن تلك العمومات بمقدار زمان الإكراه، و يبقـى الباقي تحت العام.

و مع الإغماض عن ذلك نقول: إن حديث الرفع حيث ورد فى مقام الامتنان فلا- يدل الا- على رفع حكم يكون جعله مخالفا للامتنان، و يكون رفعه موافقا له.

أما إذا كان رفع الحكم مخالفا للامتنان، و كان جعله موافقا له كصحه البيع عند الاضطرار فان رفع أثر البيع -وقتئذ- مخالف للامتنان، و وضعه موافق له، فهو لا يكون مشمولا لحديث الرفع.

و من هنا يظهر أنه إذا كان الحكم لا يعد فى نفسه و طبعه موافقا للامتنان و لا مخالفا له، بل كانت مخالفته للامتنان و موافقته له باعتبار حصصه و أفراده فلا محاله كان المجعول ما هو موافق للامتنان، و يرفع ما هو مخالف له.

و لا شبهه فى أن ما نحن فيه من القبيل الثالث، بديـهه أن الحكم بترتب

الأثر على العقد المكروه عليه من حين حدوثه مخالف للامتنان فيرتفع بحديث الرفع. و لكن الحكم بترتب الأثر عليه بقاء: أى بعد لحوق الرضاء به موافق للامتنان، فلا يكون مشمولاً لحديث الرفع.

و بعبارة أخرى: الحكم بصحة العقد غير المقترن بالرضاء، و لا الملحق به مخالف للامتنان، فهو غير مجعول، لحديث الرفع.

أما العقد المكروه عليه الملحق بالرضاء فلا امتنان في رفع أثره، و الحكم بعدم صحته من حين ما رضى المالك به، فلا يشملته حديث الرفع الوارد في مورد الامتنان.

ثم أجاب المصنف- عن التمسك بحديث الرفع لاعتبار الرضاء المقارن في صحة العقد- بوجهين:

الوجه الأول: أن حديث الرفع انما يرفع المؤاخذه، لأنه وارد في مقام الامتنان، و رفع المؤاخذه عن المكلف منه عليه، فترتفع بحديث الرفع أما الحكم بوقوف عقد المكروه على الرضاء راجع الى أن له أن يرضى بذلك فيكون هذا حقاً له، لا عليه، و حينئذ فرفع الأثر عن عقده بعد تعقبه بالرضاء على خلاف الامتنان، فلا يكون مشمولاً لحديث الرفع، انتهى ملخص كلامه في الوجه الأول.

و يرد عليه: أن المرفوع بحديث الرفع هو نفس المجعول الشرعى المتعلق بالمكروه عليه، أو المترتب عليه من الحكم التكليفي، أو الوضعي.

و عليه فدعوى: أن المرفوع هو المؤاخذه و إلزام المكروه بما صدر منه، دعوى غير صحيحة.

و إن شئت قلت: ان المرفوع بحديث الرفع في العقد الإكراهي هو صحة العقد، لكنه لا على الإطلاق، لأنه على خلاف الامتنان، بل ما دام الإكراه



باقيا، فإذا تعقب بالرضاء كان مشمولاً للإطلاقات.

أما توقف عقد المكره على الرضاء المتأخر فهو لم يكن مجعولا- حتى يقال انه حكم له، لا- عليه، فلا يشمل حديث الرفع، لأن المرفوع به المؤاخذة و الأحكام المتضمنه لإلزام المكره بشيء.

الوجه الثاني: أن أدله صحة المعاملات تقتضى بإطلاقها ترتب الأثر على العقد بمجرد تحققه فى الخارج، و حكمه حديث الرفع على الأدله المذكوره تقتضى رفع السببيه المستقله عن العقد المجرد عن الرضاء، و ترتيب هذه السببيه على العقد الصادر لا عن اكراه، و لا ينافى ذلك كون العقد جزء السبب، و وقوف تأثيره على الرضاء المتأخر. انتهى ملخص كلامه فى الوجه الثانى.

و لكنه ناقش فى ذلك بما حاصله: أن المطلقات الداله على السببيه المستقله إذا قيدت بما إذا صدر العقد من غير اكراه لم يبق- هنا- ما يدل على صحة عقد المكره فيما إذا تعقبه الرضاء، و عليه فالمرجع- عندئذ- هو الأصل و هو يقتضى الفساد.

ثم ذكر: أن حديث الرفع لا- يمكن أن يكون حاكما على المطلقات، فلا- مانع من التمسك بها لصحة عقد المكره المتعقب بالرضاء.

و بيان ذلك: أن المطلقات قد قيدت بالأدله الأربعة-المقتضيه لحرمة أكل المال بالباطل، و مع عدم طيب النفس- بما إذا كان العقد مرضيا به سابقا أو لاحقا، و الا كان الأكل أكلا للمال بالباطل و إذا كان كذلك فتستحيل حكمه حديث الرفع عليها، و ذلك لأن العقد المقرون بالرضاء يستحيل عروض الإكراه عليه، و العقد الملحوق بالرضاء قد حكم عليه بالصحة بما أنه مكره عليه، و مثل ذلك غير قابل لأن يشمل حديث الرفع، فإنه يختص بما

إذا كان الأثر مترتبا على ذات الشيء من غير دخل للاختيار و الإكراه فيه، فيرتفع أثره عند الإكراه، و ذات العقد فى المقام لا أثر له، إلا أنه جزء السبب المؤثر. و لا يمكن رفع هذا الأثر بحديث الرفع، هذا ملخص ما أفاده قدس سره.

أقول: أما ما أفاده أولا فيرد عليه: أن مقتضى الإطلاقات هو سبب العقد مطلقا، لترتب الأثر عليه، لكن حديث الرفع يقتضى عدمه فيما إذا لم يكن العاقد راضيا به لا- سابقا و لا- لاحقا على ما عرفته، فيبقى ما لحقه الرضاء تحت المطلقات، لا أن المرجع هو الأصل الذى يقتضى الفساد.

أما ما أفاده أخيرا فهو مبنى على الالتزام بتقييد المطلقات أولا بما دل على حرمة أكل المال بالباطل، ثم ملاحظه النسبه بينها، و بين حديث الرفع.

و لكن هذا غير صحيح، فان حديث الرفع فى عرض سائر المقيدات و نتيجة الكل: أن العقد إذا لم يكن مرضيا به، لا سابقا، و لا لاحقا لم يؤثر أثره.

أما إذا كان مكرها عليه حدوثا، و لكن رضى به المالك بعد ذلك فلا دلالة فى شىء من المقيدات على بطلانه، فيحكم بصحته بمقتضى الإطلاقات

### **بحث فى أن الرضاء المتأخر كاشف**

أو ناقل

قوله: (بقى الكلام فى أن الرضاء المتأخر ناقل، أو كاشف) أقول:

بعد البناء على أن الرضاء المتأخر يوجب صحه بيع المكره قد وقع الكلام بين

ص: ٣٣٧

الأعلام فى أنه كاشف عن صحه العقد من أول الأمر، أو ناقل من حين تحقق الرضاء؟.

مقتضى الأصل هو القول بالنقل، فإنه يشك فى حصول الملكيه إلى زمان الرضاء، فالأصل يقتضى عدمه.

أما بحسب الدليل الاجتهادى فقد ذهب المصنف الى القول بالكشف من جهه ما ورد فى تزويج الصغيرين [١] حيث حكم الامام (عليه السلام) بالتوارث

ص: ٣٣٨

بينهما إذا مات أحدهما، ولكن بعد إحلاف الحي على أن إمضاءه لعقد النكاح ليس من ناحيه الطمع فى المال، بل من جهه رغبته فى النكاح.

و لكن يرد عليه: أن الروايه قد وردت فى النكاح الفضولى، و التعدى منه الى سائر المعاملات الفضوليه و ان كان جائزاً، لعدم الفارق بينها و بين النكاح من ناحيه الفضوليه، الا- أنه لا يمكن التعدى منه الى بيع المكره المتعقب بالرضاء الا بدليل، و ذلك للفرق الواضح بينه و بين البيع الفضولى، فإن بيع المكره يستند الى المالك من أول الأمر، و قد فرضنا أنه لم يحكم بصحته إلا بعد تحقق الرضاء، و أما البيع الفضولى فهو يستند الى المالك من حين أجازته فيمكن الحكم بصحته من أول الأمر. هذا.

و الصحيح: هو القول بالكشف فى كلا المقامين، و ذلك لأن الإجازة و ان كانت متأخره عن العقد، الا أنها متعلقه بالعقد، و إمضاء له، و لازم ذلك هو الحكم بتأثيره من أول الأمر، و سيأتى توضيح ذلك فى بحث البيع الفضولى.

و نزيد على ذلك فى المقام بأن مقتضى العمومات و الإطلاقات هو صحة العقد، و تأثيره من حين حدوثه. لكن حديث الرفع و غيره دل على اعتبار الرضاء الأعم من المقارن و المتأخر فى ذلك. و مقتضى الجمع بينهما هو الحكم بالصحة و ترتب الأثر عليه من أول الأمر.

فإن قلت: إذا حكم عليه بالصحة من أول الأمر فقد كان سبب الحل - و أكل المال- التجاره لا عن تراض، و قد فرضنا انحصاره بالتجاره عن تراض قلت: الحكم بالصحة إنما هو بعد الرضاء. و لكن متعلق الحكم إنما هو

الصحة من حين العقد، فمن أكره على بيع داره -مثلا- ثم رضى بما فعله يحكم عليه من حين رضاه بأنه مالك للثمن من حين العقد، كما أن المشتري مالك للدار. وسيجيء في البحث عن البيع الفضولي بيان ذلك إنشاء الله تعالى، وأنه غير الكشف الحكمي الذي التزم به المصنف قدس سره.

ثم إن المصنف قاس ما نحن فيه بفسخ العقد، بدعوى: أن الفسخ وإن كان حلا للعقد السابق، وجعله كأن لم يكن، إلا أنه لا ترفع به الملكيه السابقه على الفسخ، لأن العبره بزمان حدوث الفسخ، لا بزمان حدوث متعلقه.

و يتوجه عليه: أن هذا قياس باطل، لوجود الفارق بين الفسخ و بين ما نحن فيه: بداهه أن الفسخ عباره عن حل العقد، و يقابله إقراره و إمضاؤه و أما إجازه العقد فيقابلة رده، فلا منافاه بين أن يكون أثر الفسخ من حينه -كما هو ظاهر أدلته- و أن يكون أثر الإجازه ترتيب أثر العقد من حينه ثم إنه هل للطرف غير المكره فسخ العقد قبل صدور الرضاء من المكره؟.

فيه كلام سيأتي في بحث العقد الفضولي. فإن الملاك مشترك فيه بين البابين.

و الى هنا جف القلم في بيع المكره و توابعه. و الحمد لله أولا و آخرا.

بحث في معاملات العبد قوله: (مسأله):

### و من شروط المتعاقدين إذن السيد لو كان العاقد عبدا

#### اشاره

فلا يجوز للمملوك أن يوقع عقدا إلا بإذن سيده)

أقول: لا شبهه في أن العبد ليس كالحر العاقل بحيث يكون مستقلا في التصرف، و لا أنه مثل المجانين

بحيث لا يترتب على فعله و عبارته أثر بوجه، وإنما هو برزخ بينهم و بين الحر العاقل.

ثم إن الأقوال فى تصرفات العبد ثلاثه:

١- أنه محجور عن كل تصرف الا الضروريات التى بها عيشه.

٢- أن جميع تصرفاته نافذه، إلا- ما يكون تصرفا فى سلطنه المولى، -و حينئذ- فلا- بأس فى نفوذ تصرفاته بما لا- ينافى حق المولى، كأن يتوكل عن غيره فى معامله أو إيقاع، أو يضمن دين شخص بشرط أن يؤديه لصاحب الدين بعد انعاقه، أو أشباه ذلك.

٣- أنه لا يجوز تصرفه فى كلما يعد شيئا معتدا به بحسب العرف و العاده من غير فرق فى ذلك بين ما يتعلق بأموال سيده و ما يتعلق بنفسه من عقد أو إيقاع و ما يتعلق بأمواله-بناء على كونه مالكا شرعا-و ما يتعلق بسائر الناس من التصرف فى أموالهم أو أنفسهم بعقد أو إيقاع فإن صحه جميع ذلك يتوقف على اذن المالك و أجازته و على الجملة يحكم بلغويه كل تصرف يستقل العبد فيه من دون أن يتقيد بقسم خاص و اذن فلا تصح و كاله العبد عن غيره أيضا حتى فى إجراء الصيغه فضلا عن كونه وكيلا مفوضا ما لم يكن ذلك باذن سيده.

ذهب المصنف الى الوجه الأخير، حيث حكم بأنه لا يجوز للمملوك أن يوقع عقدا إلا بإذن سيده، سواء أ كان لنفسه فى ذمته، أو بما فى يده أم كان لغيره.

و استدل على رأيه هذا بقوله تعالى «ضَرَبَ اللَّهُ مَثَلًا عَبْدًا مَمْلُوكًا لَا يَقْدِرُ عَلَى شَيْءٍ ۗ» .

و استدلل على رأيه هذا بقوله تعالى «ضَرَبَ اللَّهُ مَثَلًا عَبْدًا مَمْلُوكًا لَا يَقْدِرُ عَلَى شَيْءٍ ۗ» .

و بصحيح زراره عن أبي جعفر و أبي عبد الله عليهما السلام قالوا: المملوك لا يجوز طلاقه و لا نكاحه إلا بإذن سيده، قلت: فان كان السيد زوجه بيد من الطلاق؟ قال: بيد السيد. «ضَرَبَ اللَّهُ مَثَلًا عَبْدًا مَمْلُوكًا لَا يَقْدِرُ عَلَى شَيْءٍ» فشىء الطلاق (١).

و وجه الاستدلال بهما: أنه كلما صدق عليه أنه شىء معتد به فلا يقدر العبد على التصرف فيه شرعا من دون اذن مولاه. و عليه فلا يجوز للعبد أن يكون و كيلا عن غيره فى إجراء الصيغه فضلا عن كونه و كيلا مفوضا، و لا على إيجاد الملكيه أو الزوجيه لنفسه، و لا- على طلاق زوجته، و لا- على الالتزام بشىء و التعهد بدين- و ان اشترط أداءه بعد حريره- لأن كل ذلك يصدق عليه عنوان الشىء، فلا يقدر عليه العبد شرعا بدون إذن سيده.

و على الجملة: ان الظاهر من الآيه و الروايه هو أن العبد غير مستقل فى جميع تصرفاته، سواء أ كانت راجعه إلى نفسه حال عبوديته، أم تعلقت برقبته، كأن يضمن الشىء لشخص بشرط أن يعطيه إياه بعد حريره، و سواء أ كانت راجعه إلى سيده، أم كانت راجعه إلى الأشخاص الآخرين- و ان لم يكن- هناك- ما يزاحم حق المولى، كأن يتوكل عن غيره فى عقد أو إيقاع.

و السر فى ذلك: هو أن عدم قدرته على شىء ليس الا عدم تمكنه من التصرف فيه، و أنه يحتاج فى ذلك الى الاستعانه من غيره، و من الواضح أن المحتاج الى غيره فى فعل لا يكون قادرا على التصرف فيه استقلالاً، و عليه

ص:

فشان العبد شأن الصبي، فكما أن الصبي لا ينفذ تصرفه في شيء إلا بإذن سيده، انتهى ملخص كلامه مع التوضيح الإجمالي. و تبعه في ذلك -شيخنا الأستاذ.

و التحقيق: أنه لا دلالة في الآية، ولا في الرواية على ما ذهبوا إليه.

و بيان ذلك: أنه ليس المراد من عدم القدره في الآية -هو عدم القدره عقلا- ولا أن المراد من الشيء هو الشيء التكويني الخارجي، بدهاه أن العبد مثل الحر في قدرته على الأمور الخارجيه.

و أيضا ليس المراد من نفي القدره هو نفي القدره الشرعيه التكليفيه، ضروره أن ما هو مباح للأحرار في الشريعة المقدسه الإسلاميه من المأكولات و الملابس و المشروبات -مباح للعبيد- أيضا -و ليس لإذن المولى دخل في ذلك بوجه.

بل المراد من قوله تعالى لا يَقْدِرُ عَلَى شَيْءٍ هو عدم نفوذ تصرفات العبد في شيء، و على هذا فلا وجه لما ذكره شيخنا الأستاذ من أن قوله تعالى:

لا يَقْدِرُ عَلَى شَيْءٍ قيد توضيحي، لأن العبد لا ينقسم الى القادر و العاجز، بل المملوكيه مساوقه للعجز.

لا وجه لذلك من جهة أن المراد من عدم القدره هو عدم نفوذ التصرف. و لا شبهه في أن هذا حكم وضعي، فلا معنى لأخذه قيدا للموضوع أو توضيحا له.

ثم ان لفظ (مملوكا) في الآية الكريمة بمنزله العله لقوله تعالى لا يَقْدِرُ عَلَى شَيْءٍ، فكأنه تعالى قال: ان العبد لا ينفذ تصرفه، لكونه مملوكا.

و عليه فمناسبه الحكم و الموضوع تقتضى أن يراد من عدم قدره العبد عدم نفوذ تصرفه فيما يرجع الى نفسه و أمواله من حيث عبوديته.



أما عدم نفوذ تصرفه فى أموال سيده، أو أموال الأشخاص الآخرين فهو ليس من جهه كونه عبدا مملوكا، بل من جهه الأدله الداله على حرمه التصرف فى أموال الناس بدون إذنه، ولا ريب فى أن هذا المعنى لا تقتضيه العبوديه، بل هو مشترك فيه بين العبد و الحر.

و لو سلمنا أن الآيه ليست بظاهره فى هذا المعنى، إلا أنه لا سبيل إلى إنكار كونه محتملا منها، و عليه فتكون الآيه مجمله، و اذن فلا يمكن الاستدلال بها على عدم نفوذ تصرف العبد فيما يرجع الى سيده أو الى شخص آخر غير سيده و قد اتضح لك مما بيناه: أنه لا وجه لما ذكره شيخنا الأستاذ من جعل لفظ (مملوكا) فى الآيه قيدا توضيحيا، بدعوى أن العبد لا ينقسم الى مملوك و غير مملوك.

و قد ظهر لك مما ذكرناه أيضا: أنه لا بد من أن يفرق بين كون العبد و كيلا عن غيره فى إنشاء عقد أو إيقاع، و بين توكيله غيره فى ذلك. أما الأول فيجوز له ذلك، لأنه لا يعد تصرفا فيما يرجع الى نفسه لكى يحكم بفساده بدون اذن مولاه، بداهه أن كون العبد مملوكا لمولاه لا يلازم سقوط ألفاظه و عباراته و العقد أو الإيقاع بما أنه للغير فلا مانع من الحكم بصحته.

أما الثانى فلا يجوز له ذلك، إذ ليس للعبد أن يستقل فى التصرف فيما يرجع الى نفسه أو أمواله بدون اذن سيده، فإذا لم يجز له ذلك لم يجز له توكيل غيره فيه. هذا ما يرجع الى الآيه المباركه.

أما روايه زراره فإنها ظاهره -أيضا- فى عدم نفوذ تصرفات العبد فيما يرجع الى نفسه، فلا اشعار فيها بكون مطلق تصرفاته متوقفا على اذن سيده و القرينه على هذه الدعوى من نفس الروايه هى قوله عليه السلام: المملوك لا يجوز طلاقه، و لا نكاحه إلا بإذن سيده. قلت: فان كان السيد زوجة

بيد من الطلاق؟ قال عليه السلام: بيد سيده.

ثم إنا إذا قلنا بعدم نفوذ تصرف العبد فيما يرجع الى غير المولى- أيضا- إلا بإذنه فلو تصرف العبد بدون إذن سابق، و لكن لحقته الإجازة من المولى فهل يحكم بصحته؟.

فيه خلاف بين الأعلام.

قد احتمل المصنف أولا عدم نفوذه، و حاصل كلامه: أن الإجازة إنما تتعلق بمضمون العقد: أعنى به انتقال المال بعوض، و لا ريب فى أن هذا المعنى- فيما نحن فيه- ليس منوطا برضاء المولى، إذ المفروض أنه أجنبى عن العوضين، بل حق المولى من جهة كون إنشاء هذا المضمون قائما بعبد، و من الواضح أن الإنشاء إذا صدر منه على وجه الاستقلال لم يخرج عن استقلاله لأن الشيء لا ينقلب عما هو عليه.

و بتعبير آخر: أن ما ترتبط به إجازة المولى: أعنى به الإنشاء لا- يعقل أن تلحقه الإجازة، فيكون صادرا من قبل المولى، لاستلزامه الانقلاب المحال، و ما لا يستلزم المحال من تعلق الإجازة به- و هو مضمون العقد- غير مرتبط بالمولى. و سيأتى الجواب عن هذه المناقشة قريبا.

ثم إنه رحمه الله قوّى صحه تصرفات العبد بالإجازة اللاحقه بوجوه:

و حاصل الوجه الأول: أن العمومات و المطلقات قد دلت على صحه العقود و الإيقاعات، سواء أ كانت صادرة من الأحرار، أم كانت صادرة من المماليك، و قد خرج منها العقد الصادر من العبد من دون استناده إلى اذن المولى أصلا، لا سابقا، و لا لاحقا، و يبقى الباقي تحت العمومات و المطلقات و ببيان أوضح: أن مفاد المخصص إنما هو عدم ترتب الأثر على العقد الصادر من العبد من دون إذن سيده سابقا، أو إجازته لاحقا، و ليس مفاد

المخصص اعتبار الاذن السابق فقط فى تصرفات العبد.

و لو أغمضنا عن ذلك، و شككنا فى أن مفاد المخصص هل هو المعنى الأول، أو المعنى الثانى و جب الأخذ بالمعنى الأول، لأن المخصص المنفصل إذا كان مجملا: -بان كان مرددا بين الأقل و الأكثر- أخذنا بالقدر المتيقن منه، و هو فى المقام العقد الصادر من العبد بلا إذن سابق، و لا إجازة لاحقه و فى غير ذلك نتمسك بالعمومات.

و أورد عليه شيخنا الأستاذ بأن دليل اعتبار الاذن فى تصرف العبد ظاهر فى الاذن السابق، فلا يشمل الإجازة اللاحقه لأن الإجازة غير الاذن و عليه فلا إجمال فى المخصص لكى يتمسك بالعموم و يحكم بنفوذ تصرف العبد مع الإجازة اللاحقه أيضا.

و يرد عليه: أن دليل اعتبار الاذن فى تصرفات العبد لا ظهور له فى إرادته الإذن السابق.

أما الآيه فواضح، لأن المستفاد منها- كما عرفته سابقا- هو عدم نفوذ تصرف العبد، لكونه مملوكا لا يقدر على شىء، فلا بد فى نفوذه من دخل إذن المولى فيه، و لكن لا- يستفاد منها أن دخله فيه بأيه كيفية، أ هو بالاذن السابق، أم كان ذلك أعم منه و من الإجازة اللاحقه، و عليه فيدور الأمر بين الأقل و الأكثر، فمقتضى القاعده فى أمثال ذلك هو الأخذ بالأقل، لكونه متيقن الإراده.

أما صحيحه زواره فلا يستفاد منها إلا بطلان نكاح العبد و طلاقه من دون اذن سيده بأن يكون مستقلا فى تصرفه.

أما بطلان تصرفه إذا لحقته الإجازة فاستفادته تتوقف على إثبات ظهور لفظ الاذن فى الاذن السابق، و هو أول الكلام.

و حاصل الوجه الثانى: أن صحيحه زواره المتقدمه قد دلت على صحه

النكاح و الطلاق بالاذن، و حيث ثبتت بالأخبار الخاصه صحه النكاح بالإجازه اللاحقه فيستكشف من ذلك أن المراد من الاذن فى الصحيحه أعم من السابق و اللاحق، و حينئذ-فلتترم بصحه سائر العقود-أيضا-بالإجازه اللاحقه، لعدم الفارق بين النكاح و بين بقيه العقود، و لازم هذا التعميم و إن كان يقتضى الالتزام بصحه الطلاق-أيضا-بالإجازه اللاحقه، إلا أنه خرج ذلك بالدليل الخارجى.

و توهم أنه يلزم-وقتئذ-تأخير البيان عن وقت الحاجه توهم فاسد، لأن المقصود من الصحيحه هو نفى استقلال العبد فى الطلاق و أنه يبطل بدون إذن سيده، لا بيان جميع الخصوصيات المعتره فى طلاق العبد، و عليه فكفايه الإذن اللاحق فيه و عدمها أمر خارج عن مقام البيان.

و يتوجه عليه: أنه يمكن نقضه باستظهار عكسه من الصحيحه بأن يقال لما كانت الصحيحه مشتمله على الطلاق-الذى لا يصح بالإجازه اللاحقه- استكشفنا بذلك أن المراد من كلمه الاذن فيها إنما هو الاذن السابق فقط، لا الأعم منه و من الإجازه اللاحقه، و عليه فصحه النكاح بالإجازه اللاحقه إنما ثبت بالدليل الخارجى، و لا يلزم-عندئذ-تأخير البيان عن وقت الحاجه، لأن الإمام عليه السلام كان فى مقام بيان حكم النكاح فى الجمله، لا مطلقا، و عليه فلا بد من ملاحظه الصحيحه فى نفسها، إذ لا تعرض فيها لبيان أن المراد من الاذن هل هو الاذن السابق، أو الأعم منه و من الإجازه اللاحقه، فتبقى الصحيحه على إجمالها.

الوجه الثالث: استفاده ذلك مما دل [١] على أن اجازة المولى توجب

صححه نكاح العبد الواقع بدون إذنه:و ذلك لوجهين:

الوجه الأول: أن مقتضى هذه الأخبار هو صحه ما عقده العبد لنفسه للعموم المستفاد من ترك الاستفصال،و على هذا فلا يمكن حملها على ما إذا عقد غيره له لكى يخرج بذلك عن عنوان عقد المملوك و يدخل تحت عنوان عقد الفضولى الذى لا ربط لصحته-بالإجازة اللاحقه-بصحه عقد العبد بإجازة المولى.و إذا صح نكاح العبد صحت بقيه العقود الصادره منه بالأولويه.

فالمتحصل من هذه الأخبار هو صحه معاملات العبد إذا أجازها سيده سواء أ كان المباشر للصيغه هو العبد،أم كان غيره،و سواء أ كانت العقود للعبد،أم كانت لغيره،و إنما باشرها العبد وكاله.و كل ذلك من ناحيه ترك الاستفصال.

الوجه الثانى. أن قوله عليه السلام:«إنه لم يعص الله انما عصى سيده فإذا

ص: ٣٤٨

أجازه فهو له جائز»عله لصحة العقد الصادر من العبد، و مفاد هذه العله هو أن المعيار فى صحه معامله العبد بعد عدم كونها مخالفه لله- كالمعامله على الخمر و الخنزير و الميته و نحوها- إنما هو وقوعها برضاء المولى، سواء فيه الرضاء السابق و اللاحق.

و عليه فإذا أوقع عقدا بدون رضاء سيده-الذى هو معنى عصيانه- ثم رضى به سيده صح العقد، لأن معامله العبد-عندئذ-ليست معصيه لله حتى يحكم بفسادها، بل هى معصيه لسيده.فيحتاج إلى إجازته، و قد فرضنا تحققها.

و اذن فالروايه فى مقام بيان الضابطه الكليه و هى أن كل عقد كان فيه عصيان لله فهو فاسد، كالعقد على المحارم، و بيع الخمر و الخنزير و كل عقد لم يكن فيه عصيان لله فهو صحيح غايه الأمر أنه يحتاج إلى إجازته سيده هذا.

و قد ناقش شيخنا الأستاذ فى الوجه الأول، و حاصل مناقشته هو أن العبد إذا عقد لنفسه كان مضمون العقد:أعنى به المنشأ متوقفا على الإجازة أما الإنشاء الذى-هو جهه الإصدار-فهو معنى حرفى و ملحوظ تبعى و إذا عقد لغيره فضولا، أو وكاله كان مضمون العقد راجعا الى غير المولى، فلا يرتبط بإجازته، بل المربوط بإجازته انما هو جهه الإصدار:أعنى به الإنشاء و عليه فجهه الإصدار معنى اسمى، و ملحوظ استقلالى،-و حينئذ- فإذا قام الدليل على اجازته المضمون فى القسم الأول كان ذلك دليلا على إجازته جهه الإصدار فيه-أيضا-لكونها ملحوظه تبعا.

و لكن لا- يمكن التعدى من ذلك الدليل إلى جهه الإصدار فى القسم الثانى-أيضا-لكونه معنى اسميا، و من الظاهر أن قياس المعنى الاسمى بالمعنى الحرفى قياس مع الفارق.

و لكن لا وجه لهذه المناقشه، بديهه أن كون متعلق الإجازة ملحوظا للمجيز استقلالا تاره و تبعا اخرى لا يرتبط بوجه الاستدلال.

بيان ذلك: أن العقد الواقع على ملك السيد تتوقف صحته على أجازته و اذنه-و لو كان صادرا من غير عبده- كما أن عقد عبده يحتاج الى ذلك و لو تعلق بمال غيره و عليه فإذا أوقع العبد عقدا على مال المولى- كما فى النكاح- كان ذلك مجمعا للعنوانين، و إذا ثبتت صحه ذلك- فيما إذا تعقبته اجازة المولى- ثبتت صحه عقده بمال غير المولى إذا تعقبته الإجازة أيضا.

ثم ان التمسك بهذه الوجوه لإثبات صحه تصرفات العبد بالإجازة اللاحقه إنما يفيد فى مرحله الإثبات بعد فرض الإمكان فى مرحله الثبوت. و إذا حكمنا بالاستحالة ثبوتا من ناحيه الانقلاب المحال لم يفد التمسك بها إثباتا.

و عليه فلا- يجتمع ما احتمله المصنف فى مطلع كلامه- بدءا- من الاستحالة فى مقام الثبوت، مع حكمه بصحه تصرفات العبد بالإجازة اللاحقه من ناحيه الوجوه المتقدمه. و إليك لفظه: (و كيف كان فانشاءات العبد لا يترتب عليها آثارها من دون اذن المولى: أما مع الاذن السابق فلا إشكال. و أما مع الإجازة اللاحقه فيحتمل عدم الوقوع، لأن المنع فيه ليس من جهه العوضين بل المنع من جهه راجعه إلى نفس الإنشاء الصادر، و ما صدر على وجه لا يتغير منه بعده. فإذا وقع على وجه مستقل به العبد فلحوق الإجازة لا- يخرج عن الاستقلال الواقع عليه قطعا). «ثم انتقل الى مقام الإثبات، و قال:» الا أن الأقوى هو لحوق إجازة المولى (الخ).

إلا- أن يقال: ان غرض المصنف من التمسك بالوجوه المذكوره- فى مقام الإثبات- هو ان الأدله الداله على اعتبار رضاء المولى فى تصرف العبد انما هو بالمعنى الأعم من الرضاء السابق و اللاحق، و عليه فإذا صدر عقد من العبد

من دون رضاء سيده لم يتصف ذلك-بمجرد صدوره بدون اذن المولى- بالاستقلال لكى يلزم من لحوق الإجازة به الانقلاب المحال.

بل اتصافه بالاستقلال مراعى بعدم لحوق الرضاء،و إذا اقتضت العمومات و الإطلاقات صحه عقد العبد مع الرضاء اللاحق حكمتنا بها من دون استلزامه الانقلاب المحال.

و كيف كان يمكن الجواب عن المناقشه المذكوره: بأن العقد الصادر من العبد له جهران:جهه الإنشاء،و جهه المنشأ،و من الواضح ان المحتاج إلى إذن المولى إنما هو المنشأ:أعنى به الاعتبار النفسانى المبرز بمظهر خارجى، دون الإنشاء:أعنى به إبراز ذلك الاعتبار النفسانى.

و يدل على صحه ذلك قوله عليه السلام فى صحيحه زراره المتقدمه:(المملوك لا يجوز طلاقه،و لا نكاحه إلا بإذن سيده).

و وجه الدلاله:هو أن الطلاق و النكاح ليسا مجرد الإنشاء.بل الطلاق عباره عن اعتبار حل العلقه المبرز بمظهر خاص خارجى.و النكاح عباره عن اعتبار العلقه الزوجيه فى صقع الذهن المبرز بمظهر خارجى.

و عليه فشان ما نحن فيه شأن ما ثبت فى محله من أن صحه نكاح بنت الأخ و بنت الأخت متوقفه على إجازة العمه و الخاله،فإن المتوقف على إجازتهما ليس هو صحه الإنشاء فقط،بل صحه ما يصدق عليه النكاح بالحمل الشائع و لا يخفى عليك:أن ما ذكرناه-من الجواب عن المناقشه المتقدمه- مبنى على كون صحه إنشاء العبد لغيره و كاله أو فضولا متوقفه على إجازة المولى أما بناء على ما ذكرناه-عند التعرض للايه المتقدمه من عدم كون المولى مالكا لإنشاء العبد-فإنه لا شبهه فى صحه إنشائه لغيره و كاله أو فضولا،سواء رضى به المولى،أم لم يرض به،إذ المولى ليس مالكا لكلمات العبد و ألفاظه



للتوقف صحتها على أجازته.

ثم إنه بقي-هنا-شيء لم يتعرض له المصنف، وهو أن اجازة المولى لعقد العبد هل هي كاشفه، أو ناقله؟.

مقتضى القاعده أنها ناقله، لأصالة عدم تحقق الأثر إلى زمان الإجازة، و لم يرد-هنا-دليل على الكاشفيه لكي يخرج به عن القاعده المزبوره، كما ورد فى الفضولى.

نعم إذا قلنا بأن الكشف على طبق القاعده-سيأتى الكلام فى ذلك فى البحث عن البيع الفضولى-الترتبا-هنا-بالكشف أيضا، قوله:

**(فرع لو أمر العبد أمر أن يشتري نفسه من مولاه فباعه)**

مولاه صح و لزم

بناء على كفايه رضاء المولى الحاصل من تعريضه للبيع من اذنه الصريح، بل يمكن جعل نفس الإيجاب موجبا للاذن الضمنى).

و لكن نوقش فيه بوجهين:

الوجه الأول: أن عبارة العبد متحده مع عبارته سيده، فيلزم من ذلك اتحاد الموجب و القابل. و هذا يوجب بطلان العقد.

و يتوجه عليه ما ذكره المصنف، و حاصله: أن الالتزام بذلك يقتضى المنع-أيضا-عن نفوذ عقد العبد لو أذن له سيده سابقا، و هذا ظاهر لا خفاء فيه.

و يضاف الى ذلك: أنه لا دليل على اعتبار التغير بين الإيجاب و القبول بل يكفى التغير بينهما اعتبارا.

على أنه لا اتحاد فى المقام، لأن كون العبد مملوكا لمولاه لا يقتضى ذلك.

الوجه الثانى: أنه تعتبر فى صحه العقد-قابليه كل من المتبايعين للإنشاء عند تحقق الإيجاب و القبول كليهما، و عليه فلو كان المشتري عند إيجاب

ص: ٣٥٢

البائع غير قابل للقبول، أو خرج البائع - حال قبول المشتري - عن قابلية إيجاب البيع لم ينعقد العقد بينهما، لأنه - وقتئذ - لا يرتبط عهد أحدهما بعهد الآخر، فلا - تتحقق المعاهده و المعاقده بينهما بوجه، و حيث إن العبد - فيما نحن فيه - غير قابل للقبول في زمان الإيجاب - لعدم كونه مأذونا في ذلك من قبل المولى - فيحكم - حينئذ - بفساد العقد.

و يتوجه عليه أنه لا أساس صحيح لهذا الشرط - على ما ذكرناه في محله - لأن المناط في تحقق العقد إنما هو ارتباط التزام البائع بالتزام المشتري - و عليه فإذا تحقق إنشاء البائع - حال كون المشتري نائما أو غافلا - أو مغمى عليه، ثم التفت المشتري الى هذا الإنشاء فقبله قبل صدور ناسخه من البائع - صدق عليه العقد جزما، و حكم بصحته و لزومه، للأدلة الداله على نفوذ العقود و لزومها نعم إذا لم يبق البائع على شرائط الإنشاء حين قبول المشتري حكم بفساد العقد لارتفاع التزام البائع بانتفاء الشرط عنه، و عدم اتصال التزامه بالتزام المشتري.

هذا كله فيما إذا وكل المشتري العبد في الاثراء من سيده.

أما لو وكله في الاثراء من وكيل المولى فان كان الوكيل وكيلا - مفوضا فلا - شبهه في أن شأنه شأن المولى، فيعود النزاع المتقدم. و ان كان الوكيل وكيلا - في خصوص إجراء الصيغه فلا - شبهه في احتياج الاثراء إلى الإجازة من المولى. هذا تمام الكلام في البحث عن معاملات العبد.

الى هنا تم الجزء الثالث من كتابنا مصباح الفقاهة في المعاملات، و يليه الجزء الرابع إنشاء الله، و أوله مبحث البيع الفضولي، و الحمد لله رب العالمين و صلى الله على محمد و آله الطاهرين.

قد وقع الفراغ من ذلك سنة ١٣٧٤ هـ.

ص: ٣٥٣

سرشناسه: خوئی، ابوالقاسم، ١٣٧١ - ١٢٧٨

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

مشخصات نشر: قم: موسسه انصاریان، ١٤١٧ق. = ١٩٩٦م = ١٣٧٥.

مشخصات ظاهری: ٧ ج. نمونه

یادداشت: کتابنامه

موضوع: معاملات (فقه)

شناسه افزوده: توحیدی، محمدعلی، ١٣٥٣ - ١٣٠٣، محرر

رده بندی کنگره: BP١٩٠/خ ٩م ١٣٧٥٦

رده بندی دیویی: ٢٩٧/٣٧٢

شماره کتابشناسی ملی: م ٧٥-٧٠٨٩

ص: ١

مصباح الفقاهه

من تقرير بحث... ابوالقاسم الموسوي الخوئي

لمولفه محمدعلي التوحيدى التبريزى

ص: ٢

بِسْمِ اللّٰهِ الرَّحْمٰنِ الرَّحِیْمِ

قوله مسأله: و من شروط المتعاقدين ان يكونا مالکين أو

مأذونين من المالك أو الشارع

فعقد الفضولى (1) لا يصح اى لا يترتب

ص: ٣

١- ١) الفضولى لغه هو الاشتغال بما لا يعنى قال فى المصباح: و فضل فضلا من باب قتل زاد و خذ الفضل أى الزيادة و الجمع فضول مثل فلس و فلوس و قد استعمل الجمع استعمال المفرد فيما لا- خير فيه و لهذا نسب اليه على لفظه فقيل فضولى لمن يشتغل بما لا- يعنيه لانه جعل علما على نوع من الكلام فنزل منزله المفرد و سمي بالواحد و فى أقرب الموارد: الفضول جمع الفضل كما مر و الفضول العمل الفضولى و هو مفرد هنا يقال ان ذلك فضول منه اى اشتغال بما لا- يعنيه. أقول: لو لا تنزيل الجمع منزل المفرد لكان القياس ان يقال فى مقام النسبه فضلى لا- فضولى. اما فى الاصطلاح فعن الشهيد: هو الكامل الغير المالك للتصرف و لو كان غاصبا، و فى شرح فتح القدير الفضول: جمع فضل غلب فى الاشتغال بما لا يعنيه و ما لا ولايه له فيه و كيف كان الفضولى صفة للعاقده و ما هو صفة للعقد انما هو الفضول فجعل الفضولى صفة للعقد مجاز و من قبيل توصيف الشئ بحال متعلقه.

عليه ما يترتب على عقد غيره من اللزوم.

أقول

**قبل التعرض لحكم العقود الفضولية يحسن بنا ان نتعرض لأمرين**

**الأول: إذا قلنا بصحة العقود الفضولية فهل يمكن ان يحكم**

بصحة الإيقاعات الفضوليّة أم لا؟

إذا قلنا بان الالتزام بصحة العقود الفضولية انما هو على خلاف القاعده أعنى بها أصاله الفساد، و ان الإطلاقات و العمومات لا تشملها حكمنا بفساد العقود و الإيقاعات - الفضولية إلا ما خرج بالدليل قيل: ان مقتضى القاعده و ان كان هو الحكم بصحة العقود و الإيقاعات، و لكن قام الإجماع على عدم جريان الفضولية فى الطلاق و العتاق بل فى مطلق الإيقاعات.

و إذا قلنا بأن صحة العقود الفضولية موافقه لمقتضى القاعده حكمنا بصحة الإيقاعات الفضولية أيضا إلا ما خرج بالدليل لان العمومات و المطلقات كما تشمل العقود الفضولية كذلك تشمل الإيقاعات الفضولية أيضا و عليه فما ورد بالخصوص فى صحة العقود الفضولية يكون مؤيد لتلك العمومات و المطلقات.

و يرد عليه: أنا لو سلمنا وجود الإجماع هنا، و لكن لا - نسلم كونه إجماعا تعبديا إذ من المحتمل ان القائلين ببطان الطلاق الفضولى قد استندوا فى ذلك الى ان بطلان طلاق المكره يقتضى بطلان طلاق الفضولى بالأولويه أو الى الروايات الداله على ان الطلاق لا ينفذ إلا إذا صدر من الزوج أو ممن هو مأذون من قبله أو من قبل الشارع، و ان القائلين ببطان العتاق الفضولى قد استندوا فى ذلك الى الروايات الداله على انه لا عتق إلا فى ملك و ان القائلين ببطان مطلق الإيقاعات الفضولية قد استندوا فى ذلك الى

ص: ٤٠

عدم قابليه الإيقاع للتعليق واقعا، أو الى غير ذلك عن الوجوه الاعتباريه، و اذن فيرجع البحث الى تلك الوجوه. فلا يكون هذا إجماع تعبدى أما الوجوه المزبوره فهي أيضا ليست بتامه فلا- تدل على بطلان الإيقاعات الفضوليه اما بطلان طلاق المكره كبطلان بيعه فإنما هو في حد ذاته مع قطع النظر عن لحوق الإجازة، و يدل على عدم تحقق الإجماع المزبور انه ذهب غير واحد من الأصحاب إلى صحه عتق الراهن العبد المرهون متوقعا للفك أو الإجازة، و ذهب بعضهم إلى صحه عتق المرتهن عن الراهن مع أجازته ذلك و اما الروايات الوارده في المنع عن نفوذ الطلاق الصادر من غير الزوج، فالمراد منها هو ان الإنسان ليس له ان يطلق زوجته غيره مستقلا و بغير اذنه و أجازته و هذا لا- ينافى نفوذ الطلاق الصادر من غير الزوج مع الإجازة من الزوج بحيث يستند الطلاق اليه لا الى مجرى الصيغه، و من هنا ظهر الجواب عن الاستدلال ببطلان العتاق الفضولى بالروايات المانعه عن العتق الصادر من غير المالك و يضاف الى ذلك ان أمثال هذه الروايات و ارده في البيع أيضا كقوله عليه السلام لا بيع إلا فى ملك فلو التزمنا بظاهرها فلا بد من الالتزام- ببطلان البيع الفضولى أيضا.

و اما دعوى ان التعليق فى الإيقاعات أمر مستحيل دعوى جزافيه ضروره أن المعانى الإيقاعات كالمعانى العقديه فى قبولها للتعليق و على الجملة انه لا دليل على بطلان الإيقاعات الفضوليه و إذا قلنا بكون الوصيه من الإيقاعات كانت الوصيه بما زاد على الثلث من الإيقاعات الفضوليه و لا إشكال فى صحتها مع اجازة الورثه و على

الجملة فلا نعقل وجها صحيحا لدعوى الإجماع التعبدى على بطلان الإيقاعات الفضولية مطلقا أو فى الجملة.

### **الأمر الثانى: انه هل يخرج العقد من عنوان الفضولى**

بمجرد رضاء المالك باطنا من دون اماره عليه أم لا؟

### **ذهب المصنف إلى الأول و حكم بعدم توقفه على الإجازة**

اللاحقه

سواء علم العاقد بالرضاء الباطنى حين العقد أم لم يعلم به حين ذلك و سواء انكشف له بعد العقد بأن المالك كان راضيا بالعقد حين وقوعه أم لم ينكشف له ذلك أصلا.

### **و استدل على رايه هذا بوجوه:**

### **الأول: ان هذه المعامله مشموله لآيتى وجوب الوفاء بالعقد**

و التجاره عن تراض،

و لكن لا دلالة فى الآيتين على ذلك اما آيه وجوب الوفاء بالعقد، فلان مفادها هو ان كل مكلف يجب عليه الوفاء بعقد نفسه، و من الظاهر أن مجرد اقتران العقد برضاء المالك لا يخرج العقد الصادر من الأجنبى عن الفضولى و لا يجعله عقدا للمالك، بل العقد انما يصير عقدا للمالك، و يستند اليه اما بمباشره نفسه أو بنيابه الغير عنه بالإذن، أو بالإجازة اللاحقه- كما فى الفضولى- و شىء من ذلك لم يتحقق فى المقام، و اذن فلا يكون العقد الصادر من الفضولى مع اقترانه برضاء المالك عقدا للمالك، و من هنا ظهر الجواب عن الاستدلال بآيه التجاره عن تراض، إذ لا تتحقق التجاره عن تراض بمجرد الرضاء الباطنى بالبيع الواقع على ماله فضولا و لا يقال للمالك انه اتجر بماله.

و قد ظهر لك مما بيناه، انه لا يمكن الاستدلال على ذلك بقوله



تعالى أَحْيَلُ اللَّهُ الْبَيْعَ فان مفاده أحل الله يبيعكم و عليه فالممضى انما هو البيع المنسوب الى المالك لا- مطلق البيع و ان لم ينسب اليه

### الوجه الثانى: ما دل على حرمه مال امرء مسلم الا بطيبه

نفسه،

و من الواضح ان المالك فى الصورة المفروضه راض بالتصرف فى ماله، فيكون خارجا عن الفضوليه و الا لم يجز التصرف فيه. و فيه: ان المراد من حليه البيع ان كانت هى الحليه التكليفيه كحرمه الأكل و الشرب، فالروايات المزبوره خارجه عن محل الكلام لان البحث، انما هو فى نفوذ البيع الفضولى مع الرضاء الباطنى من المالك، و ان كان المراد هو الأعم من الحليه الوضعيه و التكليفيه فهو و ان كان لا- بأس به، و لكن لا- دلالة فيها على ان المعتبر فى حليه المال انما هو خصوص رضاء المالك و طيب نفسه بل الظاهر منها هو ان الرضاء معتبر فى حليه المال، و هذا لا ينافى اعتبار شىء آخر فيها كإظهار الرضاء بمبرز خارجى من الاذن، أو الإجازة و السر فى ذلك هو ان أمثال هذه الجمل و المركبات كقوله عليه السلام لا صلاه إلا بطهور أو بفاتحه الكتاب و لا عمل إلا بنيه لا تدل على الحصر، و أن الصلاه مثلا لا تتحقق الا بالطهور أو بفاتحه الكتاب و ان العمل لا يتحقق إلا بنيه، فإنه لا- يستفاد منها الا- اعتبار كون الفعل مقرونا بالتيه أو الطهور أو بفاتحه الكتاب لا ان الفعل لا يوجد إلا بالأمر المذكوره، و كذلك الأمر فيما نحن فيه بل المستفاد منها انما هو اعتبار المستثنى فى المستثنى منه سواء اعتبر فيه شىء آخر أم لا.

### الوجه الثالث ما دل على ان علم المولى بنكاح العبد و سكوته إقرار منه بذلك

الوجه الثالث: ما دل على ان علم المولى بنكاح العبد

ص: ٧

و سكوته إقرار منه بذلك فان الظاهر من هذه الطائفة[١] هو كفايه الرضاء الباطنى فى خروج العقد عن الفضوليه.

و یرد علیه أولا: ان سكوت السيد عن نکاح عبده مع اطلاعه علیه كاشف عرفى عن الرضاء بالعقد، و مورد بحثنا ما إذا لم يكن هنا كاشف عرفى عن ذلك.

و ثانيا: أن مجرد رضاء المولى باطنا بنکاح عبده يكفى فى صحته، لما سيأتى من التفضيل بين كون الإجازة لتحقيق استناد العقد الى من يملك التصرف ليكون العقد عقدا له، و بين

ص: ٨

كونها بمجرد تعلق حق الغير، حيث نلتزم بكفايه الرضاء الباطنى فى الثانى دون الأول، و من الظاهر ان نكاح العبد من قبيل الثانى، حيث ان عقد النكاح مستند الى العبد جزما و انما الاحتياج إلى - اجازة المولى من جهه ان فعل العبد متعلق حقه فقط.

الوجه الرابع: روايه عروه، فإنها ظاهره فى جواز الاكتفاء فى صحه العقد بالرضاء الباطنى و ان لم يقترن بالكاشف.

و يتوجه عليه أولا: ان الروايه غير مذكور فى أصول الشيعه مسندا و انما هى مذكوره فى كتب العامه بسند ضعيف فلا يمكن الاستناد إليها فى شىء فى الأحكام الشرعيه.

و ثانيا: انه يمكن ان البارقى كان و كيلا - مفوضا عن النبى (صلى الله عليه و آله) فى أمر شراء الشاه و بيعها و اذن فتكون الروايه بعيده عن محل بحثنا.

و ثالثا: أن إقباض عروه المبيع، و قبضه للثمن مع تقرير النبى (صلى الله عليه و آله) ذلك لا - يدل الا على رضاه (صلى الله عليه و آله) بهما فقط لا على رضاه (صلى الله عليه و آله) بأصل البيع أيضا ضروره أنه لا ملازمه بين جواز القبض و الإقباض و بين صحه البيع إذ قد يكون البيع صحيحا و لا - يجوز القبض و الإقباض كبيع الوكيل الذى هو و كيل فى أصل المعامله فقط، و قد يجوز القبض و الإقباض مع فساد المعامله كما إذا كان أحد مأذونا فيهما من قبل المالك لا فى أصل المعامله و اذن فرضاء النبى (صلى الله عليه و آله) بالقبض و الإقباض لا يدل على صحه ما أنشأه عروه من البيع.

ثم ان المصنف قد استظهر خروج الفرض المتقدم عن الفضوليّه و عد توقفه على الإجازة اللاحقه من كلمات الفقهاء رضوان الله عليهم

كقولهم فى مقام الاستدلال على الصحه ان الشرائط كلها حاصله الا رضاء المالك و قولهم ان الإجازة لا يكفى فيها السكوت لأنه أعم من الرضاء و الى غير ذلك من كلماتهم.

و يتوجه عليه أولا: انه لا حجيه فى كلماتهم فان رأى فقيه لا يكون حجه على فقيه آخر.

و ثانيا: انه لا ظهور فى كلماتهم فيما يرومه المستدل لان المراد من الرضاء المذكور فى كلماتهم هو الاختيار الذى هو فى مقابله الكراهه و الاضطرار حيث انهم ذكروها فى بيع المكره و قالوا ان من شرائط المتعاقدين الاختيار و ليس المراد منه طيب النفس و عليه فلا ربط لها بما نحن فيه و لا أقل من الاحتمال، فتكون كلماتهم مجمله.

ثم قال لو سلم كونه فضوليا لكن ليس كل فضولى يتوقف لزومه على الإجازة لأنه لا- دليل على توقفه مطلقا على الإجازة اللاحقه.

و يتوجه عليه ان هذا الكلام يعد من الغرائب لأننا إذا قلنا باحتياج المعاملات الفضوليه إلى الإجازة اللاحقه كان ما نحن فيه من صغرياتهما، فتحتاج صحته إلى الإجازة اللاحقه و لا يكفى فيها مجرد وجود الرضاء الباطنى، و ان قلنا بعدم احتياجها إلى الإجازة اللاحقه، لكونها مشموله للعمومات و المطلقات الداله على صحه العقود و لزومها فليكن المقام كذلك و اذن فلا وجه لجعله من المعاملات الفضوليه ثم الحكم بعدم احتياجه إلى الإجازة اللاحقه.

ثم قال: مع انه يمكن الاكتفاء فى الإجازة بالرضاء الحاصل بعد البيع المذكور آنا ما إذ وقوعه برضاء لا ينفك عن ذلك مع الالتفات و يرد عليه انه إذا قلنا بكفايه الرضاء الباطنى المتأخر و لو آنا ما

فى صحه البىع و إخراجہ عن الفضوليه قلنا بذلك فى الرضاء المقارن أيضا بالأولويه، فلا وجه لتخصيص الحكم المزبور بالرضاء المتأخر.

ثم انا لو اکتفينا فى خروج العقد عن الفضوليه بالرضاء الباطنى للزم القول بكون الكراهه الباطنيه موجه لفساد البىع مع انها لا توجب بطلانہ و من هنا لو باع الغاصب العين المغصوبه مع كراهه المغصوب منه ذلك، ثم رضى به لحكم بصحته فيعلم من ذلك ان الكراهه- الباطنيه لا تؤثر فى فساد المعامله و كذلك الرضاء الباطنى لا يكفى فى صحتها لان سبيلهما واحد.

ثم قال: انه لو أشكل فى عقود غير المالك فلا ينبغى الإشكال فى عقد العبد نكاحا أو بىعا مع العلم برضاء السيد له لعدم تحقق المعصيه التى هى مناط المنع فى الاخبار و عدم منافاته لعدم استقلاله فى التصرف.

و يرد عليه: انه لا- وجه لتخصيص الحكم بالعبد بل يجرى ذلك فى كل عقد كان فضوليه من ناحيه كونه متعلقا لحق الغير كبيع الراهن العين المرهونه مع رضاء المرتهن بذلك باطنا و نكاح الباكراه بدون اذن الولى و النكاح على بنت الأخ أو الأخت بدون إذن العمه و الخاله فإن الرضاء الباطنى يكفى صحه العقد فيها و فى أمثالها و سيأتى ذلك تفصيلا.

**ثم انه ذهب شيخنا الأستاذ الى عدم خروج العقد بالرضاء**

الباطنى عن الفضوليه مطلقا

سواء كانت فضوليته لتعلق حق الغير بذلك أم كانت فضوليته من ناحيه صدوره من غير المالك و إليك لفظ مقرر بحثه.

ص: ١١

و الحق عدم صحه العقد الصادر من غير من بيده زمام أمر المعقود عليه بمجرد الرضاء الباطنى من المالك و من له الحق مرتبها كان أو مولى و ذلك لانه لو كان أمر العقد موقوفا و غير ماض اما لعدم كون العاقد مالكا أو لعدم كونه مستقلا فلا يخرج عن التوقيف الا- باستناده الى المالك أو ذى الحق و الاستناد و التنفيذ من الأمور الإنشائية و يكونان كسائر الإيقاعات لا بد من إيجادهما إما باللفظ أو بالفعل فلا الكراهه الباطنيه رد و لا الرضاء الباطنى إجازة بل كل منهما يحتاج الى كاشف.

و التحقيق هو التفصيل فى المقام بين ما كانت الإجازة لتحقيق استناد العقد الى المالك بحيث يكون العقد الصادر من الفضولى عقدا له بالحمل الشائع و بينما كانت الإجازة لأجل كون المبيع متعلقا لحق الغير، فكل مورد تعتبر الإجازة فى العقد لأجل استناده الى من له العقد فان الرضاء الباطنى الساذج لا يصح ذلك و فى كل مورد اعتبرت الإجازة، لا لتلك الجهة بل لجهة أخرى لا شبهه فى كفايه الرضاء الباطنى فى ذلك، و على الأول، فلا يكفى فى استناد العقد الى المالك مجرد الرضاء الباطنى و ان الاقتران برضاء المالك لا- يخرج العقد عن الفضولى ما لم يكن اذن و توكيل من المالك و الوجه فى ذلك ان العقد الصادر من الفضولى لا يكون مشمولاً لقوله تعالى:

أَوْفُوا بِالْعُقُودِ، بديهه ان العقد لا يكون مشمولاً لتلك الآية إلا باستناده الى المالك لأن مقارنه الجمع بالجمع فى الآية الكريمة يقتضى ان كل مكلف يجب عليه الوفاء بعقده اى أوفوا بعقودكم لا ما عقدتهم و من الواضح ان العقد لا يكون عقدا للمالك الا بالاستناد اليه اما بالمباشرة كما إذا

أوجده بنفسه أو بالتسبيب كما إذا أوجده وكيله أو بالإضافة إليه كما إذا رضى بالعقد الفضولى مع إظهاره ذلك بمظهر خارجى و من الظاهر ان مجرد الرضاء الباطنى بالعقد الصادر من الفضولى أجنبى عن ذلك كله و على الثانى فيكفى فى صحه العقد مطلق الرضاء و إن كان باطنيا و غير منكشف بكاشف و ذلك كالأمثله التالىه.

١-انه إذا باع الراهن العين المرهونه فإن اعتبار اجازة- المرتهن فى البيع المزبور ليس من ناحيه لزوم استناد العقد اليه بل من ناحيه أن العين وثيقه عنده،فلا يجوز للراهن ان يتصرف فيها بدون اذن المرتهن،فإذا رضى به المرتهن و لو باطنا صح البيع، و بعبارة اخرى:ان المناط فى صحه العقد هو كونه مشمولا- للإطلاقات و العمومات الداله على صحه العقود و لزومها و من الظاهر ان المناط المزبور موجود فى بيع الراهن غايه الأمر ان التصرف فى العين المرهونه موقوف برضاء المرتهن فإذا رضى بذلك لم يكن هناك مانع عن التصرف أيضا.

٢-بيع المفلس فإنه مستند اليه و مشمول للعمومات الا- ان المبيع متعلق لحق الغرماء فتعتبر إذنتهم فى ذلك من هذه الناحيه ٣- العقد على بنت الأخ و بنت الأخت فإن صحه ذلك موقوفه على إجازة العمه و الخاله لا من جهه عدم استناد العقد الى الزوجين إلا ياذنهما بل من جهه أخرى.

٤-عقد العبد لغير سيده و بدون اذنه نكاحا كان أو غير نكاح فان احتياجه إلى إجازة السيد ليس من ناحيه كون العقد عقدا للسيد و هو لا يتحقق إلا بإجازته بل من جهه انه ليس للعبد الاستقلال

٥- الوصيه بما زاد على الثلث فإنها تحتاج إلى اجازة الورثه لكن لا من جهه عدم استنادها الى الموصى بل لأجل نفوذ الوصيه ٦- عقد الباكره بدون اذن وليها بناء على اعتبار اذنه فى ذلك فان اعتباره فيه من جهه النفوذ لا من جهه الاستناد.

و على الجملة ان فى كل مورد كانت الإجازة لأجل استناد العقد الى من له العقد بحيث يكون العقد عقدا و تشمله العمومات لا يكفى فيها الرضاء الباطنى، و فى كل مورد كانت الإجازة لأجل نفوذ العقد لا للجهه المزبوره يكفى فيها الرضاء الباطنى لأنه يكفى فى النفوذ و لا دليل على إظهاره بمظهر خارجى، و هذا بخلاف الاستناد الى المالك فإنه ما لم يظهر فى الخارج لا يصدق على ما أوجده الفضولى انه عقد للمالك، و لا انه يبعه و لا انه تجارته و يتضح ذلك و ضوحا بمراجعته العرف و اللغه، و اذن فلا يتم ما ذكره المصنف على وجه الإطلاق و لا ما ذكره شيخنا الأستاذ (و أظن ان كلام المصنف لا ينافى التفصيل المذكور لأنه ذكر فى آخر كلامه) ثم انه لو أشكل فى عقود غير المالك فلا ينبغى الإشكال فى عقد العبد (الخ) خصوصا إذا حمل ما ذكره على المثال و ان كان الحمل عليه بعيدا من ناحيه التعليل فى كلامه بقوله لعدم تحقق المعصيه.

فما ذكره شيخنا الأستاذ من: (ان الاستناد و التنفيذ من الأمور الإنشائية و يكونان كسائر الإيقاعات لا بد من إيجادهما إما باللفظ أو بالفعل)، انما يتم فى الاستناد فقط لا فى التنفيذ كما عرفته قريبا و قد ظهر لك مما ذكرناه فساد ما أفاد شيخنا الأستاذ فى



آخر كلامه من انه ثبت من الأدله الخارجيه عدم استقلال العبد و الراهن و الباكره و كل من كان من قبيل هذه الطوائف الثلاث فى عقودهم و لا يخرجون عن الاستقلال بمجرد رضاء ذى الحق فإن به لا يسند العقد اليه. ثم انه ربما يستدل على كفايه الاقتران بالرضاء الباطنى فى خروج العقد عن الفضوليه بصحيحه محمد بن مسلم [١] او روايه الحميرى [٢] فإنهما تدلان على حصر الشراء الصحيح برضاء المالك فيستفاد منهما

ان المناط فى صحه البيع انما هو مجرد الرضاء و ان لم يبرز فى الخارج و لكن يتوجه عليه انه لا يستفاد من أمثال هذه التراكيب الا- كون المستثنى شرطاً فيما يقع بعد كلمه (لا) كقوله عليه السلام لا صلاه إلا بطهور لا ان حقيقه مدخول كلمه (لا) منحصره بالمستثنى و عليه فيدل الخبران على اعتبار الرضاء لا على كفايته على وجه الإطلاق، فيكون شأنهما شأن بقيه الأدله الداله على اعتبار الرضاء فى العقود و الإيقاعات على انه يمكن ان تحمل الروايتان على الرضاء بمعنى الاختيار الذى يقابل الكراهه و قد تقدم اعتباره فى العقود و الإيقاعات قوله ثم اعلم ان الفضولى قد يبيع للمالك.

أقول

**يقع البحث هنا فى مسائل ثلاث:**

**اشاره**

الاولى: ان يبيع الفضولى للمالك.

الثانيه: ان يبيع له مع سبق المنع عنه.

الثالثه: ان يبيع لنفسه كبيع الغاصب.

**أما المسأله الاولى ان يبيع الفضولى للمالك**

فيقع البحث فيها من جهه انه هل يعتبر فى صحه العقود صدور إنشائها من المالك بالمباشره أو ممن يقوم مقامه كالوكيل و المأذون أم لا يعتبر فى صحتها ذلك؟ بل المناط فى صحه العقود هو استنادها الى من له العقد، و من الظاهر ان هذا المعنى كما يتحقق بالمباشره و التسبيب كذلك يتحقق بالإجازة اللاحقه أيضاً.

و لا يخفى عليك انا إذا قلنا بصحه العقد الفضولى فى هذه المسأله، فيقع الكلام فى صحته و فساده فى المسألتين الآتيتين و إذا قلنا بفساده هنا فلا شبهه بفساده فى المسألتين الآتيتين لان

ص: ١٦

ما يبحث عنه فى المسأله الاولى هو المتيقن من العقد الفضولى فإذا حكم بفساده حكم بفساد ما يبحث عنه فى المسألتين الآتيتين بالأولويه القطعيه.

ثم انه وقع الكلام فى صحته وفساده فالمحكى عن الأكثر هو صحته-كالمقنعه و النهايه و الوسيله و الشرائع و النافع و كشف الرموز و العلامه فى جملة من كتبه و حواشى الشهيد و مسائله و الدروس و اللعه و جامع المقاصد و التنقيح و تعليق الإرشاد و إيضاح النافع و الميسيه و الروضه و المسالك و غيرها-و حكى المصنف عن غايه المراد حكايه القول بالصحه عن جمع من المذكورين و غيرهم ثم قال:و استقر عليه رأى من تأخر عدا فخر الدين و بعض متأخرى المتأخرين -كالأردبيلى و السيد الداماد و بعض متأخر المحدثين-و قال فى التذكرة:مسأله يشترط ان يكون البائع مالكا أو من له ولايه كالأب و الجد له و الحاكم و امينه و الوكيل فلو باع الفضولى صحح و وقف على اجازة المالك و به قال مالك و إسحاق و أبو حنيفة و الشافعى فى القديم و احمد فى إحدى الروايتين و قال أبو ثور و ابن المنذر و الشافعى فى الجديد و احمد فى الروايه الأخرى يبطل البيع و هو قول لنا و قال-بعد أسطر:-لو اشترى فضوليا فان كان بعين مال الغير فالخلاف فى البطلان و الوقف على الإجازة الا أن أبا حنيفة، قال: يقع للمشترى بكل حال و ان كان فى الذمه لغيره و أطلق اللفظ قال:علماؤنا يقف على الإجازة إلخ و عن الحدائق:ان القول بالصحه كاد يكون إجماعا و ذهب جمع آخر إلى فساده فعن

المبسوط من باع مالا يملك كان البيع باطلا و في الخلاف ج ١ ص ٢٢٢: إذا باع انسان ملك غيره بغير اذنه كان البيع باطلا و به قال الشافعي و قال أبو حنيفة ينعقد البيع و يقف على اجازته صاحبه و به قال قوم من أصحابنا دليلنا إجماع الفرقه و من خالف منهم لا يعتد بقوله و لانه ممنوع من التصرف في ملك غيره و البيع و عن الغنيه نحوه من الصراحه و حكى القول بالبطالان أيضا عن الإيضاح و اختاره في الحدائق و أطنب فيه الكلام و لكنه لم يأت بشيء تركن اليه النفس و يطمئن به القلب و ذكر جملة من النصوص محتجا بالعثور عليها و الاهتداء الى الاستدلال بها و ستأتى الإشارة إليها و الى عدم دلالتها على ما يرومه بل دلالة بعضها على خلاف مقصوده و في شرح فتح القدير ج ٥ ص ٣٠٩: و من باع ملك غيره بغير اذنه فالمالك بالخيار ان شاء أجاز البيع و ان شاء فسخ و هو قول مالك و احمد و قال الشافعي: لا ينعقد لانه لم يصدر عن ولايه شرعيه لأنها بالمالك أو بإذن المالك و قد فقدوا و لا انعقاد إلا بالقدره الشرعيه و صار كبيع الآبق و الطير في الهواء في عدم القدره على التسليم و في الفقه على المذاهب الأربع ج ٢ ص ١٦٦- عن الشافعيه:- و من شرائط المعقود عليه ان يكون للعاقد عليه ولايه فلا يصح بيع الفضولي و في ص ٢٤٠- عن الحنيفة:- أمّا بيع ملك الغير بوكاله منه فإنه صحيح نافذ و يبعه بدون وكاله فهو صحيح موقوف على اجازته المالك و هذا هو بيع الفضولي و في ص ٢٢٤: و اما الموقوف و هو بيع ما يتعلق به حق للغير فإنه من أقسام الصحيح و انه ينعقد بدون ان يتوقف على القبض و في ص ١٦٨: و من

شروط العاقد، ان يكون مالكا أو وكيلًا- عن مالك فلا يلزم بيع الفضولي و في شرح العنايه بهامش شرح فتح القدير ج ٥ ص ٣١٩: و من باع ملك غيره بغير اذنه فالمالك بالخيار ان شاء أجاز البيع و ان شاء فسخ و هو مذهب مالك و احمد في روايه و قال الشافعي في الجديد و هو روايه عن احمد لم ينعقد.

و هنا قول ثالث و هو صحه البيع و بطلان الشراء و هو القول الآخر للشيخ في الخلاف قال في كتاب النكاح: لو اشترى لغيره بغير اذنه لم يقف على أجازته و كان باطلا ثم قال: و عندنا ان البيع يقف على اجازته مالكا.

و في المسأله وجهان آخران: أحدهما انه ان وثق برضاء المالك فأجاز صح و الا فلا. ثانيهما: انه ان لم يسبق منه منع و لم يظهر كراهه صح و إلا بطل.

### **و قد استدل على القول بصحة البيع الفضولي مع توفقه على**

الإجازة بوجوه:

### **الأول العمومات و المطلقات الداله على صحه العقود**

و لزومها

و بيان ذلك انه لا شبهه في ان صدق عنوان العقد أو- التجاره عن تراض أو البيع أو صدق اى اسم من اسما أيه معامله كانت لا يتوقف على مباشره المالك بنفسه للعقد، بل يكفي في ذلك النيايه بأن يكون المباشر لذلك غير المالك غايه الأمر لا بد و ان تكون هذه مباشره بإذن المالك لكن يكون ذلك سببا لانتساب العقد الصادر من المباشر الى المالك، و من المعلوم أن انتساب العقد الى المالك كما يتحقق بمباشره نفس المالك أو بمباشره غيره مع الاذن منه كذلك يتحقق بالإجازة اللاحقه من المالك و حينئذ فيصدق

ص: ١٩

على العقد الصادر من الفضولى انه عقد للمالك أو تجارته أو بيعه و اذن فيكون ذلك مشمولاً للعمومات و المطلقات المزبوره و بتعبير آخر انا ذكرنا فيما سبق ان المراد من أَوْفُوا بِالْعُقُودِ هو أَوْفُوا بِعُقُودِكُمْ لا- ما عقدتم و المراد من أحل الله البيع هو حليه بيوعكم و المراد من التجاره عن تراض ما يصدق عليه هذا العنوان و جميع هذه العناوين لا يتحقق فى الخارج الا بالاستناد الى المالك، و من الظاهر انها تستند إليه بالإجازة كاستنادها اليه بالمباشره أو بالإذن فتشملها العمومات غايه الأمر انا نشك فى اعتبار مباشره المالك شرعاً أو اقتران رضائه بالعقد أو وجود الاذن السابق على العقد فحيث ان كل ذلك تقييد للمطلقات أو تخصيص للعمومات بغير مخصص و مقيد فندفعه بأصالة الإطلاق أو العموم و هذا هو مراد المصنف(ره) من الأصل فى المقام لا أصالة البراءة و ان احتمله-بعيدا-المحقق الايروانى بناء على جريان البراءة فى الأسباب و الأوضاع.

و قد يتوهم ان التمسك بالعمومات هنا يتوقف على حصول اضافة عقد الفضولى إلى المالك بالإجازة اللاحقه لكن الإضافه لا تحصل بذلك بعد وضوح ان المراد من عقودكم العقود الصادره منكم، و لو بالتسيب لا العقود المنتسبه إليكم بايه نسبة كانت و لو نسبة كونها مجازة لكم و من المعلوم ان عقد الغير لا يصير عقدا صادرا من شخصى بإجازته له.

و لكن هذا التوهم فاسد إذ لا فارق فى انتساب العقد من الأجنبى إلى المالك بين الاذن السابق و الإجازة اللاحقه فكما ان الاذن السابق كاف فى صحه العقد و استناده اليه كذلك الإجازة

اللاحقه لأنهما متساويان في حصول الرضاء الذى هو الأصل في ذلك و قد اتضح لك مما بيناه فساد ما نوقش به في التمسك بالعمومات على صحه العقد الفضولى من ان المخاطب بتلك العمومات اما العاقد الفضولى أو الملك أو غيرهما و لا سبيل الى كل منهما اما العاقد الفضول فلعدم وجوب الوفاء عليه بعقده قطعا و هذا واضح، و اما المالك فقبل أجازته كذلك و الا لوجبت عليه الإجازة و أما بعدها فهو مجيز لا عاقد، و وجه الوضوح هو ما ذكرنا قريبا من ان معنى أَوْفُوا بِالْعُقُودِ هو أوفوا بعقودكم لا ما عقدتم و قد عرفت ان العقد الصادر من الفضولى يكون عقدا للمالك بالإجازة اللاحقه و يستند اليه استنادا تاما، فيكون مشمولا للعمومات من حين الإجازة لا من حين العقد فزمان الإجازة هو زمان شمول العمومات للعقد الفضولى.

و من هنا ظهر لك ما فى كلام المحقق الايروانى من الغرابه حيث قال: (ان التمسك بالعموم بعد الإجازة مبنى على ثبوت عموم أزماني فى العمومات و ليس له وجود و قد اعترف به المصنف به فى خيار الغبن)، و وجه الظهور هو ان المصنف لم يدع شمول- العمومات للعقد الفضولى من حين العقد ثم خروجه عنها الى زمان الإجازة بالمخصص لكى يكون التمسك بها بعد الإجازة محتاجا الى ثبوت العموم الأزماني للعمومات، بل غرضه هو ما ذكرناه من أن زمان الإجازة انما هو أول زمان صار العقد الفضولى مصداقا للعمومات الداله على صحه العقود.

ثم انه يمكن أن يرجع الى ما ذكرناه استدلال جمع من الفقهاء - كما عن المختلف و غيره- على صحه البيع الفضولى بأنه عقل صدر

من أهله فى محله، بدهاه ان كون العاقد أهلا- للعقد من حيث كونه بالغاً عاقلاً- مع كون المبيع قابلاً- للبيع لا- يثبتان الصحة إلا بضميمه مقدمه أخرى ثابتة بالعمومات بان يقال ان العقد الفضولى عقد صدر من أهله فى محله و كل ما صدر من أهله فى محله صحيح شرعاً للعمومات و المطلقات.

و ان أبيت عن كون مرادهم ذلك لتوجه عليهم مما عن الشهيد فى غاية المراد: من كونه مصادره ضروره ان تحقق الأهليه التامه عين الدعوى و جعلها دليلاً على المدعى صرف مصادره و لا يمكن دفعها الا بما كرهناه و اذن فلا وجه لما ذكره شيخنا المحقق من ان اشتراط تأثير العقد بالرضاء لا ربط له بأهليه العاقد و لا بكون المبيع قابلاً لوقوع العقد عليه بل أهليه العاقد بما هو عاقد منوطه بكونه عاقلاً- عقلاً- و بكونه بالغاً شرعاً، و قبول المحل منوط بكونه مما يتمول و مما يملك، فلا قصور فى العاقد، و لا فيما وقع عليه العقد، و المفروض حصول الإجازة الكاشفه عن الرضاء و المحققه للانتساب، فلا مصادره و كون المبيع للغير لا يسقط العاقد بما هو عاقد عن أهليه العاقيه و لا المحل عن قبول وقوع العقد عليه، فما افاده المصنف فى توجيه المصادره و أجاب عنها بإثباتها بالعموم خال عن الوجه، و الوجه فى ذلك هو ان مجرد كون العاقد عاقلاً بالغاً، و كون المحل مما يتمول، و حصول الرضاء بالإجازة اللاحقه الكاشفه، لا يثبت صحة العقد لاحتمال اشتراط العقد بمقارنه الرضاء أو سبق الإذن فإنه مع هذا الاحتمال لا تتم الأهليه التامه للعاقد، فلا يمكن نفيه إلا بأصالة العموم أو الإطلاق و بذلك تثبت الأهليه التامه للعاقد.



وقد تحصل مما قدمناه ان عقد الفضولي صحيح على القاعده بمقتضى العمومات و الإطلاقات الداله على صحه العقود و لزومها و عليه، فلا- نحتاج الى الاستدلال على صحته و نفوذه بالأدله الخاصه إلا لمزيد الوضوح و من جهة التأييد و عليه فلو ناقشنا فى الأدله الخاصه اما من حيث السند أو من حيث الدلاله فلا يضر هذه المناقشه بصحه عقد الفضولى و نفوذه بوجه.

### الوجه الثانى روايه عروه ١

و وجه الاستدلال هو ان عروه قد باع احدى الشاتين بدينار من غير إذن النبى (صلى الله عليه و آله) و أقره (صلى الله عليه و آله) و أظهر رضائه بذلك و دعا له فلو كان البيع الفضولى باطلا- لم يقره النبى (صلى الله عليه و آله) بل كان عليه (صلى الله عليه و آله) زجر عروه و الأمر برد الدينار و أخذه الشاه أو تجديد المعامله بعد تحصيل الاذن من النبى (صلى الله عليه و آله) مع انه ص لم- بفعل شيئا من ذلك، هذا ما يرجع الى الاستدلال بالروايه من ناحيه بيع عروه احدى الشاتين بدينار و اما شراؤه الشاتين بدينار مع انه كان مأذونا فى شراء شاه بدينار الظاهره فى الشاه لواحد فذكر المصنف

(ره) انه يمكن توجيه شرائه على وجه يخرج عن الفضوليه، ولكن لم يبين الوجه في ذلك و لعل نظره في ذلك الى ان قول النبي (صلى الله عليه و آله) لعروه اشتر به شاه يمكن ان يراد به كون الشراء الواحد بدينار، و يمكن ان يراد به كون شراء جنس الشاه بدينار و على الثاني فلا شبهه في عدم كون الشراء فضوليا لأن المأذون به يشمل الواحد و الاثنين و على الأول فإن كان الظاهر في بادي النظر هو كون الشراء فضوليا أيضا و لكنه خارج عن ذلك جزما لان الشخص إذا كان مأذونا في شراء شاه واحده بدينار فيكون مأذونا في شراء شاتين بدينار بالأولويه القطعيه، و عليه فأذن النبي (صلى الله عليه و آله) لعروه في شراء الشاه الواحد بدينار اذن له في شراء شاتين أيضا بدينار، فيكون الشراء خارجا عن الفضوليه على كل حال.

و قد ناقش المصنف في الاستدلال بالروايه المزبوره على صحه البيع الفضولي: بان ذلك متوقف على دخول المعامله المقرونه برضاء المالك في بيع الفضولي، و قد عرفت انها خارجة عنه، و بيان ذلك أن عروه كان عالما ظاهرا برضاء النبي (صلى الله عليه و آله) بما فعله من البيع و الا- لما قبض المبيع و لم يقبض الثمن لا- ذلك تصرف في مال غيره بدون رضاه و هو حرام عقلا و نقلا- و عليه فلا- بد اما من الالتزام بأن عروه فعل الحرام بقبضه الثمن و إقباضه المثلث، و هو مناف لتقرير النبي (صلى الله عليه و آله) و تبريكه (صلى الله عليه و آله)، و اما من القول بجواز التصرف قبل الإجازة مع العلم بتعقبه لها.

و سيأتي ضعفه و اذن، فيدور الأمر بين القول بخروج المعامله المقرونه برضاء المالك عن الفضوليه، و بين القول بعلم عروه برضاء

النبي (صلى الله عليه و آله) بإقباضه ماله للمشتري حتى يستأذن من النبي (صلى الله عليه و آله) مع علم المشتري بكون البيع فضوليا حتى يكون دفعه الثمن إلى البائع على وجه الأمانة و الا فلا يستحق الفضولى قبض المال لعدم كونه مالكا و لا وكيلا عنه و لكن الظاهر هو الوجه الأول أعنى به خروج البيع الصادر من عروه عن المعامله الفضوليه إذ من المستبعد جدا علم المشتري بكون بيع عروه فضوليا، و يتضح ذلك بملاحظه ان الظاهر هو عدم كون المعامله فضوليه فى مورد الروايه، بل وقعت بعنوان المعاطاه لأنها وقعت بين النبي (صلى الله عليه و آله) و بين مشتري الشاه و يكون عروه آله محضا فى إيصال العوضين و قد عرفت فى مبحث البيع - المعاطاتى انه يكفى فى صحه المعاطاه مجرد رضا المالكين بالنقل و الانتقال مع وصول العوضين الى كل من المتعاطيين و لو كان الوصول بإطاره ریح أو بفعل صيبي أو بواسطة حيوان و من الظاهر انه يتسامح فى المعاطاه بما لا يتسامح به فى العقود اللفظيه.

و یرد على ما ذكره المصنف أولا - ما ذكرناه أنفا من أن اقتران العقد الصادر من الأجنبي بالرضا الباطنى من المالك لا يخرجہ عن الفضوليه.

و ثانيا: ان كون الصادر من عروه فضوليا أو مندرجا تحت الكبرى المتقدمه متوقف على عدم كونه وكيلا - مطلقا و مفوضا من النبي (صلى الله عليه و آله) فى أمر شراء الشاه أو مطلقا الذى سمي فى لغه فارس بكلمه (وكيل خرج) و من المحتمل ان يكون هو كذلك و عليه، فلا - يمكن الاستدلال بالروايه على صحه بيع الفضولى إذ لا - قرنيه فى الروايه و لا - من الخارج على كون البيع الصادر من عروه فضوليا.

و على الجملة ان ما صدر من عروه قضيت شخصيه واقعه فى مورد خاص و لم يعلم جهتها فلا يمكن الاستدلال بها على صحه البيع الفضولى و ان أصرّ عليه جمع من الفقهاء و لا حملها على الكبرى المتقدمه و ثالثا: ان تحقق القبض و الإقباض بين عروه و بين المشتري لا يكون قرينه على عدم كون البيع الواقع بينهما فضولا بدعوى انه لو كان فضوليا لكان التصرف فى الثمن و المثلن بالقبض و الإقباض حراما و ذلك لما ذكرناه أنفا من عدم الملازمه بين كون البيع فضوليا و بين حرمة التصرف فى الثمن أو المثلن، ضروره ان العلم بالرضا الباطنى للمالك يفيد جواز التصرف تكليفا لا جوازه وضا.

و رابعا: انا لو سلمنا صحه المعاطاه الفضوليه لكن لا نسلم كون فعل عروه ظاهرا فى المعاطاه لعدم القرينه على ذلك.

و دعوى ان القرينه على ذلك هو ان الغالب المعتاد فى أمثال ذلك هو البناء على المعاطاه، دعوى جزافيه، لأننا لو سلمنا وجود الغلبه و لكنها لا تفيد الا الظن و هو لا يغنى من الحق شيئا و من هنا ذكر السيد فى حاشيته بقوله: لم افهم هذه الدعوى و لم أدر من اين هذا الظهور.

و خامسا: انا ذكرنا فى الجزء الثانى ان الأمثله التى ذكروها لتحقيق المعاطاه بمجرد إيصال العوضين الى كل من المالكين غير ظاهره فى ذلك بل هى من أمثله المعاطاه المتعارفه راجع ج ٢ ص ١٦٩.

و سادسا: ما ذكره المحقق الايروانى و إليك نصه ان هنا خلط بين الرضا الكافى فى المعاطاه و الرضا الحاصل فى المقام فان

الرضا الكافى فى المعاطاه عن القصد إلى إنشاء البيع بإيصال المبيع بأى وجه اتفق و بواسطه أى حامل كان و الرضا الموجود فى المقام هو الرضا بالبيع من أى بائع تحقق بلا قصد إلى إيجاد البيع فى الخارج.

و يضاف الى جميع ما ذكرناه ان الروايه ضعيفه السند و قد عرفته قريبا.

### **الوجه الثالث: صحيحه محمد بن قيس**

عن ابى جعفر (عليه السلام) قال قضى أمير المؤمنين [١] لأن قوله عليه السلام فيها فى معالجه فك الولد بعد المناشده: خذ ابنه حتى ينفذ لك البيع ظاهر فى نفوذ البيع الفضولى بالإجازة اللاحقه إذ لو كانت الإجازة فاسده و غير مؤثره فى العبد الفضولى لما أمر الإمام عليه السلام بحبس الابن حتى يجيز الأب بيعه، فيعلم من ذلك ان اجازة بيع الفضولى تؤثر فى صحتها.

### **و قد نوقش فى الاستدلال بها على ذلك من وجوه شتى:**

التأهليه

و بقائه على حاله موقوفا على اجازته المالك فان اجازته لزم و ان فسخته انفسخ و إذا انفسخ لم تؤثر فيه الإجازة إجماعا مع ان الصحيحه ظاهره فى نفوذ الإجازة بعد الرد من نواحي شتى:

١-قوله:الحكم ان تأخذ الوليده و ابنها فان هذا الحكم لا يصح الا بعد الرد.

٢-قول السائل:ثم جاء سيدها الأول فخاصم سيدها الآخر فقال:وليدتى باعها ابني بغير اذنى و من الظاهر ان المخاصمه ظاهره فى الرد، إذ لولاه لما وقعت المخاصمه بين السيد الأول و السيد الثانى بل كانت الوليده و ابنها للسيد الثانى من دون ان تكون هناك مخاصمه و مرافعه.

٣-مناشده المشتري للإمام عليه السلام و الحاجه إليه فى علاج فكاك ولده،و من الواضح انه لو لم يكن البيع مردودا من قبل السيد الأول:لم يكن وجه لهذه المناشده و الحاجه إليها.

٤-قول الامام عليه السلام- فى مقام تعليم علاج فك الولد للمشتري-:خذ ابنه الذى باعك الوليده حتى ينفذ لك البيع إذ لو لم يكن البيع مردودا لم يبق طريق للسيد الأول إلى أخذ الوليده و ابنها فهذه القطعه من الروايه صريحه فى أخذ السيد الأول ابن الوليده و أخذ الابن ظاهر فى رد البيع من حيث ان أخذ الابن لأجل كونه نماء للوليده التى هى مملوكه له.

فتحصل ان الروايه ظاهره فيما هو مخالف للإجماع و اذن فلا بد اما من طرحها و إرجاع علمها إلى أهلها، و اما من رفع اليد عن-

ظهور كون الإجازة بعد الرد أو يراد من الإجازة البيع الجديد أو حملها على ما ذكره المحدث الكبير العلامة المجلسي (ره) في مرآت العقول ص ٤٠٧ ج ٣ قال: (الظاهر ان هذا من حيله التي كان يتوسل بها الى ظهور ما هو الواقع) ولا بأس بتعليم هذه الحيله لكشف الواقع خصوصا مع علم الحاكم بالواقع واقتضاء المصلحة لذلك مثل ان عليا عليه السلام كان عالما- في مورد الرواية- بكون الابن وكيلا- في بيع وليده أبيه و أنكر الأب وكاله ابنه و ادعى عدم الاذن في ذلك فاحتال على عليه السلام حيله لكي يصل بها الحق الى صاحبه أو تحمل الصحيحه على غير ذلك من المحامل.

و على الجملة ان ما هو مسلم عند القائلين بصحة العقد الفضولي و هو عدم كون الإجازة مسبقا بالرد، فالرواية أجنبيه عنه و ما اشتملت عليه الرواية من تأثير الإجازة بعد الرد مخالف للإجماع و ان التزم السيد بظاهرها و قال: (فالإنصاف ان الرواية لا مانع من العمل بها و تكون دليلا على صحة الإجازة حتى بعد الرد)، و لكن الظاهر انه لا إشعار في الرواية بكون الإجازة بعد الرد فضلا عن الدلالة عليه اما قوله عليه السلام الحكم أن يأخذ وليدته و ابنها فلا دلالة فيه على ما يرومه الخصم، و ذلك لان الرواية خاليه عن تعرض المالك لفسخ العقد أو إمضائه بل غايه ما يظهر منها هو عدم رضاه بإقباض ابنه و لذا استرد الوليده و ابنها و من الظاهر انه يجوز للمالك قبل اجازة العقد الفضولي ان يتصرف في المبيع حتى على القول بالكشف غايه الأمر أنه إذا أجاز العقد الفضولي انكشف بطلان تصرفه لا انه لا يجوز تصرفه في ماله تكليفا قبل الإجازة و لا شبهه في ان تصرفه هذا

قبل الإجازة لا يكشف عن رد البيع بل يمكن ان يكون ذلك من جهة تردده بين الفسخ و الإمضاء و لا يشترط فى تأثير الإجازة وقوعها عقيب عرض البيع على المالك من دون أن يفصل بينهما:التردد بين الفسخ و الإمضاء أو التوقف فى ذلك،بل العبره فى تأثير الإجازة بكونها قبل الفسخ و يدل على ما ذكرناه ما ذهب إليه الأصحاب من الحكم بصحة إجازة المكره بعد زوال إكراهه،فيعلم من ذلك ان الكراهه الباطنيه لا توجب فسخ المعامله فضلا عن التردد بين الفسخ و الإمضاء اما مناقشه المشتري للإمام عليه السلام فى فكاك ولده فلا تدل أيضا على ان المالك قد رد البيع و أخذ ابن الوليده لكونه مملوكا له لان الولد لا يملك على تقديرى الإجازة و الفسخ لكونه حزا كما سيأتى بل المناشده من حيث ان المشتري طلب من الامام عليه السلام علاجاً لفك الولد و اجازة البيع فعلمه الامام(عليه السلام)طريقاً لذلك و هو قوله(عليه السلام)أخذ ابنه الذى باعك الوليده حتى ينفذ لك البيع.

و من هنا اتضح لك انه لا دلالة فى قول المشتري:حتى ترسل ابنى على تحقق الرد قبل الإجازة نعم له ظهور فى عدم الإجازة و هو أعم من الرد كما اتضح لك انه لا دلالة فى قوله(عليه السلام):

خذ ابنه إلى.أخره على تحقق الرد قبل الإجازة بل هو طريق علمه الامام(عليه السلام)للمشتري لكى يتشبت به فى فكاك ولده اجازة البيع و اما المخاصمه،فلا دلالة فيها أيضا على رد البيع غايه الأمر انها تدل على عدم رضا المالك بالبيع و عدم اذنه فيه و هذا ظاهر.

و على الجملة انه لا دلالة فى شىء من الوجوه المتقدمه على تحقق الرد قبل الإجازة بل هى أعم منه و من التردد بين الإجازة



و الرد أو التوقف فيهما.

### **المناقشه الثانيه:ان الامام(عليه السلام)قد حكم للسيد الأول بأخذ**

الوليد و ابنها مع ان الابن حر لتولده من الشبهه،

و ذلك لان المشتري لم يعلم بكون الوليده لغير البائع إذ لو كان عالما بذلك لكان الوطى حراما و صار الولد رقا لتولده من الزنا فيعلم من ذلك ان المشتري لم يكن عالما بالحال و ان الولد انما تولد من الشبهه و قد حقق في محله ان ولد الشبهه ملحق بأبيه،فيكون حرا و معه كيف يجوز للسيد الأول ان يأخذه.

### **و قد أجيب عن هذه المناقشه بوجهين**

#### **الوجه الأول،انه لا**

مانع عن كون المشتري عالما بالحال،

و عليه فيكون الولد من الزناء فيصير رقا للسيد الأول لو لا الإجازة.

و يرد عليه انه لو كان الأمر كما ذكر لما حكم الامام عليه السلام بأخذ الابن لانفاذ البيع بل يجب على المشتري حد الزناء.

### **الوجه الثاني:ان الولد و ان كان حرا و لكن أخذه السيد**

الأول لاستحصال قيمه يوم الولاده

لأنه و ان لم يكن مالكا للولد لكونه حرا و متولدا من الشبهه و لكن له ان يطالب قيمته يوم الولاده لكونه نماء لمملوكه و هو الوليد و قد حمل الروايه على هذا الشيخ (ره)في الاستبصار و إليك لفظه:فالوجه في هذا الخبر انما يأخذ وليده و ابنها إذا لم يرد عليه قيمه الولد فاما إذا بذل قيمه الولد فلا يجوز أخذ ولد الحرج ٣ ص ٨٥ و تبعه المحقق التستري في مقابسه و جعل هذا وجه الجمع بين الروايات حيث قال في خلال كلامه:(و ذكر في جملة من الاخبار ان للمالك قيمه الولد و في بعضها

انه رق و الجمع بين الروايات يقتضى جواز حبس الولد للتوصل إلى أخذ قيمته و ان لم يجز تملكه) ثم استشهد على ذلك ببعض الروايات و هذه الروايات مرويه فى ج ٣ يب ص ٢١٣ و الظاهر انه لا- بأس بهذا الوجه بعد مساعده الروايات عليه فراجع المقاييس.

و يرد عليه ان المطالب(بالفتح) هنا انما هو المشتري فلو جاز حبس المديون لاستحصال الدين، فلا بد و ان يحبس المشتري دون ولده غير المقصر.

و التحقيق أن يجاب عن المناقشه بأنه لا شبهه فى ظهور الروايه فى صحه بيع الفضولى بالإجازة المتأخره و قد عرفته قريبا غايه الأمر انها اشتملت على حكم آخر لا- نعرف سرّه و لا- ربط له بجهه الاستدلال و من الظاهر ان اشتمالها على جهه مجهوله لا يسقطها عن الحجيه من سائر الجهات غير المجهوله.

### **المناقشه الثالثه: أنه قد حكم الامام عليه السلام للمشتري**

بأخذ ابن السيد

مع ان ذلك لا يجوز لأن غايه الأمر كونه غاصبا و الغاصب ليس حكمه ذلك.

و أجيب عنه بأنه يمكن ان يكون ذلك لمطالبه المشتري الثمن الذى دفعه اليه و من الظاهر انه لا- بأس بحبس المديون لاستحصال الدين.

و يتوجه عليه ان هذا الحكم و ان كان صحيحا فى نفسه لأن الغرامه المتوجهه على المشتري متوجهه على البائع لأنه الذى غرّ المشتري و تسبب لخسرانه و قد دلت النصوص و الفتاوى على ان المغرور يرجع الى الغار، و لكن هذا الوجه لا- يناسب ذيل الروايه أعنى به

قول المشتري للسيد الأول: لا والله لا أرسل إليك ابنيك حتى ترسل ابني فلما رأى ذلك أجاز البيع، فان الظاهر من هذه القطعه من الروايه هو ان حبس المشتري ابن السيد الأول لم يكن لأجل استحصال الثمن بل لأجل فكاك ولده.

و التحقيق ان يجاب عن هذه المناقشه أيضا مثل ما أجبنا به عن سابقتها من ان هذا حكم آخر لا نعرف ربطه بجهه الاستدلال من الروايه على ما نحن فيه.

و يؤيد ما ذكرناه ان القضايا التي صدرت من أمير المؤمنين عليه السلام لم تصل إلينا بجميع خصوصياتها الخارجيه الواقعه بين المترافعين و كذلك هذه القضيه التي بين أيدينا فإن غرض الإمام أبي جعفر عليه السلام من نقلها ليس الا بيان ان أمير المؤمنين عليه السلام قد حكم بان البيع على مال الغير قابل للإجازة و ليس غرضه بيان خصوصيات القضيه بأجمعها.

ثم انا لو تنزلنا عما ذكرناه من كون الصحيحه ظاهره في صحه بيع الفضولي بالإجازة المتأخره و قلنا بظهورها في صحته بالإجازة المسبوقه بالرد الذي هو مخالف للإجماع فهل يستفاد منها تأثير اجازة المالك في العقد الواقع على ملكه فضولا أم لا؟ ذكر المصنف ره (ان الانصاف ان ظهور الروايه في أن الإجازة مجديه في الفضولي مع قطع النظر عن الإجازة الشخصيه في مورد الروايه غير قابل للإنكار، فلا بد من تأويل ذلك الظاهر لقيام القرينه و هي الإجماع على اشتراط الإجازة بعدم سبق الرد).

و ملخص كلامه ان الصحيحه و ان وردت في قضيه شخصيه التي

لا- يمكن التعدي منها الى مثلها إجماعا و لكن يمكن ان يستنبط منها تأثير اجازة المالك في العقد الواقع على ملكه فضولا في غير مورد الإجماع.

و يتوجه عليه: ان هذا انما يتم فيما إذا كان للروايه عموم أو إطلاق، فان في مثل ذلك ترفع اليد عن خصوصيه المورد و يؤخذ بالعموم أو الإطلاق و ذلك لان عدم انطباق الكبرى المستفاد من روايه على موردها لا يوجب رفع اليد عن تلك الكبرى بالكلية و نظير ذلك كثير في الروايات [١] و اما إذا لم يكن للروايه إطلاق أو عموم - كما في المقام حيث ان الصحيحه تحكى قضيه شخصيه في مورد خاص لا نعرف كيفيه وقوعها من جميع الجهات- فلا يمكن التعدي من موردها الى غيره.

ص: ٣٤

## الوجه الرابع: انه قد دلت النصوص المعتبرة و الإجماعات

المحكاه على صحه الزواج الفضولى [١]

و إذا صح الزواج الفضولى صح سائر العقود الفضوليه بالأولويه و ذلك لان المالىات يتسامح فيها بما لا يتسامح به فى الفروج ضروره ان النكاح مبني على الاحتياط و

ص: ٣٥

فى غير واحد من الروايات (١) ما يدل على شده الاهتمام بأمر النكاح و الاحتياط فيه و علل ذلك فى بعضها بأنه يكون منه الولد و من الظاهر انه إذا جاز العقد الفضولى فيما كان الاحتياط فيه أشد جاز فيما كان الاحتياط فيه أضعف بطريق اولى و قد تمسك بهذا الوجه جماعه من الفقهاء بل قال فى الرياض: (و لعمري انها من أقوى الأدله و لولاها لا شكل المصير الى هذا القول لحكاية الإجماعين الآتين -).

و يتوجه على هذا الوجه ان اهتمام الشارع بأمر النكاح و شده احتياطه فيه لا يقتضى الاهتمام بسببه و الاحتياط فيه بل يقتضى ذلك ان يكون سببه أسهل لئلا يقع الناس فى الزنا بسبب التكليف و الضيق مثلا إذا اعتبرت العربيه فى ماده الصيغه و هيئتها و لهجتها كان ذلك سببا لعدم تمكن أكثر الناس من سبب النكاح و يقعون فى الحرام كثيرا، فالاهتمام بأمر النكاح يقتضى عدم الاحتياط فى سببه دون- الاحتياط فيه لكن يعتبر فيه ما لا يعتبر فى سائر العقود من الخصوصيات بل ربما يعتبر فى سائر العقود ما لا- يعتبر فى عقد النكاح كالتقابض فى المجلس فإنه معتبر فى الصرف و السلم و لكنه غير معتبر فى عقد النكاح و كثيرا ترى التوسعه فى أسباب النكاح من تشريع المتعه و ملك اليمين و التحليل و جواز الاقتصار فى مقام الاذن بالسكوت و غير ذلك و اذن، فعدم احتياط الشارع فى النكاح بالتوسعه فى أسبابه

ص: ٣٦

---

١- ١) ج ٧ يب ص ٦٧ و الوسائل باب ٢ من أبواب الوكاله و روايه أخرى فى ج ١٦ وافى ص ٥٢ و روايه شعيب الحداد و فى ج ٢ يب ص ٢٤٥.

لا يدل بالفحوى على التوسعه فى أسباب سائر العقود و عليه فلا دلالة فى الروايات الواردة فى صحه عقد النكاح الفضولى مع ضميمه ما دل على شدة الاحتياط فى النكاح على صحه سائر العقود الفضوليه لا بالأولويه و لا غيرها و اذن فلا يمكن التعدى من موارد تلك الاخبار الى غيرها على ان الأولويه ظنيه و الظن لا يغنى من الحق شيئاً.

ثم انه ناقش المصنف فى الاستدلال بالفحوى على صحه البيع الفضولى، و حاصل مناقشته ان الأولويه المزبوره و ان كانت ثابتة فى بادى النظر و لكنها مردوده بالنص الوارد فى الرد على العامه فى فرقهم بين تزويج الوكيل المعزول مع جهله بالعزل و بين بيعه حيث حكموا بالبطلان فى الأول لأن البضع ليس له عوض و بالصحه فى الثانى لأن المال له عوض و قد وبخهم الامام و قبجهم برمى رأيهم السقيم و زعمهم الواهى الى الجور و الفساد و استدموا و استلاموا على حكمهم هذا حيث قال الامام: ما أجور هذا الحكم و أفسد فإن النكاح اولى و أجدر أن يحتاج فيه لانه الفرج و منه يكون الولد (1) و عليه، فمقتضى الاحتياط ان الحكم بصحه النكاح الواقع اولى من الحكم بصحه البيع الواقع و اذن فتدل الروايه على كبرى كليه و هى ان الحكم بصحه المعامله الماليه الواقعه فى كل مقام يستلزم الحكم بصحه النكاح بالأولويه دون العكس كما زعمه أهل السنه و الجماعه، و حينئذ فلا يجوز التعدى من صحه النكاح فى مسأله الفضولى إلى صحه البيع لان الحكم فى الفرع لا يستلزم الحكم فى الأصل فى باب

ص: ٣٧

---

(١-١) يب ج ٢ ص ٦٧ وسائل باب ٢ من أبواب الوكاله.

الأولويه و الا- لم تتحقق الأولويه و اذن فالاستدلال بصحة النكاح على صحه البيع مطابق لحكم العامه من كون النكاح اولى بالبطلان من جهه ان البضع غير قابل للتدارك بالعوض.

ثم انه ما هو الوجه فى ان الامام(عليه السلام)قد جعل الاحتياط فى إبقاء النكاح لا فى إبطاله؟مستدلا بأنه يكون منه الولد مع ان الأمر فى الاعراض كالأموال دائر بين المحذورين ضروره ان إبقاء النكاح الذى أوقعه الوكيل قبل وصول عزله إليه أحد المحذورين و إبطاله هو المحذور الآخر و عليه فلا يكون احتياط فى البين.

و لعل الوجه فى ذلك:هو ان المراد من الاحتياط ليس هو معناه المصطلح اى:درك الواقع على كل حال بل المراد منه هنا انما هو الأخذ بالجانب الأهم و بيان ذلك:ان الحكم بإبطال النكاح فى موارد الاشتباه التى منها مورد الروايه أعنى به مسأله عزل الوكيل مع عدم بلوغ الخبر اليه يستلزم التفريق بين الزوجين على تقدير صحه النكاح واقعا فتتزوج المرأه بزواج آخر و حينئذ فتتحقق الزنا بذات البعل و هذا بخلاف ما لو حكم بصحة النكاح و إبقائه فإنه حينئذ لو كان باطلا فى الواقع فلا يلزم منه الا الزنا بغير ذات البعل و من الظاهر ان هذا أهون من الزنا بذات البعل فالإمام عليه السلام قد جعل الأخذ بأخف المحذورين احتياطاً فى الموارد المشتبّهه من الاعراض انتهى ملخص كلامه.

و التحقيق ان الروايه أجنبيه عما افاده المصنف و ان كلام القوم غير مبنى على الاحتياط لا فى البيع و لا فى النكاح لا من حيث- الفتوى و لا من حيث العمل،بل الروايه ناظره إلى جهه أخرى



غير ما يرومه المصنف و بيان ذلك: ان حكم هؤلاء بصحة البيع مع الجهل بعزل الوكيل و ان كان موافقا للواقع و لكنه حرام لأنهم لم يستندوا فيه الى الاحتياط لكى يجيب عنه الامام(عليه السلام)بان النكاح اولى و أجدر بالاحتياط،فيكون أولى بالصحة بل استندوا فى ذلك الى الاستحسان الذى يقتضى الصحة فى البيع و البطلان فى النكاح و لا ريب ان الاستناد الى الاستحسان فى مقام الفتوى حرام لانه، فتوى بلا علم و لا هدى من الله و لا كتاب منير،و من الواضح ان- الفتوى بلا علم حرام بالأدلة الأربعة هذا من حيث الفتوى اما من حيث العمل،فلا شبهه فى ان حكمهم بصحة البيع لا يوافق الواقع دائما حتى موافقا للاحتياط بل البيع مردد بين وقوعه و عدم وقوعه، و حينئذ فأمره دائر بين المحذورين فلا- احتياط فى البين و هكذا الحال فى النكاح أيضا طبق النعل بالنعل،ضروره ان حكمهم ببطلانه غير مبنى على الاحتياط بل انما هو مبنى على الاستحسان و عليه فحكمهم ببطلانه حرام لكونه فتوى بلا- علم و انه فى نفسه اما واقع أو غير واقع فيكون فى مقام العمل من صغريات دوران الأمر بين المحذورين لا من موارد الاحتياط،نعم يمكن الاحتياط فى النكاح بأنحاء شتى:

١-طلاق المرأة،لأنها لو كانت مزوجه فى الواقع لبانت عن زوجها و الا أصبح الطلاق لغوا.

٢-اجزاء العقد عليها ثانيا.

٣-الإجازة مع عدم رد المرأة العقد الذى أوقعه الوكيل مع الجهل بالعزل.

ص: ٣٩

و اما معنى الخبر فغرض الامام(عليه السلام)منه-والله العالم-انما هو الرد على هؤلاء القوم الذين أفتوا بصحة البيع و بطلان النكاح الفضوليين مستندين فى ذلك الى الاستحسان و بيان ذلك ان هؤلاء قد- وضعوا أمر الدين أصولا و فروعا فى غير محله و لم يرجعوه إلى اهله و لم يستندوا فيه الى آيه صريحه و لا- سنه معتبره و لا- عقل سليم بل استبدوا بأرائهم الواهيه و عقولهم الناقصه و انقطعوا بذلك عن العتره الطاهره و استظهروا بالمعصيه على الطاعه و بالفرقه على الاجتماع و بالشتات على الألفه و بالباطل على الحق و استبدوا العمى من الرشد و الذل من العز حتى تمزق الاجتماع و تفرق المسلمون مثل أيادى سبا و طلعت الشمس من غير محلها فضلوا و أضلوا فذلك هو الخسران المبين مع ان النزول على حكم الأدله و البراهين و التعبد بسنه سيد المرسلين قد أخذ الأعناق إلى الأخذ بمذهب الأئمه الطاهرين و الانقطاع إليهم فى فروع الدين و عقائده و أصول الفقه و قواعده و معارف السنه و الكتاب و علوم الأخلاق و السلوك و الآداب فالإمام(عليه السلام) قد رد على هؤلاء حيث لم يحتاطوا فى المالىات و أفتوا بصحة البيع الفضولى و استندوا فى رأيهم هذا الى الاستحسان و لم يرجعوا فيه الى اهله و لم يمتنعوا عن الحكم فيه و ان كان رأيهم موافقا للواقع و لم يحتاطوا فى الاعراض أيضا حيث أفتوا ببطلان النكاح الفضولى مع ان النكاح من مهمات ما يتوقف عليه نظام الدين و الدنيا و كان الاحتياط فيه أجدر و أحرى لأن تركه ربما يوجب التفريق بين الزوجين و الزنا بذات البعل و يكون ذلك وسيله إلى تولد الفراعنه و الجباره فيفسدون فى الأرض و يسفكون الدماء و قد أشار الإمام عليه السلام

الى خطائهم و بطلان استحسانهم بقوله عليه السلام ما أجور هذا الحكم و أفسد فإن النكاح اولى و أجدر أن يحتاط فيه.

و على الجملة ان الامام عليه السلام وبخهم و وجه الإزراء عليهم من جهة إقدامهم على الفتوى بلا دليل شرعى و عدم سكوتهم فيما لا بد من التوقف فيه مع ان الاحتياط كان مقتضيا للسكوت، فقد اتضح لك مما بيناه ان الروايه بعيدة عن المعنى الذى ذكره المصنف ثم انه قد يقرر تقريب الفحوى بوجه آخر- كما فى المقاييس و غيره- و حاصله انه إذا صح تملك البضع بالإجازة مع انه لا عوض له صح التملك المال المتضمن للعوض بالأولويه.

و يرد عليه ان عدم مقابله بالمال لا يدل على الأولويه المزبوره إذ من المحتمل ان يكون ذلك لاهميه البضع و يضاف الى ذلك ان البضع أيضا له عوض غايه الأمر انه لا- يلزم ذكره فى العقد بل فى الجواهر (انه لا خلاف فى ان ذكر المهر ليس شرطا فى صحه العقد بل الإجماع بقسميه عليه مضافا الى ظاهر آيه لا جناح و النصوص المستفيضة أو المتواتره).

على ان هذه الأولويه ظنيه لأن مصالح الأحكام خفيه و من الظاهر ان الأدله الظنيه لا تصلح لإثبات الأحكام الشرعيه.

## الوجه الخامس الروايات الداله على صحه نكاح العقد الواقع

بدون اذن مولاه

وقد علل هذا الحكم فى بعضها بأنه لم يعص الله و إنما عصى سيده فقد استدل بها على صحه بيع الفضولى و تقريب ذلك بوجهين:

### الأول من ناحيه الفحوى و الأولويه المستفاد من مجموع تلك

الاخبار

و بيان ذلك انه إذا صح نكاح العبد الواقع بدون اذن سيده بالإجازة اللاحقه مع كونه فضوليا لتصرفه فى مملوك مولاه و كونه محجورا عليه إذ لا سلطان له فى مقابل سلطنه مولاه صح العقد

ص: ٤٢

المتمرض فى الفضوليه بالأولويه.

و فىه ما عرفته آنفا من ان الأولويه لىست بقطعيه لكى يمكن الأخذ بها فى الأحكام الشرعيه بل هى ظنيه فلا يجوز الاستناد إليها لأن مصالح الاحكام غير معلومه لنا.

### الثانى: من ناحيه عموم التعليل المذكور فى الخبرين

فقد استدل بذلك شيخنا الأستاذ و إليك لفظ مقرر بحثه: (ان ظاهر قوله عليه السلام انه لم يعص الله و انما عصى سيده ان المناط فى البطلان هو عدم تشريع الله سبحانه المنشأ بالعقد و اما إذا كان مشروعا من قبله سبحانه و لكنه فى عقده تصرف فى سلطان الغير، فهو منوط بإجازته، فإذا أجاز فقولاه (عليه السلام) فإذا أجاز بمنزله كبرى كليه و خصوصيه كون العاقد عبدا و كون ذى حق سيذا ملغى قطعاً، لانه (عليه السلام) فى مقام بيان ان كل من تصرف فى متعلق حق الغير فأمر هذا التصرف راجع الى ذى الحق ان شاء أبطله و ان شاء اجازه و على هذا، فلو فرض ان نكاح العبد من قبيل بيع الراهن لا من قبيل بيع مال الغير فلا يضر بالاستدلال، لان المناط فى صحه الفضولى توقف العقد على اجازته الغير سواء كان جهه الوقوف كون المال مال الغير أم كونه متعلقا لحق الغير كتعلق حق الرهانه أو حق الغرماء و الديان أو حق السادات و الفقراء و نحو ذلك).

و ملخص كلامه: ان الاستدلال بتلك الروايات على صحه بيع الفضولى لا يتوقف إلى إثبات الأولويه لكى يناقش فيها بما عرفته قريبا بل يمكن الاستدلال على ذلك بعموم العله المنصوصه فى الخبرين المستفاده من مقابله عصيان الله بعصيان السيد بدعوى

ان العبد لم يعص الله في نكاحه لكي يكون قابلا للزوال بالإجازة اللاحقة كالعقد في العده و أشباهه كما في أحد الخبرين لان حرام الله حرام الى يوم القيامة و انما عصى سيده الذى يزول عصيانه بتبديل كراهته برضائه، فيستفاد من ذلك ان النكاح المزبور مشروع في نفسه و انما المانع عن نفوذه هو كراهه السيد فإذا رضى به صح و عليه، فيصح كل عقد مشروع في نفسه بالإجازة اللاحقة إذ لا خصوصيه لنكاح العبد لنفسه و اذن فالإمام (عليه السلام) في مقام بيان الضابطه الكليه و هى ان كل عقد كان فيه عصيان لله تعالى، فهو فاسد كالعقد في العده و العقد على المحارم و بيع الخمر و الخنزير و كل عقد لم يكن فيه عصيان لله تعالى فهو صحيح غايه الأمر انه محتاج إلى إجازة سيده.

و قال المصنف ما هذا لفظه (و ربما يؤيد المطلب بالأخبار الداله على عدم فساد نكاح العبد بدون اذن مولاه معللا بأنه لم يعص الله و انما عصى سيده، أن المانع من صحه العقد إذا كان لا يرجى زواله، فهو الموجب لوقوع العقد باطلا و هو عصيان الله تعالى و اما المانع الذى يرجى زواله كعصيان السيد فبزواله يصح العقد و رضا المالك من هذا القبيل فإنه لا يرضى أولا و يرضى ثانيا بخلاف سخط الله عز و جل بفعل فإنه يستحيل رضاه.

و يرد عليه انه لا يمكن الاستدلال بهذه الروايات بوجه على صحه بيع الفضولى بالإجازة اللاحقه للفرق الواضح بين مفادها و بين البيع الفضولى ضروره إذ العقد فى موردها مستند الى من له العقد كما عرفته سابقا إذ المفروض ان العبد قد تزوج لنفسه الا انه فاقد لما

هو معتبر في صحته و هو رضا السيد و اذن، فلا اشعار فيها بصحة البيع الفضولي فضلا عن الدلاله عليها نعم يمكن التعدي منها الى ما يماثل موردها كعقد بنت الأخ، فإن صحته متوقفه على رضا العمه و كعقد بنت الأخت فإن صحتها متوقفه على رضا الخاله على ما في بعض الروايات (1) و عليه فإذا تزوج الرجل بينت الأخ بدون رضا العمه أو بينت الأخت بدون رضا الخاله حكم بصحة ذلك بالرضا المتأخر منهما من جهة تلك الروايات لانه لم يعص الله حتى لا يزول عصيانه بل عصى المخلوق فيزول بالرضا و عليه فتدل الروايه على كبرى كليه و هي ان كل عقد صدر من اهله و وقع في محله و لكن يتوقف نفوذه على اجازة الغير فهو نافذ بالإجازة بمقتضى التعليل المذكور في تلك الأخبار، فلا دلالة فيها على صحة ما يتوقف أصل انعقاده على اجازة الغير، نعم لو كان التعليل بان كان كل عقد كان فيه عصيان المخلوق دون الخالق، فهو محكوم بالصحة برضا الغير لكان شاملا للبيع الفضولي أيضا و لكن الواقع في الروايه ليس كذلك.

و قد اتضح لك مما ذكرناه انه لا يصح الاستدلال على صحة بيع الفضولي بالإجماع على نفوذ بيع المفلس مع اجازة الغرماء و على نفوذ بيع الراهن مع اجازة المرتهن لأن شيئا من ذلك لا يرتبط بما نحن فيه.

ثم إذا سلمنا دلالة الأخبار المذكوره على صحة عقد الفضولي لم يصح ما نسب الى ابن حمزه ره من ان نكاح العبد و كذا نكاح

ص: ٤٥

---

(١-١) راجع الوافي ج ١٢ ص ٣٧ و يب ج ٢ ص ٢٠٨ و الكافي ج ٥ ص ٤٢٤ و الوسائل باب ٣٠ من أبواب ما يحرم بالمصاهرة.

الحر لغيره فضولا كنيكاح الولى الشرعى و العرفى انما يصح بالاجازه لخصوصيه خاصه فى كل مورد فلا يمكن التعدى من هذه الموارد الى مطلق نكاح الفضولى فضلا عن سائر العقود الفضوليه و ذلك لعدم الفارق بينها و بين سائر العقود الفضوليه لوحده المناط فى الجميع و لكن قد عرفت عدم دلالتها على ذلك.

### **الوجه السادس: الروايات الوارده فى إباحه المناكح**

و

ص: ٤٤



المساكين و المتاجر للشيعة و ان كان ذلك بأجمعه للإمام عليه السلام فإنها تدل على ان الأئمة عليهم السلام قد أجازوا معاملات شيعتهم على أموالهم فتدل على تأثير الإجازة اللاحقه.

أقول لا يخفى عليك ان هذه الروايات يمكن الاستدلال بها على صحة البيع الفضولي على تقدير و لا يمكن ذلك على تقدير آخر و بيانه انك قد عرفت في طليعه البحث عن العقد الفضولي ان اقتران رضا المالك بالعقد الصادر من الأجنبي لا يخرج عن عنوان الفضولي إلا إذا أظهره بمظهر خارجي و هذا لا شبهه فيه.

و انما البحث في ان الاذن الغير الواصل هل يخرج العقد عن الفضوليه أم لا؟ كما إذا اذن المالك في بيع شيء من ماله فباعه المأذون قبل وصول الإذن إليه فإن قلنا بتأثير الاذن الغير الواصل في خروج العقد عن الفضوليه، فالإجازة المزبوره أجنبيه عن بحث الفضولي بالكليه، ضروره أن الأئمة (عليه السلام) قد أذنوا لشيعتهم في المعامله على ما فيه حق الامام (عليه السلام) غاية الأمر ان المشتري لم يطع على ذلك الاذن و عليه، فتكون تلك المعامله مستنده الى الأئمة

(عليه السلام) لأجل ذلك الاذن الموجود حين العقد، و ان قلنا بان مجرد صدور الاذن من المالك لا يخرج المعامله الصادره من الأجنبي عن عنوان الفضولي ما لم يصل اليه، بل الاذن المزبور انما يؤثر في خروجها عن الفضولي حين وصوله الى العاقدان قلنا بذلك فالروايات المذكوره تدل على صحه العقود الفضوليه و هذا هو الحق لأن الأئمه و ان أذنوا في المعامله على أموالهم و لكنه لم يصل الى المشتري و من الظاهر ان العقد انما يخرج عن الفضولي باستناده الى المالك و لا يستند العقد اليه بمجرد صدور الاذن منه و ان لم يصل الى العاقد بل انما يستند اليه ذلك بالاذن الواصل و يكون عندئذ مشمولاً للعمومات و المطلقات الداله على صحه العقود و نفوذها و اذن فتدل تلك الروايات أيضا على صحه العقود الفضوليه بالإجازة اللاحقه.

و دعوى ان ما اشتملت عليه تلك الروايات حكم شرعى لا يجب تطبيقه على القواعد، و لا يمكن التعدى من موردها الى مورد آخر، دعوى فاسده، لأن الظاهر منها هو ان الامام (عليه السلام) انما يمضى معاملات شيعتهم الواقعه على أمواله بعنوان انه مالك كسائر الملاك فينتج من ذلك قاعده كلييه و هي ان كل مالك يجوز له إمضاء المعامله الفضوليه الواقعه على ماله و على هذا فإذا اشترى أحد شيئا ثم علم ان البائع لم يؤد خمسه كان البيع بالنسبه إلى مقدار الخمس فضوليا و يحكم بصحته من ناحيه إجازة الإمام (عليه السلام) فلا يحتاج إلى إجازة الحاكم و عليه، فيتعلق الخمس بالثمن و لو كان ذلك جاريه بل يصح النقل بلا عوض أيضا و حينئذ فيتعلق الخمس بذمه

الناقل و كل ذلك لأجل تلك الروايات و قد ذكرنا فى كتاب الخمس ان اخبار التحليل كلها مطلقها و مقيدها محموله على هذه الجبهه و ان التحليل انما هو للمنقول اليه فقط لا للناقل بل ذمته مشغوله بحق الامام(عليه السلام) و انما التزمنا بذلك جمعا بين الاخبار الداله على طيب المناكح و المساكين و المتاجر للشيعة و بين ما دل على وجوب إيصال حق الإمام إليه كروايه الكلينى عن على بن إبراهيم عن أبيه قال: كنت عند أبي جعفر(عليه السلام) إذ دخل عليه صالح بن محمد بن سهل إلخ، الوسائل باب ٣ من أبواب الأنفال و لو أغمضنا عما ذكرناه لما جاز شراء ما فيه حق الامام(عليه السلام) و لما جاز التصرف و لما جاز و طى الأمه التى هى للإمام(عليه السلام) مع انها جائزه و أيضا يلزم ان يكون المتولد من تلك الجاريه ولد زنا مع انه ليس كذلك و جميع ذلك ليس الا من ان الامام(عليه السلام) قد امضى هذه المعاملات تفضلا منه على شيعتهم و قد اتضح لك مما ذكرناه فساد ما يقال: من ان مقتضى ما دل على طيب المناكح هو اباحه و طى الجاريه التى جعلت ثمنا لما فيه الخمس مع ان مقتضى انتقال الخمس الى الثمن هو عدم الجواز و وجه الفساد هو ما ذكرناه من مقتضى الجمع بين الاخبار هو اختصاص التحليل بالمنقول اليه فقط فلا يعم الناقل و تفصيل الكلام فى محله.

### **الوجه السابع: الروايات الواردة فى عامل مال المضاربه**

لو خالف ما شرط عليه

من تعيين سلعه مخصوصه فاشترى غيرها أو المنع عن السفر إلى أرض معلومه فسافر إليها فإنها تدل على انه

يضمن مال المضاربه مع التلّف و لكن الربح مشترك بينهما على الشرط و هذا لا يتم الا على القول بصحة المعاملات الفضوليه و تأثير الإجازة اللاحقه فيها، فإنه على هذا تكون المعامله الصادره من العامل فضوليه و تصح بالإجازة اللاحقه و الا فمقتضى القاعده ان يكون مجموع الربح للمالك.

ص: ٥٠

قال المصنف- وهذا نصه:- (فإنها إن أقيت على ظاهرها من عدم توقف ملك الربح على الإجازة كما نسب الى ظاهر الأصحاب وعدّ هذا خارجا عن بيع الفضولى بالنص كما فى المسالك وغيره كان فيها استيناس لحكم المسأله من حيث عدم اعتبار اذن المالك سابقا فى نقل المالك الى غيره و أم حملناها على صورته رضا المالك بالمعامله بعد ظهور الربح كما هو الغالب و بمقتضى الجمع بين هذه الاخبار و بين ما دل على اعتبار رضا المالك فى نقل ماله و النهى عن أكل المال بالباطل [١]اندرجت المعامله فى الفضولى و صحتها فى خصوص المورد و ان احتمال كونها للنص الخاص الا انها لا تخلو عن تأييد للمطلب.

و ملخص كلامه ان الروايات الداله على صحه المعامله الصادره من عامل القراض تدور على احتمالين أحدهما:عدم لزوم الإجازة فى المعامله المزبور، والثانى:دلالته على صحه تلك المعامله مع الإجازة اللاحقه ضروره ان المالك و ان لم يكن راضيا بها قبل ظهور الربح و لكنه رضى بها و على الأول،فيستأنس بها لصحه بيع الفضولى لاشترائه مع مورد الروايات فى عدم لزوم الاذن السابق فى نقل المال،و على الثانى،فتدل على صحه بيع الفضولى.

أقول:اما الاحتمال الأول فيرد عليه ان مجرد الاستيناس لا يدل على صحه بيع الفضولى، فإنه لا يفيد الا الظن فهو لا يعنى

من الحق شيئاً بل لا استيناس هنا أيضاً بديهه ان الحكم بصحة عقد الفضولي بلا احتياجه إلى الإجازة اللاحقه في مورد خاص للنص غير مربوط بصحة المعامله الفضولي مع الإجازة و ذلك لان النص قد دل عدم اعتبار اذن المالك في الأول بخلاف الثاني فإنه تعتبر في صحته اجازة المالك- كما هو المفروض -و اشتراك مورد النصوص مع سائر العقود الفضوليه في عدم اقتران العقد باذن المالك لا يقتضى الاتحاد من جميع الجهات على انه لو صح التمسك بها في المقام للزم الحكم بصحة بيع الفضولي بلا احتياج الى رضا المالك لا- سابقا و لا- لاحقا إذ لم يفرض في مورد الروايات احتياج معاملة العامل إلى اجازة المالك، بل انما حكم الامام (عليه السلام) بصحتها على وجه الإطلاق.

فتحصل ان هذه الروايات أجنبيه عن بيع الفضوليه بالكليه في مورد فلا- استيناس بها لصحة بيع الفضولي بوجه، و اما الاحتمال الثاني فيتوجه عليه انا لو فرضنا لحوق الإجازة من المالك بالمعامله التي أوقعها العامل و لكنها لا يتفق و مورد الروايات، بداهه ان المذكور فيها انما هو اشتراك الربح بين المالك و العامل و مقتضى لحوق الإجازة بها هو كون الربح بأجمعه للمالك و ان العامل لاستحق منه شيئاً.

و دعوى ان المالك انما أجاز البيع بعنوان انه من مصاديق المضاربه و من الظاهر ان مقتضى عقد المضاربه هو اشتراك الربح بينهما، دعوى فاسده، لأنها تكلف في تكلف على ان ذلك يقتضى كون التلف على المالك لا على العامل مع انه مخالف لصريح تلك الروايات على ان حملها على صورته لحوق الإجازة من المالك دعوى

فاسده إذ لا- شاهد عليه فى شىء من تلك الاخبار و لا- فى غيرها فىكون الحمل تبرعيا محضا. و على الجملة ان الروايات المذكوره و ان كانت تنطبق على البيع الفضولى بناء على ما ذكره المصنف من الاحتمال الثانى و لكن لازم ذلك هو عدم كون الربح مشتركاً بين العامل و المالك، ضروره ان ما وقع عليه عقد المضاربه لم يوجد العامل و ما أوجده العامل غير مربوط بالمضاربه بل انما هو عقد آخر فضولى، فان اجازة المالك اختص به لا انه يكون من مصاديق المضاربه و مشتركاً بينه و بين العامل و ان لم يجزه بطل من أصله و العجب من المصنف فإنه كيف حمل تلك الروايات على الفضولى بمقتضى الجمع بينها و بين ما دل على اعتبار الرضا فى نقل الأموال فتحصل ان الحكم بصحة بيع الفضولى مع لحوق الإجازة بها من ناحيه تلك الاخبار يعد من الغرائب و انها بعيدة عن كلا الاحتمالين الذين ذكرهما المصنف.

ثم انه هل يمكن تطبيق تلك الروايات على القاعده أو انها محموله على التعبد المحض؟ فربما يقال بالأول بدعوى ان غرض الامام (عليه السلام) من تلك الروايات انما هو التنبيه على ما تقتضيه القاعده و بيان ذلك ان غرض المالك من إيقاع عقد المضاربه ليس الا الاسترباح و تحصيل المنفعه بأى وجه اتفق الا انه نهى عن اشتراء سلعه خاصه أو عن المسافره إلى محل معين لأجل تخيله عدم حصول الربح من ذلك أو تلف المال عندئذ، فيكون نهيه عن المعامله الخاصه أو عن المسافره إلى مكان مخصوص من طرق تحصيل المنفعه أيضاً، و الا فليس له غرض خاص من المنع المزبور و لا هناك مصلحه

خفيه لا- يعلمها العامل و لا- انه مستند الى العناد و اللجاج و اذن فالممنوع عنه ليس بخارج عن حدود المضاربه غايه الأمران المالك قد اشترط على العامل شرطا خارجا عما يقتضيه عقد المضاربه لأجل ذلك الخيال، و حينئذ فلو رأى العامل ربحا فى البيع الذى نهى عنه المالك و أقدم عليه لكان ذلك من مصاديق عقد المضاربه، و ان لم يلتفت اليه المالك بل منع عنه صريحا ضروره ان منعه عن ذلك ليس الا من قبيل الخطا فى التطبيق و تخيله عدم وجود النفع فى المنهى عنه مع وجوده فيه واقعا و على هذا، فاشتراكهما فى الربح من جهه عقد المضاربه لا للإجازة اللاحقه لكى يستدل بذلك على صحه العقود الفضوليه كما ان كون الخسران على العامل من جهه الاشتراط، فإنه يؤثر فى كون الوضيعه عليه و به تخرج المعامله عن المضاربه فى صوره الخسران و تدل على ذلك قصه عباس [١] عم النبى (صلى الله عليه و آله) حيث انه كان يقارض عماله و يشترط عليهم ان لا ينزلوا بطون الوادى و الا- فالضرر عليهم، فيعلم من هذه القضييه انه لا- بأس باشتراط كون الوضيعه على عامل المضاربه فى فرض المخالفه.

و يرد عليه أولا: انه لا يمكن الالتزام بالخطأ فى التطبيق فى



جميع الموارد بل انما يمكن الالتزام به فيما علم انه ليس غرض المالك من إيقاع عقد المضاربه إلا الاسترباح بأى وجه اتفق فإنه عندئذ يمكن القول بصحة المضاربه فى صورته المخالفه عند ظهور الربح فيها.

و اما إذا لم يعلم غرضه من ذلك فلا- يمكن الالتزام بالخطأ فى التطبيق فى صورته المخالفه مثلا إذا اشترط المالك على العامل فى عقد المضاربه ان يبيع إلا الأكفان فان فى مثل ذلك لا يمكن القول بان غرض المالك من المضاربه ليس الا تحصيل الربح.

و ثانيا: انه لا دليل على اتباع غرض المالك فى العقود و الإيقاعات ما لم يبرز بمظهر خارجى و الا يصح ذلك فى جميع الموارد فيلزم منه تأسيس فقه جديد مثلا- إذا و كل احد غيره فى بيع داره لم يجز للوكيل ان يبيع دابه الموكل أيضا بتخيل ان غرض الموكل من التوكيل فى بيع داره ليس الا الاتجار بماله بأى وجه اتفق، فذكر الدار انما هو لأجل تخيله ان غير الدار لا يتابع بالقيمه المناسبه و كذلك إذا و كلت المرأه أحدا فى تزويجها بالعالم الفلانى لم يجز للوكيل ان يزوجها بعالم آخر أفضل منه بتخيل ان غرض المرأه إنما التزويج بالعالم و ان تعيين شخص خاص من جهه عدم التفاتها الى من هو أفضل منه و الى غير ذلك من الأمثله.

و ثالثا: ان تطبيق تلك الروايات على القاعده على الوجه المذكور لا يتم فى جميع الموارد لكون ذلك أخص من المدعى لانه ربما تكون المعامله مربحه فى صورته المخالفه كما هو مورد الاخبار، و لكنها لا تكون موافقه لغرض المالك كما إذا نهى عن المعامله مربحه كان ربحها فى كل عشره اثنان و رخص فى المعامله مربحه كان

ربحها فى كل عشره ثمانيه فإنه عندئذ كيف يمكن الالتزام بصحه المعامله الأدنى بقانون ان غرض المالك من المضاربه هو الاسترباح و ان النهى عن معامله خاصه لأجل الخطا فى التطبيق، و اذن فلا يمكن تطبيق الروايات على القواعد.

و اما كون الخسران على العامل فى مورد الروايات فليس ذلك من ناحيه الاشتراط و الا- لكان تخلفه موجبا للخيار لا كون الوضيعه على العامل بل هو من قبيل اشتراط كون الوضيعه على العامل فى صوره المخالفه و هذا المعنى و إن كان يتفق أحيانا كما اتفق فى معاملات عباس عمّ النبى (صلى الله عليه و آله) و لكن لا- كليه له قطعا و من الظاهر ان الأمور الاتفاقيه لا تكون ضابطه كليه لكى تؤخذ بها فى جميع الموارد و هذا ظاهر لا شك فيه.

فتحصل من جميع ما ذكرناه انه لا يمكن حمل النصوص المذكوره على الفضولى مع تقييدها بالإجازة اللاحقه و لا حملها على القواعد بل هى محموله على التعبد المحض الذى يخالف القواعد و حينئذ فلا يجوز التعدى عن موردها بل يجب الاقتصار عليه.

مع ان ورودها على طبق القاعده يقتضى ذكر ذلك فى غير باب المضاربه أيضا لأن الحركه على طبق غرض المالك لا يختص بباب المضاربه بل تجرى فى الوكاله و غيرها أيضا مع انه لم يتفوه به احد بل يقتضى ذلك الاختلاف فى مضمونها مع ان الفقهاء قد أفتوا على طبقها بلا خلاف فى ذلك من احد.

قال العلامة فى القواعد: و لو امره بالسفر إلى جهه فسافر الى غيرها أو بابتياح شىء معين، فابتاع غيره ضمن و لو ربح حينئذ فالربح على شرط و حكى التصريح بذلك كله عن النهايه و الشرائع

و النافع و التذكره و التحرير و جامع المقاصد و المسالك و الكفايه و المفاتيح و قضيه الإطلاق جمع أخر بل حكى الإجماع عن الغنيه و السرائر،على أنه يضمن فيما إذا خالف فى السفر و ابتياع المعين و عن جامع المقاصد انه لا- بحث فيه بل نسبة الى الأصحاب بل فى الرياض انه لا خلاف فيه و عن ظاهر جامع المقاصد و موضعين من المسالك ان الربح على الشروط فيما إذا خالف فى هذين الأمرين و عن إيضاح النافع ان عليه الفتوى و عن موضع من مجمع البرهان كأنه لا خلاف فيه و فى آخر ان الخلاف فيه غير معلوم.

و على الجملة انه لا شبهه و لا خلاف فى حمل الروايات المتقدمه على التعبد المحض و تفصيل الكلام فى محله.

ثم ان شيخنا الأستاذ بعد ما حكم بصحة المعامله التى فيها ربح و دخولها تحت المضاربه و خروجها عنها فى صوره الخسران قال (ثم ان كون الوضيعه عليه مع ان فى صوره البطلان لا وضيعه محمول على ما إذا لم يمكن استرداد المبيع فيتحقق الخسران).

و يرد عليه ان كون الوضيعه على العامل من جهه بطلان العقد و عدم إمكان استرداد المبيع، و ان كان ممكنا فى الجملة الا ان هذا لا يجرى فى جميع الروايات،لانه حكم الإمام فى بعضها بكون الخسران على العامل بعد فرض صحة المعامله فيه كما يظهر ذلك لمن يلاحظها.

### **الوجه الثامن: الأخبار الواردة فى الاتجار بمال اليتيم**

قال المصنف- و هذا نصه- (و من هذا القبيل اى من قبيل اخبار المضاربه الأخبار الواردة فى اتجار غير الولى فى مال اليتيم و ان

الربح لليتيم فإنها إن حملت على صورته اجازته الولي كما هو صريح جماعه تبعاً للشهيد الثاني كان من أفراد المسألة و إن عمل بإطلاقها كما عن جماعه ممن تقدمهم خرجت عن مسأله الفضولي لكن يستأنس لها بالتقريب المتقدم و ربما احتتمل دخولها في المسألة من حيث ان الحكم بالمضى إجازته إلهيه لاحقه للمعامله فتأمل).

و قال في البلغه(منها ما ورد مستفيضاً و فيه الصحيح و المعتبر فيمن اتجر بمال الطفل لنفسه بغير اذن وليه انه يضمن المال و الربح للطفل أو اليتيم و التقريب فيه ما تقدم حرفاً بحرف).

و يرد عليه أولاً: جميع ما وجهناه على الوجه السابق طابق النعل بالنعل فلا استيناس بشيء منها لصحة بيع الفضولي مع لحوق الإجازة فضلاً عن الدلالة عليها.

و ثانياً: انا لم نعثر على خبر يكون نصاً أو ظاهراً في كون المتجر بمال اليتيم هو غير الولي بل الروايات الواردة في الاتجار بماله كلها على طائفتين. الطائفة الأولى صريحه في تجاره نفس الولي بذلك [١]الثالثة [٢]مطلقه و غير مقيدته بالولي و لا بغيره و من

الظاهر انه لا- دلالة في كلتا الطائفتين على ما نحن فيه و لا استيناس بهما لذلك،اما الطائفة الاولى فلان التاجر الولي بمال اليتيم تاره يكون لنفسه بان يستقرض من اليتيم و يتجر به لنفسه بل صرح الامام (عليه السلام) بذلك في روايه الصيقل و مفضل بأنه ان كان عندك مال و ضمنته فلك الربح و أنت ضامن للمال فان المراد من الضمان فيها هو الضمان القرض فمعنى ضمنته اى أخذته قرضا و لكن الروايه- ضعيفه،و اخرى لليتيم و على الأول فالمعامله مختصه بالولي فلا حظّ فيها لليتيم بوجه و عليه،فيكون ربح التجاره له و خسرتها عليه و اذن فلا ربط لها بالمعامله الفضوليه بل شأنها شأن سائر تجارته بمال نفسه.

و هذا واضح لا شبهه فيه و على هذا تحميل الروايات [١]الداله على جواز أخذ مال اليتيم مع الضمان و الشاهد على هذا الحمل هو ان غير الولى و لو كان مليا لا يجوز له الاقتراض من مال اليتيم بدون اذن وليه مع ان المذكور فى هذه الروايات هو الاقتراض بدون اذنه.

على ان بعضها مقيد بخصوص الولى كما يظهر ذلك لمن - يلاحظها و على الثانى، فلا ربط للمعامله الفضولى أيضا إذ لو كانت فضولى لاحتاجت إلى اذن الولى فتخرج بذلك عن الفضولى، و اما إذا كان المتصدى لها هو شخص الولى، فلا تحتاج صحتها إلى إذن احد ضروره ان صحه تصرفات غير الولى متوقفه على اذن الولى فلو كانت صحه تصرفات الولى أيضا متوقفه على اذن غيره فاما يدور أو يتسلسل و كلاهما باطل.

نعم يعتبر فى اتجار الولى بمال اليتيم ان يكون مليا اى ذا مال فإنه حينئذ يكون الربح لليتيم و الخسران أيضا عليه.

أقول لا دليل على كون الخسران على الطفل بعد ضعف الطائفه الاولى، و اما الطائفه الثانيه، فهى ظاهره فى كون الربح لليتيم و

الوضيعة على التاجر مع عدم الفرق فيها بين الولي و غيره لمكان الإطلاق الا ان يقال ان هذه الطائفة المطلقة مقيدة بالطائفة الثانية و لكنها ضعيفة السند كما ذكرناه في الحاشية.

و اما إذا كان فقير فيكون الربح عندئذ لليتم و الخسران على الولي المتجر به كما في روايه الصيقل و غيرها، و هذا أيضا غير مربوط بالفضولي لما عرفته قريبا من ان مقتضى صحة المعاملة بالإجازة هو كون النفع لليتم و الوضعية عليه، و مقتضى عدم إضائها هو بطلانها من أصلها و لكن الشارع حكم بكون الربح لليتم تعبدا و لعل الحكمة فيه هو مراعاة حال اليتيم كما سيأتي قريبا الإشارة اليه على ما في الروايه كما أن الأمر كذلك في اتجار غير الولي بمال اليتيم و سيأتي قريبا على ان هذه الطائفة من الروايات ضعيفة السند و اما الطائفة الثانية التي تدل على جواز الاتجار بمال اليتيم مطلقا، فهي ناظره إلى رعايه حال اليتيم و وارده في مقام التوسعة له و- الامتنان عليه لانه تعالى قد رخص في الاتجار بماله لأى أحد مع كون ربح التجاره له و وضيعتها على التاجر و لعل النكته في ذلك هو ان لا يقرب احد مال اليتيم إلا بالتى هي أحسن و لا شبهه في ان هذا حكم تعبدى محض و غير مربوط بالفضولي أصلا و لا تنطبق عليه القواعد، و لا أن صحة المعاملة المزبوره متوقفه على اجازة الولي لو كان التاجر غيره حتى يتوهم أنها كيف تكون صحيحه مع عدم لحوق الإجازة بها؟ إذ لو كانت هي فضولييه و موقوفه على اجازة الولي لاختصت باليتيم في صوره الإجازة و كانت الوضعية عليه و الربح له و كانت باطله من أصلها في صوره الرد و على كل

حال فلم يكن وجه لكون الربح لليتيم و الوضيعه على التاجر فيعلم من ذلك كله ان الروايات محموله على التعبد الصرف.

و قد يقال: ان كون الاتجار بمال اليتيم فضوليا لا يستلزم التوقف على اجازة الولي بل يمكن ان يكون ذلك فضوليا و مجازا من قبل الله تعالى و قد وصلت إلينا هذه الإجازة بواسطة سفرائه الكرام.

و عليه، فتحمل الروايات المتقدمه على هذه الناحيه.

و يرد عليه أن إدخال التجاره بمال اليتيم فى الفضوليه بالإجازة الإلهيه يوجب خروجها عن ذلك جزما، ضروره ان تلك الإجازة موجوده حال العقد لا- انها تلحق به لكى توجب اندراج مورد- الروايات فى عقد الفضولى و لعله لأجل هذا أمر المصنف بالتأمل.

و هذا المطلب ظاهرا ينافى لما تقدم من ان الاذن غير الواصل لا يخرج العقد عن الفضوليه و ان كان الاذن موجود أحال العقد.

فتحصل من جميع ما ذكرناه ان الروايات الوارده فى الاتجار بمال اليتيم أجنبيه عما نحن فيه بالكلية.

### **الوجه التاسع: روايه موسى بن أشيم ١**

حيث ان الامام

ص: ٦٢



عليه السلام قد اكتفى في الحكم بتملك العبد بثبوت وقوع الشراء بمال المدعى و من الظاهر ان اجازته المالك لو لم تكن كافيه في صحه الفضولى لما اكتفى الامام بذلك لان تحقق العام لا يستلزم تحقق الخاص أيضا.

و لا يخفى عليك أن صريح الروايه هو أن المدعى لملكه الأب ثلاث طوائف:

١-موالى الأب المعتق فإنهم يدعون اشتراؤه بمالهم.

٢-موالى العبد المأذون، فإنهم يدعون اشتراؤه بمالهم.

٣-ورثه الميت فإنهم يدعون اشتراؤه بمالهم.

و على الأول، فالمعامله باطله من أصلها لأننا ذكرنا في محله ان البيع عبارته عن اعتبار التبدل بين المالىين فى جهه الإضافه و لا شبهه فى ان هذا المعنى لا- يتحقق الا- بدخول العوض فى ملك من خرج المعوض عن ملكه بان يفك البائع إضافته القائمه بالمتاع و يجعلها قائمه بالثمن و يفك المشتري إضافته القائمه بالثمن و يجعلها قائمه بالمتاع لان كلاً من المتعاملين يبدل ماله- عند المبايعه بمال شخص آخر فى جهه الإضافه و عليه، فإذا باع احد متاعه من غيره صار الدينار ملكا للبائع و لو صار ملكا لشخص آخر لما

صدق عليه مفهوم البيع لأن الثمن لم يدخل في ملك من خرج المثل من ملكه كما أنه لو باع متاعه من نفسه لما صدق عليه عنوان البيع أيضا لعدم تحقق التبديل في جهة الإضافة مثلا إذا ملك أحد ماله لنفسه بإزاء ماله الآخر أو ملكه لزيد بإزاء تمليك زيد ماله لشخص آخر لم يصدق عليه عنوان البيع و اذن فلا- ربط للرواية على هذا الوجه بالبيع الفضولي بوجه بل نسبته إليها كوضع الحجر في جنب الإنسان.

و على الثاني فالمعامله و ان كانت صحيحه و لكنها بعيده عن بيع الفضولي إذ المفروض أن العبد مأذون في التجاره من قبل مواليه، فيكون مأذونا في شراء أبيه و عليه فالروايه أيضا أجنبيه عن عقد الفضولي الا أن يقال: أنّ موالي المأذون و ان أذنوا له في التجاره و لكن الظاهر ان المراد منها هو التجاره التي فيها ربح و شراء العبد أباه ليس منها، فيكون فضوليا، فلا تكون الروايه أجنبيه عنه فتأمل.

و على الثالث فقد يقال بدخول المعامله في العقد الفضولي لأن الظاهر من الروايه أن الشراء انما هو بعد موت المورث و انتقال المال إلى الورثه و حينئذ فتكون المعامله فضوليه لعدم كون العبد مأذونا في ذلك من قبلهم، فتكون مطالبه المبيع اجازة و اذن- فتدل الروايه على صحه بيع الفضولي، ضروره أنه لو لم تكن الإجازة المتأخره كافيه في صحته لم يكن مجرد دعوى الشراء بالمال و اقامه اليينه عليه كافيا في تملك المبيع و لكن كون البيع فضوليا في هذه الصوره- متوقف على إنكار الورثه وصيه مورثهم بما فعله العبد المأذون

و دعواهم وكالته في ذلك من المورث فإنه عندئذ تبطل الوكالة بموت الموكل و تصح المعامله فضوليّه لما عرفته من ان الظاهر من الروايه هو كون الشراء بعد موت المورث و هذا المعنى و ان كان متينا في نفسه و لكن يحتمل أن يستند شراء العبد إلى اذن الورثه إذ المفروض هو كون المشتري مأذونا في التجاره و لو كانت لغير مولاه كما هو مقتضى الإطلاق و على هذا، فلا تكون المعامله فضوليّه حتى مع إنكار الوصيه.

و دعوى أن هذا مخالف لظاهر الروايه و إطلاقها لأن الظاهر كون العبد مأذونا في التجاره لمولاه فقط و الا لوقع التعرض له في الروايه، دعوى فاسده لما ذكرناه من ان مقتضى الإطلاق هو كون العبد مأذونا في مطلق التجاره و يضاف الى ذلك ان الروايه مسوقه لبيان حكم المخاصمه بين المدعين و ليس فيها تعرض لهذه الناحيه كما لا تعرض فيها لشرائط التجاره.

و لا يخفى عليك انه بناء على نقل المصنف فالروايه ظاهره في كون الشراء قبل موت الدافع و عليه فلا تكون المعامله فضوليّه لانه عندئذ فالروايه ظاهره بل صريحه في كون المشتري مأذونا من قبل مولاه و مولى أبيه و من قبل أب الورثه و اذن فتبعد الروايه عن عقد الفضولي، و لكن المصنف لم ينقل الروايه بعينها و الا فلا شبهه في ظهورها في كون الشراء بعد موت المورث.

ثم ان شيخنا الأستاذ قد استظهر من الروايه ثبوت الوصيه بما فعله العبد المأذون و إليك لفظ مقرر بحثه.

(ان الظاهر من الروايه أن الدافع دفع الالف بعنوان الوصيه

فورثته يدعون الشراء بالألف ليكون ولاء العتق لهم و يؤيد ذلك قوله (عليه السلام) اما الحججه فقد مضت بما فيها لا ترد فالورثه لا ينكرون الوصيه حتى يكون شراء العبد المأذون أباه فضوليا و لا ينافى ذلك قوله (عليه السلام) اى الفريقين بعد أقاموا البيئه على انه اشترى أباه من أموالهم كان لهم رقما لإمكان حمله على لحاظ حال الانقضاء لا التلبس، و كيف كان فظهور الروايه فى مسأله الفضولى ممنوع فضلا عن الصراحه نعم قابل للحمل عليها فتدبر). و يرد عليه أولا: انه ليس فى الروايه ما يدل على صدور الوصيه من صاحب المال بل الشراء كان بمال الورثه لأن المأذون كان وكيلا من الدافع و تبطل وكالته بموت موكله كما عرفته قريبا نعم ربما يتوهم أن حكم الامام (عليه السلام) بمضى الحج يدل على ان الميت قد اوصى به لانه لا يصح الحج عن الغير الا بعد الموت و لكنه توهم فاسد لانه تصح النيابة عن الحى فى الحج المستحب كما يظهر ذلك من الروايات (١) العديده بل فى الحج الواجب أيضا إذا لم يقدر عليه المنوب عنه و تدل عليه الاخبار (٢) الكثيره و يضاف الى ذلك ان الامام (عليه السلام) حكم بسماع دعوى الورثه بعد إقامه البيئه و من الظاهر انه لو كانت هناك وصيه لم يحكم به الامام (عليه السلام).

و ثانيا: أن ورثه صاحب المال يدعون أن المأذون قد اشترى أباه بمالهم و من البين الذى لا ريب فيه أن مقتضى هذه

ص: ٦٦

---

١- ١) الوسائل باب ٢١ من أبواب وجوب الحج و شرائطه و باب ٢٥ من أبواب النيابة فى الحج.

٢- ٢) الوسائل باب ٤٣ من أبواب وجوب الحج و شرائطه.

الدعوى هو ان يكون أباه رقا لا حرا و عليه فلا يكون الغرض من - دعواهم هو ثبوت ولاء العتق لهم.

و ثالثا: ان الحكم بمضى الحج في الروايه لا يتفق مع القواعد و سيأتى قريبا.

ثم انه نوقش في الروايه بأمر فعمدتها أمران.

الأول: الحكم بعود العبد الذى اشتراه المأذون رقا لمولاه و مطالبه البيئه من الفريقين الآخرين مع الأول يدعى فساد البيع كما عرفته قريبا، و الآخر ان يدعيان صحه البيع و قد ثبت في محله أن مدعى الصحه في باب المعاملات مقدم على مدعى الفساد.

و قد يتوهم أن تقديم قول مولى الأب على غيره ليس من قبيل تقديم مدعى الفساد على مدعى الصحه لكى يناقش فيه بما ذكر بل انما هو من جهه الاستصحاب لأن الأصل بقاء الأب في ملك مولاه.

و لكنه توهم فاسد إذ لا يجرى الاستصحاب في المقام لان - الظاهر من الروايه هو أن العبد المأذون في التجاره كان عنده المال من جميع الفرق و الخصماء و كان مأذونا في التجاره لمولاه و مولى أبيه و كان و كيلا أيضا من قبل صاحب المال في شراء عبد و عتقه و تجهيزه للحج حتى يحج عن الميت، و عليه، فينفذ إقرار - العبد على جميع الفرق لان من ملك الشىء ملك الإقرار به و من الواضح أن الظاهر من عمله الخارجى هو اعترافه باشتراء أبيه بمال الدافع فيكون عندئذ اعترافه أو عمله الخارجى حجه على مولى الأب و اذن، فمقتضى القاعده هو كون العبد ملكا لصاحب الدراهم فعوده

رقا لمولاه من جهه الاستصحاب مخالف للقاعده فلا يجرى الاستصحاب هنا.

و يرد عليه أولا: أن مدعى الصحه و ان كان يقدم على مدعى الفساد فى باب المعاملات الا ان ذلك لا يجرى فيما نحن فيه، لأننا ذكرنا فى محلله ان السيره قائمه على صحه العمل فيما إذا أحرز أصل وجوده الجامع بين الصحيح و الفساد و شك فى صحته و فساده من النواحي الأخر و اما إذا شك فى أصل وجود العمل لم تجر أصاله الصحه لكون الشك حينئذ فى تحقق العمل فى الخارج لا- فى صحته و فساده بعد إحراز وجوده، بل ذكرنا هناك انها لا تجرى مع عدم إحراز قصد العنوان حتى فيما لم يكن العنوان من العناوين القصديه كالطهاره الخبيثه مثلا- إذا شاهدنا أحدا يصب الماء على ثوب تنجس و لكنها لم نحرز انه قصد تطهيره أم لا- لم تجر فيه أصاله الصحه و هكذا لكلام فى قاعده الفراغ فإنها لا تجرى مع الشك فى أصل وجود العمل أو فى قصد عنوانه بل إنما تجرى مع الشك فى صحته و فساده من ناحيه الشرائط أو الموانع بعد إحراز أصل وجوده.

و لا- شبهه فى أن هذه الكبرى لا- تنطبق على ما نحن فيه لانه بناء على دعوى مولى الأب لم يتحقق فى الخارج معامله حقيقه أصلا بل انما تحققت معامله صوريه و عليه فيكون شأنها شأن سائر المعاملات الصوريه كبيع الهازل و الساهى و الغالط و النائم و أشباهها و اذن، فعود العبد المبتاع رقا لمولاه لا يكون مخالفا لأصاله الصحه لكى بلزم منه تقديم مدعى الصحه على مدعى الفساد.

اما المنع عن جريان الاستصحاب بقاعده من ملك شيئا ملك

ص: ٦٨

الإقرار به فلا يرجع الى معنى محصل لأن القاعده المذكوره لم ترد في آيه و لا في الروايه و لا انعقد عليها إجماع تعبدى لكى يؤخذ بها في جميع الموارد، بل هى قاعده خاصه فقهيه مختصه بما إذا كان المالك باقيا على حاله الإقرار بالشىء لو لا الإقرار به مثلا إذا أقر زيد بكون ما فى يده من المال لبكر فهو باق على مالكيته للمقر به لو لا الإقرار و لا شبهه أن ما نحن فيه ليس كذلك بداهه أن العبد المأذون فى التجاره ليس مالكا-وقت الإقرار-بشراء أبيه بمال الورثه لأنهم لم يأذنوا فى ذلك و عليه فلا اعتبار بإقراره رأسا و ثانيا: أن العبد الذى اشتراء المأذون و أعتقه و جهزه الحجج عن المنوب عنه اما ملك لمواليه أو لمولى المأذون أو لصاحب المال، و لا شبهه فى انه لا يصح حجه عن الغير على جميع التقادير اما على الأولين فظاهر لانه عبد، فلا يصح حجه عن الميت بدون اذن مولاه، و على الثالث فالبيع فضولى و من الظاهر ان العاقد فضولا لا يجوز له التصرف فى الثمن و لا فى المثلث بالقبض و الإقباض و عليه فكيف يمكن الحكم بصحة المأذون شراء الأب و عتقه عن- الميت و إرساله إلى الحج ليحج عن ذلك الميت؟ و لا ريب فى أن هذا كله مخالف للقواعد الفقهيه المسلمه و الظاهر انه لا جواب عن هذه المناقشه و لكن الذى يهون الخطب أن الروايه ضعيفه السند و غير منجيره بعمل الأصحاب لا صغرى لعدم فتوى الأصحاب على طبقها و لا كبرى لأننا ذكرنا فى علم الأصول أن عمل المشهور بروايه ضعيفه غير جابر لضعف سنده كما أن إعراضهم عن العمل بروايه صحيحه لا يوجب وهنها بل لا بد و ان تلاحظ الروايه فى نفسها

فان كانت صحيحه أخذ بها و الا فلا لان ضم غير الحجه إلى مثلها لا يوجب الحجيه.

### الوجه العاشر: حسنه الحلبي ١

الوارده فى رجل اشترى ثوبا بلا شرط فكرهه و اقاله البائع بوضيعه جهلا بحرمته، ثم باعه بأزيد من ثمنه فإنه يجب عليه أن يرد الزائد إلى المشتري الأول فإن الحكم برد الزيادة عليه الظاهر فى الاستحقاق مبنى على صحه بيع الفضولى لنفسه مع الإجازة اللاحقه و الا، فلا شىء للمشتري من الزيادة، لبطلان البيع إذ لم يكن البائع مأذونا فى بيع الثوب لكى يصح بدون الإجازة و على هذا فالروايه منزله على الغالب من لحوق الإجازة للبيع الواقع بالزيادة على الثمن المطلوب له برد الثوب ليستحق تلك الزيادة فلا بأس بدالاتها على ما نحن فيه.

و يرد عليه: أن الروايه غريبه عن بيع الفضولى إذ البيع - الواقع بالزيادة ليس بفضولى لانه لو كان فضوليا لكان فضوليا من أصله من غير فرق بين وقوعه على ما يساوى الثمن المطلوب له برده و بين الزائد عليه لان معنى الإقاله انما هو انفساخ العقد من أصله و رجوع كل من العوضين الى صاحبه الأول، و عليه فان تحققت



الإقالة فى مورد الروايه انفسخ العقد بالمره و يرجع كل من العوضين الى صاحبه و الا فلا،و حيث ان المفروض فى مورد الروايه هو بقاء الثوب على ملك المشتري لبطلان الإقالة بالوضيعة أو الزيادة فلا وجه حينئذ لكون الناقص ملكا للبائع فى فرض الوضيعة و كون الزائد ملكا للمشتري فى فرض الزيادة.

و على هذا الضوء لو أخذ البائع المتاع بوضيعة و باعه من شخص آخر كان البيع فضوليا من أصله لا بالنسبه إلى الزائد على الثمن المطلوب للمشتري و عليه فان اجازة المشتري حكم بصحته و الا فيحكم بفساده.

و يضاف الى ذلك انه يمكن ان يكون للمشتري غرض خاص من الاستقالة فإذا لم يقبلها البائع حين الاستقالة فاته ذلك الغرض و اذن فلا تؤثر إقالته بعد مده طويله خصوصا مع ترق القيمة السوقية.

هذا كله ما يرجع الى الاستدلال بالروايه على صحه بيع - الفضولى و اما معناها فهو ان المشتري قد اشترى ثوبا و لم يشترط على صاحبه شيئا،فكرهه ثم رد على صاحبه فأبى أن يقبله إلا بوضيعة فحكم الامام(عليه السلام)بعدم جواز الإقالة بالوضيعة و أما إذا كان المتبايعان جاهلين بذلك فاقالا بالوضيعة فالإقالة،و ان كانت فاسده واقعا و لكن يستكشف منها أن المشتري قد أذن للبائع فى بيع الثوب سواء أ كان أقل من الثمن الأول أم كان مساويا له أم زائدا عليه غايه الأمر أنه إعطائه للبائع بعنوان الإقالة مع الجهل ببطلانها مع الوضيعة فباعه البائع لنفسه متخيلا انه ملكه،فتكون ذلك من قبيل الخطا فى التطبيق.

و دعوى أن البائع لم يقصد كون البيع للمشتري فيبطل من هذه الناحية، دعوى فاسده لما ذكرناه فى الجزء الثالث أن حقيقه البيع انما هى اعتبار تبديل شىء بشىء فى جهه الإضافه و إظهاره بمظهر خارجى من اللفظ و غيره و لا شبهه فى تحقق هذا المعنى بدخول العوض فى ملكك من خرج المعوض عن ملكه و بالعكس بلا احتياج الى تعيين مالك الثمن أو تعيين مالك المثلن إذ لم يقم عليه دليل عقلى أو نقلى و عليه فتعيين العوض و القصد إليه يغنى عن تعيين المالك و القصد اليه و لا يفرق فى ذلك بين صدور العقد من نفس المالك أو من غيره.

و بتعبير آخر: ان اقتران العقد بالرضا و ان لم يخرج العقد عن الفضوليه كما عرفت آنفا و لكن وجود الاذن السابق على العقد يخرج عن الفضوليه و لا شبهه فى وجوده فى مورد الروايه للقريه عليها منها و هى: أن الروايه قد دلت مطابقه على أن المشتري قد اذن لشخص البائع فى أخذ الثوب بالوضيعه و دلت بالدلاله الالتزاميه على جواز الأخذ لغير البائع أيضا إذ لا فارق بينهما فى ذلك جزما بل قد يكون بيعه من غير البائع أولى و ارضى لأن المشتري لما رضى ردّه على البائع بوضيعه رضى بيعه من غيره بأكثر من ثمنه الأول بالأولويه القطعيه و المفروض فى مورد الروايه أن البائع قد باع الثوب بأكثر من ثمنه، فيكون هذا البيع مرضيا للمشتري قطعا.

فتحصل أن الروايه غير مربوط بالبيع الفضولى بوجه.

ثم احتمل شيخنا الأستاذ ثانيا بأنه: (يحتمل أن يكون البائع قد اشتراه من المشتري ثانيا، فيكون ردّ الزائد استحبابيا و يشهد

لهذا قوله (عليه السلام) صاحبه الأول فإن التعبير بصاحبه الأول لا يناسب مع كون الثوب ملكا للمشتري فعلا).

و الظاهر أن منشأ هذا الاحتمال انما هو إرجاع الضمير فى كلمه (صاحبه) الى لفظ (الثوب)، فيكون معنى الروايه حينئذ ان البائع يرد الزائد الى صاحب الثوب، و عليه فتدل الروايه على ان من اشترى شيئا بثمن ثم باعه بأزيد منه فيستحب له أن يرد الزائد على المالك الأول.

و لكن يتوجه عليه أولا- أن الظاهر من سياق الروايه هو رجوع الضمير الى لفظ صاحبه الذى ذكر فى السؤال مرتين و أريد منه البائع و المراد من لفظ صاحبه الذى فى الجواب هو المشتري و- عليه فمعنى الروايه هو ان البائع يرد الزائد على رفيقه و قرينه الذى هو المشتري.

و ثانيا: أن الثوب لو كان للبائع من ناحيه البيع الثانى لم يبق مجال لقوله (عليه السلام) (لا يصلح له أن يأخذ بوضيعة فإن جهل فأخذه فباعه بأكثر من ثمنه يرد على صاحبه الأول ما زاد)، إذا- المفروض أن الثوب ملك للبائع و قد اشتراه من المشتري الأول ثانيا بأقل من الثمن الذى باعه منه أولا و لا شبهه فى صحه هذه المعامله لأنها ليست بإقاله، لكى لا تجوز بالوضيعة مع العلم و يرد الزائد لو أخذه جهلا و باعه بأزيد من الثمن الأول.

و ثالثا: أن إرجاع الضمير الى الثوب لا يرفع اللغويه بل يستلزمها إذ بناء على هذا الاحتمال فالثوب له مالكان أحدهما المشتري الأول، و ثانيهما البائع، و حيث انه لا معنى لرد البائع ماله على

نفسه، فيكون ذلك قرينه على ان المراد من قوله (عليه السلام) و يرد على صاحبه هو المشتري و حينئذ فلا يبقى مجال لتوصيف ذلك بلفظ- الأول و الا فيكون لغوا و اما إذا أرجعنا الضمير الى لفظ صاحبه المذكور فى السؤال و أريد منه البائع فإنه حينئذ لا تلزم اللغويه، لأن الثوب له صاحبان الصاحب الأول، و هو الذى اشترى الثوب من البائع أولا و الصاحب الثانى و هو الذى اشترى الثوب منه ثانيا، فإذا قيد لفظ صاحبه بكلمه الأول أريد منه المشتري الأول و عليه فتكون هذه الجملة قرينه على ما ذكرناه لا على ما ذكره شيخنا الأستاذ.

### **الوجه الحادى عشر: روايه عبد الرحمن بن أبى عبد الله**

(١)

قال سألت أبا عبد الله (عليه السلام) عن السمسار ا يشترى بالأجر فيدفع اليه الورق و يشترط عليه انك ان تأتى بما تشتري فما شئت أخذته و ما شئت تركته فيذهب فيشترى ثم يأتى بالمتاع فيقول خذ ما رضيت ودع ما كرهت قال: لا بأس و قد جعلها المصنف مؤيده لصحة بيع الفضولى

### **و حاصل كلامه أن فى الروايه احتمالات شتى:**

### **الأول: أن يراد من الشراء شراء السمسار لنفسه،**

فيكون أخذ الورق من صاحبه حينئذ بعنوان القرض لكى يبيع منه من الأمتعته ما يرضى به و يوفيه دينه و لا ينافيه قول السائل و يشترط عليه ان تأت بما تشتري فما شئت أخذته و ما شئت تركته لان ذلك لا يزيد

ص: ٧٤

---

(١- ١) الكافي ج ٥ من ط ٢ ص ١٩٦ التهذيب ج ٢ ص ١٣٣ و الفقيه و الوسائل باب ٢٠ من أبواب أحكام العقود حديث ٢.

على الوعد فلا دلالة فيه على كون البيع لصاحب الورق كما أنه لا ينافيه توصيف لفظ السمسار بلفظ بالأجر و فرضه في الرواية ممن يشتري به فان التوصيف المزبور انما هو بلحاظ أصل حرفته و صناعته لا بملاحظه هذه القضية الشخصية و حينئذ فيكون القيد توضيحيا لا احترازيا.

### **الثاني: أن يكون الشراء لصاحب الورق**

بان يكون الدلال وكيلا- عنه في ذلك الشراء و لكنه يجعل لنفسه الخيار على بائع الأمتعه بتوسط السمسار بأن يلتزم بالبيع فيما يرضى به و يفسخه فيما يكرهه.

### **الثالث: ان يكون الشراء أيضا لصاحب الورق و لكن لا يكون**

السمسار مأذونا من قبله في ذلك

بل يكون البيع فضوليا و لا ينافيه دفع الورق الى الدلال لان دفعه اليه لا يعد إذنا في الشراء و لا توكيلا فيه إذ يمكن ان يكون ذلك لمجرد تمكين الدلال من الشراء أو يكون ذلك بعنوان الأمانة أو حصول الاطمئنان للدلال بوصول ثمن ما يشتريه منه اليه و اما فائده الشرط عليه من أخذ ما يريد و ترك ما يكرهه عدم مطالبه الأجر منه على عمله أو حذرا من إباطه و امتناعه عن ذلك.

و على هذا فيكون صاحب الورق مخيرا بين الرد و الإمضاء فإذا احتل مورد السؤال لهذه الوجوه كلها فترك الاستفصال مع الإجمال في السؤال يقتضى بعموم الحكم لجميع المحتملات التي منها- احتمال كون الشراء فضوليا.

و يرد عليه: أن ترك الاستفصال انما يفيد العموم إذا كان

مورد السؤال ذا شقوق شتى فأجاب عنها الامام (عليه السلام) بجواب واحد بلا استتفصال بينها فذلك يكشف عن اتحاد جميع تلك الشقوق في الحكم و الا فيلزم منه الإغراء بالجهل و اما إذا لم يكن السؤال ذا شقوق شتى بل كان الجواب محتملا لها، فلا وجه لكشف العموم عن ترك الاستفصال و هذا ظاهر لا خفاء فيه.

و يضاف الى ذلك أن الروايه ظاهره في الاحتمال الثاني و أن الشراء انما هو باذن صاحب الورق غايه الأمر انه جعل لنفسه الخيار على صاحب المتاع و قد عرفته آنفا و اذن فلا إشعار في الروايه بصحة بيع الفضولي فضلا عن دلالتها عليها أو تأييدها لها.

و هنا احتمال آخر ذكر المحقق صاحب البلغه و جعله أظهر الاحتمالات و هو وقوع الاشتراء بالمساومه و إطلاقه عليه إطلاق شائع أو مجاز بالمشارفه و يكون دفع الورق لطمأنينه السمسار و هو كثير الوقوع سيما مع الدلال و السمسار انتهى.

و هذا الاحتمال أيضا لا بأس به على ان الروايه غير نقيه - السند.

### **الوجه الثاني عشر: ما ورد في استرباح الودعي الجاحد للوديعة**

من ردها بربحها الى المالك المودع

فعن مسمع أبي سيار قال:

قلت لأبي عبد الله (عليه السلام) اني كنت استودعت رجلا مالا، فجدني و حلف لي عليه ثم جاء بعد ذلك بسنين بالمال الذي كنت استودعته إياه، فقال هذا مالك فخذ و هذه أربعه آلاف درهم ربحتها في مالك فهي لك مع مالك و اجعلني في حل فأخذت المال منه و أبيت أن آخذ الربح و أوقفت المال الذي كنت استودعته و أتيت حتى

أستطلع رأيك فما ترى؟قال:فقال:خذ الربح و أعطه النصف و أحله ان هذا رجل تائب و الله يحب التوابين و الروايه (1)ضعيفه بالحسن بن عماره.

و وجه الاستدلال هو ان أخذ الربح الظاهر فى الاستحقاق لا يصح الا على صحه بيع الفضولى مع الإجازة اللاحقه و الا فلا شىء للمالك من الربح فكان الروايه منزله على الغالب من لحوق الإجازة من المالك عند ظهور الربح ليستحق الربح.

و فيه أولا:أن الروايه ضعيفه السند كما مر فلا يمكن الاستناد إليها فى الحكم الشرعى.

و ثانيا:أن الاستدلال بها على ما نحن فيه يتوقف على وقوع المعامله على عين الوديعه اما بنحو المعاطاه أو بالعقد اللفظى و لكن لا قرينه فى الروايه على ذلك.

### الوجه الثالث عشر: ما ورد من التصديق بمجهول المالك

و اللقطه

من أنه إذ ارضى المالك بعد ظهوره كان له و الا ضمنه المتصدق.

و فيه:أنه لا شبهه فى صحه التصديق هناك للإذن الشرعى و ان لم يرض به المالك و انما الرضاء يؤثر فى عدم الضمان تعبدا كما أن عدمه يؤثر فى عدمه كذلك.

و اما ما ورد من نفوذ الوصيه بما زاد عن الثلث من نفوذها بإجازة الورثه،فأيضا غير مربوط بالبيع الفضولى و انما الإجازة هناك

ص:٧٧

شرط فى نفوذ تصرف الميت لنفسه فهذا ظاهر.

هذه هى الوجوه التى استدلت بها على صحة بيع الفضولى و قد اتضح لك مما تلوناه عليك انه لا يتم شىء منها و انما العمده هى العمومات و المطلقات و سيتضح لك قريبا بطلان ما استدلت به على فساد بيع الفضولى و انه لا يصلح لتخصيص العمومات و تقييد المطلقات و اذن، فالحكم بصحة بيع الفضولى انما هو من ناحيه العمومات و المطلقات الداله على صحة العقود و لزومها على النحو الذى عرفته سابقا.

### و قد استدلت على بطلان بيع الفضولى و عدم صحته بالإجازة

اللاحقه بوجوه عديده من الأدله الأربعة

### الأول الكتاب

اما الكتاب فقوله تعالى لا تأكلوا أموالكم بينكم بالباطل إلا أن تكون تجارة عن تراضٍ

و

وجه الاستدلال بها على المقصود بوجهين.

### الأول انها قد دلت على انحصار أكل مال الناس بالتجارة

عن تراضٍ

فالمعنى أنه لا- يتصرف بعضكم فى أموال بعضكم الآخر بوجه من الوجوه فإنه باطل الا بوجه التجارة عن تراضٍ فإنه جائز و لا شبهه فى انه لو لم يقصد هذا المعنى لزم الاجمال و قله- الارتباط بين المستثنى و المستثنى منه و من الظاهر ان بيع الفضولى ليس تجاره عن تراضٍ فيكون أكل المال به الكلاله بالباطل.

و دعوى أن لحوق الإجازة به يدرجه فى التجاره عن تراضٍ، دعوى فاسده لأنه لم يكن حين العقد مصداقا لها فالتحاق الإجازة بها لا يجعله مصداقا لها.

### الوجه الثانى: سياق التحديد

فان كل وصف ورد فى مقام





التحديد يدل على اختصاص الحكم بمورد الوصف و ان لم نقل بمفهوم الوصف فان البحث عن ذلك انما هو فى ورود الوصف فى غير مورد التحديد و الا- فلا- شبهه فى ثبوت مفهومه و من الظاهر ان قيد- التراضى وصف ورد فى مورد التحديد فيدل على انحصار جواز الأكل بمورد القيد فقط.

اما الوجه الأول فقد ناقش فيه المصنف بأن دلالة الآية على الحصر متوقفه على كون الاستثناء متصلا مع انه منقطع إذ لا يصح استثناء التجاره الصحيحه من التجاره الفاسده، فلا- يستفاد حصر أكل المال بالتجاره عن تراض لكى يستفاد منه بطلان بيع الفضولى.

و فيه أولا: أن الاستثناء المنقطع من أوضح الاغلاط إذ لا يصح أن يقال ما رأيت عالما الا الجاهل و ما اتجرت تجاره فاسده إلا تجاره صحيحه فإنهما و أشباههما من الأغلاط الواضحه التى لا تصدر من الأخصائين فى الفصاحه و المدربين فى البلاغه بل هى لا- تصدر ممن دونهم و لا- توجد فى كلماتهم فضلا عن صدورها من الله العظيم و وجوده فى كتابه الكريم الذى نزل بعنوان الاعجاز و التحدى حيث طلب النبى (صلى الله عليه و آله) من جميع البشر و الأمم أن يأتوا بمثله فعجزوا عن ذلك ثم تنزل عن هذه الدعوى و تحداهم الى الإتيان بعشر سور مثله مفتريات فلم يتمكنوا منه أيضا ثم تنزل عن ذلك و طالبهم أن يأتوا بسوره واحده مثله و أمرهم أن يدعوا شهدائهم و يصرخوا ليستنصروا منهم و يستعينوا بهم و لكن لم تنفعهم صارختهم و استغاثتهم و استعانتهم ثم عجزهم بقوله عزّ من قائل قُلْ لَئِنِ اجْتَمَعَتِ الْإِنْسُ وَ الْجِنُّ عَلَىٰ شَيْءٍ لَّيَصْنَعُنَّ الْفِتْنَةَ كَذَّبُوا بِآيَاتِنَا فَاحْشُرُوا

الغلط في مثل هذا الكتاب الذي لا يَأْتِيهِ الْبَاطِلُ مِنْ بَيْنِ يَدَيْهِ ، تعالى كلامه عز و جل عن ذلك علوا كبيرا و اذن فليس الاستثناء الاقسما واحدا و هو الاستثناء المتصل و عليه فالاستثناء في الآية- الشريفه استثناء متصل و لو كان ذلك بالعنايه. و ثانيا: لو سلمنا كون الاستثناء على قسمين و لكن الموجود في آيه التجاره عن تراض استثناء متصل و ذلك لان الألفاظ المذكوره ليست إلا الأكل و الأموال و الباطل و التجاره و التراضى اما اللفظ الآخر فهو المستثنى و اما البواقي فلا يصلح شىء منها لان يكون مستثنى منه و هذا ظاهر.

و اذن فلا- مناص الا- عن تقديره في الكلام و قد ذكرنا غير مره ان دخول الباء السببيه على كلمه الباطل و مقابلتها في الآية مع التجاره عن تراض قرينتان على كون الآية ناظره إلى فصل الأسباب الصحيحه للمعامله عن الأسباب الباطله كما أن المراد من الأكل ليس معناه الحقيقي أعنى به الازدراء بل هو كناية عن تملك مال الناس من غير استحقاق، و اذن فيكون المستثنى منه محذوفا في الآية المباركه و هو أسباب التجاره، و قد حذف و أقيم لفظ بالباطل مقامه و نظير ذلك كثير في القرآن و غيره و من ذلك قوله تعالى إِنَّ تَكْفُرُوا فَإِنَّ اللَّهَ غَنِيٌّ عَنْكُمْ ، حيث حذف الجزاء و أقيمت العله مقامه و حينئذ، فمفاد الآية المباركه انه لا تملكوا أموالكم بينكم بشىء من الأسباب الا أن يكون ذلك السبب تجاره عن تراض فان التملك بغير هذا السبب باطل و عليه فتدل الآية على حصر الأسباب الصحيحه للمعاملات بالتجاره عن تراض فيكون الاستثناء فيها متصلا.

و من هنا ظهر ما فى كلام المحقق الايروانى من أن الاستثناء منقطع حتى مع قطع النظر عن قيد بالباطل لان المراد من لا تأكلوا لا تأكلوا أموال الغير و بعد التجاره عن تراض ليس الأكل أكلا لمال الغير.

و ثالثا: لو سلمنا كون الاستثناء فى الآيه منقطعا و سوق الآيه بحسب ظهورها البدوى إلى بيان القاعده الكليه لكل واحد من أكل المال بالباطل و التجاره عن تراض و تظهر ثمره ذلك فيما لا يعد فى نظر العرف من التجاره عن تراض و لا من الأسباب الباطله فيكون مجملا و لكنه تعالى حيث كان بصدد بيان الأسباب المشروعه للمعاملات و تمييز صحيحها عن فاسدها و كان الإهمال مخلا بالمقصود فلا محاله يستفاد الحصر من القرينه المقاميه و تحصل أن الآيه- المباركه مسوقه لبيان حصر الأسباب الصحيحه بالتجاره عن تراض سواء أ كان الاستثناء متصلا أم كان منقطعا، فدلاله الآيه على مفهوم الحصر مما لا ريب فيه و هو بطلان التجاره عن غير تراض و منها البيع الفضولى اما الوجه الثانى، فقد ناقش فيه المصنف: بان سياق التحديد الموجب لثبوت مفهوم القيد مع تسليمه انما يثبت فيما إذا لم يرد الوصف مورد الغالب و الا فلا مفهوم له و من الواضح ان الوصف فى الآيه الشريفه قد ورد مورد الغالب كما فى قوله تعالى وَ رَبَّائِبُكُمْ اللَّاتِي فِي حُجُورِكُمْ لَا- للاحتراز لكى يكون له مفهوم و يضاف الى ذلك احتمال أن يكون عن تراض خبرا، ثانيا لتكون بناء على نصب تجاره كما هو المنقول عن قراءه الكوفيين، لا قييدا للتجاره و حينئذ فيلزم وقوع الأكل و التصرف بعد التراضى سواء تقدم على

التجاره أم تأخر عنها إذا المعنى حينئذ الا أن يكون سبب الأكل تجاره و يكون عن تراض انتهى ملخص كلامه.

و يتوجه على الوجه الأول، أنه لا شبهه في ثبوت مفهوم- الوصف و الا لكان القيد لغوا و لكن فائده القيد ليست انتفاء الحكم عند انتفائه بل فائدته انما هي الدلاله على عدم ثبوت الحكم للطبيعه الساريه مثلا إذا قال المولى لعبده أكرم العالم ليس معناه إثبات وجوب الإكرام للعالم و نفيه عن غيره، بل معناه انما هو ثبوت وجوب الإكرام للإنسان العالم لا لطبيعه الإنسان و أضف الى ذلك انا لو سلمنا عدم دلالة الوصف على المفهوم و لكن ذلك فيما لا قرينه على انتفاء الحكم عند انتفاء القيد و الا فلا شبهه في ثبوته كما إذا ذكر الوصف في مقام التحديد لان وقوعه في مقام التحديد قرينه مقاميه على اختصاص الحكم بمورد الوصف و لو قلنا بعدم ثبوت المفهوم له.

و الوجه في ذلك هو أن الحد لا بد و أن يكون جامعا للأفراد و مانعا عن الأغيار و من الظاهر أنه لو لم يكن مفهوم للوصف لما كان كذلك و من هذا القبيل قوله عليه السلام كر من الماء في جواب السائل عن الماء الذي لا ينجسه (1) شيء، فان الإمام (عليه السلام) ذكره في مقام تحديد الماء الذي لا ينفعل فيدل على انتفاء الحكم عند انتفاء القيد و ذكر التراضى في الآيه الكريمه من القبيل المذكور لما عرفته آنفا من انها متوجه الى فصل الأسباب الصحيحه للمعامله عن الأسباب الباطله لها و حصر أسبابها الصحيحه بالتجاره عن تراض و

ص: ٨٢

اذن فلا شبهه فى قيام القرينه على كون قيد التراضى مسوقا الى تحديد الاسباب الصحيحه للتجاره و حصرها بالتجاره عن تراض.

و يتوجه على الوجه الثانى، انه لا يفرق فى دلالة الآيه على اعتبار التراضى فى التجاره و تقييدها به بين كون لفظ عن تراض قيذا للتجاره و بين كونه خبر ثانيا لتكون، فإنه على كل تقدير تدل الآيه الشريفة على بطلان التجاره غير الناشئه من الرضا و طيب النفس.

نعم إذا كان لفظ عن تراض خبرا بعد خبر لتكون خرج ذلك عن دائره مفهوم الوصف إذ المفروض أن التجاره حينئذ لم تتصف بالتراضى و لكن ذلك لا يمنع عن دلالة الآيه على اعتبار الرضاء فى أسباب النقل و الانتقال على النحو الذى ذكرناه.

على ان احتمال كون عن تراض خبرا ثانيا لتكون بعيد فى نفسه و مخالف لظاهر الآيه.

و من هنا ظهر الجواب عما ذكره المحقق صاحب المقاييس من انه يمكن ان يكون التقدير على كلتا القرائتين الا- (أن تكون تجاره كامله عن تراض أو ممضاه عن تراض فيندرج عقد الفضولى فى الآيه لأن كماله و إمضائه بالإجازة و هذا نظير ما حكى فى المجمع عن مذهب الإماميه و الشافعيه و عن غيرهم من ان معنى التراضى- بالتجاره إمضاء البيع بالفرق أو التخاير بعد العقد) فان هذا أيضا بعيد عن ظاهر الآيه و التزام بالتقدير بلا ملزم.

و التحقيق فى الجواب عن الاستدلال بالآيه على بطلان بيع الفضولى ما أشار إليه المحقق صاحب المقاييس و تبعه المصنف من

أن الخطاب فى الآيه الشريفه لملا-ك الأموال فيشترط وقوعها أى التجاره برضاهم و من اليبين الذى لا- ريب فيه أن التجاره الصادره من الفضولى لا يطلق عليها أنه تجاره المالك الا بعد إجازته فإذا أجازها صارت تجاره عن تراض.

و بتعبير آخر انا ذكرنا مرارا أن حقيقه البيع و التجاره ليست إنشاء خالصا و الا لصدق مفهوم البيع على بيع الهازل و الساهى و أشباههما، و لا أنها عباره عن الاعتبار النفسانى المحض و الا لصدق مفهوم البيع على الاعتبار النفسانى الصرف من دون إظهاره بمظهر خارجى، بل حقيقه البيع و التجاره هى الاعتبار النفسانى المظهر بمظهر خارجى و عليه فلو اعتبر أحد فى أفق نفسه تبديل ماله بمال غيره و أظهره بمظهر خارجى صدق عليه مفهوم البيع و التجاره.

و من البديهى أن هذا المعنى لا يصدر الا من المالك أو ممن هو بمنزلته كالوكيل و نحوه و اما بيع الفضولى قبل اجازته المالك، فهو ليس بيع حقيقه بل صورته بيع الفضولى فلم يصدر منه الا- الإنشاء و الصيغه و لا- شبهه فى انه لا يطلق البيع و التجاره على الإنشاء المحض كما عرفته و لا يقال أن الفضولى قد اتجر بالمال الفلانى و باعه بمجرد إجراء الصيغه، الا بالعنايه و المجاز فإذا اجازته المالك كان بيعا و تجاره حقيقه للمالك لا- للفضولى، فالبيع الفضولى بما انه بيع فضولى خارج عن الآيه و عن سائر العمومات و المطلقات الداله على صحه العقود و لزومها خروجا تخصيصا فلا دلالة فى الآيه لا على صحته و لا على فساده و بما أنه مجاز للمالك فتشمله الآيه و بقيه العمومات و لا تنافى بين خروج بيع الفضولى عنها قبل الإجازة و بين

اتصافه بالصحة التأهليه.

و يمكن الجواب عن ذلك، بأن الآيه قد دلت على كون المدار على وقوع التجاره عن رضاء المتعاقدين، فتشمل جميع أقسامها و خرج من ذلك المتعاقدان اللذان لم يأذن لهما المالك و لا أجاز عقدهما و بقى الباقي.

و كيف كان فلا دلالة فى الآيه على بطلان بيع الفضولى.

### **الثانى السنه فهى أخبار كثيره**

و اما السنه فهى اخبار كثيره،

### **منها النبوى المروى مستفيضا من**

الخاصه و العامه

و هو قوله (صلى الله عليه و آله) لا تبع ما ليس عندك [١] و وجه

ص: ٨٥



الاستدلال به على فساد بيع الفضولى هو ان النهى فيه إرشاد الى عدم نفوذ البيع لأننا ذكرنا مرارا أن النهى عن معامله إرشاد إلى بطلانها و المراد من عدم حضور المبيع عند البائع هو عدم تسلطه على تسليمه لعدم كونه مملوكا له، فيكون ذلك من قبيل ذكر الملزوم و اراده اللزوم و عليه فيدل النبوى المزبور على بطلان بيع مال الغير سواء أباعه البائع لنفسه أم باعه لملكه و عليه فشان النبوى شأن قوله (عليه السلام) لا- طلاق إلا- فيما يملك و لا- عتق إلا- فيما يملك و لا- بيع إلا- فيما يملك بناء على قراءة لفظ (يملك) بصيغه الفاعل كما هو الظاهر من السياق حيث ان الطلاق قبل النكاح بنفسه غير معقول لأنه إزاله علقه- الزوجيه فقبل تحققها لا يتوجه القصد إلى إزالتها و كذلك العتق و عليه فالمراد من الروايه هو طلاق زوجه الغير و عتق مملوكه و بيع

ماله فضولا، فالمعنى أنه لا يبيع الا فيما يملكه البائع قبل العقد و هذا موافق للأخبار المستفيضه الداله على عدم وقوع الطلاق و العتاق الا بعد الملك و قد ذكرناها فى الحاشيه.

و اما بناء على قرائته بصيغه المفعول- كما توهم- فالروايه خارجه عن المقام بل هى ناظره إلى المنع عن بيع ما ليس يملك كبيع السمك فى الماء و الطير فى الهواء و كبيع الخمر و الخنزير و كلب الهراش و طلاق الأجنبيه و عتاق الحر.

و يتوجه عليه أولا: ان النبوى المزبور غير نقى السند و لا انه منجبر بشىء فلا يمكن الاستدلال به فى المقام.

و ثانيا: أن المراد من الموصول من قوله (صلى الله عليه و آله) لا- تبع ما ليس عندك، انما هو بيع العين الشخصيه عن نفسه ثم يشترىها البائع من مالها و يسلمها إلى المشتري و ذلك لقيام الإجماع و الضروره على بيع الكلى فى الذمه عن نفسه سلفا أو حالا- و الشاهد على ذلك من الروايه ما ذكره فى التذكره من ان النبى (صلى الله عليه و آله) ذكر هذا الكلام جوابا لحكيم بن حزام حين سأله عن أن يبيع الشىء ثم يمضى و يشترىه و يسلمه و عليه فيختص النبوى بالبيع الشخصى و لكن قد أخطأ العامه فى تطبيقه على بيع الكلى فى الذمه حالا.

و ثالثا: انا لو سلمنا الجمود فى ظاهر الموصول و اراده المنع عن بيع ما لم يكن فى يد البائع سواء أ كان مملوكا له أم لا و سواء أ كان كليا فى الذمه أم كان جزئيا خارجيا و سواء أ كان مقدور التسليم أم لا، و لكن لا بد من تخصيصه

بالنصوص [١] الظاهره فى جواز بيع الكلى الذى لىس عنده المعتبره عن كون المنع عنه مذهب العامه حيث ناقضهم الامام (عليه السلام) بيع السلف و أن صاحبه باع ما لىس عنده و عليه فىكون المراد من النبوى بعد تقييده ما هو المراد من الروايات [٢] المانع عن بيع العين الشخصيه قبل تملكها و من هنا

ص: ٨٨

اتضح لك أن المنع عن بيع ما ليس عند البائع مطلقا سواء أ كان المبيع كليا أم كان شخصا انما هو مذهب العامه [١] و اذن فلا وجه لما ذكره شيخنا الأستاذ من ان بيع الكلى سلفا أو حالا جائز باتفاق الفريقين فان هذا الكلام اما سهو من لسان شيخنا الأستاذ أو من قلم مقرر بحثه و انما العصمه لأهلها.

و رابعا: أن نهى المخاطب عن بيع ما ليس عنده دليل

ص: ٨٩

على عدم وقوعه مؤثرا في حقه، فلا يدل على الغايه بالنسبه إلى المالك و بقاءه على أهليته لتعقب الإجازة منه، و بعبارة اخرى:

ان مفاد النبوى هو عدم الصحة الفعلية المقتضية للقبض و الإقباض لا عدم الصحة التأهليه الاقتضائية التى هى مورد البحث فى بيع الفضولى.

ثم ان بيع العين الشخصيه على قسمين الأول أن يكون المبيع شيئا معيناً و مالا مشخصاً عند شخص معلوم، فباعه البائع لنفسه ثم يمضى ليشتريه منه و يسلمه إلى المشتري.

الثانى: أن يكون المبيع مشخصاً عند شخص معلوم كالقسم الأول- و لكن باعه البائع لمالكه فضولا.

و الظاهر أن مورد النبوى المانع عن بيع ما ليس عند البائع انما هو القسم الأول لأن إرادته القسم الثانى مبنى على أن يكون المراد من البيع المنهى عنه فى النبوى، هو الإنشاء الساذج مع انه مخالف لظاهره، فيحتاج ارادته الى العناية و المجاز بل الظاهر من النبوى هو النهى عن إيجاد حقيقه البيع التى يتوقف حصولها على النقل و الانتقال فى الخارج و اما مجرد الإنشاء الصادر من الأجنبى فلا يكون بيعا إلا بالإجازة اللاحقه.

و بتعبير آخر: أن النبوى ظاهر فى اشتراط الملك و السلطنه لمن له البيع لا- للعاقد عنه، فلا يكون شاملا للفضولى المتوقف على اجازة المالك.

و لو تنزلنا عن ذلك و قلنا: بعدم ظهوره فى القسم الأول و لكن لا ظهور له فى القسم الثانى أيضا، فيرجع فيه الى العمومات

الداله على صحه العقود، و اما القسم الأول فيرجع فيه الى الروايات الداله على المنع عن بيع الشخصى الذى هو غير موجود عند البائع.

و مع الإغماض عن ذلك، فلا- دلالة فى النبوى على بطلان بيع الفضولى و ذلك لان الظاهر من منع البائع عن بيع ما ليس عنده انما هو استناد البيع اليه و كونه له كما عرفته آنفا و من البين أن هذا لا ينافى صحه بيع الفضولى صحه تأهليه بحيث يستند إليه بالإجازة اللاحقه.

و لو أغمضنا عن ذلك أيضا و لكن النبوى ليس نصا فى بطلان بيع الفضولى بل دلالته عليه انما هو بالإطلاق فنقيده بالأدله الخاصه الداله على صحه بيع الفضولى و عمدتها صحيحه محمد بن قيس المتقدمه و اذن فيختص النبوى بالقسم الأول فقط.

و لو تنزلنا عن ذلك أيضا و قلنا بكون النبوى نصا فى فساد بيع الفضولى وقعت المعارضه بينه و بين ما دل على صحه بيع الفضولى فيؤخذ بالثانى لكونه موافقا للكتاب و مع عدم المرجح فى البين- فيتساقطان و يرجع الى العمومات، و قد عرفت فى أول المسأله أن بيع الفضولى مشمول لها فيحكم بصحته من هذه الناحيه.

و قد ظهر مما ذكرناه الجواب عن الاستدلال على بطلان بيع الفضولى بالروايات الداله على المنع عن بيع مالا يملك بناء على قراءه يملك بصيغه الفاعل لا المفعول فيراد من قوله عليه السلام فى صحيحه الصفار المتقدمه قريبا لا يجوز بيع ما ليس تملك عدم استناد البيع الى العاقد غير المالك و هذا لا ينافى استناده الى المالك بالإجازة اللاحقه فلا وجه لما ذكره فى الحدائق عند التعرض لصحيحه

الصفار من ان(الأصحاب قد أفتوا في هذه المسأله التي هي مضمون هذه الروايه بلزوم البيع فيما يملك و وقوفه فيما لا يملك على الإجازة من المالك بمعنى انه صحيح، لكونه فضوليا موقوفا في لزومه على اجازة المالك و الروايه كما ترى تنادى بأنه لا يجوز الدال على التحريم و ليس ثمة مانع موجب للتحريم سوى عدم صلاحية المبيع للنقل بدون اذن مالكة) إذ يمكن أن يراد من الجواز المنفى عدم النفوذ الوضعي كما فهمه الأصحاب فان اراده النفوذ من الجواز شائع و إذا احتمل هذا المعنى، فلا يبقى في الصحيحه ظهور فيما ذكره صاحب الحدائق فضلا عن أن ينادى لفظ لا- يجوز بأعلى صوته من المكان المرتفع بالتحريم التكليفي.

و قال شيخنا الأستاذ: (ثم لا يخفى أنه لو سلم دلالتها، فلا يمكن تخصيصها بالأدلة الداله على صحة الفضولى لأن تعارضهما ليس بالعموم و الخصوص المطلق، بتقريب أن مفاد الأدلة المانعه هو ان بيع مال الغير لا- يجوز سواء قصد لنفسه أم للمالك و سواء أجاز أم لم يجز و مفاد الأدلة المجوزه صحة البيع للمالك إذا أجاز لأنه لم يكن البيع لنفسه أو للمالك بلا اجازة محلا لتوهم الصحة حتى يرد المنع بنحو العموم، بل التعارض بينهما بالتباين فإنه لو سلم إطلاق هذه الروايات و شمولها لما إذا قصد الفضولى البيع للمالك أو لنفسه مع المنع و عدمه فلا إشكال في شمول الروايات الداله على الصحة لجميع الاقسام).

و لكن يتوجه عليه: أن تخصيص الأدلة المجوزه بصوره كون البيع للمالك مع لحوق الإجازة ان التخصيص لأجل ما ذكر انما يصح فيما

إذا لم يتعارف في الخارج بين الإنسان مال غيره عن نفسه مع انه كان متعارفا في زمان الجاهليه بل في جميع الأزمنه، و قد جرت عليه سيره الجهال و الفساد و غير المباليين في أمر الدين حيث انهم يرون الأسباب غير المشروعه مملكه كالغرر و القمار و الغصب و السرقة و الخيانه و أشباهها بل ربما يستملكون أموال الناس بلا- مملك شرعى و لا- عرفى و يعاملون معها معامله أموالهم. و قد يقال: ان النسبه بين ما دل على صحه بيع الفضولى و بين ما دل على فساده هي العموم من وجه- كما في حاشيه المحقق الايروانى- و إليك نصه: (أن المنفى في هذه الاخبار لو كان هو البيع لنفسه كانت هذه الاخبار أخص من هذه الجبهه و ان كانت أعم من حيث اجازة المالك، فتكون النسبه عموما من وجه و تقديم تلك على هذه ليس اولى من العكس بتقديم هذه و الحكم ببطلان البيع لنفسه و ان أجاز المالك كما قالوه في بيع الغاصب).

و فيه أن الاستدلال بالأخبار المانعه على بطلان بيع الفضولى انما هو مبنى على كون مفادها أعم من البيع لنفسه و البيع للمالك لأنها لو كانت مختصه بالبيع للمالك لكانت خارجه عما نحن فيه- بالكليه- و لم يبق مجال للتمسك بها على ذلك.

و قد عرفت قبل الشروع بذكر أدله القولين أن هنا ثلاث مسائل:

الاولى أن يبيع للمالك الثانيه ان يبيع له مع سبق المنع عنه.

الثالثه ان يبيع لنفسه كبيع الغاصب.

و كلامنا فعلا في حول المسأله الاولى و اما البيع لنفسه الذى هو المسأله الثالثه فسيأتى البحث عنه قريبا، و كيف كان فلا وجه



لتخصيص الأدله المانع له لصوره البيع لنفسه و يضاف الى ذلك انه لم يذكر في الاخبار المانع و لا في الاخبار المجوزه كون البيع- للمالك مع لحوق الإجازة أو كونه للبائع و لم يصرح فيهما بشيء من ذلك و اذن فلا وجه لتخصيص كل من الطائفتين بناحية خاصه بل الظاهر منهما هو كون الطائفه المجوزه أخص من الطائفه المانع له لأن الأولى مختصه بصوره لحوق الإجازة من المالك و الثانيه أعم من ذلك.

على ان التعارض بالعموم من وجه يقتضى التسايط و الرجوع الى العمومات لا تقديم احد المتعارضين على الآخر.

### و منها صحيحه محمد بن القاسم بن الفضيل

قال: سألت أبا الحسن الأول عليه السلام عن رجل اشترى من امرأه من آل فلان بعض قطائعهم و كتب عليها كتابا بأنها قد قبضت المال و لم تقبضه فيعطيهما المال أم يمنعهما؟ قال فليقل له ليمنعها أشد- المنع فإنها باعت ما لم تملكه (1) حيث انها تدل على المنع عن بيع الإنسان ما لا تملكه، فتشمل الفضولى أيضا.

و فيه ان الصحيحه تدل على انه لا يجوز لبائع الفضولى ان يقبض الثمن، لا على بطلان بيعه بل يمكن ان يقال: انها مشعره بصحة بيع الفضولى حيث ان الامام (عليه السلام) قد علل المنع عن تسليم المال بأنه باع ما لم تملكه و من الظاهر انه لو كان البيع فاسدا لعله بذلك لان التعليل بالأمر الذاتى أولى من التعليل بالأمر

ص: ٩٤

---

(١-١) التهذيب باب المكاسب ج ٦ ص ٣٣٩ و التهذيب القديم ج ٢ ص ١٠٦ و ٨٦٧ و للوسائل باب ١ من أبواب عقد البيع.

**و منها روايه الاحتجاج فإنه قد ذكر فيها الضيعه لا يجوز**

ابتياعها الا من مالكتها أو بأمره أو رضى منه

(١)

فإنها تدل بمفهوم الحصر على بطلان البيع الفضولى لأنه لم يصدر من المالك و لا بأمره و لا برضاء منه.

و فيه أولا: ان الروايه ضعيفه السند من جهه الإرسال.

و ثانيا: انه يحتمل أن يراد من عدم الجواز عدم النفوذ كما فهمه الأصحاب فيمن باع ما يملك و ما لا يملك صفقه واحده حيث بنوا على النفوذ فى الأول و توقفه على اجازة المالك فى الثانى و لا ريب ان إطلاق الجواز و عدمه على النفوذ و عدمه شائع بين الفقهاء رضوان الله عليهم، و من ذلك قولهم إقرار العقلاء على أنفسهم جائز أو نافذ و اذن، فالروايه تدل على عدم استناد البيع الى العاقد غير المالك و عدم نفوذه منه و هذا لا ينافى استناده الى المالك بالإجازة اللاحقه بل قد عرفت آنفا ان البيع و الشراء لا- يطلقان على الإنشاء الساذج و عليه فالمراد من قوله (عليه السلام) لا يجوز ابتياعها إلخ هو النهى عن ابتياع مال الغير حقيقه لا مجرد اجراء العقد عليه لفظا، فلا دلالة فيها على فساد بيع الفضولى من أصله بل ربما يقال:

بدلالتها على صحته، و ذلك لان الإمام عليه السلام قد تفصل بان ابتياع الأرض لا يصح الا بمباشره المالك أو بوكاله منه أو برضائه به على سبيل مانعه الخلو و من المعلوم ان المراد من الرضاء ليس هو

ص: ٩٥

(١- ١) الوسائل باب ١ من أبواب عقد البيع و قد ذكرنا مجموع الروايه سابقا.

الرضاء السابق على العقد لكننايه قوله (عليه السلام) و بأمر منه فى ذلك، و لا ان المراد منه هو الرضاء المقارن لعدم اعتباره فى صحه البيع و قد عرفته فيما سبق، فىكون المراد منه الرضاء المتأخر، و ان أبيت عن ظهور الروايه فى ذلك فلا أقل من الاحتمال فتكون الروايه - مجمله.

و كيف كان فلا ظهور لها فى فساد بيع الفضولى.

### و منها صحيحه محمد بن مسلم

عن ابى جعفر عليه السلام فى حديث قال: سأله رجل من أهل النيل عن ارض اشتراها بفم النيل و أهل الأرض يقولون هى أرضهم و أهل الأستان يقولون هى من أرضنا فقال لا- تشتريها الا برضاء أهلها[١] حيث ان الامام (عليه السلام) منع عن شراء الأرض الا برضاء أهلها، فىكون الشراء من الفضولى فاسدا و قد ظهر جوابه مما تقدم فان المنع عن الشراء من غير المالك لا ينافى استناد البيع الى المالك بإجازته إذ لا دلالة فى هذه الروايه على اعتبار الرضاء المقارن فى صحه العقد و كون الإجازة اللاحقه لا-غيه، فلا- وجه لما ذكره فى الحدائق، من صراحه الروايه فى تحريم الشراء قبل تقدم الرضاء ثم قال: و دعوى قيام الإجازة- المتأخره مقام الرضاء السابق مع كونه لا دليل عليه مردود بما ينادى به الخبر من المنع و التحريم الا مع تقدم الرضاء.

(١)

و قد استدل بها و غيرها فى الحدائق على بطلان بيع الفضولى و قال فى جملة ما ساقه من الكلام و إليك لفظ بعضه و هذه جملة من الاخبار الواضحه الظهور كالنور على الطور فى عدم جواز بيع - الفضولى و عدم صحته، و لو كان ما يدعونه من صحه بيع الفضولى و تصرفه بالدفع و القبض صحيحا و انما يتوقف على الإجازة لصرح به بعض هذه الاخبار أو أشير اليه و لاجابوا بالصحة و ان كان اللزوم موقوفا على الإجازة فى بعض هذه الاخبار ان لم يكن فى كلها مع انه لا أثر فيها لذلك و لو بالإشارة فضلا عن صريح العبارة، و قال فى موضع آخر - بعد نقل خبر سماعه - و هذا نصه: (وقد نهى عن الشراء و النهى دليل التحريم و ليس ذلك الا من حيث ان المبيع غير صالح للنقل لكون التصرف فيه غصبا محضا و التصرف فى - المغصوب قبيح عقلا و نقلا و الأصحاب فى مثل هذا يحكمون بالصحة و الوقوف على الإجازة و هل هو الا رد لهذا الخبر و نحوه؟ و لكنهم معذورون من حيث عدم اطلاعهم على هذه الاخبار الا انه يشكل هذا الاعتذار بالمنع من الفتوى الا بعد تتبع الأدله من مظانها و الاخبار المذكوره فى كتب الأخبار المتداوله فى أيديهم مسطوره) و الى غير ذلك من الكلمات غير الخاليه عن التعريض و إساءه الأدب

ص: ٩٧

ثم قال فى آخر كلامه: وبالجملة فالقول بما عليه الشيخ و اتباعه من البطلان هو المختار كما دلت عليه صحاح الاخبار على انا لا نحتاج فى الإبطال إلى دليل بل المدعى للصححة عليه الدليل كما هو القاعده المعلومه بين العلماء جيل بعد جيل و قد عرفت ان أدلتهم لا تسمن و لا تغنى من جوع كما لا يخفى.

و يتوجه على الاستدلال بها على ما نحن فيه انها ظاهره فى إرادته التملك من الابتياح المذكور بحيث تترتب عليه الآثار نحو ترتبها على الابتياح من المالك، فلا إشعار فى شىء منها ببطلان بيع الفضولى فضلا عن الدلاله عليه و من نظر إليها بعين الانصاف و جانب طريق الاعتساف يرى صدق ما ذكرناه، و العجب من صاحب الحقائق مع تبخره فى الاخبار و غوره فيها قد خفى عليه ما ذكرناه مع انه من الواضح بمكان بل هو كالنار على المنار، و أعجب من ذلك انه مع عدم فهمه محل النزاع كما يظهر من كلامه المتقدم حيث جعل بيع الفضولى تصرفا فى المغصوب ابتهج على ما يرومه كأنه عثر على ما لم يعثر عليه غيره، بل لم يكتف على ذلك حتى حمل على الأصحاب و رماهم الى عدم العثور على تلك الاخبار، و كونهم غير معذورين فى ذلك لوجود كتب الاخبار بين أيديهم و لنصب عيونهم، و لكنه غفل عن انهم سمعوها و دعوها الا انهم اطلعوا على ما هو المقصود منها و لم يقعوا على ما وقع عليه صاحب الحقائق من الاشتباه.

و من هنا قال فى الجواهر و هذه عبارته: (بل أظن فيه المحدث البحرانى الا أنه لم يأت بشىء بل مقتضى جمله من كلماته

التي أساء الأدب فيها مع مشايخه انه لم يفهم محل النزاع و تخيل أن القائل بالصحة يريد حصول أثرها من المالك و التمليك و جواز التصرف، و غير ذلك عدا اللزوم، فأبرق و أرعد ثم ترنم و غرد و ساق جملة من النصوص الداله على خلاف ذلك محتجا بالعثور عليها و الاهتداء الى الاستدلال بها.

فتحصل: انه لا- دلالة في شيء من تلك الاخبار على بطلان بيع الفضولى و لو سلمنا دلالتها على عدم جواز بيع مال الغير فنخصصها بما دل على صحة بيع الفضولى، و على تقدير التعارض و التسايط يرجع الى العمومات و المطلقات الداله على صحة العقود و قد عرفت ذلك كله فيما تقدم.

قوله: اما الروايتان.

أقول: المراد بهما روايتا خالد و يحيى الآيتان في بيع- الفضولى لنفسه لا التوقيعان المتقدمان اى توقيع الصفار و توقيع الحميرى.

### و منها ما رواه الشيخ فى المجالس

ياسناده عن زريق قال:

كنت عند الصادق عليه السلام إذ دخل عليه رجلان الى ان قال:

فقال أحدهما: أنه كان على مال لرجل من بنى عمار و له بذلك ذكر حق و شهود، فأخذ المال و لم استرجع منه ذكر الحق و لا كتبت عليه كتابا. و وارثه حاكمونى. فبياع على قاضى الكوفه معيشه لى و قبض القوم المال. فقال: المشتري كيف اصنع فقال:

تصنع ان ترجع بمالك على الورثه و ترد المعيشه إلى صاحبها الحديث الحدائق ج ٥ المتاجر ص ٧٥ قال فيها بعد نقل الحديث: ان هذا

الخبر و ان تضمن ان البائع هو الحاكم و هو صحيح بحسب الظاهر بناء على ما ورد عنهم (عليه السلام) من الأخذ بأحكامهم فى زمان الهدنه و التقيه الا أنه بعد ظهور الكاشف عن بطلانه و اعتراف الورثه بقبض الدين يكون من باب بيع الفضولى و هو كما سيأتى على قسمين:

أحدهما: ما يكون المشتري عالما بالغصب و انه ليس ملكا للبائع.

و ثانيهما: ان يكون جاهلا و ادعى البائع الاذن من المالك و ما اشتمل عليه الخبر من القسم الثانى.

و لكن يتوجه عليه ان الروايه أجنبيه عن بطلان بيع الفضولى فإنها ليست مسوقه لبيان بطلان البيع حتى مع الإجازة اللاحقه، بل هى ناظره إلى بيان حكم الواقعه و أنه بعد كشف الخلاف، فلا بد و أن يكون يرجع المال المأخوذ بلا حق الى صاحبه.

### قوله: الثالث الإجماع على البطلان.

أقول: قد ادعاه الشيخ فى الخلاف كما عرفت فى أول المسأله و مع ذلك قد اعترف بأن الصحه مذهب جماعه من أصحابنا و لكنه اعتذر عن ذلك بعدم الاعتناء بخلافهم و هو محكى عن ابن زهره أيضا فى الغنيه و عن الحللى فى مضاربه السرائر عدم الخلاف فى بطلان شراء الغاصب إذا اشترى بعين المغصوب.

و يرد عليه أولان دعوى الإجماع على البطلان فى هذه المسأله موهونه جدا لعدم وجود القائل به غير مدعى الإجماع و جمع قليل من المتأخرين خصوصا مع مخالفه الشيخ فى النهايه التى قيل انها آخر كتبه و من هذه الفتوى يمكن استكشاف ما ادعاه من

الإجماع منقولاً لا محصلاً و اذن، فلا نظن وجود الإجماع فى المقام بل نظمن بعدهم.

و يضاف الى ذلك انه ليس هنا إجماع تعبدى إذ من المحتمل القريب أن المجمعين قد استندوا فى ذلك الى بعض الوجوه المتقدمه أو جميعها على ان الإجماع لا يكافؤ ما تقدم من أدله الصحه.

### **قوله:الرابع ما دل من العقل و النقل على عدم جواز،**

التصرف فى مال الغير إلا بإذنه.

أقول:قد استدل على بطلان بيع الفضولى بالدليل العقلى

### **و بيانه يحتاج الى مقدمات:**

#### **الاولى**

(و الظاهر انه لا احتياج الى هذه المقدمه)ان التصرف فى مال الغير قبيح عقلا و نقلا و هذا ظاهر لا شبهه فيه.

### **الثانيه:ان الفضولى متصرف فى مال الغير بالعقد عليه**

بدون إذنه

لأنه لم يقصد بعقده الهزل و الهذيان و الا كان أنشأ لغوا محضا و ساقطا عن درجه الاعتبار و انما قصد النقل و الانتقال حقيقه و لا ريب فى كون ذلك تصرفا.

### **الثالثه:أن التصرف فى مال الغير حرام**

لروايات الداله على حرمه التصرف فيها بدون اذن مالکها فنتيجه هذه المقدمات هى بطلان عقد الفضولى لأن النهى يقتضى الفساد كما حقق فى محله.

و فيه أولا:أن مجرد إنشاء البيع لا يعد تصرفا فى المبيع عند العرف لا تصرفا خارجيا و لا تصرفا اعتباريا سواء أ كان ذلك باذن المالك كالوكيل فى اجزاء الصيغه، أم كان بدون إذنه كالفضولى و ذلك



لان التصرف فى المال عبارته عن إبداع ما هو من شؤن المالك سواء أ كان ذلك تصرفا خارجيا كالأكل و الشرب و الاستغلال تحت الخيمه أم كان تصرفا اعتباريا كالبيع و الإجاره و نحوهما.

و هذا بخلاف الفضولى، فإنه و ان لم يكن هازلًا فى إنشائه و لا غالطا و لا ساهيا و لا لاغيا و لا لاهيا و لا مستهزئا و لا سكرانا بل انما هو قصد البيع الا- انه يرى نفسه نائبا عن المالك و باع ما له فضولا متوقعا لإجازته بحيث لا يصدق عنوان البيع على إنشائه صدقا حقيقيا الا بعد الإجازة التى بها يتحقق التصرف الاعتبارى فى المبيع و يستند البيع الى المالك المجيز لا بالإنشاء الساذج الفضولى.

و ثانيا اننا لو سلمنا كون الإنشاء الخالص تصرفا فى المبيع و لكنه لا دليل على حرمة التصرف فى مال الغير على وجه الإطلاق بقيام السيره العقلانيه على جواز الاستضلال بحائظ الغير و الاستضاء بضياته و الاصطلاء بناره و دق باب داره لاستعلام حاله و أشباهها و لم يردع الشارع المقدس عنها جزما و اما أدله حرمة التصرف فى أموال الناس فهى منصرفه عنها قطعا.

ثالثا اننا لو سلمنا كون الإنشاء تصرفا فى المبيع و سلمنا حرمة أيضا، و لكن ذلك فيما لم يستكشف جوازه من القرائن الحاليه أو المقاليه و الا، فلا شبهه فى جوازه بناء على أن مثل هذا الاذن لا يخرج العقد عن الفضوليه كما هو كذلك لأن الاذن قد تعلق- بالإنشاء لا- بالمنشأ و الذى يخرج العقد عن الفضوليه انما هو الثانى دون الأول و عليه، فيكون الدليل أخص من المدعى الا ان يلتزم بصحة بيع الفضولى فى هذا المورد لعدم كونه مشمولا للدليل العقلى

و بطلانه في سائر الموارد، و لكن الظاهر أن القائلين بالفساد انما يريدون السلب الكلى و حينئذ فيكفى في نقضه الإيجاب الجزئى.

و رابعاً: أنا لو سلمنا جميع ما ذكر و لكن انما يحرم الإنشاء من الأجنبى مع العلم و العمد و اما مع الجهل بذلك أو مع الغفله عنه، فلا وجه لحرمة و من الظاهر أن مورد بحثنا أعم من ذلك و اذن، فيكون الدليل أيضا أخص من المدعى.

و خامساً: أنا لو سلمنا ذلك أيضا و لكن النهى عن المعاملات لا يوجب الفساد و ان أصر عليه شيخنا الأستاذ و تفصيل ذلك في محله نعم لو كان النهى إرشادا إلى فساد المعامله سواء أ كان - تحريماً أم كان تنزيهاً فلا شبهه في دلالة على فسادها قد تقدم ما يمس بالمقام. ص ٧٥ و سادساً: أن الفساد من قبل الفضولى و عدم استناد البيع اليه لا يستلزم الفساد من قبل المالك، و لا ينافى الصحة التأهليه و جواز استناده الى المالك بالإجازة اللاحقه.

### **و قد يستدل على بطلان بيع الفضولى بأنه انما حكم ببطلان**

البيع الآبق من ناحيه تعذر التسليم

الذى هو شرط فى صحة البيع و من الواضح أن بيع مال الغير اولى بعدم الجواز، لفقد السبب و الشرط معا.

و فيه: أنا نعتبر الملك و قدره على التسليم بالنسبه إلى المالك المجيز لا العاقد و الا لم يصح عقد الوكيل فى إجراء الصيغه فقط لانه ليس بمالك و لا قادر على التسليم و لا فارق بينه و بين الفضولى من هذه الناحيه.

ص: ١٠٣

وقد يستدل على بطلانه بأن عقد الفضولي مشتمل على الغرر للجهل بحصول أثره وقد نهى النبي (صلى الله عليه وآله) عن بيع الغرر.

و فيه أولاً: أنه انما يلزم ذلك إذا حكمنا بلزومه ولكنه ليس يلزم و عليه، فيرتفع الغرر بجواز الفسخ و ثانياً: أن عمده الدليل على بطلان بيع الغررى انما هو الإجماع لأن النبوى ضعيف السند و غير منجر بشيء و المتيقن منه غير ما نحن فيه.

ثم انه ذكر السيد فى حاشيته عند قول المصنف (و الجواب أن العقد) لا يخفى ان الفضولى إنما يقصد النقل و الانتقال جدا مطلقا لا- هزلا و لا معلقا على الإجازة و الا لم يكن صحيحا مع الإجازة أيضا و حينئذ فلا يبعد صدقه عليه عرفا كما يصدق على بيع الغاصب إلخ.

و يرد عليه أولاً: ما ذكرناه سابقا من عدم كون ذلك تصرفا و لا يقاس ذلك ببيع الغاصب الذى يرى المال لنفسه و يبيع لنفسه لكن يستند البيع اليه و اين هذا من الفضولى.

و ثانياً: ان قوله و لا- معلقا عليه سهو من القلم لما عرفته فى مبحث التعليق أن التعليق على ما هو دخيل فى صحة العقد لا يوجب بطلانه لأن صحة العقد متوقفه واقعا على ذلك ثم انه ذكر هنا أمور لبطلان بيع الفضولى و لكن قد أغمضنا عنها إذ لا يهمنا- التعرض لها.

حكم بيع الفضولى مع سبق منع المالك

**قوله المسأله الثانيه أن يسبقه منع المالك.**

**اشاره**

أقول: المعروف و المشهور بين الفقهاء رضوان الله عليهم هو صحة بيع الفضولى مطلقا و حكى عن بعض التفصيل فى ذلك بين

ص: ١٠٤

سبق المنع و عدمه و يشير اليه ما عن المحقق الثاني في بيع الغاصب حيث احتمل الفساد نظرا إلى القرينه الداله على عدم الرضا و هي الغصب و يشير إليه أيضا ما حكى عن فخر الإسلام من انه زاد بعضهم اى بعض القائلين بصحة الفضولى عدم مسبوقيه الصيغه بنهى المالك و يظهر هذا فيما حكى عن العلامه فى نكاح التذكره من حمل النبوى أيما عبد تزوج بغير اذن مولاه فهو عاهر، بعد ما رماه الى ضعف السند على انه نكح بعد منع مولاه و كراهته له فإنه يقع باطلا و هذه العبارة و ان سردها فى النكاح الا أنه لم يفرق بين النكاح و غيره، فيلزم أن يقول بمثله فى البيع أيضا.

و يتوجه عليه أولا- أن الظاهر من النبوى هو المنع عن مطلق الزواج الفضولى لا- عن الفضولى المسبوق بالمنع فقط و عليه فلا بدّ من تخصيصه على تقدير صحته بما دل على صحة عقد الفضولى.

و ثانيا: انا لو سلمنا تكافؤهما و لكن لا بدّ من تقديم أدله الصحة لضعف النبوى سندا و مع صحة سنده فيتساقطان فيرجع الى العمومات.

و ثالثا: أن الظاهر من النبوى انما هو المنع عن تزويجه و ترتيبه آثار الزوجيه بلا استيذان و لا استجازة من مولاه و لا شبهه فى كونه زانيا و هذا لا ربط له بالفضولى المسبوق بالمنع.

### **ثم انه يقع البحث هنا فى جهتين**

الاولى: فى أنه هل هنا دليل يقتضى صحة عقد الفضولى مع سبق المنع عنه من المالك؟ الثانى: فى أنه هل هنا ما يدل على بطلان العقد بحيث يكون مانعا عن تأثير ما يقتضى الصحة؟

فإن كان الدليل على صحة بيع الفضولى هو العمومات فلا- يفرق فى ذلك بينما يكون مسبوقا بمنع المالك و عدمه فإنه مع لحوق الإجازة يكون مسمولا للعمومات فى كلتا صورتين و الا فلا، و ان كان الدليل على صحته هو خبر البارقى المتقدم، فلا شبهة فى اختصاصه بصوره عدم المنع عن البيع إذ المفروض فيه ان النبى (صلى الله عليه و آله) قد امره باشتراء الشاه من دون نهى عن بيعها و لذا دعاه بالخير و البركه و قال: بارك الله فى صفقه يمينك، و ان كان الدليل على صحته صحيح محمد بن قيس فالظاهر من قول أبى البايغ (ان وليدتى باعها ابنى بغير اذنى)، هو عدم سبق المنع عن البيع و الا- لكان الاحتجاج بذلك على مقصده اولى و أقرب من الاحتجاج عليه بعدم الاذن فى البيع و على هذا، فلا يبقى مجال لاستفاده العموم من الصحيحه من ناحيه ترك الاستفصال.

و دعوى أن قوله: باعها بغير إذنى أعم من المنع و عدم الاذن، دعوى فاسده للفرق الواضح بين أن يقول الإنسان لأحد ما أذنت لك فى الفعل الفلانى و بين أن يقول له نهيتك عن ذلك و لا ريب فى أن الثانى أقوى للاحتجاج فى مقام المخالفه و ان كان الدليل على صحة بيعه الروايات الواردة فى الزواج العبد بغير اذن سيده معللا بأنه لم يعص الله و انما عصى سيده فإذا اجازة فهو جائز، فدلالته على صحة بيع الفضولى هنا بوجهين الأول من ناحيه الفحوى و بيان ذلك أن السيد و ان لم يكن راضيا بزواج العبد بل كان يكرهه كراهه شديده و لكن حيث لم يكن الزواج معصيه لله بل كان عصيانا للسيد فقط، لم يخرج بذلك عن الصحة التأهليه لرجاء

زوال العصيان بالإجازة المتأخره، و إذا صح الزواج بالإجازة اللاحقه مع كونه مسبقا بکراهه السيد صح مع كونه مسبقا بالمنع أيضا لأن ما هو مناط العصيان أعنى به مبغوضيه الزواج موجود فيهما بلا فرق بين إظهارها بمظهر خارجي و عدمه و إذا صح الزواج صح غيره بالأولويه القطعيه. و يتوجه عليه: أن الروايات المزبوره خاليه عن كون الزواج مسبقا بالنهاي إذ لم يذكر فيها الا كون الزواج عصيانا للسيد لا كونه منهيًا عنه و المراد بالعصيان ليس هو مخالفه نهى المولى لكى يستفاد المنع الصريح من ذلك بل المراد به انما هو عدم الاستيذان منه فى النكاح بمقتضى قانون العبوديه على ما هو صريح الروايه و اذن، فلا دلالة فى تلك الروايات على نفوذ بيع الفضولى المتعقب بالإجازة مع المنع السابق.

و دعوى استفاده المنع منها و لو بشاهد الحال بين الموالى و العبيد، دعوى فاسده لأن حالهما تشهد على عدم رضا المولى بفعل عبده الا بالاستجازه و الاستيذان و الا، فيكون خارجا عن زى الرقيه و العبوديه و هذا غير كونه ممنوعا عن الاستقلال فى الفعل - بمنع صريح.

و يضاف الى ذلك ما ذكره المحقق الايروانى من أنه مع وجود شهاده الحال على المنع خرج عن محل البحث إذ شهاده الحال بوجودها الاستمرارى الى ما بعد العقد تكون ردا فلا تجدى بعده الإجازة.

على انا لو سلمنا دلالة الروايات المزبوره على صحه زواج العبد

مع المنع السابق و لكنها بعيدة عن الفضولى المصطلح لما ذكرناه سابقا من ان عقد النكاح فى مورد الروايات مستند الى العبد و انه بنفسه طرف للمعاقد و المعاهده غايه الأمر أن نفوذه متوقف على اجازة السيد و لا شبهه فى ان هذا غير ما هو مورد البحث فى مبحث الفضولى و اذن فلا وجه لدعوى الفحوى المتقدمه.

الوجه الثانى من ناحيه عموم التعليل المذكور فى تلك الاخبار حيث ان الامام(عليه السلام)قد علل فيها صحه نكاحه بالإجازة المولى بأن نكاحه مشروع بذاته و انه ليس معصيه لله تعالى و من الظاهر انه لا يفرق فى مشروعيه نكاح العبد و عدم كونه معصيه لله و نفوذه بإجازة المولى بين كونه مسبقا بالنهى و عدمه، فإذا صح النكاح صح كل - معاملة مشروعته بذاته، فان كونه معصيه للسيد مما يرجى زواله و هذا بخلاف ما إذ كان ذلك معصيه لله فإنها غير قابله للزوال.

و لكن ظهر جوابه مما تقدم من ان الزواج الصادر من العبد مستند اليه و عقد له و ان كان نفوذه مشروطا برضا المولى فلا ربط له بالفضولى المصطلح، فيكون ذلك نظير بيع الراهن العين المرهونه بدون اذن المرتهن و تزويج بنت الأخ و بنت الأخت بدون اذن العمه و الخاله و اذن، فلا يمكن التمسك بعموم التعليل المذكور فى تلك الروايات الا - فيما يسانخ مورد التعليل و اما بقيه الوجوه، فقد عرفت انها لم تدل على صحه بيع الفضولى مع عدم سبق المنع، فكيف إذا كان مسبقا به و كذلك المؤيدات المتقدمه فلا وجه لاطاله البحث عن ذلك.

### **اما الوجه الثانى وجود المنع على بطلان العقد**

فذكر المصنف: (أن العقد إذا وقع منها عنه فالمنع الموجود بعد العقد و لو آنا ما كاف فى الرد فلا ينفع الإجازة

اللاحقه بناء على أنه لا يعتبر فى الرد سوى عدم الرضا الباطنى بالعقد على ما يقتضيه حكم بعضهم بأنه إذا حلف الموكل على نفى الأذن فى اشتراء الوكيل انفسخ العقد لان الحلف عليه اماره عدم الرضا).

و فيه أولاً: أن الباقي بعد العقد ليس إلا الكراهه المستمره من زمان المنع الى بعد العقد و لكن ذلك أجنبى عن الرد بديهه أن معنى الرد انما هو حل العقد و ابطال ما حصل به من الربط و لا شبهه فى أن هذا لا يتحقق إلا بالإنشاء الذى هو مفقود فى المقام على الفرض كما أن الفسخ لا يوجد إلا بالإنشاء لأن الكراهه الباطنيه كالرضا الباطنى لا يؤثران فى الرد و الإجازة و لا فى الفسخ و الإمضاء و ثانياً: أن الرد لم يثبت بدليل لفظى لكى يتمسك بإطلاقه و يحكم بتحقيقه بالكراهه الباطنيه الباقية الى بعد العقد بل انما ثبت ذلك بالإجماع و من الواضح أنه دليل لئى، فلا يؤخذ به الا بالمقدار المتيقن و هو إنشاء الكراهه و عدم الرضا بمظهر خارجى من اللفظ و غيره و من هنا التزم الفقيه الطباطبائى بجواز تأثير الإجازة بعد الرد و هذا نصه: (الحق أن الرد من المالك غير مانع من الإجازة بعد ذلك و لا يوجب الفسخ. اما ظهور الإجماع فمضافا الى المنع منه لا دليل على حجيته ما لم يصل حد القطع بل أقول: لا يصح دعوى الإجماع القطعى على بطلان العقد إذا تخلل الرد من القابل بين الإيجاب و القبول، نعم لا يبعد دعواه على بطلانه إذا رد الموجب إيجابه قبل قبول القابل ص ١٥٩).

**اما الفرع الذى حكاه المصنف عن بعض من أنه إذا حلف الموكل على نفى الإذن إلخ،**



فتاره نفرضه فى غير زمان الخيار و اخرى فى زمانه كما فرضه كذلك شيخنا الأستاذ و إليك لفظ مقرر بحثه: (و فسخ عقد الوكيل لو كان خياريا بحلف الموكل على نفي الاذن فى اشتراء الوكيل، لو سلم انما هو لأماريه الحلف على الفسخ لا لمجرد كراهه الموكل باطنا، بل لا يبعد أن يكون نفس إنكار الوكالة فسخا كما أن إنكار الطلاق رجوع).

و ان كان فى زمان الخيار فيفسخ العقد بإنكار الوكالة بلا احتياج الى الحلف على نفي الاذن فى اشتراء الوكيل، و ذلك لان الموكل إذا أنكر وكالة المشتري فقد أقر بكون المبتاع للغير و لا شبهه أن هذا إقرار على نفسه، فيكون نافذا و هذا نظير إنكار الطلاق فى العده الرجعيه، فإنه يكفى فى الرجوع الى المطلقه بلا- احتياج الى الحلف على عدم وقوع الطلاق ضروره أن إنكار الطلاق إقرار على الزوجيه و لوازمها من الإنفاق و غيره، فيكون إقرارا على نفسه فينفذ على أن الحلف لا يكشف الا عن الكراهه الباطنيه و عدم الرضا و من الظاهر أن مجرد عدم الرضا لا يكفى فى الرد بل لا بد فيه من الإنشاء و قد عرفته آنفا.

و من هنا ظهر انه لا يتم ما ذكره المصنف (ره) هذا لفظه (و ما ذكره فى حلف الموكل غير مسلم و لو سلم فمن جهة الإقدام على الحلف على ما أنكره فى رد البيع و عدم تسليمه له).

و أن كان ذلك فى غير العقد الخيارى، فهو بحسب طبعه على نحوين لأنه تارة ينكر التزامه بالعقد و ينكر الوكالة أيضا و يحلف على ما أنكره و اخرى ينكر الوكالة فقط و يحلف على ما أنكره من دون أن

ينكر التزامه بالعقد و على الأول، فيحكم ببطلان المعامله إذ المفروض أنه ليس هنا التزام عقدي أصلا و من هنا ظهر أن الصحيح هو ما ذكرناه من التعبير بالبطلان دون الانفساخ إذ لم يتحقق هنا عقد لكي يحكم بانفساخه و على الثاني فيحكم ببطلان الوكاله فقط دون العقد، إذ لا تحتاج صحته إلى صحه الوكاله و قد ظهر لك مما ذكرناه أن مجرد إنكار الوكاله لا يكفي في بطلان ما أنشأه الوكيل من العقد بل لا بد في الحكم ببطلانه من وجود القرينه الخارجيه على إرادته الصوره الاولى و أن المنكر انما ينكر الوكاله و التزامه بالعقد الصادر من الوكيل كليهما و الا فيحكم بصحه العقد و بطلان الوكاله فقط.

(بحث في بيع الفضولى لنفسه)

**قوله: المسأله الثالثه أن يبيع الفضولى لنفسه**

**اشاره**

و هذا غالبا يكون في بيع الغاصب و قد يتفق من غيره بزعم ملكيه المبيع كما في مورد صحيحه الحلبي المتقدمه في الإقاله بوضيعة و الأقوى فيه الصحه أيضا وفاقا للمشهور.

أقول: المعروف و المشهور بين الأصحاب هو صحه بيع الفضولى لنفسه و هذا هو الغالب في بيع الغاصب و قد حكى عن كثير من الأصحاب أنه يقف على الإجازة كسائر البيوع الفضوليه و منهم العلامه في بيع المختلف و غصب التحرير و بيع التذكره و القواعد و غصبهما و الشهيد و السيورى و الصيمرى و الكركى و حكى عن فخر الإسلام أنه اختاره بناء على صحه الفضولى و هذا مقتضى إطلاق الباقيين بل هو لازم فتوى الأصحاب في ترتب العقود على احد العوضين حيث حكموا

ص: ١١١

بأن للمالك أن يجيز منها ما شاء و من الظاهر أنه لا تتم هذه الفتوى بإطلاقه الا على القول بصحة بيع الفضولي لنفسه و عن فخر المحققين أنه على القول ببطلان بيع الفضولي فيبيع الغاصب اولى بالبطلان و على القول بوقوف بيع الفضولي على الإجازة فالأكثر على أنه كذلك في الغاصب مع جهل المشتري إلخ.

**ثم انه يقع الكلام هنا أيضا في جهتين**

حذو المسأله السابقه.

**الاولى: في وجود المقتضى لصحة البيع و عدمه،**

و الثانيه في وجود المانع عن ذلك و عدمه أما الجبهه الاولى فلا شبهه في أن بيع الفضولي لنفسه مع لحوق الإجازة من المالك مشمول للعمومات و المطلقات الداله على صحة العقود و لزومها و هذا ظاهر.

و يضاف الى ذلك صحيحه محمد بن قيس المتقدمه في المسأله الأولى حيث عرفت دلالتها على صحة بيع الفضولي للمالك مع عدم كونه مسبقا بالمنع و بضميمه ترك الاستفصال نعم هذه المسأله أيضا ضروره أنه لو كان هناك فرق بين المسألتين لفصل بينهما الامام (عليه السلام) مع أنه لم يفصل بينهما و ترك الاستفصال اماره العموم و اذن فتدل الصحيحه على صحة بيع الفضولي في كلتا المسألتين و ان ناقشنا في دلالتها على صحته في المسأله الثانيه لأجل خصوصيه فيها.

و اما الاخبار الوارده في صحة نكاح العبد لنفسه بلا اذن سيده فقد عرفت عدم دلالتها على صحة بيع الفضولي في المسأله الاولى و كذلك في المسأله الثانيه، فعدم دلالتها على صحته هنا أولى إذ المفروض أن البيع في المسألتين المتقدمتين للمالك بخلافه هنا فإنه للبائع لأنه باع مال غيره لنفسه فالتمسك بها هنا أردء من التمسك

ص: ١١٢

بها هناك.

و أما بقيه الوجوه التى استدلت بها على صحة بيع الفضولى فقد عرفت عدم دلالتها على صحة بيع الفضولى فى المسألتين المتقدمتين فضلا عن دلالتها عليها فى هذه المسأله.

### **اما الوجه الثانى، أى وجود المانع لصحة البيع و عدمه**

فقد ذكروا وجوها لبطلان بيع الفضولى لنفسه و لكن عمدتها وجهان:

### **الأول أنه مع علم البائع بكون المبيع لغيره لا يتمكن من قصد**

البيع لنفسه

لأنها لا تتحقق الا بدخول أحد العوضين فى ملك من خرج المعوض عن ملكه و حينئذ فالصادر من الفضول ليس يباع حقيقيا بل انما هو صورته بيع نظير بيع الهازل و الغالط و الساهى.

و على لجملة ان حقيقه المعاوضه التى هى عبارته عن دخول احد العوضين فى ملك مالك الآخر غير مقصوده للعاقده و ما هو مقصود له من وقوع البيع لنفسه ليس بمعاوضه بين المالكين و انما هو معاوضه صوريه و اذن، فلا- سبيل لنا الى تصحيح بيع الفضولى لنفسه.

و يتوجه عليه.

أولاً- أن الدليل المذكور أخص من المدعى لانه مختص بالغاصب العالم بغصبيه المبيع فلا يجرى فى الجاهل بغصبيته و لا فى الغافل عن ذلك.

و ثانياً: أن العلم بالغصبيه إنما يمنع عن قصد التبديل بين المالكين فى نظر الشارع دائما و فى نظر العرف أحيانا كبيع السرقة و الخيانه على رؤس الاشهاد و بمراى من الناس و مسمع منهم لا- فى نظر المتبايعين لأننا ذكرنا مرارا أن حقيقه البيع عبارته عن الاعتبار-

ص: ١١٣

النفساني المظهر بميزر خارجي، و من الظاهر أنه يمكن تحقق هذا المعنى بمحض وجود المتبايعين، و ان لم يكن في العالم شىء من الشرع و أهل العرف و اما كونه ممضى للعقلاء و الشرع، فهو أمر خارج عن حقيقه البيع و انما هو من الأحكام اللاحقه له و على هذا فالبايع الغاصب مثلا، و ان قصد دخول الثمن في ملكه مع ان المبيع قد خرج عن ملك غيره و لكن الإخلال بذلك لا يوجب الإخلال بحقيقه البيع لان قصد حقيقته، لما كان مستلزما لقصد دخول احد العوضين في ملك من خرج الآخر عن ملكه تحققت المعاوضه حقيقه و ان انضم الى ذلك قصد وقوعه لنفسه باعتبار تنزيل نفسه منزله المالك، لان تعيين المالك الواقعي غير معتبر في مفهوم تحقق حقيقه البيع بل القصد الى العوض و تعيينه يغني عن القصد الى المالك و تعيينه.

نعم يعتبر في مفهوم البيع قصد المتبايعين دخول العوض في ملك من خرج المعوض عن ملكه و بالعكس و الا فلا يصدق عليه البيع و عليه، فلو اشترط على البائع دخول الثمن في ملك الأجنبي أو اشترط على المشتري دخول المبيع في ملك غيره كان ذلك سببا لبطلان البيع جزما ضروره أن الاشتراط المزبور على خلاف مقتضى العقد و قد تقدم تفصيل ذلك في الجزء الثالث.

و الذى يكشف عن صحه ما ذكرناه أنه لو باع احد متاعا بتخيل أنه سرقه أو خيانه فبأن أنه مال نفسه حكم بصحه البيع و كذلك إذا باع شخص مالا باعتقاد أنه لأبيه فبان أنه لنفسه صح البيع بلا خلاف في ذلك و أوضح من الكل أنه لو تزوج شخص امرأه بتخيل أنها خامسه أو ذات بعل أو أخت زوجته فبان انها ليست بأخت زوجته و لا انها

ذات بعل و لا- انها خامسه بل هي امرأه خليه يجوز تزويجها حكم بصحة الزواج اتفاقا مع أن العاقد لم يقصد هناك الا الزواج الفاسد.

فتحصل من جميع ما ذكرناه أن قصد البائع الغاصب كون البيع لنفسه لا يؤثر في فساده و هذا ظاهر و قد أشار المصنف الى ما ذكرناه بقوله: ان قصد المعاوضه الحقيقيه مبني على جعل الغاصب نفسه مالكا حقيقيا و ان كان هذا الجعل لا حقيقه له لكن المعاوضه المبنيه على هذا الأمر الغير الحقيقي حقيقه نظير المجاز إلا- دعائي في الأصول نعم لو باع لنفسه من دون بناء على ملكيه المثلث و لا اعتقاد له كانت المعامله باطله غير واقع له و لا للمالك لعدم تحقق معنى المعاوضه.

و اذن فلا يتوجه عليه ما ذكره المحقق الايرواني و هذا عبارته:

كيف تكون المعاوضه المبنيه على أمر غير حقيقي حقيقه و هل يزيد الفرع على أصله و لعمرى أن هذه الدعوى من المصنف(ره) في غير محلها، لان غرض المصنف من قوله لكن المعاوضه المبنيه على هذا الأمر الغير الحقيقي حقيقه، إنما حقيقه المعاوضه مقصوده للبائع بتبع الأمر إلا دعائي و في الحقيقه ان المقصود انما هو الأمر الواقعي.

### **الوجه الثاني: ان الفضولي لم يقصد الا البيع لنفسه**

و عليه فان تعلقت اجازة المالك بما قصده الفضولي كان ذلك منافيا لصحة العقد لان معناها هو صيروره المثلث لملك المثلث ياجازته و ان تعلقت بغير ما قصده الفضولي كانت عقدا مستأنفا لا إمضاء لنقل الفضولي فيكون النقل من المنشئ غير مجاز و المجاز غير منشأ و بعبارة اخرى ان ما قصده الفضولي من المبيع لنفسه ليس قابلا- للإجازة لما عرفته من أن دخول العوض في ملك من خرج المعوض عن ملكه مأخوذ في مفهوم البيع و

ما هو قابل للإجازة لم ينشئه الفضولي و اذن فالمجاز غير واقع و الواقع غير مجاز.

و قد ظهر جوابه مما ذكرناه فى الجواب عن الإشكال الأول من أن حقيقه البيع عباره عن اعتبار تبادل مال بمال فى جهه الإضافه و إظهاره بمظهر خارجى سواء علم به المالك أم لا و سواء أقصده العاقد أم لا، فان كل ذلك خارج عن حقيقه البيع و من الظاهر أن الفضولى قد قصد هذا المعنى غايه الأمر أنه قصد كونه لنفسه من جهه الخطاء فى التطبيق و ذلك لأنه إنما قصد المعاوضه بين ملكى المالكين مع اعتقاده أو بنائه على انه مالك فيلغى هذا البناء و يحكم بصحه العقد بالإجازة اللاحقه و اذن، فلا يتوجه ما قيل من أن المنشأ غير مجاز و المجاز غير منشأ بل المنشأ هو المجاز لأن الإجازة قد تعلقت بالتبديل بين ملكى المالكين إذ المنشئ لم ينشأ إلا أصل التبديل الذى - ينشئه نفس المالك و قصد كونه لنفسه لا يضر بذلك و هذا نظير أن يوجه البائع خطابه الى غير المشتري اشتباها و يقول بعتك هذا المتاع و يقول المشتري قبلت هكذا فإنه لا شبهه فى صحه البيع حيثند ضروره أن اقتران الإيجاب بكاف الخطاب انما هو من ناحيه الخطأ فى التطبيق فلا يضر بصحه البيع.

و من الموضحات لما ذكرناه هو أنه إذا اعطى أحد ديناراً لشخص و و كله فى شراء متاع و اشتبه الوكيل، فقصد الاشرء لنفسه ثم التفت بذلك فإنه لا - شبهه فى كون البيع للموكل، و أوضح من ذلك أنه لو ابتاع زيد متاعاً من عمرو لموكله، فتخيل عمرو أنه اشترى لنفسه فوجه الإنشاء اليه و قال بعتك هذا المتاع و قبله زيد، ثم انكشف انه قد

اشتره لموكله فان ما قصده البائع من كون الاشرء لعمر و لا يضر بحقيقه البيع.

و على الجملة أن المقصود للبائع فى مرءه الإنشاء أمران أحدهما حقيقه البيع المبرزه بمبرز ءارءى و ثانيهما إضافته إلى نفسه و هذه الإضافه ان طابقت الواقع فهو، و الا كانت لاغيه.

ثم لا- يخفى عليك أن ما ذكرناه ءار فى ناحيه المشتري أيضا حذو النعل بالنعل فإنه إذا قبل الإيجاب و اضافه الى نفسه فقال- مثلا- قبلت فان كان هذه الإضافه مطابقه للواقع فهو و الا كانت فاسده و لكن فسادها لا يضر بصحه البيع بل يقع الشراء لمالك الثمن و قد حكم المصنف بصحه الشراء حينئذ بوجه أءر و هذه عبارته: ان نسبه الملك إلى الفضولى العاقد لنفسه فى قوله تملك منك أو قول غيره له ملكتك ليس من حيث هو بل من حيث جعل نفسه مالكا للثمن اعتقادا أو عدوانا و لذا لو عقد لنفسه من دون البناء على مالكيته للثمن التزمنا بلغويته ضروره عدم تحقق مفهوم المبادله فإذا قال الفضولى الغاصب المشتري لنفسه تملك منك كذا بكذا فالمنسوب اليه التملك انما هو المتكلم لا من حيث هو بل من حيث عد نفسه مالكا اعتقادا أو عدوانا و حيث ان الثابت للشىء من حيثيه تقييده ثابت لنفس تلك الحيثيه فالمسند اليه التملك حقيقه هو المالك للثمن إلء.

و يتوجه عليه أن الثابت للشىء من حيثيه تقييده و ان كان ثابتا لنفس تلك الحيثيه و لكن لا على وجه الإطلاع بل لخصوص الحصه الحاصله من تلك الحيثيه فى ضمن ذلك الشىء سواء كانت هذه الحصه حقيقه كما إذا كان المتبايعان مالكين حقيقه أم كانت ادعائيه



كما فيما نحن فيه و عليه،فاجازه المعامله الخاصه لا تقتضى إلا وقوع المعامله لمن أنشأت له المعامله لا لغيره لان وقوعها لغيره يستلزم تعدد الإنشاء و هو منفي هذا ما ذكرناه في وجه الصحه.

و قد أجاب عنه المحقق القمى على ما حكى عنه في بعض أجوبه مسائله بأن الإجازة في هذه الصوره مصححه للبيع لا بمعنى لحقوق الإجازة لنفس العقد كما في الفضولى المعهود بل بمعنى تبديل رضى الغاصب و بيعه لنفسه برضا المالك و وقوع البيع عنه الخل و عليه فيكون ذلك عقدا جديدا كما هو أحد الأقوال في الإجازة.

و فيه أنه قد يراد بذلك ما حكى عن كاشف الرموز من أن الإجازة من مالك المبيع بيع مستقل بغير لفظ البيع و هو قائم مقام إيجاب البائع و ينضم اليه القبول المتقدم من المشتري و حينئذ،فيلغو الإيجاب الصادر من الفضولى فيكون ذلك من موارد تقدم القبول على الإيجاب المتأخر.

و يرد عليه أنا لو سلمنا جواز تقدم القبول على الإيجاب و سلمنا أيضا جواز الفصل الطويل بين الإيجاب و القبول و أغمضنا عن مخالفه هذا الاحتمال لصريح كلام المحقق المزبور أنه لا- يمكن أن تكون الإجازة اللاحقه إيجابا متأخرا للقبول المتقدم لان القبول المزبور انما هو قبول لما أنشأه الفضولى،و الإجازة المتأخره على تقدير كونها إيجابا لا يمكن أن يكون إيجابا لذلك القبول لعدم المطابقه بينهما بل لا- بد و ان يكون له قبول آخر و قد ذكرنا في الجزء الثالث أن اعتبار التطابق بين الإيجاب و القبول من ناحيه البائع و المشتري من الأمور الواضحه و اذن فلا يمكن أن تجعل الإجازة اللاحقه مع القبول المتقدم عقدا

و قد يراد من كلامه أن للإجازة جهتان جهة إيجاب و جهة قبول فالمالك المجيز من جهة الإيجاب غير أصيل و من جهة القبول اما- و كيل المشتري أو وليه.

و يرد عليه أنه لا- دليل على كون المجيز و كيل- للمشتري و لا- وليا له أضف الى ذلك أن الإجازة اللاحقه ليست الا رضا بالعقد السابق فلا وجه لجعلها ذى جهتين جهة إيجاب و جهة قبول و هذا ظاهر و ما حكاه المصنف عن الشيخ الكبير فى شرحه على القواعد من (أنه ربّما يلتزم صحه أن يكون الإجازة لعقد الفضولى موجب له لصيروره العوض ملكا للفضولى)، ثم قال (و تبعه غير واحد من أجلاء تلامذته و ذكر بعضهم فى ذلك وجهين).

الأول أن قضيه بيع مال الغير عن نفسه و الشراء بمال الغير لنفسه جعل ذلك المال له ضمنا حتى انه على فرض صحه ذلك البيع و الشراء تملكه قبل انتقاله الى غيره ليكون انتقاله اليه عن ملكه و ذلك لاستحاله دخول احد العوضين فى ملك غير مالك الآخر نظير ما إذا قال أعتق عبدك عنى أو قال بع مالى عنك أو اشتر لك بمالى كذا فهو تمليك ضمنى حاصل ببيعه أو الشراء و نقول فى المقام أيضا إذا أجاز المالك صح البيع و الشراء و صحته يتضمن انتقال اليه حين البيع أو الشراء فكما أن الإجازة المذكوره تصح البيع أو الشراء كذلك يقضى بحصول الانتقال الذى يتضمن البيع الصحيح فتلك الإجازة اللاحقه قائمه مقام الاذن السابق قاضيه بتمليكه المبيع ليقع البيع فى ملكه و لا مانع منه.

الثانى: انه لا دليل على اشتراط كون احد العوضين ملكا للعاقده فى انتقال بدله اليه، بل يكفى أن يكون مأذونا فى بيعه لنفسه أو الشراء به، فلو قال: بيع هذا لنفسك أو اشتر لك بهذا ملك الثمن فى الصورة الأولى بانتقال المبيع عن مالكه الى المشتري و كذا ملك الثمن فى الصورة الثانية، و يتفرع عليه أنه لو اتفق بعد ذلك فسخ المعاوضه رجع الملك الى مالكه دون العاقده.

**بقى هنا أمران**

**الأمر الأول جريان الفضولى فى بيع الكلى**

**اشاره**

قوله (ره)الأول: أنه لا فرق على القول بصحة بيع الفضولى بين كون مال الغير عينا أو فى الذمه.

أقول: إنَّ البائع تاره يبيع مال شخصه فى ذمه الغير كالدین فهو خارج عن الفضولى فإنَّه نظير بيع عين ماله الشخصى.

و اخرى يبيع مال غيره فى ذمه نفسه، فالظاهر خروجه أيضا عن الفضولى فإنه لا ميز لمال الغير فى ذمه نفسه.

و ثالثه يبيع ما فى ذمه شخص لآخر أو يشتري كذلك، فهذا لا شبهه فى كونه فضوليا و يتصور ذلك فى كل من البيع و الشراء على ثلثه أنحاء.

الأول ان يصرح البائع أو المشتري (تذكره أنه قد وقع فى بعض الموارد فيما إذا تكون الإجازة باطله و غير مفیده انّ العقد يبطل و هذا مسامحه بل المراد بطلان الإجازة و الا فلو انضم إليه إجازة أخرى نحكم بصحة العقد فانّ الرد لا يخرج العقد عن قابليه انضمام الإجازة إليه فكيف يبطلان الإجازة و ان شئت فقل ان عقد الغير لا يترتب عليه الأثر لعدم تحقق الإجازة فيه) الفضولين بالذمه بأن يقول بعثك كذا من الطعام مثلا فى ذمه عمرو أو اشتريته بخمسه دراهم فى ذمه بكر.

ص: ١٢٠

الثانى: ان يكون كلامه ظاهرا فى كون المبيع أو الثمن فى ذمه الغير كان يصنف البيع إليه، فإن ظاهر الإضافة كونه للغير و حينئذ، فيكون الثمن أو المثلن أيضا فى ذمته لما مر مرارا انه لا- يعقل دخول العوض فى ملك من لم يخرج العوض الآخر عن ملكه.

الثالث: ان لا يكون كلامه صريحا و لا ظاهرا فى كون البيع للغير بل انما يقصده للغير، و على هذا، فلو أضاف الكلى إلى ذمه الغير أو قصد هذا المعنى، ثم أضاف البيع الى نفسه و لم يظهر ما قصده بمبرز فى الخارج أو قصد هذا المعنى و أضاف البيع الى الغير و لكن أضاف الكلى إلى ذمته يقع التنافى بينهما ظاهرا مثلا لو قال اشترت هذا لفلان بدرهم فى ذمتى أو اشترت هذا لنفسى بدرهم فى ذمه فلان يقع التنافى كما أنه لو قصد الشراء لفلان و أضاف إلى ذمه نفسه أو قصد الشراء لنفسه و أضاف إلى ذمه غيره يقع التنافى بينهما ظاهرا.

### و هنا مسئلتان

الاولى: فى وقوع البيع للعائد مطلقا على تقدير ردّ الغير و عدم وقوعه له مطلقا أو يفصّل بين الشراء للغير بمال نفسه فيقال بالبطلان، و بين الشراء لنفسه بمال الغير فيقال بالصحة الثانية: فى صحة تلك المعامله مطلقا و عدم صحتها كذلك أو يفصّل كما تقدم.

### اما المسأله الاولى، فى وقوع البيع للعائد مطلقا

فالظاهر من صدر عباره العلامه أنه لو اشترى بما فى ذمه الغير و أطلق اللفظ يقف على أجازته و إذا ردّ يقع للمباشر، بل نسب ذلك الى العلماء.

و لكن الظاهر من ذيل كلامه ان الاشترى أنما هو بما فى ذمه

نفسه للغير حيث علل صحة الشراء بقوله لانه تصرف فى ذمته لا فى مال الغير.

و بالجمله يظهر منه التفصيل بين المثاليين و ان كان ظاهر الصدر من كلامه ينافى ظاهر ذيله ثم نسب ذلك الى ابي حنيفه حتى فى الأعيان الشخصيه.

و التزم شيخنا الأستاذ أيضا بذلك و كونه واقعا للعاقده مطلقا.

و لكن حكم العلامة الأنصارى(ره) بالبطلان و هو الحق و ان لم يساعد بذيله.

و الوجه فى بطلانه واقعا على تقدير الرد و عدم وقوعه للعاقده أنه قد عرفت فيما تقدم ان مفهوم البيع و حقيقته متقوم بالمبادله بين المالكين بحيث يدخل كل من العوضين مكان العوض الآخر سواء علم المالك أو لم يعلم فإن معرفته غير دخيله فى حقيقه البيع و صحته هذا فى بيع الأعيان الشخصيه، و اما فى بيع الكلى أو شرائه فحيث ان الكلى بما هو كلى ليس فيه شائبه المالىه من جهه و إنما يكون متصفا بالمالىه إذا أضيف إلى ذمه معينه لأن الذمه الغير المعينه أيضا كلى، فإضافه الكلى إلى كلى آخر لا يوجب التعيين و التشخص.

اذن فكون الكلى ثمنا أو مثمنا متقوم بإضافه إلى شخص معين لا من جهه لزوم تعيين المالك بل لكون تعيينه مقدمه لانصاف الكلى بالمالىه، حتى يكون قابلا للمعاوضه عليه لأن العوضين فى البيع بمنزله الزوجين فى النكاح فى لزوم التعيين.

و على هذا، فلو قصد الفضولى كون المعامله لغيره و ان لم

يظهر فلا- يعقل كونها لنفسه و ان كان ظاهره كذلك، فان تحقق المعامله و ظهورها في صفحه الوجود كان معلقا على إضافه الكلى إلى ذمه الغير و مع عدم وقوعها للغير لأجل رده، و عدم إمضائه ذلك كيف يعقل وقوعها عن العاقد؟ و الا، فيلزم كون ما يكون مقومًا للبيع و الشراء غير مقوم لهما فهل هذا الا- التناقض الواضح؟ و بعبارة أخرى اتصاف الكلى بالماليه و كونها طرفا للمبادله انما هو بالإضافه إلى الذمه و لو في عالم القصد، فإذا أزاله صاحب الذمه عن ذمته، فتنزل عن الماليه، فهذه الإزاله لا يعقل ان يوجب اتصاف الكلى أيضا بماليه اخرى ليكون قابلا للمعاوضه عليه، لأن إزاله اضافته عن ذمه ليس إضافه أخرى لدمه شخص آخر فاذن كيف يمكن القول بأنه إذا ردّ الغير الذى كانت المعامله له تقع ذلك للعاقد؟ فهل كان رده سببا لإضافه الكلى إلى العاقد أو اتصف الكلى بالماليه بغير اضافته؟ فكلاهما غيره معقول.

و من هنا انقدح ما فى كلام العلامة الأنصارى حيث أفاد فى وجه البطلان بما حاصله أنّ المال فى باب الفضولى مردد بين مالكة الأصلى و من وقع له العقد، فلا- معنى لخروجه عن ملك مالكة و تردده بين ان يدخل فى ملك الفضولى أو ملك من وقع له العقد.

و وجه انحلال: أنه بعد انحصار البيع أو الشراء بمن وقع له العقد، فلا معنى لتردد المال بينه و بين الفضولى، بل هو دائر بين ان يبقى فى ملك مالكة الأصلى و ان يدخل فى ملك من له العقد على تقدير أجازته العقد.

هذا كله فى مقام الثبوت و اما فى مقام الإثبات فظاهر الكلام

كون العقد للمباشر الا ان يثبت بينه و نحوها كونه للغير.

ثم ان شيخنا الأستاذ قد تصدى الى تصحيح العقد فى كلا المثالين اى سواء كان الشراء للغير بمال نفسه أو العكس.

و حاصل كلامه: أنه إذا اشترى مالا لنفسه بمال الغير أو اشترى مالا للغير بمال نفسه، فإن أجاز الغير فيكون له و الا فيكون للمباشر و حمل على ذلك كلام العلامة و فسر به بصوره الشراء فى ذمه نفسه لغيره على خلاف ما فسرناه سابقا و ان كان يساعده ذيل كلامه و الوجه فى ذلك: ان الفضولى إذا اشترى مالا للغير بمال نفسه فى الذمه فقد أنشأ بيعين: الأول اشتراؤه لنفسه من الغير، و الثانى بيعه لمن له العقد بلا مرابحه و وضعه كما هو كذلك فى بيع التولية، فيكون ذلك من مصاديقه، فكون البيع للفضولى ليس خارجا عن القاعده مع رد من له العقد فان رده يوجب انحلال - البيع الثانى دون الأول.

و على ما ذكره شيخنا الأستاذ لا يرد اشكال المصنف أيضا فإنه على تقدير صحته أنما هو فيما يكون هنا بيع واحدا دائرا بين كونه للفضولى أو من له العقد و اما بناء على ما ذكره الأستاذ فهنا بيعان أحدهما للمباشر، و الثانى لمن له العقد فبطلان الثانى للرد لا يوجب بطلان الأول.

و لكنه ليس بتمام، لأنه أولا لا يتم فى البيع فان بيع التولية مختص بالشراء من الغير، فلا يجرى فى البيع.

و ثانيا أنه على هذا يكون الإجازة اللاحقه قبولا للإيجاب الذى تحقق فى ضمن الشراء من الغير، فمع الغض عن إخلال الفصل

البعيد بين الإيجاب و القبول، و عن الإشكالات الأخرى، ان هذا مع الإجازة يكون عقدا مركبا من الإيجاب و القبول الحاصلين من الاصيلين فلا يكونان مربوطين بالعقد الفضولي الذى هو محط كلا منا مع أنه ليس الأمر كذلك لأنه لو مات الفضولى، ثم أجاز المالك بيعه أو شرائه فلا شبهه فى صحته، و اما لو مات الموجب قبل تحقق القبول فيكون باطلا بلا شبهه فيعلم من ذلك أنه ليس هنا عقدان و يبعان بل عقد واحد على أنه خلاف الظاهر من كلام الفضولى.

و أوضح من ذلك فى البطلان البيع للغير فإنه لا يجرى فيه ما ذكره الأستاذ من إرجاعه إلى بيعين و عقدين كما ذكرنا.

و بالجمله ما ذكره شيخنا الأستاذ لا يمكن المساعدة عليه بوجه و لا ينطبق على بيع الفضولى، و على خلاف الظاهر بمكان.

و اما تصحيح ذلك بالالتزام بالنيابة، فأیضا لا وجه له لأنه على تقدير الالتزام بذلك فليس معناها الالتزام بالضمان عن الغير بحيث على تقدير ردّ الغير يكون الضمان عليه طولاً فإنه دعوى بلا دليل بل معناها جعل نفسه نازلا منزله الغير فى إيجاب العقد فكأنه شخص تنزىلى للغير و حينئذ، فيكون العقد مع الرد فاسدا من أصله لكونه راجعا اليه فلا يكون واقعا عن العاقد النائب كما هو الظاهر فإن النائب ليس له موضوعيته بل هو قنطره إلى المنوب عنه فالمناطق فى الصحة و البطلان إمضاءه و رده.

### و اما المسألة الثانية أعنى صحة المعاملة فيما جمع بين المتنافيين

اما لفظا أو قصدا بان يقصد الغير و أضاف إلى نفسه،

فحكم شيخنا الأستاذ بكونه للعاقد أيضا و قد أفاد فى وجه ذلك وجوها.



الأول: ان الأمور البنائيه و الأغراض المنويّه لا اثر لها ما لم تنشأ بما هو آله لإنشائها من الفعل أو القول.

الثانى: انّ الالتزامات العقديّه يملكها كلّ من المتعاقدين على الآخر الا ان يجعل ملك كلا الالتزامين لواحد منهما اما بجعلهما كما فى غير النكاح أو بالجعل الشرعى فحينئذ يثبت له الخيار.

الثالث: عدم اعتبار تعيين المالك فى البيع و أنّه ليس دخيلا فى حقيقه البيع فينتج من تلك الأمور انّ العقد مع ردّ من له العقد يقع للعاقده، فيكون هو ملزما بذلك و مالكا على التزام الآخر كما انّ الآخر يملك التزامه.

ثم قال: و اما وقوعها له لو أجاز أو أقرّ بالوكاله فلان العقد و ان لم يؤثر فى صرف الالتزامات الى الغير الا أنّه لا ينفك عن أثره التكويني، فيجعل المعامله كالماده الهيولانيه القابله لصرفها الى الغير بإجازته أو إقراره، فيكون القصد كجعل التوليه للغير و يكون الإجازة أو الإقرار بمنزله قبول التوليه فالقول بأنّ المعامله تقع لنفس المباشر واقعا إذا ردّ من قصد له منطبق على القواعد و قياسها على ما إذا أسندها إلى الغير لفظا مع الفارق.

و فيه اما ما أفاده فى وجه كونه للغير نظير ان يجعل للغير توليه فى العقد فقد ظهر جوابه فيما تقدم و اما ما أفاده فى وقوعه للغير من المقدمات ففيه: اما عدم لزوم تعيين المالك، فإنّما هو فى الأعيان الشخصيه و اما فى بيع الكلّى، فعدم تعيينه مستلزم لانعدام الماليه التى بها قوام مفهوم البيع من حيث المبادله.

و اما المقدمه الثانيه ان ملك كل من المتعاقدين التزام الآخر

و ان كان فى محلّه الا أنّه فىما يكون العقد واقعا لهما، و اما فىما يكون الشخص خارجا عن حدود العقد كيف يمكن ملك كلّ منهما التزام الآخر؟ فالعقد الفضولى نسبته الى العقد ليس إلا كنسبه الأجانب إليه فلا وجه لملكه بالتزام الآخر.

و بعبارة اخرى: ان كان المقصود من ذلك عدم كون العقد خياريا، فهو متين، و ان كان المقصود كون العقد مالكا للالتزام الآخر سواء كان أصيلا أو فضوليا فهو غير مسلّم.

و اما المقدمه الثالثه:

ان القصد بلا إظهاره بمظهر و ان كان ليس له أثر الا أنّه فىما يكون الإظهار و الإبراز من المقومات بحيث لا يتحقق العنوان الذى يترتب عليه الأثر إلا بالإظهار كعنوان البيع و الهبه و الصلح و الإجازة و غيرها من العناوين العقوديه و الإيقاعيه، و اما فىما لا يكون إظهاره دخيلا فى التأثير، فإظهاره و عدمه سيان، فذكر العوضين كذكر المالكين ليس من مقومات العقد و من هنا لو كان جميع ذلك من الخارج معلوما و اكتفى العقد بمجرد بعت و اشترت لكان كافيا على أنّه قد أظهر ذلك بقوله اشترت هذا بخمسه دراهم فى ذمه فلان.

و بالجمله لم يتحصّل لنا شىء مما افاده بل لا بد فى صورته الجمع بين المتنافيين من الحكم بالإلغاء و قيد كونه للغير و الحكم بكونه للعقد لأنّه من قبيل الخطاء و الاشتباه نظير شراء مال الغير لنفسه بثمن هو مال شخص آخر بتخيّل أنّه ماله أو بتخيّل رضايته بذلك كما إذا وعد شخص على آخر عشره أمان من الحنطه و تخيّل

ص: ١٢٧

الموعد له ملكيته بمجرد ذلك، فباعه من شخص فإن في أمثال ذلك يقع البيع للعاقد فافهم.

## الأمر الثاني (جريان الفضولى فى المعاطاه).

### اشاره

وقد عرفت أنّ بيع الفضولى حسب دلالة الأدله عليه لا اشكال فيه، و أنّما الكلام فى أنّه هل يجرى فى المعاطاه مطلقا أو لا يجرى فيها مطلقا أو فرق بين القول بالإباحه فلا- يجرى و القول بالملك- فيجرى أو فرق بين كون الفضولى على خلاف القاعده فلا يجرى مطلقا و بين كونه على وفقها فيجرى مطلقا؟ وجوه.

### الوجه الأول فى جريان بيع الفضولى فى المعاطاه مطلقا

قوله (ره) الثاني: الظاهر أنّه لا فرق فيما ذكرنا من أقسام بيع الفضولى بين البيع العقدى و المعاطاتى.

أقول ذكر العلامة الأنصارى أنّه على القول بصحة البيع الفضولى لا يفرّق فيه بين البيع اللفظى و البيع المعاطاتى لإطلاق الأدله و عمومها، و عن بعضهم اختصاصه بالبيع اللفظى بدعوى أنّ الإقباض الذى يحصل به التمليك محرّم لكونه تصرفا فى مال الغير بدون اذنه فلا يترتب عليه اثر.

وفيه:

أولاً: إنّ الإقباض و التصرف يمكن ان يكون مباحا كما إذا اشتبه المقبض و تخيل أنّ المال لنفسه و اقبضه للمشتري بالبيع المعاطاتى فإنّ هذا التصرف ليس بمحرّم و هكذا فى جميع موارد السهو و النسيان فالجامع بين الجميع هو الخطاء، و الوجه فى ذلك انه قد حققنا فى محله ان التكاليف الالتزاميه ترتفع فى موارد الخطاء حتى فى الواقع و نفس الأمر بمقتضى أدله الرفع و اذن عدم رضائه المالك بالتصرف لا يدل على حرمة الإقباض.

ص: ١٢٨

و ثانيا: يمكن ان يكون المالك أيضا راضيا بالتصرف كما إذا أذن للفضولي قبل البيع ان يتصرف في ماله و يقبضه لشخص خاص أو يعطى الفضولي مال المالك لوكيله أو وليه أو من يقوم مقامه - بعنوان البيع، فإن الإقباض شيء من ذلك ليس بمحرم و إنما يقصد الفضولي في ضمن ذلك الإعطاء المباح للبيع المعاطاتي و هكذا الأمر لو اعطى أحد وكلائه ماله لوكيله الآخر بعنوان البيع من غير ان يكونا وكيلين في البيع و الشراء.

و ثالثا: يمكن ان يكون المالك أيضا راضيا بالبيع و لكن لم يظهر رضايته بمظهر اذن، فلا يكون البيع الا واقعا برضائه المالك و قد تقدم ان الرضا المقارن لا يخرج العقد الفضولي عن الفضولي ما لم يظهره المالك في الظاهر بمظهر قولي أو فعلي.

و رابعا: على تقدير كون الإقباض و الإعطاء تصرفا في مال الغير و حراما و لكنه حرام تكليفي يعاقب المتصرف فيه لأجله فلا يدل ذلك على الحرمة الوضعيه الذي هو محط كلامنا.

و خامسا: على تقدير التسليم ان الحرمة التكليفيه تدل على الفساد فلا نسلم أيضا بطلان ذلك العقد لما مرّ ان فساد العقد من الفضولي و عدم انتسابه اليه بحيث يكون العقد عقده لا يستلزم فساده عن المالك و عن له العقد بل ينتسب الى المالك إذا اجازة.

و بالجملة ان هذا الاشكال لو هنه لا يصلح لمنع جريان الفضولي في المعاطاه.

قوله و ربما يستدل على ذلك.

أقول

**الوجه الثاني الذي استدل به على عدم جريان الفضولي في المعاطاه**

ص: ١٢٩

انّ المعاطاه منوطه بالتراضى و قصد الإباحه أو التمليك و هما من وظائف المالك و شئونه و لا يتصور صدورهما من غيره و لذا ذكر الشهيد الثانى انّ المكره و الفضولى قاصدان اللفظ دون المعنى و ان قصد المدلول لا يتحقق من غير المالك.

و فيه: انّ هذا الاشكال لو تمّ أنّما يعمّ جميع أقسام الفضولى و لا يختص بالمعاطاه و بعبارته اخرى أنّه إشكال لأصل الفضولى.

أمّا الحلّ انّ الرضايه من المالك تحصل بإجازته المتأخره فلا يكون البيع خاليا عن التراضى و هكذا قصد التمليك و الإباحه و بعبارته اخرى ان الفضولى ليس له الا- إيجاد المعامله و إنشائها و بقيه الجهات التى لا بدّ من صدورهما ممن نسب العقد اليه، أنّما تصدر من المالك، فلا ربط لها بالفضولى، و اما كلام الشهيد فقد عرفت فيما تقدم عدم صحته و تماميته.

قوله الا ان يقال انّ مقتضى الدليل.

أقول

### الوجه الثالث ان العقد الفضولى أنّما ثبت جوازه على

خلاف القاعده فيختص بالعقد القولى

و قد أجاب عنه المصنف بأنه طبق القواعد للعمومات الداله على صحته.

و هذا الجواب منه و ان كان متينا الا ان ظاهرا أنّه لو لم يكن الفضولى على طبق القواعد لما كان جاريا فى المعاطاه و لكن الأمر ليس كذلك بل مع هذا يجرى فى العقد الفعلى كجريانه فى العقد القولى بمقتضى إطلاق صحيحه محمد بن قيس و قضيه عروه البارقى و غير ذلك بناء على تماميتها فإنّها غير مختصه بالعقد القولى بل إطلاقها محكم بالنسبه إلى المعاطاه أيضا.

ص: ١٣٠

و حاصله: أنّ فعل الفضولى ليس قابلا للإيجاب فى باب المعاطاه سواء قلنا بإفادتها الإباحه أو بإفادتها الملك الجائر أو اللّازم.

اما على القول بكونها مفيده للإباحه، فمن جهه ان مجرد قصد اباحه التصرف بالإعطاء و ان كان بلا مثنونه للفضولى الا أنّ الإباحه التى تكون مؤثره فى باب المعاطاه هى الإباحه الحاصله من تسليط غيره، فيكون تسليط غيره لغوا محضا.

و اما اجازة المالك، فهو و ان كان تفيد الإباحه الا أنّه بنفسها تكون مؤثره فى الإباحه من غير ربط بفعل الفضولى، و اما بناء على الملك فلا بد الفعل الواقع من الفضولى لا يتصرف الا بعنوان الإعطاء و التبديل، و اما افاده الملكيه التى عباره عن تبديل طرفى الإضافه فلا، بل هى متوقفه اما على إيجاد ماده بالهيئه و اما على فعل المالك فحيثئذ يكون ذلك مصداقا للبيع.

و فيه أنّ انحصار إفاده الملكيه فى البيع اما بإيجاد ماده أو بفعل المكلف و ان كان له وجه على المذاهب المعروفه فى الإنشاء و لو كان مع ذلك قابلا- للمناقشه، الا- أنّه لا- وجه له بناء على ما ذكرنا من أنّ الإنشاء ليس الا اعتبار النفسانى و إظهاره بمبرز فى الخارج، لأنّ الفضولى أيضا يعتبر ذلك المعنى لمكان كونه سهل المثنونه و خفيف الاعتبار و يبرزه فى الخارج بمبرز سواء كان ذلك المبرز فعلا أو قولا، فإنه على كل حال يكون مصداقا للبيع و قد تقدم ذلك منه فى المعاطاه مع جوابه.

نعم بناء على إفادتها الإباحه يتوجه الاشكال من جهه ان افاده المعاملات المقصود بها المالك للإباحه على خلاف القاعده و من هنا ذكر الشيخ الكبير مبعدات عديده على القول بالإباحه و ان أجاب عنها الشيخ الأنصاري بأنها ليست بمبعدات إذا اقتضاه الجمع بين الأدله، وقد عرفت ذلك مفصلا و اذن فلا بدّ من الاقتصار على صورته تعاطى المالكين فى المعاطاه.

على أنّه لا يعقل حصول الإباحه قبل الإجازه بفعل الفضوليين و الذى ينبغى ان يقال: ان الكشف الحقيقى و ان كان يمكن جريانه فى المعاطاه الفضوليه بناء على إفادتها الإباحه- لإمكان الالتزام بالإباحه قبل الإجازه و كونه كاشفه عنها الا أنّ الكشف الحقيقى فى الفضولى مع إمكانه فى مقام الثبوت لا دليل عليه فى مقام الإثبات و يكون الأمر دائرا بين النقل و الكشف الحكى اما الثانى فهو مستحيل لأنّ التصرف فى مال الغير قبل الإجازه بعقد فضولى حرام، فإنّه لا يجوز التصرف فى مال الغير إلا باذنه و بعد الإجازه تحصل الإباحه من حينها و لا- يمكن الحكم بإباحه التصريفات التى قبل الإجازه بالإباحه الحكيمه فإنّ الشىء لا ينقلب عمّا هو عليه و عن وقوعه فالتصرّف الذى كان محرّما لا يعقل ان يحكم عليه بالإباحه و هذا واضح جدا.

و اما على النقل فجريان الفضولى فى المعاطاه بناء على- إفادتها الإباحه أيضا بمكان من الإمكان فإنّ حصول الإباحه بعد الإجازه لا نرى فيه محظورا أصلا.

و اذن يتوقف حصول الملكيه على التصريفات المتوقفه على الملك

فتحصل بها الملكيه آنا ما قبل التصرف.

هذا كله فيما إذا قصدت الملكيه و حصلت الإباحه الشرعيه بحكم الشارع كما تقدم تفصيل ذلك فى باب المعاطاه.

و اما لو قصد الفضوليان الإباحه من الأول فلا شبهه فى عدم جريان ذلك فى المعاطاه فإنه لا معنى لحصول الإباحه قبل الإجازة لتكون الإجازة كاشفه عنها بل هى تحصل بنفس الإجازة و لا- يعقل ان ما وقع قبل الإجازة من التصرفات المحرّمه أن تكون مباحه بالإجازة كما تقدم.

### (الإجازة و الرد فى المعامله الفضوليه)

**قوله(ره) اما الكلام فى الإجازة.**

#### **اشاره**

أقول:أساس القول بالكشف فى العقد الفضولى هو فرض الإجازة المتأخره متصله بالعقد و إلغاء الفصل الواقع بين العقد و الإجازة كما أنّ أساس القول بالنقل هو فرض العقد متصلا بالإجازة بقاء و ان حصل بينهما الفصل حدوثا فكأنه وقع فى زمان الإجازة.

إذا عرفت ذلك،فالمشهور بين الفقهاء رضوان الله عليهم:أنّ الإجازة كاشفه عن تماميّه السبب و هو العقد

#### **و أنّما الكلام فى طريق**

الكشف الحقيقى و كفيته و هو على أنحاء.

#### **الأول:ان يقال بالكشف الحقيقى بمعنى انّ الملكيه إنّما**

حصلت حين العقد و أثر العقد فيها

من دون ان يكون تأثير العقد مراعى الى زمان الإجازة و هذا يتصور على وجوه:

#### **الأول:ان يقال:انّ المؤثر التام فى المعامله الفضوليه**

ليس الا العقد كما هو مقتضى قوله تعالى أَوْفُوا بِالْعُقُودِ





و أنما الإجازة معرفه لكون ذلك العقد تمام التأثير و كاشفه عنه من غير ان تكون لها مدخلية في حصول مقتضى العقد من الملكيه و الزوجيه و نحوهما، و الا- يلزم ان لا- يكون الوفاء بالعقد خاصه بل به مع شىء آخر و هذا الوجه هو الذى أشار إليه المحقق و الشهيد الثانيان-على ما حكى المصنف فى المتن- و هذا المعنى بحسب مقام الثبوت و الإمكان و ان كان متصورا و ممكنا لإمكان تأثير العقد من جميع الجهات فى مقتضاه من غير توقف على شىء و لو كان ذلك الشىء رضا المالك كبيع مال المحتكر فى المخمسه فإنه أيضا لا يكون راضيا مع انه صحيح، الا أنه لا دليل عليه بحسب مقام الإثبات، كيف؟ و قد اعتبر الشارع المقدس دخاله الرضا فى تأثير العقد و سمى ذلك بالتجاره عن تراض و من الواضح جدا انّ العقد الفضولى قبل الإمضاء و الإجازة ليس معامله و تجاره عن تراض.

و بالجملة: مضافا الى عدم الدليل فى مقام الإثبات بصحة مثل هذا العقد، فالدليل على عدم صحته موجود آيه التجاره و بيع مال المحتكر و ان كان صحيحا من دون رضاه و طيب نفسه، و لكنه لدليل خاص و وجوب الوفاء بالعقد أتما فيما يكون صادرا عن له العقد أو باذنه و الا يلزم الوفاء بكلّ ما يكون فى صورته العقد.

### **و الثانى مقابل القول الأول، و هو ان تكون الإجازة من جملة**

شرائط العقد كالإيجاب و القبول

بحيث يكون مؤثرا فى حصول مقتضاه و هذا المعنى أى تأثير الأمر المتأخر فى الأمر المتقدم يتصور على نحوين فإنّ ما يكون دخيلا فى الأمر المتقدم و شرطا فى تحققه تاره

يكون من اجزائه و اخرى من شرائطه. اما الأول: فكالمركبات الاعتباريه كالصلاه مثلا بان يكون الجزء المتأخر دخيلا في صحه الجزء المتقدم بحيث أنّ المتقدم تحقق صحيحا و تام العيار و كان المؤثر في ذلك هو الجزء المتأخر مع انه لم يتحقق فان كل جزء من الاجزاء اللاحقه في الصلاه دخيله في صحتها و اما الثاني فككون الأمر المتأخر من شرائط الأمر المتقدم لا من اجزائه و مقوماته و هذا كدخاله أغسال المستحاضه في صحه صومها، فإنّ صحه صوم الجزء المتقدم من طلوع الفجر مشروط بغسلها بعد الفجر بناء على كونه بعد الفجر- كما هو الحق- و صحه الصوم قبل الظهر مشروط بغسلها بعد الظهر و صحه صوم اليوم مشروط بغسلها بعد المغرب عند بعض و ان كان نادرا بخلاف الأولين فان في جميع ذلك قد أثر الأمر المتأخر في صحه المشروط المتقدم الا ان الكشف بهذا المعنى غير معقول في كلا القسمين، فإنه كيف يعقل تحقق المشروط على ما هو عليه من دون تطرّق نقص عليه مع عدم تحقق شرطه الا- بعد مده و ليس هذا الا- التناقض الواضح فان معنى تحقق المشروط على ما هو عليه من التماميه و الصحه عدم دخاله شىء فيه من الأمور المتقدمه و المتأخره و معنى دخالته عدم تماميه المشروط و تحققه على وجهه بتمامه و كماله و هل هذا الا التناقض الواضح؟ و من هنا قال بعض الأكابر: إنّ الالتزام بدخاله الأمر المتأخر في الأمر المتقدم ليس الا الالتزام بعدم استحاله التناقض في الشرعيات و اما الأمثله المذكوره، فشىء منها لا يكون دليلا على صحه ما

توهم و سيأتي الوجه في صحتها و عدم ارتباطها لهذا الوجه.

### الثالث: ان يكون المؤثر في الأمر المتقدم هو وصف التعقب

من غير ان يكون المشروط متقدما و الشرط متأخرا

و يكون الأمر المتأخر كاشفا عن تحقق الأمر المتقدم صحيحا و تماما و لا يكون له تأثير في الأمر المتقدم بل يكون معرفا محضا نظير الأمثلة المتقدمة من الصلاة و أغسال المستحاضه في صحه الصوم،فإن الدخيل في صحه الصلاة وصف تعقب كل جزء السابق بالجزء اللاحق و في صحه الصوم تعقب كل جزء متقدم من اليوم غسل المستحاضه و يكون ما نحن فيه أيضا كذلك فتكون تعقب العقد بالإجازة دخيلا في صحه العقد.

و هذا المعنى و ان كان له وجه وجهه في دخاله الأجزاء- اللاحقه في الأجزاء السابقه في الصلاة كما حقق ذلك في محله،و لكنه لا دليل على جريانه في المقام، فإنه لا دليل على دخاله الرضا المتأخر في صحه العقد المتقدم بعنوان التعقب،فإن مقتضى عدم جواز التصرف في مال الغير ما لم يكن مقرونا برضا المالك محكم فالعقد الواقع فضولا- ليس مقرونا بالرضا حين وقوعه فلا يمكن القول بحصول الملكيه قبل الإمضاء و الإجازة و الا لجاز التصرف فيه و اذن فيكون ذلك تصرفا في مال الغير بدون الرضا فيكون حراما.

على ان مقتضى قوله تعالى إلا- أن تكون تجارة عن تراض، عدم حصول الملكيه و التجاره إلا بالتراضى و الرضا،فلا شبهه ان العقد الفضولى حين وقوعه و تحققه ليس واقعا عن تراض و رضائه حتى يحصل الملكيه بذلك.

و بالجملة: ان هذه الوجوه بين ما تكون مستحياله ثبوتا و

إثباتا، و بين ما يكون ممكنا ثبوتا و غير محقق إثباتا.

### ثم انّ هنا وجهها رابعا نقله شيخنا الأستاذ عن المحقق الرشتي

من انّ الإجازة كاشفه عن الرضا التقديرى

بمعنى انها تكشف عن رضا المالك ان التفت الى العقد و الرضا المعتبر فى العقد هو الأعم من الحقيقى الفعلى و التقديرى.

و فيه: انّ هذا من عجائب الكلام، فإنّه مضافا الى ما تقدم من انّ الرضا المقارن للعقد لا- يكون مخرجا للعقد الفضولى عن الفضولى فكيف بالرضا التقديرى؟ و من هنا قلنا انه لو التفت الفضولى برضائه المالك على البيع أو الشراء، فلا يكون ذلك موجبا لعدم كون العقد فضوليا فإنّه ربّما لا يكون المالك راضيا بالعقد حين تحققه بل لو كان ملتفتا اليه لكان قاهرا على الفضولى لكونه ذا مفسده عنده فى ذلك الوقت بخلافه حين الإجازة، فيكون العقد عنده ذا مصلحه فيرضى به اذن فكيف يمكن ان تكون الإجازة كاشفه عن الرضا التقديرى؟ على أنّه لا دليل على كون الإجازة كاشفه عن الرضا التقديرى بوجه بل هو تخيل محض و رجم بالغيب كما هو واضح على المتأمل.

فتحصل: انّ الكشف الحقيقى بحيث يكون الملكيه مثلا- موجوده قبل الإجازة و تكون الإجازة مؤثره فيه اما بنحو الشرطيه أو بنحو- التعقب أو لا تكون مؤثره فيها بل معرّفه محضه لا وجه له بوجه.

### الوجه الثانى من طرق الكشف الحقيقى أيضا ما أشار إليه المحقق

و الشهيد الثانى

على ما حكى عنهما- من انّ الإجازة متعلقه بالعقل فهو رضى بمضمونه و ليس الا نقل العوضين من حينه و محصل ذلك انّ الرضا من الأوصاف التعلقيه و الصفات النفسانيه ذات الإضافه

ص: ١٣٧

و لها تحقق و تكوّن في صقع النفس و لها بحسب نفسها في ذلك العالم ماهيته و وجود و توجد بخالقيه النفس و مع ذلك لا بدّ و ان تضاف إلى شىء و يتعلق به حتى يكون ذلك الشىء متعلقه نظير العلم و نحوه من سائر الصفات النفسية ذات اضافته و الا فيلزم تحققها بدون متعلقها و هو خلف و مناقضه اذن فاصل الملكيه التي متعلق الرضا قد تحققت و وجدت بواسطه العقد و الرضا أنّما تعلق حين- الإجازة و الإمضاء من المالك بتلك الملكيه الموجوده في زمان العقد و الا فيلزم ان لا يكون للإجازة و الرضا متعلق مع انا فرضنا كونه من الأوصاف التعلقية.

**و قد أورد عليه العلامة الأنصاري و تبعه جملة من الاعلام و**

منهم شيخنا الأستاذ بوجهين:

**الأول: ان المنشأ عبارته عن مضمون العقد من الملكيه في**

باب البيع و الزوجيه في باب النكاح و هكذا

و هو غير مقيد بزمان لتكون الملكيه الحاصله بالعقد مقيده بزمان العقد و حاصله من حينه بل مضمونه عبارته عن طبيعي النقل، فبالإجازة تقع الملكيه في زمان النقل، نعم حيث أنّ المنشأ و الإنشاء من الأمور الزمانيه فيكون التقييد بذلك بالعرض و القهر و ما نحن فيه ليس كالإيجاب في العقود فإنّه ليس إلا إيجاب أصل الإيجاد دون الإيجاد المقيّد بزمانه و الا يلزم حصول الملكيه مثلاً قبل القبول مع انه باطل لعدم كونه من الإيقاعات بل هي كسائر مضامين العقد تحصل بعد القبول و هذا يكشف عن عدم تقييد مضمون العقد بزمان الإيجاب.

و بالجملة أنّ مضمون العقد ليس مقيداً بزمان و أنّما الزمان ظرف

ص: ١٣٨

له لكون ذلك المضمون من الزماتيات فيكون الملكيه بعد الإجازة.

و فيه: أنه لو كان الإنشاء بمعنى إيجاد المعنى باللفظ لكان لذلك الاشكال وجه، بدعوى أنّ المنشئ أنّما ينشئ مضمون العقد و يوجد على نحو اللابشرطيه من غير تقيده بقيد من الزمان و غيره و اما بناء على ما حققناه و اخترناه في معنى الإنشاء من أنه عبارته عن الاعتبار النفسانيه و إظهاره بمبرز من المبرزات فعليًا أو قوليًا فلا وجه لذلك الاشكال بوجه.

و ذلك لما حققناه في الأصول من ان الإهمال في الواقعيات من المستحيلات الأوليه، و أنّ الأمور الواقعيه لا يعقل ان تكون عاريه عن الإطلاق أو التقييد بل لا بدّ أمّا و ان تكون في موطنها اما مطلقا أو مقيده، فالذى يوجد امرا و يعلم بما يوجد لا يعقل ان لا يعلم بكونه مطلقا أو مقيدا، اذن، فالمعتبر لمضمون العقد في عالم نفسه أمّا ان يعتبره مطلقه و غير مقيده بقيد و شرط أو مقيده بهما، فحيث لم يكن مقيدا فقهرًا يكون مطلقا من غير ان يكون مقيدا بحصوله بعد الإجازة بل من حين العقد فبالعقد تحصل الملكيه المطلقه الدائمه كما هو واضح فتكون الإجازة متعلقه بتلك الملكيه المستمره فيكون اعتبار الملكيه من الأول.

و اما النقض بالقبول، فهو باطل من أصله، و غير مربوط بالمقام فإنّ مضمون العقد ما لم يتحقق القبول لا- يحصل بالإنشاء و الإيجاب المحض و أنّما هو بالقبول و الا فلا يتحقق عنوان العقد الذى قوامه بالإيجاب و القبول، و من هنا قلنا: أنّ الإيجاب أنّما يتحقق على تقدير القبول و التعليق مما لا بدّ منه و ان لم يصرّح به و قلنا في

أحكام الصيغه أنّ مثل هذا التعليق لا يضرّ بصحة العقد لكونه راجعا الى ما يتوقف صحه العقد عليه و هذا بخلاف ما نحن فيه فإنّ العقد قد تم بالإيجاب و القبول الفضوليين و أنّما يتوقف نفوذه و مضيّه على اجازة المالك، فلا يقاس ذلك بالإيجاب المحض.

و الذى يوضح ذلك أنّه لو آجر الفضولى دار احد للغير إلى سنة فاجازه المالك بعد شهرين فلا شبهه فى صحه ذلك مع أنّ متعلق الإجاره مقيّد و هكذا العقد المنقطع، فيعلم من ذلك أنّ المنشأ فى العقد الفضولى ليس مهماً فيكون المقام على عكس باب الوصيه، فإنّه تحصل الملكيه بعد الموت مع أنّ الإنشاء متقدم عليه فلو كان المنشأ مطلقا لكان لازمه الالتزام بحصولها قبل الموت، و على هذا فلا- محذور فى المقام للالتزام بحصول الملكيه قبل الإجازة فإن باب الوصيه مع ما نحن فيه من هذه الجبهه مشتركه.

### **الإشكال الثانى: أنّه سلّمنا كون مضمون العقد هو النقل من**

حينه و لكن لا بمعنى أنّ وقوعه فى الحين جزء لمدلوله

حتى يقال ليس معنى بعت، أو جدت البيع فى الحال بل بمعنى أنّ وقوع الإنشاء فى الحال يقتضى تحقق منشأه حالا- و تحقق مضمون العقد بالفعل و لكنه مع ذلك لا يقتضى تحقق السبب التام حال العقد و حصول مضمونه حينه، و ذلك لانه لم يدل دليل على إمضاء الشارع العقد على هذا الوجه بحيث تكون الملكيه حاصله قبل الإجازة لأنّ وجوب الوفاء بالعقد تكليف متوجه الى العاقدين كوجوب الوفاء بالعهد و النذر و من المعلوم أنّ المالك لا يصير عاقد أو بمنزلته الا بعد الإجازة فلا يجب الوفاء الا بعدها، و من المعلوم أنّ الملك الشرعى يتبع



الحكم الشرعى فما دام لا يجب الوفاء، فلا ملك كما أنه ما لم يتحقق القبول لا يتحقق مضمون العقد بالإيجاب المجرد.

و بعبارة أخرى لو سلمنا حصول الملكيه من زمان العقد و تحقق النقل به الا انّ الملكيه الشرعيه لا تحصل إلا بالإجازة فيكون النقل المالكى الشرعى من زمان الإجازة اذن، فلا معنى للكشف لحصول الملكيه بتمام المعنى من حين الإجازة.

و فيه: انّ الإجازة تكشف عن تحقق الاعتبار حين العقد و ان الشارع يمضى بالإجازة أيضا من الأول كما هو مقتضى الإطلاقات و- العمومات من أَوْفُوا بِالْعُقُودِ و أَحِلَّ اللَّهُ الْبَيْعَ و غيرهما من غير ان يكون بعنوان الكشف الحقيقى أو الحكمى فإنّ النقل انما حصل بالعقد مطلقا كما عرفت فى الجواب الأول لا مهملا كما قد يكون حاصلًا مقيدا أيضا كما فى الإجازة و النكاح المنقطع و ليس ذلك كشفا حقيقيا كما تقدم فإنّه لا يعقل تحقق النقل قبل تحقق سببه و لا كشفا حكميًا- كما التزم به المصنف- من الحكم بحصول النقل حكما و تنزيلا فإنّه و ان كان صحيحا الا أنّه فيما لم يكن طريق صحيح للحكم بحصول الملكيه و النقل الصحيح قبل الإجازة غايه الأمر يكون حصولها بالإجازة و امّا مع وجوده كما سنذكره فلا ملزم للأخذ بما ذهب اليه المصنف.

و توضيح ذلك أنّه ذكرنا فى الأصول انّ الأمور الاعتباريه لا وعاء لها الا ظرف اعتبارها سواء كان المعبر من الأمور الخارجيه أو لم يكن كذلك مثلا لو اعتبر أحد ملكيه داره لشخص، فيكون وجوده فى عالم الاعتبار فقط و هكذا لو اعتبر زيدا موجودا فيكون ذلك موجودا فى عالم الاعتبار و قائما به و لو كان ذلك المعبر من الأمور الخارجيه فإنّ الوجود

الاعتبارى سنخ وجود غير مربوط بالوجودات الخارجيه لأنّ الموجود الخارجى ليس واردا بعالم الاعتبار فإنّ الوجود الذهنى غير الوجود الخارجى كما حقق فى محله.

و بالجمله فوعاء الوجودات الاعتباريه ليس الا- عالم الاعتبار فتوجد بمجرد الاعتبار لكونها خفيف المئونه من غير احتياج إلى مبادئ الوجود الخارجيه.

إذا عرفت ذلك:

فبقول: أنّ الاعتبار تاره يتعلق بالأمر الحالى فيعتبر المعبر ملكيه داره مثلا- لشخص فى الحال الحاضر كما إذا باع داره من زيد بالفعل من غير ترقب و تأخر لأنّ الاعتبار و المعبر كلاهما فعلى، و اخرى يتعلق بأمر استقبالى كاعتبار الملكيه لشخص بعد مده كما فى باب الوصيه حيث يعتبر الموصى ملكيه الموصى به للموصى له بعد موته و وفاته فالاعتبار حالى و المعبر استقبالى، و ثالثه يتعلق بالأمر الماضى بأن يعتبر ملكيه ماله لزيد من أمس فلو لم تكن الارتكازات العرفيه على خلافه لحكمنا بجواز ذلك البيع أيضا و كان المال ملك المشتري من أمس فإنه ليس فى ذلك محذور عقلى أو شرعى بوجه.

فإذا جاز تعلّق الاعتبار بكل من الأمور الثلثه الحالى و الاستقباليه و الماضيه فلا محذور للالتزام بتعلق اعتبار الملكيه فى باب الفضولى بأمر متقدم فيكون الإجازة اعتبارا للملكيه من زمان العقد التى قد اعتبرها الفضوليان فهذا من حيث الإجازة من قبل تعلّق الاعتبار بالأمر المتقدم و من جهة تحقق العقد من الفضوليين فاصل اعتبار الملكيه فعلى و لكن المعبر تحقق بعد الإجازة و لا يضر التعليق على

ص: ١٤٢

و بعبارة أخرى فحيث جاز تعلق الاعتبار بأمر متقدم فى عالم الاعتبار كبيع الدار من أمس مثلا فجاز اعتبار الملكيه لأحد قبل سنين، و لكن حيث قام الارتكاز على خلافه فى البيع و الشراء فلا نقول بذلك فيهما و اما فى الإجازة، فلا محذور فيه بوجه و فى باب الفضولى حصل الاعتبار من البائع و المشتري و تحقق البيع بالحمل الشائع فى الخارج و لكن كان نفوذه متوقفا على اجازة المالك فالمبيع أو الثمن ملك لمالكهما و بالإجازة كشفنا حصول الملكيه لكل من البائع و المشتري من حين الاعتبار و العقد بحيث كان كل منهما مالكا لصاحبهما الى هذا الزمان، و فى هذا الزمان صار ملكا للآخر بالإجازة من أول الأمر حقيقة فإن بالإجازة انضم العقد السابق الذى انوجد بالفضولين بالمالك، فصار البيع يبعه و الشراء شرائه اذن فيشمل على ذلك البيع العمومات الداله على صحة البيع من أَوْفُوا بِالْعُقُودِ و أَحَلَّ اللَّهُ الْبَيْعَ و تِجَارَةً عَنْ تَرَاضٍ .

و بالجمله بعد القول بتحقيق الاعتبار قبل الإجازة فمقتضى - العمومات نحكم بالصحة و كونه يباع صحيحا للمالك لانضمامه إليه بالإجازة لا- ان الإجازة كشف عن ان الملكيه كانت حاصله من الأول بل الإجازة أوجبت حصول الملكيه فعلا اذن فيترتب عليه آثار الملكيه من الأول و على هذا فلا تكون مضطرا للميل الى ما ذهب اليه المصنف من الالتزام بالكشف الحكيمى حيث أنه فيما لم يكن لنا طريق على طبق ما تقتضيه القواعد و ليس هذا مثل الواجب التعليقى فان فى الواجب التعليقى إنشاء الوجوب فعلى و الواجب متأخر بخلافه هنا فان الموجود فى

المقام ليس الا الاعتبار و اما الملكيه فتحصل بعد الاجازه فيكون نظير التعليق غايه الامر انه باطل في العقود لا من جهه الاجازه.

و قد أشكل على ذلك شيخنا الأستاذ بأنه لا يعقل توجه الحكمين المتضادين الى متعلق واحد و ان كان زمان الحكم متعددا فإنه لا يعقل ان يكون المال الواحد في زمان واحد ملكا لشخصين و ان كان زمان الحكم بملكيه أحدهما مغاير الزمان الحكم بملكيه الآخر و ليس ذلك إلا مناقضه واضحه و قد ذكر ذلك أيضا في الخروج عن الأرض المغصوبه من أنه لا يعقل الحكم بوجود الخروج مع كونه حراما قبل الدخول لكونه متناقضه و لو كان زمان الحكم متعددا نعم يجرى ذلك في حق غير العالم بالغيب ممن يجرى في حقه البداء و اما في حقه تعالى فلا يعقل ذلك بوجه.

و فيه: انّ هذا متين في الأحكام التكليفيه لكونه لغوا محضا دون الأحكام الوضعيه فإنّ قوامها باعتبار المعبر فهو خفيف المئونه فلا مانع من اعتبار ملكيه المبيع مثلا- لمالكة الأصلي إلى زمان الاجازه و باعتبار ملكيته للمشتري من زمان العقد أيضا بالاجازه و الرضا فإنه أيضا اعتبار الملكيه من المالك للبائع أو المشتري و لا مانع من ذلك بوجه و ان كان نفس ذلك موضوعا للأحكام التكليفيه أيضا فإنه لا بأس به و انما المحذور في نفس الأحكام التكليفيه من اللغويه و المناقضه لكونها ناشئه عن المصالح و المفسد في متعلقها على المعروف أو عن المصالح في الأغراض فلا يمكن ان يكون هنا في شيء واحد مصلحه و مفسده يستدعيان الحكم المتناقضين أو غرضين كذلك كما هو واضح لا يخفى.

و بعبارة اخرى ان الامورات الوجوديه على أقسام ثلثه:

الأول: ما يكون من قبيل الجواهر التي لا تحتاج في وجودها الى موضوع.

و الثانى: ما يكون من قبيل الأعراض التي إذا وجدت تحتاج في ذلك الى الموضوع فهذين القسمين وجودات تاصيله فجميع أحكام الوجود التأصيلي و آثارها يترتب عليهما فلا يمكن مع تحققها و تأصلها في الخارج طرو العدم عليها بالاعتبار و الا يلزم اجتماع النقيضين.

الثالث: الوجودات الاعتباريه فقوامها و تحققها في وعائها انما يكون بالاعتبار فلا يترتب عليه شىء من آثار الوجودات الخارجيه و كما وجودها بالاعتبار و هكذا عدمها و كما يمكن فرضها و اعتبارها في وقت خاص على نحو خاص و هكذا يمكن اعتبارها في زمان آخر في ذلك الوقت الخاص الذي اعتبر فيه على نحو خاص على نحو آخر من غير ان يلزم فيه شىء من اجتماع النقيضين أو الضدين و هذا بخلاف الوجودات المتأصله فإنه بعد تحققها و تكوّنهما في الخارج على طبق ما عليه ماهيتها و بخواصها لا يمكن الحكم عليها بالعدم أو باعتبارها على نحو آخر و الا يلزم اجتماع النقيضين أو الضدين أو المثليين.

و السر في ذلك أنّ الامورات التاصيله لا تختلف بالاعتبار و هذا بخلاف الاعتباريات فإنّ قوامها وجودا و عدما ليس الا بالاعتبار غاية الأمر ان يكون الاعتبار فيه مصلحه لثلا يلزم اللغويه.

إذا عرفت ذلك.

فنقول: ان الملكيه ليست من الوجودات المتأصله جوهرًا كان أو عرضًا بل هي من الأمور الاعتباريه اذن فيختلف ذلك بالاعتبار

فلا يلزم شيء من المحذورات غير اللغويه إذا لم يكن الاعتبار عن مصلحه و على هذا ففي باب الفضولي أنّ الفضوليين إذا عاملا معامله فاعتبرا مالكيه كلّ من العوضين الذين لغيرهما لمالكة الآخر و عقدا على ذلك فيكون اعتبار ملكيته في العرف و الشرع بالفعل مع مالكيهما الأصليه لعدم كون ذلك العقد حين تحققه برضائه مالك العين مع كونها من شرائط البيع ليكون تجاره عن تراض و يكون تأثير ذلك العقد معلقا على اجازة المالك و لا يضرها مثل هذا التعليق لعدم شمول الإجماع القائم على بطلان التعليق في باب العقود على مثل ذلك فإنه من شرائط صحة العقد فان لم يجز المالك ذلك العقد فيبقى الاعتبار الأول على حاله فيلغو العقد الذي أوقعه الفضوليّان و ان أجاز المالك ذلك فيكون حين الإجازة و الإمضاء معتبرا لملكه ماله لشخص آخر من الأول و حين العقد على النحو الذي اعتبره الفضوليّان بحيث لم يكن ذلك الغير إلى الان مالكا للعين بل كانت ملكا لمالكها و بالفعل صار ذلك ملكا المشتري ان كان أصيلا أو من له الشرى ان كان فضوليّا مالكا من الأول فلا مانع في ذلك إن كان فيه مصلحه فكانت المصلحه تقتضى الى الان صحة اعتبار الملكيه للمالك الأصلي و من الآن للمشتري مثلا من الأول فإن الاعتبار بعد ما كان خفيفه المئونه و لم يكن لغوا صحّ تعلّقه على متعلق واحد على نحوين متنافيين في زمانين و بعد ذلك الإمضاء يتوجه أدلّه صحة البيع من الأول فإنّ موضوع تلك الأدله كانت متحققه إلا من جهة انتفاع الإجازة و عدم تحققها و بعد التحقق يتم الموضوع فتكون أدله الصحة محكمه.

و من هنا يندفع ما ذكره شيخنا الأستاذ من عدم إمكان اجتماع

حكيمين متنافيين في متعلق واحد و ان كان الزمان متعددا بل- المناط في صحه الاجتماع هو تعدد المتعلق و ذكر ذلك أيضا في الخروج عن الأرض المغصوبه.

و وجه الاندفاع أنه في باب التكاليف كما ذكر لكونها ناشئه من المصالح و المفاسد عن المتعلق أو الغرض بخلافه هنا فان قوام الأحكام الوضعيه ليس الا باعتبار المعبر فلا محذور في توجه اعتبارين على متعلق واحد كما لا يخفى، و بهذا تم الكشف الذى نقول به في باب الفضولى و هذا المعنى أوضح في باب الإجازة و النكاح المنقطع فإنه إذا أجاز المالك أو الزوج ذلك العقد بعد شهر، فيكون الإجاره الواقعه على الدار مثلا- سنه أو النكاح إلى سنه صحيحا من الأول فإنه بناء على صحه الفضولى لم يستشكل أحد في صحه ذلك مع أنه لم يتحقق هنا بالإجازة عقد إجاره أو عقد نكاح.

و ربّما يشكل على ما ذكرنا بأنه أنّما يتم ذلك في القضايا الخارجيه سواء كانت صادرة من الموالى العرفيه أو من المولى الحقيقى و اقيًا في القضايا الحقيقيه التى على نسقها الأحكام الشرعيه، فإنّ جميع المجموعات الشرعيه أو جلّها على نحو القضايا الحقيقيه فلا- يتم هذا البيان و ذلك فإنّ كلامنا في حصول الملكيه و اعتبارها ليس إلا في الملكيه الشرعيه فإنه هو الذى كان محل النزاع فى المقام من أنه حاصله أم لا و الا فالملكيه فى اعتبار المتعاقدين الفضوليين قد حصلت قطعا. و اذن فإن كان المراد من اعتبار الملكيه الشرعيه اعتباره من حين العقد فقد حصل من الأول قطعا و ذلك لأنه بعد فرض كون

الاعتبارات الشرعية من قبيل القضايا الحقيقية، فهي حاصله قبل وجود المتعاقدين بل قبل خلق هذه الأمة أو الخلق فان علمه عند الله فلا- يتوقف ذلك الا- على تحقق الموضوع كما في سائر القضايا الحقيقية الشرعية و غيرها مثلا وجوب الحج مجعول من الأول لكل من يكون مستطيعا فالمكلف انما يكون موضوعا لذلك الحكم بالاستطاعة لا أنه يجعل الحكم له بالفعل و كذلك جعل الحكم بنجاسه البول بالقضيه الحقيقيه، فإذا وجد البول فيحكم بنجاسته و لا يترتب ذلك الحكم على غيره كالعرف و ان كان فيه اجزاء البول أيضا و هكذا في المقام فإذا فرضنا كون موضوع الملكيه الشرعيه هو العقد فقط من اى شخص تحقق مع رضائه المالك و ان كان ذلك متأخرا فيكون مثل الواجب المشروط فتكون الملكيه حاصله حين العقد متوقفا على الإجازة المتأخره، و ان كان المراد من حصولها أى الملكيه بعد الإجازة فإنّ بالإجازة يتم موضوع الملكيه فتكون حاصله من حين الإجازة دون قبلها فعلى الأول يكون كشفا و على الثانى يكون نقلا فلا واسطه فى البين ليكون وجها آخر.

و فيه أولا- انه لا- دليل لنا لإثبات الملكيه الشرعيه حتى يشكل بمثل ما مرّ بل ما للشارع هو الحكم على الموضوع الخارج من التقديرية الى الفعلية فعند المعامله و تحققها فى نظر العرف فيحكم الشارع على طبق العرف و لا- شبهه أنّ العرف يرى البيع الفضولى معاملة صحيحه فبالإمضاء و الرضا من المميز المالك يتحقق الملكيه من أول الأمر نعم فى بعض الموارد يحكم الشارع على الملكيه و ان لم يفهم العرف ذلك كما فى باب الإرث فإن الوارث يرث لما تركه مورثه.



و بالجمله لا حكم للشارع فى باب المعاملات تأسيسيا بحيث- يعتبر الملكيه عند البيع للبائع أو المشتري كاعتبار المتعاملين ذلك بل الشارع أنما يحكم على طبق ما يحكم به العرف و المتعاملين على حسب اعتبارهم بحيث يكون ما يرون العرف موجبا للملكيه و محصلا لها موضوعا لحكمه بالملكيه أيضا إلا فى مقام التخطئه كبيع المنابذه و الملامسه و الحصاه و بيع الربوى، فحيث أنّ العرف لا- يرى بأسا فى إمضاء المجيز و اعتباره الملكيه من زمان العقد فيكون الشارع أيضا حاكما على طبق ذلك و يتوجه عموما صحه البيع و إطلاقاته عليه لكونها ناظره على ما يروونه العرف معامله، فلا شبهه فى كون بيع الفضولى مع تلك الإجازة معامله و تجاره عن تراض عند العرف.

و بالجمله لا محذور فى ما ذكرنا إثباتا و ثبوتا.

و ثانيا سلّمنا أنّ الشارع قد حكم بالملكيه و له حكم فى ذلك و لكنه حكم بملكيه المجيز الثمن إذا كان بائعا و المثلن إذا كان مشتريا من زمان الإجازة على النحو الذى ذكرنا فإنه بعد البناء على صحه الفضولى و إثبات عدم تماميه الكشف الحقيقى بغير الذى ذكرنا من المعرضيه المحضه و تأثير الأمر المتأخر فى الأمر المتقدم أو عنوان التعقب اما لعدم معقوليتها أو لعدم تماميه دليل الإثبات الذى هى نتيجة القول بالكشف الحكمى فلا- بدّ لنا من الالتزام بما ذكرنا و الا نلتزم- بالكشف الحكمى على ما ذكره المصنف حتى يمكن لنا التفصلى عن العجز من توجيه ما ظهوره فى الكشف صونا له من اللغويه مع أنّه أيضا تمام كما سنتعرض له بخلاف ما ذكر فإنه تمام ثبوتا و الدليل موجود عليه إثباتا.

بل أدله صحة البيع الفضولي ظاهره في الكشف كروايه قيس و غيرها و يأتي بيان ذلك في بيان ثمره القول بالكشف أو النقل في ضمن ردّ كلام شيخنا الأستاذ بناء على تماميتها خصوصا الروايات الواردة في التزويج من أنه إذا مات احد الزوجين الذي عقد عليهما فضوله سواء كانا ذلك الزوجين صغيرين أو كبيرين فمات أحدهما فيستحلف أحدهما على رضايته بالنكاح لو لم يمت الزوج الآخر ثم يرث فان ذلك صريح في صحة النكاح الفضولي على الكشف غايه الأمر أنها مطلقه بالنسبه إلى أقسام الكشف و لكن حيث عرفت أنّ المعرضيه المحضه و عدم دخاله الإجازة في صحة العقد باطل لصراحه الآيه في اشتراط صحة التجاره بالرضايه من المالك و الالتزام بتأثير الإجازة المتأخره في الملكيه المتقدمه مستحيل و الالتزام بالتعقب لا وجه له و لا دليل عليه فالكشف الحكمي في نفسه غير معقول كما سيأتي فيتعين ما ذكرنا فيكون هو المراد من الروايه مع ان أصله عدم الإجازة جاريه هنا فأى شىء أوجب الخروج من هذا الأصل فان لم يكن الكشف تماما لم يكن للنقل معنى في حال الموت كما هو واضح.

ثم بقى هنا شىء و هو انه ربّما يقال بظهور هذه الروايات الوارده في النكاح الفضولى في الكشف الحقيقى، فإنه لو لم يكن كذلك لم يكن معنى لعزل النصيب من الأول و انتظار الإجازة الى ان يستحلف بأنه لو لم يمت الزوج الآخر أيضا لكان راضيا بالعقد- فعزل النصيب قبل الإجازة ظاهر في الكشف الحقيقى الذى فرضتم ذلك غير معقول.

و فيه: أنّ عزل النصيب لا يدل على ذلك بل هو للاحتياط

فى باب الأموال فىكون ذلك مانعا عن جريان الأصل كما أشار إليه فى المتن و له نظير فى باب الإرث من غير ان يكون مختصا بهذا المورد كما إذا مات احد و كانت زوجته حامله، فإنه عزل هنا نصيب الذكرين احتياطا فى الأموال مع أنه ليس هذا النصيب مملوكا الا احتمالا لعدم اليقين بأنّ الزوجه تلد ذكرين.

و بالجمله الاحتياط الشديد فى باب الأموال لثلا يفوت حق احد على غير الوجه الشرعى و أهميته الشارع بذلك، أوجب عزل النصيب فيما ذكر و هذا لا يوجب إثبات الكشف الحقيقى فافهم.

و الحاصل أنك قد عرفت أنّ الكشف الحقيقى على أقسامها غير ما ذكرنا اما مستحيل أولا دليل على صحته فى مقام الإثبات.

ثم أنّ فخر المحققين حكم بالكشف الحقيقى بدعوى أنّ العقد حال الإجازة معدوم، فلو قلنا بالنقل للزم تأثير أمر المعدوم اعنى العقد فى الأمر الموجود أعنى الملكيه و قد طبق ذلك بالفلسفه كما هو دأبه فى بعض الفروع الفقهيّه.

و فيه: أولا- أنّ ما نحن فيه ليس من قبيل العله و المعلول التأمين بل من قبيل جزء السبب، فيجوز فى ذلك تأثير الأمر المعدوم فى الموجود فى التكوينيات فإنّ الأسباب و المعدات للشىء توجد تدريجا و تنعدم فيترتب عليه المسبب بعد ذلك كالقتل فإنّ أسبابه توجد و يترتب عليه الموت بعد مده و هكذا غيره فإذا كان فى التكوينيات كذلك فكيف لك إنكاره فى التشريعات؟ نعم فى العليه و المعلوليه التامتين لا يمكن الانفكاك كما التحريك بالنسبه إلى تحرك المفتاح فإنّ الفصل لا يعقل الا بتخلل الفاء فى اللفظ فقط على أنه يرد عليه

النقض بالإيجاب و القبول فإن الإيجاب قد يتحقق و ينعدم الى زمان القبول و بالوصيه فإنها تنعدم عند الموت مع أنه لم يستشكل أحد في تأثيرهما في الملكيه بل لازم ذلك إنكار شرطيه القبض لصحه بيع الصرف و السلم لانعدام العقد الى زمان القبض فيلزم المحذور.

و الحل فى الكل انّ العقد لا ينعدم بل يبقى اعتبار المتعاقدين إلى الأبد ما لم يطرئه مزيل فإنه ليس عباره عن اللفظ المجرد- لينعدم بمجرد الحدوث بل هو الاعتبار النفسانى مع المظهر فيبقى ذلك عندهما و عند العرف.

## و اما الكشف الحكمى

الذى ذكره المصنف و قلنا إذا لم يتم ما ذكرناه من الكشف الحقيقى على النحو الذى سلكناه فلا- بد من الالتزام بما ذكره المصنف من الكشف الحكمى فمعناه كما فى المتن إجراء أحكام الكشف بقدر الإمكان مع عدم تحقق الملك فى الواقع الا بعد الإجازة بحيث يحكم بإثبات آثار الكشف من أول الأمر و حين العقد و لازم ذلك إثبات آثار الملكيه من حين العقد و قد نقل المصنف هذا الوجه من أستاذه شريف العلماء.

أقول: ان تنزيل شىء مقام شىء آخر يكون على أنحاء.

الأول: ان ينزل الأمر الواقعى التكوينى مقام أمر واقعى تكوينى آخر كتنزيل الفقاع منزله الخمر و تنزيل الطواف منزله الصلاه و نحوهما إلخ فيوجب التنزيل ترتيب آثار الصلاه على الطواف و آثار الخمر على الفقاع فلا يلزم المحذور فإنه لا يلزم منه تشريع الحكم.

الثانى: ان يكون التنزيل فى بعض الآثار مع كون المنزل و المنزل عليه كليهما امرا تعبدياً كتنزيل من يراد زوجيته فى جواز

النظر إليها، فإن كل منهما أمر تعبدى مع كون التنزيل فى بعض الآثار.

الثالث: ان يكون المنزل عليه امرا تعبدى مع كون التنزيل فى جميع الآثار نظير المقام حيث ان أصل الملكيه بعد اجازته المالك أمر تعبدى، فقد يحكم الشارع بإجراء آثار الملكيه عليه بعد العقد و كون جميع آثار الكشف مترتبا عليه فهذا لغو محض حيث ان الحكم على هذا النحو و التنزيل كذلك ليس الا الحكم بالملكيه الحقيقيه و جعل الملكيه فلا معنى لتسميته باسم التنزيل و هذا نظير تنزيل - إمساك الاعتكاف منزله الصوم فى جميع الآثار مع عدم تسميته صوما و هكذا فافهم و تأمل.

### (فى ثمره النقل و الكشف)

قوله بقى الكلام فى بيان ثمره بين الكشف إلخ.

أقول: وقد ذكر المصنف فى ضمن أسطر ما لم نفهم معناه و لا ندرى ما ذا فهمنا منه سابقا فإنه ذكر أولا - على ما هو ظاهر كلامه -:

أنه على القول بالكشف الحقيقى على نحو التعقب لو علم المشتري بإجازه مالك المبيع العقد يجوز له التصرف فى المبيع لحصول شرطه فى الواقع و فى علم الله و قد صرح بذلك قبل نصف صحيفه ناقلا فى البعض و قال: و الترام كون الشرط تعقب العقد بالإجازه لا - نفس الإجازه فرارا عن لزوم تأخر الشرط عن المشروط و التزم بعضهم بجواز التصرف قبل الإجازه لو علم تحققها فيها بعدا.

و فيه: أنه بناء على القول بالكشف الحقيقى لا معنى للفرق

بين الالتزام بالتعقب أو تأثير الإجازة المتأخره فى المتقدم أو العرفيه المحضه فإنه على جميع التقادير تحصل الملكيه من الأول كما هو معنى الكشف الحقيقى، و بعد حصولها فلا- وجه لمنع جواز التصرف بل على القول به يجوز التصرف مطلقا كما هو واضح لا- يخفى ثم ذكر و اما الثمره بين الكشف الحقيقى و الحكمى مع كون نفس الإجازة شرطا فيظهر فى مثل ما إذا وطى المشترى الجاريه قبل اجازة مالكة فأجاز فإنّ الوطى على الكشف الحقيقى حرام ظاهرا لأصالة عدم الإجازة و حلال واقعا لكشف الإجازة عن وقوعه فى ملكه و لو أولدها صارت أم ولد على الكشف الحقيقى و الحكمى لأنّ مقتضى جعل العقد الواقع ماضيا ترتب حكم وقوع الوطى فى الملك انتهى.

و هذا الذى لا ندرى ماذا أراد منه المصنف فإنه مع حكمه على ما هو ظاهر كلامه بعدم جواز التصرف قبل أسطر على القول بالكشف الحقيقى إلا فى صورته التعقب فكيف حكم بكون التصرف حلال واقعا فهل هذا الا التناقض؟ و لعل و الله العالم انّ هذا من سهو- القلم.

و التحقيق ان يقال: أنه بناء على الكشف الحقيقى على جميع أقسامها غير ما ذكرنا يجوز التصرف فى المبيع و الثمن إذا علم انّ المجيز يجيز العقد لتحقق شرطه واقعا فلا يجرى هنا أصالة عدم- الإجازة فيحكم بالجواز ظاهرا و واقعا و مع توليد الأمه فتكون أم ولد و مع عدم العلم بالإجازة فيحرم التصرف فى الظاهر و يجوز فى الواقع و يكون حلالا على تقدير ان يجيز المالك و الا فيحرم فى الظاهر و الواقع و اما على ما ذكرنا من الكشف الحقيقى فلا يجوز التصرف فى

الظاهر و الواقع حتى مع العلم بالإجازة فإن الفرض أنّ الملكيه تحصل بالإجازة فلا معنى لجواز التصرف قبله في مال الغير بل يكون حراما و مع وطى الأمه فيكون زنا فيحدّ و لا تكون الأمه أم ولد و لو مع تحقق الإجازة فإنها لا يوجب انقلاب و أوقع حراما من واقعه و الشيء لا ينقلب عمّا هو عليه.

و اما على الكشف الحكمي فأیضا لا يحكم بترتب آثار الملكيه إلا بعد الإجازة فإنّ ما وقع من التصرفات قبل الإجازة فإنما هي تصرفات غير مشروعه فلا ينقلب عمّا هو عليه بعد الإجازة حتى بحكم بترتب آثار الملكيه عليه قبل الإجازة أيضا.

### **و الحاصل أنّ الكلام في بيان ثمره القول بالكشف أو النقل**

يقع في جهات.

الاولى في بيان الأحكام الخارجيه الشرعيه المترتبه على تصرفات المشتري أو الأجنبي قبل الإجازة.

الثانيه في حكم تصرفات المالك المجيز في العين التي بيعت فضوله.

الثالثه في تصرفاته في نماء تلك العين.

الرابعه في تصرفات ما انتقلت العين اليه.

### **اما الجبهه الاولى في بيان الأحكام الخارجيه الشرعيه المترتبه على تصرفات**

المشتري أو الأجنبي قبل الإجازة.]

فإذا تصرف المشتري أو الأجنبي في تلك العين فهل يترتب أحكام الملكيه على تصرف المشتري و أحكام العقد على تصرف الأجنبي أم لا- أو يفرق بين الكشف الحقيقي فيحكم بالترتب و بين الكشف الحكمي فيحكم بعدم الترتب؟ مثلا- إذا اشترى امه فضوله فاستولدها أو زنى الأجنبي بها فهل تصير الأمه على الأول

أم ولد و زنى الأجنبي زنا بذلت البعل فيترتب على ذلك أحكامهما أم لا؟ فأمّا على النقل فلا شبهه في كون الزنا زنا بذات بعل و عدم كونها أم ولد بل كان وطى المشتري أيضا حراما تكليفا فإنّ- الإجازة الحاصلة بعد الوطى الواقع عن حرام لا توجب انقلاب الحكم عن واقعه و جعل ما وقع حراما حلالا- و الشيء لا- ينقلب عمّا هو عليه و الاستيلاء المترتب على الوطى الحرام لا يكون موجبا لصيروره الأمه المستولده أم ولد كما لا شبهه في أنّه على الكشف الحقيقى على أنحاء غير ما ذكرنا تكون الأمه بالاستيلاء عن وطى المشتري قبل الإجازة أم ولد و ان كان الواطى جاهلا- بوقوع الإجازة عن المالك المجيز فإنّ التصرف أنّما وقع في ملكه، فيكون نظير ما وقع الوطى على الأمه بزعم أنّها أجنبيّه فبانت مملوكه فإنّه لو ولدت ولدا بهذا الوطى فتصير ذات ولد بذلك و على هذا فيكون وطى الغير بها زنا بذات بعل فتحرم عليه مؤيده و هكذا الكلام فيما إذا عقد على امرأه فضوله فزنى بها احد قبل الإجازة، فإنّه يكون ذلك زنا بذات بعل على القول بالكشف فيترتب عليه احكامه و هذا بخلافه على النقل و اما على الكشف الحقيقى بالمعنى الذى ذكرنا الذى هي نتيجة الكشف الحكمى و على الكشف الحكمى الذى ذكره المصنف فاختر بناء على الكشف الحكمى صيروره الأمه باستيلاء المشتري قبل الإجازة أم ولد لان مقتضى جعل العقد الواقع ماضيا ترتب حكم وقوع الوطى فى الملك و مع ذلك حكم بحرمة الوطى تكليفا و على هذا، فيكون وطى الغير لها زنا بذات بعل لا زنا المجرد فتحرم عليه مؤيده.

ثم احتمال تحقق الاستيلاء على الحكمى لعدم تحقق حدوث



الولد فى الملك و ان حكم بملكيتة للمشتري بعد ذلك و أنكر ذلك شيخنا الأستاذ عليه، فحكم بتحقيق الاستيلاء بذلك.

و الذى ينبغى ان يقال: أنه على الكشف الحقيقى بالمعنى الذى نقول عدم تحقق الاستيلاء بوطى المشتري قبل الإجازة كما أنّ الواطى كان محرّماً كما عليه المصنف أيضاً، فلا يتحقق بذلك الاستيلاء أيضاً و ان زنا الغير بها زنا بغير ذات بعل.

و توضيح ذلك أنه و كان بحسب الثبوت و الواقع ممكناً و ليس من المستحيلات العقلية و لكن لا- دليل على تحقق الاستيلاء بوطى المشتري أو كون زنا الغير بها زنا بذات بعل فى مقام الإثبات فإنّ ظاهر أدلتها ان يكون المرأه حال الوطى مملوكه للواطى لتصير بذلك أمّ ولد و حال الوطى زنا بذات بعل يترتب عليه أحكام الزنا بذات بعل و الأمر هنا ليس كذلك، بل أنّما هى مملوكه للغير حقيقه بالفعل كما هو المفروض، فيكون الزنا بغير ذات بعل و الاستيلاء عن وطى واقع على غير مملوكه و ان كانت تصير مملوكه بعد الإجازة حقيقه من زمان العقد على ما ذكرنا أو فى حكم المملوكه على الكشف الحكمى، و السرّ فى ذلك أنّ الاستيلاء لم يحدث فى الملك فإنّ الوطى كان وقوعه و حدوثه فى ملك الغير و ان كانت الأمه ملكا للمشتري بقاء و لعل هذا مراد المصنف من التعبير بعدم حدوث الولد فى الملك فهل يتوهم أحد أنه لو زنا رجل بامرئته خليه ثم صارت ذات بعل فيكون ذلك زنا بذات بعل أو يكون الولد المتولد منها ولده أو تصير المرأه أمّ ولد لو كانت مملوكه فزنا بها احد ثم اشتراها فلا يختلط الحرام بالحلال.

وقد نزل الامام عليه السلام ذلك بالثمر الذي يبيعه الإنسان عن جزم ثم اشترى الحديقه فإنَّ حكم كلَّ منهما غير مربوط بالآخر كما لا يخفى، ومقامنا نظير ما ذكرنا في كتاب الصلاه في معنى الزيادة في الفريضة و قلنا انَّ ظاهر الأدله الداله على ان الزيادة في الفريضة توجب البطالان هو ان تكون الزيادة واقعه بعنوان الزيادة حين الإتيان بها و يتصف بذلك الوصف حين وقوعها و تحققها و يكون ذلك في ذلك الوقت وصفا عنواتيا زائدا لها لا ما يكون متصفا بذلك الوصف بعد وقوعها فلا تشمل عليه أدله المبطله مثلا- إذا أراد المصلى ان يقول إياك فبداله و قال أيا فسكت ثم قال إياك فإنَّ أيا و ان وقعت زياده الا أنه لم يقع كذلك حين وقوعه بهذا العنوان بل بعنوان انه واجب ثم صار كذلك و هكذا فإنَّ أدله الزيادة في الفريضة منصرفه عن ذلك و كك فيما نحن فيه فإنَّ الوطى الواقع على الأمه قبل الإجازة أنما هو متّصف بكونه على غير ملكه و أنما صار بعد الإجازة متصفا بكونه في ملكه أو ذات بعل فأدله صيروره الأمه مستفاده بملك المالك أو كون الزنا بها زنى بذات بعل لا تشمل ذلك لظهورها في فعليّه الاتصاف و كونهما كك حال الوطى لا بعده.

### و اما الجبهه الثانيه فهى فى حكم تصرفات مالك المجيز فى

نفس العين

فلو باع احد مال غيره فضوله و تصرف فيه المالك قبل الإجازة و العلم بذلك أو مع العلم فهل يكون تصرفه هذا ردا فعليا أو لم يكن رداً أو يفصل بين الكشف الحقيقى فيحكم بعدم نفوذ تصرفاته و بين الكشف الحكمى فيحكم بنفوذ تصرفاته؟ و قد قرّب شيخنا الأستاذ نفوذ تصرفات المالك المجيز فى العين مطلقا حتى على الكشف-

ص: ١٥٨

الحقيقى بأقسامه و لو كانت الإجازة بعنوان المعرضيه حتى مع العلم بصدور الإجازة منه و مع ذلك لا يبقى مجال لإجازة العقد الفضولى مثلا لو باع العين التى بيعت فضوله أو أعتق العبد أو غير ذلك من التصرفات أو زوّجت الامراه نفسها للغير أصاله فانّ فى جميع ذلك لا- يبقى موضوع للإجازة فإنّها إنّما ترد على المحل القابل و بعد تزويج الزوجه نفسها من الغير أصاله أو نقل المالك العين عن ملكه لا- يبقى مجال لها فانّ ما هو متعلق بالإجازة و موضوعها قد زالت و انعدمت فانّ هذه الإجازة ليست إلا كإجازة الأجنبى فهل يتوهم احد أنّ إجازة الأجنبى العقد الفضولى الذى صدر من الغير يكون إمضاء من قبل المالك؟ فكك هنا فانّ المالك بعد نقل العين عن ملكه و ازاله علقه سلطنته صار كالأجانب فلا تكون إجازته مؤثره فى ذلك و لا يقاس ذلك بالفسخ لأنه متعلق بالعقد و اما الإجازة فهى متعلقه بالعين فإذا ذهبت ترتفع موضوعها بخلاف الفسخ.

ثم نسب ذلك الى المصنف بناء على كون النسخه لو باع أمّ الولد كما اختار كونها كذلك و اما بناء على سقوط أمّ و كون النسخه لو باع الولد فلا يمكن نسبه ذلك الى الشيخ فانّ بيع الولد لا ينافى مع إمضاء عقد الفضولى الواقع على الام.

و فيه: أنّ ما أفاده أنّما يتم فى الزوجه فإنّه بعد ما زوّجت المراه نفسها لغير الذى زوجها الفضولى إياه، فلا شبهه فى بطلان العقد الأول و كون العقد الثانى ردا عمليا للعقد الأول و السّير فى ذلك انه بعد تزويج المراه نفسها من الزوج الآخر لا يبقى موضوع لإجازة العقد الأول و لا يكون هنا مجيز حتى يجيز العقد الفضولى

لانتفاء ركن العقد وقوامه و انعدام ما ينسب اليه العقد و ينضم به بحيث يكون العقد عقده و يكون منسوبا اليه.

و بعبارة أخرى: قد حققنا فى الأصول فى وجه تقدم الامارات على الأصول أنّ موضوع الأصول معلق على عدم وجود الامارات فإذا تحققت الامارات و صارت منجزه لا يبقى مع ذلك موضوع للأصول و هكذا الأمر فى كل أمرين يكون الحكم فى أحدهما تنجزيا و فى الآخر تعليقا، فإنّ موضوع التعليق يرتفع بوجود التنجزى و فى المقام كذلك فإنّ موضوع صحة العقد الأول الفضولى معلق على بقاء المجيز بحيث يكون مع قطع النظر عن الإجازة مالكا للعقد و المعامله و يقدر على الإجازة فإذا ارتفع ذلك الموضوع بوجود المعلق عليه الذى يتوقف على عدمه صحة العقد الأول فلا يبقى مجال لصحته بالإجازة فحيث أنّ صحة العقد الأول متوقفه على بقاء المجيز على حالته الأولى و كونه مالكا للإجازة و قد انعدم فى المقام فيحكم ببطلان العقد الأول بلا شبهه.

و بعبارة ثالثة: أنّ العقد الفضولى إنّما يحكم بصحته مقتضى العمومات أو الأدله الخاصه إذا انتسب ذلك العقد الى المالك- ليحكم عليه بأنه يجب عليك الوفاء به و اما إذا انعدم، فلا تشمل الإطلاقات و العمومات ذلك العقد، فان معنى وجوب الوفاء بالعقد ليس انه يجب لكل شخص أن يفى بكل عقد حتى لو باع احد مال غيره فيجب عليه ان يفى بذلك بل هذا و نظائره خطاب لمالك العقد و لمن يكون العقد عقده فإذا انتفى المالك فلا يبقى موضوع لوجوب الوفاء بالعقد و غيره من الأدله الخاصه أو العامه بل هذا

الذى ذكرنا هو من جمله المرتكزات الشرعيه حيث انّ من البديهيّات فى عالم الشريعه أنّه لو زوج احد امراه فضوله و لم تكن المرأه عالمه بذلك فتزوج نفسها بزواج آخر و عرض العقد الأول إليه بعد سنين بحيث صارت كثيره الأولاد و أجاز العقد الأول، فهل يتوهم احد انّ جميع هذه الأولاد و الاستمتاعات وقعت شبهه؟ و ليس كذلك قطعاً هذا ما يرجع الى الزوجيه. و اما فى غير الزوجيه فلا يتم ما ذكره شيخنا الأستاذ و ذلك لان تصرّف المالك فى المبيع من عتق الأمه أو العبد أو بيعهما للغير أو غير ذلك من التصرفات لا ينافى العقد الأول و لا يوجب انعدام موضوع ذلك العقد لبقاء المميز على قابليّته أن يبيح العقد الأول و مالكا لذلك قبل الإجازة فإن قوام العقد الفضولى و بقائه لم يكن ببقاء العين و ان كان حين الحدوث من مقومات العقد.

و السّر فى ذلك أنّ الإجازة و الرّد كالامضاء و الفسخ فى باب الخيارات يتعلقان بنفس العقد دون العين الخارجيه كما ذهب اليه شيخنا الأستاذ و جعله وجه الفرق بين الإجازة و الفسخ.

غايه الأمر أنّ الفسخ رفع و الرّد دفع و الإجازة تنجيز و الإمضاء و عدم الفسخ يثبت و الا فجميع ذلك متعلق بالعقد و هو مركز لجميع ذلك فيظهر ثمره ذلك فيما بعد و على هذا فانتقال العين من ملك المالك المميز الى غيره لا يوجب ارتفاع موضوع الإجازة و انتفاء قابليه المميز بل هو باق على قابليته الأوليه اذن، فمقتضى الجمع بين جواز تصرفاته و نفوذه فى العين و بين وجوب الوفاء بالعقد بعد الإجازة و الإمضاء ممن له ذلك هو الحكم بانتقال المبيع الى البدل.

و بعبارة اخرى: انّ ما ذكره الأستاذ يرجع الى إبداع المانع و انّ المانع من تأثير العقد الفضولي هو عدم تأثير اجازة المالك لسقوطها عن التأثير بمانعيه انتقال العين من المالك الى غيره و هذا بخلاف ما ذكرنا فإنّه يرجع الى منع المقتضى فإنّه لا مقتضى لحصول الملكيه قبل الإجازة حتى يتوهم ذلك النزاع و البحث لانحصار حصول الملكيه على القول بالكشف بالمعاني التي ذكروها و قد ذكرنا عدم صحتها لعدم وفاء الأدله على ذلك و ما يكون مقتضيا للصحة اعنى أدله الصحة منعدم في المقام.

و بعبارة أخرى نحن نقول: بصحة الفضولي على طريقه الكشف من باب عدم العلاج و الفرار عن صحة أدله الفضولي فحيث انّ المتيقن منها صورته عدم التصرف فلا تبقى أدله صحة الفضولي شامله للمقام و هذا مرادنا من منع المقتضى.

و لكن الظاهر مع ذلك عدم صحة العقد الفضولي بعد تلك التصرفات و ان لم تكن موجه لانتفاء قابليته المجيز عن مجيزيته و ذلك لانّ صحته ما ذكرنا متوقفه على القول بالكشف الحقيقي على غير ما ذكرنا و قد قلنا انّ جميعه بين ما يكون مستحيلا و بينما يكون خلاف ظواهر الأدله لأنّ أدله صحة العقد الفضولي لا تساعد على كون الملكيه مثلا حاصله من الأول فتكون الإجازة المتأخره دخيله في ذلك بعنوان التعقب أو معرّفا صرفا فإنّ أخذ الإجازة و الرضا من شرائط صحة العقد ليس الا ظاهرا في كونه شرطا مقارنة لحصول التجاره و الملكيه و الزوجيه و نحوها كما لا يخفى و مع ذلك لا يمكن صرف أدله صحة الفضولي إلى مثل هذا النحو من خلاف الظاهر

هنا ما وعدناك في بيان طرق الكشف.

و بعبارة اخرى أنّ أدله صحة العقد الفضولي و ان قلنا انها ظاهره في الكشف الا أنّها تدل على صحة العقد الذي يكون متعارفا و على وفق مذاق العرف و الشرع و الذي يفهم العرف من لسان الأدله الشرعيه هو ما يكون العقد مقارنا برضا المالك و مثل ذلك العقد يكون مؤثرا في النقل و الملكيه و الزوجيه و حيث ان العقد الفضولي حين وقوعه عادم لذلك الشرط فيكون تأثيره مراعى على حصوله فيكون مؤثرا عند الحصول بحيث يكون شرطا مقارنا و ان كان مؤثرا في الملكيه من زمان العقد.

و على هذا، فيكون ما هو محط البحث و مورد الثمره بين ما ذكرنا و ما ذكره شيخنا الأستاذ في الكشف الحكمي و الكشف الحقيقي بالمعنى الذي ذكرنا الذي هو نتيجة الكشف الحكمي.

بيان ذلك أنّه على الكشف الحقيقي بما ذكرنا و الكشف الحكمي فيكون الإمضاء المتأخر موجبا لحصول النقل من حين العقد حقيقه على ما ذكرنا أو حكما على الكشف الحكمي و هذا بحسب القواعد فإن القاعده تقتضى بعد تحقق الإجازة و شمول أدله الصحه عليه لكونه عقد بالحمل الشائع بعد الانتساب اليه، حصول النقل من حين العقد فإنّ دليل وجوب الوفاء يدل على وجوب الوفاء بذلك العقد بعد الإجازة و هو يصير عقدا للمجيز و منتسبا اليه و هذا بخلاف ما تقدم فإنّ فيه نحكم بالمقدار المتيقن من جهه أنّه لم يكن لادلتها إطلاقا لتشمل مثل هذه الموارد أيضا و لم يكن المقتضى تاما و لكن على ما ذكرنا فالمقتضى تمام لكون ما ذكرنا موافقا للقواعد فإنّ القاعده تقتضى

ص: ١٦٣

ان يكون العقد صحيحا بعد الإجازة بمقتضى أَوْفُوا بِالْعُقُودِ كما ذكرنا و يكون منتسبا الى صاحب العقد بالإجازة كانتسابه إليه في غير موارد الفضولى بدليل الوفاء و هذا بخلافه على ما ذكره شيخنا الأستاذ فإنه يبطل العقد حينئذ فلا تكون الإمضاء مؤثرا في النقل بوجه كما هو واضح.

### (الجهة الثالثة في حكم التصرف)

الجهة الثالثة في حكم تصرف المالك سواء كان مالك الثمن أو مالك المثل في نماء المبيع، فنقول: لا إشكال في جواز تصرفه فيه على القول بالنقل وضعيا و تكليفا لأنه تصرف في ملكه و لا مانع من تصرف المالك فيه و إنما ينتقل العين عنه الى غيره بالإجازة و الفرض أنه قبل الإجازة و يكون بيعه لو باعه المالك من غير و عتقه لو كان النماء عبدا لو أمه نافذا و جائزا فلا يرد عنه بعد الإجازة أيضا.

و اما على القول بالكشف الحقيقي فربما يقال ان تصرفه في - النماء ليس الا تصرفا جائزا فلان ذلك كونه في ملكه و لازم كون النماء في الملك كون الأصل في ملكه، فيدل تصرفه في النماء بالدلاله الالتزامية على رد البيع الفضولى فيحكم بطلانه و قد احتل المصنف ذلك بناء على كون النسخه (و لو نقل المالك الولد) على خلاف ما قرره شيخنا الأستاذ حيث قال مع احتمال كون النقل بمنزله الرد و اما بناء على كون النسخه لو نقل المالك أم الولد فلا ميل إليه في كلامه.

و فيه: ان رد العقد الفضولى كإجازته و ان كان يصح بالفعل و القول كليهما الا ان مجرد صدور الفعل لا يدل على الرد ما لم يكن بنفسه إنشاء الرد فان تحققه يحتاج إلى الإنشاء كما ان تحقق الإجازة



يحتاج إلى الإنشاء بحيث يكون الفعل بنفسه مصداقا للرد و هذا لا يمكن الا بالقصد اذن، فيكون الفعل بحسب نفسه أعم من الرد لكون صدوره أعم من ان يكون بقصد الرد أولا- فالأعم لا يدل على الأخص بوجه الاحتمال ان يكون من غير قصد أو بقصد عدواني مع علمه بأنه يجيز كتصرف الغاصب و السارق و نحو ذلك.

و على هذا فلا يكون تصرف من انتقل عنه المال في نمائه قبل الإجازة ردا فلا بد له من إعطاء بدله على تقدير الإلتلاف و مع البقاء و انتقاله الى الغير يكون المقام من صغريات تعاقب الأيدي، فله ان يرجع الى المالك و يرجع المالك الى ما [من] انتقل اليه أو الى ما انتقل اليه ابتداء.

و اما على الكشف الحكمي و الكشف الحقيقي بمعنى الذي ذكرنا الذي في حكم الكشف الحكمي فلا شبهه في كون تصرف المالك في نماء العين تصرفا في ملكه لان الفرض أنه يحكم بملكه العين كما انتقل اليه بعد الإجازة فيكون النماء أيضا ملكا لما انتقل اليه العين بالتبع و حين تصرفه لم تصدر منه الإجازة ليكون التصرف في ملك الغير و هذا لا شبهه فيه و إنما الكلام في أنه يحكم بعد الإجازة يكون ذلك النماء ملكا لما انتقل اليه العين بالتبع حتى في صورته كون النماء تالفا بحيث يحكم للمالك ان يخرج من عهده أم لا بل يملك ما انتقل اليه العين ثمنا كان أو مثمنا بالإجازة مع النماءات الموجودة حال الإجازة متصله كانت أو منفصله.

و قد حكم شيخنا الأستاذ بالثاني من جهة ان الإجازة إنما توجب انتقال ما يكون موجودا حال العقد من العين و النماء الى

ما انتقل اليه العين، واما إذا كانت العين معدومه فقد تقدم أنه لا مجال للإجازة مع ذلك و ان كان النماء معدوما فلا شىء يكون ملكا لما انتقل اليه و التبعية إنما يتحقق فى صورته وجود النماء لا فى صورته عدمه.

و بعبارة اخرى: ان العين الى زمان الإجازة ملك لمالكها لجميع شئونها فله ان يتصرف فيها كيف يشاء و فى زمان الإجازة لو انتفت العين فلا- موضوع للإجازة أصلا و ان بقيت العين و نماءاتها، فتكون بالإجازة منتقلة إلى الطرف الآخر لكون النماء تابعا للعين و ان بقيت العين و تلف النماء و انعدم، فتكون العين وحدها منتقلة إلى الغير لعدم وجود النماء حال انتقال الأصل إلى الغير ليحكم بضمائه، فما يكون مانعا عن تحقق الملكية بالإجازة فى صورته نقل العين فيكون ذلك مانعا عن ثبوت الملكية بالنماءات أيضا فلا تؤثر الإجازة فى ثبوت الملكية بالنسبة إلى النماءات المستوفاه.

و فيه: انّ ضعفه ظاهر لان زمان الانتقال و ان كان هو زمان الإجازة و لكن تنتقل العين بالإجازة من زمان العقد فيترتب جميع أحكام الملكية من ذلك الزمان تنزيلا على الكشف الحكمى و تحقيقا على ما ذكرنا من الكشف الحقيقى و اذن، فيكون المالك ضامنا بالنماءات لو أتلفها و مع نقلها الى الغير فيكون المقام أيضا من صغريات تعاقب الأيدي كما عرفت فى الكشف الحقيقى و هذا واضح جدا.

ثم انّ شيخنا الأستاذ قزب كون النسخه و لو نقل المالك أمّ الولد و لكن الظاهر أنّها الولد بدون لفظ الأم لأنه يصرح بعد أسطر فى ذيل الضابط للكشف الحكمى أنه يحكم بملكيته المشتري من حين

العقد فإن ترتب شيء من آثار ملكية المالك قبل إجازته كإتلاف النماء ونقله و لم يناف الإجازة جمعا بينه و بين مقتضى الإجازة بالرجوع الى البدل.

### الجهة الرابعة في ما يرجع الى تصرفات ما انتقل اليه المال

فضوله،

اما على النقل فلا شبهه في عدم جواز تصرفه قبل الإجازة وضعا و تكليفا لكونه تصرفا في مال الغير بدون اذنه فهو حرام عقلا و شرعا نعم لو باع ذلك، ثم أجاز المالك البيع فيدخل تحت الكبرى الكليه من باع شياء ثم ملك و سيأتى الكلام فيه.

و اما على الكشف الحقيقي على أنحائه الثلثه فلا شبهه في جواز تصرفه فيه تكليفا و نفوذه وضعا لو كانت الإجازة متحققه واقعا غايه الأمر مع عدم العلم بتحقيق الإجازة يكون متجريا فقط في الظاهر و الافي الواقع لا يحرم ذلك بوجه وضعا و تكليفا.

و اما على الكشف الحكمي و الكشف الحقيقي بما ذكرنا فلا بد من التفصيل بين الحكم التكليفي و الحكم الوضعي و الحكم بحرمة التصرفات قبل الإجازة واقعا و ظاهرا لكونه تصرفا في مال الغير حقيقه فهو حرام لانه لا يجوز التصرف في مال امرء مسلم الا بطيب نفسه عقلا و شرعا.

و اما الأحكام الوضعيه فهي نافذه بعد الإجازة فإنه بعدها يكشف كونه واقعا في ملكه فلو باع قبل الإجازة فيكون صحيحا نافذا و لو أعتقه فيكون صحيحا الى غير ذلك من الأحكام الوضعيه على طبق القاعده فإنه بعد تحقق الملكيه بالإجازة من حين العقد، فمقتضى

ص: ١٤٧

القاعده ترتب أحكام الملكيه أيضا بأجمعها كما هو من المرتكزات العرفيه أيضا غير ما تقدم من تحقق الاستيلاء و تحقق الزنا بذات البعل فإنه تقدم أنّ الظاهر من دليلهما أنّ الاستيلاء و الزنا بذات البعل أنّما يتحققان من المملوك و الزوجه الفعلين دون ما يكون مملوكا أو زوجه بعد ذلك الوطى.

و بعباره اخرى:أنه يترتب على تصرف ما نقل اليه المال جميع الأحكام الوضعيه إمكانا و إثباتا غير ما يكون دليله على خلاف ذلك كما فى تحقق أمّ الولد و الزنا بذات البعل فإنّ ترتب الأحكام الوضعيه بأجمعها بحسب القاعده كيف فإنه بعد الحكم بحصول الملكيه من حين العقد فيترتب أحكام الملكيه أيضا عليه.

و اما عدم ترتب الحكم التكليفى فمن جهة أنّ الشىء لا ينقلب عمّا هو عليه فما كان حراما لا يكون حلالا فالتصرف قبل الإجازة كانت محرمة فلا ينقلب إلى الحليّه.

### فى بيان ما ذكروا للثمره بين الكشف و النقل

قوله

#### منها النماء

فإنّه على الكشف.

أقول:وقد تقدم أنّ النماء على الكشف الحقيقى لما انتقل اليه العين لكونه حاصلًا فى ملكه و اما على النقل فللمالك لكونه أيضا حاصلًا فى ملكه و تكراره انما هو توطئه لبيان كلام شهيد الثانى فى الروضه حيث قال:أنّ النماء على القول بالكشف تابع للعين فنماء الثمن للبائع و نماء المبيع للمشتري و اما على النقل فنماء كليهما للمالك المجيز.

وقد وجه كلامه بعض محشى الروضه حيث قال:يمكن ان يراد من المجيز المالك كل واحد واحد من مالك الثمن و مالك المثل

ص:١٦٨

اي نماء الثمن للمشتري لكونه مالكا له و نماء المثلن للبائع لكونه مالكا له.

و وجهه آخر بتوجيه آخر، بدعوى اراده جنس المالك فيكون أعم من مالك الثمن و مالك المثلن و على كلا التوجيهين يرتفع الاضطراب من كلامه.

و لكن كليهما خلاف الظاهر من كلامه فإن ظاهر المقابله كون النماء على النقل للبائع فإنه قال: و على النقل فهما للمجيز، فظاهره كون كلا النماءين لشخص واحد و وجه بعض بتوجيه بارد و هو ان كون نماء العين للمالك فعلى طبق القاعده لكونه حاصلًا فى ملكه و اما كون الثمن له فلائ المشتري بنفسه قد أقدم على ذلك و سلط البائع على ماله الذى مالك العين على ماله فيكون نمائه أيضا له.

و فيه: أنه قد يكون العقد من طرف المشتري أيضا فضوليًا فكيف يصح الحكم بأنه قد أقدم على تسليط البائع على ماله؟ و قد يكون غير ملتفت على كون البائع فضوليًا و لو كان المشتري بنفسه مباشرًا للعقد على أن ما وجه به كلامه ليس بتمام كبرى و صغرى اما الوجه فى بطلان الكبرى فلان الاقدام ليس من جمله المملكات و لم يعهد من الشرع المقدس ذلك المعنى إلا إذا كان بعنوان الهبة فإنها مملكه فى الشرع المقدس و ان كان يجوز الرجوع إليها أيضا.

و كيف كان لا يمكن الالتزام بهذا التوجيه اذن فلا بدّ اما من الالتزام بكونه سهوا من قلمه الشريف لكون العصمه لصاحبها و اما ان يكون نظره ما تقدم من التوجيهين الأولين و انما كان غرضه من إغلاق العبارة تجرّبه الأفهام و الله العالم.

**و منها انّ فسخ الأصل لإنشائه قبل إجازته الآخر.**

أقول: إذا كان أحد طرفي العقد فضولياً و الآخر أصيلاً فهل يجوز ان يفسخ الأصل قبل إجازته الآخر مطلقاً أو لا يجوز كك أو يفصل بين القول بالكشف فيحكم بعدم جواز فسخه و بين القول بالنقل فيحكم بجواز فسخه؟.

و قد اختار بعضهم جواز فسخ الأصل العقد قبل إجازته الآخر.

و قد اختار شيخنا الأستاذ عدم جواز فسخه مطلقاً حتى على القول بالنقل و اختار المصنف القول بالتفصيل و حكم بجواز فسخه على القول بالنقل و بعدمه على القول بالكشف.

أما على القول بالكشف فسيأتي الكلام فيه.

**و اما على القول بالنقل**

فمن جهة أنه لم يحصل النقل بمجرد العقد و أنّما يكون ذلك مؤثراً في زمان النقل و قبل زمانه، فيكون العقد بالنسبة إلى الأصل كنسبته الإيجاب إلى الموجب، فيكون فسخه كفسخ الموجب إيجابه فكما أنه لا محذور في فسخ الإيجاب قبل القبول و هكذا يجوز فسخ الأصل العقد قبل تحقق الإجازة.

و بعبارة آخر أنّما يجب إتمام العقد و لا يجوز حلّه من جهة أوّفاً بالعقود و هو أنّما يتوجه بعد الإجازة و قبلها ليس هناك شيء بوجه و لا يشمل دليل وجوب الوفاء فيكون الأصل مختاراً في فسخه و عدمه.

و اما على القول بعدم الجواز مطلقاً فقد اختار شيخنا الأستاذ عدم جواز الفسخ كما عرفت و حاصل كلامه انّ مقتضى قوله تعالى أوّفاً بالعقود و وجوب الوفاء بالعقد الذي عبّاره عن المعاقده و جوباً تكليفياً و لا شبهه في تحقق العقد و عدمه بالنسبة إلى الأصل و أنّما الموقوف

على الإجازة ليس الا حصول النقل الحقيقي و اما نفس العقد و المعاقده فقد تحقق قطعا اذن فلا مانع من شمول أَوْفُوا بِالْعُقُودِ عليه فيكون ذلك كبيع الصرف و السلم حيث ان حصول الملكيه فيهما متوقف على القبض و قبله لم تحصل و مع ذلك لا يجوز لكل من البائع أو المشتري فسخ العقد فإنه بعد التحقق لا يجوز إلا إذا قام الدليل على جواز الفسخ كالهبة و لا يقاس المقام بالإيجاب المجرد قبل مجيء القبول، فإنه لم يتم المعاقده بدون القبول حتى يشمل أَوْفُوا بِالْعُقُودِ و هذا بخلاف المقام كما عرفت.

و بعبارة اخرى: أنّ دليل الوفاء بالعقد تاره يكون ناظرا الى اسم المصدر اى ما يحصل من العقد أعنى الملكيه أو الزوجيه أو نحوها.

و اخرى يتوجه الى المعنى المصدري أعنى نفس العقد و المعاقده فعلى الأول فشموله موقوف على حصول النقل و حيث لم يحصل النقل قبل الإجازة، فلا يشمل دليل الوفاء بالعقد قبل الإجازة الا أنه مما لا يمكن المساعدة عليه لكونه خلاف الظاهر من أَوْفُوا بِالْعُقُودِ .

و على الثانى كما هو الظاهر فيكون دليل الوفاء بالعقد شاملا لهذا العقد تحققه عند المعاقده.

نعم الملكيه موقوفه على الإجازة و ذلك غير مربوط بالمقام.

و بالجملة مقتضى دليل الوفاء بالعقد لزوم إتمامه و إنهائه بعد تحقق العقد و المعاقده و هذا واضح جدا فافهم.

و فيه: أما على الكشف فسيأتى الكلام فيه عن قريب، و أما على النقل فكلامه هذا مبني على كون الأمر بالوفاء على العقد تكليفيا

فإنه حينئذ يتم ما ذكره شيخنا الأستاذ و لكنه غير ممكن إذ كون الأمر بالوفاء تكليفيًا أو حرمه نقضه كك يقتضى ان يكون متعلقه امرًا مقدورًا بحيث يكون مختارًا في فسخه و إمضائه فإن التكليف لا يتعلّق بغير المقدور و لا ان المراد من الفسخ لفظ فسخت ليقال أنه أمر ممكن و معنى كونه مختارًا في ذلك ليس الا كون العقد جائزًا فيكون ذلك خلف الفرض مع ان مقتضى كون العقد جائزًا و كون الوجوب تكليفيًا أنه يفسخ بالفسخ غاية الأمر أنه فعل حرامًا مع أنه لا يفسخ قطعًا بل عدمه بل الأمر هنا إرشاد إلى الحكم الوضعي نظير (إرشاد) النهي في قوله (عليه السلام) نهى النبي عن بيع الغرر إرشادًا إلى الفساد و معنى الوفاء به عبارة عن إتمامه و إنهائه كما يقال الدرهم الوافي للدرهم التمام فيكون معنى الوفاء بالعقد أنه لا يفسخ هذا العقد بالفسخ و على هذا لا يتوجه دليل الوفاء بالعقد الا بعد إمكان تحقق الحكم الوضعي بذلك الدليل و هو انما يكون بعد اجازة المالك لأنه المفروض اذن، فما ذكره العلامة الأنصاري من جواز فسخ الأصيل العقد قبل اجازة المالك هو الوجيه.

و بعبارة أخرى: وجوب الوفاء بالعقد من ناحيه الأصيل على القول بالنقل قبل الإجازة متوقف على أخذ العقد بمعنى المصدرى أى مجرّد المعاقده فإذا لم يكن ذلك لما ذكرنا من كونه متوقفًا على أخذ الوجوب تكليفيًا و هو غير جائز فلا بد من صرفه الى الوفاء بالمعنى الاسم المصدرى و هو لا يحصل إلا بالإجازة، فيكون شمول دليل الوفاء على ذلك من زمان الإجازة دون العقد و اما نقضه بالصرف و السلم فهو أيضا ليس من المسلّمات بل وجوب الوفاء بهما أيضا بقوله



أَوْفُوا بِالْعُقُودِ و بعدها، لم يمكن شموله على العقد الا بعد حصول الاسم المصدري فلا يلزم الوفاء به اذن يجوز لكل من البائع و المشتري فسخ الصرف و السلم قبل القبض كما هو واضح.

و بعبارة اخرى: انّ الأمر بالوفاء إرشاد الى عدم انفساخ العقد بالفسخ و انّ الالتزام بذلك باق على حاله و لا يرتفع إلا- بالإقاله و معنى الوفاء به إنهائه إلى الآخر و إتمامه و حيث انّ الالتزام و المعاقده على أساس القول بالنقل لم يتم لتوقف حصوله على تحقق التزام المالك فانّ متعلقه انما هو الملكيه و حصول الملكيه موقوف على تحقق الالتزامين من المالكين فلا يشمل عليه دليل الوفاء بالعقد فيكون نظير الإيجاب قبل تماميه القبول نعم في مثل النذر لا بأس من الالتزام بالوجوب التكليفي لا من جهة تعدد معنى الوفاء بل لخصوصيه المورد فانّ متعلق الوفاء في باب النذر نفس الالتزام و هذا بخلافه في باب العقود فانّ متعلقه الملتزم به و هو لا يحصل الا بالعقد الذى قوامه بالمعاقده و ارتباط احد الالتزامين بالآخر من الالتزام لا بالتزام شخص واحد كما هو واضح اذن لا غرو من الالتزام بالوجوب التكليفي فى النذر و نحوه و بالوجوب الإرشادى فى باب العقود.

و بالجملة انّ الوفاء بالعقد منحل الى الافراد العديده حسب تعدد افراد العقود فى جميعها معناه إتمام العقد و إنهائه و لكن حيث ان متعلقه فى النذر هو الالتزام بالعمل فليس معناه الا وجوب إتمامه تكليفا لا وضعا و لذلك نقول هنا بالوجوب التكليفي.

و ثانيا على فرض كون الوجوب وجوبا تكليفيا فلا شبهه فى أنه انما يتم بعد تحقق العقد و هو على أساس القول بالنقل لا يتم الا

بعد الإجازة فموضوع وجوب الوفاء بالعقد إنما يحصل بالإجازة وقبله ليس عقد ليكون موضوعا للوجوب و ليس ذلك قبل الهبة لتحصل بطرف واحد اذن مع فرض القول بان الوجوب تكليفي فلا يتوجه الا بعد الإجازة لتحقق موضوعه في ذلك الوقت.

و بعبارة أخرى: مع الغمض عن بطلان أخذ الوجوب إرشاديا و الجواب على وفقه انّ موضوع الوجوب التكليفي لم يتم بعد، فهل يتحقق الحكم بدون الموضوع؟ فتحصل أنّه على القول بالنقل يجوز للأصيل أن يفسخ العقد قبل الإجازة،

## و اما على القول بالكشف،

فهنا جهات للكلام:

### الاولى في جواز فسخ الأصيل منهما و عدمه أى تأثيره و عدم

تأثير على الكشف.

و الذى ينبغى ان يقال: أنّه لا يؤثر الفسخ فى انحلال العقد فإنّ أساس القول بالكشف هو ان العقد بحسب نفسه تمام السبب و الموضوع لوجوب الوفاء بالعقد كما عرفت عن الشهيد و المحقق الثانيين و بعد تحققه لا معنى لفسخ الأصيل ذلك فإنّ أدله وجوب الوفاء بالعقد و كونه لازما لا يفسخ بأجمعها، شامله للمقام فإنّ عمدتها على ما تقدم فى المعاطاة قوله تعالى لا تأكلوا أموالكم بينكم بالباطل إلاّ- أنّ تكون تجارة عن تراضٍ، فلا شبهه انّ الفسخ بعد تحقق الالتزام ليس تجاره عن تراض بل يكون أكل المال بالباطل و اما مع العلم بعدم الإجازة، فأیضا لا يحتاج الى الفسخ بتحقيقه بدونه فهو اما لا يؤثر و اما لا نحتاج اليه.

و بالجملة على ملاك الكشف من تحقق تمام الموضوع للوفاء

بالعقد لا يؤثر فيه الفسخ بوجه و يدل عليه أدله اللزوم.

### الجهة الثانية: في أنه على القول بعدم تأثير الفسخ فيه

وضعا فهل يجوز للأصيل التصرفات في ماله قبل اجازة طرف الآخر

أم لا؟

فهذه الجهة فيها جهتان. الأولى في جوازها و عدمها ظاهرا، و الثانية في جوازها و عدمها واقعا، فقد ادعى العلامة الأنصاري عدم جوازها ظاهرا و واقعا على تقدير عدم الإجازة بدعوى أنّ المال بواسطة المعاقدة خرجت عن موضوع جواز تصرف المالك في ملكه و دخل تحت أدله حرمة التصرف فيه فلا يجوز له التصرف في ذلك فان كان يجيز الآخر فيكون حراما ظاهرا و واقعا و الا فيكون حراما في الظاهر فقط، و لا- يجرى هنا أصالة عدم الإجازة لأنه أنّما يجرى في فرض عدم المنع عن جريانه و الفرض أنّ دليل وجوب الوفاء قد جرى و أوجب ثبوت العقد و عدم جواز تصرف الأصيل في ماله و معه كيف تجرى أصالة عدم الإجازة.

و فيه: أنّ موضوع وجوب الوفاء انما هو الالتزام بالملكية لا- حصول نفس الملكية و موضوع عدم جواز التصرف في المال تكليفا نفس الملكية و ما لم تحصل لا تشملها حرمة التصرف في مال الغير اذن فلا معنى لقياس عدم جواز فسخ الأصيل العقد بحرمة تصرفه في العين فإنّ موضوع كل منها غير موضوع الآخر و العجب منه قده حيث بالغ و حكم بعدم الجواز حتى مع العلم بعدم اجازة الآخر و ردّه بل لا بدّ و ان يرد العقد ثم يجوز للأصيل التصرف في ماله نعم لو تحقق الإمضاء، فينكشف منه أنّ التصرف كان حراما في الواقع و هذا من عجائب الكلام، فإنه مع عدم الإجازة فبأى دليل نحكم بحرمة تصرفه

ص: ١٧٥

فى ماله مع كون الناس مسـلـطون عليه، و بعبارة اخرى ان قلنا انه خرج من ملكه فنسئله من سببه و ان قلنا انه لم يخرج و مع ذلك لا يجوز له ان يتصرف فيه فهذا ليس إلا مناقضه فى مفهوم الناس مسـلـطون على أموالهم فافهم.

و بالجمله ان الثمره ثمره صحيحه فإنه على النقل بجوز للأصيل أن يتصرف فى ماله و على القول بالكشف لا يجوز فسـخـه و يجوز تصـرفه ظاهرا ثم ان تحققت الإجازة بعد ذلك، فيكشف أنه كان حراما واقعا و على تقدير عدم الإجازة ينكشف أنه لم يكن حراما فى الظاهر و الواقع معا و اما على تقدير العلم بتحقق الإجازة فلا يجوز، و العجب من المصنف حيث حكم بعدم الجواز حتى فى صورته العلم بعدم الإجازة مع أنه على هذا لم يكن منه بوجه لتصرفه فى ماله قطعا و عدم احتمال تصرفه فى مال الغير.

و الحاصل ان الكلام فى جواز تصرف الأصيل فى ماله قبل اجازة الآخر و قلنا انه لا شبهه فى جوازه مع الجهل بتحقق الإجازة مطلقا حتى على القول بالكشف الحقيقى و لو بمعنى أخذ الإجازة معـرفه لحصول النقل من زمن العقد فإنه مع ذلك أيضا يشك فى انه ممـا يتم به النقل أو يكون معـرفا لذلك يتحقق أولا يتحقق فيتمسك بأصاله عدم تحقق الإجازة فيحكم بجواز التصرفات مطلقا فإن مقتضى جريان ذلك الأصل جواز التصرف فيه تعبدا من دون ان يلزم التصرف فى مال الغير كما أنه فى صورته العلم بعدم الإجازة يجوز التصرف وجدانا للعلم، و ما عن المصنف من منع جواز التصرف حتى فى صورته العلم بعدم الإجازة، فعجيب منه مع أنه ليس هنا مانع بوجه حتى احتمال كونه تصرفا فى مال الغير فلا ندري ما المانع من كونه أى الأصيل

مسلطا على ماله؟فانّ قوله بعث مع العلم بعدم الإجازة ليس الا كاللاغى و الساهى.

نعم على الكشف الحقيقى المعروف لو تصرف فيه معتمدا على أصاله عدم الإجازة أى القطع التعبدى أو على العلم بعدم الإجازة و القطع الوجدانى فأجاز الطرف الآخر فيكون تصرّف الأصيل فى المبيع فضوليا،فيتوقف على اجازة الطرف الذى كان العقد فضوليا من قبله فيبطل من قبل الأصيل و لا يكون العقد عقده و أنّما يكون راجعا الى المجيز فان شاء أجاز و ان شاء لم يجز.

ثم ذكرنا أيضا أنّه لا وجه فى عدم جواز تصرّفه أى الأصيل بآيه وجوب الوفاء بالعقد-كما تمسّك به شيخنا الأستاذ-على تقدير كونه وجوبا تكليفيا،فإنه يرد عليه أوّلا أنّ الأمر بوجود الوفاء بالعقد إرشاد إلى تمام الالتزام و إنهائه كما هو معنى الوفاء بالشىء لغه فليس ذلك وجوبا تكليفيا كما هو الظاهر.

و ثانيا ان معنى الوفاء بالعقد ليس الا- ترتيب آثار الملكيه و الزوجيه و غيرهما عليه و ليس معناه مجرد وجوب الالتزام بالعقد وجوبا تكليفيا،فهو لا- يحصل قبل الإجازة فإن معنى ترتيب الآثار هو حرمة التصرف فى ذلك المال للأصيل فلا شبهه أنّ أدله حرمة التصرف انما تعلقت بالملك دون الالتزام بالملكيه كما هو واضح.

و ثالثا مع الإغماض عن جميع ذلك و الالتزام بالحرمة التكليفيه، فإنّما يجب الوفاء بالعقد بعد تحققه لا قبله.

و بعبارة اخرى:إنّ الاحكام التكليفيه أنّما تكون فعليه بفعليه موضوعها فما لم تصر موضوعها فعليه فلا معنى لفعليه الحكم اذن فموضوع

وجوب الوفاء أنّما هو العقد ففعلية ذلك الحكم يحتاج إلى تمامية العقد فحيث أنّ العقد عبارته عن ارتباط التزام بالتزام و انضمامهما معا و المعاقده بينهما فهو لم يحصل بعد قبل اجازته المالك حتى على القول بالكشف بجميع اقسامه و ليس ذلك مثل الهبه يتحقق التمليك بالتزام طرف واحد فإنّ حقيقتها عبارته عن التمليك المجاني و ذلك يحصل بتمليك طرف واحد و التزامه بخلاف البيع فإنّ الالتزام بالتمليك فيه مربوط بالتزام الطرف الآخر بذلك بحيث يرتبط احد- الالتزامين بالتزام الآخر و ينضم أحدها بالآخر حتى يترتب عليه وجوب الوفاء كما لا يخفى فإنّ الأصيل لا يعلم ظاهرا ان الآخر يجيز أو لا يجيز و ان حصل عقد واقعا اذن فلا معنى لوجوب الوفاء به قبل تحقق الإجازة بل يجوز التصرف لكل من البائع و المشتري في بيع الصرف و المشتري في الثمن في بيع السلم قبل القبض فيهما فإنّه ما لم يحصل القبض لم يحصل الملكيه و وجوب الوفاء بالعقد أنّما هو باعتبار الملتزم به أعنى الملكيه نعم في صورته العلم بأنّ المالك يجيز العقد لا يجوز للأصيل التصرف في ماله بخروجه عن ملكه على القول بالكشف و لكن لانزم ذلك هو جواز تصرفه في الثمن مثلا فان خروج ماله عن ملكه مع دخول مقابله في ملكه متلازمان فإنّ قوام البيع عبارته عن المبادله بين المالكين في طرف الإضافه و حقيقه الإضافه ليس الا خروج احد العوضين عن ملكه و دخول العوض الآخر مكانه و كذلك لا يجوز للأصيل مع جواز التصرف في ماله ان يتصرف في مقابله لعين تلك الملازمه و ما في المتن من ان العمل بمقتضى العقد كما توجب حرمة تصرف الأصيل فيما انتقل عنه كذلك توجب جواز تصرفه فيما انتقل اليه و الوجه

فى ذلك هو ثبوت الملازمه بينهما وجودا و عدما نعم فى مثل النذر و نحوه حيث ان موضوع وجوب الوفاء نفس الالتزام فيجب الوفاء به لتمام موضوعه بنفس الالتزام بخلاف البيع مثلا فانّ الوفاء لا بد و ان يكون بالملتزم به اعنى الملكيه دون الالتزام.

ثم انه لا- يفزق فيما ذكرنا بين أقسام العقود الفضوليه نكاحا كان أو غيره فإنه فى باب النكاح أيضا يجوز للأصيل ترتيب آثار عدم الزوجيه قبل إجازة المرأة التى كان العقد من قبلها فضوليه من تزويج أمها أو أختها أو تزويج الخامسة لو كانت عنده زوجات ثلثه غير الزوجه- الفضوليه الى غير ذلك من آثار عدم الزوجيه معتمدا بأصالة عدم الإجازة فإنها محكمه ما لم يكن دليل على خلافها.

نعم تقدم أنه زوج الصغير فضوله فمات فيعزل نصيب الزوجه فبعد البلوغ عرض إليها العقد فإن أجاز مع الحلف على عدم طمعها بالمال فيعطى بها الإرث و الا فلا.

فيعلم من ذلك عدم الاعتناء بأصالة عدم الإجازة فى باب النكاح بالملازمه.

و فيه أنّ مقتضى جريان أصالة عدم إجازة من كان عقد الزوجيه من قبله فضوليه الزوجيه هو عدم ترتيب آثار الزوجيه قبل الإجازة فيترتب عليه عدم التوارث فإنه مع جريان أصل السببى لا يبقى موضوع للمسبب و بعبارة اخرى انّ قضيه الإرث هنا و إن كان راجعا الى المال و الى ورثه الوارث و ليس مربوطا بالمعامله الفضوليه و لكن حيث كان ملزوم ذلك اعنى العقد فضوليا فيجرى فيه أصالة عدم الإجازة الذى هو أصل سببى بالنسبه إلى التوارث و عدمه فيترتب عليه نفى المسببات

من التوارث و غيره و بذلك الملازمه فيكون التوارث هنا الذي راجع الى المال دون العقد الفضولي مربوطا بالمعامله الفضوليه.

و لكن حيث و رد النص الخاص في عزل نصيب الزوجه هنا- فبالملازمه القطعيه يبقى جريان أصاله عدم الإجازة و ترتيب الآثار عليها فإن نفي اللازم يستلزم نفي الملزوم الا ان ورود النص في مورد خاص مبنيًا على الاحتياط في الأموال كما تقدم لا يوجب التعدي الى غير مورده و الحكم بعدم جريان أصاله عدم الإجازة في باب النكاح مطلقا فضلا عن غير باب النكاح كما لا يخفى.

و قلنا سابقا انه ورد نظير ذلك في المرأه الحبلية حال و فات زوجها فإنه يعزل نصيب ذكرين مع ان أصاله عدم التولد أو عدم كون الولد أكثر من واحد أو عدم كونه ذكورا بناء على جريان الأصل في الاعدام الأزليه كما هو الحق جاريه فإن المتيقن في الصوره الأخيره هو كون الأقل نصيبا للولد الذي لم يولد بعد فالزياده التي تخرج على احتمال كونه ذكرا ينفي بالأصل و بالجمله تتحصل أنه يجوز- للأصيل أن يتصرف في ماله قبل إجازة الآخر العقد مطلقا على القول بالكشف لجميع اقسامه و على القول بالنقل و على القول بالكشف الحكمي فإن أصاله عدم الإجازة محكمه و ما ذهب اليه المصنف من أصاله عدم الإجازة و التمسك بأوفوا بالعقود في إثبات لزوم العقد و تبعه بعض الآخر و كك ما ذهب اليه شيخنا الأستاذ من الحكم بلزوم العقد من الأصيل لا وجه له.

### في عدم جواز إعدام المنذور

قوله كالنذر المعلق على شرط.

أقول: تفصيل الكلام هنا أنه سواء كان النذر متعلقا بالفعل



أو بالنتيجة و سواء كان متعلقه امرا اختياريا أو غير اختياري على انما

### تاره يقع الكلام فى الحكم التكليفى

و اخرى فى الحكم الوضعى اما.

الأول:فتاره يكون متعلق النذر مطلقا من غير ان يعلقه بشىء بأن كان قصده حين النذر لنتجذ التكليف بالوفاء عليه لأنه على وجه الإطلاق كما إذا نذر ان يعطى درهما للفقير مطلقا و على هذا فلا إشكال فى عدم جواز إعدام المنذور و اخرى يكون معلقا و عليه تاره يكون ذلك مثل الواجب المعلق بان يكون النذر فعليًا و متعلقه امرا استقباليًا كما يكون الوجوب فعليًا و الواجب استقباليًا فى الواجب المعلق و هذا مثل الأول لفعليه الوجوب.

و اخرى يكون مثل الواجب المشروط بان يكون قصد الناذر تحقق النذر حين تحقق متعلقه و هو على قسمين لأنه تاره يعلم الناذر حصول متعلق نذره فيما بعد و اخرى لا يعلم فعلى الأول- أيضا لا يجوز التصرف فى المنذور بحيث يوجب إعدامه لما حققناه فى محلّه انّ تماميه ملاك التكليف فى محلّه و العلم بتنجزه فى ظرفه موجب لحفظ القدره لإتيانه و حفظ مقدماته و تهيئه وسائل إتيانه لو علم أو احتمال عجزه عنها فى ظرف الإتيان و يحرم إعدام المقدمات المفوته لذلك الملاك و لو فى ظرفه و من هنا نقول بحفظ الماء لحفظ نفسه فى ظرف عدم التمكن منه فى ذلك الظرف أو لحفظه للوضوء لذلك بحيث يعلم أنه لو لم يحفظه يموت بعد ساعه عطشا أو لا يجد الماء للوضوء و تسمى مثل هذه المقدمات بالمقدمات المفوته.

و بالجملة و ان كان النذر معلقا مثل الواجب المشروط الا ان العلم بانعقاده و حصول متعلقه يوجب حفظ المنذور لقبح تفويت

ملاك التكليف فى نظر العقلاء و الشارع و لو كان التكليف استقباليا كما انّ الأمر كك فى الواجب المشروط أيضا.

و ان لم يعلم الناذر حصول متعلق نذره فان كان من قصده تعلق النذر بالإبقاء كتعلقه بأصله بحيث يكون هنا نذران بحسب الانحلال فلا شبهه أيضا فى وجوب حفظ المنذور كما إذا نذر بصدقه شاه على تقدير براء مرض ابنه و مع ذلك تعلق نذره بإبقاء ذلك الشاه أيضا.

و ان لم يكن نذره متعلقا على صدقه الشاه مطلقه و لا على صدقتها على نحو الواجب المعلق و لا على نحو الواجب المشروط- بحيث يعلم بحصول متعلقه و لا- ان يكون متعلقا بإبقائه أيضا فلا- يجب الإبقاء بل يجوز إعدام موضوع النذر بحيث لا يبقى موضوعه أصلا فضلا عن ان يجب الوفاء به بعد تحقق متعلقه.

ثم أنه لا يفرق فى جميع ذلك التصور بين ان يتعلق النذر بالفعل أو بالنتيجة و سواء كان اختياريا أو كان غير اختيارى.

### **و اما الحكم الوضعى أعنى صحه التصرفات فى المنذور.**

فنقول:

اما فيما يجوز التصرف و إعدام موضوع النذر كما فى الصورة الأخيره فلا شبهه فى صحه التصرف و نفوذه فلو باع فيحكم بصحته و اما فيما يحرم التصرف فى المنذور كأكل الشاه المنذوره مثلا فأیضا يصح التصرف فى المنذور وضعا و ينفذ ذلك لأنه لا ملازمه بين حرمة التصرف تكليفا و بين صحته وضعا.

و ما يمكن ان يكون وجها فى عدم صحه ذلك أمران.

ص: ١٨٢

الأول أنه يشترط في المبيع ان يكون طلقا فلا يصح بيع غير الطلق و ما تعلق به النذر ليس بطلق لتعلق حق الغير به.

و فيه: أنه ممنوع كبرى و صغرى، اما الصغرى فواضح لانه لا يكون المال بمجرد تعلق النذر به مما يتعلق به حق الغير و من هنا لو اجتمع المنذور إليهم و أسقطوا حقوقهم عن ذلك المال فلا يؤثر ذلك في المنذور شيئا و لا يصيره عن حاله الأوليه التي لم يتعلق به الا الحكم التكليفي و لا يرتفع به الحكم الشرعي التكليفي أعنى عدم جواز التصرف فيه مع أنّ الحق امتيازاه عن الحكم ليس إلا بالإسقاط كما مرّ في أول البيع و الا فكلّ حكم يصح إطلاق الحق عليه فيعلم من ذلك أنه لم يتعلق بالمنذور الا الحكم التكليفي أعنى حرمة التصرف فيه و اما الحكم الوضعي فلا- فلم يتم الصغرى و اما الوجه في منع الكبرى فلائنه لا- دليل على اشتراط كون المبيع طلقا بهذا العنوان بل هو أمر منتزع من الموارد الخاصه ففي كل مورد لا ينفذ فيه التصرف فلا يجوز بيعه و لا يصح و في كل مورد يصح فيحكم بصحة البيع و الا فلم يدل دليل خاص يكون المبيع طلقا.

الأمر الثاني ما اعتمد به شيخنا الأستاذ من أنّ المنع الشرعي كالمنع العقلي فحيث أنّ التصرف في المنذور محرم شرعا فيكون ممنوعا من التصرف فيه كما كان غير مقدور تكويننا فحيث أنّ المنذور لا يجوز التصرف فيه تكليفا فيكون ممنوعا من ذلك وضعا أيضا و بهذا استند في أنّ النواهي تدل على الفساد في المعاملات و بنى على ذلك دلالة النهي على الفساد في باب المعاملات.

و فيه: ان كان المراد من أنّ المنع الشرعي كالمنع العقلي

المشهور بين الناس من حيث التكليف فهو مسلّم و ان كان المراد من ذلك من حيث الوضع فهو أول الكلام إذ لم يدل دليل على ان ما تعلق به النهى و حكم بحرمة التصرف فيه فهو مما لا ينفذ التصرف فيه فيحكم بطلانه كما هو واضح.

اذن فلا وجه لما زعمه شيخنا الأستاذ من الحكم بعدم نفوذ التصرف فى المنذور مستندا على هذا الوجه الغير الوجيه فإنه لا ملازمه بين حرمة التصرف تكليفا و بين حرمة وضعها و ما اعتمد عليه فى دلاله النهى على الفساد فى باب المعاملات قبلا وجه.

قوله

### **ثم ان بعض المتأخرين ذكر ثمرات آخر.**

أقول: ذكر شيخ الكبير ثمرات آخر على القول بالكشف أو النقل فنذكرها تبعا لشيخنا الأنصارى.

### **الأول: أنه لو مات أحد طرفى العقد من البائع أو المشتري**

سواء كان العقد من قبل كليهما فضوليا أو من قبل أحدهما فنفرض الكلام فيما لو كان فضوليا من جانب و احد فمات الأصيل قبل الإجازة الآخر فحاصل ما قاله (ره) أنه لو مات الأصيل قبل الإجازة فيبطل العقد بناء على النقل فإنه حين تحقق الملكيه غير موجود و الفرض انّ العقد لم ينعقد قبل الإجازة فيبطل.

و بعبارة اخرى: انّ المالك الأصيل حين ما كان موجودا لم ينعقد العقد الموجب للملكيه و حين انعقاد العقد و تماميه الملكيه لم يكن موجودا فكيف يحكم بصحة مثل ذلك العقد و هذا بخلافه على القول بالكشف فإنه يحكم بصحته فإنّ الملكيه قد تحققت على الفرض فلم يبقى فى البين إلا إجازة المجيز فهى قد حصلت فيحكم بصحته.

ص: ١٨٤

وقد أورد عليه صاحب الجواهر بدعوى ظهور الأدله فى اعتبار استمرار القابليه إلى حين الإجازة على الكشف مع قطع النظر عن الإجازة فيكشف الإجازة عن حدوث الملك من حين العقد مستمرا الى حين الإجازة و مراده أنّ صحة العقد الفضولى متوقفه على بقاء مالكي العقد و من يستند العقد اليه و يكون العقد عقده باقيا على قابليه ذلك المعنى و بالموت يخرجان عن ذلك القابليه و لا يمكن استناد العقد اليه و هذا واضح جدًا.

و أشكل عليه شيخنا الأنصارى بالنقض و الحلّ اما النقص بالعقود المتعدده الواقعه على مال واحد بنحو تعاقب الأيدى فضولا حيث أنّ تلك العقود قد وقعت فضوله و قبل تحقق الإجازة انتقل الملك الى الآخر و لم يبق المالك مستمرا على مالكيته و على تلك القابليه الأوليه إلى زمان الإجازة فيكشف من ذلك أنّ بقاء المالك على قابليه المالكيه إلى زمان الإجازة غير لازمه.

و فيه: أنّ هذا عجيب من المصنف حيث أنّه فرّق بين ما نحن فيه و بينما ذكره المصنف نقضا لأنّ فى فرض تعاقب الأيدى المالكيه مستمره مع قطع النظر عن الإجازة و انما الإجازة أوجبت انقطاع مالكي الثمن عن الثمن و مالكي الثمن عن المثلن كما أنّ الرد يوجب انهدام العقد و بقاء كل منهما فى ملك صاحبه و هذا بخلاف ما نحن فيه فإنه مع قطع النظر عن الإجازة و الرد ينقطع الملك بالموت كما أفاده الأستاذ اذن فلا- ينبغى لمثل الشيخ ان يورد له بمثل ذلك و ثانيا بالحل و حاصله أنّ بعض الاخبار المتقدمه من أدله صحة المعامله الفضوليه ظاهره فى صحتها حتى مع موت أحدهما الأصيل أو من

كان العقد من قبله فضوليا كالأخبار الداله على الاتجار بمال اليتيم و اخبار المضاربه حيث انها أعم من ان يكون المالك حيا أو ميتا مع جريان العاده بموته فى مدّه مديده يتجر العامل بالمال و لم يستفصل الامام(عليه السلام)فى ذلك فيكون إطلاق تلك الاخبار شاهدا على المطلب.

و بعضها صريحه فى ذلك كالروايه التى تضمن ان شخصا اوصى بالعبد المأذون فى التجاره ان يشتري عبدا فيعتقه و يحج عنه ثم ترفع كل من مولى المأذون و العبد المعتق و الورثه فى كونه من مالهم فإنها صريحه فى المطلوب حيث أنّ المالك قد مات الى زمان اجازة مالك العبد المأذون ذلك العقد فيكون صريحه فى المورد.

و فيه:قد تقدم ان شيئا من تلك الاخبار لا تدلّ على صحه البيع الفضولى بل هى خارجه عن المقصد بل الشيخ أيضا لم يستدل بها على ذلك و أنّما ذكرها تأييدا لمرامه فلا يمكن الاستناد إليهما فى هذا المقام أيضا.

و الذى ينبغى ان يقال أنّه لو كان النظر إلى الأدله الخاصه للمعامله الفضوليه كروايه عروه البارقي و صحيحه محمد بن قيس فلا شبهه لظهورها فى كون المالك المجيز أو الطرف الآخر حيا فلا أقل من أخذ المتيقن منها فإنّه ليس لها إطلاق يؤخذ به انما سرى فلا- يكون الأدله الخاصه للفضوليه دليلا للمقام اذن فالحق مع صاحب الجواهر فان مقتضى الاختصار بالقدر المتيقن منها هو الكفايه منها بحال حياه الطرفين من المالكين الفضوليين أو أحدهما فضوليا و الآخر أصيلا.

و ان كان النظر إلى الأدله العامه أعنى العمومات و الإطلاقات

الداله على صحه المعامله كقوله تعالى أَوْفُوا بِالْعُقُودِ وَأَحَلَّ اللَّهُ الْبَيْعَ و غيرهما فلا شبهه فى صحه المعامله مع موت الأصيل أو المجيز مطلقا على القول بالكشف و على القول بالنقل و ذلك اما على القول بالكشف فواضح لانّ العقد قد تمّ من جميع الجهات الا من ناحيه اجازة من كان العقد من قبله فضوليا فإذا حصلت الإجازة فلا معنى للحكم بالبطلان لصحة العقد من جميع الجهات و عدم نقصانه من جهه.

و السر فى ذلك أنه قد تقدم مرارا أنّ قوام المعامله بالمبادله بين المالين و لا خصوصيه للمالك بوجه بحيث يكون هذا الشخص أو ذلك الشخص بحيث أنّ المبادله و الملكيه قد حصلت بالعقد فلم يبق فى البين إلا الإجازة من المجيز فيها يتمّ جميع جهات المعامله غايه الأمر أنه إلى زمان موت الأصيل كان المالك للثمن أو المثلث هو و بعد موته يكون المالك وارثه و يقومون مقامه لكن فضوله و تبديل المالك لا يضرّ بصحة المعامله بوجه و كك انقلابه الفضوليه لا يضر بالمطلب و لزوم كون البائع حال البيع مالكا بالمبيع غير لازم و ان تقدم الالتزام به من التسترى الا أنه بلا مدرك لإمكانه فى المالك المتجدد بالإرث و نحوه و اما على النقل فالعقد قد وقع من المتعاقدين و يبقى الى زمان الإجازة معلقا فى الهواء حتى يجيزه المجيز فإذا أجاز يستند اليه العقد و موت الأصيل أو غيره من أحد طرفى العقد لا- يضرّ بالعقد- الواقع فإنّ الشىء لا ينقلب عما هو عليه اذن فتشمله العمومات و المطلقات و بعبارة اخرى: أنّ العقد بعد وقوعه فضولا- مستجمعا لشرائط الصحة غير جهه الإجازة ليستند الى المجيز و تشمله العمومات فلا

يخرج عن الجبهه التي وقع عليها كما هو بديهي الوضوح.

نعم لو كان الميت هو الأصيل لصار العقد من قبل وراثه أيضا فضوليا فتوقف صحته على إجازتهم أيضا كتوقفها على اجازة المجيز الآخر.

و بالجمله لا نعرف وجهها صحيحا لدفع العمومات أو المطلقات عن شمولها لهذه المعامله.

غايه الأمر أنه على الكشف ينتقل المال بموت الأصيل إلى الورثه من حين الموت فيكون العقد فضوليا من قبله أيضا و على القول بالنقل فالعقد يكون مراعى فيكون طرف العقد هو الوارث فضوله و بإجازته ينتقل المال عنه و ينسب العقد اليه فلا يكون هذه الثمره ثمره البحث فإنه على القول بالنقل و الكشف مقتضى العمومات و الإطلاقات صحه العقد و ان لم تكن الأدله الخاصه للفضولى جاريه هنا لعدم إطلاقها أو عمومها.

### **الثمره الثانيه ان يعرض الكفر على أحدهما أو كلاهما**

سواء كان كلاهما فضوليا أو أحدهما فضوليا و الآخر أصيل حيث ذكر الشيخ الكبير ظهور الثمره هنا بين القول بالكشف أو النقل.

و تحقيق ذلك ان الكلام هنا تاره يقع فيما يكون المبيع عينا شخصيا و اخرى يكون كليتا فى الذمه فعلى الأول فالكلام فيه بعينه هو الكلام فى الفرع الأول فإنه على القول بالكشف ينتقل الثمن أو المثلن الى الوارث بمجرد ارتداد أحدهما ينتقل العين الشخصيه إلى الوارث فيكون ذلك الوارث طرفا للعقد فضوله فيتوقف صحه العقد على إجازته أيضا و على القول بالنقل فينتقل المال أيضا الى



الوارث مع كون العقد مراعى الى زمان الإجازة فإن أجاز يقع و الا فلا على النحو الذى تقدم. و على الثانى فلا بدّ و ان يفرض الكلام فى كون المبيع مسلماً أو مصحفاً فإنّه على فرض كونه غير المسلم و المصحف لا- يظهر ثمره بين القولين إذ المرتد الفطرى يملك على الأقوى و ان كان ينتقل أمواله الموجوده بالارتداد إلى الورثه و تبين عنه الزوجه و لا يسقط عنه القتل و لكن كل ذلك لا يوجب عدم قابليته للتملك بالنسبه إلى الأموال التى حصلها بعد الارتداد بالحيازه أو بالكسب بعمله أو بالمعامله على الذمه أو ببذل شخص آخر و غير ذلك فإنّه لا دليل لنا يدل على سقوط المرتد الفطرى عن قابليه التملك بالكلية بواسطه ارتداده و أنّما- الدليل دل على ثبوت الأمور المذكوره.

و توهم أنّ تملكه غير معقول فإنّه أمواله الموجوده تنتقل إلى الورثه و بالنسبه إلى الأموال التى تحصل بعد ذلك ينعدم الموضوع بالقتل.

و لكنه فاسد فإنّه نفرض الكلام فيما لم يكن مقتولاً اما لفراره عن الحاكم أو لعدم بسط يد الحاكم عليه أو غير ذلك كما هو واضح.

إذا عرفت ذلك فنقول إذا كان المبيع فى البيع الفضولى مسلماً أو مصحفاً ثم ارتد أحدهما أى الأصيل أو الفضولى فنظهر الثمره حينئذ بين القول بالكشف و بين القول بالنقل فإنّه على الأول فيحكم بكون الكافر مالكا لهما فإنّ الفرض أنّ الملكيه قد حصلت من زمان العقد فحين الارتداد كان مالكا لهما.

و اما على الثانى فلا لانه كان مراعى الى زمان الإجازة و-

بالإجازة كانت الملكيه حاصله و الفرض انّ المشتري الأصيل مثلا- ارتد و سقط عن قابليته تملك المسلم أو القرآن فيحكم ببطلان المعامله كما هو واضح.

و توضيح الكلام بعباره اخرى ان يقال أنّه لا فرق بين موت احد المالكين أو كلاهما و بين ارتداده الا من بعض الجهات فانّ الارتداد الفطرى أيضا موت شرعى و بيان ذلك أنّه لو كان المبيع أو الثمن مالا شخصا فكما أنّه بموت الأصيل ينتقل إلى الورثه فتكون الورثه طرفا للمعامله و هكذا فى فرض الارتداد و لا- يفرق فى ذلك بين القول بالكشف أو الرد كما تقدم غايه الأمر يكون العقد بالنسبه إلى الورثه أيضا فضوليه و اما لو كان دينا فى الذمه فعلى القول بالكشف فأیضا يحكم بالصحه بالإجازة و يلزم الورثه بإعطاء الثمن أو المثلن إذ التوريث بعد إخراج الوصيه و الديون و من بعد وصيه يوصى بها أو دين و على هذا أيضا لا يفرق بين الموت و الارتداد الفطرى و اما على القول بالنقل فلا يمكن الحكم بالصحه أيضا مطلقا فانّ العقد كان مراعى الى زمان الإجازة و زمان الإجازة هو زمان النقل و الانتقال و الفرض ان المرتد و الميت فى ذلك الزمان غير قابلين للتملك للارتداد و الموت فى الميت مطلقا و فى المرتد إذا كان المبيع مسلما أو مصحفا بناء على شمول نفي السبيل فى الآيه بتملك الكافر المسلم أو مطلقا إذا قلنا بعدم مالكيه المرتد و كونه قابلا- لذلك و هنا أيضا لا يفرق بين الموت و الارتداد فانّ عدم قابليه التملك مشترك بينهما و اما إذا قلنا بالكشف و كان الثمن العمل لجواز جعله ثمنا فى البيع كما تقدم فيظهر الثمره حينئذ بين المرتد و الموت حيث أنّه فى صورته الموت قد حكمنا بانتقال

الثلث إلى الورثه فى العين الشخصى و بلزوم أدائهم فى الدين و اما فى صورته كونه عملا- يبطل العقد فى صورته الموت لعدم إمكان دفعه منه الا على احتمال انتقاله إلى قيمه و اما هنا فلا يبطل فإنّ المرتد غير قابل للتملك لا أنّه غير قابل بإعطاء ما ملكه للآخر من العمل مع إمكانه كما لا يخفى.

### **الثمره الثالثه ما انسلخت قابليه المنقول بتلف و نحوه**

كما إذا كان المبيع خلا ثم صار خمرا.

و هذا يتصور على نحوين الأول ان يكون ذلك قبل القبض بان باع الفضولى دار زيد فضوله و قبل إقباضها الدار قد خرجت و انهدمت و خرجت عن استمرار القابليه للتملك فيحكم حينئذ ببطان العقد على القول بالكشف و النقل فإنّ تلف احد العوضين قبل القبض يوجب بطلان العقد و هذا معنى أنّ التلف قبل القبض من مال مالكة كما سيأتى أى يفسخ العقد بذلك لا أنّ المالك يجبر بدفع الغرامه كما لا يخفى اذن فلا معنى للتكلم فى الثمره فإنّه مع البطلان لا تصل التوبه الى ذلك بل الأمر كك حتى على تقدير كون طرفى العقد- اصيلين فإنّ البطلان مستند إلى جهه تلف احد العوضين قبل القبض و البطلان من هذه الجهه غير مربوط بجهه أخرى.

الثانى ان يكون التلف بعد القبض كما إذا كان المبيع قبل البيع تحت يد المشتري بالإيجار و نحوه و تلف بعد البيع أو كان أمواله تحت يد الوكيل فى غير جهه البيع فباعها شخص آخر من الوكيل فضوله ثم تلف المبيع قبل الإجازة فإنّه حينئذ لا شبهه فى ظهور الثمره بين القولين فإنّه على القول بالكشف يكون التلف من الذى

انتقل اليه المال فبالإجازة يكشف تلفه منه.

و اما على القول بالنقل فيحكم بالبطلان فإنه زمان العقد لم يحصل النقل على الفرض و في زمان الإجازة قد انعدم المال فلا يكون المعدوم قابلا للانتقال الى المنقول إليه بالإجازة كما لا يصح ذلك ابتداء.

و من هنا ظهر أنّ ما أشكل به شيخنا الأستاذ و غيره من رد هذه الثمرة على إطلاقه غير تمام إذ عرفت الفرق بين كون التلف قبل القبض أو بعده و لعل نظر هؤلاء الأعاظم إلى صورته كون التلف قبل القبض و لكنّه غير مختص بالمعامله الفضوليه كما عرفت. قوله أو عروض نجاسه له مع ميعانه.

أقول: نحتمل أنّ هذا صدر من سهو القلم فإنه بناء على مانعيه النجاسه و تسريه مانعيها الى المتنجس أيضا فهي انما تمنع عن التمليك و البيع و لا يوجب سقوط المتنجس الغير القابل للتطهر كالدهن و نحوه عن الملكيه فإن كلامنا في سقوط المنقول عن قابليه الملكيه عن قابليه التمليك و البيع و من هنا لا يوجب التنجس سقوط المتنجس عن الملكيه و لذا يضمه المتلف نعم يقع ذلك لو كان خلا- و صار خمرا نعم لو كان مراده من ذلك تعميم سقوط القابليه إلى الشروط بالمثل بان كان مراده أنّه تاره يكون المنقول عنه أو المنقول اليه ساقطا عن قابليه التملك كما تقدم و اخرى يكون المنقول عنه خارجا عن تلك القابليه كما إذا تلف أو كان خلا و صار خمرا.

و ثالثه تسقط عن قابليه استيفاء المنقول بالشروط فإنه بناء على مانعيه النجاسه عن التمليك و البيع فيكون المبيع بعروض النجاسه

الغير القابله للتطهر خارجا عن تلك القابليه اى قابليه التمليك و التملك بالبيع و الشرى و على هذا فلا يرد عليه شىء.

ثم انّ هنا كلاما لصاحب الجواهر كما عرفت حيث أنّه اعتبر بقاء القابليه لكل من المنقول عنه و المنقول اليه و المنقول و حكم ببطلان العقد بخروج واحد منها عن القابليه و بعدم استمرارها الى زمان الإجازة لكونها على خلاف مقتضى أدله صحة الفضولى فإنّ المتيقن منها صورته بقاء قابليته تلك الأمور و استمرارها الى زمان الإجازة كما هو واضح و قد أجبنا عن ذلك بأنه ان كان نظره فى أخذ المتيقن إلى الأدله الخاصه لصحة الفضولى فهو كما (كما هو كك) افاده فإنّه ليس لها إطلاق يؤخذ به و يحكم بمقتضاه انما سرى و ان كان نظره الى العمومات و الإطلاقات الداله على صحة الفضولى فهو ممنوع إذ لا وجه لمنع تلك الإطلاقات بوجه و قد أجاب عنه شيخنا الأنصارى بوجه الأول بالنقض بالعقود المتتابعه و فيه ما تقدم من أنّ الناقل فيها الإجازة و تفصيله فى تقرير بحث شيخنا الأستاذ.

الثانى بالروايات الظاهره فى ذلك و قد قلنا ان المراد منها روايات التجاره بمال المضاربه و مال اليتيم حيث لم يستفصل فيها بين موت المالك و حياته مع العاده جرت بموت المالك فى مده طويله غاب عنه العامل.

وفيه: انّ تلك الروايات و ان كانت ظاهره فى ذلك و ظهورها فيما افاده مما لا ينكر الا انها لم تتم دلالتها على المقصد و ليس فيها ما يستفاد منها صحة بيع الفضولى.

الثالث أشكل عليه بصراحه بعض الروايات الأخرى فى ذلك و

أنه لا فرق في صحة البيع الفضولي بين موت أحد طرفي المعاملة من المالكين و عدمه.

و فيه: لم نجد في الروايات المتقدمه ما يكون صريحا في ذلك إلا روايه على بن أشيم المتضمنه لشراء العبد المأذون في التجاره و عتقه و إرساله الحج مع موت المالك قبل اجازته مالك العبد فعل عبده الا انها غير مربوط بالمقام حيث أنّ المشتري أنّما كان هو- الوكيل من قبل المالك و لم يكن فضوليا حتى يكون دليلا على المقام و من هنا منعنا دلالتها على صحة المعامله الفضوليه.

الرابع بما يدل على صحة نكاح الصغيرين مع موت الآخر حيث يرث الحي من الميت مع الحلف كما تقدم و حيث أنّ الزوجين في النكاح بمنزله المالكين في البيع في الركنيه فإذا صح العقد فيما يكون من أهم الأمور أعنى النكاح فإنه من الاعراض و الفروج و اهميتها عند الشارع معلوم فيكون غير الأهم صحيحا بطريق اولي فيكون الاستدلال بالفحوى و فيه على تقدير صحة الاستدلال بها فيما تقدم على صحة المعامله الفضوليه بالفحوى و الأولويه بدعوى أنه إذا قلنا بصحة- الفضوليه فيما فيه وطى مع كونه من أهم الأمور و فيما ليس من الفروج نحكم بالصحة بالأولويه و أغمضنا النظر عما قلناه من منع الاستدلال بذلك.

الا- أنه لا- يمكن التمسك بها في المقام حيث أنّ الروايه تعرضت في صورته موت احد الزوجين بقضيه الإرث و ليس فيه وطى حتى يتوهم صحه غير النكاح بفحوى ذلك بل هو أيضا من قبيل الأموال اذن فلا يمكن التعدى منها الى غير موردها بالفحوى كما هو واضح بل ليس

التعدى إلا قياسا و نحن لا نقول بذلك مضافا الى منع دلالتها بصحة المعامله الفضوليه فى غير مورد النكاح بالفحوى كما تقدم.

الخامس أنه قد استدل على عدم اشتراط القابليه فى المنقول بروايه عروه البارقى حيث أنّ رسول الله (صلى الله عليه و آله) لم يستفصل بين موت الشاه و بقائها عند الإجازة بل أجاز البيع بقوله بارك الله فى صفقه يمينك.

و فيه: أنّ عدم الاستفصال لأجل الاطمئنان بقاء الشاه و عدم موتها.

و ثانيا وجود الاستصحاب هنا الحاكم على بقاء الشاه و اما ذبحها فمع العلم بها لا يضر أيضا فإنّ الذبح لا يخرج الشاه عن المالىه و عن استمرار تلك القابليه غايه الأمر كانت المالىه قبل الذبح قائمه بالشاه و بالذبح كانت قائمه باللحم كما هو واضح.

و كلامنا فيما يكون المنقول خارجا عن تلك القابليه المالىه.

ثمّ أنه يقع الكلام فى عكس تلك الفروض المتقدمه بأن كان العاقد أو العوضين أو المالكين غير قابلين فى حال العقد للعاقديه و المالكيه و العوضيه فصار قابلا بعد العقد و قبل الإجازة و قد حكم الشيخ ره بالبطلان فى جميع الصور مطلقا و لكن الظاهر ان تفصل فى الشروط و توضيح ذلك أنّ الشرط تاره يكون شرطا للعاقد كما إذا اعتبرنا كونه بالغا و حكمنا ببطلان عقد الصبى و عممنا قوله (عليه السلام) عمد الصبى خطأ الى ذلك أيضا فيكون عقد الصبى باطلا و لا ينعقد من الأول فإنّه يشترط فى تحققه و صدوره حين الصدور ان يصدر من البالغ و على هذا فلو صدر العقد من الصبى ثم صار بالغا لا يمكن الحكم بصحة مثل

هذا العقد فإنه كان حين صدوره باطلا لفقدانه للشرائط ثم صار واجدا لها فوجدانها بعد تحققه باطلا لا ينقلب (يقبّل) الباطل الى الصحيح فإنّ الشيء لا ينقلب عما هو عليه.

و اخرى يكون الشرط شرطا لنفس العقد و ذاته كعدم كون العقد غرريا حيث أنّه شرط لنفس العقد و ذاته مشروط بان لا يكون فيه غرر من الأول و الا- فيبطل من الأول و لا يتحقق صحيحا و على هذا لو تحقق العقد حين وقوعه غرريا ثم ارتفع الغرر قبل الإجازة فلا يمكن الحكم بذلك أيضا بصحة العقد المتحقق حين وقوعه غرريا لما تقدّم من أنّ وجدان الشرائط بعد تحققه باطلا للفقدان لا يقلب الباطل إلى الصحة و الشيء لا ينقلب عمّا هو عليه و لا يفرق في ذلك أيضا بين النقل و الكشف.

و ثالثه يكون الشرط راجعا الى المال و هذا على قسمين فإنّه تارة يكون انعدامه موجبا لانعدام المالىة و اخرى لا يكون اما الأول كاشتراط عدم كون المبيع خمرا أو اشتراط وجود الثمرة و بدو صلاحها فى بيع الاثمار فإنّه يلزم من انتفائها انتفاء المالىة مثلا لو باع خمرا من شخص فضوله و انقلب الخمر الى الخل بين زمانى العقد و الإجازة فانتفاء ذلك الشرط حين العقد يوجب بطلانه على النقل و الكشف فإنّ فى الزمان الذى وقع عليه العقد لم يكن مالا- و قابلا- للبيع اما لاعتبار المالىة و اما للنص و فى الزمان الذى كان مالا و واجدا لان يكون مبيعا لم يقع عليه العقد.

و بعبارة اخرى: أنّ العقد وقع عليه فى الزمان الذى ألغى الشارع مالىته و قابليته كونه مبيعا و بطلان العقد عليه حين صدوره بمقتضى



ثمن الخمر سحت و ما يكون حين صدور البيع و وقوع العقد عليه غير قابل لذلك بل أوجب بطلان العقد الواقع عليه ثم صار قابلا- لذلك لا يوجب صحه العقد فإنه حين زمان صدور العقد أوجب بطلانه و فى زمان لا يوجب بطلان العقد لم يقع عليه عقد.

و هكذا الكلام فى بيع الثمره قبل الظهور و الانعقاد فإنه أيضا لو باعه احد من شخص فضوله حين كونه زهره ثم صار ثمره لا يكون ذلك البيع صحيحا اما لاعتبار المالىه أو للنص فإنه حينما وقع عليه- العقد لم يكن مالا و قابلا لان يقع عليه العقد بل كان يوجب بطلانه و حين كونه قابلا- و غير موجب لبطلان العقد عليه لم يقع عليه عقد كما هو واضح و هكذا الكلام فى جميع الموارد التى يكون الشرط من هذا القبيل و لا يفرق فى ذلك كله بين القول بالنقل و الكشف بل الأمر كك لو وقع العقد عليه من الاصيلين و الفضولى لا يزيد على الأصيل.

و اما الثانى فهو ما يرجع الشرط الى المال مع الحفاظ المالىه فى صورتى الفقدان و الوجدان و كونه الشرط راجعا إلى جهه الأوصاف الكماليه دون ما يقوم بها المالىه و هذا كالمثال المتقدم من المائع المتنجس فإذا وقع على المائع الطاهر عقد فضولا و بين العقد و الإجازة عرضت له النجاسه فإنه بناء على مانعيه النجاسه عن البيع بمقتضى روايه تحف العقول أو شىء من وجوه النجس أو اشتراط الطهاره فى المبيع لا يكون هذا المائع الذى وقع عليه العقد واجدا لشرائط البيع و إذا طهر قبل الإجازة فالظاهر هو صحته على القول بالنقل إذ حين وقوع العقد على هذا المال كان مالا و غير ذلك المال مما وقع عليه

الإجازة غايه الأمر كان حين العقد فاقدا للشرط و حين الإجازة واجد له و لكن المائيه ماله وحدانيه محفوظه في ذلك المال من البدو الى زمان الإجازة و لم يرد الشرع و لا العرف ما وقع عليه العقد مغايرا لما وقع عليه الإجازة و هذا بخلاف مثل الخمر فان ما وقع عليه العقد مغاير لما يرد عليه الإمضاء في نظر الشارع بل في نظر العرف في بعض الموارد و ما وقع عليه العقد ليس بمال في نظر الشارع و ما يرد عليه الاذن مال في نظره فكيف يتحدا و يحكم بالصحة و هكذا العين الموقوفه لأشخاص خاصه فإنه لا يجوز بيعها إلا- في الموارد- المخصوصه فإذا باعها شخص فضوله ثم عرض لها ما يجوز بيعها كالخلف بين أربابها فإنه لا مانع من الحكم بصحة مثل هذا البيع لعدم ما يوجب بطلانه و أنّ ما وقع عليه العقد غير ما وقع عليه الإمضاء غايه الأمر كان حين وقوع العقد فاقدا لشرط من شرائط البيع و حين الإمضاء واجد لذلك و هكذا الكلام في بيع أمّ الولد ثم مات ولده.

و الوجه في صحة العقد في أمثال ذلك أنّ العقد قد تحقق و استند الى من له العقد بالإجازة فيشملة دليل صحة البيع عموما و إطلاقا.

لا- يقال أنه حين وقوع العقد على أمثال ذلك كان البيع فاقدا لذلك الشرط فيكون باطلا و ما يكون موجودا عند الإجازة لا يوجب انقلاب الفاسد الى الصحيح كما تقدم في الشروط الرجعه إلى العاقد و نفس العقد و ما يكون به المائيه كما لا يخفى.

فإنه يقال كلامنا على طريقه النقل أخ لا يصدق البيع على ذلك العقد الا حين الإجازة فإنه زمان النقل و الانتقال و في ذلك الوقت

فالعقد واجد لجميع الشرائط.

و أوضح من جميع ذلك ما يكون الشرط راجعا الى المالكين كما إذا باع العبد المسلم أو المصحف من الكافر فضوله ثم أسلم الكافر بل صار بعد ذلك من الزهاد قبل ان يتحقق الإجازة فإنه لا وجه حينئذ للحكم ببطلان العقد.

و السرفيه ما كثرناه مرارا من أنّ حقيقه البيع هو التبديل بين المالين و خصوصيه المالك ملغاه في ذلك بل اللازم وجود طبعى المالك و هو أيضا لا من جهه الموضوعيه بل يكون مقدمه للتبديل بين المالين و قنطره لذلك فإنّ التبديل في جهه الإضافه أى الإضافه الملكيه لا يكون إلا في ملك مالك بل الأمر كك حتى على القول بالكشف فإنه سيأتى من المصنف أنّ معنى الكشف ليس كشف حصول الملكيه و نحوها من زمان العقد بالإجازة المتأخره بل معناه هو الكشف عن تحقق النقل قبل زمان الإجازة و لو كان بعد تحقق العقد و على ذلك فلا مانع من الالتزام بالصحة في تلك الموارد على القول بالكشف أيضا فإنّ بالإجازة تكشف عن تحقق الملكيه في بيع الوقف و المائع المتنجس و بيع العبد المسلم من الكافر من زمان تحقق النزاع بين أرباب الوقف و عروض الطهاره للمائع و إسلام المشتري الكافر فتشمل العمومات و الإطلاقات على ذلك و ان لم تشمل عليها الأدله الخاصه لعدم إطلاقها في صورتى تجدد الشروط بعد العقد و وجودها بعد العقد.

و بالجملة لا مانع من التمسك بالعمومات في تلك الموارد اذن فحكم المصنف بالفساد مطلقا في صورته تجدد الشرط بعد العقد و قبل

ص: ١٩٩

الإجازة بلا وجه نعم الأدلة الخاصة للفضولي لا تجرى في المقام فإنه ليس فيها تعرض لصوره تجدد الشروط بعد العقد و قبل الإجازة و لا أنّ في مورد احد هذه الأدلة ذلك المعنى موجود اذن فلا إطلاق لها نتمسك به هذا.

و قوله و ربما يقال بظهور الثمره في تعلق الخيارات.

أقول: اما ظهور الثمره بين القول بالكشف أو النقل في خيار الحيوان فالظاهر أنه لا اشكال فيه فإنه على القول بالكشف فيكون الخيار للمشتري من الأول و على النقل من حين الإجازة فإنه يصدق من حين العقد على الكشف أنّ المشتري صاحب الحيوان فيشملة قوله (عليه السلام) (صاحب الحيوان المشتري أو المشتري بالخيار الى ثلثه أيام).

و اما خيار العيب فالظاهر أيضا أنه على الكشف يثبت من الأول و على النقل من حين الإجازة فإنّ دليل ثبوته سواء كان هو الشرط في ضمن العقد أو غير ذلك شامل عليه من الأول على الكشف تماميه معامله على الفرض و ان وقف على الإجازة بخلافه على النقل فإنّ الفرض أنه لم يحصل النقل و الانتقال حتى يشترط في ضمنه الخيار و يكون للمشتري أو للبائع خيار الحيوان و نتيجة ثبوت الخيار له من الأول أنه لو فسخ بالخيار لا بالرد يكون النماءات قبل الفسخ له لان الفسخ رفع الأمر الثابت و قطعه بخلاف الرد فإنه دفع و مانع عن تحققه من الأول و اما خيار المجلس فاحتمل شيخنا الأستاذ عدم ثبوته على النقل و الكشف و لا نعرف له وجهها صحيحا و الذي ينبغي ان يقال أنه إنما يثبت على النقل و الكشف مطلقا اما على الكشف فمن حين

العقد لصدق البيع على طرفى العقد سواء كان كلاهما فضوليا أو أحدهما أصيلا و الآخر فضوليا لفرض تمامية المعاملة من جميع الجهات الا من ناحيه الرضا فهو يحصل بعد ذلك على الفرض فعدمه عند العقد لا يمنع عن صدق عنوان البيع و اما على النقل فمن حين الإجازة فإنّ الفضولين ليسا الا مجرد العقد فلا يصدق عليها البيع ليتوهم ثبوت الخيار لهما و اما المالكين فالفرض أنّ الملكيه إنما تحصل لهما بعد الإجازة و قبلها لم يحصل النقل و الانتقال فلا بدّ و ان يثبت من حين الإجازة لأن زمانها زمان انتساب العقد إليهما و صدق البيع عليهما كما هو واضح فيكون المناط افتراقهما عن مجلس الإجازة و لو كان بعيدا غايته فينجز ان العقد بالتلفون مثلا فإنّ لفظ المجلس لم يرد فى روايه ليؤخذ بمفهومه و اما حق الشفعه فهو ثابت لأحد الشريكين من جهة دفع الضرر ما إذا باع أحد حصه أحد الشريكين للأجنبي فضوله ثم باع الشريك الأخر حصته من شخص آخر أصاله فعلى القول بالكشف فحيث ان المشتري الأول ملك العين قبل المشتري الثانى فيثبت حق الشفعه له و يأخذ الحصه الأخر من المشتري الثانى بالشفعه و اما القول بالنقل فحق الشفعه للمشتري الثانى إذ الإجازة بعد البيع الثانى و الفرض أنّ زمان تحقق البيع و المعامله و استنادهما الى المالك و عند حصول النقل و الانتقال هو زمان ثبوت حق الشفعه فهو مسبق بحق الشفعه للمشتري الثانى و ربّما يقال بظهور الثمره فى صورته تعاقب الأيدى و سيأتى تعرض المصنف بذلك تفصيلا و نتعرض به نحن أيضا.

و اما ظهور الثمره فى تعلق النذور و الأحماس و الزكوات عليه

فالظاهر ان يفصل بينها لأنها ان كانت متعلقه بالملك من حيث هو ملك مع قطع النظر عن الجهات الخارجيه كالنذر و الحلف و الخمس و نحو ذلك فلا إشكال في ثبوتها من الأول و تعلقها عليه على القول بالكشف دون النقل و ان كان ممّا يتعلق بالملك مع لحاظ جهه أخرى كالتزكوات حيث أنّها تعلقت بالملك مع لحاظ جواز التصرف في المال و الا فلا يتعلق عليه اذن لا تجب الزكاه على القول بالكشف لا على البائع و لا على المشتري اما البائع فلائنه قد خرج المال عن ملكه قبل تعلق الزكاه عليه فما ليس ملكه لا- يجب فيه الزكاه و اما المشتري فلائنه و ان كان المال ملكا له و لكنه لا- يجوز له التصرف قبل الإجازة و شرط تعلق التزكوات جواز التصرف في المال.

و اما على القول بالنقل يتعلق الزكاه على المالك ليس الا كما هو واضح. قوله(ره)

**و ينبغي التنبيه على أمور.**

أقول:

**الأول أنّ النزاع في باب الفضولي في أنّ الإجازة**

كاشفه أو ناقله ليس من جهه أخذ ذلك في مفهوم الإجازة لغه أو

عرفا أو انصرافا

بل من جهه الحكم الشرعي حيث أنّ القائل بالكشف أنّما يدعى استناد العقد الى المالك المجيز من حين العقد بواسطه الإجازة فإنّ ما يسنده الى نفسه ذلك العقد فيقتضى ذلك ان يقال بالكشف.

و القائل بالنقل يقول أنّ العقد مستند الى المالك حين الإجازة فلا- بدّ من القول بانتقال الملك إليه أيضا في ذلك الوقت و هذان مختلفان في مقام الثبوت.

ص: ٢٠٢

و اما فى مقام الإثبات فلا بدّ من إثبات أنّ أَوْفُوا بِالْعُقُودِ هل هو متكفّل بوجوب الوفاء على العقد من الأول و ان كان الاستناد فى زمان الإجازة أو بوجوب الوفاء من زمان الإجازة فقط و قد تقدم تفصيل ذلك فالمقصود هنا التنبيه على أنّ ذلك المعنى من ناحيه الشرع.

ثمّ إنّ المالك المجيز لو أجاز العقد على خلاف ما بنى عليه المفتى و مجتهده بأن بنى المقلّد على الكشف فأمضى المالك من زمان النقل أو من الوسط أو كان المفتى بانى على النقل فهو أجاز العقد من زمان العقد و على طريقه الكشف فهل يصح العقد حينئذ أو يفسد و على تقدير صحته فهل يقع من زمان الإجازة على النقل و من حين العقد على الكشف أو يقع من زمان تعلق أجازته به و الظاهر هو التفصيل بين القول بالكشف و بين القول بالنقل فعلى الأول فيحكم بالبطالان و على الثانى فلا و بيان ذلك اما وجه البطلان على الأول فالذى استندنا إليه فى إثبات الكشف هو ان مقتضى العمومات استناد ذلك العقد الذى أوقعه الفضولى إلى المالك المجيز بالإجازة و- صيرورته عقدا له من حين صدوره و تحقيقه و لا قصور فى إثبات ذلك فى العمومات كما تقدم فإنّه قلنا أنّ الإهمال فى الواقع غير معقول فلا- بدّ من الإطلاق أو التقييد و لا شبهه أنّ المنشأ بالعقد الفضولى هو الإطلاق اذن فلا وجه للالتزام بكونه ممضى من زمان الإجازة بل لا بدّ و ان يمضى على النحو الذى إنشائه المتعاقدان.

و بالجمله حيث أنّ الظاهر من كون المنشأ بالعقد الفضولى مطلقا لعدم التقييد و عدم الإهمال فى الواقعيّات فبالإجازة يستند

ذلك العقد الى نفس المالك المجيز بمقتضى العمومات و الإطلاقات فيكون عقدا له.

و على هذا المنهج فلو اجازه المجيز من الوسط أو من زمان الاجازه فلا يمكن تصحيح مثل ذلك العقد لأن المنشأ عبارته عن- الملكية المطلقة و لم تقع عليه الاجازه و ما وقعت عليه الاجازه لم تنشأ فيكون باطلا.

و بعباره اخرى: انّ المنشأ بالعقد الفضولي واجد لجميع للشرائط التي تعتبر فيه الا الرضا فلا بدّ من القول بصحته من انضمام ذلك الرضا بذلك العقد المنشأ على النحو الذي قد أنشأت و الا فيحكم ببطلانه.

و أساس ذلك هو ما تقدم من لزوم المطابقه بين الإيجاب و القبول فإنّ الإجازة و ان لم تكن قبولا- حقيقه لتماميه العقد بالفضوليه إيجابا و قبولا و الا لكان باطلا للفصل الطويل بين الإيجاب و القبول.

الا- انّ ملاك لزوم المطابقه بين الإيجاب و القبول موجود هنا فإنّه كما لو تخلف الإيجاب عن القبول لكان العقد باطلا بان تعلق الإيجاب مثلا- بالزوجيه الدائميّه و قبل الزوج الزوجيه المنقطعه أو تعلق الإيجاب ببيع الدار و القبول بملكه البستان أو تعلق الإيجاب ببيع الدار و القبول باستئجارها فإنّ في جميع ذلك يحكم ببطلان العقد لتخلف الإيجاب عن القبول و انّ ما أنشأه المنشئ غير ما قبله القابل بمقتضى القاعده يكون العقد باطلا و كك الحال في قضيه الاجازه، فإنّ روح العقد و قوام صحته بذلك و العقد انما هو توجد بالإيجاب و القبول على النحو الذي قد أنشأ بهما فلا بد في صحه ذلك من



سريان ذلك الروح الى تمام المنشأ بحيث افضى ذلك العقد المنشأ بذلك الرضا فلو تعلق بغير المنشأ فلا يمكن الحكم بصحة شىء منهما اما المنشأ بالفضولى فلفقدان الرضا لعدم تعلقه به على الفرض و اما ما تعلق به الرضا فلفقدان الإنشاء لعدم كونه منشأ على الفرض و بالجمله ملاك لزوم التطابق بين الإيجاب و القبول بعينه موجود هنا فلا بدّ من صحة العقد الفضولى على القول بالكشف من مطابقه الإجازة مع المنشأ كما هو واضح لا يخفى و اما على القول بالنقل فالظاهر هو الصحة مع مخالفه الإجازة عن ما بنى عليه المفتى بأن أجاز من حين العقد أو من الوسط نظير القول بالكشف و ذلك نظير بيع شىء قبل سنه بحيث يكون نمائه من تلك السنه للمشتري فإنّ مثل ذلك لا يضر بالمطابقه فإنّ التخلف بين الإيجاب و القبول و لو بمقدار لا يكون فصلا طويلا مما لا بدّ منه مع أنّ الإيجاب هو إنشاء المنشأ من حين الإيجاب و القبول بعد دقيقه أو دقيقتين فلم يحصل المطابقه بينهما و لكن مثل ذلك لا يضر بالمطلب قطعاً للسيره القطعيه على عدم إضراره بالعقد.

نعم فيكون أجازته هذا مع قصد شرعيه هذا العقد تشريعا محرما و لغوا و مع عدم قصد شرعيته لغوا فقط كما يكون البيع قبل سنه أيضا لغوا لكونه على خلاف الارتكازات العرفيه و على خلاف المتعارف فلا تشمله الأدله فلا يكون حراما فكيف كان فلا يضر بصحة العقد و شمول أدله الصحة على ذلك.

قوله

**الثانى:أنّه يشترط فى الإجازة ان يكون باللفظ الدال**

عليه على وجه الصراحه.

ص: ٢٠٥

أقول:المحتملات هنا أربعة.

الأول:اعتبار اللفظ الصريح فى الإجازة فلا يكفى بالكنايه فضلا عن غير اللفظ.

الثانى:الاكتفاء بكل لفظ دل على الرضا و لو بالكنايه.

الثالث:عدم الحاجه الى اللفظ أيضا و كفايه الإنشاء الفعلى نظير بيع المعاطاتى.

الرابع:إلغاء الإنشاء قولاً و فعلاً و الاكتفاء بمجرد الرضاء الباطنى فى طرف الإجازة و بالكراهه الباطنيه فى طرف الرد و ربّما يقال باعتبار اللفظ الصريح فى الإمضاء لأنّ الاستقراء و التفحص يدلنا على اعتبار اللفظ فى الإيجاب و القبول فمقتضى ذلك عدم كفايه غير اللفظ الصريح فى الإجازة أيضا.

وفيه على تقدير قبول تماميه الاستقراء فإنّما هو فى الإيجاب و القبول فقط فلا يسرى بالإجازة حيث أنّ العقد قد تمّ و كون الإجازة مثل القبول فى التطابق لا- يقتضى كونها مثله من جميع الجهات و قد استدل بعضهم على اعتبار اللفظ الصريح بأنّ الإمضاء مثل البيع فى استقرار الملك و قد نسبه المصنف إلى المصادره و هو كك.

بل ظاهر روايه العروه البارقى كفايه الكنايه فى الإجازة و لو كان اللفظ الصريح لازماً فى البيع فإنّ قوله(صلى الله عليه و آله)بارك الله فى صفقه يمينك من لوازم إمضاء العقد لا انه بنفسه مصداق للإجازة اذن فيكفى فى الإمضاء مثل أحسنت و نحوه.

اذن فلا- دليل على اعتبار اللفظ الصريح فى الإجازة و الرد بل لا دليل على اعتبار اللفظ أصلاً و يكفى فيه مطلق ما يوجب إنشاء الإجازة

ص:٢٠٦

و يكون مبرزا للرضا الباطنى بحيث يحكم باستناد العقد اليه عرفا بدليل الوفاء بالعقد و لو كان فعلا كتمكين الزوجه نفسها من الزوج و إعطاء المالك العين المبيعه للمشتري و هكذا و هكذا بل هذا هو المتعين فإنه لا شبهه فى صدق الإنشاء و الإبراز، و الإظهار بكل ما يوجب ذلك من الفعل أو القول و لو كان بتحريك الرأس و إذا صدق عليه إنشاء الرضا الباطنى عرفا و صدق عندهم استناد العقد الى المجيز فبمجرد ذلك تشمله العمومات و الإطلاقات فيحكم بصحته و لزومه و مع هذا أى شىء يمنع عن نفوذ ذلك العقد و صحته كما هو واضح.

و بالجملة لا مانع من صدق العمومات على ذلك العقد الفضولى إذا انضم الى المالك المجيز عرفا بأى نحو كان الانضمام فانّ المناطق فى صحه العقد الفضولى ليس الا استناد العقد اليه و لا يعتبر شىء آخر ورائه كما لا يخفى.

ثم انّ العلامة الأنصارى (ره) قرب الاحتمال الرابع و كفايه مطلق الرضا الباطنى فى الإجازة فلو علم ذلك و لو بغير مظهر و مبرز فيكفى فى صحه العقد الفضولى و استدل عليه بوجوه و قد تعرضنا لذلك فى أول البيع الفضولى عند عدم اعتبار الرضا المقارن فى إخراج العقد من الفضوليه الى غير الفضوليه فحيث اكتفى المصنف بكفايه رضا المقارن فى ذلك فاكتمل بكفايه رضى الباطنى المتأخر فى الإمضاء أيضا.

الأول مما استدل به على مقصده لصحيحه محمد بن إسماعيل بن بزيع فى امرأه زوّجت نفسها من رجل فى سكرها ثم أفقت و عرض لها النكاح فأقامت معها مقام الزوجه فقال (عليه السلام) إذا أقامت معه بعد ما

أفاقته فهو رضى منها وجه الاستدلال بها هو حملها على صورته توكيل الغير فى حال سكرها فى التزويج بحمل ذلك التوكيل على الفضوليه و الا فلا اعتبار بعقد السكران لو كانت بنفسها مباشره للعقد كما فى حاشيه السيد.

وفيه: ان نفس الاقدام بذلك اجازته فعليته للعقد الفضولى فليست فيها دلالة بكفايه الرضا الباطنى من دون كاشف و مبرز و الا فلا مبرز له و من اين علم ذلك.

و منها ما فى بعض اخبار الخيارات ما أحدث فيه المشتري حدثا قبل ثلثه أيام فذلك رضا منه و لا شرط له و قيل له و ما الحدث قال ان لامس أو قبل إلخ.

فاستدل بها بان الظاهر من قوله فذلك رضا كفايه الرضا فى الإجازة و الإمضاء و كون المناط فى ذلك هو الرضا فقط.

وفيه: ان ذلك إشاره إلى الحدث الذى هو من الافعال فيكون الخبر دالا على كفايه الرضاء المظهر بالمظهر لا بكفايته مجردا عن ذلك فلو لا كون ذلك الحدث مظهر للرضا فمن اين علم ذلك.

و منها الأخبار الواردة فى تزويج العبد بدون اذن سيده حيث ان المانع من ذلك عصيان المولى فيرتفع برضاه و الاخبار الأخرى- الواردة فى تزويج العبد بغير اذن سيده مع سكوت سيده فقد علل بان سكوت سيده إقرار له بالعقد و غير ذلك من الاخبار الواردة فى خصوص تزويج العبد بغير اذن سيده الظاهره فى صحتها مع رضا المولى و ان لم يظهره بمظهر فيعلم من ذلك كفايه الرضا الباطنى فى الإمضاء حيث ان صحه عقد العبد أيضا متوقف على اجازة المولى.

و فيه: مضافا الى كون السكوت رضى فعليا لكونه من الافعال فيكون كاشفا عن الرضا فلا تكون تلك الروايات داله على كفايه مجرد الرضا الباطنى أنه تقدم ان تلك الاخبار خارجه عن العقد الفضولى فانّ فى العقد الفضولى أنّ الإجازة من المالك الذى ينسب العقد اليه و يستند اليه و يكون العقد عقده و هذا بخلاف عقد العبد بدون اذن سيده فانّ طرف العقد و من يستند اليه العقد هو نفس العبد و المولى خارج عن ذلك غاية الأمر أنّ إجازته دخيله فى صحه العقد كإجازة العمه و الخاله فى صحه عقد بنت الأخ و بنت الأخت فلو دلت هذه الروايات على كفايه الرضا الباطنى من المولى على عقد العبد فلا يكون مربوطا بما نحن فيه بوجه.

نعم مع قطع النظر عن هذا الاشكال أنّ الاخبار الداله على صحه عقد العبد بدون اذن سيده لأجل أنه عصى سيده و لن يعرض الله لا بأس من دلالتها على كفايه الرضا لما ذكره الشيخ من ان عصيان السيد يرتفع بالرضا.

و اما التمسك فى ذلك بالآيات من أَوْفُوا بِالْعُقُودِ و نحوه فبيدهى البطلان لأنّ العمومات غير شامله لعقد غير المالك الا بعد الانتساب كما عرفت و الانتساب لا يكون إلا بإنشاء الإجازة و إظهار الرضا عرفت بمظهر فعلى أو قولى كما مر.

و اما كلمات الفقهاء فأیضا بوجه.

الأول: أنه ذكر بعضهم أنه يكفى فى إجازة البكر السكوت

فهذا يدل على كفايه مجرد الرضا الباطنى لا ان الرضا ليس بشرط فيه.

و فيه: قد عرفت من السكوت من جمله الأفعال فيكون مبرزا فعليا للرضا و الا فمن اين علم ان البكر راض بذلك العقد.

الثانى انه علل جماعه عدم كفايه السكوت فى الإجازة بكونه أعم من الرضا فلا يدل عليه فالعدول عن التعليل من عدم اللفظ الى عدم الدلالة كالصريح فى كفايه الرضا الباطنى و الا كان حقه ان يقال السكوت لا يكفى فى الإجازة لعدم اللفظ.

و فيه: انه صريح فى ما ذكرنا لا فى ما ذكره المصنف و العجب منه كيف غفل عن ذلك فان قولهم ان السكوت أعم من الرضا صريح فى ان السكوت تارة يدل على الرضا و اخرى لا يدل فإن الإنسان تارة يسكت برضائه و اخرى يسكت بدون الرضايه و ردهم كفايه السكوت من جهه عدم دلالة الأعم على الأخص كما هو قضيه منطقيه بديهيه و هذا صريح فى ان السكوت غير الرضا و انما يدل عليه فى بعض الأحيان كما هو واضح لا يخفى.

الثالث انه ذكر بعضهم انه إذا أنكر الموكل الاذن فيما أوقعه الوكيل من المعامله فحلف انفسخت لان الحلف يدل على كراهتها و فيه: ان العقد تارة يكون خياريا و اخرى غير خيارى فعلى الأول فقيامه على مقام الحلف و إنكار الوكاله يكون موجبا للفسخ كما هو معنى العقد الخيارى و على الثانى فبإنكار الاذن و الوكاله يكون فضوليا فيكون أيضا قيامه مقام الحلف ردا فإنه أيضا من الأفعال له و على اى حال يكون خارجا عن ما ذكره الشيخ ره و على تقدير دلالة

كلمات بعض العلماء على ذلك بل تصریحهم على ذلك فأیضا لا يدل هذا على كفايه مجرد الرضا الباطنى فى الإمضاء فإنه لا دليل على حجیه قولهم لنا و إنما هم أفتوا بذلك بحسب اجتهادهم و فهمهم ذلك من بعض الروایات أو صدق العمومات بمجرد الرضا و قد عرفت جوابها ثم انّ بین ما ذكرنا و ما ذكره المصنف ثمر یبّین حیث أنه على ما ذكره المصنف یكون البیع بمجرد كشف رضا المالك مضى بخلافه على ما ذكرنا فإنه ما لم یبرز الرضا الباطنى بمرز لا یفید لنا عن الإجازة.

قوله

### **الثالث من شروط الإجازة ان لا يسبقها الرد.**

أقول: و قد استدل المصنف على اشتراط الإجازة بعدم سبق الرد عليها بوجه.

### **الأول: قام الإجماع على ذلك.**

و فيه: أنه مضافا الى منع حجیه الإجماع المنقول انّ تحققه ممنوع لأنه لا اشعار به فى كلمات القدماء و المتأخرين إلا فى كلام الشهيد فى القواعد و مع ذلك كيف يمكن دعوى الإجماع عليه.

على انّ الإجماع انما یكون حجه إذا لم یكن له مدرک معلوم بل یكون مدرکه قول المعصوم فىكون حجه من باب التعبد المحض و مدرکه هنا الوجهان الآخران و سنذكرهما فلا أقل من احتمال ذلك فانّ حجیته مشروطه بالعلم بعدم ابتناؤه على مدرک معلوم و یكفى منع ذلك احتمال الابتاء بمدرک آخر.

### **الوجه الثانى: ان الرد ممّا یوجب انحلال العقد و انعدامه**

إذ الرد الفاصل بین العقد و الإجازة بمنزله ما یتخلل بین الإيجاب و القبول و یوجب خروجهما عن عنوان صدق العقد علیهما بیان ذلك

ص: ٢١١

أن قوام العقد و تحققه في وعائه إنما هو بالتعاهد و التعاقد بين الموجب و القابل و ارتباط التزام كل منهما بالتزام الآخر ليحصل العقد.

و بعبارة اخرى: أن من الأمور الحاصلة بفعل الطرفين الموجب و القابل و الإيقاع عبارة عن فعل شخص واحد و قائم به فلو لم يكن بين الإيجاب و القبول ربط و عقده لانتقل الى الإيقاع.

و على هذا فكما لو انفصل بين الإيجاب ما يوجب خروجهما عن ارتباط أحدهما بالآخر و اتصالهما بحيث يكون الإيجاب إيجاباً لهذا العقد و القبول قبولاً لهذا و كك الرد فإن الإجازة في البيع الفضولى بمنزلة القبول.

و فيه: ان كان المراد من تخلل ما يوجب خروج الإيجاب و القبول عن عنوانهما اعراض الموجب عن إيجابه و فسخه ما إنشائه من الإيجاب فهو متين فإن الإيجاب إنما يؤثر في الملكيه إذا بقى على حاله و لم يعتره ما يوجب زواله و اذن فلو رجع على إيجابه فلا يفيد بوجه و ان كان المراد من ذلك اعراض القابل عن ذلك و رده على الموجب و عدم قبوله إيجابه ثم ندم فله ان يقبل ذلك الإيجاب فإن رد القابل على الموجب لا يخرج إيجابه عن التأثير ما لم يخرج عن الإيجابيه بواسطه الأمور الأخر الموجبه لبطلانه و لا دليل على انه دامه برد القابل.

اذن فالمطلب ليس بتمام في المقيس عليه.

و اما المقيس فلو سلمنا كون رد القابل كرد الموجب موجبا لبطلان الإيجاب و عدم تأثيره في الملكيه فلا نسلم ذلك في الإجازة للفرق الواضح بين القبول بالنسبه إلى الإيجاب و بين الإجازة بالنسبه



إلى الإيجاب و القبول فإنّ العقد كما عرفت تماميته أنّما هو بالإيجاب و القبول و لو خلا عن أحدهما لا يتحقق العقد لعدم تحقق التعاهد و التعاقد فحيث أنّ الرد من ناحيه الموجب أو من ناحيه القابل أوجب ردّ الإيجاب فما نزل عن الإيجابيه فيبقى القبول منفردا فهو على وحدته لا يكون عقدا.

و هذا بخلاف ما نحن فيه فإنّ العقد قد تمّ بالإيجاب بتمامه و لم يبق في البين إلا رضائه المالك ليكون ذلك تجاره عن تراض و منتسبا الى المالك و حينئذ ان ردّ الأصيل ذلك العقد مع كون احد طرفيه أصيلا ثم أجاز فقد تقدم الكلام في تأثيره و عدمه.

و ان ردّ الفضولي ثم طرئه الرضا و أجاز فهل يوجب ردّه هذا خروج العقد عن قابليه لحوق الإجازة به أولا.

الظاهر هو الثاني لأنّ ردّه هذا لا يوجب انحلال العقد و لا يضرّ بصدق عنوانه على ذلك و عن قابليه انتسابه الى المالك بالإجازة لعدم الدليل عليه كما قلنا بعدم تماميته في المقيس عليه مع كون الإيجاب من أحد أطراف العقد و كيف في المقام حيث تم العقد و لم يبق الا انتسابه الى المالك فردّ الفضولي لا يخرج عن قابليه الانتساب و لا دليل على تأثير ردّه في انحلال العقد و لا مانع عن التمسك بالعمومات و المطلقات بعد الإجازة لصدق عنوان العقد على هذا و صدق أنّ العقد عقده فيجب الوفاء عليه.

و بعبارة اخرى: أنّ دليل الوفاء بالعقد سبق بعنوان القضية الحقيقيه فإنما تحقق العقد و صدق عليه عنوان العقد عرفا فيشمله ذلك الدليل فيحكم عليه بوجوب الوفاء و في المقام حيث يصدق على

العقد الفضولي مع تخلل الرد من الفضولي بين العقد و الإجازة أنه عقد عرفا فيشمله أَوْفُوا بِالْعُقُودِ فيحكم عليه بوجوب الوفاء.

### الثالث: أنّ دليل السلطنة هو يقتضى سلطنة المالك على

ماله

و مقتضى ذلك تأثير الرد في العقد و كونه موجبا لقطع علاقه الطرف الآخر عمّا انتقل إليه.

فإنّه قد حصل بواسطه البيع الفضولي شأنيّه كونه للطرف الآخر في ذلك المال فلو لم يكن له ازاله تلك الشأنيّه للزم الخلف في دليل السلطنة و عدم كونه مسلطا على ماله فبمقتضى ذلك يكون مالكا على الرد ليزول ذلك السلطنة.

و فيه أولا: أنّ دليل السلطنة نبويّه مرسله فلا تكون حجه لعدم انجباره بشيء.

و ثانيا: أنّه قد تقدم سابقا أنّ دليل السلطنة ليس مشرعا في مفاده و ناظرا إلى الأحكام الشرعيه بحيث لو شككنا في ترتب بعض الاحكام على الاملاك نتمسك بدليل السلطنة كما إذا شككنا ان لبس السنجاب جائز في الصلاه أو غير جائز فنمسك بدليل السلطنة أو ان أكل شيء فلانى جائز أولا فنمسك بذلك أو أنّ بيع الميتة و نحوها جائز أم لا فنمسك بدليل السلطنة و هكذا بل أنّما نتمسك به بعد الفراغ عن الحكم الشرعى من الجواز و عدمه و الشك في أنّ للغير حق المنع عن ذلك كما في المهجور و المجنون و الصبي و السفیه أولا و بمقتضى ذلك يحكم بعدم جوازه و أنّه ليس للغير ذلك.

و بالجملة أنّ مقتضى تسلط الناس على أموالهم عدم جواز مزاحمه الغير عن تصرفاته فيما له ذلك شرعا و ثبت جوازه و كان مفروغا

ص: ٢١٤

عنه قبل شمول دليل السلطنه و أنّما دليل السلطنه ناظره فقط الى منع الغير و حجه عن ذلك التصرف الجائر.

و بعبارة اخرى: أنّ موضوعه ثبوت الجواز قبله و بعد ثبوته و هو متكفّل لمنع الموانع الخارجيه دائما و ليس له فى إثبات أصل الجواز مانع بوجه أصلا و الا يلزم ان يكون الناس مسلّطا على أحكامهم بدليل السلطنه و يكون ذلك الدليل مشرعا.

و ثالثا: لو سلّمنا كون دليل السلطنه مشرّعا و ناظرا إلى الاحكام أيضا و لكن لا يشمل المقام نقضا و حلا.

اما النقض فلائنه لو كان دليل السلطنه متكفلا- لإثبات كون الرّد مزيلا لقابليه كون المال للغير بإجازة المالك و مانعا عن بقاء علاقته الطرف الآخر فيه لكان مانعا من الحدوث و عن أصل انعقاد بيع الفضولى صحيحا حيث ان ثبوت علاقته الغير فى المبيع فضولا خلاف مقتضى سلطنه المالك فلو كان ذلك مانعا عن البقاء فأولى ان يكون مانعا عن الحدوث و الحال أنّه غير مانع من الحدوث فيعلم من ذلك أنّه غير مانع عن البقاء أيضا فلا يؤثر رده فى سقوط المبيع عن قابليته انتقاله الى الغير بالإجازة لو كانت تلك القابليته ثابتة بالبيع.

و اما الحل فبانّ تلك القابليته فى الأموال ثابت من الأول و قبل البيع الفضولى حيث أنّ لكل مالك له ان يبيع ماله من الغير برضايته و طيب نفسه و يجيز ذلك البيع من دون ان يثبت للطرف الآخر هنا حق و علاقته غايه الأمر ففى صورته بيع ذلك المالك فضوله تحقق أحد جزئى ذلك الموضوع المركب اعنى جواز البيع و كونه برضائه المالك و أجازته بفعل الفضولى أعنى العقد و بقى الجزء الآخر أعنى

الإجازة و ذلك من الأحكام الشرعيّة للمالك في أموالهم و ليس مربوطا بدليل السلطنة بل قبل ذلك الدليل و بدليل السلطنة هنا يمنع عن منع الغير من إيجاد ذلك الموضوع المركب اعنى البيع مع الرضاية و الإجازة الذى من الأحكام الشرعيّة. و بعبارة أخرى: جواز البيع و أجازته من الأحكام الشرعيّة الثابتة للملاك مع قطع النظر عن دليل السلطنة سواء كان هناك دليل السلطنة أم لم يكن نعم في إجراء ذلك الحكم في البيع الفضولى لا نحتاج الى العقد لتحققه بل إلى الإجازة فقط لتحقق الموضوع لانتقال المال الى الغير.

و أوضح من ذلك أنّ الفضولى لم يرد شيئا في ذلك المال الذى باعه لتنافى سلطنة المالك و يكون ذلك علاقة لطرف الآخر كما توهم و بنى عليه أساس الاستدلال حتى يدفع ذلك بدليل السلطنة و يقال ان يدفع ذلك فلو لم يؤثر للزم ان لا يكون الإنسان مسلّطا على ماله و أنّما الفضولى قد أوجد موضوع الإجازة الذى عبّاره عن العقد بحيث كان قبل ذلك اختيار إيجاده و عدمه تحت يد المالك بان يوجد الموضوع المركب من العقد و الإجازة و كان ذلك ثابتا من الأول.

و لكن إذا أوجد الفضولى أحد جزئى ذلك الموضوع المركب كان الجزء الآخر تحت اختيار المالك له ان يوجد و له ان لا يوجد.

و لو كان دليل السلطنة متكفلا- لإثبات جواز الرد للمالك الفضولى بحيث ان يبقى الرد موضوعا للإجازة للزم ان يكون نفسه معدوما لنفسه فإنّه عرفت أنّ الفضولى لم يفعل شيئا ينافى سلطنة المالك-

حتى يدفع بدليل السلطنة بل أوجد موضوعا للإجازة فليس هنا للمالك المجيز إلا الإجازة و عدمه فالإجازة تثبت و عدمها تحليل و الافررد ليس له اثر و ان كان مشوبا بسوء الخلق و ضيق النفس.

و بعبارة أخرى:أحد جزئي موضوع المعاملة و على هذا لو ثبت بدليل السلطنة ما يمنع عن نفوذ اجازة المالك المجيز للزم إعدام نفوذ الإجازة بدليل السلطنة و هذا ما قلنا من اللازم.

و بيان آخر ان المال حسب انحفاظه تحت سلطنة مالكة في عمود الزمان لو أراد أحد التصرف فيه بغير إذن أهله يتوقف على اذنه و لو منع عن تصرفات مالكة بأنحاء التصرفات فيدفع ذلك بدليل السلطنة و اما لو لم يمنع عن تصرفات المالك بوجه و لا أنه تصرف فيه بغير اذنه بل فعل فعلا- فيه من دون تصرف يكون فعله هذا موضوعا لفعل البائع في إيجاد غرض من الأغراض بحيث لو كان بنفسه مباشر الإيجاد ذلك الغرض كان عليه إيجاد ما فعله الغير مع ما يحتاج صدوره عليه فحينئذ لا يكون دليل السلطنة دافعا لذلك بل فعله هذا مؤيد لذلك الدليل.

و لو أريد إثبات الرد بدليل السلطنة فمعناه كما ذكرنا ليس الا منع تأثير الإجازة و سد بابها مع انها ثابتة بدليل السلطنة فيلزم من شموله إعدام نفسه بنفسه و هذا من الوضوح بمكان.

ثم ان من العجائب قياس الأستاذ الرد بالإجازة بأنه كما ليس للمالك فسخ العقد بعد أجازته و كك ليس له إمضائه بعد رده.

و وجه العجب ان الإجازة تثبت العقد و تقريره في مقره بخلاف الرد فان كونه موجبا للفسخ أول الكلام كما عرفت فالصحيحه الظاهره

فى صحه الإجازة بعد الرد فعلى مقتضى القاعده و تكون مؤيده لما ذكرنا مع قطع النظر عما تقدم من عدم تحقق الرد بذلك الأخذ.

نعم لها اشعار الى ذلك من جهة احتمال عدم اراده ذلك التوجيه الذى ذكرناه و كك لا وجه لقياس الرد بالفسخ من أنه كما لا يجوز الإمضاء بعد الفسخ و كك لا يجوز الإجازة بعد الرد و ذلك ان تأثير الفسخ فى العقود الخياريه أنما ثبت بدليل شرعى و هذا بخلاف الرد فإنك قد عرفت عدم تأثيره فى العقد الفضولى بوجه لعدم الدليل عليه بل ليس هنا إلا الإجازة و عدم الإجازة كما عرفت.

**ثم بقى هنا أمران.**

**الأول: أنه قيل ان إثبات جواز الرد بدليل السلطنه يوجب**

تعارضه فى مفهومه

فإنه يوجب إثبات جواز الإجازة أيضا فيقع التعارض فى مفهومه من حيث إثبات الرد و إثبات الإجازة لأن إثبات كل منهما موجب لإسقاط الآخر.

وفيه: أنه مع الإغماض عما ذكرناه من عدم شمول دليل السلطنه على الرد ان هذا توهم فاسد إذ ليس شمول دليل السلطنه على الرد فى عرض شموله على الإجازة ليقع بينهما التعارض بل شموله على كل منهما فى طول الآخر و بأيهما شمل أولا يوجب إعدام الآخر و لا يكون تعارض بوجه لأن الشمول على نحو البدليه لا بعنوان المجموع من حيث المجموع كما توهم.

**الثانى: أنه ذكر شيخنا الأنصارى بعد دعوى ظهور الصحيحه**

فيما ذكرنا اللهم الا ان يقال ان الرد الفعلى كأخذ المبيع مثلا غير

كاف بل لا بد من إنشاء الفسخ

و دعوى ان الفسخ هنا ليس بأولى

ص: ٢١٨

من الفسخ فى العقود اللازمه و قد صرّحوا بحصوله بالفعل يدفعها ان الفعل الذى يحصل به الفسخ هو فعل لوازم ملك المبيع كالوطى و العتق و نحوهما لا مثل أخذ المبيع.

و فيه: أنّه لا شبهه فى كون الفسخ بالفعل ككونه باللفظ الا أنّ جعله الأخذ غير كاف فى الفسخ لا وجه له بل هو كسائر الافعال فى تحقق الفسخ به كيف فهل يجوز الالتزام بجواز أخذ مال الغير بدون إذنه فإنّه لو قلنا بعدم تحقق الفسخ به للزم القول بجواز أخذ مال الغير بل هذا من أقوى ما به يتحقق الفسخ و لكن لا يمكن الالتزام بتحقيق الرّد بالأخذ فى باب الفضولى و ما توهم من الأولويّه من أنّه يكفى الفسخ به فى باب العقود و فى الفضولى لا بدّ و ان يكون كافيا بالأولويّه فبلا وجه بل المطلوب على عكسه و ذلك من جهة أنّ الفسخ و ان كان رفعا و الرّد دفعا الا- أنّ مجرد ذلك لا يوجب كون مئونه الدفع أقل من الرّد حتى يثبت بالأولويه على الدفع كلّما يكون ثابتا على الرّد و لكن العقد بعد صدوره من الأصيل يكون مؤثرا فى حصول الملكيه للطرف الآخر و لو كان عقدا خياريا و يكون المبيع ملكا للمشتري فلا يجوز لأحد ان يتصرّف فيه أو يأخذه و مع ذلك لو أخذه البائع مع كونه ذا خيار فيكون ذلك فسخا منه للعقد كما أنّه لو لم يكن ذى خيار لكان أخذه هذا حراما لكونه تصرّفا فى مال الغير و السرّ فى ذلك ان المال بما أنّه مال للغير فيكون الأخذ ظاهرا فى الفسخ مع كون الآخذ ذو خيار.

و هذا بخلاف أخذ المالك المجيز فإنّه ما لم يجز العقد كان له ان يتصرف فى ماله كيف شاء لكون ذلك من شئون المالكه على

شئ أذن فأخذ المالك ما له لا يدل على الفسخ بل فسخ أم لم يفسخ كان له ذلك و إنما قلنا بتحقيق الفسخ به في الأول من جهة عدم جواز أخذه لغير المالك و لغير الفاسخ و لذا قلنا أنّ ظهور الأخذ في الفسخ و اما في المقام فله ذلك فسخ أم لا فلا وجه للالتزام بتحقيق الفسخ به هناك فضلا عن تحققه به هنا بطريق اولي.

و من جهة هذه النكته قلنا في صحيحه محمد بن قيس ان أخذه الوليده لا يدل على الرد لتكون الروايه شاهده على جواز الإجازة بعد الرد بل الأخذ على طبق القاعده و من جهة أخذ المالك مال نفسه و كون ذلك من شئون مالكيته فافهم.

قوله

#### **الرابع الإجازة أثر من آثار سلطنه المالك على ماله.**

أقول:حاصل كلامه هنا أنّ ثبوت حق الإجازة للمالك المجيز و تأثيرها في العقد الفضولي من الأحكام الشرعيه الثابته للمالك و هو موضوع لها كجواز البيع و الهبه و الصلح و نحو ذلك للمالك فكما أنّ للمالك بيع ماله ابتداء مباشره أو توكيلا فكك له ان يجيز ما وقع عليه فضولا.

و بعبارة اخرى:انّ من جملة الأحكام الشرعيه المترتبه على المالك هو جواز بيع ماله و اجازة بيعه لو بيع فضولا و ليس ذلك- الحكم مربوطا بباب الحقوق كالخيارات و نحوها لتوارث بناء على انتقاله الى الغير و هذا يتضح في ضمن وجهين.

الأول أنّهم ذكروا في باب الإرث أنّ الزوجه لم ترث من العقار و أنّما يرث من غيرها من كل ما تركه الميت من حق أو مال و من كلّما يجوز انتقاله الى الوارث.

ص: ٢٢٠



و على هذا فلو باع الفضولى دار احد فضوله و مات المالك قبل أجازته البيع فيكون المال منتقلا الى الوارث فبناء على كون الإجازة من الاحكام فلكل من انتقل اليه المال اجازة البيع بناء على جواز مغايره المالك حال العقد و حال الإجازة بحيث يكون المالك حين حدوث البيع شخصا و حين الإجازة شخصا آخر و هذا ليس من جهة إرث الإجازة فإن الفرض أنه من الاحكام أو إذا قلنا بعدم انتقال الحقوق الى الوارث بالموت على تقدير كونها من الحقوق بل من جهة انتقال موضوعها إلى الورثة اعنى المال فإنّ تلك الإجازة كانت قائمه بالمالك فى ذلك المثلن أو المثلن فإذا تبدل المالك لذلك المال فينتقل الحكم أيضا لكونه قائما بذلك الموضوع فإنه ذكرنا أنّ لكل مالك اجازة بيع ماله لو بيع فضولا و اذن فليس للزوجه حق الإجازة لذلك البيع بل هو حق من انتقل اليه المال و الفرض أنّ العقار لا تنتقل إلى الزوجه.

و إذا قلنا بكون الإجازة من الحقوق و قلنا بجواز انتقاله إلى الورثة بموت و نحوه فيدخل ذلك تحت قوله (عليه السلام) ما تركه الميت فلوارثه الا- العقار و لا- شبهه أنّ نفس حق الإجازة للعقد الفضولى ليس من العقار بل من غيرها التى ترثها الوارث زوجه كان أو غيرها.

الوجه الثانى: أنه ذكر الفقهاء رضوان الله عليهم فى باب الخيارات أنه ينتقل الخيار بموت ذى الخيار إلى الورثة فيكون الورثة ذى خيار.

فاختلفوا فى طريق اعمال الخيار منهم إذا تعددوا فبنى شيخنا الأنصارى أنه ثابت لطبيعى الورثة فأى منهم امضوا البيع فيكون

لازما و اى منهم فسخوا فينفسخ سواء اعمل الآخرون خيارهم أم لا و قال بعض آخر أنه ثابت للمجموع من حيث المجموع بحيث انّ إمضائهم أو فسخهم لا تؤثر إلا إذا اجتمعوا فى الفسخ أو فى الإمضاء و هو الذى بينا عليه فى محله و هنا احتمال ثالث و هو ان يقال بالتقسيط و أنه اى منهم أجاز أو فسح يفسخ و يلزم بالنسبه إليه فقط لأنّ لكلّ من الورثه حق و حصه فى ذلك الخيار المنتقل من الورثه إليهم فيثبت له حقه و لكن هذا احتمال ضعيف لا يعتنى به بل العمده هنا الوجهان الأولان.

و لكن ذلك لا يثبت فى الإجازة حتى مع القول بانتقالها إلى الورثه بنفسها كحق الخيار.

و ذلك لأنّ الإجازة كما عرفت حكم شرعى تابع لموضوعه اعنى المالك فان كان المالك مستقلا و لم يكن له شريك آخر فيكون مستقلا فى الإجازة أيضا و ان كانوا متعددين فلا بد و ان يجيز كل منهما ليكون لازما و الا فيكون لازما بالنسبه إلى المجيز فقط ليس الا- و هذا نظير ما إذا جمع الفضولى أموال اشخاص متعددين فى بيع واحد فإنّه هل يتوهم احد انّ اجازة أحدهم يوجب لزوم المعامله بالنسبه إلى الآخرين أيضا و هكذا المقام غايه الأمر أنّ فى ما نحن فيه قد تعددت الملاك بقاء و فى المثال أنّما كان التعدد من الأول و هذا المقدار لا يكون فارقا.

و بالجمله أنّه فرق بين انتقال الإجازة إلى الورثه و كون أمر الإجازة بيدهم و بين انتقال حق الخيار إليهم كما عرفت.

قوله

**الخامس اجازة البيع ليست اجازة لقبض الثمن و لا لإقباض المبيع.**

ص: ٢٢٢

أقول: لا- ريب في عدم الملازمه بين اجازة البيع و بين اجازة قبض الثمن أو المثلن و لا لإقباضهما و ذلك لأن كل واحد من اجازة البيع و اجازة القبض أو الإقباض أمر مستقل غير مربوط بالآخر كسائر الأمور الاعتباريه أو الخارجيه الا أن يكون بينهما احدى الدلالات من الإشاره أو الاقتضاء أو غيرهما، و على ذلك فاجازة البيع لا يستلزم اجازة القبض الا مع التصريح. ثم أنه هل يكون نفس القبض قابلا- لأن يتعلق به الإجازة أم لا، و ربما يقال أن القبض أمر تكويني لا يمكن ان يتعلق به الإجازة فإن ما وقع من الأفعال الخارجيه لا ينقلب عمّا هو عليه و سيأتي ما فيه من الرهن و قد فضل المصنف بينما يكون الثمن أو المثلن شخصيا فحكم بصحة إجازة القبض و الإقباض و جريان الفضولي فيهما و بينما يكون كليًا في الذمه و أنّما تعينه و تشخصه ليس الا بقبض الفضولي فقط و ذلك لأن مرجع اجازة القبض إلى إسقاط ضمان الثمن عن عهده المشتري و مرجع إجازة الإقباض إلى حصول المبيع في يد المشتري برضى فيترب عليه ح جميع الآثار المترتبته على المبيع و يتم ذلك بالإجازة الصريحه أو الاقتضائه في الثمن أو المثلن الشخصيين.

و أما الكليّ منهما فليس لنا دليل على جريان الفضوليه فيهما لعدم تعين الكليّ بأخذ الفضولي حتى يتعلق به اجازة المالك المجيز و يرجع الى إسقاط الثمن عن عهده المشتري و الى حصول المبيع في يد المشتري.

و لكن الظاهر أنه لا فرق بين كون الثمن أو المثلن شخصيًا أو

كليًا في الذمه و ان صحَّ تعلق الإجازة بالقبض أو الإقباض بالدلالة الصريحه أو غير الصريحه فصحَّ في كليهما و الا فلا، و الظاهر هو الأول لا من جهة ما ذكره المصنف من أنّ مرجع اجازة القبض إلى إسقاط الضمان عن عهده المشتري فإنه إنّما يتمّ إذا قلنا بأنّ ضمان المشتري الثمن بحسب القاعده و أنّه بمقتضى الشرط الضمني اذن فاجازة البائع قبض الفضولى الثمن إسقاط لذلك الشرط الضمنى.

و اما إذا قلنا بأنّه من باب التعيّد الثابت بمقتضى كل مبيع تلف قبل قبضه فهو من مال بايعه و أنّما أجروا ذلك فى الثمن لأجل حمل المبيع على المثال فإنّ من البعيد ان يختلف حكم المثلن مع الثمن فى بيع واحد و ح فيمكن منع شمول ذلك لقبض الفضولى فإنّ معنى كون تلف المبيع من مال البائع أنّه ليس ضمانه عليه و لزوم خروجه عن عهده بل معناه فساد البيع و كون تلف المبيع من مالكه و عدم حصول النقل و الانتقال به و لذا نقول أنّ الحكم يسرى الى الثمن أيضا و لهذا لا يمكن فى حق الفضولى حتى مع تصريح المالك به لكونه مختصا بالمالك بمقتضى التعبد كما هو واضح بل جواز تعلق الإجازة بالقبض من جهة التوكيل و ذلك لأنّ الإجازة مثل الوكاله فكما يصحّ التوكيل فى القبض و كذلك يصحّ أجازته.

و أوضح من ذلك ان الافعال على قسمين قسم يصحّ تعلق النياه و الوكاله بها و قسم لا يصحّ فالأول كالعقود و الإيقاعات و أمثالهما فإنه يصحّ التوكيل و النياه فيهما و الثانى كالأكل و النوم و القيام و الجلوس و أمثالهما من سائر الأفعال التكوينية فإنهما مما لا يصح ان يتعلق بها النياه و الوكاله.

و القبض من قبيل الأول فإنه ممّا يقبل النيابة و الوكّاله فيقبل الإجازة أيضا لأنّ الإجازة عين الوكّاله غايه الأمر أنّ الوكّاله من الأول و الإجازة ليس من الأول و أنّما تقع على الفعل الواقع.

بل على ذلك السيره العقلائيّه فإنّه لم يشك أحد في أنّه لو استقرض شخص من الآخر ديناً فاستوفى أخ الدائن ذلك الدين من المديون لصح ذلك لو أجازة الدائن.

اذن فلا وجه لتوهم أنّ القبض من الأمور التكوينيّه فلا تنقلب بالإجازة عن واقعها فان عدم الانقلاب انما يجرى في الآثار الماضيّه دون الآثار الباقيّه كما لا وجه للفرق بين كون الثمن أو المثلث كليا أو شخصيا.

ثم أنّ ما ذكرنا من عدم الملازمه بين اجازة البيع و اجازة القبض فيما لم يكن القبض مأخوذا في صحه البيع كبيع الصرف و السلم و الهبه و الا-فإجازتها ملازم لإجازة القبض صوتا لكلامه عن اللغويه و كذلك فيما إذا صرح بإجازة القبض عند اجازة البيع و هذا كباب الصرف و السلم و الوقف و الهبه فإنّ اجازة القبض فيها اجازة للعقد أيضا فإنّ من الواضح أنّه لا يشترط المباشره في القبض فيما يكون القبض شرطا لصحه المعامله بل المناط استناد القبض الى المالك و لو كان بقبض و كيله و لو عامل شخص كبير بيع الصرف و أمر بخادمه القبض لصدق القبض بالنسبه اليه و هذا كله إذا كان المجيز عالما بالملازمه و اما مع الجهل فلا ملازمه أيضا لعدم تماميه دلالة الاقتضاء ح ثم أنّ التقابض في المجلس ليس معناه ان يكون المتبايعين في مجلس واحد عرفي بل معناه ان يكون التقابض في مكان العقد و لو كان بينهما بعد كما

تقدم ذلك في ثبوت خيار المجلس.

بقى الكلام في أنه هل يجرى نزاع الكشف و النقل في القبض و الإقباض أولاً، الظاهر أنه لا يجرى لأنهما ليسا مثل البيع و سائر العقود يمكن تعلق الإجازة بوجودها المتقدم فإن الإجازة من الأمور التعليقية و الأوصاف الحقيقية ذات الإضافة يصح ان تعلق بالأمور الماضية كما يصح ان تعلق بالأمور الحالية و المستقبله.

و هي مع احتوائها بالحقيقه الكذائيه مأخوذه في العقود جزء أو شرطاً.

اذن فيصح ان تعلق بالعقود الفضوليه من حين صدور العقد فيحكمه بتأثيره في النقل من ذلك الزمان و من هنا ذكرنا انه لا بعد في بيع مال في الحال قبل يوم أو شهر أو سنه غايه الأمر أنه خلاف بناء العقلاء و منصرف عن مفاد العمومات في الاصيلين و لكن لا مانع من شمولها على العقود الفضوليه و جعلها صحيحه و مستنده الى المالك بالإجازة حين الإجازة من الأول كما عرفت و هذا بخلاف القبض فإنه أمر تكويني غير تعلقى فلا يمكن ان يستند الى المالك بالإجازة من حين تحققه بل يستند اليه من حين الإجازة لأن ما تحقق بتمام حقيقه في الخارج و صار فعلى الوجود من جميع الجهات لا ينقلب عما هو عليه و لا يستند الى غير فاعله من حين صدوره لانه لم يؤخذ شيء في حقيقته من الأمور التعليقيه حتى يمكن تعلقه بالأمر المتقدم و يوجب استناده من بدو صدوره الى غير فاعله بالإجازة، اذن فلا معنى للقول بالكشف في إجازة القبض و الإقباض و إنما يكونان مستندين الى المجيز من حين الإجازة و عنده يكون قبضا للمجيز فقها يثبت

ص: ٢٢٦

النقل و لا يمكن المناص عنه نعم لو دل الدليل على صحه تعلق الإجازة بالقبض المتقدم فلا مانع من ذلك فان المانع عنه ليس فى مقام الثبوت بل من جهه عدم وجود المقتضى و الدليل عليه فى مقام الإثبات.

قوله

### السادس الإجازة ليست على الفور للعمومات.

أقول: ان الإجازة فى العقد الفضولى ليست على الفور للعمومات و صحيحه محمد بن قيس بل فيها شهاده على جواز الإجازة بعد الكراهه و هذا ممّا لا شبهه فيه.

و أنّما الكلام فى انه إذا لم يجر العقد و تضرّ الأصيل بتأخيره الإجازة بناء على عدم جواز تصرفه فيما انتقل اليه و فيما انتقل عنه على القول بالكشف.

فهل للأصيل فسخ العقد الفضولى أو إجبار المالك المجيز بالإجازة أو الرّد أو لا شىء عليه بل لا بد و ان يتحمل بالضرر لإقدامه عليه بنفسه و قد قوى المصنف الأول و لكن الظاهر أنّه على القول بالكشف و شمول العمومات عليه لا يتمّ فى جميع الموارد فإنّ النكاح ممّا لم يثبت فيه الخيار لينتجى الضرر بالخيار إلا فى الموارد المنصوصه و كذلك لا يمكن الإجبار فى جميع الموارد كما إذا كان مالك العقد ممن لا- يمكن إجباره أمّا لعلو سطوته أو لعدم وصول اليد اليه و قد نقل أنّ امرأه زوجت نفسها للحجه المنتظر عليه و على آباءه آلاف التحيه و الثناء و بقيت على ذلك العقد لتقليدها ممّن يرى لزوم العقد الفضولى من ظرف الأصيل.

و الظاهر أنّه لا دليل على إجبار الطرف على الإجازة أو الرّد و

ص: ٢٢٧

لا ثبوت الخيار للطرف الأصيل. أما الأول فلعدم الدليل عليه مضافا الى تسلط الناس على أموالهم عقلا و شرعا فلهم ان يفعل فيه ما يشاء فإن الإجازة كما تقدم ليس الا مثل البيع فكما ان المالك له تمام الاختيار فى بيع ماله و عدمه و ليس لأحد أن يجبره على ذلك و هكذا الإجازة و تضرر الأخر من عدم اجازة المالك أو رده لا يجوز الإيجاب بعد ما كان هو نفسه مقدما على الضرر.

و اما ثبوت الخيار فهو أيضا لا دليل عليه بعد شمول العمومات على ذلك العقد و ليس فى البين الا تضرر مالك الأصيل لينفى لزوم العقد بدليل نفي الضرر و فيه أنّ الضرر على تقدير تسليم كونه مدركا لثبوت الخيار أنّما يكون فى مورد يكون حادثا لا موجودا من الأول فإنّ إقدام الأصيل على المعاملة الفضولية ضرر عليه من الأول غايه الأمر يختلف ذلك قله و كثره بحسب طول الزمان و قصره و هذا لا يوجب الفرق بينهما و الحق أنّه لا مناص من القول باللزوم بناء على شمول العمومات عليه من حين العقد على القول بالكشف و لعل عدم اللزوم بين الفقهاء من جملة ما يدل على ما اخترناه من عدم اللزوم من حين العقد حتى على الكشف بل من حين الإجازة غايه الأمر يكون المجاز عليه العقد من زمان الصدور من المتعاقدين فإنّ أَوْفُوا بِالْعُقُودِ قد أسند ذلك العقد الى المالك المجيز بالإجازة و العجب من شيخنا الأستاذ كيف رضى القول باللزوم للأصيل حتى على القول بالنقل و قد تقدم ما فيه.

قوله

### **السابع هل يعتبر فى صحه الإجازة مطابقتها للعقد**

الواقع عموما أو خصوصا أم لا.

ص: ٢٢٨



أقول: تارة تكون الإجازة مطابقة للعقد الواقع فضولا بحيث يكون المجاز عين ما صدر من الفضولين و قد تقدم الكلام فى ذلك مفصلا مع الاختلاف فيه بالكشف و النقل.

و اخرى لا- يكون العقد المجاز مطابقا للعقد الفضولى بل يباينه كما إذا وقع العقد الفضولى مثلا على الدار و تعلقت اجازة المالك الإجازة على البستان فهذا باطل بلا إشكال لأن ما وقع عليه العقد غير ما تعلقت به الإجازة فالعقد الفضولى لم تتعلق به الإجازة و ما أجزى لم يقع عليه العقد.

و ثالثه يكون المجاز مغايرا للعقد الفضولى لا مغايره مباينه بل بالإطلاق و التقييد أو بالكلية و الجزئية كما إذا وقع العقد الفضولى على مالين لشخصين أو لشخص واحد فأجاز أحدهما دون الآخر أو أجاز البيع فى أحد المالكين دون الآخر فإن المجاز مغاير لما وقع عليه العقد بالكلية و الجزئية و كما إذا وقع العقد على الدار مثلا مقارنا مع الشرط فأجاز المالك بدونه فيكون المجاز مغايرا كما وقع عليه العقد الفضولى بالإطلاق و التقييد.

و هل يصح العقد الفضولى مع هذا الاختلاف بين المجاز و ما وقع عليه العقد أم لا يصح و قد فصل المصنف و قال فلو أوقع العقد على صفقه فأجاز المالك بيع بعضها فالأقوى الجواز كما لو كانت الصفقه بين مالكين فأجاز أحدهما و ضرر البعض يجيز بالخيار و لو أوقع العقد على شرط بإجازة المالك مجردا عن الشرط فالأقوى عدم الجواز و ما افاده هو المتعين أما صحته عند الاختلاف بالجزئية و الكلّيه كما عليه الأستاذ فلأنّ البيع الواحد الواقع على شيئين أو أشياء أنّما ينحل الى

بيوع عديده فكما يجوز بيع واحد منها على انفراده ابتداء فكذلك يجوز اجازة البيع فى واحد منها دون الآخر لأنك قد عرفت ان الإجازة المتأخره من المالك ليست الا- كالبيع الابتدائى فكما له بيع ماله على النحو الذى يريد ابتداء مباشره أو توكيلا فكذلك له اجازة بيع الفضولى المتعلق بماله على ما يريد غايه الأمر ان فى البيع الابتدائى يوجد العقد مع الاذن و فى الإجازة المتأخره حصل موضوع الإجازة أعنى العقد قبلها و اما تكميل حقيقه البيع و تماميه ماهيته عند تحقق الإجازة لكونها من مقوماتها و اجزائها.

و أما تضرر المالك بتبعض الصفقه فينجر بالخيار الثابت بشرط ضمن العقد فكأن المشتري يشترط على البائع ان لا يكون المبيع متبعضا و الا- فليس المشتري ملزما بقيامه على التزامه و بالجمله لا نعرف وجهها لبطلان البيع فى هذه الصوره بل جرى على هذا المنهج- كلمات الفقهاء فى بيع ما يملك و ما لا يملك أو ما يملك و ما لا يملك حيث ان البيع يصح فى ما له و يبطل فى الآخر كما يصح فى ما يملك و يبطل فى الآخر كما إذا وقع العقد على الشاه مع الخنزير بل الأمر كذلك فى بيع شىء واحد كما إذا باع دارا فضوله فأجاز المالك البيع فى نصفه دون النصف الآخر لكونه لشخص آخر و السير فى ذلك هو ما أشرنا إليه من انحلال العقد الواحد الى عقود متعدده كالعموم- الاستغراقى لا كالمعوم المجموعى و كون الإجازة مثل البيع.

و أما إذا اختلف المجاز مع ما وقع من حيث الإطلاق و التقييد و العموم و الخصوص فالذى ينبغى ان يقال ان الشرط تاره يقع فى ضمن العقد و اخرى فى ضمن الإجازة و على الأول فتاره يكون للمالك

على الأصيل و اخرى للأصيل على المالك.فلو كان للمالك على الأصيل و أجاز المالك العقد بلا شرط فلا شبهه في صحه الإجازة و صحه استناد البيع اليه و تحقّق حقيقته في وعائه فإنّ المالك مسلّط على ماله و كلّما يرجع إليه أمره فله إسقاط ما يريد إذا كان موجودا في ذمّه أشخاص آخرين مثلا- إذا باع الفضولي ثوب أحد و اشترط في ضمن العقد ان يخيّط الأصيل ثوبا للمالك فأجاز المالك بدون الشرط فيصح ذلك لكون الشرط له فله إسقاطه.

و بعبارة اخرى: أنّ اجازة المالك التزام الفضولي بأصل المعاوضة و عدم أجازته التزامه بالشرط على نفس الأصيل تجاوز عن حقّه الذي التزم به الأصيل على نفسه فلا- وجه لتوهم البطلان الأمن جهه التعليق فهو أيضا منفي كما سيأتي و اما لو كان من الأصيل على المالك الفضولي فأجازة بلا شرط فقد حكم العلامة الأنصاري(ره) بالبطلان و شيخنا الأستاذ بالصحه مع ثبوت الخيار للأصيل و أفاد في وجه ذلك بأنّ المقام نظير تعذر الشرط الواقع بين الإيجاب و القبول الذي يكون ضميمة لأحد العوضين فكما أنّ تعذره لا يوجب بطلان العقد بل غايته ثبوت الخيار للمشروط له فكذلك المقام فإنّه و ان لم يتعدّ خارجا الا أنّ امتناع المجيز و عدم قبوله الشرط بمنزله التعذر و لا وجه لبطلان العقد الا على القول بالتقييد و الإناطة و الحق عدمه و لذا نقول بأنّ الشرط الفاسد غير مفسد للعقد إلا إذا صار موجبا لاختلاف أحد أركانه، فنقول لا شبهه أنّ الشرط و المشروط إذا كانا من قبيل المعلق و المعلق عليه كالشرط و المشروط التكوينيّين فلا شبهه في بطلان المشروط عند انتفاء الشرط أمّا نفسه أو لعدم حصول المعلق عليه كما

أنه إذا كانا من قبيل الأمرين الوجوديين المنضمين من غير أن يكون بينهما ربط فلا شبهة في صحة المشروط عند انتفاء الشرط كما إذا التزم عند بيع الدار بخياطه ثوب المشتري من غير أن يرتبط بالالتزام البيعى فإنه ح لا معنى لبطلان المشروط مع عدم وفاء المشروط عليه بشرطه لعدم الارتباط بينهما، بل لانتفاء حقيقه الشرط هنا فإنه لا يصدق الشرط و المشروط ما لم يكن بينهما ربط و التزام كما فى القاموس و جعل من ذلك الشريط لربطه أحد الشئيين بالآخر، و على هذا فما معنى الكلام المشهور من أن الالتزام الشرطى فى ضمن الالتزام العقدى و أنه لا يلزم من انتفاء الشرط انتفاء المشروط مع أنك عرفت أنه على تقدير يلزم من انتفاء الشرط بطلان العقد و على تقدير آخر فلا.

و الذى ينبغى ان يقال أن معنى جعل الشرط فى العقود عبارته أخرى عن جعل الخيار فيها و صيروره العقد خياريا نظير جعل الخيار فيها ابتداء و ذلك فإنّ البائع مثلا إذا اشترط فى ضمن البيع على المشتري شيئا أو اشترط المشتري عليه شيئا و ليس معنى ذلك هو التعليق ليستلزم انتفاء الشرط البطلان و لا أنّهما من قبيل الأمرين المنضم أحدهما بالآخر ليخرج عن معنى الشرطيه بل معناه ان البائع إنّما باع متاعه و التزم به مطلقا من غير إيقافه على شىء آخر فأصل الالتزام البيعى غير معلق على شىء و غير متوقف على الشرط ليلزم البطلان من جهة التعليق لاستلزام انتفاء المعلق عند انتفاء المعلق عليه و لكن اشترط على المشتري مثلا كون وقوفه على هذا الالتزام و قيامه عليه متوقفا على الشرط الفلانى على المشتري بحيث لو و فى المشتري

بذلك الشرط فللبائع أيضا ان يقف على التزامه البيعى و الا فلا فكما ان جعل الخيار فيه اى فى الالتزام البيعى صحيح فكذلك جعل الشرط بهذا المعنى و من هنا نقول ان تخلف الشرط لا يوجب بطلان العقد و انما يوجب الخيار لا يجب للمشروط عليه الالتزام بشرطه وجوبا تكليفيا و ليس للمشروط له إجباره على ذلك فان التزمه بالشرط لا يزيد عن الوعد فكما ان الوفاء به ليس واجبا تكليفيا بل هو أمر أخلاقى فكذلك الالتزام الشرطى فإنه لا يجب الوفاء به و على هذا فما ذكره شيخنا الأستاذ من ان المقام نظير تعذر الشرط فكما أنه لا يوجب بطلان العقد و هكذا عدم الوفاء بالشرط و كذلك فى المقام إذا أجاز المالك العقد بدون الشرط الذى وقع عليه من الفضولى و ليس نقص فى ذلك المبنى و لكن البناء ليس بصحيح.

و توضيح ذلك ان العقد تاره يطلق و يراد منه اسم المصدر أى الملتزم به الحاصل من الالتزام و الاعتبار النفسانى و اخرى يطلق على نفس الالتزام العقدى أى المعنى المصدرى.

اما الأول: فهو مطلق و غير مقيد بشىء و لا متوقف عليه فإنه بعد تحقق ما يؤثر فيه لا معنى لوقوفه على شىء بل ان حصل ما يؤثر فيه فيحصل و الا فلا، فلا يعقل توقفه على شىء بعد حصوله و الا يلزم من وجوده عدمه.

و اما الثانى: فهو تاره يوجد من المتعاقدين غير مقيد بشىء كما إذا كان العقد غير خيارى بشرط و غير مقيد بشىء و اخرى يكون مشروطا بشرط كما إذا كان فى العقد شرط و اشتراط ففى هنا و ان قلنا ان الشرط يرجع الى كون الوقوف على الالتزام البيعى و الثبوت

عليه متوقفا على الشرط و تحققه أصل الالتزام مقيّد بالشرط في مقام الإنشاء فإن الإهمال فيه لا يعقل بل هو اما مطلق أو مقيد فحيث أنه ليس بمطلق لوجود الشرط فيه فيثبت التقييد فالالتزام حين تحققه تحقق مقيدا و على هذا فلو أجاز المالك ذلك بدون الشرط و مطلقا فيكون ذلك غير ما وقع فما وقع لم تقع عليه الإجازة و ما وقعت عليه الإجازة غير ما وقع فيكون العقد فاسدا لعدم وقوع الإجازة عليه.

إذا فما ذكره المصنف صحيح و ان كان ما ذكره شيخنا الأستاذ من حيث المبنى أيضا صحيحا الا انّ ما بنى عليه غير صحيح لأنّ ما نحن فيه ليس من قبيل تعذر الشرط كما عرفت.

و بعباره اخرى: انّ الإجازة من حيث نسبه العقد الى المجيز كالقبول فكما انه لو وقع الاختلاف بين الإيجاب و القبول بالإطلاق و التقييد يبطل العقد كما إذا قال البائع بعث الدار بثمن كذا على ان تخطط لي ثوبا و قال المشتري قبلت بدون ذلك الشرط و هكذا في الإجازة فإنّ الإجازة و ان كانت بعد تماميه العقد إيجابا و قبولا و ليست مثل القبول من جميع الجهات و الا لكان العقد الفضولي باطلا- بالفصل بين العقد و الإجازة و لكن الإجازة مثل القبول من حيث استناد العقد الى نفسه كما انّ القبول يوجب استناد الإيجاب إلى نفسه و الأمر كذلك حتى لو كان المتعاقدان هما الاصيلان فكيف بالفضولي.

و بالجمله العقد الواقع فضوله على وجه خاص لا بدّ و ان تقع عليه الإجازة على ذلك الوجه و الا لحصل التخلف بين المجاز و العقد فيحكم بالبطلان.

لا يتوهم أنّ تقييد العقد على النحو الذى قلمت عين التعليق فيكون باطلاً اماً لعدم حصول المعلق عليه أو لبطلان التعليق فى نفسه.

فإنّه توهم فاسد إذ معنى التعليق أنّ أصل الالتزام العقدي متوقف على الشرط و هو على تقدير حصول الشرط و الا فلا التزام و هذا بخلاف التقييد المذكور فإنّ أصل الالتزام على ما ذكرنا غير متوقف من حيث الوجود على الشرط بحيث يلزم من وجود الشرط وجود-المشروط و من عدمه عدمه كما هو معنى التعليق بل استمرار ذلك الالتزام و الوقوف عليه مقيد بالشرط و هذا معنى ثبوت الخيار.

لا يقال أنّه ائى فرق بين عدم الوفاء بالشرط الموجب للخيار و بين عدم الإجازة الموجب للبطلان.

قلت: فرق واضح بين الأمرين حيث العقد قد تحقق على الأول و لكن لم يحصل شرط لزومه و الدوام و الثبات عليه و هذا بخلاف الثانى فإنّ المجيز لم يقبل العقد فيكون باطلاً نظير عدم قبول القابل بما أنشأه الموجب كما تقدم فافهم و تأمل.

و توضيح المقام أنّه هل يعتبر مطابقه الإجازة للعقد أم لا و على تقدير الاعتبار هل يفرق بين ان يكون من المالك الأصيل و بين العكس و بين الصور الأخرى أم لا و تفصيل ذلك ان الإجازة تاره تكون مطابقه للعقد و هذا لا شبهه فى صحته كما تقدم تفصيله من الاختلاف فيه بين القول بالكشف أو النقل.

و اخرى تباينه مباينه تامه كما إذا باع الفضولى الدار فأجاز المالك بيع البستان أو باع الفضولى دار الصغير و أجاز المالك دار

الكبير و هذا لا شبهه فى بطلانه لأن الإجازة لم تقع على الواقع بل الواقع لم يجز و ما أجز لم يقع فيحكم بالبطلان.

و ثالثة تكون الإجازة مخالفة للعقد الواقع من جهة و موافقه له من جهة أخرى كالاختلاف بالكل و الجزء و العام و الخاص و المطلق و المقيد، اما الأول كما إذا وقع العقد الفضولى على المركب المجموع و الكله بأن باع الفضولى دارين أو فرسين لزيد أو أحدهما لزيد و الآخر لعمر و فأجاز المميز أحدهما دون الآخر، و اما الثانى كما إذا باع الفضولى دار أحد بشرط و أجاز المالك المميز بلا شرط سواء كان من المالك الأصيل أو العكس.

أما الأول: فلا شبهه فى صحته غاية الأمر انه يثبت للمشتري خيار تبعض الصفقة و ذلك لان البيع ح انما يكون منحلا الى بيوع متعددة غاية الأمر يكون كل فيها مشروطا بالآخر فالمميز بإجازته يقبل الالتزام على النحو الذى وقع و يرد التزامه على التزام البائع طابقا النعل بالنعل و لكن بدون الشرط و الخيار اذن فيصح قبول أحد البيوع فيثبت للمشتري الخيار و هذا واضح.

و اما الثانى: فلا بد فى بيانه من تقديم مقدمه فهى انه لم نعقل الى الآن معنى للشروط الا جعل الخيار و توضيح ذلك ان الشرط له اطلاقان.

الأول ان يطلق على الملتزم به اعنى ما تعلق به الالتزام كما هو المعروف كما إذا باع العبد على ان يكون كاتباً فان كتابه متعلق الالتزام الشرطى و يكون ملتزماً به و اخرى يطلق على نفس الالتزام.

اما الأول فلا شبهه فى عدم كون العقد معلقاً عليه و مقيداً به بان يقول بعثك العبد على ان يكون كاتباً و الا فلا أبيع بحيث



يكون أصل البيع متوقفا على وجود الملتزم به و مع عدمه فلا بيع أصلا فهذا لا شبهه في بطلانه اما مطلقا كما هو الظاهر لبطلانه في العقود و اما مع عدم تحقق الملتزم به على تقدير الغض من الأول بل معناه أنّ الالتزام الذى ورد على ذلك الملتزم به معلق عليه بحيث لم يكن كاتبا لا يجب للمشروط له الوقوف على التزامه بل له ان يفسخ و له ان يبقى عليه و ليس هذا الا كون العقد خياريا مثلا لو باع زيد داره من عمرو بشرط ان يخيظ عمرو له ثوبا فقبل عمرو ذلك و لكن لم يعمل بالشرط فلا يجب لزيد ان يقف على التزامه لانه كان مقيدا بالخياطة فلم يحصل فيكون له الخيار و هكذا في جميع الموارد فيكون البيع صحيحا للعمومات.

و اما الثانى فلا شبهه في كونه قييدا للعقد فإنه لو باع احد داره بشرط كذا أو على ان يكون له الخيار فإن بيعه هذا و ان لم يكن مقيدا بالملتزم به بحيث يلزم التعليق كما تقدم و لكنه مقيد بالالتزام الشرطى فالبايع من الأول باع بيعا مقيدا و أورد التزامه على البيع الخاص فيكون الموجود من الأول حين وجوده البيع الخيارى دون- البيع الغير الخيارى و ح فلو قبل القابل البيع بدون ذلك الالتزام الشرطى فلم يقبل ما أنشأه البائع و لم يرد التزامه على التزام البائع فيكون باطلا و بالجمله ان الشروط باعتبار الملتزم به لا تكون مقيدة للبيع مثلا بل البيع بالنسبة إليها مطلق و انما هي قيد للالتزام و الثبات على العقد، و اما باعتبار نفس الالتزام قيد للبيع فيوجب التقييد إذا لو لم يقبل المشتري ما أوجده البائع من العقد المقيد بالتزام خاص بأى نحو كان ذلك الالتزام فيكون باطلا من الأول لأن ما أوجده

البائع لم يقع عليه القبول و ما وقع عليه القبول لم ينشأ فيكون باطلا.

إذا عرفت ذلك فنقول ان الشرط تاره يكون من المالك الأصيل بأن باع الفضولى دار زيد فضوله من عمرو فاشترط عليه ان يخيظ ثوب عمرو فأجاز العمر و بدون ذلك الشرط و هذا لا إشكال فى صحته لأن المالك قد تجاوز عن حقه و أسقطه من الأصيل و العفو و التجاوز عن الحق لا يوجب البطلان.

و بعبارة اخرى: ان الالتزام البيعى و ان كان مطلقا و قد قبله المالك بإجازته على هذا النحو و ورد الالتزام من المالك المجيز بإجازته على التزام الفضولى و لكن أسقطه بعد قبوله غايه الأمر أن ذلك انى و تقديرى لا أن الاسقاط قبل القبول أو ان المالك لم يجز التزامه بل شيئا آخر و الا يلزم المحذور.

و اما إذا كان من الأصيل على المالك فأجاز العقد خاليا عن الشرط فتكون الإجازة باطله و ذلك لعدم ورود التزامه على ما ورد به التزام الفضولى مع الأصيل فانّ التزامهما مقيد و التزام المجيز مطلق فما وقع لم تتعلق به الإجازة و ما وقعت به الإجازة لم يقع فتكون الإجازة لغوا فلا- يكون العقد مشمولا للعمومات إلا إذا انضم إليه إجازة أخرى على طبق ما وقع بحيث يكون الالتزامين متواردين على مورد واحد.

كيف فلو لم يطابق الالتزامين فى الاصيلين بان باع أحدهما متاعا مع شرط و خيار كما هو المرسوم كثيرا خصوصا فى الدالين و قبل الآخر بدون ذلك الشرط فإنه ح لا ينعقد البيع بل يحكم ببطلانه فانّ ما أنشأه البائع غير ما قبله المشتري فالمنشأ لم يقبل و ما قبل لم ينشأ

فإذا لم يتم ذلك في الاصيلين فكيف في الفضولى و لا شبهه ان- الإجازة مثل القبول من حيث كونه موجبا لاستناد العقد الى المجيز كما انّ القبول يوجب استناد الإيجاب إلى القابل.

و من هنا ظهر انّ ما جعله شيخنا الأستاذ المقام من صغريات تعذر الشرط ليس بتمام حيث انّ في صورته تعذر الشرط سواء كان التعذر خارجيا أو عقليا قد توارد الالتزامين من البائع و المشتري على مورد واحد و لكن الشرط قد تعذر فهذا غير ورود الالتزامين بمورد واحد مثلا لو باع احد داره و اشترط على المشتري ان يحج عنه فقد تعذر ذلك الشرط عقلا لكونه مريضا لا يقدر على المشى أو هرما أو مات و هكذا فانّ هذا و نظائره لا يوجب بطلان البيع فإنّ المشتري قد التزم على ما التزم به البائع و لكن قد أوجب التعذر العقلى عدم وفائه بالشرط فيكون البائع مخيرا فى الفسخ أو الرضايه حتى يتمكن المشتري من ذلك و اما التعذر الشرعى كالشروط المخالفه للكتاب و السنه فكما إذا باع متاعا و اشترط فى ضمنه ان يعطيه المشتري مقدار من الخمر فقبله المشتري و هذا أيضا ليس نظير ما نحن فيه إذا المشتري أيضا قبل التزم البائع على النحو الذى التزم و توارد الالتزامين على مورد واحد و لكن المنع الشرعى أوجب التعذر و المنع فلا- اشكال فيه أيضا من هذه الجهه و اما من جهه كون فساد الشرط موجبا لفساد العقد أو أنه مثل التعذر العقلى يوجب الخيار أولا يوجب شيئا فهو أمر آخر و سيأتى فى محله.

لا يقال ما الفرق بين عدم مطابقه الإجازة مع العقد فى بيع المجموع المركب و بين عدم مطابقه فى صورته الاشتراط فأما لا بد من

القول ببطلان الإجازة فيهما أو عدمه كذلك فلا وجه للفرق بينهما كما لا يخفى.

أقول الفرق بينهما بديهي وقد ظهر ممّا ذكرنا و ملخصه أنّ في صورته اختلاف الإجازة مع العقد بالجزئية و الكليه أنّ المجيز قد أجاز البيع على النحو الذي وقع و هذا بخلاف صورته الاختلاف بالإطلاق و التقييد بيان ذلك انه إذا باع فرسين من عمرو فضوله لمالك واحد أو لمالكين ففي الحقيقة أنّ هنا بيعان كليهما خيارى فإنّ كلا من - الفرسين بيع منضمّا الى الآخر و بهذا الشرط فإذا أجاز المجيز أحدهما دون الآخر فليس معناه أنّ المجيز أجاز البيع الغير الخيارى بل أجاز البيع الخيارى و لذا لو سئل لأجاب هكذا فح يثبت للبائع الخيار و لا يلزم ورود الإجازة بما لم يقع و كون ما وقع خاليا عن الإجازة و هذا معنى خيار تبعض الصفقة و هذا بخلاف صورته عدم المطابقه فى الشرط فإن الإجازة لم تقع على العقد كما عرفت.

و بعباره اخرى: أنّ صورته عدم المطابقه بالجزئية و الكليه نظير وقوع بيعين أو بيوع خيارى فقبل المشتري أحدهما دون الآخر فهل يتوهم احد أنّ ذلك موجب لبطلان البيع أو عدم ورود الإيجاب و القبول بمورد واحد و كذلك ما نحن فيه و هذا أمر واضح فى الاصيلين و غيرهما و بذلك يبتنى خيار تبعض الصفقة.

فتحصل عدم بطلان الإجازة فى صورته عدم المطابقه بالجزئية و الكليه دون عدم المطابقه بالإطلاق و التقييد مع كون الشرط من الأصيل على المالك و من هنا ظهر أنّه لا وجه لإدراج صورته عدم - المطابقه بالجزئية و الكليه تحت العقد فى تعدّد الشرط و جعل

الاختلاف بالجزئية والكليه والإطلاق والتقييد وتعذر الشرط كلها من واد واحد.

ثم لو كان الشرط عند الإجازة و خارجا عن العقد و هذا أيضا تاره يكون من المالك على الأصيل و اخرى من الأصيل على المالك و اما لو كان من المالك على الأصيل بأن باع الفضولى داره من الأصيل خمسين ديناراً و اجازة المالك مع اشتراط سكنى سنه فى تلك الدار فذكر المصنف وجوها فى ذلك الأول القول بالصحة و الثانى الصحة لو اجازة الأصيل و الثالث البطلان بمعنى أنّ العقد الفضولى لا يمكن الحكم بصحته بهذه الإجازة لأن ما وقع عليه العقد لم يجز و ما أجز غير الواقع فتكون تلك الإجازة باطله و لا توجب استناد العقد الى المالك بل لا بدّ فى ذلك من اجازة أخرى لتوجب الاستناد و لكن الحق هو الثانى أنّه و ان قلنا بعدم لزوم الوفاء بالشرط الابتدائيه اما من جهة الإجمال كما ذكره بعضهم و اما من جهة اقتضاء لفظ الشرط ذلك المعنى لكونه ربطا بين الشئ و شئ آخر فما لم يرتبط أحدهما بالآخر لا يطلق عليه الشرط و من هنا قال فى القاموس ان الشريط يطلق عليه ذلك باعتبار ربطه أحد الشئين بالآخر و هذا ظاهر نعم هو داخل بالوعد و من قال بوجوب الوفاء بالوعد فله ان يحكم به هنا أيضا و لكن لا- دليل عليه و أنّما هو خلاف الأخلاق و لكن ما نحن فيه ليس كذلك فإنّه يكون ذلك الشرط بالإجازة شرطا فى ضمن العقد و التراما فى الترام.

بيان ذلك أنّ الإجازة كما تقدم مثل القبول فى استناد العقد الى المالك فلو باع احد متاعه من زيد منجزا و مطلقا من دون اشتراط

ص: ٢٤١

من الطرفين على الآخر و لكن قبله القابل مع الشرط فتحليله ان الالتزام بالقبول على تقدير تحقق الشرط و حصوله و الا فلا يلتزم- بالإيجاب. و بعبارة أخرى: يلتزم بقبول الإيجاب و نسبته الى نفسه على ان يكون له على الموجب ذلك الشرط و الا فلا يلتزم و ح لو لم يرض الموجب بهذا المشروط يبطل الإيجاب و القبول لعدم ورودهما على مورد واحد و عدم ارتباط أحدهما بالآخر فيكونان باطلين و اما إذا رضى الموجب على ذلك فيصح بلا شبهه لعدم القصور من شمول المؤمنون عند شروطهم عليه و أنما الخارج منه بالإجماع أو باقتضاء لفظ الشرط هو الشروط الابتدائية و اما غيرها فلا.

غايه الأمر لم يكن ذلك الشرط المذكورا عند الإيجاب و موجودا وقته و تأخر الموجب في ذلك عن القابل و لا دليل لنا على وجوب ذكر الشروط في الإيجاب بل المناطق في لزومها و عدم شمول دليل وجوب الوفاء عليه و عدمه و هذا في غايه الوضوح فأمر الإجازة أمر القبول كما تقدم و أما لو كان من الأصيل على المالك بأن أجاز المالك مع شرط للأصيل على نفسه و هذا لا شبهه في صحته بالدلالة الالتزامية الفحوائيه فإنّ المالك قد أجاز البيع الذي كان الأصيل ملتزما به مع اضافته شرط عليه على نفسه و قد كان الأصيل ملتزما بالبيع مطلقا و بدون الشرط فبالأولويه نكشف التزامه بالبيع مع هذا الشرط الذي مرجعه الى جعل الخيار و قد تقدم نظير ذلك في روايه البارقي و قلنا أنّ رسول الله ص و ان كان قد وكله بشراء الشاه بدينارين الا أنّه بالأولويه قد وكله في شرائها بدينار أيضا فيكون شرائه الشاه بدينار

من جهة التوكيل فتكون الروايه خارجة عن الفضوليّه فإن من وكل الغير شراء دار بخمسين ديناراً فبالأولويه راض بشرائه بعشرين هذا و اعتم.

**قوله: واما القول في المجيز فاستقصاؤه يتم ببيان أمور.**

**اشاره**

أقول: الأول ذكر انه يشترط في المجيز ان يكون حين الإجازة جائر التصرف فلا تجوز الإجازة ممن لا يجوز التصرف في حقه و هذه قضيه قياسها معها فإنك عرفت مرارا أنّ الإجازة من الأحكام الشرعيه الثابته للملاك بالنسبه إلى أموالهم نظير جواز البيع غايه الأمر أنّ جواز البيع حكم ابتدائي و الإجازة أمر متأخر و قد تحقق جزء موضوعه بفعل الفضولي فكما لا يجوز البيع لمن لا يجوز له التصرف فكذلك لا- تجوز له الإجازة لكونها بيعا حقيقه فإنّ العقد قبلها لم يكن مستند الى المالك و لم يكن بيعه و حين الإجازة ثار بيعا له كما أنّه باع من الأول مباشره و لا يفرق في ذلك بين القول بالكشف أو النقل فإنّ هذا أنّما بعد الفراغ من صحه الإجازة و الفرض أنّ الإجازة غير صحيحه و هكذا الأمر في كل مورد لا تصح الإجازة.

و بعبارة اخرى: أنّ حكم الإجازة حكم البيع الابتدائي فيشترط فيها ما يشترط في البيع و على هذا فلو باع الفضولي ما تعلق به حق الغرماء أو المرتهن فإجازة المفلس أو الراهن بنفسها لا- تؤثر فيه بوجه و الأمر الثاني: انهم ذكروا وجود مجيز حال العقد و الا فيبطل العقد الفضولي فصحته مشروطه بذلك الشرط و قد ذكروا في وجه ذلك وجهين، الأول، ما عن قواعد العلامه من أنّ صحه العقد بدونه يمتنع فإذا امتنع في زمان فيمتنع في جميع الأزمنه لعدم الفرق في

ص: ٢٤٣

الامتناع بين قله الزمان و كثرته.

الثانى بلزوم الضرر على الأصيل فإنه لو كان مثل ذلك العقد صحيحا و شمله الإطلاقات فيلزم من ذلك ضرر عظيم على الأصيل مع عدم وجود مجيز عند العقد من شأنه أن يجيز العقد لأنه لا يجوز له التصرف لا فيما انتقل عنه و لا فيما انتقل إليه فأدله نفى الضرر ينفى لزوم ذلك العقد و هذا يتصور على وجوه.

الأول: ان يكون المراد منه وجود ذات المجيز بحيث يكون عند العقد من من شأنه أن يجيز العقد مطلقا سواء كان هنا مانع عقلا أو شرعا أو لم يكن و الا فيبطل و على هذا فلا موقع لذا الشرط فى الأموال حتى عند العامه أيضا إذ ما من مال الأوله من يجوز تصديه بالتصرف بيعا أو غير بيع اما المالك أو الولي أما عندنا فلوجود ولي الأمر صاحب العصر عجل الله فرجه فإنه الولي المطلق فأى مال لم يكن له مالك يجوز له بيعه و تصرفه فوليه هو الامام(عليه السلام) و نعم ما ذكر البيضاوى ان هذا الشرط لا موقع له عند العامه لقولهم بوجود الامام(عليه السلام) فى كل زمان و اما عند العامه فكذلك أيضا لأنهم أيضا قالوا بوجود ولي الأمر فى كل زمان غايتهم يخطئون فى تطبيقه على واقعه فذات المجيز موجود فى كل مال حين وقوع البيع عليه فضولا نعم يصح فى النكاح بناء على عدم ولايه أحد حتى الامام عليه السلام.

الثانى: ان يكون المراد منه وجود المجيز المتمكن عقلا.

الثالث: ان يكون المراد منه وجوده المتمكن منه شرعا.

و بعبارة أخرى من الأول:

**ان الكلام هنا أى فى شرائط المجيز**

يقع فى ضمن مسائل.

ص: ٢٤٤



## الأولى: انهم ذكروا من شرائط المجيز أن يكون جائز التصرف

حال الإجازة

فلا يجوز لمن لا يجوز له ذلك و قد تقدم هذا.

## المسألة الثانية: ان يكون موجودا حال العقد

وقد ذكر العلامة (ره) ان الممتنع في زمان ممتنع دائما و أضاف إليه الشيخ بكونه ضررا على الأصيل فإنه لا يجوز له التصرف فيما انتقل اليه لاحتمال عدم الإجازة و لا فيما انتقل عنه لاحتمال كونه ملكا للغير بالإجازة فلو بقى العقد الفضولي على النحو الذى وجد لكان ضررا على الأصيل.

ثم ان هذا الشرط يتصور على وجوه.

## الأول ان يكون المراد من اشتراط وجود مجيز حال العقد وجود

ذات المجيز

و من يكون من شأنه إجازة العقد سواء كان متمكنا عقلا- أو شرعا أو لم يكن متمكنا منهما، وهذا الشرط أنما يتم على غير مذهب الإمامية و اما على مذهب القائلين بوجود الإمام في كل زمان فلا يتم كما ذكره البيضاوى إذ لم يوجد عقد في العالم الا و له مجيز و من شأنه ذلك لكون الامام (عليه السلام) عندنا ولي الأمر من جميع الجهات فيكون هذا الاشتراط لغوا محضا نعم عند غير الإمامية يمكن ذلك و كذلك- عندهم إذ لم نقل بكونه وليا في جميع الأمور حتى النكاح مثلا

## الثانى

-ان يكون المراد منه كونه متمكنا من الإجازة عقلا

بان لا- يكون مانع عقلى من ذلك حال العقد كالنوم و الغياب و نحو ذلك مما يوجب عدم الوصول اليه حين العقد فإنه ح يحكم بفساد العقد و هذا الوجه أيضا لاحق بالأول فلا فائده في البحث عنهما فإنه يظهر حكمهما من الشق الثالث فبعد الغائه فيكونان لغوا بالأولويه مضافا الى ورود

الروايات فى صحه نكاح الصغيرين مع عدم التمکن من الإجازة الفعلية عند العقد و كذلك صحیحه محمد بن قيس و روايه البارقي فهذا ان الوجهان ليسا بمهمّ و العمده هو الوجه الثالث.

### الثالث: ان يكون المراد من ذلك التمکن الشرعى

بان لا يكون مانع شرعى من الإجازة حال العقد فلو باع الفضولى مال اليتيم من غير غبطه و مصلحه فيه مع حضور الولی ثم صار ذلك البيع ذا مصلحه كما إذا باع داره بخمسين مع كون قيمتها مائه و لكن صار وقت الإجازة ذا مصلحه لكونها فى شرف الخراب فلا يصح ذلك على هذا الشرط فإنّ ذات المجيز و ان كان موجودا حال العقد و له تمكّن عقلى أيضا من الإجازة عنده الا انّ أجازته ذلك العقد لم ينفذ بل تكون باطله و لو لم يكن يجيز حال العقد فإنه منهى عن التصرف فى ماله الا بوجه حسن و هذه الإجازة تصرف و بيع بلا وجه حسن فتكون باطله و يكون العقد باطلا و لكن الظاهر عدم اعتبار ذلك و يظهر منه بطلان الوجهين الأولين و يظهر حكمه من عكس المسأله كما إذا فرضنا انّ الفضولى باع مال اليتيم مع مصلحه فيه فإذا أراد الولی ان يجيز ذلك صار البيع غير مصلحه فى حق اليتيم و وصل اليه الخبر بترقى المال على أضعاف مقابل ما باعه الفضولى فلا شبهه فى عدم صحه إجازته و نفوذه و كون البيع باطلا فإنّ البيع و ان كان ذا مصلحه حال العقد و لكن ليس فيه مصلحه حال الإجازة و المناط وجودها عندها لانّ زمان الإجازة كان زمان البيع حقيقه و نقطه شمول أو فوّا بالعقود عليه فحيث أنّه فى هذا الزمان غير مصلحه فى حق اليتيم فيكون باطلا و السر فى ذلك هو ما تقدم انّ حكم الإجازة حكم البيع

الابتدائي فكما لا يصح بيع مال اليتيم بلا مصلحه ابتداء فكذلك لا يصح اجازته بيعه لكون العقد بالإجازة مستندا إلى الولي.

و بعبارة أخرى: قد نهينا عن التقرب بمال اليتيم بغير وجه حسن و اجازته الولي بيع مال اليتيم فضوله عند عدم الصلاح فيه حال الإجازة و لو كان فيه مصلحه حال العقد تقرب بغير وجه أحسن فلا تكون نافذه إذ المناط في كون البيع ذا مصلحه حال الإجازة.

و من هنا يظهر حكم ما نحن فيه إذا البيع و لو كان خاليا عن المصلحه عند العقد و لكن حالها عند الإجازة فكما يصح البيع الابتدائي عند وجود المصلحه فيه فكذلك تصح الإجازة للبيع الفضولي فإن زمان الإجازة هو زمان تحقق البيع حقيقه و زمان شمول العمومات إذا- فاشتراط كون المجيز متمكنا من الإجازة حال العقد شرعا لا موقع له بل المناط المتمكن حال الإجازة و من هنا لو كان فاقدا للتمكن الشرعي حال العقد و صار واجدا له حال الإجازة فتصح أجازته و من هنا اتضح حكم القسمين الأولين بالأولويه و كذلك اتضح انه لا يفرق هنا بين القول بالكشف و النقل كما تقدم و اما ما ذكره العلامة (ره) من أنّ الممتنع في زمان ممتنع دائما ففيه ان كان المراد من ذلك الامتناع الذاتي فالكبرى أمر مسلم كاجتماع الضدين و النقيضين و الدور و التسلسل التي مرجع كلها الى اجتماع النقيضين و من هنا يسمّى مبدء المبادئ فإنّ أمثال ذلك أنّ الشيء إذا امتنع في زمان فيكون ممتنعا دائما لأنه لا يحتمل أنّ اجتماع النقيضين يكون محالا في زمان و غير مستحيل في زمان آخر بل هو محال بذاته و لكن الصغرى ليس بمسلم إذ الامتناع في أمثال المقام ليس امتناعا ذاتيا فان كون الصحه

عقد الفضولي ممتنعا ليس بذاته بل هو بالغير و من جهة عدم العله و المصلحه و ان كان المراد من الامتناع هو الامتناع الغيرى فهو مسلّم صغرى إذ عدم صحه عقد الفضولى حال العقد انما هو لأجل عدم المصلحه فيه عنده و لكن الكبرى ليس بمسلم لان الممتنع بالغير فى زمان لا- يكون ممتنعا دائما فيجوز ان يكون ممتنعا فى زمان لأجل عدم علتة و ممكنا فى زمان آخر بل واجبا لوجود علتة و من هنا قال الشيخ الرئيس أنّ الممكن من ناحيه علتة أ ليس و من عدم علتة ليس و- بالجملة الامتناع الغيرى تابع لعدم علتة فكما كانت معدومه فينعدم و إذا وجدت العله يخرج المعلول من الامتناع فضلا عن ان يكون ممتنعا دائما و هذا واضح جدا فلا ندرى ما ذا أراد العلامة من كلامه هذا و هو بعيد بمقاله و اما ما ذكر المصنف من كون عدم الاشتراط ضررا على الأصيل لكونه ممنوعا من التصرف فى ما انتقل عنه لاحتمال الإجازة و كونه مال الغير فيكون التصرف حراما و لا فيما انتقل اليه لاحتمال عدم الإجازة و كونه أيضا تصرفا فى مال الغير فيكون حراما.

و فيه أولا- أنّ الضرر إنما ينشأ من اللزوم اى من لزوم العقد و قد أثبتنا عدم لزومه من الأول و انما يكون لازما بالإجازة فإذا لم يتحمل الأصيل بالضرر فله الفسخ و يجوز له التصرف بدون الفسخ مستندا إلى أصاله عدم الإجازة فلم يشمل عليه من حين العقد أو فؤا بالعقود حتى يمنع من التصرفات.

و ثانيا تقدم من المصنف أنّه لا يجوز للأصيل أن يتصرّف فيما انتقل اليه و لا فيما انتقل عنه الى زمان الإجازة لعدم العلم بالإجازة و عدمها فإذا نقض ما ذكره هنا بما تقدم بأنه لو تضرر الأصيل إلى

زمان الإجازة فى غير المقام فأى وجه أجبتم هناك فمثله يجب هنا أيضا من القول بجواز الفسخ أو أنه أقدم بنفسه على ذلك فليس الفسخ أو غير ذلك و بالجملة ليس للمقام خصوصيه لىوجب إنكار صحه الفضولى عند عدم وجود مجيز حال العقد و لا ينكر صحه أصل الفضولى و قد تقدم عدم تماميه الاستدلال بأدله نفي الضرر هنا فراجع.

### **قوله الثالث لا يشترط فى المجيز كونه جائز التصرف حال العقد.**

أقول: و هذه المسأله الثالثه تتصور على ثلثه أنحاء الأول ان يكون عدم جواز التصرف من ناحيه عدم المقتضى كما إذا باع الفضولى متاعا لزيد من عمرو فلم يكن ذلك المتاع حال العقد موجودا عند عمرو و انما ملكه بين العقد و الإجازة باع شيئا لنفسه و كان لغيره ثم ملك بنفسه الثانى ان يكون عدم جواز تصرف المجيز حال العقد من جهه فقدان شرطه كما إذا باع الفضولى مال اليتيم أو السفيه أو المحجور لفلس ثم صاروا واجدين للشرائط فإن عدم كون المجيز ممن يجوز له التصرف حال العقد من جهه عدم تحقق شرط التصرف و الا فالمقتضى لذلك موجود و هو كونه مالكا حال العقد.

### **الثالث ان يكون ذلك من جهه وجود المانع**

بان كان المقتضى و الشرط كلاهما موجودين و لكن يقتربان بمانع يوجب عزل المقتضى و الشرط عن التأثير و هذا كما إذا باع الفضولى مال الراهن فضولا- فإن الراهن مالك حقيقه و شرائط التصرف موجود فيه و لكن اقترن ذلك بمانع أوجب منعه عن التأثير و عن جواز التصرف.

فهل يحكم فى هذه الصوره ببطان البيع الفضولى أو بالصحه فللمجتز ان يجيز العقد بعد تجدد المقتض و احتوائه الشرائط و ارتفاع

الموانع أو يفصل بينها فيحكم بالصحة في بعضها وبالبطالان في بعضها الآخر وجوه.

أما الصورة الأولى فالبحث فيها من جهات ثلاث الأولى أن لا يكون المجيز جائز التصرف حال العقد واقعا الثاني أن لا يكون المجيز جائز التصرف ظاهرا بان تم موضوع الحكم الظاهري في حقه و حكم بعدم جواز التصرف فيه.

الثالث أن يعتقد عدم جواز التصرف فقط تخيلا و توهمًا من غير أن يكون كك واقعا أو يتم في حقه الحكم الظاهري في مرحله الشك فالجامع في الجميع هو عدم كون العقد صادرا عن المالك الفعلي مع العلم به فهذه الصورة بعينها هي مسأله من باع شيئا ثم ملك فهي مسأله معروفه و سيأتى الكلام فيها و أما الصورة الثانيه فالظاهر أنه لا شبهه في صحة العقد و عدم اشتراطها بكون المجيز جائز التصرف حال العقد بل يكفي في صحته كونه جائز التصرف حال الإجازة و ذلك لان العقد انما انعقد بجميع شروطه و قيوده و تحقق حاويا لها من القصد و غيره في صحيفه الوجود خلا استناده الى من له العقد و لا بدّ و ان يستند اليه و إذا كان المجيز حين أجازته قابلا لذلك و صح ان يستند اليه ذلك العقد فما المانع من شمول العمومات عليه و الحكم بصحته فذلك حين انعقاده و ان كان غير واجد لمجيز يجوز تصرفه الا- غير شرط في صحته بل يكفينا الشك في ذلك فندفعه بالعمومات فلذلك العقد صحه تأهليه فنحكم بالصحة كما هو واضح و الذى يوضح ذلك انه لو عقد صبي أو سفيه عقدا بناء على عدم كونهما مسلوب العبارة فأجازة الولي أو أجازا بعد ارتفاع اليتيم و السفه-

و صيروره الصبى بالغا و السفية رشيدا فهل يتوهم احد بطلان ذلك العقد فمقامنا هذا من هذا القبيل.

نعم فى المجنون إذا عقد بسفه ثم أفاق و أجاز العقد لا وجه من الحكم بالصحة بعدم تمشى القصد منه على العقد فيكون باطلا من هذه الجهة و بالجمله سواء كان المتصدى بالعقد هو السفية و الصبى بنفسهما بان باعا مالهما مباشرة أم كان المتصدى لذلك شخص فضوله ثم أجازا فلا شبهه فى صحه ذلك البيع و لا يضر عدم كون المجيز حين الإجازة جائر التصرف بل يكفى كونهما واجدين للشرط حين الإجازة و ذلك لأنّ العقد تمام من جميع الجهات الا من جهة الاستناد الى من له الاستناد فقد استند اليه عند الإجازة من غير ان يكون عنه مانع بوجه.

اما الصورة الثالثة فهى اقتران بالمانع كما إذا باع الراهن أو المرتهن أو الفضولى مال الرهانه ثم أجاز الراهن بعد فك الرهن و جواز تصرفه فيه حيث أنّ الرّاهن لم يكن جائر التصرف حال العقد و انما صار كك حين الإجازة فهل يصح هذا العقد أم لا أو يفصل الظاهر أنّه لا مانع من الحكم بصحة العقد هنا أيضا لما تقدّم ان للعقد تمام التأثير من سائر الجهات بأجمعها الا من جهة الاستناد فيكون مستندا الى من له العقد بإجازته إذا كانت حين كون الرّاهن جائر التصرف خصوصا إذا كان البائع هو المرتهن فإنّ تصديه بالبيع كاشف عن عدم كونه مانعا عنه فيكون كسائر البيوع الفضولية و بالجمله قد عرفت مرارا ان حكم الإجازة حكم البيع الابتدائى فكما أنّ المناط فى تماميته صحه البيع من جميع الجهات فى البيع الابتدائى هو

زمان العقد فكك في البيع الفضولي هو زمان الإجازة في الشروط التي ترجع الى المالك دون العاقد و قد فصل بين بيع المرتهن الرهن فحكم بصحته و بين بيع الراهن ذلك فحكم بفساده و حاصل الفارق أنّ بيع المرتهن الرهن ليس الا كبيع الفضولي فهو تمام من جميع الجهات فيحكم بصحته بمقتضى العمومات بإجازة الراهن و هذا بخلاف الراهن فإنه و ان كان مالكا و لكن الشارع قد منع عن جواز بيعه العين المرهونه لتعلق حق الغير بها و الغى بذلك استناد المبيع اليه فيكون بيعه هذا غير مستند اليه و ان كان تمام من سائر الجهات فالبيع الغير المستند الى شخص باطل لكونه مراعى و معلقا من دون ان ينضم الى شخص فهذا ليس مثل بيع الصغير و السفية و البيع الفضولي فإنّ البيع في لجميع يستند الى المالك بالإجازة بعد البلوغ و الرشد في الأولين و الإجازة في الثالث لوالى من له العقد أعنى الولى فيتم العقد من جميع الجهات و لم يبلغ الشارع الاستناد بالكلية في أمثال تلك المذكورات و هذا بخلاف الراهن فإنه الغى استناده اليه و هو نظير تزويج الرجل بنت الأخ أو الأخت على العمه و الخاله حيث أنّ الشارع الغى استناد ذلك العقد الى الزوج من دون إذن العمه و الخاله فيكون فاسدا و بالجمله كان أساس المنع ان العقد الذى وقع له ينتسب الى المالك لإلغاء الشارع استناده اليه مع تعلق الغير بالعين و الفرض انه لم يقع هنا عقد آخر بعد انفكاك الرهن ليستند الى المالك فيكون باطلا- و لا- توجب انفكاك الرهن صحته و لا- انّ أجازته توجب الصحة لو كان العقد الواقع عليه فضوله فلا يكون ذلك العقد مشمولا للعمومات و فيه الظاهر أنّه لا فرق في الحكم



بالصحة و الاستناد بين بيع الراهن و المرتهن و غير البيوع الفضوليه و كلها قابله الاستناد الى المجيز و لها صحة تأهليه.

و ذلك فانّ اجازة المرتهن و العمه و الخاله و ان كانت دخيله فى صحة العقد و لكن توجب ذلك سقوط العقد عن الصحة التأهليه و عن قابليه الاستناد الى من له العقد بعد تماميه سائر الشرائط و اجازة من لإجازته دخل فى صحة العقد فإنه لا نر مانعا عن شمول أدله صحة العقود على ذلك بوجه غايه الأمر لا بد من ملاحظه ما يدل على دخاله إجازة الغير فى صحة العقد فبذلك المقدار نرفع اليد عن اللزوم و انما نحكم به بعد اجازة الغير و اما المقدار الزائد فلا و ليس فى الأدله الداله على دخاله إجازة الغير ما يدل على بطلان العقد بالكلية بدون اجازة المرتهن أو العمه و الخاله كما لا يخفى.

فيكون ذلك تخصيصا لأدله اللزوم من الأول نظير تخصيصها بالأدله الداله على ثبوت خيار المجلس من زمان العقد و ليس ذلك تخصيصا فى الافراد حتى يتوهم عدم إمكان التمسك بالعمومات فى مقام الشك بل تخصيص باعتبار الحالات فيقتصر فيه بالمقدار المتيقن.

و يؤيد ذلك الأخبار الواردة فى نكاح الصغيرين حيث أنّ - الصغيرين ليسا ممن يستند إليهما العقد عنده.

و كك يدل على ذلك الأدله الواردة فى صحة نكاح العبد بدون اذن المولى حيث علل بأنه لم يعص الله و انما عصى سيده ففى المقام أيضا أنّ الراهن فى بيعه هذا لم يعص الله و انما عصى المرتهن فيكون عقده و بيعه صحيحا و يتم من جميع الجهات بإجازة

المرتهن فهذا لا شبهه فيه بوجه من الوجوه كما هو واضح لا يخفى.

و يؤيد ذلك بيع الصرف و السلم حيث أنّ العقد حين وقوعه لم ينتسب الى من له البيع الى زمان القبض لاشتراطه به و انما ينتسب بعد تحقق شرطه و هو القبض و يكون مشمولاً لافوا بالعقود و مقامنا كك فانّ العقد الصادر من الراهن لم يكن مستنداً الى الراهن حين الصدور من جهة المانع و كان باطلاً-بمعنى عدم ترتب الأثر عليه و لكن بعد ارتفاع المانع يكون منتسباً الى المالك و مشمولاً للعمومات كما هو واضح و بعبارة اخرى: أنّ المقام من صغريات دوران الأمر بين التخصيص و التقييد و قد تحقق في محلّه أنّ التقييد مقدّم على التخصيص لكونه قدراً متيقناً مثلاً إذا ورد أكرم العلماء و علمنا بخروج زيد العالم عنه في اليوم الأول يقينا و لكن نشك في خروجه إلى الأبد أو في اليوم الأول فحينئذ يدور الأمر بين تقييد العام باليوم الأول و الالتزام به من جهة طرؤ حاله موجه للتقييد و بين تخصيصه و إخراج الخاص من تحته إلى الأبد فيؤخذ القدر المتيقن لانه المتيقن الخروج و تمسكك بالعام في الأزمنة الأخرى و مقامنا كذلك حيث ورد التقييد قطعاً للعمومات ببيع الراهن حين تعلق حق الرهانه بالعين الموهونه و خرج ببعه هذا عن تحت العمومات نظير خيار المجلس و لكن نشك أنّ هذا الخروج باعتبار تلك الحالة فقط اعنى حاله تعلق حق - المرتهن عليها ليكون الإخراج تقييداً أو أبدى ليكون الخروج تخصيصاً فحيث أنّ القدر المتيقن هو الأول فالمقدار الزائد منه مشكوك فلنتزم بالتقييد فتمسكك بالعمومات في المقدار الزائد و هذا واضح جداً.

و قد بقى هنا أمران الأول أنّه بعد الالتزام بصحة بيع الراهن

و عدم منع تعلّق حق المرتهن بالعين عن نفوذه و شمول العمومات عليه بعد ارتفاع حقه و انفكاك الرهن فهل لإجازة المرتهن دخاله فى صحه ذلك البيع الذى كان المالك غير جائز التصرف حين العقد و كان البيع واقعا فضوله أو أصاله من الراهن بعد فكّ الرهن باعتبار دخالتها قبل الفكّ و حين صدور العقد أم لا الظاهر عدم دخاله رضاه فى صحه ذلك العقد فإنّ عقد الراهن كان تمام الجهات و واجدا للشروط من سائر الجهات بأجمعها الا من جهة الاستناد الى المالك لمنع تعلّق حق الغير بالعين عن ذلك الاستناد و بعد زواله فيكون العقد تماما من جهة الاستناد أيضا فيشملة العمومات و بعد ذلك تعليق صحته إلى شىء آخر خلف الفرض و تحصيل للحاصل و إذا- شككنا فى دخالته فى صحه العقد فندفعه بالعمومات. الأمر الثانى و هو المهم أنّه هل هذا كسائر البيوع الفضوليه فى جريان نزاع الكشف و النقل فيه أو أنّ له امتياز عنها قولان و الحق امتيازها عنها لأنّ الظاهر أنّه لا ملازمه بين القول بالكشف هناك و بين القول بالكشف هنا بل نلتزم هنا بالنقل بالمعنى الذى تعرفه مع التزامنا بالكشف هنا تبعا للمحقق الثانى و من تبعه فإنه(ره) مع إسراره على الكشف فى البيع الفضولى لم يلتزم به هنا فإذا باع الراهن العين المرهونه فلا تكون الملكيه حاصله من حين العقد و هكذا لو باع ذلك الفضولى و بيان ذلك أنّ أساس قولنا بالكشف فى هناك هو أنّ العقد كان واقعا على ما هو عليه من احتوائه جميع الشرائط إلا جهة الانتساب فإذا انتسب إليه بالإجازة فيتم من جميع الجهات فتشمل عليه العمومات حين الإجازة و تثبت صحه العقد و

ترتب الأثر عليه من الأول لجواز تعلّق الإجازة بالأمر المتقدم كجواز تعلّقها بالأمر الحالى و الأمر المتأخر لكونها من الأمور التعلقيه كما عرفت و هذا بخلاف ما نحن فيه فإنّ عدم تماميه العقد على العين المرهونه حين العقد لم يكن مستندا إلى جهة عدم الانتساب الى المالك بل كان مستندا الى المالك لو كان الراهن هو البائع و على تقدير كونه الفضولى فيكون ناقصا من جهتين الاولى عدم انتسابه الى المالك و الثانيه جهة تعلق حق الغير به و عدم كون المجيز جائز التصرف حين العقد بل كان فاقدا لشرط آخر و هو خلّوه عن رضائه من رضايته شرط فى صحه العقد و هو حق المرتهن و لذا لو كان البائع هو الراهن أو غير الراهن فضوله و أجاز الراهن قبل أداء الدين و فك الرهن لا يكون العقد أيضا مشمولا للعمومات لاقتترانه بالمانع و هو حق المرتهن و على هذا فلو باع الفضولى العين المرهونه أو الراهن فى يوم السبت و انفك الرهن يوم الأحد و أجاز الراهن يوم الاثنين فلا يكون فاقدا من حين العقد لعدم انحصار المانع بعدم الاستناد فيما إذا كان البائع هو الفضولى و عدم وجدانه تمام الشروط لو كان هو الراهن و فقدان رضائه المالك بل يكون نافذا من حين الفكّ فإنّ ذلك الزمان زمان انحصار المانع بفقدان الاستناد فإذا رضى المالك بالعقد فيكون نافذا من زمان الفكّ و انحصار المانع بعدم رضائه المالك.

و بعبارة اخرى: أنّ رضائه المجيز المالك تصلح العقد من جهة الموانع التى ترجع اليه و من ناحيته دون الموانع التى من ناحيه الغير فإنّ الناس مسلطون على أموالهم و شؤونهم و حقوقهم

فليس لأحد التصرف فيما يكون موردا لسلطنه الغير و يكون ذلك موجبا لازاله حقه فلا بدّ هنا من القول بالنقل بهذا المعنى و هو فى الحقيقه متوسط بين الكشف و النقل المتقدمين و هذا نظير بيع الصرف فإنّه لو باع احد مقدارا من الذهب فضوله ثم حصل القبض بعد ساعتين و أجاز المالك ذلك البيع بعد أربعه ساعات فهل يكشف ذلك الإجازة من حصول النقل من زمان العقد مع أنّ شرطه و هو القبض غير حاصل بل أجازته هذه تكشف عن حصول النقل و الانتقال من زمان القبض فإنّ المانع عن النقل و الانتقال الى زمان القبض لم يكن مستندا الى عدم رضائه المالك فقط بل كان بعد القبض أيضا موجبا لعدم حصول النقل و الانتقال و من هنا كان الأمر كك لو كان المتصدى بالبيع هما الاصيلان فهل يزيد بيع الفضولى على بيع الاصيلين فليس كك فافهم.

و بالجمله لا- نعقل وجها للقول بالكشف من حين العقد فى بيع الفضولى العين المرهونه كما لا يمكن ان يتفوه بذلك فى بيع الصرف أيضا.

هذا كلّ فيما إذا كان عدم جواز التصرف مستندا الى فقدان الشرط أو وجود المانع

### و اما المسأله الأخرى فهى ما كان ذلك مستندا

الى عدم المقتضى

فقد عرفت أنّ هذه المسأله منحلّه إلى ثلاث- مسائل.

الاولى ان يبيع شخص ما لا لنفسه مع العلم بعدم ملكه له حال العقد واقعا ثم ملكه اما بالاختيار كالبيع و نحوه أو بالنواقل القهريه كالإرث فهل يمكن الحكم بصحة ذلك بحسب القواعد أم لا و قد نسب

ص: ٢٥٧

المصنف القول بالجواز الى الشيخ الطوسى فى مسأله بيع المالك العين الزكوى بعد تمام النصاب و قبل إخراج الزكاه حيث التزم الشيخ الطوسى بصحه البيع و يلزم للمالك أداء الزكاه من ماله مع ان هذه المسأله من صغريات ما نحن فيه اعنى بيع شىء ليس للبائع مالكيه لها ثم ملكه فان حق الفقراء قد تعلق بالمال و كانوا شركاء معهم بأى نحو كانت الشركه سواء كان بعنوان الشركه الحقيقيه أو من باب الكللى فى المعين.

وفيه: ان الظاهر ان الشيخ لم يفت فى هذه المسأله بالجواز من جهه القواعد بل لورود النص الصحيح عليه و قد ذكر الشيخ النص فى كتاب الزكاه و هى صحيحه عبد الرحمن البصرى قلت للصادق (عليه السلام) رجل لم يزك إبله و شانه عامين فباعها على من أشتريها أن يزكها لما مضى قال نعم تؤخذ زكوتها و يتبع البائع أو يؤدى زكوتها البائع و العجب من المحقق كيف رضى القول بالإشكال على الشيخ مع ورد النص عليه و غفل عن النص كما ان العجب من المصنف حيث احتمل أنه الا ان يكون مراد الشيخ من الحكم بصحه البيع جعل المقام مثل بيع العين التى تعلق بها حق الديان أو حق المرتهن و لم يحتمل كون الشيخ مستندا إلى الروايه و اذن لا وجه للاستشهاد بمثل تلك الفتاوى بالمقام لكونها منصوصه بل لا بد من التكلم فيها بحسب ما تقتضيه القواعد.

### **و الحاصل ان الكلام فى عدم كون المميز جائز التصرف حال**

العقد من جهه المقتضى يقع فى ضمن مسائل.

### **الاولى ان يبيع مال غيره لنفسه ثم ملكه فهل يصح البيع أم لا**

ص: ٢٥٨

كما إذا باع الابن مال أبيه ثم ملكه بالقهر كالإرث أو بالبيع و على تقدير الصحة نتكلم فى أنه محتاج إلى الإجازة أم لا و قد ذكرنا أنه لا- ملازمه بين هذه المسألة و بين مسألة بيع العين الزكوى كما ذكرها المصنف فى المتن فإن أصل مسألة بيع العين الزكوى و ان كانت من صغريات هذه المسألة بناء على تعلق الزكاه بالعين و كون الفقراء شركاء مع المالك سواء كانت الشركه على نحو الإشاعه أو على نحو الكلى فى المعين و لكن المسألة منصوصه فجواز بيعها لا يرتبط بجواز بيع مال الغير لنفسه فإنه و رد النص على ما فى حاشيه السيد انه لو باع المالك العين الزكوى فىكون البيع صحيحا فتكون الزكاه على البائع بأن يؤديها من ماله أو تتبع المال فىؤديها المشتري فهذا أمر آخر لا ربط له بما نحن فيه من الكبرى الكليه فإرجاع الشيخ المسألة الى مثل تعلق حق المرتهن بالعين المرهونه فقد عرفت جوابه فلا بدّ من صرف عنان الكلام الى التكلم بحسب القواعد و قبل تحقيق المقام لا بد و ان يعلم أنّ مقتضى العمومات و الإطلاقات صحه تلك المعامله فلا بدّ من الحكم بالفساد من دليل خاص لىوجب تقييدها أو تخصيصها إذا عرفت ذلك.

اعلم أنّ المسألة ذات قولين قول بالصحه كما عليه المصنف و جمع كثير غيره و قول بعدم الصحه و عليه جماعه أخرى منهم المحقق النحرير الشيخ اسد الله التستري

### و قد استدل على البطلان بوجوه

قد أشار إليها المصنف و الى جوابها.

### الأول الإشكال المتقدم فى بيع الغاصب و هو منحل الى وجوه

ثله

و قد ذكر المصنف أنه لا يجرى بعضها فى المقام.

ص: ٢٥٩

فيكون باطله و قد أجاب عنه شيخنا الأستاذ بوجه لا يكون ذلك جوابا عما نحن فيه و لكن على ما أجبنا عنه به فيكون جوابا عنه هنا أيضا و اما ما ذكره شيخنا الأستاذ في تصحيح بيع الغاصب الذي لا يجرى هنا فتوضيح ذلك على ما تقدم من شيخنا الأستاذ أنّ من باع شيئا بما أنّه مالك تاره يكون مالكا حقيقيا كما إذا كان مالكا للمبيع.

و اخرى يكون مالكا ادعائيا نظير الحقيقه الادعائيه في المجاز على ما سلك به السكاكي طريق المجاز كما إذا غصب مال الغير فباعه لنفسه فإنّه ليس بمالك حقيقه و لكن لأجل سرقة الإضافه الماليه و نسبتها الى نفسه قد رأى نفسه مالكا للعين و باع بادعاء أنّه مالك و تخيل وجود إضافه مالكيه بين المال و بين نفسه كما يتخيل كون المنيه سبعا و يثبت له لوازم السبعيه من الأظفار و هذا الوجه لا- يجرى في المقام فإنّ البائع لا يدعى كون المال له ليتحقق له ملكا هنا ملكيه ادعائيه بل هو بعد على إقراره بأنّ المال للغير و أنّما باع هو مال الغير لنفسه فيكون ذلك الوجه غير جار في المقام و من هنا ذكر شيخنا الأستاذ أنّ البائع لم يسرق الإضافه و لم يغصب المال فكيف يقصد المبادله بين الثمن الذي يقصد تملكه و المثلن الذي هو ملك لغيره مع أنها تقتضى دخول الثمن في ملك من خرج عنه المثلن و لكن قد تقدم أنّ الوجه في صحه بيع الغاصب غير ما ذكره شيخنا الأستاذ.

و حاصله أنّ حقيقه البيع كما مرّ مرارا ليست إلا- عباره في المبادله بين المالين بحيث يدخل العوض المكان الذي خرج عنه المعوّض و كك



العكس و خصوصيه قصد المالك ليست دخيله فى صحه البيع بوجه و أنّما هو أمر زائد عن حقيقه البيع اذن لو باع مال لنفسه فقصد تلك الخصوصيه فهو أمر موافق للواقع و أمر زائد عن حقيقه البيع لا يضرّ و لا ينفع و إذا باع مال غيره لنفسه فحقيقه البيع لا يضرّ و لا ينفع و إذا باع مال غيره لنفسه فحقيقه البيع التى عباره عن المبادله بين المالىن قد تحققت لعدم تقدّم حقيقه المبادله و المعامله بخصوصيه المالك و أنّما حقيقتها متقومه بتبديل المالىن كما عرفت و هى انما تحصل بالمبادله فى ملك المالك الواقعى ليكون التبديل فى الإضافه و هذا المعنى قد تحقق هنا غايه الأمر أنّ خصوصيه كون البيع لنفس البائع مع عدم كونه مالكا أمر زائد عن حقيقه البيع فقصد الأمر الزائد عن حقيقه البيع الذى لا يوافق الواقع لا يوجب بطلان البيع و لا يضر بصحته و وجه صحه بيع الغاصب على هذا التقريب يجرى هنا أيضا لكونه بيعا حقيقه و مشمولا للعمومات فإنّ ما اعتبر الرضايه فى البيع ليس إلا آيه التجاره و قوله (عليه السلام) لا يحل مال امرء مسلم الا بطيب نفسه فلا شبهه أنّ الشخص إذا باع مال غيره ثم ملكه يصدق عليه أنّه تجاره عن تراض و طيب نفس و لعل مراد المصنف من قوله ربّما لا يجرى بعض الوجوه هنا هو هذا الوجه.

و اما ما ذكره شيخنا الأستاذ فشىء لا يمكن تصديقه إذ الغاصب لا يسرق الإضافه و أنّما يغصب المال و اما الإضافه فأمر اعتبارى يعتبره لنفسه فمجرد ادعائه المالكه لا يوجب انقلاب الواقع عمّا هو عليه بناء على دخاله تعين المالك و قصده فى حقيقه البيع.

### **الثانى أنّ الغاصب أنّما قصد كون البيع لنفسه و عامل على**

ذلك القصد

فلا شبهه أنّ البيع أنّما يقع للمالك إذا أجاز دون الغاصب

ص: ٢٤١

فيلزم ح كون ما تعلق به الإجازة غير ما وقع فلا يكون صحيحا إذا- الواقع غير مجاز و المجاز غير واقع.

و هذا الوجه من وجوه بطلان بيع الغاصب يجرى هنا أيضا إذ البائع لمال الغير لنفسه أنما باعه لنفسه و بقصد كونه له و اجازة المالك أنما هي بعنوان كونه له دون العاقد فيلزم ان يكون الواقع غير مجاز و المجاز غير واقع و ليس ما اجازة المالك منشأ حتى يكون موردا للإجازة.

### الوجه الثالث: ان الاخبار تدل على ان بيع ما لا يملك حين

العقد غير جائز

و قد تقدمت الإشارة إليها و الى توجيهها و سيأتي الكلام فيها تفصيلا.

و الحاصل ان من جملة الإشكالات التي أشكل به التستري على صحة بيع مال الغير لنفسه ما اشكلوا به في بيع الغاصب من عدم تحقق قصد البائع إلى حقيقه المعاوضه و المبايعه فإن حقيقتها مبادله مال بمال بحيث يدخل العوض من كيس من خرج المعوض منه لتحقق المبادله بين المالين في جهه الإضافه.

أقول: و قبل الدخول بتوضيح ذلك لا بد و ان يعلم ان مقتضى العمومات و الإطلاقات صحة بيع مال الغير لنفسه ثم يملكه لصدق البيع عليه في العرف حقيقه فيكون مشمولاً للعمومات و الإطلاقات فإن ثبت من العقل و النقل دليل خاص يوجب تخصيصها أو تقيدها فنأخذ به و نقيّد بذلك أو نخصّص الإطلاق و العمومات و الا فنحكم بصحة معامله و هكذا الأمر في جميع الموارد إذا عرفت ذلك فنقول أنه و ان أجبنا عن ذلك الإشكال أمس بما لا يضرّ بيع الغاصب و لا ببيع

ص: ٢٤٢

البائع مال الغير لنفسه و لكن نقول فى اليوم ان بيع مال الغير لنفسه

**و لكن نقول فى اليوم ان بيع مال الغير لنفسه يتصور على قسمين.**

**الأول ان يكون غرض البائع من ذلك بيع مال الغير فعلا ليشترى**

منه بعد ذلك

أو يتملك بغير الشرى بحيث يعلم قطعاً أنه يتملك.

و بعبارة أخرى يكون الإنشاء فعلياً و المنشأ استقبالياً بحيث ينشأ فعلاً ملكية مال الغير لزيد ليدخل الثمن فى مقابله فى كيسه و لكن ملكية متأخره نظير بيع مال نفسه بعد خمسة أيام و هذا لا شبهه فى صدق حقيقه المبايعه عليه و تحقق القصد من البائع الى ذلك و كونه مشمولاً للعمومات و الإطلاقات بحيث ليس فيه محذور من هذه الجهة التى نحن بصدددها بل لا يتوقف على الإجازة أصلاً لكونه خارجاً عن البيع الفضولى و إنما باع مال نفسه.

نعم نتوقف فيه من جهة التعليق المجمع على بطلانه فى العقود فإنّ الإنشاء هنا و ان كان حالياً و لكن المنشأ عبارة عن ملكية مال زيد للمشترى بعد خمسة أيام نظير باب الوصيه و ليس هذا التعليق مثل قول البائع ان كان هذا لى فبعت عند الشك فى كونه له أو لغيره أو قال بعتك هذا ان قبلته فإنّ أمثال هذه التعليقات التى هى راجعه إلى التعليق فى أركان العقد المكونه فى العقد حقيقه سواء صرح به أم لا لا يضرّ بالصحة لكونها ممّا لا بدّ منه و خارجاً فى معقد الإجماع القطعى الذى ادعوه فى المقام.

اللهم الا- ان يقال ان بطلان التعليق أنّما هو بالإجماع كما سمعت و هو دليل لئبى فلا بدّ من أخذ المتيقن من ذلك فهو فيما إذا كان البائع باع مال نفسه فلو علّقه على شىء فحكم ببطلانه-

ص: ٢٦٣

للتعليق للإجماع على بطلانه و اما فيما كان التعليق فى بيع مال غيره فلا يقين لنا لكونه داخلا فى معقد الإجماع.

## الثانى من صورتى بيع مال الغير لنفسه ثم يملكه ان يكون

الإنشاء و المنشأ كليهما فعليين

من دون ان يكون فى البين تعليق بان يكون المنشأ الملكيه بعد خمسہ أيام بل ينشأ ملكيه مال زيد لعمر و فى مقابل خمسہ دنانير ليدخل الثمن فى كيسه و يخرج المثل من كيس زيد من غير ان يكون غرضه إنشاء الملكيه المتأخره ليتملك بعد ذلك و يعطيه للمشتري و ان كان غرض التستري(ره) هذا الوجه الظاهر أنه لا-مدفع له لانتفاع حقيقه المبيعه فإن حقيقته المبادله بين المالين و ذلك لا-يتحقق الا-بكون العوض داخلا-على كيس من خرج المعوض من ذلك و من هنا قلنا سابقا ان حقيقه البيع عباره عن المبادله بين المالين فى جهه الإضافه و بان يعقد العوض مكان المعوض و المعوض مكان العوض و الا فليس المراد من التبديل التبديل المكانى و على هذا فيتوجه اشكال عدم تحقق القصد إلى حقيقه المبيعه و المبادله و ما قلنا أمس من عدم دخاله خصوصيه المالك فى حقيقه البيع لكونها أمرا زائدا عنها و ان كان صحيحا و لكن المقام ليس كك لما عرفت من عدم كون ذلك مربوطا بتلك الخصوصيه بل راجعا الى هدم حقيقه البيع فإنه إنما لا يضر عدم التوجه الى الخصوصيات المالكه إذا كانت حقيقه البيع متحققه و إنما كان الاشتباه فى خصوصيه المالك أنه هو أو غيره كما إذا باع مال غيره اشتباها أو بتخييل أنه له فإن القصد فى أمثال ذلك إنما تعلق بالمبادله بين المالين بحيث يكون العوض داخلا مكان المعوض و بالعكس غايه الأمر

أنّ الخطاء وقع في تطبيق المالك على غير المالك.

نعم هذا يجرى في بيع الغاصب حيث أنّه نزل نفسه ادعاء منزله المالك و جعل نفسه من مصاديق ذلك فإنّ المبادله أنّما وقع بين المالكين بحيث يكون العوض داخلا- في ملك طبيعي المالك و بالعكس و الخصوصيات الشخصية المالكه خارجه عن حقيقه المبادله و إذا باع شخص مال غيره كما في الغاصب بدعوى أنّه هو المالك نظير دعوى الحقيقه الادعائيه في المجاز على ما سلكه السكاكي فقد حصلت المبادله بين المالكين حقيقه و اما إذا لم يكن كذلك و لا ان يكون البيع مستندا الى الاشتباه و لا الى التخيل بل مع العلم بأنّ المال مال الغير يبيع ذلك ليكون المعوّض خارجا من كيس مالكه و يدخل العوض داخلا بكيس نفسه البائع دون المالك فقد عرفت في تعريف البيع أنّه خارج عن حقيقه المبيعه و المبادله و بالجملة ان الخصوصيات المالكه لا تضرّ بحقيقه المعامله إذا لم توجب التزلزل في حقيقه المبادله و الا فلا بدّ من اعتبارها على النحو الذي عرفت.

لا يقال أنّ من باع مال غيره لنفسه و ان لم يدعى كون نفسه مالكا تنزيهيا و من مصاديق طبيعي المالك الا باعتبار كونه مالكا بعد مده اما بالقهر أو بالاختيار يكون مالكا بالفعل و حين العقد أيضا بالمجاز المشارفه.

فإنّه يقال أنّ المجاز المشارفه لا يوجب تحقق البيع حقيقه و أنّما يوجب كونه مالكا مجازا و ما صدر منه يبيعا مجازا و لا يقاس ذلك- بالادعائى فإنّه يوجب تحقق البيع حقيقه.

### الإشكال الثاني على بطلان بيع مال الغير لنفسه

أنّه لا بدّ و

ص: ٢٦٥

ان يكون بيع الفضولى واجد الجميع الشرائط و حاويا لها غير جهه رضائه المالك فإذا رضى المالك فيتم من جميع الجهات و يستند البيع اليه و يكون مشمولا للعمومات و مقامنا هذا ليس ككك إذ البائع مال الغير لنفسه مع عدم وجدان بيعه رضائه المالك ليس قادرا على تسليم المبيع حين العقد مع أنه لا بدّ من اعتباره حين العقد بمقتضى الأدله و قد أجاب عنه المصنف بما حاصله أنّ كلامنا فى المقام فى البيع الفضولى و أنّ رضائه المتأخره هل توجب صحه ذلك البيع أم لا فقد عرفت كفايتها فيها فإنّ ما يدل على اعتبار رضائه المالك ليس إلا آيه التجاره و التوقيع الشريف الدال على حرمه التصرف فى مال الغير الا بطيب النفس و لا- شبهه أنّ البيع الفضولى بعد رضائه المالك تجاره عن تراض و أكل مال الغير بطيب نفسه و ليس مثل بيع مال الغير عدوانا و غضبا أو نحو ذلك لئلا يصدق عليه التجاره عن تراض.

و اما كون ذلك البيع فاقد لشرط آخر بحيث يكون البطلان مستندا الى فقدان ذلك الشرط فغير مربوط بأمر البيع الفضولى.

و فى مقامنا هذا أنّ هذا البيع باطل من جهه عدم قدره البائع على التسليم لأننا لا نضائق من اعتباره حال العقد لأجل الدليل الدال على اعتباره اذن فيكون البيع هنا باطلا لذلك لان من هو بايع ليس بقادر على التسليم حال العقد و ان كان قادرا حين الإجازة و ما هو قادر على التسليم اعنى المالك ليس ببائع فتفسد المعامله.

أقول اما التزامه بكفايه رضائه المالك عند الإجازة و كون البيع الفضولى بالإجازة تجاره عن تراض و أكلا لمال الغير بطيب النفس

فمما لا شبهه فيه لعدم الدليل فى صدق التجاره عن تراص أزيد من استناد البيع الى المالك فهو حاصل بالإجازة.

و اما اعتباره القدره على التسليم حال العقد فتاره نقول باعتبار نفس التسليم الخارجى و اخرى بالقدره عليه اما الأول فلا دليل على اعتباره فى صحه العقد قطعاً غايه الأمر مع عدم التسليم الخارجى يثبت للمشتري أو البائع مع عدم تسليم الثمن خيار تخلف الشرط- الضمنى لالتزام كل من البائع و المشتري ضمناً على التسليم كما لا يخفى و اما اعتبار القدره على التسليم فليس عليه دليل إلا أحد الوجهين على سبيل منع الخلوّ فشىء منهما لا يدل على مقصد المصنف أحدهما كون ذلك البيع الذى لا يقدر المالك على تسليم المبيع حال العقد خطرياً و غررياً و قد نهى النبى ص عن بيع الغرر فيكون باطلاً لذلك.

و فيه أنّ الخطر و الخديعه الذى هو معنى الغرر أنّما يتوجه عند الإجازة استناد البيع الى المالك الذى هو البائع حقيقه فإنّ وقت الإجازة وقت تحقق البيع و حصول حقيقته و ترتب آثاره و اما قبل ذلك فالفضولى ليس الا عاقدا فلم يتحقق البيع حقيقه ليترب عليه آثاره فهل يتوهم احد ترتب أحكام البيع و آثاره على العاقد فالفضولى من هذه الجهه و لا يفرق فى ذلك كونه مالكا حال العقد أيضاً أم لا بل يكون مالكا بعد العقد كما باع الابن مال أبيه فمات و انتقل اليه أو مال غيره فاشتراه بعد ذلك كالعاقد و ان كان فعله منشأ للأثر من جهات اخرى كما تقدم.

اذن فلا يكون ذلك دليلاً على اعتبار القدره على التسليم حال

العقد بل على اعتباره حال الإجازة فقط فهو مسلم فلا يكون بيع مال الغير لنفسه ثم يملكه باطلا من جهة عدم قدره على التسليم أيضا فلا- يكون ذلك مانعا من شمول العمومات و الإطلاقات على ذلك و بعبارة اخرى: انّ الدليل أنّما دلّ على اعتبار قدره على التسليم للبائع بأن يكون هو قادرا على تسليم ما باعه و عنوان البائعيه أنّما تحقق عند الإجازة فيكون المالك ياجازته بائعا لأنّ الفضولى المنشأ للعقد ليس ببائع حقيقه فيكون اعتبار قدره على التسليم من حين الإجازة للمالك لا قبله فيكون المناط قدره المالك حال الإجازة على التسليم سواء كان مالكا حين العقد أيضا أم لا. الثاني قيام الإجماع على القدره على التسليم فى البيع فلو خلا عن ذلك فيكون باطلا ففى المقام انّ البائع ليس بقادر عليه حال العقد.

و فيه على تقدير قبول الإجماع فهو دليل لثبى فالمتيقن منه صورته كون البائع بائعا لمال نفسه فإنّ ح نعتبر القدره على التسليم حال العقد.

و اما فى بيع مال الغير لنفسه فنشكك فى دخول ذلك فى معقد الإجماع فيكون خارجا عنه لعدم الإطلاق للأدله البينه ليشمل الموارد المشكوكه أيضا.

و اما اعتبار التسليم الخارجى فهو غير معتبر فى صحه البيع قطعا لعدم الدليل عليه بوجه و من هنا لو باع ماله من شخص و لم يسلم ذلك قهرا عليه فلا- يوجب ذلك بطلان المعامله كما تقدم نظير ذلك فى بيع السلاح لأعداء الدين نعم يثبت للمشتري خيار الفسخ



من جهة المخالفه بالشرط الضمنى حيث انّ البائع يستلزم و يشترط فى ضمنى العقد ان يسلم المبيع إلى المشتري و الا فله ان يفسخ معامله لأجل مخالفه هذا الشرط.

### الاشكال الثالث من إشكالات التستري

أنّه على القول بالكشف و كون الإجازة كاشفه عن الملكيه السابقه كما هو الحق و أغمضنا النظر عن الإشكاليين الأولين من منع تحقق حقيقه البيع أو بطلانه من جهة عدم القدره على التسليم أنه يلزم خروج المال عن ملك البائع قبل دخوله فيه فإنّ الفرض أنه باع مال غيره لنفسه و لم يملك بعد و قد ملك المشتري عليه على الفرض كما هو مقتضى القول بالكشف فح يلزم المحذور.

و قد أجاب شيخنا الأنصارى عن هذا الاشكال.

بما حاصله انّ دليل الكشف أنّما يدلّ عليه فى مورد يكون قابلا لذلك لا فى مورد غير قابل لذلك فإذا باع شخص مال غيره لنفسه ثم ملكه أو باع مال غيره لغيره فضولا ثم ملك الغير ذلك المال فأجاز البيع فيكون حصول الملكيه على الكشف من زمان التملك فان هذا الزمان زمان قابليه تحقق الكشف و يكون مبدء الكشف من زمان اشتراء البائع أو من له البيع الفضولى إلى زمان الإجازة فيما احتاج إليها و اما قبله فليس المورد قابلا لحصول الملكيه حتى يستشكل فى ذلك و فى نحو حصولها.

و بعبارة اخرى: أنّ كشف الإجازة عن الملكيه إنّما يترتب على وجود الملكيه بحيث أنّ الملكيه بمنزله الموضوع للكشف و الكشف عنها بمنزله الحكم المترتب على الملكيه و إذا لم يكن من له البيع

مالكا فيكون المورد غير قابل للكشف عن حصول النقل من زمان العقد بالإجازة بل من نقطه من الزمان الذي يكون قابلا للكشف و قبل تلك النقطه ليس المورد قابلا- لذلك فان من له البيع ليس له مال حتى ينتقل إلى المشتري و يتصور الكشف و على هذا فيكون المال خارجا من ملك البائع بعد دخوله في ملكه لا قبل دخوله فيه.

و على هذا لا مانع من شمول العمومات لما نحن فيه فيكون المقتضى للصحة موجودا و ليس عن شمولها مانع عقلي أو شرعي ليكون موجبا لرفع اليد عنها.

و بالجمله من حين وجود القابليه ان يخرج المال من ملك البائع فلا نتصور مانعا بوجه عن شمول العمومات على ذلك.

ثم قال لا يقاس المقام بما تقدم في الكشف و النقل أنه لو خصّ المالك على الكشف الإجازة بزمان متأخر عن العقد حيث قلنا بعدم صحه ذلك و وجه عدم القياس أنّ القابليّه للكشف هنا كموجود من الأول فتكون العمومات شامله عليه من حين العقد بخلافه هنا فإنّ العمومات كما عرفت شامله عليه من زمان تكون القابليه لا قبله فيكون الإجازة في الأول بعد العقد مع كون القابليه من حين العقد قادحه في صحه العقد و غير موافقه للواقع.

و قد أشكل عليه شيخنا الأستاذ بأنه بناء على جواز رد المالك عقد الفضولي و إسقاطه عن قابليه لحوق الإجازة به و بناء على كون الرد متحققا بالفعل و القول معا كما بينا على ذلك فيما تقدم فيكون بيع المالك ذلك المال الذي باعه الفضولي ردّا عمليا كالفسخ العملي في باب الخيار و كالرجوع العملي في باب الطلاق اذن فلا يبق

مجال لإجازه من له العقد ذلك العقد الفضولي لسقوطه عن قابليه لحوق الإجازه عليه.

و فيه بناء على قبول جواز ردّ المالك العقد الفضولي بمعنى إسقاطه عن قابليه لحوق الإجازه بها و أنّ ذلك أمر ثابت للمالك اما بالإجماع أو بدليل السلطنه لكون ذلك أيضا حقا ثابتا له في ماله و من شئون سلطنته و يرد عليه أولا أنّ مقتضى الناس مسلطون على أموالهم كونهم مسلطين على أموال أنفسهم لا على أموال غيرهم إذا بيع المالك ماله أو جب سقوط قابليه العقد عن لحوق الإجازه به في ملك نفسه لا- في ملك غيره فإنّه بعد البيع صار ملكا للغير فله ان يجيز العقد المتعلق بذلك المال نظير موت المالك و انتقاله إلى الورثه فكما للورثه ذلك فكك للمالك الثانى ذلك و السر في جميع ذلك هو أنّ خصوصيه المالك غير دخيله في صحه البيع بل هو مبادله مال مالك طبيعى مع مال مالك طبيعى آخر.

و ثانيا أنّ الدليل أخصّ من المدعى فإنّ هذا أنّما يتم فيما إذا انتقل المال من المالك الى من له العقد بالنواقل الاختياريه كالبيع و الهبه و نحوهما و اما لو كان بالنواقل القهرية كالإيرث و نحوه فلا- عمل هنا ليكون ذلك ردّا للبيع الأول كما هو واضح و من عجائب شيخنا الأستاذ حيث التزم أنّ تبدل المالكين هنا كقيام الوارث مقام المورث فيكون الكشف هنا من الأول و من زمان العقد فإنّه بأى وجه يمكن الالتزام بأنّ الوارث قائم مقام المورث فيكون إجازته كاشفه عن الملكيه من أول الأمر و زمان العقد ليكون تبدل المالكين أيضا من هذا القبيل.

و اما ما افاده شيخنا الأنصارى من أنّ الكشف من زمان القبول و هو أوّل حدوث الملكيه لمن له العقد و فيه أنّه على هذا يلزم ان يكون الواقع غير مجاز و المجاز غير واقع حيث أنّ المنشأ هو الملكيه من زمان العقد و الذى وقع هو هذا و الإجازة تعلّقت على الملكيه من زمان متأخر عن العقد فيكون المجاز غير الواقع الذى لم يقع عليه العقد إذا فلا مقتضى لصحة العقد لأنّه ليس هنا عقد لتشمله العمومات و بعبارة اخرى: أنّ العقد الفضولى بمنزله الإيجاب و الإجازة بمنزله القبول فيما هو واقع هنا فيوجب ليس له قبول و ما تعلق به الإجازة فقبول ليس له إيجاب فلا عقد هنا ليكون مشمولاً للعمومات.

### **الاشكال الرابع: أنّ العقد الأول الذى أوقعه البائع الفضولى**

و باع مال غيره لنفسه أنّما يتوقف على صحة البيع الثانى.

أعنى اشتراء البائع الأول المبيع الذى باعه من المشتري فضوله من مالكة الأصلية لأنّه مع عدم صحة ذلك البيع الثانى لا يصح بيعه الأول أيضا فإنّ البائع لم يبيع مال نفسه حتى يصح بيعه بل أنّما باع مال غيره فبيعه أنّما يكون صحيحا لو اشترى ذلك المال ثم يعطيه للمشتري الأول فيلزم من عدم صحة البيع الثانى عدم صحة البيع الأول أيضا و صحة العقد الثانى يتوقف على بقاء الملك على ملك مالكة الأول و الا فلا يجوز بيعه على فرض خروجه عن ملكه و على هذا فعلى القول بالكشف من حين العقد يلزم اجتماع مالكين فى ملك واحد فإنّ مقتضى صحة البيع الأول كون الملك للمشتري من زمان العقد الذى يكشف بإجازة من له العقد أو بدون الإجازة بل بالاشتراء فقط فيما كان البائع بائعا لنفسه و صحة البيع الثانى كونه

فاجتماع المالكين في ملك واحد محال للتضاد على أنّ صحة البيع الأول متوقفه على تملك البائع المبيع فهو متوقف على ملك البائع الثاني لبيعه منه مع أنّه لو صحّ الأول يلزم منه عدم الثاني فإنّه مع صحة الأول يكون المبيع مالا للمشتري من زمان العقد على الكشف فلا يبقى مجال للبيع الثاني و ملكيه الأصيل و إذا لم يبق مجال للثاني فيندم صحة البيع الأول و ملكيه المشتري الأول أيضا لأنّ الفرض أنّه كان متوقفا على الثاني فيلزم من وجود البيع الثاني عدم الأول فيلزم من وجود الأول عدمه و كك الثاني فيلزم من وجوده عدمه في آن فهو محال.

و قد دفعه المصنف بمثل ما أجاب به في الاشكال الثالث من أنّ الكشف من زمان القابليه لا من زمان العقد و لكن بناء على صحة جواب المصنف فهو أنّما يوجب دفع الاشكال من جهة اختصاصه بالمقام لكن لا يد دفعه في جميع موارد الفضولي على الكشف و في المقام من زمان القابليه كما أشار إليه التستري (بان قلت) فان هذا الاشكال مشترك الورود في جميع موارد الكشف حتى من المورد القابل في المقام فإنّ صحة البيع الفضولي على الكشف يقتضى حصول الملكيه للمشتري من زمان العقد أو من زمان قابل للكشف فهو متوقف على اجازة المالك و الا فلا يصح و صحة اجازة المالك متوقفه على كونه مالكا و الا فتكون اجازته كاجازة الأجانب فيلزم اجتماع المالكين في ملك واحد و من وجود ملك المشتري الأصيل عدمه و من وجود ملك المالك عدمه فإنّ مالكيه المشتري يقتضى صحة اجازة المالك و صحة

إجازة المالك تقتضى عدم ملكية المشتري فملكه المشتري تقتضى عدمه و كك صحة الإجازة تقتضى وجود ملكية المشتري الأول فهو يقتضى عدم صحة الإجازة فصحة الإجازة تقتضى عدم صحتها فلا بدّ أماً من القول ببطان البيع الفضولى بالكلية أو بطلان القول بالكشف.

وقد أجاب عن ذلك الإشكال التستري بالالتزام بالملك الصورى بدعوى أنه يكفى فى الإجازة ملك المالك ظاهراً و هو الحاصل من استصحاب ملكه السابق لأنها الحقيقة رفع اليد و إسقاط للحق و لا يكفى الملك الصورى فى العقد الثانى لكونه بيعاً و هو يقتضى الملكية الحقيقية فلا يمكن ذلك بالاستصحاب.

و أجاب المصنف عن هذا الجواب بوجوبه كلّها صحيحه.

الأول أنّ الاستصحاب أنّما يثبت الملك الظاهرى للمالك الظاهرى فتنفذ إجازته ما لم ينكشف الحال و بعد انكشاف الواقع و علم أنه ليس بملك فلا تكون إجازته نافذه بل لا بدّ فى صحتها من كونها صادرة من المالك الواقعى كالبيع فإنهما من آثار المالك الواقعى دون المالك الظاهرى و من هنا لو تبين فى مقام آخر كون المجيز غير المالك لم تنفع إجازته لأنّ المالك من الشرائط الواقعية دون العلميه.

الثانى أنه لا وجه للفرق بين صورتى الإجازة و العقد بان يلتزم بكفايه الملك الصورى فى الأول و بعدم كفايته فى الثانى بل هما من واد واحد فلا يترتبان الا على الملك الواقعى و المالك الواقعى كما عرفت و لا ينقضى تعجيبى منه فى وجه الفرق فإنه كيف حكم بأنّ الإجازة إسقاط للحق و رفع اليد عنه مع أنه لا يعقل رفع اليد عنه الا مع ثبوت الحق فيما لم يثبت الحق كيف يمكن رفع اليد عنه ثم.

قال شيخنا الأنصارى و التحقيق أنّ الاشكال ناشئ من القول بالكاشفيه على مسلك المشهور من القول بكون الإجازة شرطا متأخرا يؤثر في سببيه العقد المتقدم و اما على القول بالكشف الحكمى فينزل بالإجازة غير المالك منزله المالك في زمان العقد و هذا لا ينافى مع كون الملك باقيا تحت ملك مالكة الأول حقيقه.

و هكذا الكلام في الكشف بالمعنى الذى ذكرناه فإنه عليه ينكشف بالإجازة كون المشتري مالكا حقيقه من حين العقد و لكن من زمان الإجازة بحيث يحكم بترتب آثار الملك عليه حين الإجازة من زمان العقد فهو نتيجة الكشف الحكمى و الظاهر من كلامه هذا أنه التزم بالإشكال على الكشف الحقيقى و كك الظاهر من شيخنا الأستاذ انه أيضا التزم بالإشكال و لذا سلك مسلكا آخر و قال أنّ اجتماع المالكين في ملك واحد أنّما يستحيل في الملكيه العرضيه لا في الملكيه الطويله فقد ورد نظيره في الشريعة كملكه العبد فإنها في طول ملكه المولى فإنّ المولى مالك له و لما في يده و في طول ذلك فهو مالك لما في تحت يده و في المقام أنّ ملكيه المشتري في طول ملكه المالك فإذا أجاز المالك البيع فيكون ملكيه المشتري في طول ذلك فلا محذور فيه.

و فيه: أنّ الطويله في الملكيه أنّما تكون متصوّره إذا كان الثانى من شئون الأول و من فروعها و الا فلا نعقل لذلك معنى صحيحا و نظير ذلك ما ورد في الشرع من المثل المتقدم من ملكه العبد فإنّ ملكيته من شئون ملكه المولى فعلى القول بكون العبد مالكا فيكون ذلك في طول ملكه المولى له و لما في يده و من

شئون ذلك كونه مالكا لما في يده و كك نظيره في الملكيه التكوينييه نظير مالكيه الخالق جميع الموجودات و من شئون ذلك مالكيه العباد أموالهم بالملكيه الاعتباريه و من هذا القبيل مالكيه القائم مقام و سلطنته للبلد و مالكيه المتصرف لها و غيرها فإن الأول في طول الثانى و هكذا ما فوق المتصرف الى ان يصل الى الملك فإنه سلطان جميعهم و فى جميع ذلك المالكيه الواقعه فى طول المالكيه الاولى ليس الا من شئون الاولى لا أنها ملكيتان مستقلتان و مالكيتهما مالكيه مستقله.

و هذا بخلاف المقام فإن مالكيه المشتري و ان كانت فى طول مالكيه المميز الا ان ذلك طوليه العليه و المعلول و ان ملكيه- المشتري معلوله لملكيه المميز و الا- لم تحدث الإجازة ملكيه للمشتري مثلا بل تكون كإجازة سائر الأجانب أجنبيه عن العقد و ليس ملكيه المشتري من شئون ملكيه المميز بنحو بل كل منهما ملكيه مستقله فمقتضى ذلك كون اثر كل منهما مترتبا عليها و إذا مات كل منهما ينتقل ملكيته الى الوارث و لكل منهما التصرف فى ذلك المال كيف يشاء و هكذا و هكذا فيعود الإشكال الى حاله على النحو الذى عرفت و من العجائب ما ذهب اليه شيخنا الأستاذ من قيام الورثه مكان المورث و وجه العجب أنه و ان كان فرض ذلك ممكنا و غير محتاج إلى مئونه بحيث تكون بذلك الفرض اجازة الورثه إجازة للبيع من حين العقد و لكنه لا دليل عليه و أما الدليل على أن ما تركه الميت فلو إرثه و الذى ينبغى ان يقال أن المميز مالك فى حال الإجازة لو لا أجازته بمعنى أن إجازة كل احد لا تكون مؤثره فى العقد الفضولى حتى



الأجانب بل أنما تكون المؤثر فيه اجازته المالك أى الذى لو لم يجرز كان مالكا فهو مالك لولائى فى حال الإجازة لا أنه مالك حقيقه ليلزم المحذور فشرط المجيز ليس ان يكون عند أجازته مالكا حقيقه بل على تقدير عدم الإجازة فالى زمان الإجازة هو مالك حقيقه فبالإجازة- نكشف عن حصول الملكيه من زمان العقد حقيقه.

و بعبارة أخرى: تارة نتكلم فى مقام الإثبات و وجود المقتضى و الدليل على ذلك فقد تقدم أنه لا دليل على الكشف بمعنى المشهور و اخرى نتكلم فى إمكان ذلك و فى مقام الثبوت فتصويره على النحو الذى ذكرنا بمكان من الإمكان كما هو واضح فلو ورد الدليل على ذلك لا وجه لحمله على الاستحالة و الرد من هذه الجهة بل نأخذه و نبني عليه لتماميته ثبوتا و إثباتا.

### **الاشكال الخامس: أنه إذا كانت الإجازة المتأخره كاشفه عن**

صحة العقد الأول فيكون المال ملكا للمشتري الأول

فح إذا وقع عليه العقد الثانى فيكون واقعا على ملك المشتري فيكون فضوليا فيتوقف على أجازته كما لو ورد على المبيع بيوع متعدده فأجاز المالك البيع الأول فإنّ صحة البيوع المتأخره تتوقف على إجازة المشتري الأول و على هذا فيلزم توقّف صحة إجازة المجيز على إجازة المشتري للبيع الثانى فإنّه ما لم يجرز المشتري البيع الثانى لا يتحقق موضوع لإجازة المجيز فإنّ الفرض ان المبيع ملك للمشتري و صحة إجازة المشتري متوقفه على اجازة المجيز لأصل البيع فإنّه بدون ذلك لا- تحصل الملكيه للمشتري أصلا اذن فيلزم توقّف اجازة كل من الشخصين على الأخرى.

و أيضا يلزم ان تتوقف صحة العقد الثاني و اجازة العقد الأول على إجازة المشتري الأصلي كما هو واضح و هذا من الأعاجيب فإن ذلك يستلزم عدم تملك المالك الأصلي شيئا من الثمن و المثلن و تملك المشتري الأول المبيع بلا عوض ان اتحد الثمنان و دون تمامه ان زاد الأول و مع زياده ان نقص لانكشاف وقوعه فالثلث له و قد كان المبيع له أيضا بما بذله من الثمن مثلا و توضيح ذلك اما العقد الأول فتوقفه على إجازة المشتري بالواسطه فإنه يتوقف على إجازة البائع المتوقفه على البيع الثاني المتوقف على إجازة المشتري و هكذا يلزم عدم تملك المالك الأصلي شيئا من الثمن و المثلن اما الثمن فلان المبيع ملك للمشتري فالبائع الفضولي يشتري منه حقيقه فلا بد من ان يسلمه إلى المشتري و اما المثلن فلأنه بالبيع الأول تملكه المشتري و هكذا يلزم تملك المشتري المبيع بلا ثمن لو اتحد الثمنان كما لو باعه الفضولي بعشره ثم اشتراه بهذا المقدار من الأصلي فيجب عليه رده الى المشتري و يلزم تملكه لمقدار من المبيع مجانا لو زاد ثمن الأول كما لو اشتراه بعشره و اشتراه البائع من الأصلي بخمسه و يلزم تملكه تمام المبيع مجانا مع الزيادة لو نقص ثمن الأول كما لو اشتراه بخمسه و اشتري البائع من الأصلي بعشره ثم ان تلك الوجوه المذكوره في الإيضاح و جامع المقاصد.

### الاشكال السادس: ان بيع الأصلي ما له من البائع الفضولي

رد عملي لبطلان البيع الأول

فيكون باطلا غير قابل للإجازة.

و فيه قد تقدم أنه على تقدير كون الرد موجبا لإسقاط العقد في القابليه فهو اما بدليل السلطنه و فيه أنه يقتضى إسقاط العقد

الأول عن القابليته فيكون موجبا لإسقاطه عن القابليته في ماله ما دام ماله فإذا كان مالا لشخص آخر فهو ليس مسلطا عليه و أما بالإجماع فالمتيقن منه أنّ المالك له حق الرد من ماله لا من مال شخص آخر فالمبيع و ان تعلق به ذلك العقد و ردّه مالكة و لكن بعد ما خرج في ملكه فلا نعلم تأثير رده عن البيع حتى إذا كان مال شخص آخر أيضا فلا ندري كون ذلك داخلا في معقد الإجماع على تقدير تحققه.

### الاشكال السابع: على بطلان بيع مال الغير لنفسه الأخبار

الداله على عدم جواز بيع ما ليس عندك.

فهى على ثلثة طوائف الأولى ما دلّ على ذلك مطلقا فى الأعيان الشخصيه و البيع الكلى فتكون ظاهره فى بطلان بيع ما ليس عنده مطلقا كقوله (عليه السلام) لا تبع ما ليس عندك و أمثال ذلك.

الثانيه ما يكون ظاهرا فى حرمه بيع الأعيان الشخصيه التى ليست عنده كروايتى ابني الحجاج فى بيع الدابه فإنها ظاهره بل صريحه فى بطلان البيع الشخصى الذى ليس عنده و هذا يظهر من روايتين آخرتين اللتين تدلان على عدم جواز بيع المتاع الذى ليس عنده فإنّ الظاهر من قول السائل اشتر لى متاعا ليس معناه المتاع الكلى الشامل لكل شىء لأنه لا يكون محطّ نظر بل المتاع الشخصى فيكون قوله (عليه السلام) بعدم الجواز إذا باع ذلك المتاع عليه قبل الشرى ظاهرا فى بطلان المعامله على العين الخارجيه التى ليست عنده.

الثالثه ما يكون ظاهرا فى البيع الكلى مثل ما دلّ على عدم جواز بيع الحرير قبل الشرى فإنّ الظاهر من الحرير هو الكلى.

اما الطائفه الثالثه فلا بدّ من رفع اليد عنها اما بحملها على الكراهه أو على التقيّه إذ لا شبهه في جواز البيع الكلى فى الذمه عندنا على ما نطقت به الروايات و من هنا نقض الامام(عليه السلام)على - العامه القائلين بعدم جواز بيع الكلى للأخبار الداله على عدم جواز بيع ما ليس عندك ببيع السلم لكونه أيضا يباع كليًا فلا بدّ من حمل ذلك على التقيه لقولهم بذلك أو على الكراهه و اما المطلقات فلا- بدّ أيضا من تقييدها ان قيل بكونها مطلقه أو بتخصيصها ان قلنا بكونها عامه بما يدلّ على جواز البيع الكلى فى الذمه و عدم كونه من بيع ما ليس عنده فتخصيص تلك المطلقات أو العمومات بالأعيان الشخصيه اذن فيقع الكلام فى بيع الأعيان الشخصيه التى ليست عند المالك فنقول بناء على دلالة النهى فى المعاملات على الفساد و كونها إرشاده إلى بطلانها فهل تلك المطلقات أو العمومات بعد التقييد أو التخصيص مع تلك الأخبار الخاصه أى الطائفه الثانيه تدل على بطلان بيع ما ليس عنده من الأعيان الشخصيه أم لا ليكون ما نحن فيه معلوما من ذلك لكونه من صغرياتة.

و من هنا يعلم أنّ حمل تلك الأخبار بأجمعها على التقيه أو الكراهه لا وجه له و قد ناقش فيها المصنف بدعوى انها لا تنفى الصحه الفعلية للبيع ليكون فاسدا بل هى بصدد بيان عدم ترتب الآثار عليه قبل الأخذ و الإعطاء و اذن فلا يكون فاسدا و غير قابل للإجازة المستقبليه.

و فيه أنّ ظهور ما يصدر من غير المالك من البيع فهو فاسد و تأويلها بإرادته نفى الآثار خلاف الظاهر خصوصا صحيحه خالد بن

الحجاج حيث دلت على عدم البأس إذا لم يكن التزام و التزام من قبل الشرى و بمفهومها على وجود البأس إذا كان الالتزام البيعى قبل الشرى. و بعبارة اخرى: أنها تدل على وجود البأس فى ذلك البيع عند استناده إلى البائع و صحته بعد ذلك يحتاج الى دليل فتحصل أنّ الإلزام و الالتزام قبل الشرى من المتبايعين غير لازم من- المتعاملين بمعنى أنّه فاسد لا يترتب عليه اثر و الا فمعامله الفضوليين أيضا غير لازم قبل الإجازة لأنّ العمومات تشمل عليها من زمان الإجازة فلا تشملها قبلها و مما يؤيد عدم صحه البيع لنفسه روايه الحسن بن زياد الطائر الداله على تجديد نكاح العبد كونه معتقا على تقدير عدم اجازة المولى ذلك العقد و جهه عدم جعلها دليلا- ما ذكرناه سابقا من خروج أمثال هذه الروايات عن البيع الفضولى و البيع لنفسه لا يقال أنّه على هذا فتلك الأخبار شامله لبيع الفضولى أيضا لكونه أيضا من بيع ما لا يملك فيكون البيع الفضولى باطلا لذلك.

فإنّه يقال لا- يقاس المقام ببيع الفضولى إذ عرفت أنّ زمان البيع من زمان الإجازة فيها يستند البيع الى المالك فيكون مشمولا للعمومات و قبل زمان الإجازة لم يكن إلا- صوره البيع و اجراء العقد من المتعاقدين القابل لا يكون بيعا بالإجازة و كانت له صحه تأهليه لا صحه فعلية بحيث قبل زمان الإجازة لم يكن هنا بيع حقيقه و بالإجازة صار بيعا حقيقه و ح فهو من بيع ما يملك لا من بيع ما لا يملك و هذا بخلاف ما نحن فيه فإنّ بائع مال الغير لنفسه من الأول باع لنفسه و أسند البيع الى شخصه فلو صح فهو بيع من الأول و ليس كبيع الفضولى

ليكون بيعا من زمان الإجازة إذا قياس المقام بالبيع الفضولي فاسد من أصله.

وقد تحصل من مطاوى ما ذكرنا أنّ الاخبار المشار إليها تدل على بطلان بيع ما له الغير لنفسه لكونه إيجابا و استيجابا من غير المالك.

ثمّ أنّ صور المسألة ثلثة الاولى بيع مال الغير لنفسه منجزا الثاني بيعه معلقا بان يكون البيع على تقدير ان يكون مالكا اما بالاختيار أو بالقهر الثالث ان يكون لزومه معلقا على التملك بان يجعل للمشتري الخيار إذا لم يملكه فالمتيقن من مورد الروايات هي الصورة الأولى بعد ما كان كلامنا فى البيع الشخصى دون الكلى كما أنّه مورد تعليل العلامة من كونه غرريا و عدم قدره البائع على التسليم فيكون باطلا عن هاتين الجهتين.

و من هنا يحكم العلامة الأنصارى(ره) بصحة الصورتين الأخيرتين فى موردها بدعوى انصرافها الى عدم وقوع ذلك البيع للبائع و ليس لها تعرّض إلى جهة اجازة المالك.

و فيه أنّ المتيقن من موردها و ان كان ذلك و كك هو مورد تعليل العلامة الا أنّ إطلاقتها يشمل الصورتين الأخيرتين فلا وجه لدعوى الانصراف عنهما فإنّ مقتضى التعليل فى قوله ع فى روايه ابن المسلم و ليس به بأس إنّما يشتره منه بعد ما يملكه و كك مقتضى الإطلاق فى قوله ع أ ليس ان شاء ترك و ان شاء أخذ فى روايه خالد و كك قوله لا توجبها قبل ان تستوجبها و غيرها من الروايات ظاهره فى بطلان البيع لنفسه بجميع اقسامه سواء كان منجزا أو معلقا تعليقا من جهة البيع أو من جهة اللزوم و كون فرد متيقن الإراده من

الدليل لا يوجب الانصراف ولا يقاس ذلك بيع الغاصب لنفسه كما عرفت سابقا للفرق الواضح بينه وبين ما نحن فيه.

### المسألة الثانية ان يبيع للمالك و يشتري ذلك من المالك قبل

أجازته

فهل يجوز له اجازته ذلك البيع لنفسه أم لا- وقد حكم العلامة الأنصارى بصحّه ذلك أيضا فخروجه عن مورد الاخبار فيكون مشمولاً للعمومات فيحكم بصحته فيكون عكس مسأله بيع الغاصب لنفسه ثم يجيزه المالك فكما أنه صحيح و كك هذا.

و فيه أوّلا- أنه و ان لم يكن من بيع البائع لنفسه بأقسامه المتقدمه فإنّ الفرض أنّه باع للمالك ثم انتقل الى ملكه بناقل الا أنّه كما لا- بدّ و ان يكون البيع فى ملك فلا بدّ فى صحه الاثراء أيضا ان يشتري من المالك ليكون صحيحا فإنّ مقتضى التعليل أنّما يشتره منه بعد ما يملكه هو بطلان الشرى قبل الاثراء فلا بدّ فى صحه اثراء المشتري من ان يكون البائع مالكا أو اشترى قبل بيعه بحيث يكون اثراء المشتري اثراء من المالك و الا- فيبطل الشرى فإنه لم يقع من المالك حين العقد و حين الإجازة لم يكن شراء ليكون من المالك و بعبارة اخرى: أنّ بعض الاخبار و ان لم يكن شاملا- لما نحن فيه كالروايات و العمومات الداله على بطلان بيع البائع ما ليس عنده فإنّ المفروض أنّ هذا الشخص لم يبع لنفسه ليكون بيعه هذا مشمولاً لها و لكن فى بعضها الآخر غنى و كفايه فإنّ مفهوم التعليل بطلان الشرى من غير المالك فهذا الشرى قبل ان ينتقل المال إلى البائع شراء من غير المالك و بعد ما انتقل إلى البائع لم يتحقق هنا شراء ليكون شراء من المالك و يكون صحيحا بإجازته البائع و بعبارة اخرى

ص: ٢٨٣

انَّ المتحصل و لو من بعض الروايات هو لزوم كون البائع الذى يستند اليه البيع و تشمله العمومات و يحكم بلزومه ان يكون مالكا حال العقد و الا فلا يمكن استناد البيع إليه بالإجازة لعدم ربط الواقع الى المجيز بوجه و ما هو مربوط بالمجيز غير الواقع فكيف يحكم بصحته و ثانياً أنه على تقدير عدم شمول الروايات بالمقام فيكون باطلاً بحسب القواعد فإنَّ البيع و ان كان عبارته عن مبادله مال بمال و ليست الخصوصيات المالكية دخيله فى صحته بان يكون المالك هذا الشخص المعين أو ذاك الشخص المعين الا- أنه فيما إذا كان النظر إلى كلى المالك و كون المبادله بين مالى كلى المالك فإنه ح لا يلزم معرفه شخصى المالك بل يكفى حصول التبدل بين المالين فى ملك المالك الكلى و طبيعى المالك و اما إذا كان شخص المالك مورداً للنظر بحيث يكون التبدل فى مال الشخص المعين فح لا بدّ و ان يكون اضافته باقيه الى حين الإجازة و الا فيكون المقصود الذى وقع على طبقه العقد غير مجاز و المجاز غير مقصود و بعبارته أخرى لا- بدّ و ان تكون الإضافة المالكية التى حصل التبادل على تلك الإضافة حين العقد محفوظة حال الإجازة و فى المقام ليس كك فانَّ التبادل بين المالين حين العقد حصل على الإضافة التى بين المالك و المشتري و خرج العوض من ملكيه المشتري و دخل تحت اضافته المالك و المعوض خرج من المالك و دخل تحت إضافته المشتري و تلك الحالة غير باقيه حال الإجازة فإنَّ إضافته العين الى المالك قد انقطع و انما تعلق بها الإضافة المالكية من البائع فهى غير الإضافة حال العقد التى كان التبادل عليها اذن فما وقع غير مجاز و ما أجز غير الواقع و بعبارته



أخرى لا- بدّ و ان يكون المجيز مالكا حال العقد و الا- يلزم ان المقصود غير مجاز و المجاز غير مقصود لان تبديل مال بمال تحقق فى الإضافة المالكيه الواقعه بين المال و مالكه الاولى و بين الثمن و تلك الإضافة التى كان التبديل واقعا عليها قد انقطعت الى حين الإجازة لتبديل المالك فينقطع التبديل الواقع عليها فإنها بالنسبه الى التبديل كالموضوع بالنسبه الى الحكم فمع انتفاء الموضوع لا- مجال للحكم و على هذا فكيف يمكن تصحيح مثل هذا البيع و لا يقاس ذلك ببيع الغاصب و من هنا ظهر عدم تصحيح البيع فى المسأله الثالثه أيضا فهى ما يكون الشراء لأجنبى باعتقاد أنه مالك و تحقق القصد لأجل هذا- الاعتقاد بحقيقه البيع فإنه أيضا ليس بصحيح أوّلا لشمول بعض تلك الاخبار عليه و لو لم يكن من قبيل بيع المالك لنفسه و ثانيا من جهه عدم بقاء الإضافة التى كانت موضوعا للتبديل و محلا له و ارتفاعه بتبديل المالك كما عرفت و لا يقاس هذه المسأله و لا المسأله السابقه ببيع الغاصب مال المغصوب منه لنفسه كما قاسه عليه المصنف بدعوى اتحاد المثل بين المسئلتين و ان كانا متعاكسين فإنّ الصحه فى بيع الغاصب على حسب القواعد إذا الغاصب يبيع المغصوب للمالك تحصل المبادله بين المالىن فى جهه الإضافة المالكيه و تحقق حقيقه المعاوضه التى عباره عن المبادله بين المالىن مع دخاله وجود طبيعى المالك فيها لتحقيق حقيقه التبادل فى جهه الإضافة غايه الأمر أنه يجعل نفسه بحسب الادعاء و العنايه مالكا كالمجاز على مسلك السكاكى فحقيقه البيع محقق حقيقه و لا كذب فيها و أنّما الكذب فى جعل نفسه مصداقا للمالكيه فهو أمر لا واقع له و على هذا

فاجازه المالك بيع الغاصب توجب صحته و كونه له دون إجازة البائع البيع الذى أوقعه للمالك ثم اشترى المال منه لنفسه فإنّ فى الأوّل كان الواقع مجازا و المجاز واقعا كما عرفت بخلاف ما نحن فيه فإنّ الواقع غير المجاز و المجاز غير الواقع فإنّ الإضافة التى كان تبديل المالكين فيها قد ارتفع فلم يبق الأمر الواقع حين الإجازة و الإضافة التى حدثت حين الإجازة لم يقع تبديل المالكين فيها ليكون موردا للإجازة و على تقدير وقوعه غير التبديل الذى كان حين العقد فإنك عرفت أنّ ارتفع بارتفاع موضوعه أعنى الإضافة المالكية بين المالك الأول و المال و لعل الى هذا أشار المصنف بالأمر بالتأمل و لا يفرق فى ما ذكرنا من عدم صحه البيع إذا كان المالك المجيز غير المالك حال العقد بين ان يكون مالكه المجيز و تجدد ملكه بالقهر أو بالاختيار فإنّ فى جميع هذه الصور لا وجه لصحة مثل هذا البيع و ما عن شيخنا الأستاذ من تصحيح ذلك فى صورته الإرث لقيام الوارث مقام المورث فلا وجه له فإنّه بحسب الفرض ممكن و لكن لا يكفى مجرد الفرض فى صحته بل لا بدّ من قيام الدليل على ذلك و ليس لنا ما يدل على أنّ الوارث يقوم مقام المورث بحيث إذا أجاز العقد فيصح من حين العقد بل الدليل دلّ على انتقال مال الميت إلى الورثه و اما قيامه مقامه بكونه وجودا تنزيهيا للمورث فلا دليل عليه و من جميع ما ذكرنا حكم الصورة الرابعه أيضا فهو ان يبيع المال لمالك و انتقل منه الى آخر بنواقل قهره أو اختياريه.

قوله ثم أنّه قد ظهر مما ذكرنا فى المسأله المذكوره حال المسأله الأخرى و هى ما لو لم تجز المالك بعد تملكه أقول لو قلنا بالبطان

فى المسأله المتقدمه فى هذه المسأله نقول بالبطلان بطريق أولى فإنه إذا لم يكن وجه لصحه بيع مال الغير لنفسه مع أجازته ذلك البيع فيكون فيما لا يجيز باطلا بالأولويه و انما الكلام فيما لو قلنا بالصحه فى المسائل المتقدمه فهل يمكن الحكم بالصحه هنا بان نقول بصحه البيع بدون الإجازة فإنه كان بائعا لنفسه فقد حصل له الملك فيكون كما باعه لنفسه من الأول أولا بل لا بد من ان نقول بالبطلان هنا و لو قلنا بالصحه فى المسأله السابقه و قد اختار المصنف البطلان و انّ البيع الأول باطل للأخبار المتقدمه و لدليل السلطنه فإنّ الحكم - يكون هذا المال لغيره بدون بيع و اجازة خلاف السلطنه و خلاف عدم جواز التصرف فى مال الغير الا بطيب نفسه و هو الصحيح عندنا أيضا فإنّ البائع الذى باع مال غيره لنفسه و التزم به فى الحين الذى أنشأ العقد لم يكن مالكا ليطم التزامه و فى الحين الذى ملك لم يلتزم بالبيع فيكون الحكم بصحه البيع و كون المال للمشتري بدون اجازة منه على خلاف السلطنه فيحكم بالبطلان و ليس لنا طريق الى الحكم بصحه ذلك الا ما ربما يتوهم من شمول عموم الوفاء بالعقد عليه حين الإنشاء فالعاقد مّمن شمل عليه ذلك الدليل و أنّما خرج عنه زمان عدم كونه مالكا فتبقى البقيه تحت الدليل و أجيب عن ذلك بأنّ المقام من موارد استصحاب حكم الخاص دون مقام التمسك بالعموم فإنّ البائع غير مأمور بالوفاء قبل الملك فيستصحب و المقام مقام استصحاب حكم الخاص لا مقام الرجوع الى حكم العام و التحقيق انه ليس المقام مقام جريان العموم فضلا عن النزاع من الرجوع الى حكم العام أو الخاص فإنّ محط هذا النزاع فيما يكون المورد مشمولا للعمومات ثم

خصصت في زمان فنشك في زمان آخر في دخوله تحت العام أو يستصحب حكم الخاص كتخصيص عمومات جواز وطى المرأة بما يدل على التحريم في حال الحيض و نشك في جوازه بعد الطهر و قبل الاغتسال فيقع النزاع هنا من أنه نعمل بالعام و نجرى حكمه عليه لاند المتيقن من الخارج هو زمان الحيض فيبقى الباقي تحته أو نستصحب حكم الخاص و اما فيما لا تشمل عليه العمومات من الأول فلا وجه لهذا النزاع مثلا لو ورد أكرم العلماء فتكون غير العلماء خارجا عنه تخصيصا ثم شكنا في ان ذلك الفرد الخارج بالتخصص هل يكون- داخلا تحته حين الشك أو نستصحب فيه حكم المخصيص و مقامنا من قبيل الثاني فإن البائع حين ما باع مال الغير لنفسه لم يتم التزامه البيعى ليشمل عموم الوفاء بالعقد فلا يكون بائعا حقيقه و حينما ملك المبيع لم يلتزم بالبيع ففي الزمان الذى مالك ليس له التزام و فى الزمان الذى له التزام فليس بمالك ففي أى نقطه شمل أو فوا بالعقود نشك في بقاء حكمه أو حكم الخاص في نقطه اخرى لنرجع الى النزاع المعروف من ان المقام من موارد اجراء حكم العام على المشكوك أو استصحاب حكم المخصيص لو كان ذلك مثل بيع المكره بان كان الخارج عنه زمان الإكراه لكان لإجراء النزاع المعروف هنا وجهها و لعل الى ذلك أشار المصنف بالأمر بالتأمل.

و ثانيا على تقدير التمسك بدليل الوفاء بالعقد و كونه شاملا عليه و انما الخارج عنه زمان عدم التملك فتمسك به فى الباقي نظير شموله بالبيع المكره و انما الخارج عنه زمان الإكراه فيكون الباقي داخلا تحت العام و لكن يكون آيه التجاره مقيده لها حيث ان الله تعالى

قد حصر فيها جواز أكل مال الغير بالتجاره عن تراض و ان غيرها- باطل و من أكل المال بالباطل و ما نحن فيه ليس تجاره عن تراض حيث انّ البائع و ان كان بائعا لنفسه لكن كان بائعا مال الغير لنفسه و أنّما هو ملك بعد ذلك فليس ببائع فيكون أخذ ماله هذا بالبيع السابق أكلا له بالباطل فيكون ذلك البيع الأول باطلا حتى مع شمول دليل الوفاء عليه أيضا.

و ثالثا لو سلمنا عدم كون آيه التجاره مقيده لدليل الوفاء و لكن تكفي الروايات الواردة في المقام من عدم جواز بيع مال الغير و ما ليس عنده فالبائع و ان باع مال غيره لنفسه ثم ملكه و لكن كان يبيعه الأول باطلا لكونه يبيعا بما ليس عنده و إيجابا و استيجابا قبل التملك فهو غير جائز نعم لو باع مال الغير لنفسه بعنوان التعليق بأن إنشاء البيع في الحال و كان المنشأ في المستقبل نظير الوصيه و أغمضنا النظر عن بطلان التعليق بالإجماع و أغمضنا النظر عن الروايات الواردة في المقام لتوجه التمسك بدليل الوفاء بالعقد هنا كما تقدمت الإشارة الى هذا القسم عند الدخول بهذه المسائل و من عجائب شيخنا الأستاذ أنّه التزم بصحة هذه المسألة و قال لا وجه للتفصيل في ذلك بين ما يبيع لنفسه ثم ملكه فأجاز البيع و بين ما ملكه و لم يجر ففى كلا الصورتين نحكم بالفساد و أفاد في وجه الصحة هنا بأنّ الإجازة أنّما نحتاج إليها لأمرين الأول من جهة اعتبار الرضا في البيع بمقتضى آيه التجاره و الثانى من جهة استناد البيع الى المجيز فكلا- الأمرين متحقق هنا فان الفرض أنّه باع لنفسه و الفرض أنّه راض بذلك أيضا فيكون صحيحا و فيه أنّ هذا يعد من عجائب شيخنا الأستاذ فإنّ-

بائع مال الغير لنفسه اّما هو رضى و أسند البيع لنفسه فى بيع مال الغير فهو راض به و أسند ذلك البيع الى نفسه و اما بعد تملكه ذلك المال فلم يوقع عليه البيع حتى ينازع فيه بأنّه أسند إلى نفسه أم لا فما أسنده إلى نفسه و رضى به لم يتعلق بماله و ما هو ماله لم يوقع عليه البيع بوجه فما ذكره بلا وجه و قد تحصل الى هنا حكم المسئلتين.

### **قوله المسأله الثالثه: لو باع معتقدا لكونه غير جائز التصرف**

أقول لو باع مال الغير باعتقاد أنّه غير جائز التصرف اما بتخيل أو باستصحاب أو نحو ذلك فالجامع اعتقاد انه غير مالك فباع ثم بان أنّه جائز التصرف فهذه على أربعة صور كما أشار إليها فى المتن فإنّ البائع هذا اما يعتقد عدم جواز تصرفه لعدم ولايته فانكشف كونه وليا للمالك و اما لعدم الملك و كونه مالكا فانكشف أنّه مالك و على كل تقدير فاما ان يبيع عن المالك و اما ان يبيع لنفسه فالصور أربع.

### **الصورة الأولى: ما إذا باع للمالك باعتقاد أنّه غير جائز التصرف**

فبان أنّه جائز التصرف

لكونه وليا للمالك أو ممن كان أمره فى يده فهل يحكم بصحة ذلك البيع أم لا.

الظاهر كونه صحيحا فإنّ الفرض أنّ البيع لا قصور فيه لكونه صادرا ممن لا بدّ و ان يصدر منه غايه الأمر أنّه كان ناسيا للاذن- السابق و كونه وكيلا- عن المالك أو عن كونه وليا أو غفل عن ذلك فهذا لا يوجب البطلان فهل يكون الاذن السابق ادنى من الإجازة اللاحقة.

و كذلك كونه وليا فى الواقع لا يكون ادنى من الاذن السابق فهل يتوهم أحد فى أنّه لو باع شخص مال غيره فضولا ثم-

و أصل إليه الكتاب و كان مكتوبا فيه بع المال قبل ان يبيع ما له فضولا فيكون باطلا بل لا يحتمل ذلك و مقامنا نظير ذلك فإن اعتقاد عدم كونه جائز التصرف لا موضوعيه له لبطلان العقد كما لا يخفى بل العقد صدر واقعا ممن لا بدّ و ان يصدر منه و وقع في محله فلا وجه لتوهم البطلان بوجه.

بل لو قلنا ببطلان المعامله الفضوليه لا نقول بالبطلان هنا فإنه كما أشار إليه المصنف صدر العقد هنا من اهله واقعا غايه الأمر أنّ العاقد لم يلتفت بذلك فهل يوجب عدم التفاته الى ذلك كونه أخصر من البيع الفضولي نعم لا- بدّ و ان الاذن موجودا في الخارج بان يكون مبرزا فإنه لا يكفي في صحه البيع الرضا الباطنى للمالك ما لم يظهر بمظهر في الخارج و قد تقدم ذلك عند الدخول ببحت الفضولى بل لا نحتمل من ان يقول احد بالبطلان الا عن القاضى حيث قال أنّه لو اذن السيد لعبده في التجاره فهو باع و اشترى و هو لا يعلم باذن سيده و لا علم به احد لم يكن مأذون في التجاره و لا يجوز شىء ممّا فعله فان علم بعد ذلك و اشترى و باع جاز ما فعله بعد الاذن و لم يجز ما فعله قبل ذلك فإن أمر السيد قوما ان يعاملوا العبد و العبد لا يعلم باذنه له كان يبيعه و شرائه منهم جائزا و جرى ذلك مجرى الاذن.

و قد ظهر بطلانه ممّا ذكرنا فإنّ وصول الإذن اليه و عدمه لا موضوعيه فيه و أنّما المناط أصل وجود الاذن واقعا بل تقدم سابقا أنّه يكفي في نفوذ معامله العبد بالتجاره للغير نفس رضى الباطنى للمولى و ان لم يبرزه في الخارج فإنّا و ان قلنا في أول الدخول

بالبیع الفضولی أنه لا- یکفی فیہ الرضا الباطنی و لكنه غیر مربوط- بمعامله العبد كما تقدم سابقا فإن معاملته صحیح من جمیع الجهات حتى من جهة الاستناد و إنما المانع من نفوذها عصیان السید فقط و هو یرتفع برضا الباطنی و ان لم یکن مبرزاً فی الخارج.

### قوله الثاني: ان یبوع لنفسه فانكشف كونه ولياً.

أقول المسأله الثانيه إذا بیع مال الغير لنفسه باعتقاد أنه غیر جائز التصرف فانكشف كونه ولياً فالظاهر هنا أيضاً صحه البیع وفاقاً للمصنف و ذلك لما عرفت ان حقیقه البیع عباره عن مبادله مال بمال فقد تحققت مع جمیع ما فیها من الشرائط غایه الأمر أنه قد انضم اليه قید كون البیع لنفسه فيكون لغوا و الوجه فی ذلك انّ البائع مأذون فی البیع و الشری و غیرهما من التصرفات فی مال المولی علیه فإنّ الفرض انّ الولى كك فلا یقصر ذلك الاذن عن الاذن اللاحق و عن الاذن الآخر الذى لا یلتفت اليه الا فی وجهه القصد و ان یكون البیع واقعا لنفسه و قد مرّ مرارا انّ القصد لا یوجب تغییراً فی حقیقه البیع بل هو بالنسبه إليها كالحجر فی جنب الإنسان فبعد تحقق حقیقه البیع أعنی مبادله المال بالمال و تحقق شرائط الآخر من الاذن من المالك أو من قبل مالك المعلوم فلا یضّر بها ذلك القصد لوقوعه لغوا.

و ربّما یقال باحتیاجه ای ذلك البیع على اجازة الولى البائع لنفسه غفله كونه للمولى علیه بعد انكشاف الحال كما یمیل اليه المصنف فإنّ لم یقع بعنوان أنه للمولى علیه حتى لو قلنا بكون قصد كونه لنفسه لغوا بل لا- بدّ و ان یكون البیع مستندا إليه بالإجازة و الا فلا یستند اليه فيكون باطلا إذ البائع و لو كان مجازاً واقعا فی البیع الا ان-



البيع الذى هو مجاز فيه لم يقصده البائع فما أوجده و قصده أنّما هو غير ما كان مأذونا فيه فيتوقف صحه كونه عن المولى عليه على اجازة جديده.

و فيه أنّه لا- وجه لاحتياجه إلى الإجازة بوجه لأنّ قيد كونه لنفسه ان كان قيذا للبيع فبانكشف الخلاف يكون باطلا لانتفاء القيد المستلزم لانتفاء حقيقه البيع و ان لم يكن قيذا فيكون لغوا فلا- يضرّ بصحه البيع لكونه كالحجر فى جنب الإنسان بالنسبه إلى حقيقه البيع و على كل تقدير لا تتصور وجهها لاحتياج البيع إلى الإجازة و لعل الى ذلك أشار المصنف بالأمر بالتأمل.

### قوله (ره)الثالثه: ان يبيع عن المالك ثم ينكشف كونه مالكا.

أقول المسأله الثالثه: ان يبيع عن المالك ثم ينكشف كونه مالكا و قد مثلوا لذلك بما لو باع مال أبيه بظن حياته فبان ميتا فإنّه ح يكون المال مال نفسه و يكون البيع عن نفسه فهل يصح هذا البيع أولا يصح و على تقدير الصحه فهل يكون محتاجا إلى الإجازة أو يكون له الخيار فى ذلك بحيث له ان يفسخ أولا- يفسخ فيكون بتركه الفسخ لازما وجوه و الفرق بين كونه محتاجا إلى الإجازة و بين كون المالك مخيرا بين الفسخ و الإمضاء هو أنّه لو لم يجز المالك على تقدير الاحتياج إلى الإجازة فيكون البيع باطلا و اما على تقدير كونه مخيرا بين الفسخ و الإمضاء فالعقد صحيح و لكن للمالك حق الفسخ فقط.

و اما أصل البيع فالمشهور صحته بل ربّما يدعى الإجماع فى ذلك و فى المتن لم نعر على مخالف صريح الا عن الشهيد فى قواعده حيث احتمل إمكان البطلان و سبقه العلامة و ابنه لوجوه

لا يمكن مساعدته على شيء منها كما ذكر المصنف في المتن.

و أما الوجه في صحه البيع فلما تقدم في البيع لنفسه ان حقيقه البيع قد تحققت بجميع شرائطه و حقيقته التي عباره عن مبادله مال بمال في طرف من الإضافه المالكه لمالك طبيعي و قصد كونه لنفسه كما في المسأله المتقدمه أو كونه لمالك كما في هذه المسأله أمر زائد عن حقيقه البيع و غير مربوط بها بوجه فيكون لغوا فلا- يضرّ بصحه البيع بوجه و اما الوجوه التي أشار إليها العلامه فالأول أنّ الابن قصد نقل المال عن الأب لا عن نفسه فما وقع اعنى كون البيع للابن في الواقع لم يقصد فما قصد لم يقع فلم يقصد حقيقه البيع كما مرّ نظير ذلك الإشكال في بيع الغاصب.

و فيه انه قد تقدم مرارا أنّ القصد غير قاذح لحقيقه البيع إذا لم يضرّ بها ففي المقام و ان قصد البائع كونه عن المالك و هو الأب الا- ان قصده ذلك من جهه كون الأب مالكا في اعتقاده لا لخصوصيه في شخص الأب غايه الأمر أنّه أخطأ في قصده و طبق المالك الى شخص آخر فلا يكون مضرا.

الوجه الثاني ان هذا العقد باطلا- من جهه التعليق فإنّه و ان كان في الصورة منجزا و لكنّه في التقدير معلق فإنّ التقدير ان مات مورثي فقد بعثك فيكون باطلا من جهه التعليق.

و فيه الظاهر أنّه أمر وقع من سهو القلم من العلامه (ره) فإنّ التعليق أنّما يتم لو باع لنفسه معلقا ذلك على موت الأب بحيث يكون ذلك متوقفا على موته و ان التعليق في صحه العقد و تكون متوقفه على موت الأب و ان كان المنشأ كالإنشاء امرا فعليا لا امرا

و بعبارة أخرى: هذا الذى ذكره فى الوجه الثانى مع الوجه الأول فى طرفى النقيض فإن مقتضى الوجه الأول أنّ البيع عن الأب و ليس عن نفسه و مقتضى الوجه الثانى أنّ البيع عن نفسه فليس عن الأب فهذان لا يجتمعان لكون مدلول أحدهما متناقضا مع مدلول الآخر.

اللهم الا- ان يقال ان القصد الحقيقى إلى النقل معلّق على تلك الناقل و بدونه فالقصد صورى و قد تقدم نظير ذلك من المسالك فى أنّ الفضولى و المكره قاصدان الى اللفظ دون المعنى و مدلول اللفظ و قد تقدم عدم تماميه ذلك و أنّ الفضولى و المكره قاصدان للمدلول أيضا و لو بهذا القصد الصورى فهو يكفى فى صحه البيع الفضولى.

الوجه الثالث: أنّ البائع كالعابث عند مباشره العقد لاعتقاده أنّ المبيع لغيره.

و فيه بعد ما قلنا بكونه كالفضولى قاصدا للمدلول أيضا فيكون ما يصدر منه البيع فيكون صحيحا فلا يكون فيه بحث بوجه من الوجوه و بالجمله فاصل صحه البيع ممّا لا اشكال فيه و لا يعتنى بمثل تلك الوجوه فى الحكم بالبطلان كما لا يخفى.

و اما احتياجه إلى الإجازة فمما لا ريب فيه لا لما ذكره المحقق الثانى فى جامع المقاصد من انه لم يقصد الى البيع الناقل للملك الان بل مع اجازة المالك لاندفاعه أوّلا بقوله الا ان يقال ان قصده إلى أصل البيع كاف و ذلك لان حصول النقل حين العقد أو بعد

اجازة المالك ليس من مدلول لفظ العقد حتى يعتبر قصده أو يضرّ قصد خلافه و أنّما هو من الأحكام الشرعيّة المعارضه للعقود فلا يكون مأخوذاً في صحه العقد.

و ثانياً ان هذا الدليل أخص من المدعى فإنّه قد يتحقق القصد الى ذلك لو كان البائع لذلك أى بائع مال نفسه للغير باعتقاد أنّه للغير و كيلاً من قبله فباع ثم انكشف أنّه مال نفسه فإنّ القصد هنا متحقق إلى أصل البيع الناقل للملك من دون احتياج الى قصده مع الإجازة المتأخره.

و ثالثاً أنّ هذا يناهى مذهب الكشف فكيف يرضى القائل به ان يقول البائع لا يقصد نقل المال حين العقد بل الوجه فى الاحتياج إلى الإجازة هو الذى أشار إليه المصنف من عموم تسلط الناس على أموالهم و عدم حلّها لغيرهم الا بطيب أنفسهم و حرمة أكل المال إلا بالتجاره فإنّ الالتزام بصحه العقد بدون الإجازة مستلزم لعدم تسلط الناس على أموالهم و كونه حلالاً لهم بغير طيب أنفسهم و توضيح ذلك فإنّ مقتضى آيه التجاره و قوله لا يحلّ مال امرؤ مسلم الا بطيب نفسه و ان كان كفايه رضا المالك و طيب نفسه و لو مع اعتقاده بأنّ المال لغيره بحيث يكون الرضا بذاته معتبراً و لكن بمناسبه الحكم و الموضوع يستفاد منها ان ذات الرضا و الطيب بما هو ليس موضوعاً للحكم فإنّ احترام ماله و توقف التصرف فيه على اذنه يناسب ان يكون اذنه بما انه مالك دخيلاً فى جواز التصرف و معلوم ان الطيب بأصل التبديل ليس طيباً بالتبديل المالكى نعم ما نزل شيخنا- الأستاذ ذلك بما ان العمد بأصل التكلم أو العمد بالأكل ليس

عمدا بالتكلم فى الصلاة و الأكل فى نهار شهر رمضان و الأمر كك فَإِنَّ الإنسان يتعمد إلى أصل الفعل و لكن يغفل عن كونه فى الصلاة أو الصوم ثم أنه يؤيد ذلك أنه لو أعتق عبدا للغير بما أنه له فبان أنه لنفسه أو طلق امرأه للغير فبان أنها لنفسه له ينعق العبد و لا يطلق الزوجه و إنما جعلناهما مؤيده من جهه أنهما إزاله الملك و الزوجيه و كونهما عن المالك و الزوجه من الجهات المقومه فعدم وقوعها من الغير من تلك الجبهه فلا يقاس بالبيع و هذا المعنى هو منصرف عن أَوْفُوا بِالْعُقُودِ و أحلّ الله البيع فأنّ الظاهر أنّهما منصرفان الى وجوب الوفاء لكل شخص بعقده الذى أوقعه على ماله بحيث يكون البيع مستندا اليه لا الى شخص آخر فمعنى أَوْفُوا بِالْعُقُودِ أنه يجب ان يفى كل شخص بعقد نفسه و معنى أحلّ الله البيع أنه حلّ بيع أنفسكم و فى المقام ان البائع و ان كان مالكا واقعا الا أنه باع الملك بعنوان انه مال الغير ليكون بيعه و لم يبع بعنوان ماله ليكون البيع بيع نفسه و عقدا له فلا يشملهُ أَوْفُوا بِالْعُقُودِ و العمومات الأخر إلا بالإجازة ليكون مستندا الى نفسه و يكون قابلا لشمول العمومات له و من هنا ظهر فساد توهم ان المالك حيث انه المباشر للعقد فلا-وجه لاعتبار الإجازة فيما يرجع الى تصرف نفسه فى ماله فإنه و ان كان تصرف فى ماله و لكنه بعنوان أنه مال الغير فلا يكون البيع مستندا اليه الا بالإجازة و قد اختار صاحب الجواهر تبعا لبعض آخر صحه هذا البيع و كونه خياريا و ان للمالك فسخ ذلك و إمضائه و استدل عليه بدليل نفي الضرر بدعوى ان لزوم مثل هذا العقد ضررى فيرتفع بكونه خياريا و قد استدل بتلك الأدله على ثبوت بيعض

و أشكل عليه شيخنا الأنصارى بتوضيح و اضافة إجماليه مّا و حاصله أنّ الضرر عبارة عن النقص في المال أو العرض أو النفس و شىء منها غير موجود في المقام بل أنّما هو في انتقال المال إلى المشتري بدون رضائه المالك و اذنه فمقتضى شمول أدله الضرر على ذلك هو نفي الانتقال و بطلان العقد لا ثبوت الخيار مع صحته.

و بعبارة اخرى: أنّه لو فرضنا من صحه العقد و كان النزاع في لزومه و عدمه و كان الضرر متوجها من ناحيه اللزوم لكان لهذا التوهم وجه و لكن الأمر ليس كذلك و أنّما الضرر في أصل صحه العقد و انتقال المال الى الغير لا من ناحيه اللزوم بعد الفراغ عن صحته اذن فلا بدّ من القول ببطلان العقد لو تمسكنا بدليل نفي الضرر لا بكونه خياريا.

بل لا- مجال أصلا هنا للتمسك بأدله نفي الضرر و لا موضوع لها هنا فإنّه أنّما تكون شامله لمورد يكون فيه ضرر و الموضوع لذلك هنا لو كان انما هو العقد فصحته أنّما بواسطه شمول العمومات عليه فهي لا تشمل المورد ما لم تلحق عليه الإجازة اللاحقه من المالك فإنّه عرفت أنّه مضافا الى كون صحه العقد بدون الإجازة منه أكلا لمال الغير بدون اذنه و كونه تصرّفا في مال الغير بغير طيب نفسه و كونه خلاف السلطنة أنّ أوفوا بالعقد و أحلّ الله البيع أنّما ينصرف الى بيع شخص المالك و أنّ كل من باع ما له لنفسه يجب الوفاء به و اما لو باع لغيره فلا- اذن فلا- موضوع يكون ضرريا حتى يشمل أدله نفي الضرر و بالجملة لا- وجه لاحتمال ثبوت الخيار هنا بدليل نفي الضرر.

ثم لو انعقد الإجماع على عدم جريان الفضولية في الإيقاعات و اختصاصها بالعقود فيحكم ببطلان عتق مال الغير ثم إجازته أو عتق مال نفسه عن الغير باعتقاد أنه مال الغير ثم أجازته و ان لم يتم الإجماع و ناقشنا فيه فيصح في الإيقاعات أيضا كما هو واضح ثم أنه لا- ملازمه بين بيع مال نفسه للغير باعتقاد أنه له ثم انكشف الخلاف و بين بيع الفضولي بحيث لو قلنا ببطلان البيع الفضولي لقلنا ببطلان ذلك أيضا.

و ذلك لان عمده ما قيل في بطلان البيع الفضولي كما تقدم هو كونه بيعا لمال الغير فهو باطل بالروايات المستفيضه النافيه عن بيع ما ليس عنده و قد أجبنا عنه فيما تقدم ان ذلك فيما يكون بائعا لنفسه دون الغير و على تقدير قبوله هناك فلا يجرى هنا فإنّ البائع لم يبيع مال غيره ليكون من صغريات بيع ما ليس عنده بل انما باع مال نفسه للغير فيكون ذلك صحيحا بالإجازة فلا يكون مشمولاً لتلك الروايات اللهم الا- ان يقال ان مدرك القول ببطلان بيع الفضولي هو التصرف في مال الغير المستلزم للحرمة المستلزم لفساد البيع و فيه على تقدير قبوله في بيع الفضولي فلا- يجرى هنا لأنّ في البيع الفضولي كان تصرّف في مال الغير بخلافه هنا فإنه ليس هنا الا قبح التصرف من باب التجري فهو قبيح في نظر العقل فلا يستلزم الحرمة الواقعيه حتى يستلزم ذلك الحرمة الواقعيه فساد المعامله فيكون ما نحن فيه مثل بيع الفضولي كما هو واضح.

**قوله الرابعه ان يبيع لنفسه باعتقاد انه لغيره فانكشف أنه له.**

أقول إذا باع شخص مال نفسه لغيره باعتقاد انه له اما باعتبار

شخصى أو عقلائى ثم انكشف أنه مال نفسه كما إذا باع مالا أخذه من الغير بالقمار أو بغيره من الأسباب الباطله شرعا ثم باع لنفسه مع - اعتقاده بحسب تديته بدين الإسلام أنه مال الغير ثم انكشف أنّ هذا بعينه المال الذى كان ذلك الغير أخذ منه أمس فالظاهر أنه لا شبهه فى صحه هذا البيع لعدم قصور فى الإنشاء و لا فى المنشأ بل أنّما تحققت حقيقه البيع على النحو الذى لا بدّ و ان تتحقق فإنّ حقيقته المبادله بين المالين فى علقه المالكيه و قد حصل ذلك فى نظر العرف و العقلاء فإنهم يرون التمسك بالقمار و نحوه من الأسباب الباطله من المملكات فيرون بيع المقامر ما تملكه بالقمار صحيحا فيصدق على بيعه هذا بيعا بالحمل الشائع مع كونه مالكا واقعا اذن فيشملة العمومات فيحكم بصحته شرعا أيضا غايه الأمر أنه لم يعلم بكونه مالكا واقعا و فى نظر الشارع فهو لا يضرّ بصحّه البيع.

و بعباره أخرى حكم الشارع بالمالكيه من الأحكام الشرعيه فصحّه البيع لا يتوقف على العلم به و الا فلا بدّ من عدم تحقق البيع و صدقه على بيع من لا عقيده له لشريعه من الكفار و الفساق مع كونه بيعا صحيحا عند العرف و العقلاء و بالجمله أنّ صحه مثل ذلك مع صدوره عن مالكة الواقعى و تحقق شرائطه ممّا لا شبهه فيه و هل يحتاج ذلك الى الإجازة أم لا فالظاهر أنه غير محتاج إلى الإجازة لكونه صادرا من مالك المبيع و واقعا لنفسه و مستندا اليه فالاحتياج إلى الإجازة تحصيل الحاصل فلا نحتاج إليها.

و بعباره اخرى أنّ العقد بعد تماميه أركانه و وقوعه عن مالكة بعد نفسه مالكا للمال بأى نحو كان و كونه مالكا أيضا واقعا غير أنه



يعتقد فقط كون المال للغير من باب الجهل فلا وجه لتوهم كونه محتاجا إلى الإجازة ثانياً فإن مجرد الجهل بالحال لا يستلزم ذلك كما هو واضح و ذلك كما إذا باع مال نفسه لنفسه غفله عن كونه له فهل يتوهم احد بطلان البيع هنا.

### قوله و اما القول في المجاز.

أقول تحقيق الكلام فيه يقع في أمور

### الأول ان العقد الفضولي

لا بدّ و ان يكون جامعا لشروط البيع بأجمعها

و الا- فلا- يكون ممّا يترتب عليه الأثر و هذا بحسب الكبرى ممّا لا ريب فيه فإنّ العقد الفضولي يعينه العقود الأخر غير أنّه فاقد للإجازة فيحتاج إلى الإجازة المتأخّره و هذا لا يزيد عن العقد الصادر بالاذن السابق أو من المالك فإنّه كما إذا كان شيء منهما فاقدًا لشروط من الشروط مع كونه صادرا ممّن له العقد أو بإذنه بحيث يكون مستندا الى المالك من حين تحققه فكك العقد الفضولي لا بدّ و ان يكون جامعا لجميع الشرائط غير جهة الرضا المالكى فإنّه يلحق بالإجازة المتأخّره فهل يتوهم احد ان لا يعتبر فيه ما يكون معتبرا في غير العقد الفضولي اذن فمقتضى أدلّه صحه البيع مع أدله الشروط المعتره فيه قاضيه في البيع الفضولى أيضا.

و اما بحسب الصغرى فشرائط البيع تنحلّ إلى أقسام أما شرائط العقد فلا شبهه في اعتباره في العقد الفضولى لكونه عقدا كسائر العقود فلا بدّ من اعتبار شروطها فيه أيضا و جهة الفضولى لا توجب إلغاء تلك الشروط و ذلك كالماضويه و العرييه و تقديم الإيجاب على القبول و غير ذلك ممّا يرجع الى نفس العقد فإنّها كما تعتبر في عقد

الأصيل و هكذا تعتبر فى العقد الفضولى و اما شرائط المتعاقدين فكك و لا بدّ من اعتبارها هنا كما إذا اعتبرنا صدوره من البائع العاقل فإنّه يعتبر هنا أيضا فلا- يصح عقد الصبى و المجنون لو كانا فضولين أيضا فإنّه بعد عدم كفايته فيما إذا كان طرف المعامله هو الأصيل و كان مجرى العقد هو الصبى أو المجنون فلا يكفى هنا أيضا لأنك عرفت أنّ العقد الفضولى لا يزيد على عقد الأصيل و معاملته و بالجمله لا يكفى فى صحه عقد الفضولى صدوره من الصبى و المجنون لو قلنا بعدم صحه عقدهما كما تقدّم.

و اما شرائط العوضين فهو أيضا ممّا لا ريب فى اعتبارها هنا فلا يصح بيع أم الولد و لا الخمر و نحوهما ممّا لا يصح بيعه من الأصيل أيضا فإنّ ما لا يجوز من الأصيل فكيف يجوز من الفضولى فهل يزيد ذلك على الأصيل و بالجمله.

انّ تلك الشروط الثلثه لا شبهه فى اعتبارها فى العقد الفضولى حين العقد فإنّ الإجازة ليست عقدا مستأنفا حتى تعتبرها من زمان الإجازة بل اجازة للعقد السابق الصادر عن الفضولى و أنّما هى دخيله فى تأثير ذلك العقد فلا بدّ من اعتبارها فيه حين الصدور.

و اما الشروط التى تكون معتبره فيه مع كونها خارجة عن العقد و قد عبر عنها المصنف بالشروط المعتبره فى تأثير العقد أو الشروط الراجعه إلى المالك فلا يعتبر فيه اما الأول فكالقدره على التسليم فإنّ اعتباره فى العقد ليس من جهه كونها شرطا للعقد أو للعوضين أو للمتعاقدين بل أمر خارج عن العقد فإنّما يكون معتبرا من جهه تمكين المشتري من المبيع أو البائع من الثمن و تسليطهما عليهما و هذا

أما يلزم اعتباره حين التسليم فقط و ان كان البائع غير متمكن من زمان العقد حتى مع كونه أصيلاً ففي الفضولي أيضاً لا يعتبر قدره على التسليم لا حين العقد و لا حين الإجازة بل أنما يلزم اعتباره- حين التسليم و التسلم فلو باع الفضولي عن المالك سلماً فلا بدّ و ان يكون المالك متمكناً عن التسليم عند التسليم و في الأجل المعين الذي يجب تسليمه فيه و لو باع حالاً فيجب ان يكون المالك متمكناً من التسليم عند الإجازة لأنّ زمان الإجازة زمان التسليم و التسليم و بالجملة فمثل هذا الشرط لا يرتبط بالعقد و لا- بالعوضين و لا- بالمتعاقدين بل هو أمر خارج عن العقد و لا يلزم من انتفائه بطلان العقد بل يكون العقد خيارياً لتخلف الشرط الضمني و لا يفرق في ذلك بين القول بالكشف و النقل فإنّه على القول بالكشف أيضاً و ان حصلت الملكية و لكن لم يحصل زمان التسليم و التسلم و لذا لا يجوز التصرف قبل الإجازة حتى على الكشف فرمان التسليم زمان الإجازة فإنّه ليس معنى الكشف أنّ الملكية قد حصلت بحيث لكل منهما ان يعامل مع ما انتقل إليه معامله ملكه بل أنما ذلك بعد الإجازة غاية الأمر أنّها تكشف أنّ الملكية من الأول.

و اما الثاني كاعتبار كون المشتري للمصحف أو العبد المسلم مسلماً و لا يكون كافراً بناء على عدم تملك الكافر العبد المسلم و المصحف فهذا أيضاً لا يعتبر في العقد الفضولي كون المشتري للمصحف أو- العبد المسلم مسلماً حين العقد بل لا بدّ من كونه مسلماً حين الإجازة فلو باع الفضولي المصحف أو العبد من الكافر فأسلم إلى زمان الإجازة فيكون البيع صحيحاً و السر في ذلك أنّ عمده دليل اعتبار كون المشتري

مسلمًا بعد التسالم بين الفقهاء هو قوله تعالى لَنْ يَجْعَلَ اللَّهُ لِلْكَافِرِينَ عَلَى الْمُؤْمِنِينَ سَبِيلًا فَإِنَّ بَيْعَ الْمُصْحَفِ وَالْعَبْدَ الْمُسْلِمَ مِنَ الْكَافِرِ اسْتِثْلَاءٌ وَسَبِيلٌ عَلَى الْمُسْلِمِينَ بَلْ مِنْ أَعْلَى مَرَاتِبِ اسْتِثْلَاءٍ وَهَذَا الْمَعْنَى لَا يَتَحَقَّقُ بِمَجْرَدِ الْعَقْدِ حَتَّى عَلَى الْقَوْلِ بِالْكَشْفِ فَإِنَّ اسْتِثْلَاءَ أَمَّا يَتَمُّ بِتَمَامِيهِ الْعَلْقَةِ الْمَلَكِيَّةِ وَهِيَ لَا تَتَمُّ إِلَّا بِتَمَامِيهِ السَّبَبِ وَتَمَامِيهِ السَّبَبِ إِنَّمَا بِالْإِجَازَةِ حَتَّى عَلَى الْقَوْلِ بِالْكَشْفِ فَإِنَّهُ عَلَى الْقَوْلِ بِالْكَشْفِ أَيْضًا تَكُونُ الْإِجَازَةُ مُؤَثَّرَةً فِي الْمَلَكِيَّةِ السَّابِقِ فَتُكْشَفُ بِهَا حُصُولُهَا مِنْ زَمَانِ الْعَقْدِ وَبِهَا يَكُونُ الْمُشْتَرَى مُسَلِّطًا عَلَى الْمَبِيعِ وَآمًا قَبْلَ زَمَانِ الْإِجَازَةِ فَلَيْسَ لَهُ تَسَلُّطٌ عَلَى الْمَبِيعِ غَايَةَ الْأَمْرِ أَنَّهُ قَدْ مَلَكَ لِلْمَبِيعِ مِنْ زَمَانِ الْعَقْدِ لَوْ أَجَازَ الْمَالِكُ وَالْأَفْلَا فَإِنَّمَا يَحْصُلُ السَّبِيلُ وَالتَّسَلُّطُ فِي زَمَانِ الْإِجَازَةِ وَفِي زَمَانِ تَمَامِيهِ السَّلْطَنَةِ عَلَى الْمَبِيعِ لَكُونِ الْإِجَازَةِ مِمَّا تَكُونُ مَتَمَّةً لِلْعَلْقَةِ الْمَالَكِيَّةِ وَقَبْلَهُ لَا سَلْطَنَةَ لِلْمَشْتَرَى عَلَى الْمَبِيعِ بَوَاجِهُ وَلِذَا لَا يَجُوزُ لَهُ التَّصَرُّفُ فِيهِ.

نعم بناءً على الكشف بمعنى كون الإجازة معرفه محضه مع العلم بأن المالك يجيز العقد قطعاً نلتزم بعدم جواز البيع الفضولي أيضاً لحصول السبيل من زمان العقد للعلم بتحقيق العلقه بتمامها عنده و لكن قد عرفت عن تماميه ذلك المذهب و اما توهم حصول السبيل بمجرد العقد توهم فاسد فإن مجرد تحقق ما يكون له تأهليه الصحه و كونه قابلاً لان يترتب عليه تماميه العلقه المالكيه للمشتري لا يوجب إثبات السبيل للكافر على المسلم.

و بالجمله ان فقدان الشرائط الخارجيه و شرائط المالك عند العقد في العقد الفضولي لا يضرب بالصحه التأهليه التي كانت في

العقد الفضولي بل هي تحصل بذلك مع وجدانه الشروط الآخر الداخلة في العقد من شروط العقد و شروط العوضين و شروط المتعاقدين بل الصحة التأهليه باقيه الى زمان الإجازة و زمان وصول محل الشرط فإن حصل فيحكم بالصحة الجزميه و الا فيحكم بالبطلان.

ثم هل يعتبر استمرار تلك الشروط التي لا بدّ من اعتبارها الى زمان العقد أم لا يعتبر اما الشروط الراجعه إلى العقد فلا معنى لبقائه لكونها انى الحصول و الزوال فليس لها قابليه البقاء كالعربيه و الماضويه و تقديم الإيجاب على القبول و نحوها فإنها كيفيات غير قابله للبقاء.

و اما شروط المتعاقدين فالظاهر عدم اعتبار بقائها على حالها في صحة العقد كما إذا جنّ العاقد الفضولى أو مات فإنّ العقد بعد صدوره عنه صحيحا لا ينقلب عما هو عليه بانتفاء الشروط المعتره في العاقد فلا نتصوّر وجها لكونها دخيلا في صحته بحسب البقاء أيضا و أنّما الظاهر من أدله اعتبارها في العقود دخالتها في صحتها بحسب الحدوث فقط.

و اما شروط العوضين فقد بنى المصنف على استمرارها على القول بالنقل و نفى البعد عنه على القول بالكشف و ان تقدم منه عند بيان الثمره عدمه ردا على من زعم اعتبارها بتوهم ظهور الأدلّه في اعتبار استمرار القابليه إلى زمان الإجازة على الكشف.

و تفصيل الكلام هنا أنّ الشروط تاره تكون شروطا للانتقال و التمليك و التملك بمعنى أنّه يشترط في انتقال المال الى الغير و

تملكه بعض الشروط كالخمر فإن التملك و التملك و التملك و انتقال المال من شخص الى آخر بأى عنوان كان يشترط فيه ان لا يكون خمرا فمثل ذلك شرط التملك و غيره مربوط بالبيع أصلا و لذا لا يكون بغير البيع أيضا و لذا أمر رسول الله (صلى الله عليه و آله) بإرافه الروايه من الخمر الذى أهدي اليه و هكذا كلما يكون شرطا للتملك. و اخرى يكون الشرط شرطا للبيع كعدم كون المبيع أم ولدا و من الأعيان النجسه أو المتنجسه بناء على عدم جواز بيعهما و هكذا فإن مثل ذلك من شروط البيع لا من شروط التملك و الا فيصح تملك أم الولد و النجس و لذا يضمن لصاحبها من أتلها و قد تقدم فى بيع الكلاب القول بالضمنان على من أتل كلب الغير من غير ما يجوز بيعها ككلب الحارس و الدور و لذا لو مات مالك تلك الأمور تنتقل الى وارثه و هكذا كلما كان من هذا القبيل فلا شبهه فى عدم اعتبار استمرارها اى تلك الشروط الى زمان الإجازة حتى على القول بالنقل فإنها كانت محققه فى زمان تحقق العقد و البيع لكفى و لأن الإجازة ليست عقدا مستأنفا حتى يعتبر استمرارها الى زمانها و على هذا فلو باع الفضولى أمه الغير أو متاعه ثم صار ذلك أم ولد أو متنجسه أو نجسه فعلى القول بالكشف لا شبهه فى صحة البيع لو اجازة المالك لحدوث التوليد و التنجيس فى ملك الغير فإن بالإجازة تنكشف انتقالها إلى المشتري من زمان العقد و كون التوليد و التنجس واقعا فى ملك المشتري فإن ما لا يجوز أنما هو بيع أم الولد أو النجس و الفرض هنا انهما حصلا فى ملك المشتري لا انهما حصلا قبل البيع ليمنع عنه و البيع أنما تحقق فى زمان تحقق العقد و ليس الإجازة إلا إجازة ذلك العقد

لا أنّها عقد جديد و كك على القول بالنقل أيضا لا يبعد ذلك فإنّ الملكيه و ان لم تحصل إلا في زمان الإجازة و لكن الإجازة هنا أيضا ليس عقدا جديدا بل هي اجازة للعقد السابق المتحقق فضوله فيكون البيع حاصلًا قبل ان تصير الأمه أم ولد أو يكون المبيع نجسا و أنّما صارا كذلك قبل الانتقال الى الغير فلا شبهه في جواز ذلك فلذا يتوارث الوارث و بالجملة أنّ الإجازة ليست عقدا جديدا و أنّما هي إمضاء للعقد السابق الذى بيع أو نكاح فقد تحقق عنوانه و أنّما الاستناد يكون بالإجازة ليكون يباع للمالك أو نكاحه و هكذا و الا فاصل العقد على القولين قد تحقق عند العقد نعم ما هو شرط التمليك و الانتقال فلا بدّ من بقائه إلى زمان الإجازة.

### فرع لو باع شخص خلا لآخر ثم صار ذلك خمرا ثم انقلب إلى

الخليه فهل يحكم بصحة الانتقال هنا المستلزم صحة البيع أم لا

اما على الكشف فلا شبهه في صحة البيع لكون القلب و الانقلاب في ملك الغير و اما على النقل فالظاهر بطلان البيع لعدم صحه النقل حين الإجازة فإن ما وقع عليه العقد لم يبق على حاله و ما هو موجود فإنّما هو ملك جديد لم يقع عليه العقد لتبدل الصورة النوعيه فإنّ الخمر و الخل في نظر الشارع من الصور النوعيه المتخلفه كما إذا فرضنا أنّه باع الفضولى عبدا ثم صار ذلك كلبا حقيقه لا- إنسانا في صورته الكلب ثم تبدل إلى الإنسانيه فإنّ الإنسان الثانى غير الإنسان الأول فلا يصح ذلك البيع بالإجازة لما ذكرناه إذا فلا بدّ من بقاء المال على هيئته التى وقع عليها العقد الفضولى من كونه قابلا لوقوع العقد عليه و واجدا على شرائط الانتقال من حين العقد الى

حين الإجازة و الا فلا يصح انتقاله الى الغير بالعقد ففي الحقيقه مثل هذا الشرط الذى شرط التملك شرط للانتقال أولا و بالذات و يكون شرطا للبيع ثانيا و بالعرض فإنه إذا لم يصح الانتقال لم يصح البيع أيضا كما هو واضح.

### الأمر الثانى فى معرفه المجيز العقد المجاز و العلم بكونه واقعا

مع تعيينه

و يقع الكلام هنا فى جهتين

#### الاولى فى أنه هل تصح -

الإجازة على تقدير الوقوع أم لا

كما إذا يقول لو بيع مالى فضوله أو أوجرت دارى فقد أجزته و الثانيه هل يمكن تعلق الإجازة بالأمر المبهم أم لا- اما الجبهه الأولى فقد حكم شيخنا الأنصارى ببطلان الإجازة لكونه تعليقا فيما هو بحكم العقد فإن الإجازة و ان لم تكن عقدا الا أنه فى حكم العقد فحيث ان التعليق فى العقد باطل فيكون فيما هو بحكم العقد أيضا باطلا و أضاف إليه شيخنا الأستاذ أن الإجازة من الإيقاعات فالتعليق فى الإيقاعات لا يعقل.

اما ما افاده شيخنا الأنصارى ففيه أولا- لا- دليل على بطلان التعليق فيما هو فى حكم العقد فإن عمده الدليل على بطلانه هو الإجماع كما تقدم فالمتيقن هو بطلانه فى نفس العقد لا ما فى حكمه و ثانيا أنه تقدم فى السابق أن التعليق فى العقد موجب للبطلان إذا كان بأمر خارج عن العقد و اما لو كان على أمر يكون مقوما له و داخلا فيه فلا دليل على بطلانه بل هو فى جميع العقود موجود و ان لم يصرح به فلو كان مثل ذلك موجبا للبطلان للزم الحكم ببطلان جميعها و هذا نظير ما إذا قال ان كنت زوجتى فأنت طالق أو ان كان هذا مالى فبعته فكك الإجازة.

ص: ٣٠٨



و اما ما افاده شيخنا الأستاذ فلم نعقل له معنى محصّيه لا حيث أنّ التعليق في الإيقاع قد وقع في الشريعة المقدسه فكيف له الحكم بكونه غير معقول في الإيقاعات كالتدبير فإنّه من الإيقاعات مع كونه معلقا على الموت و كالوصيه بناء على كونها من الإيقاعات كما هو الحق فإنها متوقفه على الموت بل عرفت ان الدليل على بطلانه أنّما هو الإجماع فالمتيقن منه ليس الا العقود فلا علم لنا لدخول الإيقاعات معقده فلا يضرّ فيها التعليق.

### و اما الجبهه الثانيه أعني إمكان تعلق الإجازة بالأمر المبهم

فهى متفرعه على الجبهه الاولى و لذا قد مناها على عكس ما فعله المصنف فقد نزل المصنف هنا الإجازة منزله الوكاله فما لم يبلغ الأمر في ذلك الى مرتبه لا يصح معه التوكيل يصح ان تتعلق به الإجازة.

و الظاهر جواز تعلّقها بالأمر المبهم إذا لم نقل بكون التعليق فيها مضرًا كما إذا لم يدر المجيز ان الواقع بيع داره أو إجارته أو بيع الفرس أو غير ذلك فيقول أجزت ذلك الأمر الواقع ان كان إجاره- فأجزت الإجاره و ان كان بيعا فأجزت البيع و هكذا و هكذا و لا يلزم معرفه المجاز و لا يضرّ عدم المعرفه بصحة الإجازة و هذا نظير ان يعطى احد ماله لشخص بذلا فعلم ذلك و لكن لا يدرى أنّه اىّ شىء فيقول أجزته فهل يتوهم احد عدم صحه ذلك بل هذا أوضح من الوكاله فإنّ فى الوكاله و ان كان يصحّ تعلّقها بالأمر المبهم و لكن يشترط فى صحه ذلك وجود جامع بين تلك الأفراد التى كان المأذون فيه مبهما بينها و الا فلا يصحّ التوكيل بالفرد المردد و هذا بخلافه هنا فإنّ الإجازة تتعلق بالواقع المردد بين الافراد الكثيره و ان لم يكن

بينها جامع فإن التردد لا يمنع عن ورود الإجازة إلى مورده و محله في الواقع و هذا نظير إتيان أربعه ركعات من الصلاه الرباعيه بقصد إتيان الواقع إذا علم بكون ذمته مشغوله بأربعه ركعات من الصلاه مع الجهل بخصوصياتها.

و من هنا يظهر بطلان ما في كلام شيخنا الأستاذ حيث قال انه لا يجرى في المقام ما يجرى في الوكالة فإنها تصح على نحو الإطلاق و ان لم تصح على نحو الإبهام و اما الإجازة فلا معنى لتعلقها بالعقد على نحو الإطلاق لأن عقد الفضولي وقع على شيء خاص و هو لو كان مجهولا عند المجيز فلا تشمله الأدله الداله على نفوذ الإجازة بل حكمها حكم تعلق الوكالة بالأمر المبهم التي لا اعتبار بها عند العقد و وجه البطلان أنّ ما تقع عليه الإجازة و ان كان امرا شخصا غير قابل للإطلاق لا كليا قابلا للإطلاق الا- أنّ اشتراط كون متعلقها امرا قابلا للإطلاق بلا دليل بل أنّما تكون الإجازة واقعه على موردها و ان كانت المحتملات كثيره و بالغه الى حد لا تصح ان تتعلق به الوكالة فإنه بناء على جواز التعليق فيها تنحل ذلك الى قضايا عديده فيكون التقدير ان كان هذا العقد واقعا على مالى فأجزته و ان كان ذلك فأجزته و هكذا و بالجملة أنّ الإجازة بعد صدورها من أهلها ترد على محلها و ان كان المحل من الإبهام بمكان فإنّ توجهها الى العقد الواقع على ماله و ان كان امرا شخصا غير قابل للإطلاق فيقول المجيز أجزت الواقع على ما هو عليه ان كان كذا فكذا ان كان كذا فكذا.

**الأمر الثالث ان العقد المجاز اما أول عقد وقع على مال نفسه**

أو آخر عقد وقع على ماله أو أول عقد وقع على عوض ماله أو آخر عقد وقع على عوض ماله فهذه أربعة صور ثم أنه أما العقد الوسط بين عقدين واقعين على مورد العقد الوسطى أو وسط بين العقدين الواقعين على بدله أو على الاختلاف و على كل من هذه الأربعة فاما ان ذلك العقد الوسط واقعا على عين مال الغير فيتشعب من اجازة الوسط ثمانية صور فيرتقى المجموع إلى اثني عشر صور و توضيح ذلك أنما يكون في ضمن مثال فلو باع الفضولي عبد المالك بفرس و باع مشتري ذلك الفرس بدرهم و باع الآخر العبد بكتاب ثم باع الآخر العبد بدينار و باع الآخر الدينار بجاريه.

فهذه البيوع الخمسة حاوية لبيع واقع على مورد ابتداء و هو بيع العبد بفرس و بيع واقع على مورد ذلك البيع الأول وسطا و هو بيع العبد بكتاب و بيع واقع على ذلك المورد لاحق و هو بيع العبد بدينار و حاو أيضا على بيع وارد على بدل العبد و هو بيع الفرس الذى بدل العبد بدرهم و على بيع وارد على بدل العبد أيضا و لكن لاحق و هو بيع الدينار بجاريه فهل تكون اجازة العقد الوسط الذى بيع العبد بكتاب الذى وقع قبله عقد على مورد و عقد على بدله و كذلك بعده اجازة السابق و اللاحق أو ليس اجازة لشيء منها أو نقول بالتفصيل فيتضح بذلك المثال حكم المقام فتارة نتكلم على الكشف و آخر على النقل أما على الكشف فلو أجاز مالك العبد بيع العبد بكتاب فيكشف ذلك ان العبد من حين العقد صار ملكا لمالك الكتاب و الكتاب صار ملكا لمالك العبد و وقع بينهما التبادل و اما بيع العبد بفرس فيكون باطلا لكونه واقعا فى مال الغير و لم تتعلق به

الإجازة من المالك فيقع باطلا.

و اما بيع الفرس بدرهم فهو أمر آخر أجنبي عن بيع العبد فيكون فضوليا و موقوفا على اجازة مالكة.

و اما العقود اللاحقة فيصح كلاهما فإنه بعد كون العبد ملكا لمالك الكتاب من حين العقد كما هو المفروض على الكشف فقد باع هو ماله بدينار فيكون الدينار ملكا له أيضا من حين العقد فإذا باعه بجاريه فيصح بيع الجاريه أيضا.

و اما على النقل فتحكم العقود السابقة على بيع العبد بكتاب حكمها على طريقه الكشف في كل من العقد الوارد على مورد العقد المتوسط و العقد الوارد على مورد بدله فيحكم ببطلان بيع العبد بفرس و بصحة بيع الفرس بدرهم مع الإجازة و اما العقود اللاحقة - فحيث ان الإجازة ناقله من حينها فيكون العقد الواقع على العبد مع الكتاب موجبا للنقل و الانتقال من حين الإجازة فيكون العبد ملكا لمالك الكتاب من زمان الإجازة و اذن فيكون بيع مالك الكتاب العبد بدينار قبل اجازة مالك العبد المبادله الواقعه بين العبد و الكتاب بيعا لما لا يملك و ما ليس عنده فيتوقف صحته و عدمه مطلقا أو مع الإجازة و عدمها على ما تقدم من بيع مال غيره لنفسه ثم ملكه فراجع.

قوله الثالث المجاز اما العقد.

أقول و حكم المسألة في غاية السهولة و لكن تصويرها في غاية الصعوبة و قد ذكره المصنف و أوضحه بأمثله و نحن أيضا نوضح المسألة بالمثل الذي ذكره المصنف و لكن نحله الى مثالين لأجل التوضيح

ص: ٣١٢

و حاصل ما ذكره المصنف من تصوير تعلق الإجازة بالمجاز قبل تصويره بمثال هو ان العقد المجاز اما هو العقد الواقع على نفس مال الغير أو العقد الواقع على عوض مال الغير و على كلا التقديرين فإما ان يكون المجاز أول عقد وقع على مال الغير أو عوضه أو آخره أو عقدا بين سابق و لاحق واقعين على مورده أو بدله أو بالاختلاف و محصله ان العقد المجاز تاره يكون أول عقد وقع على عين مال الغير و آخر يكون آخر عقد وقع على عين مال الغير و ثالثه يكون أول عقد وقع على بدل مال الغير و رابعه آخر عقد وقع على بدل مال الغير فهذه أربعة صور و أيضا قد يكون المجاز العقد المتوسط فهو تاره يكون وسطا بين عقدين واقعا على مورده و الاخرى يكون وسطا بين عقدين واقعا على بدل مورد هذا العقد الوسطى و ثالثه يكون العقد السابق منه واقعا على مورده و اللاحق به واردا على بدل مورده و رابعا يكون عكس ذلك فهذا العقد الوسط الذى يكون موردا للإجازة تاره يكون واقعا على عين مال الغير و اخرى على بدله فتكون هذه على ثمانية أقسام و مع إضافه الأقسام الأربعة إليها ترتقى إلى اثني عشر قسما فنوضح ذلك بتقسيط ما ذكره المصنف من المثال الى مثالين و يجمع جميع ذلك مثالان بتقسيط الفرض إليهما ممّا مثله المصنف الأول نفرضه فيما يكون العقد المجاز واقعا على المال لا العقد الواقع على بدله و تصويره أنه لو باع شخص فضوله عبد المالك بفرس ثم باع البائع - الفرس بدرهم و باع المشتري العبد بكتاب و باع صاحب الكتاب العبد بدينار و باع الدينار بجاريه و قد وقع هنا عقود خمس و الوسط منها مسبوق بعقدين وقع أحدهما على مورده اعنى بيع العبد بفرس و

الأخر على غير مورده اعنى بيع الفرس بدرهم و ملحوق أيضا بعقدين أحدهما واقع على مورده و هو بيع العبد بدينار و الآخر واقع على غير مورده و هو بيع الدينار بجاريه و مرادنا من اشتراك المورد كون المال الذى يكون ثمننا أو مثننا متحدا مع العقد الآخر فى هذه الجهه أى كما انه ثمن أو مثن فى هذا العقد و كك هو أيضا ثمن أو مثن فى ذلك العقد.

فلو أجاز العقد الوسط فبناء على الكشف فتكشف كون العبد ملكا للمشتري أعنى صاحب الكتاب من حين العقد فيكون بيعه العبد بدينار بيعا واقعا فى ملكه و هكذا بيع الدينار بجاريه فإن جميع ذلك متفرع على اجازة العقد الوسط و كونه موجبا لحصول الملكيه من حين العقد كما هو مقتضى الكشف و اما العقدين السابقين على المجاز فالعقد الذى ورد على مورد العقد الوسط اعنى بيع العبد بفرس فيكون باطلا- فإنه لم يتعلق به الاذن اللاحق و خرج عن قابليه لحوق الإجاره به بإجازة العقد الوسط لعدم بقاء الموضوع له فإن مالک العبد قد أجاز بيعه بكتاب فإجازة بيعه بكتاب لا يستلزم صحه بيعه بفرس اعنى العقد السابق.

و اما العقد السابق الواقع على بدله اعنى بيع الفرس بدرهم فهو عقد آخر غير مربوط ببيع العبد بكتاب و ليس بينهما ملازمه ليلزم من اجازة بيع العبد بكتاب اجازة بيع الفرس بدرهم بل هو عقد مستقله وقع على مال الغير فضوله فإن أجاز المالك صح و الا فلا.

و اما على النقل فبالنسبه إلى العقدين السابقين الكلام هو الكلام و اما بالنسبه إلى العقدين اللاحقين فان قلنا بصحه بيع

مال الغير لنفسه ثم ملكه سواء قلنا بصحته مع الإجازة المتأخره أو بدون الإجازة فيكونان أيضا صحيحين و الا فيكونان باطلين لا من جهة عدم التفرع بين العقد الوسط و بينهما بل من جهة كونها من صغريات بيع ما ليس عنده كما تقدم.

و من هنا ظهر أنه لو أجاز العقد الأول فإنه يستلزم صحة العقود المتأخره بأجمعها و لو أجاز العقد الأخير فإنه لا يستلزم صحة العقود المتقدمه بل ما يكون واردا على مورده فيبطل و ما لا يكون واردا على مورده يتوقف صحته على الإجازة.

بقى هنا أمران لا بدّ من التعرّض لهما الأول أنّ إجازة العقد لا يستلزم صحة العقود السابقه إذا أجاز المالك ذلك العقد لنفسه كما عرفت و اما إذا أجاز للبائع فيصح بذلك العقود السابقه أيضا و ذلك لأنّ صحة بيع العبد بكتاب و كونه للبائع يستلزم صحة بيع العبد بفرس فإن صحه بيع العبد بكتاب متفرع على صحه بيع العبد بفرس فإنه لو لم يكن بيع العبد بفرس صحيحا لا يكون العبد منتقلا إلى المشتري و لا يصح بيع المشتري ذلك العبد بكتاب صحيحا فإنّ موردهما واحد اى البيعان وردا على العبد و ان كان البائع فى أحدهما هو الفضولى و فى الآخر هو المشتري و إذا صح بيع العبد بفرس فيستلزم ذلك صحه بيع الفرس بدرهم أيضا من غير توقف على الإجازة فإن لازم صحه بيع العقد بفرس و كون العبد للمشتري ان يكون الفرس للبائع و الا فلا يصح بيع العبد بفرس و إذا لم يصح العبد بفرس فيستلزم ذلك عدم صحه بيع العبد بكتاب مع انا فرضنا صحته بإجازة المالك فيعلم من ذلك كون الفرس للبائع فإذا كان له فيصح بيعه بدرهم من

غير توقف على الإجازة لكونه بيعا لما له و واقعا فى ملكه.

ثم أنّ هذا الذى ذكرناه انما هو على الكشف و اما على النقل فيتوقف أيضا على المسأله السابقه من توقف البيع على الملك و الا فيبطلان كما هو واضح.

الأمر الثانى أنّ مرادنا من استلزام اجازة واحد من العقود- صحه العقود اللاحقه العقود الطويله الرتبيه التفرعيه اى يكون العقد اللاحق أو السابق متفرعا على العقد المجاز و لازما له أو ملزوما عليه بحيث يكون مشتريه أو بايعه بائعا أو مشتريا للآخر الذى يتفرع صحته على العقد المجاز بحيث تكون رتبته متأخره عن رتبه العقد المجاز و ان لم يكن لا حقا له بحسب الزمان كما تقدم أنّ اجازة عقد الوسط يستلزم صحه العقود السابقه إذا كان ذلك للبائع.

و اما إذا لم يكن بينها ملازمه و ان كان بينها طول بحسب الزمان فلا يستلزم أجازته صحه العقود اللاحقه كما إذا فرضنا أنه باع الفضولى العبد بفرس و باع شخص آخر ذلك العبد بحمار و باع ثالث ذلك العبد ببقرة و باع رابع الفرس بدرهم و هكذا فأجاز المالك بيع العبد بحمار فلا يستلزم ذلك شيئا من صحه العقود السابقه أو اللاحقه لعدم الارتباط بينها بوجه بل كلها أجنبيّه عن العقد المجاز كما هو واضح.

و من هنا صح.

دعوى الكبرى الكليه فى المقام على استلزام اجازة العقد صحه الآخر و هى أنه كلما كان بين عقدين ملازمه اما بكون الأول لازما و الآخر ملزوما أو العكس فاجازة أحدهما مستلزم لإجازة الآخر و الا فلا



فهذه كبرى كليته مختصره لضابطه ذلك و بعباره أخرى أجاز عقد يوجب صحه كل عقد يرتبط به بوجه من الارتباط و يكون من شئونه و الا فلا.

المثال الثانى ان يكون المجاز هو العقد الوسط أيضا و لكن واقعا على بدل مال الغير فنوضح ذلك أيضا بما ذكره الشيخ كما إذا فرضنا أنّ الفضولى باع العبد بفرس و باع الفرس بدرهم و باع الدرهم برغيف أو اشترى به رغيفا ثم بيع الدرهم بحمار و بيع الرغيف بعسل فبيع الدرهم برغيف عقد وسط واقع على بدل مال الغير و هو الدرهم فإنه بدل الفرس الذى بدل العبد و قبله عقدان أحدهما وارد على مورده و هو بيع الفرس بدرهم فإنّ الدرهم أيضا مورد العقد الوسط و الثانى بيع العبد بفرس غير وارد على مورده و كك بعده عقدان- أحدهما وارد على مورده و هو بيع الدرهم بحمار و الثانى غير وارد على مورده و هو بيع الرغيف بعسل فلو أجاز العقد الوسط اعنى بيع الدرهم برغيف أو اشتراء الرغيف بدرهم فهو على الكشف يستلزم صحه العقود السابقه أيضا فإنّ صحه بيع الدرهم برغيف يستلزم صحه بيع الفرس بدرهم فإنه لو لم يصح ذلك لا ينتقل اليه الدرهم حتى يجيز بيعه برغيف و صحه بيع الفرس بدرهم يستلزم صحه بيع العبد بفرس و الا فلا يكون الفرس له ليكون الدرهم له ليحيز بيع الدرهم برغيف أو- اشتراء الرغيف بدرهم.

و اما على النقل فتكون البيوع السابقه واقعه فى غير ملك المالك لعدم كون البائع مالكا فان قلنا بصحتها مع الإجازة أو بدونها فبها و الا فتبطل. و اما العقود اللاحقه فبيع الدرهم بحمار الذى وقع على مورد العقد الوسط يكون لازما لصحه الوسط بالإجازة على الكشف لكون الدرهم ملكا للمالك بعد اجازة العقد الوسط على الفرض فيكون اشتراء الحمار به

أو يبيعه بحمار في ملك مالكة. و أما بيع الرغيف بعسل فيكون عقدا فضوليا موقوفا على اجازة المالك لأنه غير ملازم لإجازة بيع الدرهم برغيف.

و بالجمله الحكم في هذا المثال على عكس المثال الأول كما عرفت.

و من هنا ظهر بطلان ما ذكره المصنف من ان العقود المترتبة على مال المجيز لو وقعت من أشخاص متعدده كان اجازة وسط منها فسخا لما قبله و اجازة لما بعده على الكشف و ان وقعت من شخص واحد انعكس الأمر و وجه البطلان أشار أنّ تعدد الأشخاص و انفراده ليس ميزانا في المقام بل المناط هي الملازمة بين المجاز و العقود الآخر و الا فيمكن ان يصدر العقد من الأشخاص العديده و مع ذلك يكون المجاز فقط صحيحا و إن كان وسطا كما تقدم نظيره مثل وقوع العقود المتعدده الفضوليه على شيء واحد فأجاز المالك الوسط و هكذا من شخص واحد و كذلك ظهر بطلان ما ذكره الشهيد و غيره في الإيضاح و الدروس من أنّ العقود المترتبة لو وقعت على المبيع صحح و ما بعده و في الثمن ينعكس فان كل ذلك لا يكون ميزانا هنا كما يظهر وجهه بالتأمل.

قوله ثم ان هنا إشكالا في شمول الحكم لجواز تتبع العقود- لصوره علم المشتري بالغصب.

أقول و قد أشار العلامة الى ذلك الاشكال و أوضحه قطب الدين و الشهيد على ما في المتن فحاصله ان المشتري مع العلم بكون البائع غاصبا يكون مسلطا للبائع الغاصب على الثمن و لذا لو تلف لم يكن له الرجوع و هكذا لو علم البائع بكون الثمن غصبا و ان كان المفروض في كلامهم هو الأول و لكنّه من باب المثال و على هذا فلا ينفذ فيه اجازة المالك المجيز اي المغصوب منه بعد تلفه أي الثمن المدفوع عوضا عن المغصوب بفعل المسلط بان يدفعه مثمنا عن مبيع

اشتراه لعدم بقاء الموضوع للعقد الأول. نعم لا يجرى ذلك مع الجهل فان التسليط هنا غير مجاني.

و بالجمله انّ ما دفع الى الغاصب مع العلم بكونه غاصبا غير قابل لان يكون ثمنا من مال الغير لانه قد يسلط الغاصب عليه مجاناً فبعد ما نقله الغاصب الى الغير بجعله ثمنا أو مئنا قبل ان يجيزه المغصوب منه فلا- يبقى موضوع للإجازة لبقاء المغصوب بلا عوض.

و هذا الاشكال مبني على أن مال المسلط مع العلم بكونه البائع غاصبا يكون تالفا من كيسه بعد إتلافه الغاصب بيع و نحوه لأنه قد أذهب احترام ماله بتسليط الغير إياه فيكون عند التلف تلفا من كيسه.

نعم مع بقاء العين تصح إجازة المالك البيع الأول.

نعم يمكن أن يقال بعدم صحة البيع الأول بإجازة المالك حتى مع بقاء عين مال المسلط بناء على أنه مسلط الغير على ماله مجاناً فاذهب به احترام ماله فيكون بذلك داخلا- في ملك الغاصب من الأول فيكون مال المغصوب منه بلا عوض فيبطل البيع فلا تبقى هنا صحته تأهليه لتكون فعلية بإجازة المالك المجيز و على هذا لا وجه للقول بانّ إجازة العقد الوسط الواقع على الثمن إجازة لما قبله أو إذا وقع العقود المترتبة من أشخاص متعدده صح إجازة العقد الوسط و ما بعده و ان وقعت من شخص صح الوسط المجاز و ما قبله أو ما ذكرناه من الميزان الكلي في ذلك من انّ إجازة عقد من العقود المترتبة يستلزم إجازة جميع ما يتعلق بها و الوجه في ذلك كله يظهر بالتأمل - لكن هذا الاشكال ليس بصحيح لوجه قد أشار إليه الفخر رحمه الله عليه.

الأول بفساد المبنى بأنه لا- دليل على كون مال المسلط ملكا للغاصب مع علمه بكونه غاصبا و ذلك فإنه قد سلطه على ماله بعنوان البيع لأن يكون المعوض له عند اعتبارهم فيكون دليل اليد محكما مع بطلان البيع فيكون المال باقيا على ملك المسلط فلا يكون علمه بذلك موجبا لتخصيص قاعده اليد و قد تقدم في ما لا يضمن ان الملكية العقلائية القائمة باعتبارهم أو الملكية عند المتبايعين غير مربوطه بالملكيه الشرعيه فأقدام المسلط على المعامله مع علمه بكون البائع غاصبا لا يقدم على تلك المعامله مجانا بل يسلمه على ماله بعنوان المعاوضه و ان لم تكن حاصله عند الشارع فيكون ماله غير داخل على ملك الغاصب اذن فإذا أجاز المالك المجيز العقد الصادر من الغاصب على ماله فيكون صحيحا.

و بالجمله بعد ملاحظه إقدام المشتري على المعامله المعاوضه و عدم تسليطه الغاصب على ماله مجانا بل بعنوان المعاوضه و لو عند العقلاء فلا وجه لتوهم كون المقام خارجا عن قاعده اليد تخصيصا و كون ماله ملكا للغاصب مجانا.

الثاني ان هذا الاشكال على تقدير صحته انما لا يجرى على الكشف بل يختص بالنقل و ذلك فإن منشأ الاشكال انما هو توهم أن المالك سلط الغاصب على ماله تسليطا مجانيا فلا تصل النوبه إلى إجازة المجيز لعدم بقاء الصحه التأهليه للعقد حتى تنضم إليه الإجازة لأنه سلط الغاصب على ماله مع فرض بطلان العقد الفضولي الا ان هذا المنشأ غير موجود هنا فان تسليطه الغاصب على ماله تسليط بعد تحقق البيع و لو بعديه رتيبه كما في المعاطاه فيكون ذلك وفاء للثمن الذي لزم عليه بالمعاوضه لا انه تمليك مستقل

ليوجب انعدام العقد الأول و سقوطه عن الصحة التأهليه و ليس تسليطه الغاصب على ماله مع فرض بطلان العقد بل مع فرض صحته نعم بناء على النقل يمكن جريان ذلك الاشكال مع الإغماض عن الجواب الأول فإنه بناء عليه قد وقع التسليط قبل اجازة المجيز فمع كونه الغاصب مالكا على ما سلطه عليه بتسليط المالك لا يبقى - موضوع للإجازة فإنها متفرعه على كون ما أخذه الغاصب بعنوان الثمن للمغصوب عوضا لذلك فبعد ما كان مالكا لنفسه فلا يكون عوضا عنه فيبقى المغصوب فى ملك مالكة فيكون الثمن أيضا للغاصب اما مطلقا أو مع التلف مع الإغماض عن الجواب الأول.

الثالث انه لا يتم على النقل أيضا و ذلك لأن الإجازة و ان كانت بعد التسليط و انّ الملكية و الاستناد انما يحصلان عند الإجازة لا قبلها كما هو المفروض على النقل و لكن التسليط من المشتري انما وقع بعنوان أن يكون المغصوب ملكا له بالإجازة المتأخره فيكون التسليط مقيدا بذلك لا أنه وقع مطلقا و على كل تقدير ليكون التسليط مجانيا فإذا كان تسليط المشتري الغاصب على ماله بعنوان المعاوضه بحيث يكون مراعى على اجازة المالك تتم المعاوضه من جميع الجهات فلا وجه لتوهم أن التسليط انما وقع مجانا و بالجمله أن مقتضى تسلط الناس على أموالهم هو تبعيه تسليط الغير على ماله على قصده و ارادته و غير خفى أن قصد المشتري ان يكون المغصوب مالا له فى مقابل ما يعطيه من الثمن بحيث تكون هنا معاوضه و حيث ان- الغاصب ليس مالكا على المثلث فيكون العقد من طرفه فضوليا فقهرًا يكون التسليط مراعى على اجازة المالك لكونه واقعا بقصد المعاوضه فإن أجاز المالك المجيز العقد الصادر من الغاصب فيكون صحيحا و

الا- فيكون مالا- للغاصب اما مطلقا أو مع التلف مع الإغماض عن الجواب الأول و السّر في ذلك ان الإجازة ليست بيعا ليكون التسليط الواقع من المالك أعنى المشتري تسليطا مجائيا لوقوعه على غير عنوان البيع و خارجا عنه بل انما هي من الأحكام الشرعية الثابتة على الملاك كجواز البيع و جواز الأكل و جواز الشرب و غير ذلك اذن فيكون البيع حاصلًا من زمان العقد على النقل أيضا و ان كانت الملكيه و الاستناد الى المالك و شمول العمومات من زمان الإجازة فح لا يكون التسليط الحاصل من زمان العقد الا بعنوان البيع و موقوفا على الإجازة فان لم تحصل فيكون مالا للغاصب.

و بعبارة أوضح ان منشأ الاشكال ان البيع الفضولى الصادر من الغاصب حيث كان باطلا لعلم المشتري بكونه غير مالك و انّ ما يقع عليه العقد مال مغصوب فيكون تسليط الغاصب على ماله فى ذلك الفرض و بهذا العلم تسليطا مجانيا فلا يبقى موضوع للإجازة لتصحيح البيع الصادر من الغاصب اما مطلقا لو قلنا لكونه مالكا لما أخذه من المشتري ابتداء أو بعد التلف بالنقل الى الغير فى بيع أو هبة أو نحوهما و إذا منعنا ذلك المنشأ و قلنا انّ التسليط ليس على فرض بطلان البيع بل مع فرض صحته التأهليه و لو بكون التسليط على هذا الفرض مراعى على الإجازة فلا وجه حينئذ لتوهم البطلان كما لا يخفى و هنا اشكال رابع قد أشار إليه فى الإيضاح و حاصله ان المشتري و ان سلط الغاصب على ماله الا أنه متعلق حق الغير من جهة انّ للمالك المغصوب منه أن يجيز العقد الصادر من الغاصب فضوله فيكون مال المشتري ملكا له فى مقابل ماله بإجازته لكونه أسبق من الغاصب و اولى منه فانّ الغاصب يؤخذ بأشق الأحوال

و فيه أنه لا منشأ لأخذ الغاصب بأشق الأحوال و أحسها بل هو كغيره من الضامنين لمال الغير فيكون ضامنا على ما أخذه من الغير غصبا و عدوانا و أما الزائد عن ذلك فليس عليه دليل و اما توهم أن مال المشتري متعلق حق المالك المجيز فهي الإجازة ففيه انك قد عرفت مرارا أنّ الإجازة من الأحكام الشرعية مثل جواز البيع و جواز الأكل و الشرب فكما أنّ للمالك أن يبيع و أن يأكل و أن يشرب و هكذا له أن يجيز البيع الواقع على ماله و ليس ذلك من الحقوق و من هنا قلنا أن الإجازة لا- تنتقل الى الوارث بالموت أى بموت المالك المجيز و على هذا فيمكن ان يكون مال المشتري ملكا للغاصب بالتسليط قبل الإجازة فلا يبقى موضوع أصلا لإجازة المالك ليكون ذلك ثمنا عن ماله كما هو واضح فهذا الاشكال ليس بتمام فى أحكام الرد.

### قوله رحمه الله مسأله فى أحكام الرد.

### القول فى تحقق الرد بالفعل و القول

أقول تحقيق المسأله فى ضمن جهات الاولى أنّ هذا البحث انما له ثمر إذا قلنا بأن العقد الفضولى بعد ما ردّه المالك لا تبقى له صحه تأهليته لانضمام الإجازة إليها و الا فلا اثر له من هذه الجبهه و قد تقدم أنه ليس للمالك إلغاء العقد عن ذلك و إسقاطه عن قابليته لحوق الإجازة اذن فلا اثر لهذا البحث من هذه الجبهه فإنّ العقد الفضولى بعد ردّه المالك فقابل لأن تتعلق به الإجازة و يكون صحيحا أيضا بعد الرد.

الجبهه الثانيه فى أنه هل يتحقق الرد بالفعل كما يتحقق بالقول أو لا بدّ من تحققه من القول مثل فسخت و نحوه فقال العلامة الأنصارى رحمه الله يتحقق ذلك بالقول الصريح و بالفعل مثل الهبه

و العتق و البيع و نحو ذلك من التصرفات الناقله و المعدمه لعلامه الملكيه و لكن شيخنا الأستاذ تقبل الكبرى و إمكان تحقق الرد بالفعل لكونه كقول في ذلك الا أنه منع الصغرى و عدم إمكان تحققه بمثل العتق و الهبه و البيع و نحوها و الوجه في ذلك أن هذه الأمور لا- دلالة فيها على رد العقد الفضولى السابق عليها سواء التفت المالك بها حين صدور تلك التصرفات منه أو لم يلتفت بها فيبقى العقد مع ذلك على قابليته الأولويه و صحته التأهليه بانضمام الإجازة اليه و لا يقاس ذلك بالفسخ بالخيار فإنه إزاله علاقته الملكيه فتتحقق بكل ما يكون منافيا لكونه ملكا للغير بخلافه هنا فان الرد إسقاط العقد عن قابليته لحوق الإجازة به فلا- يتحقق الا- بما يكون صريحا في ذلك و فيه ان ما ذكره هو و المصنف من الافعال كالعتق و الهبه و البيع و نحوها لا يتحقق بها الرد الا ان الافعال غير مضره بها بل يمكن ان يتحقق ذلك بالإشاره و الكتابه بان يسئله احد هل رددت العقد فيشير برأسه على ذلك أو يكتبه.

و بالجملة ان ردّ العقد كامضائه بل كإنشائه من الأمور المتوقفه على الإنشاء و الإبراز فيتحقق بكل ما يكون قابلا لذلك.

ثم بعد عدم تحقق الرد بالتصرفات الناقله فإذا باع المالك ماله الذى وقع عليه العقد قبله فضوله أو وهب أو كان عبدا فعتقه ثم أجاز البيع السابق الفضولى فهل تصح ذلك الإجازة بحيث يكون تلك التصرفات الناقله باطله أو يجب عليه أداء بدلته أ تكون الإجازة باطله و التصرفات صحيحه أو يفصّل بين القول بالكشف فنقول ببطلان التصرفات و بين القول بالنقل فنقول ببطلان الإجازة وجوه و قد



## فصل المصنف بين القول بالكشف الحقيقي و بين القول بالنقل.

و قال ان صحه الإجازة توجب بطلان التصرفات فلو كانت التصرفات صحيحة لمنعت عن صحه الإجازة فاذاً تكون صحه الإجازة مع صحه تلك التصرفات متناقضة فإنه لا يمكن الالتزام بصحة كليهما و الا فيلزم الحكم بكون المالك المجيز مالكا لثمين بل لا- بدّ اما من القول ببطلان التصرفات أو القول ببطلان الإجازة أو القول بكون ما فعله المالك المجيز من التصرفات محتاجا إلى اذن المشتري لكونها واقعه على غير وجهها فأشار المصنف إلى الأول بقوله أو البطلان و الى الثاني بقوله من امتناع الأخير و الى الثالث بقوله أو إيقاعه على غير وجهه فحيث أن الملكيه حاصله من حين العقد لتأثيره فيها على الفرض كما هو مبنى القول بالكشف فتكون التصرفات باطله و تكون الإجازة صحيحة و كاشفه عن وقوع تلك التصرفات فى ملك الغير و أما على النقل أو الكشف الحكيمى أو الكشف الذى ذكرناه فلا تصح الإجازة بل تصح التصرفات الصادره من المالك المجيز و ذلك فإنها وقعت فى ملكه و لم تبق موضوعا للإجازة فإنها أتما تصح من المالك لو لا الإجازة لا من كل احد حتى من الجبران فلم تبق المالك الى زمان العقد على هذه الصفه.

و لكن الظاهر أن الإجازة تكون باطله مطلقا و إنما التصرفات تكون صحيحة حتى على القول بالكشف الحقيقي بأخذ الإجازة معرفه محضه فإنك عرفت أنّ المؤثر فى العقد الفضولى ليس هى الإجازة المطلقه و ان صدر من الأجانب بل إنما المؤثر منها هو الصادر من المالك لو لا الإجازة فإذا تصرف المالك المجيز بين العقد و الإجازة

على نحو أوجب ذلك خروجه عن المالكه و صار بالنسبه الى ذلك المال كأحد الأجنب فتكون إجازته ملغاه و تصح تصرفاته فإنها لا- تبقى مجالاً- لكون الإجازة صادرة من المالك لو لا- الإجازة فإنّه و ان قلنا بالكشف و لكن ذلك أنّما هو بالإجازة المتأخره و الإجازة المتأخره أنّما تصح مع بقائه أى المالك على صفه المالكه على النحو الذى كان عليه حين العقد فحيث انه لم يبق على تلك الصفه فتكون أجازته لغوا فإذا لغت الإجازة فلا تكشف عن الملكيه من حين العقد بل يرتفع ما يكون مؤثراً فيها و يسقط عن الصفه التأهليه و هذا هو السر فى عدم صحه العقد الفضولى بإجازة المالك بعد تلك التصرفات المنافيه و بعبارة اخرى أنا نقول بالكشف من جهة أن أَوْفُوا بِالْعُقُودِ يوجب اسناد البيع الواقع فضوله الى المالك من حين العقد و يكون البيع بيعه و بعد ما انتقل المال قبل تحققها الى الغير و خرج عن كونه مالكا و استند اليه بيع آخر قبل الإجازة فى هذا المال بدليل الوفاء لا- يبقى مجال لاستناد بيع آخر فى هذا المال اليه بدليل الوفاء و غيره و ان قلنا ان الإجازة أنّما هي يتعلق بالعقد كما هو كذلك و لكن يتعلق بالعقد فى مورد قابل و فيما يكون العقد واقعا على ملكه و باقيا على هذه الحاله إلى زمان الإجازة ليكون مالكا الى زمانها حدوثا و بقاء و هو بعد تلك التصرفات لا يكون قابلا لإسناد البيع الفضولى إلى نفسه بحيث يكون إسناده ذلك لنفسه بالإطلاقات موجبا للإسناد السابق عليه بتلك الإطلاقات.

و توهم ان الإجازة توجب عدم صحه تلك التصرفات المتخلّله بين العقد و الإجازة و بقائها أى العين المبيعه فى ملكه فاسد

لكون ذلك دورا واضحا حيث الإجازة تتوقف على الملك فلو توقفت الملكيه على الإجازة و محققه بالإجازة فيلزم الدور.

و الحاصل ان التصرفات الواقعه بين الإجازة و العقد على أقسام الأول أن تكون منافيه للبيع السابق الواقع على العين فضوله كما إذا باعها أو وهبها للغير أو عتق إذا كان عبدا أو أمه و هكذا فإنها منافيه لصحة البيع الفضولي بالإجازة و هذا القسم لا شبهه في كونها موجب لبطان أجازته المتأخره و ذلك مضافا الى ما تقدم أنك عرفت في بعض المباحث المتقدمه ان العمومات و الإطلاقات أنما هي خطاب للملاك و أن الوفاء بالعقد يكون متوجها الى عقدهم لا الى عقد غيرهم و أنّ المراد من حليه البيع و تجاره عن تراض حليه بيعهم و تجارتهم المرضاتيه و على هذا فحين ما وقع العقد على المال فليس العقد عقدا لمالكه و يباع له لفرض صدوره من الغير فضوله و حينما يكون العقد الصادر من الغير فضوله متعلقا على ماله ليس عقدا له و يباع مستندا اليه و حينما يكون يباع له و مستندا إليه بالإجازة ليس عقدا للمالك لفرض خروج المبيع عن ملكه فتكون أجازته ذلك العقد كإجازة الأجانب فلا تترتب عليها أثر بوجه.

و بالجمله لا نعقل وجها لشمول العمومات على ذلك بعد إجازته اذن لا نعقل وجها لصحة ذلك العقد و لا يفرق في ذلك بين الكشف بأقسامه حتى على معرفيه الإجازة و النقل كما هو واضح نعم على النقل أوضح و على الكشف الحكمي واضح و سلّمنا شمول العمومات على ذلك بالإجازة و لكن تخرج عن ذلك بدليل المخرج فإن مقتضى بعض الروايات المتقدمه هو عدم جواز بيع ما لا يكون مالكا عند البيع

كقوله عليه السلام لا- توجب قبل الاستيجاب و لا تبع قبل الشراء و غير ذلك من الروايات فإن الظاهر منها أنّ من شرائط صحه البيع ان يكون البائع مالكا عند وقوع البيع عنه سواء كان ابتداء أو بالإجازة فحيث ان المالك المجيز بعد تلك التصرفات غير مالك فلا يكون بيعه المستند إليه بالإجازة صحيحه فتكون تلك الروايات مخصّصه لتلك العمومات على تقدير شمولها لذلك كما هو واضح و من قبيل تلك التصرفات الناقله تزويج الأمه للغير من المالك فإن هذا لا يبقى مجالا لإجازة تزويجها الواقع فضوله لأنّ المزوجه لا تكون زوجه و اما التصرفات الغير المنافيه للعقد السابق الفضولى فهى كالاستيلاذ و الإجاره و تزويج الأمه فقال المصنف أنّها و ان لم تخرج الملك عن قابليه وقوع الإجازة عليه الا أنّه مخرج له عن قابليته وقوع الإجازة من زمان العقد لأنّ صحه الإجازة على هذا النحو توجب وقوعها باطله و إذ فرض وقوعها صحيحه منعت عن الإجازة فهذان لا يجتمعان.

أقول أما الاستيلاذ فالظاهر أنه لا- حق بالقسم الأوّل حتى على الكشف فإنّ زمان الإجازة هو زمان كون البيع بيعا للمجيز و إذا كان من شروط البيع أن يكون المبيع غير أم ولد كما هو كذلك على ما يظهر من الأدله فلا يكون بيعه هذه المتحقق بالإجازة صحيحا و إن كان لم يكن كذلك حين وقوع العقد عليه لم تكن أم ولد فإنّ البيع يقع فى حال الاستيلاذ نعم لو كان عدم الاستيلاذ قيذا فى المتعلق كعدم كونه خمرا مثلا- فيكون البيع صحيحا فإنّ المجيز أنّما يجيز البيع الواقع من الفضولى من زمان وقوعه و لا ريب أن متعلقه فى ذلك الزمان ليس بأم ولد و أنّما حصل الاستيلاذ بعده و ان كان المتعلق أم ولد

فى زمان الإجازة فإنه لفس بمناط.

و أما الإجازة فهى تاره تكون منافيا لما فعله الفضولى فلا يعد ذلك إجازة و أخرى لا تكون منافيه فإنه تاره تكون الفضولى قد آجر داره من الغير من مبدء سنة الى منتهى السنة ثم آجرها المالك فى تلك السنة كذلك أى من المبدء الى المنتهى ثم يجيز ذلك العقد الفضولى فإنه لا يصح لمنافاه العقد الصادر من المالك مع العقد الصادر من الفضولى لأن الثانى لا ببقى موضوعا لإجازة الأول لعدم بقاء المورد على تمليك المنفعة بالإجازة بعد تمليكه لها ابتداء بعقد الإجازة فتكون أجازته العقد الأول كأجازة الأجاب فلا تشملها العمومات فإنه عند العقد لم يستند اليه و لم يكن العقد عقده و حين الإجازة لم يكن مالكا للمنفعة لتفويتها بالإجاره.

و بالجمله انّ المالك و ان كان قد تصرف فى العين بالمنفعة الغير المخرجه عن الملكيه و لكن مع ذلك التصرف فى المنفعة لم ببق موضوعا للعقد الأول فتكون اجازة ذلك باطله لعدم كون المجيز مالكا لو اجازة و ان لم يكن على نحو ليكون منافيا للعقد الفضولى فلا- تكون الإجازة باطله كما إذا باع الفضولى دار المالك و قبل ان يجيزها المالك يؤجرها من الغير ثم يجيز البيع الفضولى ففى هنا لا- يتم كلام المصنف لعدم منافاه العقد الصادر من الفضولى مع العقد الصادر من المالك فإنه لو كان هو بنفسه يؤجرها ثم باعها من الغير لم يكن باطله لعدم منافاه البيع مع الإجازة لكونه واقعا فى محلّه و صادرا من اهله و هكذا إذا تحقّق البيع بالإجازة أيضا فإنّها صادرة من أهلها و واقعه فى محلّها اعنى البيع فىكون صحيحا لصحة الإجازة من-

ص: ٣٢٩

أهلها غاية الأمر أنّ المشتري قد كان اشترى تلك الدار بشرط المنفعة و قد صارت مسلوبه المنفعة في مده فظهر العيب في العين المبيعه فيثبت له الخيار و أما البطلان فلا و هذا نظير سكون المالك في تلك الدار بين العقد و الإجازة فإنّه على الكشف كانت تلك المنفعة للمشتري و قد استوفاه المالك و فوتها عليه فلا يمكن له ان يجيز البيع حتى مع تلك المنافع لخروجها عن الملك و صيرورتها بالنسبة إليها كالأجانب فلا بدّ ان يخرج من عهده تلك المنافع و مع ذلك يثبت للمشتري الخيار فتحصل أنّ عقد الإجاره الواقعه من المالك فليس مطلقا على نحو لا- تبقى مجالا- للعقد الأول الفضولى و تكون منافيه لصحة التأهليه و تكون موجبه لخروجها عن قابليه الإجازة به و كونه صحيحا بالإجازة كما لا يخفى و من هنا ظهر حكم ما لو باع الفضولى امه المالك ثمّ زوّجها المالك من الغير فإنّ ذلك لا يوجب بطلان اجازة العقد الأول غاية الأمر يكون المشتري مختارا في الرضا بعقد البيع و فسخه و ذلك من جهه ان التزويج لا- ينافى البيع حتى إذا صدر كالا- الأمرين من شخصه لإمكان كونها ملكا لأحد و زوجه شخص آخر و أنّا المنافاه فيما يكون العقد الأول تزويجا مثل العقد الثاني فإنّه حينئذ لا يبقى العقد الثاني موضوعا للأول لأنّ المزوجه لا يتزوج.

### بقى الكلام فى الرهن

فهل يمنع ذلك عن الإجازة البيع السابق المتعلق بالعين المرهونه فضوله أولا يمنع و قد اختار شيخنا الأستاذ الأوّل و قال ان رهن غير المديون انما يصح إذا رهنه نفس المالك بالمباشره أو بالإذن منه و أما إذا رهنه غيره فاما ان يبطل الرهانه و أما الإجازة و المفروض صحة الرهن فلا محل للإجازة.

و لكن كلامه هذا مبني على النبوي المعروف الراهن و المرتهن ممنوعان من التصرف فإنه بناء على هذا لا تصح اجازة البيع السابق المتعلق بالعين المرهونه لكونها تصرفا فيكون الراهن ممنوعا من ذلك كما هو المشهور و من هنا قالوا أنّ من جمله شرائط العوضين ان لا يكونا مرهونين و أما إذا منعنا عن ذلك كما هو الحق لضعف النبوي و عدم انجباره بعمل المشهور فلا مانع من مثل هذه التصرفات الغير المنافيه للرهنه الغير الموجه لزوالها جائزه و أما التصرفات الموجه لزوالها فلا تجوز و حيث أنّ بيع الراهن العين المرهونه لا- ينافي الرهنه لبقاء الوثيقه على حالها فلا مانع من إجازة البيع السابق الوارد عليها قبل الرهن فإنّ غايه الأمر أنها تكون مالا- للغير فلا- مانع من رهن مال الغير بإجازته لجواز ذلك بلا شبهه اذن فلا مانع من اجازة الراهن البيع السابق الفضولي و صحته بها لكونها أى الإجازة صادرة من أهلها أعني المالك لو لا الإجازة و يكون البيع بها واقعا فى محلّه.

و بالجملة معنى الرهنه هو كون العين المرهونه وثيقه عند المرتهن و هذا المعنى حاصل فيما يكون الراهن من أموال غير الراهن أيضا فإن المرتهن عند وفاء الراهن دينه يبيع ذلك و يستوفى دينه و على هذا فلا مانع بعد الرهن إجازة العقد أيضا غايه الأمر يكون للمشتري الخيار فان المبيع ليس ملكا له بل هو فى معرض التلف مضافا الى كونه ممنوعا من التصرف فيه لاحتمال ان لا يقدر الراهن على أداء دينه و يبيعه المرتهن فيستوفى دينه.

و الحاصل ان الفسخ انما يتحقق بالفعل كما يتحقق بالقول بناء

على كون الرد موجبا لسقوط العقد الفضولي عن قابلية لحق الإجازة به و عن صحة التأهليه ثم ان الافعال على أقسام قسم منها يوجب و خروج الملك عن تحت مالكة لكون تلك الافعال تصرفات ناقله و ذلك كالعق و الهبه و البيع و تزويج الأمه بعد تزويجها فضوله و يلحق بذلك الاستيلاد كما عرفت و قد عرفت السير في ذلك بان الإجازة إنما تؤثر في العقد إذا كانت صادرة ممن يكون مالكا لو لا الإجازة فالمالك المجيز بعد تلك التصرفات غير مالك حال الإجازة لو لا الإجازة و لكن لا بد و ان يعلم ان معنى تحقق الرد بها ليس إسقاط العقد عن قابلية لحق الإجازة به و كونه ساقطا عن الصحة التأهليه كما يظهر من المصنف بل معنا سقوط المالك المجيز عن قابلية الإجازة فإنه ليس بمالك ان يجيز و الإجازة لا بد و ان تصدر من المالك لو لا الإجازة كما عرفت فإنها لا تدل على رد نفس العقد و سقوط نفسه عن الصحة التأهليه كما يدل الرد المتحقق باللفظ على ذلك.

و يترتب على ذلك أنه إذا لم يسقط العقد عن تلك القابلية و قلنا بأنه لم يشترط ان يكون المالك المجيز حال الإجازة مالكا حال العقد في العقد الفضولي كما تقدم اختياره من المصنف و ان لم يقبله فللمنتقل إليه أى من انتقل اليه المال من المالك أصاله ان يجيز العقد السابق و يأخذ الثمن من المشتري كما كان للوارث اجازة العقد الواقع على مال مورثه فضولا بناء على المسلك لمتقدم نعم في مثل العتق و تزويج المولا أمته من الغير بين عقد التزويج الواقع عليها فضولا و بين الإجازة لا يمكن بقاء العقد على قابلية التأهليه فإنه - بالعتق يزول موضوع البيع الفضولي و متعلقه فلا تصح إجازة البيع



العبد المعتق لا- من المالك لعدم كونه مالكا بل لا يقدر على تملكه أصلا لأن الحر لا يصبر عبدا و لا من غير المالك المعتق لعدم انتقاله إليه بالعتق مثل البيع و نحوه فإن العتق فك ملك لا نقله الى غيره و كونه مالا له ليتمكن له اجازة العقد السابق فلاجل ذلك فقها يسقط العقد السابق أيضا عن قابليه لحوق الإجازة بها.

لا يقال أنّ العتق كغيره من التصرفات المنافية لا يوجب خروج العقد عن قابليه لحوق الإجازة به و أنّما يوجب كون المعتق غير- قابل لذلك فلا مانع من بقاء العقد على قابليه التأهليه إذن فيمكن تعلق الإجازة به حينما صار الحر عبدا فيما إذا أمكن كما إذا ارتدّ ثم صار أسيرا للمسلم فله أن يجيز ذلك العقد كالوارث.

فإنه يقال و ان كان في الوارث أيضا ملك جديد و ليس اشكال من هذه الجهة و لكن العقد فيه لم يخرج في زمان عن قابليه التأهليه للصحة و أنّما استمرت تلك القابليه في عمود الزمان لاستمرار الملكيه و هذا بخلافه هنا فإنه لم تستمر الملكيه هنا في زمان الحرّيه و خرج العقد في هذه الزمان عن القابليه و بطلت لذلك و بعد صيروره الحرّ عبدا يحتاج عود تلك القابليه على دليل فلا يمكن تصحيح ذلك البيع الواقع عليه فضولا بالإجازة و توهم شمول العمومات عليه و من هنا ظهر انه لا فرق في تحقق الرد بالمعنى المذكور بين صدور تلك التصرفات حال الالتفات أو في غير حال الالتفات فإنّ المناط في تحققه هو سقوط المالك المجيز عن قابليه الإجازة و كون القصور في ذلك من قبله و لا يفرّق في ذلك بين الحالتين و لا يكون الجهل مانعا عن عدم تأثير تلك التصرفات في سقوط المالك عن قابليه

الإجازة لأنَّ حصول تلك المناط غير متوقف على العلم و القصد ليمنع عن الجهل.

و اما الإجازة و الرهن فقد عرفت انهما لا يمنعان عن بقاء قابلية العقد عن حقوق الإجازة المالكية بها كما لا يمنعان عن بقاء قابلية مالك المجيز عن إجازتهما لأن الرهن و الإجازة في بعض أقسامهما كما عرفت لا ينافيان العقد السابق الفضولى ليجب تحققها انعدام قابلية لحقوق الإجازة به و كونه ساقطا عن الصحة التأهليه.

### **قوله بقى الكلام فى التصرفات الغير المنافيه لملك المشتري من**

حين العقد.

أقول و أما التصرفات الغير المنافيه لإجازة البيع فقد فصل المصنف بينما يكون المالك حين تصرفه ملتفتا بالعقد السابق الفضولى فيكون تصرفه بمثل ذلك ردا للعقد السابق و بينما لا يكون ملتفتا بالعقد فلا يكون مثل تلك التصرفات ردا للعقد السابق.

و أما الثانى فقد أفاد فى وجهه بان الرد كالإجازة يحتاج الى القصد فبدونه لا يتحقق فحيث ان غير الملتفت ليس له قصد الى الرد فلا- يتحقق بفعله ذلك أيضا لعدم كونه هذا إنشاء للرد فلا يكون منافيا للإجازة اللاحقه و بعبارة اخرى ان اللازم فى تحقق الرد تحقق عنوانه و كون الفعل بالحمل الشائع ردا لا- ان مجرد صدور الفعل يكون ردا كما هو واضح و ليس ذلك مثل الطلاق ليكون إنكاره رجوعا و ان لم يكن المنكر ملتفتا بذلك كما هو الظاهر من الفقهاء و من إطلاق كلامهم فإن لازم معنى الإنكار هو ادعاء انها زوجته فيكون ذلك رجوعا و اما فى صور الالتفات فأفاد ان مثل تلك التصرفات كتعريض المبيع

ص: ٣٣٤

للبيع أو المعامله عليه بالبيع الفاسد أو غير ذلك ممّا يصد منه مع العلم بتحقيق بيع السابق الفضولى لى على ذلك المبيع فيكون رداً و استدلال عليه أولاً بالأخبار المتقدمه من قوله ان شاء ترك و ان شاء فعل و غيرها ممّا ورد فى نكاح العبد و الأمه بدون اذن السيد الى غير ذلك ما يدل على ان للمالك الرّد للعقد الفضولى فلا شبهه فى صدق الرد على مثل تلك التصرفات و أجاب عنه بما هو متين جدا و حاصله أن غايه ما يستفاد منها هو ان من له العقد أو مالك العبد و الأمه له اجازة العقد و له رده و اما ان الرّد بأى شىء يتحقق فليست فيها تعرض الى ذلك و دعوى صدق الرّد على تلك التصرفات مصادره و كذلك دعواه ان المجيز بعد صدور تلك التصرفات منه يصير أجنبياً عن أحد طرفى العقد فلا يؤثر إجازته فى العقد السابق فإنّ هذا أيضا مصادره و دعوى كون المجيز بعد تلك التصرفات مثل من صدر منه الرّد القولى أيضا أول الكلام و مصادره واضح و العمده ما يستدل به ثالثا من فحوى الإجماع المدعى على حصول فسخ ذى الخيار بالفعل كالوطى و البيع و العتق فان الوجه فى حصول الفسخ هى دلالتها على قصد فسخ البيع و بعباره اخرى ان فسخ العقد فى العقود الخياريه رفع ورد العقد الفضولى دفع و لا ريب أن مؤونه الرفع أكثر من مؤونه الدفع فإذا كان أمثال تلك التصرفات رفعا فتكون دفعا بطريق اولى و فيه أنه قد تقدمت الإشاره إلى جوابه فى صحيحه محمد بن قيس و توضيح ذلك ان فى العقود الخياريه قد صار المبيع ملكا للمشتري و صار من جملة أمواله فلا يجوز لغيره التصرف فيه بوجه غايه الأمر أن البائع بما أنّ له الخيار فيجوز له فسخ العقد و يتصرف فى ذلك بعد

فسخه هذا فإذا تصرف في ذلك المبيع تصرفاً لا يجوز لغير المالك أو يكون في نظر العرف ممياً يكون من آثار الملك فبالإلزامه يدل ذلك على فسخ العقد ليكون تصرفه هذا واقعا في محله وصادرا من اهله و هذا بخلاف المقام فإن المالك ما لم يجز العقد فالمال ماله و طبع المطلب يقتضى جواز تصرفاته لكونه مالكا و تصرفه واقعا في ماله و كيف يقاس ذلك بالفسخ في العقود الخياريه فلا يدل تصرفاته هذه على وقوع الرد بها بل تقدم أن التصرفات المنافيه للعقد السابق الفضولى لا تدل على الرد بل على سقوط المالك عن القابليه لإجازة العقد و كيف بالتصرفات الغير المنافيه لذلك العقد.

و بالجمله فمجرد كون الفسخ رفعا و الرد دفعا لا يدل على تحقق الرد بمثل تلك التصرفات في باب رد العقود الفضوليه بل بالتصرفات التى أقوى منها كما تقدم و أما الوطى فهو لا يدل حتى على الفسخ في العقود الخياريه أيضا لإمكان كونه زنا منه فلا يدل على ذلك و حمل فعل المسلم على الصحه لا يوجب كون الوطى موجبا لتحقيق الفسخ به فان مفهوم الوطى ليس منافيا لمفهوم البيع حتى لا يمكن الجمع و يحكم بالفسخ هذا بخلاف مفهوم البيع فإنه مناف للبيع فإنه لا بد و ان يكون البيع نفسه ان يكون واقعا على ملكه و بعد ما باع ماله من الغير لا يتحقق ذلك المفهوم و الحكم بالصحه راجع الى حكم الوطى و كذلك لا يدل على الرد هنا نعم يكون رجوعا فى المطلقه رجعيه حتى مع قصد الزنا لكونها زوجه حقيقه.

بقى الكلام فى ان مثل تلك التصرفات هل تنافى العقود الجائزه أم لا كما إذا أوصى شيئا من أمواله لأحد ثم عرضه الى البيع أو وكل

أحدا في بيع داره ثم أوقع عليه بيعا فاسدا أو عرضها على البيع فهل يوجب ذلك بطلان الوصيه و فسخ عقد الوكالة أم لا فقد ظهر مما ذكرنا عدم دلاله شىء من ذلك على فسخ العقد فان طبع كون شخص مالكا على شىء يقتضى ذلك الا ان يبقى موضوعا للوكالة و الوصيه كما إذا باع الموصى به أو باع ما وكل شخصا فى بيعه فإنه لا يبقى حينئذ موضوع للوكالة و الوصيه كما هو واضح.

قوله:

رحمه الله.

### مسأله لو لم يجز المالك فان كان المبيع فى يده

أقول إذا عرض العقد الفضولى للمالك فإن أجاز فى ما تقدم من التفصيل و ان رد فان كان العين عند مالكها فلا كلام لنا فيه و ان كانت عند البائع أو المشتري و كانت باقيه فيرجع إليهما و هكذا الأمر فى الأيدى المتعاقبه فله الرجوع بأى منها شاء و الا فعلى البائع قيمتها كما هو مقتضى اليد و السير المستمره و قد تقدم فى المقبوض بالعقد الفاسد أن المالك يرجع على القابض و كذلك المغصوب على الغاصب بقيمه يوم الدفع بحسب القواعد و لكن مقتضى صحيحه أبى و لا بد أن يرجع الى قيمه يوم الغصب و كذلك فى المقام سواء كان البائع الفضولى غاصبا أو غير غاصب ثم إذا قلنا بالضممان بأعلى القسيم فيكون مبدء أخذ ذلك بالنسبه الى كل ضامن زمان دخول العين تحت زمانه فيكون البائع الأول ضامنا من أول وضع يده عليها الى زمان دفع قيمه حتى أعلى القيم عند دخولها تحت الأيدى المتأخره و هكذا كل شخص يضمن ذلك من زمان وضع اليد الى زمان دفع قيمه و

ص: ٣٣٧

الوجه فى ذلك انّ بمجرّد وضع اليد عليها ثبت ضمانها عليه الى ان يؤديها إلى مالکها و هذا المعنى مسمّر الى زمان الدفع و منحلّ الى ضمانات عديده فيؤخذ الأعلى القيم من جميع تلك الضمانات و أما الأشخاص المتأخره لا يضمنون على الأعلى القيم قبل الأخذ فلو كانت العين فى يد البائع الأول يحاذى بخمسه و باعها من المشتري و صارت عنده يحاذى بعشرين ثم نزلت قيمتها إلى أربعة و باعها من الآخر كذلك و ترقى قيمتها عنده الى خمسين ثم نزلت إلى عشره فباعها كذلك الى الآخر فهذا الشخص الأخير لا يضمن الا على العشره لأنه لم يأخذ زائدا عن ذلك و لم يدخل غيره تحت يده ليكون ضامنا عليه بمقتضى اليد أو بالسيره و أما السابقين عليه كلهم يضمنون بخمسين فإنها فى عهدتهم من زمان وضع اليد الى حين الخروج من العهده و لو كان عند الأول بخمسين و عند الثانى بعشرين و عند الثالث بعشره و عند الرابع بخمسه فلا يضمن بالخمسين إلا الأول و لا خير بالخمسه و الثانى بالعشرين و الثالث بعشره لعين ما عرفت و إذا رجع المالك على الأول فيها و ان رجع على واحد المتأخرين فيأخذ الناقص من سابقه الى ان يأخذ بقيه قيمه من البائع الأول و على ما ذكرناه قد أشار المصنف بقوله و لو كان قبل ذلك فى زمان آخر و فرض زياده القيمه عنده ثم نقصت عند الأخير اختص السابق بالرجوع بالزياده عليه و كذلك يضمن البائع و المشتري الى أن ينتهى إلى الآخر بالمنافع أيضا كما هو مقتضى اليد و السيره أما المستوفاه فبلا شبهه و أما المنافع الغير المستوفاه على اشكال فقد تقدم الكلام فى ذلك تفصيلا و بالجملة حكم المنافع فى الضمان حكم الضمان

بالعين على النحو الذى تقدم فى الضمان بالعين.

و أما الصفات التى تزول بعد وجودها كما إذا كانت العين وقت وجودها عند البائع فاقدته لصفه و حدثت بعد انتقالها الى الثانى أو الثالث بان كانت مهزوله ثم صارت سمينه أو كانت عبدا غير كاتب ثم صار عبدا كاتباً و تعلم الكتابه فهل يكون السابق الذى وضع يديه بها مع عراء تلك الصفات يكون ضامناً بها أيضاً كضمانه بأعلى القيم و لو فى يد اللاحق و بالمنافع المستوفاه و غيرها الجامع مطلق المنافع الفائته أم لا يضمن بالصفات الا من حدثت تحت يدها فاختر شيخنا الأستاذ الأول و ان كل سابق يضمن بالعين و بجميع شئونها من المنافع و الصفات و لو كانت حاصله فى يد اللاحق أو فاتت فيها كما هو مقتضى اليد فان العين حين اتصافها بصفه الكمال كانت فى عهده الضامن الأول فيضمنها بجميع شئونها نعم لو كانت حاصله و فائته فى يد السابق فقط لا يضمنها اللاحق و لكن الظاهر ان السابق لا يضمن الصفات الحاصله فى اليد التالى و انما الضامن لها ليس الا من حدثت الصفات تحت يدها و ذلك فان مقتضى اليد أو السيره ليس الا ضمان البائع الأول سواء كان غاصباً أولاً بالعين مع الحيثيات القائمه فيها فهذه الحيثيه بالنسبه إلى المنافع موجودا فى العين فإنها متصفه بالفعل بحيثيه الانتفاع بها و قابليه استيفاء المنافع منها بالفعل و هذا بخلاف الأوصاف فإن العين و ان كانت لها قابليه السمن و قابليه تعلم الأوصاف الكماليه و لكن حيثياتها الفعلية بحيث لو أراد ان ينفع الضامن من العين بهذه الصفات لأمكن غير موجوده فيها بالفعل فلا يشمل دليل اليد الا لمن تكون حدوثها عنده فقط

ص: ٣٣٩

دون السابق عليه و دون اللاحق به كما هو واضح.

و على هذا فلو سممت ثم هزلت أو تعلم العبد الكتابه ثم زالت عنه ذلك فيضمنها من حدثت تلك الصفات فى تحت يده و تلفت عنده و لو انتقلت العين الى غير من حدثت الأوصاف عنده و تلفت لديه ضمن العين مع تلك الصفات من حدثت الأوصاف تحت يده و من تلفت عنده معا أيضا.

و بالجمله نحن نتبع فى الحكم بالضمان بدليله فبأى مقدار اقتضى نتبعه و الا فلا هذا كله حكم المالك مع الغاصب و المشتري و أما حكم المشتري مع الفضولى فيقع الكلام فيه تاره فى الثمن و اخرى فيما يغرمه للمالك

### فهناك مسئلتان

كما فى المتن

### أما الاولى ان

المشتري تاره يكون جاهلا بكون البائع الفضولى فضوليا أو غاصبا و-

اخرى يكون عالما به

أما الأول فتاره يعترف المشتري بكونه مالكا بالعين و أخرى لا يعترف و على الثانى فيرجع على الفضولى لثمن سواء كان تالفا أو باقيا لغروره إياه و على الأول تاره يكون اعترافه عن علم و اعتقاد بان المبيع مال البائع و عليه فلا شبهه فى عدم رجوعه إلى البائع فإنه بمقتضى اعترافه قد يكذب البينه التى إقامتها المالك على كونه مالا له فيكون اعترافه على نفسه فيأخذ المالك المال بعد اقامه تلك البينه فلا- يرجع المشتري الى المالك على حسب اعترافه و أخرى يكون اعترافه مستندا الى اليد فهذا الاعتراف لا يوجب أخذ المعترف به لزواله بزوال مدركه بإقامه المالك البينه على ان المال ماله لكونها مكذبه لليد و كاشفه فى الظاهر عن كونها اى اليد يد عدوان و غضب و انما استملكت مال الغير عن غير حق و ان كان فى الواقع محقا و لو



تردد اعترافه بين كونه مستندا إلى الأول أو الى الثانى فهل حكمه حكم الأول فيلحق به أو الثانى ذكر المصنف ذلك و لم يرجح أحد الطرفين و لكن الظاهر ان يلحق ذلك باليد فان الغالب بل الظاهر من المشتريين يشترى و يستندون الى اليد و لذا لو سئلوا عن ذلك فيجبو بذلك و انه كان مال فلان لكونه فى يده.

و الدليل على ذلك ان الحجج الشرعيه لا موجب لرفع اليد عنها إلا بحجه اخرى فالبينه القائمه على أن المبيع للمدعى دون البائع من الحجج الشرعيه و انما نرفع اليد عنها هنا بواسطه إقرار المشتري على ان المال للبائع مستندا فى إقراره هذا الى العلم فإنه يؤخذ بإقرار كما عرفت فلا يثبت له الرجوع الى البائع بمقتضى البينه القائمه على أن المال للمالك دون البائع لكون إقراره هذا حجه و أما فيما لم يثبت ذلك الإقرار و لا علم لنا فى كونه مستندا الى العلم الوجدانى ليكون إقراره قابلا لأخذ مقره به بل يمكن مستندا الى اليد فلا موجب لرفع اليد به عن البينه و الا يلزم رفع اليد عن الحججه بغيرها و يكفينا الشك فى ذلك أيضا لأنه لا يمكن رفع اليد عن الحججه بأمر يحتمل كونه حجه قائمه على خلافها.

قوله و ان كان عالما بالفضوليه.

أقول: لا- إشكال فى أنه مع بقاء العين لا- بدّ من ردها الى صاحبها و هو المشتري و لا يفرق فى ذلك بين كون المشتري عالما بالفضوليه أو لم يكن عالما بها فإنه إنمّا أعطى الثمن للبائع على ان يكون المثلن له و لو مع علمه بكونه غير مالك فإذا لم يترتب على ذلك الإعطاء ذلك الغرض فيكون الثمن باقيا فى ملكه و توضيح ذلك يظهر

بذكر ما ذكره المصنف

### و قد استدل على كون العين باقيه فى ملك

المشترى على تقدير البقاء بوجه

### الأول انه لم يحصل منه ما يوجب

انتقاله عنه شرعا

بيان ذلك ان النقل و الانتقال لا بدّ له من سبب شرعى فما لم يحصل فلا مقتضى لذلك و هذا متين خصوصا بضميمه ما ذكره أخيرا من كونه أكلا للمال بالباطل لما تقدم سابقا أنها ناظره إلى الأسباب و حصر أسباب التجاره بالتجاره عن تراض فان المراد من الأكل هو التملك دون الازدراد و ان أسباب ذلك الملك هى التجاره عن تراض كما هو واضح و بالجمله أكل البائع الفضولى الثمن و لو مع علم المشتري بعد ملكيه بلا مقتضى و سبب و أكل للمال بالباطل

### الوجه الثانى ما أشار إليه بقوله و مجرد تسليطه عليه لو كان

موجبا لانتقاله لزم الانتقال فى البيع الفاسد

لتسليط كل من المتبايعين صاحبه على ماله و فيه أنه يردّ عليه ما أفاده بعد أسطر من الفرق بين المقام و بين المقبوض بالعقد الفساد فان فى المقبوض بالعقد الفاسد ان الشارع قد منع عن مضى ذلك العقد و تأثيره فى النقل و الانتقال مع كون بناء المتعاقدين على ذلك و حصول الضمان الخاص المعاملى فإذا لم يحصل ذلك الضمان الخاص من ناحيه عدم إمضاء الشارع فيكون إقدامهما على الضمان الحقيقى فيكون كل من البائع و المشتري ضامنا لما أخذه من صاحبه و هذا بخلاف المقام فان دفع المال إلى البائع الفضولى سواء كان غاصبا أو غير غاصب ليس الا- كدفعه الى ثالث يعلم عدم كونه مالكا للمبيع و تسليطه على إتلافه فى أن ردّ المالك لا يوجب الرجوع الى هذا الثالث فالقياس باطل.

### الوجه الثالث ما أشار بقوله و لان الحكم بصحه البيع لو أجاز المالك

كما هو المشهور يستلزم تملك المالك للثمن فان تملكه البائع قبله يلزم فوات محل الإجازة لأن الثمن أنما ملكه الغير فيمتنع تحقق الإجازة ثم أمر بالتأمل وفيه انه قد تقدم سابقا أنما هو متفرع على البيع و بعد تحققه يسلط المشتري البائع على ذلك فاما على الكشف فواضح إذ الملكيه إنما حصلت من زمان العقد فالتسليط أنما هو تسليط المالك على ملكه و متفرع على ذلك الملكيه الحاصله بالعقد من حين العقد.

و أما على النقل فلا يبعد أن يكون التسليط مراعى بحصول الملكيه بالإجازة المتأخره من المالك فإن أجاز فيكون الثمن له فى مقابل المبيع و ان لم يجز فيكون للبائع فيكون التسليط منجزا لا ان التسليط من الأول منجز و ان المشتري سلط البائع على ماله منجزا كما هو واضح.

### و هنا وجه رابع لشيخنا الأستاذ من أن التسليط لا يزيد على

الهبة المجانيه

فلا- فرق بين صوره العلم و الجهل فحيث أن الواهب له الرجوع على الهبه ما دامت باقيه و كذلك كل من البائع و المشتري لو كان الثمن أو المثلن غصبا و فيه ان هذا أيضا لا- كليه له فان- الواهب ليس له الرجوع على العين على الإطلاق لو كانت باقيه فإنها لو كانت ثوبا فقصر أو شيئا آخر تصرف فيه الموهوب له بما يوجب تغييره ليس للواهب ان يرجعها و كذلك لو كانت لذى رحم و ان لم يقع عليه التصرف فان فى جميع ذلك ليس للواهب الرجوع الى هبته فتنزيل المقام عليها و الحكم بجواز الرجوع هنا مثلها ليس بتمام.

و من هنا ظهر حكم الجبه الثانيه أيضا أعنى جواز تصرف كل

ص: ٣٤٣

من البائع و المشتري فيما أخذه في مقابل المغصوب و انه غير جائز و تصرف في أموال الغير بدون اذنه فان التسليط لا يوجب الاذن في التصرف لأنه إنما سلطه على ماله بعنوان المعاوضه و المعامله بحيث يكون مالا له فيتصرف في ماله لا أنه سلطه عليه ليصرف مال الغير باذنه فليس له ان يتصرف فيه بعد عدم حصول المعاوضه لكونه مال الغير فلا اذن له من ذلك التصرف. قوله رحمه الله اما لو كان تالفا فالمعروف عدم رجوع المشتري بل المحكى عن العلامه و ولده و المحقق و الشهيد الثانيين و غيرهم الاتفاق عليه.

أقول قد بنى شيخنا الأنصارى تبعا لهؤلاء الأعظم على عدم الضمان في هذه الصوره أعنى بيع الغاصب لنفسه و أخذ الثمن من المشتري لنفسه و تلفه عنده و تبعه شيخنا الأستاذ و ان ناقش في بعض خصوصيات كلماته و الوجه في ذلك كما صرح به بعضهم انه سلطه على ماله بلا عوض.

و محصل كلام المصنف أن سبب الضمان انما هو لأحد الأمرين كما تقدم في قاعده ما لا يضمن اما دليل اليد و ان من وضع يده على مال غيره فلا بد له ان يخرج من عهدته بجميع شئونه و خصوصياته كما تقدم و اما قاعده الإقدام على الضمان كما استدلل بها شيخ الطائفه و غيره في ما لا يضمن و اما قاعده اليد فهى و ان كانت مسلمه و متسالما عليها بين الفقهاء و لكنها خصّيت بفحوى ما دل على عدم ضمان من استأمنه المالك و دفعه اليه المال لحفظه كما في الوديعه و الإجاره و العاريه فإن دفع العين في هذه الموارد ليس

الا بعنوان الوديعه دون الضمان فلا يكون تلفها موجبا للضمان و على هذا فإذا كان دفع المال و تسلط الغير عليه ليتصرف فيه و يتلفه فلا يوجب الضمان بطريق أولى فلا يكون ذلك الا كالبيع بلا ثمن و الهبه الفاسده و الإجاره بلا اجره فلا يكون فيها ضمان و كذلك يكون مثلا إعطائه إلى ثالث فان الجامع في جميع ذلك هو ان التسليط فيها مجاني كما لا يخفى و اما قاعده الإقدام فهي أيضا غير جاريه هنا إذ لم يقدم البائع على الضمان بالثمن لعلم المشتري بكونه غير مالك و انما الضمان به فيما يكون ذلك من البائع المالك فيكون إعطاء الثمن حينئذ في مقابل ماله تضمينا له بالمال الذي هو الثمن و لذا يكون ضامنا مع الفساد أيضا ثم أورد على نفسه بأنه أى فرق بين المقام و بين بيع الغاصب الذي تقدم فان تصحيحه انما كان بانّ البيع فيه حقيقه واقع عن المالك لأن معرفه المالك شخصه و خصوصيه غير لازم و خصوصاته غير دخيله في صحه البيع بل يكفي فيها العلم بوجود المالك الكلى لتحقيق مفهوم المبادله اعنى تبادل مال بمال في الإضافه المالكيه بحيث لو كان هذا ممكنا لم تعتبر ذلك الكلى أيضا فليكن الأمر كذلك في المقام أيضا فيكون كبيع الغاصب لكونه بانيا و لو عدوانا على كونه ملكا له و لو لا ذلك البنا لم يتحقق مفهوم المعاوضه أصلا فلا يصح مع الإجاره أيضا فإن البيع قوامه بدخول العوض مكان المعوض لا ملك شخص آخر و بالجملة: ان كان بانيا على الملكيه فلا شبهه في صحه معاملته فيكون كبيع - الغاصب فيكون يده و اقدمه مضمين و ان لم يكن بانيا على المالكيه فلا يصح بيعه حتى مع الإجاره فيخرج عن المفروض.

ثم:أجاب عن ذلك بأنه فرق بين المقامين فان معنى الضمان كون الشيء فى عهده الضامن و خسارته عليه و إذ لم يكن المبيع ملكا للبائع لا- حقيقه و لا- ادعاء مع علمها بالواقع و كون المال لغيره حقيقه فكيف يتحقق الضمان بإقدام البائع على أخذ مال المشتري باختياره و تسليطه له عليه لكونه كالأعطاء الى شخص ثالث و هذا بخلاف بيع الغاصب فإنه بادعائه مالك للمبيع مالكيه بنائيه فالخطاب بيعتك انما هو متوجه للمالك غايه الأمر توجه الى الغاصب من باب الخطاء فى التطبيق فالمبادله إنما وقعت حقيقه و فى الواقع بين مالى المالكين الحقيقيين فيكون الاقدام و اليد هنا مضمنين و بعد اجازة المالك فيكون الضمان عليه.

ثم أورد على نفسه بأنه على هذا ما الفرق بين صورتى العلم و الجهل فى البيع الفاسد حيث حكتم بالضمان هناك و بين صورتيه هنا فلا تحكمون به فأجاب عنه بان التضمن الحقيقى حاصل فى البيع الفاسد لأن المضمون به مال الضامن غايه الأمر ان فاسد العقد من جهه عدم إمضاء الشارع مانع عن مضيّ هذا الضمان فإذا لم يمض الشارع الضمان الخاص العقدى فيكون أصل الضمان بالاقدام باقيا على حاله لقاعده الاقدام أو لقاعده اليد من دون ان يكون هنا تسليم و تسلّم مجانى و هذا بخلافه هنا فان التسليط انما هو تسليط مجانى و ليس الا- كتسليط ثالث عليه و إعطائه له فلا ضمان هنا بوجه الا ان يكون فساد العقد بانتفاء شرائط العوضين ككونه خمرا أو خنزيرا أو أم ولد فإنه لا ضمان هناك أيضا فى هذه الصور هذا ملخص كلامه(رفع فى علو مقامه).

و فيه أنه و ان أتعب نفسه و أطال كلامه و لكن أسقط من كلامه ما هو نكته المقام أى صورته بيع الفضولى مال الغير لنفسه و هى ان المشتري إنما سلط البائع الفضولى على ماله بانيا على فساد العقد فيكون كسائر العقود الفاسده فلا وجه لتفريد ذلك عن غيرها من العقود الفاسده اذن فلا- وجه لقياسه بالبيع بلا ثمن فإنه ليس إلا هبه مجانيه و لا بالإجاره بلا اجره و بالعاريه و بإعطائه لثالث فان فى جميعها ان التسليط ليس الا مجانيه و هذا بخلاف المقام فان التسليط فيها ليس مجانيه و لذا لو سئل عنه أنك وهبت مالك أو أعرت فيجب انى عاملت مع فلانى و يدل على ذلك أنه لو كان التسليط مجانيه لم يكن وجه للحكم بكونه أى البائع غير جائز التصرف مع ان المصنف حكم بحرمة التصرف فى الثمن و بالجمله لا نعرف وجهها للفرق بين ما نحن فيه و بين سائر العقود الفاسده و النكته هى ما ذكرناه من ان التسليط و التسلط مبنى على الفساد اى على فساد العقد فيكون ذلك كالعقود الفاسده و قد عرفت الضمان فيها كما عرفت ان قاعده ما يضمن ليس له أساس و أن تكلف المصنف فى شرح ألفاظها و قد ذكرنا تطبيقها على القاعده من ان المراد بذلك هو ان العقد الذى كان صحيحه مبني على الضمان ففاسده أيضا كذلك بخلاف مثل الهبه و نحوها و ظهر لك أن المقام غير مربوطه بالبيع بلا ثمن ليكون هبه فاسده حتى يتوهم أن فى صحيح الهبه لا ضمان و كذا فى فاسدها أيضا.

فتحصل ان قاعده اليد لم تخصّص فى المقام بما ذكره المصنف و اما ما ذكره من قاعده الإقدام بالضمان فقد ذكرنا فى ما لا يضمن

ان الاقدام لا موضوعيه له و لا ان له دليل فى كونه مضمنا و انما الموجب للضمان هو دليل اليد بل لا يظهر ممّن ذكره فى وجه الضمان انه ذكره للاستقلال بل لبيان موضوع ضمان اليد حيث ان اليد انما يوجب الضمان فيما يكون ذى اليد مقدما عليه فإنّه لا ضمان لليد بدون الاقدام عليه كموارد الوديعه و العاريه و العين المستأجره و نحوها و الا- فليس الاقدام على استقلاله من المضمنات كما هو واضح.

نعم لو كان المبيع مما لا- يملك فى نفسه كالحزّ بحيث لا يكون هنا بيع حتى الفاسد منه بل صورته بيع و لفظه بعد كونه مالا و مما يملك يتحقق مفهوم البيع هنا فلا يكون تسليطه البائع على الثمن الا تسليطا مجانيا و بلا عوض فلا يكون هنا ضمان فانّ هذا نظير بيع البائع ماله بلا ثمن فإنه ليس من مفهوم البيع بشيء ليكون بيعا فاسدا و يأتى فيه ما قلناه فى البيع الفاسد هذا فيما لم يكن مفهوم البيع محققا لعدم قابليه المتعلق لوقوع البيع عليه.

و اما فيما يكون مفهوم البيع محققا لكون المتعلق فى نظر العرف من الأموال بل من الأموال المهمه كالخمر و الخنزير و انما الشارع- الغى مالته و أسقطه عن المالىه فيكون تسليم المشتري الثمن إلى البائع أيضا مبني على البيع الفاسد فيكون البائع ضامنا مطلقا على ما ذكرناه و من هنا ظهر أيضا ما فى كلام المصنف من أنّه لو كان فساد العقد لعدم قبول العوض للملك كالخمر و الخنزير و الحزّ قوى اطراد ما ذكرناه فيه من عدم ضمان عوضها للملك مع علم البائع بالحال فإنه يتوجه فى صورته كون المعوّض حرا لا فى صورته كونه خمرا أو خنزيرا.

**ثم بقى هنا أمور فى كلام الشيخ قد ذكرها فى ذيل المسأله**



## الأمر الأول ان مقتضى ما ذكرناه فى وجه عدم الرجوع بالثمن ثبوت

الرجوع فيما يكون البائع غير بايع لنفسه

بل أنّما باع للمالك و انما دفع المشتري الثمن اليه ليصله الى المالك فتكون واسطه فى الإيصال و تلف فى يده إذا لم يسلمه عليه و لا أذن له فى التصرف فيه فضلا عن إتلافه.

و فيه أن هذا من عجائب المصنف فإنه ليس هنا شىء من - أسباب الضمان فإن البائع و ان أخذ الثمن من المشتري و تلف عنده و لكن ليست يده يد إتلاف هنا كما صرح به (و قال و تلف) مع ذكره الإتلاف بعده و انما تلف عنده بتلف سماوى بلا تفريط من البائع فلا موجب للضمان لكون البائع أميناً فى إيصاله إلى البائع فقط و كان له ان يعكس الأمر و يقول بالضمان فيما باع مال المالك لنفسه مع علم المشتري به و أخذ الثمن و تلف عنده أو أتلفه بنفسه كما قلنا به و لا يقول بالضمان هنا نعم لو كان التلف مستندا اليه فيكون ضامنا فهو أمر آخر.

## الأمر الثانى انه لو أخذ البائع الثمن بنفسه من أن يسلمه

المشتري عليه

فيكون ضامنا مع التلف لعدم التسليط الموجب لعدم الضمان و لو كان الأخذ بانيا على العقد الواقع بينهما و هذا واضح كما أفاده فى المتن.

## الأمر الثالث انه أفاد تحقق الضمان أيضا لو اشترط على البائع

الرجوع بالثمن

لو أخذ العين صاحبها فإنه أيضا لم يسلمه على الثمن مجانا بل مع الضمان فمع التلف يكون البائع أيضا ضامنا.

## الأمر الرابع انه لا فرق فيما ذكرناه من الضمان بينما يكون الثمن كلياً أو معيناً

فإن المشتري مع كون الثمن كلياً قد طبق ذلك الكلي على الفرد و سلط البائع عليه بانبا على العقد فيكون البائع ضامناً عليه للمشتري و حيث ان المصنف قد اختار عدم الضمان في كون الثمن شخصياً فقد اختار عدمه هنا أيضاً.

### قوله المسأله الثانيه ان المشتري إذا اغترم للمالك

أقول هذه هي الجبهه الثالثه فهى ان المشتري لو اغترم للمالك غير الثمن من زياده قيمه السوقيه أو زياده على أصل قيمه أو المنافع المستوفاه أو الغرامات التى صرفها للعين و لم يستوفى فى عوضها منفعه فهل يضمن المالك بتلك الغرامات أو لا يضمن.

توضيح الكلام فى ضمن جهات ثلاث الاولى ان المالك لو أخذ زياده قيمه على أصل الثمن بان اشترى على عشره دنانير و كانت قيمه العين عشرين ديناراً فهل للمشتري ان يرجع الى البائع فى زياده قيمه أم لا.

الثانيه فى انه إذا استوفى منفعه من العين كان اشترى الدار و آجرها من غيرها فأخذه المالك العين و إجارتها الثمن فهل للمشتري ان يرجع الى البائع فى تلك المنافع أيضاً أم لا.

الجبهه الثالثه قيمه المنافع الغير المستوفاه.

الجبهه الرابعه ان المشتري إذا اغترم للعين غرامه بأن صرف مقداراً من المال فى إصلاح العين من دون أن يأخذ فى قبالة منفعه فهل يضمن البائع بها و له الرجوع إليه أم لا و من هذا القبيل إنفاق العين المشتري.

اما الجبهه الرابعه فقد استدل على الضمان هنا بقاعده نفى

الضرر بدعوى ان عدم الرجوع المشتري الى البائع فى تلك الغرامات ضرر عليه فينفى بدليل نفي الضرر.

و فيه أنه معارض بكون الرجوع ضررا للبائع فليس نفيه عن المشتري بدليله أرجح من نفيه عن البائع وقد حققناه فى قاعده لا ضرر.

و قد استدل أيضا بأن البائع هو السبب فى غرامات المشتري فيكون ضامنا لان من تسبب فى وقوع أمر فهو اولى بانتساب المسبب اليه.

و فيه ان التسيب تاره يكون على نحو يكون الواسطه ملغى عن الموضوعيه و خارجا عن الاستقلاله و اخرى لا يكون كذلك بل يكون السبب داعيا الى صدور الفعل فقط اما الأول فكمين تسبب فى قتل أحد بإعطاء السكين لمن لا يعقل من الصبى و المجنون و السفيه و إدخاله فى جوفه أو حفر بئرا فوقه فيه أحد فإن الفعل يستند حقيقه إلى السبب و الوسائط فى أمثال ذلك لا اعتبار لها و من هنا يعامل مع السبب معامله القاتل فيؤخذ منه اليه فإن الفعل حقيقه فعله و هو الفاعل فى ذلك.

اما الثانى بان لا- يكون تسيب حقيقه بل يكون السبب داعيا الى وقوع الفعل و صدوره فقط بان يقول لأحد مع كونه عاقلا و كاملا- اقتل فلانا أو اعطى سكيننا و قال اقتل زيدا فان البعث و التحريك على تقدير حرمة ليس سببا للفعل بحيث يوجب ان يستند الفعل على تقدير صدوره الى الفاعل و يكون الفعل فعله و يعامل معه معامله الفاعل لذلك الفعل كما هو واضح فحيث ان البائع ليس سببا تاما لغرامه المشتري بل هو داعى لذلك فلا يستند الغرامات

الى فعل البائع بعنوان التسبب ليكون ضمانها اليه كما هو واضح.

و حاصل الكلام انه إذا اغترم المشتري في العين المبيعه فهل يرجع الى البائع في ذلك أم لا- فهنا جهات ثلاث الاولى انه إذا اغترم زياده قيمه مما أخذه المشتري بأن كان المشتري اشتراه بعشره و كانت قيمته عشرين أو ترفت الى عشرين.

الجهه الثانيه في المنافع المستوفاه كأن أجر الدار أو الدابه أو غير ذلك من المنافع المستوفاه.

الجهه الثالثه في المنافع الغير المستوفاه و المخارج التي صرفها للعين من كيسه و لم يستوفى من العين شيئاً و من هذا القبيل إنفاق العين اما في صوره العلم بالحال فلا يرجع بشيء من ذلك اما في صوره الجهل فهل له ان يرجع في ذلك الى البائع أم لا.

اما الجهه الثالثه فالمشهور ذهبوا الى الضمان هنا فقد استدل فيها بالضمان بوجوه الأول قاعده لا ضرر بدعوى ان عدم الرجوع ضرر على المشتري و فيه انه على تقدير شمول قاعده لا ضرر على ذلك- فهي متعارضه فإن الرجوع أيضا ضرر على البائع فلا وجه لتقديم المشتري عليه.

الثاني بقاعده التسبب بدعوى ان السبب في تضرر المشتري هو البائع.

و فيه انها لم ترد في آيه و لا- في روايه و لا- انها معقد إجماع اذن فلا بد من ملاحظه ان الفعل الصادر من المسبب على نحو يستند الى السبب أولا فإن كان مستندا الى السبب سواء كان مع

ذلك لفاعل الفعل اختيار أم لا و سواء كان التسبب امرا شرعيًا أم لا فيحكم بالضمان مثلا إذا أمر صبيًا ليفتح بابا فإذا فتح يطير الطير الموجوده في الدار أو أمره بقتل احد و هكذا المجنون و السكران فان الفعل في أمثال ذلك يستند الى السبب بل الخطابات الأوليه أيضا تكون متوجهه عليه كما تقدم في بحث المكاسب المحرمه و من هذا القبيل حفر البئر ليقع به احد فوقع و مات أو نصب سكينًا في قعر البئر فقتله السكين أو غير ذلك من الموارد التي يستند الفعل الى السبب حقيقه و ان كان للواسطه اختيار كالصبي و من هذا القبيل ما يكون التسبب شرعيًا كما إذا شهد بالشهاده الزور فأوجب ذلك غرامه المشهود عليه ثم رجع في شهادته فإنه تكون الغرامه على الشاهد لكونه سببا في غرامه المشهود عليه و اما في غير تلك الموارد بحيث لا يكون تسبب في الين فلا- يضمن السبب بشيء لكونه داعيا محضا في صدور الفعل من الفاعل و انما الفاعل فعل ذلك بقدرته و اختياره فيكون الضمان عليه.

الثالث بقاعده الغرور بان الغرور يرجع الى من غرّ و هذه القاعده و ان كان لم يبعد ان تكون روايه نبويّه و لكنها غير منجبره بعمل المشهور حتى مع الغمض عن الكبرى الكليته بأن الشهره لا تكون جابره لضعف السند و ذلك لخصوصيه فيها التي تمنع عن الانجبار و هي ان المشهور لم يمكن ان يستند وافي عملهم و فتواهم هنا بالضمان لأجل التسبب و قاعده الضرر أو الروايات الخاصه و عليه فلا ينجر ضعفها بالشهره بل نجزم بان المشهور لم يستندوا لها و ذلك فإنهم و ان ذهبوا الى الضمان في هذه المسأله و لكن مقتضى

العمل بالقاعده أن يعملوا بها في جميع موارد الغرور و يفتون بطبقها أينما سرت و لم يخصوا الحكم بهذا الموارد الخاص فيعلم من ذلك انهم لم يستندوا بها كيف فهل توهم أحد بأنه لو غرّ أحدًا في أكل مال الغير بأنه راضى بذلك أو غرّه في شراء شيء على ان يريحه كذا و كذا فانكشف ان المالك لم يرض و ان المبيع لم يربح له بشيء بل ضرر فيه كثيرا ان الغار يضمن بضرر المغرور و هكذا سائر موارد- الغرور فإنه لم يفت المشهور في أمثال ما ذكرنا من الأمثلة بالضمان بل أفتوا في خصوص ما نحن فيه اذن فتكون ساقطه سندا و دلالة الا ان يكون هنا تسبب بحيث يكون الفعل مستندا الى السبب و هذا أمر آخر غير مربوطه بقاعده الغرور و قد عرفت انه يوجب الضمان بنفس الخطابات الأولى كما ان الاحكام التكليفيه أيضا ثابتة له بتلك الخطابات.

الرابع الروايات الخاصه الوارده في باب النكاح التي تدلّ على ان من غرّ أحدًا فزوجه امرأه برصا أو عوراء أو مجنونه أو امه بعنوان أنها بنت مهيره فيكون على ذلك الغار مهر الأمرية فبالغاء المورد تكون داله على الضمان بغير المهر و في غير مورد النكاح نظير المقام فالروايات في حاشيه السيد و فيه انها روايات خاصه قد وردت في باب النكاح في خصوص باب المهر و كون ضمانه على الولي فقط و التعدى عنها الى غيرها قياس فلا يمكن التعدى من المهر الى غير المهر في خصوص باب النكاح فضلا الى غير النكاح فلا يستفاد منها كبرى كليه من ان المغرور يرجع الى الغار في جميع ما اغتره و لأجل مصلحه قد حكم الشارع في موارد تلك العيوب بضمان الغار الذي

هو الولي لخصوص المهر و من هنا لو أوجب الغرور و صرف في ذلك مصارف كثيره كالإطعام و نحوه فلا يرجع فيها الى الغار بل في خصوص المهر الى المدلس كما في الروايات نعم هناك روايتان يمكن استفاده الكبرى الكليه منهما لمكان التعليل الوارد فيهما.

الأولى روايه إسماعيل بن جابر حيث أراد أحد تزويج بنت احد فزوجوه امه فقال عليه السلام رد الوليده على مواليتها و الولد للرجل و على الذى زوجه قيمه الولد يعطيه موالى الوليده كما غرّ الرجل و خدعه فان ظاهر الدليل عدم اختصاص الضمان بمورد الولد بل يعمّ غير مورد النكاح أيضا.

و فيه أيضا غير الولد و فيه مضافا الى ضعف سند الروايه فإن فيه محمد بن سنان فهو و ان ذكر عن بعض توثيقه الا ان المشهور ضعفه بل انه اعترف فى آخر عمره ان كتابه مأخوذ من السوق فلا يمكن الاعتماد برواياته فلا أقل من تعارض المعدل للجراح فيتساقطان فيبقى بلا معدل ان دلالتها غير تامه بل الظاهر منها كون ضمان الولد فقط على المزوج كما غرّه و خدعه فلا يمكن التعدى من ذلك الى غيره إذا فإذا رجع المالك الى المشتري فيرجع المشتري أيضا الى الغار كما رجع نعم يعم الحكم لكل مزوج و الوجه و الله العالم فى ذكر الولد انه لو لا الذكر لحكمنا بضمنان قيمه الولد فإنه من امه الغير فالنماء فيها كالحوانات و الأشجار للمالك و من هنا حكموا عليهم السلام فى انه لو زنا احد بامه الغير فولدت فهو لمالك الأمه و لكن حيث كان الوطى هنا محرما لكونه عن شبهه فيكون الولد للوطى فتكون قيمته على الغار كما غرّ الرجل و خدعه.

الثانيه روايه رفاعه فى قضاء أمير المؤمنين عليه السلام فى امرأه زوجها وليها و هى برضاء ان لها المهر بما استحلت من فرجها و ان المهر على الذى زوجها و انما صار المهر عليه لانه دلّسها فمقتضى التعليل هو عموم الحكم لغير مورده أيضا و فيه مضافا الى ضعف سندها لسهل بن زياد انها أيضا لا تدل على الضمان فى غير موردها و هو المهر فلا يمكن التعدى إلى الغرامات الوارده فى باب النكاح فضلا عن غير باب النكاح فان ظاهر التعليل كونه راجعا الى ثبوت المهر على الغار فلا يمكن التعدى إلى غيره لاحتمال ان يكون فى المهر خصوصيه يستدعى الضمان و ليس فى غيره فتكون هذه الروايه كغيرها من الروايات الخاصه نعم يمكن التعدى بها الى مطلق المزوج بلا- اختصاص الحكم بالولى كما اختص به الحكم فى الروايات الخاصه المتقدمه و بعبارة اخرى انه مضافا الى ضعف الروايتين فلا- يتم دلالتهما على المقصود و تماميه قاعده الغرور فى جميع الموارد إذ الظاهر منها اختصاص الضمان فى خصوص الولد و المهر على الغار و كون التعليل مختصا بهما و قد علل كون المهر على المزوج بأنه مدلس فمقتضى العليه انما هو جواز الرجوع على المهر الى كل مزوج فلا يمكن التعدى الى غير ما يسانخ المعلول نعم لا يختص ذلك بالولى بل يجرى فى مطلق المزوج كما ان ضمان قيمه الولد لا- يختص بالمزوج بل بمطلق الغار لكون ذلك على وفق القاعده.

على انه لو تمت دلالة الروايتين فأیضا لا تنافيان بالمقصود إذ الدليل أخص من المدعى فان الذى يستفاد منهما أنّ للمشتري ان يرجع الى البائع الذى غره و خدعه و دلّسه و لا شبهه انه لا يصدق



الغرور عند جهل البائع بل قد صرح في تلك الروايات انه يضمن الغار مع علمه و اما مع الجهل فلا يضمن اذن فلا يمكن الحكم بضمن الغار مطلقا سواء كان عالما بالحال أو جاهلا بها بتلك الروايات التي أخص من ذلك و اما ما عن العلامة الطباطبائي من انه لا- يفرق بين علم البائع و جهله لا- نعرف له وجهها و اما روايه الجميل التي ذكرها المصنف عن الرجل يشتري الجاربه من السوق فيولدها ثم يجيء مستحق الجاربه قال يأخذ الجاربه المستحق و يدفع اليه المبتاع قيمه الولد و يرجع على من باعه بضمن الجاربه و قيمه الولد التي- أخذت منه و قد استدل بها على تماميه قاعده الغرور بدعوى أن حريه ولد المشتري اما ان يعد نفعاً عائداً إليه أولاً و على التقديرين يثبت المطلوب مع ان في توصيف قيمه الولد بأنها أخذت منه نوع إشعار لعليه الحكم فيطرد في سائر ما أخذت منه. أقول ان الروايه و ان كانت مطلقه من حيث الغرور و عدم الغرور بل تدل على جواز ان يرجع المشتري الى البائع مطلقاً و لكن عرفت ان الرجوع الى قيمه الولد على حسب ما يقتضيه القواعد فإنه من منافع الأمه فتكون للمالك فالروايه وردت على طبق القاعده فحينئذ إذا رجع المالك الى المشتري فيرجع المشتري الى البائع لأنه غرّه و خدعه و لكون الوطى محرماً يكون الولد حراً و على هذا فلا وجه لما في المتن من ان حريه الولد ان كانت من المنافع المستوفاه التي لا بدّ له من إعطاء قيمته الى المالك ثم الرجوع الى البائع فتدل الروايه على الرجوع الى الغار في غيرها بطريق اولي قد عبّر عن ذلك بالفحوى و ان لم تكن حريه الولد من المنافع المستوفاه

فتدل على الرجوع الى الغار بالدلاله المنطوقه فيما هو محل الكلام الذى نتكلم فيه و بالجمله فلا تكون الروايه داله على قاعده الغرور و اما قوله بان توصيف قيمه الولد بالأخذ مشعر بالعليه فيتعدى الى غير موردها.

ففيه ان التعبير بالأخذ لأحد الجهتين الاولى ان المشتري انما يرجع الى البائع إذا رجع المالك الى المشتري و الا فليس له الرجوع الى البائع كما سيأتى ذلك فى تعاقب الأيدى.

الثانيه أن المشتري إنما له الرجوع الى البائع فى القيمه التى أخذها المالك من المشتري و لو كانت أقل من القيمه السوقيه فليس له ان يرجع الى البائع فى الزائد عنها كما إذا أخذ المالك من المشتري عشرين فقيمته السوقيه خمسين فيرجع الى البائع بخمسين أيضا و بالجمله ان التمسك فى التعدى الى غير مورد الروايه بهذا التعليل شبه تعليل وجوب الزكاه للبقر السائمه بثبوتها فى النص للغنم السائمه فإن البقر غير مربوط بالغنم و سنذكر الوجه فى عدم جواز رجوع المشتري الى البائع قبل ان يرجع اليه المالك ثم انه قد استدل صاحب الحدائق على عدم الرجوع فى المنافع الغير المستوفاه و فى غيرها لا يرجع بالأوليه على ما هو لازم كلامه بإطلاق روايتى زراه و زريق و بسكوتهما عن رجوع المشتري الى الغار الذى هو البائع اما الروايه الأولى اعنى روايه زراه فإنها تدل على رد الجاريه التى اشتراها المشتري من شخص الى مالکها المدعى بعد بينه ورد قيمه الولد المتولد منها و سائر منافعها المستوفاه فهى ساكنه عن الرجوع الى البائع بأن يرجع المشتري فى غراماتها إلى البائع فحيث كان

الامام عليه السلام فى مقام البيان فكشف من الإطلاق عدم جواز رجوع المشتري الى البائع.

الثانيه روايه زريق فإنها تدل على رجوع المالك الى المشتري و يأخذ منه ماله و جميع المنافع التى استوفى من ذلك من أى أقسام المنافع من الغرس و الزرع و اجره البناء الذى بنا فيها و ليس للمالك قلع ما غرس فيه و الا فيعطى أرشه نعم و له أخذ أجره الأرض نعم للمشتري قطع ذلك لكونه مالا له و الناس مسلطون على أموالهم و ليس للمالك ان يمنع ذلك فهذه الروايه أيضا تدل على رجوع المالك الى المشتري و ساكته عن رجوع المشتري الى البائع مع كونه عليه السلام فى مقام البيان فبمقتضى الإطلاق ندفع رجوع المشتري الى البائع.

و فيه ان الروايتين لا تدلان على ذلك اما روايه زراره إلى جهة رجوع المالك الى المشتري دون رجوع المشتري الى البائع و اما روايه زريق فإنها ناظره إلى بيان ان المالك يرجع الى المشتري و المشتري الى المالك فليست ناظره الى ان المشتري يرجع الى البائع على ان البائع فى الروايه الثانيه انما هو القاضى فإن كان حكمه صحيحا فلا غرم عليه فان الله جعل ذلك سببا لكون المال للمدعى و هو المفوت لذلك و القاضى معذور فيه لحكمه بالايمان و البيئات و ان كان الحكم باطلا فالمشتري يعلم بفساد البيع و هو بنفسه أقدم على ذلك فلا يرجع إليه فى غراماته كما فى المتن و الحاصل ان المشتري إذا علم بالحال فلا يرجع الى البائع فى غراماته لإقدامه على ذلك بنفسه و اما مع الجهل فربما قيل

برجوعه إليه بقاعده الضرر و قد عرفت ان احد الضررين مما لا بد منه فلا وجه لدفع ذلك عن المشتري دون البائع فيتعارضان على ان الضرر لا يكون في جميع الموارد كما إذا استوفى المشتري بمقدار منفعه ما اغترمه للمالك و اما دعوى الضمان بقاعده التسبب بأن البائع لتغيره المشتري فيضمن كما اغترمه المشتري في المنافع المستوفاه و في غيرها بطريق اولى.

و فيه انك عرفت أنه ان كان التسبب على نحو استند الفعل إليه بقوه السبب فلا إشكال في الضمان و الا فلا وجه له و اما قاعده الغرور قد عرفت انها و ان روى بان المغرور يرجع الى الغار الا انه غير معمول بها في جميع الموارد بل في خصوص المقام فهيهنا لا نعلم استناد الفقهاء الى ذلك بل الى الروايات الخاصه و قد عرفت أنها ناظره إلى موارد خاصه فلا يمكن التعدي منها الى غير موارد كما لا يخفى و كذلك ما ورد في ضمان الشاهد على المشهود عليه في شهاده الزور و اما توهم عدم الضمان لأجل إطلاق روايتى زراه و زريق و قد عرفت الحال فيها و لكن يمكن لنا التفصيل في المقام بينما يكون ما يرجع المالك الى المشتري داخلا- تحت ضمان البائع فللمشتري ان يرجع في ذلك الى الغار و بينما لا يكون ذلك داخلا تحت- ضمان البائع فلا يرجع المشتري فيما اغتر به للمالك إلى البائع و توضيح ذلك أنه لو اغتر احد غيره بتقديم مال الغير اليه بما انه مال نفسه فانكشف بعد التلف انه مال الغير أو مال الآكل الذى هو المعطى له فلا شبهه ان الغير يرجع الى الآكل و هو يرجع الى المقدم لكونه ضامنا ابتداء في ذلك و انما سلط الغير عليه بعنوان انه مال نفسه

لا- بما انه مال الغير و هكذا لو ظهر انه مال الآكل أيضا كما لا يخفى و على هذا فليس للمسلط ان يرجع الى الآكل لو رجع المالك اليه بدعوى انه سلطه عليه لكونه مال الغير فان قصده لا يفيد بوجه إذا عرفت ذلك فنقول ان المنافع على قسمين فقسم منها تكون داخله تحت ضمان الغاصب كأجره الدار و الثمار للأشجار و نحوها و قسم منها لا تكون داخله تحت ضمان الغاصب كركوب الدابة إلى الحلة أو الكربلاء مثلا- ففي الأول إذا رجع المالك الى البائع فليس للبائع ان يرجع الى المشتري فإنه بعد اقامه على ضمان مال الغير و إعطائه قيمته و قيمه منافعه صار مالكا للمغصوب بقاء فكما لا يرجع الى من سلطه على إتلاف ماله ابتداء فكذلك ليس له الرجوع الى من سلطه على إتلافه بقاء فإذا ليس له ذلك في العين أو في المنافع المستوفاه على تقدير بقاء العين ففي المنافع الغير المستوفاه بطريق أولى لا يرجع الى المشتري لأنه بنفسه سلطه على ذلك و اما لو رجع المالك الى المشتري فيرجع المشتري الى البائع كما عرفت و اما المنافع التي لا تدخل تحت ضمان الغاصب من الأول و من هذا القبيل الأوصاف الزائده فلو رجع المالك إليها فليس للمشتري ان يرجع الى البائع فإن التسليط في تفويت ذلك ليس من ناحيه البائع و يأتي ذلك في تعاقب الأيدي مفصلا و من هنا يظهر انه لا وجه للتفصيل بين المنافع المستوفاه و غيرها فإنها ان دخلت تحت ضمان البائع فلا- يرجع في المستوفاه إلى المشتري لو رجع اليه المالك ففي غير المستوفاه بطريق أولى و ان لم تدخل تحت ضمانه فرجع المالك الى المشتري ففي المستوفاه بطريق أولى و هذا واضح جدا.

و بالجمله حكم الغاصب بعد رجوع المالك اليه حكم المالك الابتدائي فكما ان المالك حدوثا لا يرجع الى من سلطه على تفويت ماله فكذلك بقاء كما هو واضح.

و حاصل الكلام انه لا بد و ان يفصل في المقام بين المنافع التي دخلت تحت ضمان البائع و المشتري كليهما فحينئذ ليس للبائع مع رجوع المالك اليه ان يرجع الى المشتري بل يرجع المشتري الى البائع مع رجوع المالك اليه و تلك كالعين بنفسها و كسكنى - الدار و ركوب الدابة التي تكون قائمه بالعين و تسلم إلى المشتري مع تسليم العين و اما المنافع المتجدده التي لا تدخل تحت ضمان البائع كالثمار و الأشجار و اللبن للحيوان و نحوهما مما تجدد تحت يد المشتري فلا يكون ضامن لها إلا المشتري لعدم ثبوت ضمانها ابتداء على البائع.

بيان ذلك ان أحدا لو قدم طعاما لأحد ليأكله بما انه مال شخص المعطى فأخذه الآكل فأكله فإنه قد أخذه ذلك بعنوان أنه مجاني و لم يقدم على الضمان من الأول و كذلك ان المعطى قد سلطه على ذلك بما انه مال نفسه و لو كان في الواقع مال غيره و يعلم انه مال الغير فإذا علم الآخذ بعد تلفه أنه مغصوب فليس للمعطى أن يرجع الى الآخذ و يقول أن هذا كان مال الغير فاني أعطيته لك بعنوان مالى كتابا فان التسليط ليس الا تسليطا مجانيا فلم يكن أخذه إلا أخذا مجانيا بل لو رجع اليه المالك فهو يرجع الى المعطى أيضا لأنه ليس هذا الا كتقديم مال نفسه لشخص باعتقاد أنه مال الآخذ فانكشف أنه مال نفسه فإنه ليس له ان يرجع الى

الآخذ بدعوى أنه كان في عقيدتي انه مالك فان الآخذ ليس إلا أخذًا مجانيًا فلا ضمان فيه بل هذا و تقديم ماله الواقعي مع العلم به ليس الا واجدا اذن فيكون تقديم مال الغير أيضا مثله فإنه مع رجوع الغير اليه فيخروجه عن عهده الضمان يكون مالكا بقاء لما قدمه الى الغير فليس في تسليط الغير على إتلاف ماله بين ما يكون ماله حدوثا و بين ما يكون مالا له بقاء فكما ان تسليط العير على تسليط ماله مجانا ابتداء لا يوجب الضمان كذلك ما يكون مالا له بقاء بسبب الخروج عن عهده الضمان فهذا الذي ذكرناه مما قامت به السيره العقلانيه و اما رجوع الآخذ الى المعطى لو رجع اليه المالك فواضح لأنّ السبب في تفويته هو المعطى و أنّما عزّه بعنوان انه مال نفسه فهو السبب الى المعطى في التلف و ان كان المتلف بالمباشره هو الآخذ الا ان العرف يستندون ذلك الإتلاف إلى المسبب لقوته و لاغراء الآخذ بذلك فمثل هذا الخديعه و التغرير يوجب الضمان بلا شبهه و ان لم نقل بالضمان في جميع موارد الغرور و كيف فهل يشك أحد في انه لو قدم أحد مالا كشخص هبه مجانيه بعنوان انه ماله ثم ادعى ذلك المال منه ان له حق الرجوع اليه مع التلف و هكذا إذا كان مال غيره فإن أهل العرف يستندون التلف الى السبب للغرور فهذا بديهي لا شبهه فيه و مما قامت به السيره نعم في المنافع المتجدده حيث لم يكن فيها تقديم مجاني من قبل المعطى فلا شبهه في الضمان اى ضمان الآخذ بل الأمر كما ذكر لو اعطى المعطى مال نفس الآخذ له بعنوان مال شخص المعطى فإنه لا يشك أحد من أهل العرف في ضمان المعطى لذلك أيضا

إذ المال و لو كان للآخذ و انه أتلّف مال نفسه و لكن أتلّفه بما انه مال المعطى و دخل تحت تصرفه مجاناً فالإتلاف مستند إلى الأخذ المجانى دون مال نفسه فليس السبب فى ذلك الا هو المعطى و هو الذى غره فى ذلك فىكون ضامناً له للغرور بمقتضى السيره العقلائيّه فيرجع اليه بل لا يفرق فى ذلك بين جهل المعطى بالحال و علمه فإنه مع الجهل و الاشتباه فأيضاً يكون ضامناً للمالك فليس له ان يرجع الى الأخذ المجانى بوجه لما تقدم كما إذا كانت عنده وديعه فاشتبه فأعطاهما للغير بعنوان انها مال نفسه فان هذا التسليط تسليط مجانى على إتلاف مال الغير فلا يضمن المعطى له بل يكون الضامن هو المعطى لكونه متلفاً لمال الغير فكانت يده يد إتلاف لا يد وديعه إلا فى المنافع المتجدده لعدم دخولها تحت ضمان المعطى من الأول و أما فى غيرها فلا لان ذلك ليس الا كتقديم مال نفسه للغير مجاناً ابتداء و قد عرفت انه لا يفرق فى ذلك بين المالك حدوداً و بينه بقاء كما لا يفرق فى ذلك بين المنافع و المستوفاه غيرها هذا كلّه فيما يكون التقديم مجانياً و إذا كان التسليط بالبيع فهو على قسمين فإنه تارة يكون فى مورد غرور بحيث يصدق الغرور بأنه غرّ البائع المشتري و اخرى لا يصدق اما الأول بأن يأخذ البائع مال غيره بالغصب أو السرقة و لو كان مال المشتري أيضاً ثم يبيع ذلك من المشتري بقيمه قليل بدعوى أنه مال نفسه يقصد بذلك التقرب الى الله و يأخذ المشتري ذلك فيأكله أو يشترط البائع فى البيع صرفه فى أكله أو فى إحسان الغير و بعد ما يتلف المال فيخبر المشتري بالحال أو هو بنفسه يلتفت بذلك و ان المال مال نفس المشتري أو مال شخص آخر فإنه لا شبهه هنا فى ضمان بالعين بجميع شئونها



من المنافع المستوفاه و غيرها الا المنافع التي لم تدخل تحت ضمان البائع من المنافع المتجدده كالبيض و اللبن و الثمار و نحوها و كذلك الثمن الذي هو بنفسه كان مقدما بذلك و لم يصدق الغرور بالنسبه إليه فإن رجع المالك الى المشتري فيرجع المشتري أيضا إلى البائع فإن السيره قائمه في مثل ذلك كون السبب في التلف هو البائع و انه هو الذي غرّ و تسبب في التلف و أن التلف يستند إليه فإنه لو لم يبيع ذلك منه و لم يشترط إتلافه لم يقدم المشتري بذلك و هكذا في كل مورد يصدق عنوان الغرور و استناد التلف إلى البائع و اما لو لم يصدق الغرور فلا يرجع المشتري الى البائع كما إذا سرق أحد مال غيره أو غصبه فباعه من شخص ثان بقيمه قليله و بثمن بخس و راح ثم باع الثاني من ثالث بهذه القيمه أيضا بقصد الإحسان بأن يشترط ان يعطى الفقراء و يطعم المساكين فبعد ما صرف.

الثالث المال في الإحسان أو أكله بنفسه ثم علم انه كان مال الغير فرجع المالك الى الثالث فأخذ منه جميع ما يترتب على ماله من المنافع و العين فليس لهذا الثالث أن يرجع الى الثاني بدعوى انه متسبب في ذلك فإن السيره قاطعه على انه لا يصدق التفويت في مثل ذلك بوجه فليس التلف مستندا الى نفس الثاني كما هو واضح لا- يخفى و بالجمله أن هذا ليس إلا كسائر البيوع الفاسده من دون فرق بينها بوجه فيكون الضمان على من تلف عنده المال فلا- بدّ و ان يخرج من عهده الضمان بل المشتري بنفسه أقدم على ذلك لا بمعنى أن الاقدام من المضمنات بل اليد أو السيره و الاقدام انما هو لدفع ما يمنع عن الضمان من الوديعه و نحوه ممّا لا يوجب

الضمان فالإقدام بالضمان يوجب دفع ذلك المانع ثم انه ذكر المصنف فرقا في بعض الأوصاف و قال و أما ما يغرمه بإزاء أوصافه فنان كان ممّا لا يقسط عليه الثمن كما عدا وصف الصحة من الأوصاف التي يتفاوت بها قيمه كما لو كان عبدا كاتباً فنسى الكتابه عند المشتري فرجع المالك عليه بالتفاوت فالظاهر رجوع المشتري على البائع لأنه لم يقدم على ضمان ذلك و أشكل عليه شيخنا الأستاذ بإيراد ظاهر بأن الأوصاف مطلقاً لا يقسط عليها الثمن كالشروط و لا ينافي ذلك ما يقال أن للوصف أو الشرط قسطاً من الثمن لادن معناه ان قيمه العين تزداد بالوصف أو الشرط لا أن مقداراً من الثمن في الإنشاء العقدي يقابل الوصف أو الشرط و هذا لا ينافي ثبوت الخيار بين الرد و الأرش في العيب كما سيجيء في باب العيب ان الأرش ثابت بالتعبد لا من باب ان الثمن يقسط على الوصف و الموصوف و الا و جب ان يكون الأرش من نفس الثمن و من هنا لم يثبت في غير موارد خيار العيب الا الخيار بين الفسخ و الإمضاء أو في موارد خيار العيب ليس على البائع إعطاء الأرش بدون المطالبه بل معها بحيث لو لم يلتفت به المشتري الى الا- بد أو التفت و لم يطالب فليس على البائع شيء و هذا بخلاف أجزاء المبيع فان الثمن واقع في مقابلها بحيث لو لم يعط البائع بعضها لكان عليه الضمان و فعل فعلاً محرماً لكونه مال الغير و قد أخذ في مقابله الثمن كما هو واضح.

قوله ثم ان ما ذكرناه كله من رجوع المشتري على البائع بما يغرمه انما هو إذا كان البيع المذكور.

أقول ان ما تقدم هنا ضمان الغار للمغرور في مورد استناد

التفويت اليه و انه لو رجع المالك الى المشتري فهو يرجع الى الغار و ان رجع الى البائع فهو لا- يرجع الى المشتري أنما هو في مورد يكون البيع صحيحا من غير جهة كون البائع غير مالك بحيث يكون الفساد مستندا الى كذب البائع و تغريه و اما لو كان فاسدا من غير هذه الجهة فيكون المقام كسائر البيوع الفساده فلا يكون الضمان على البائع بل على المشتري بناء على ما ذكرناه من ان فاسد- البيع يضمن فيه كما يضمن في صحيحه كما هو واضح.

### بحث في تعاقب الأيدي

قوله ثم انه قد ظهر ممّا ذكرنا ان كل ما يرجع المشتري به على البائع.

أقول ظهر من مطاوى ما ذكرنا أيضا ان الغرامات التي توجه إلى المشتري يرجع بها الى البائع مع الغرور و انه لو رجع المالك الى البائع حينئذ فلا يرجع هو الى المشتري و مع عدم الغرور نظير فساد البيع فيرجع البائع مع رجوع المالك إليه إلى المشتري و لو تعاقبت الأيدي فيرجع كل سابق الى لاحق الى ان ينتهي الأمر إلى الذى تلف العين عنده أو هو أ تلفها فيعزم قيمه العين و المنافع التي فاتت تحت يدها دون المنافع الفائتة تحت الأيدي السابقة فإن قلت ان كلا من البائع و المشتري يتساويان في ضمان العين و حصولها تحت يدهما و هكذا الأيدي لاحقه و هو سبب للضمان عن كون يدهما يد العاديه فكلهم مشتركون في ذلك فلا وجه لرجوع البائع إلى المشتري و هو لى لاحق و هكذا الى ان ينتهي الأمر الى من انتهى اليه الأمر الا ان يستند الضمان إلى الإلتلاف فإنه حينئذ يستقر الضمان إلى

ذمه من صار سببا للإتلاف.

فقد أجاب العلامة الأنصارى بما حاصله ان الشيء الواحد انما يكون له ضمان واحد فكيف اشتغلت الذمم المتعدده عند تعاقب الأيدى بشيء واحد و لم يكن مقتضى على اليد الا شيء واحد.

فقال اشتغال الذمم المتعدده و كون ضمان العين الى العهديات العديده معناه لزوم خروج كل منهم عن العهده عند تلفها و حيث ان المضمون ليس إلا شيئاً واحداً فمعنا تسلط المالك الى رجوع كل منهم ليس الا تسلط رجوعه الى واحد منهم على البدل فمن أى منهم استوفى البدل لسقط حقه عن الغير و تسلط الرجوع الى الآخر و هذا نظير الواجب الكفائي فى الأحكام التكليفية فكما ان فى الواجب الكفائي ان التكليف متوجه الى الكل بحيث لو تركوا لعوقبوا جميعاً و لو اتى الواحد سقط عن الجميع و هكذا فى المقام ان الضامن للعين جميع من ثبتت يديهم بها يدهم بها بحيث لو لم يعط واحداً لطولب و عوقب الجميع و لو ادى واحد لسقط عن الباقيين فللمالك ان يرجع الى أى منهم على البدل و بعد أخذه ماله ممن رجع اليه فهو يرجع الى اللاحق و هو الى لا حقه و هكذا الى ان ينتهى إلى المتأخر الذى تلف المال عنده.

و هذا الوجه ينطبق على مسلك الجمهور حيث انهم ذهبوا الى ان الضمان من ذمه إلى ذمه أخرى لا من ضمن كما عند الإماميه ليكون المال منتقلاً- إلى ذمه الضامن فان الجمهور التزموا فى باب الضمان على ذلك و ان من يكون ضامناً عن شخص فيضم ذمته إلى ذمه شخص المضمون عليه فيصير الضامن اثنان و هكذا بحيث مع

ص: ٣٤٨

تعدد الضامنين يتعدد الذمم للضمان و يضمن كلهم العين في- عرض واحد على البدل نظير الواجب الكفائي.

و انا و ان أنكرنا ذلك عليهم في باب الضمان و لكنه من جهة عدم الدليل فحيث اقتضى الدليل في المقام الالتزام بذلك فلا مانع من الالتزام به و من هذا القبيل من الضمان على البدل نظير الواجب الكفائي موارد كثيره كما ذكر الفقهاء منها انه إذا لم يطمئن كل من البائع و المشتري على الأخر خوفا من ان يظهر المثلث أو الثمن مستحقا للغير فيطلب الضامن على العوض فعند خروجه مستحقا للغير ليكون دركه عليه فقد ضمن الضامن العين في عرض ضمان البائع أو المشتري بنفسها هنا فللمضمون عند خروج العوض مستحقا للغير ان يرجع بأى منهما شاء فليس المال منتقلا إلى ذمه الضامن ليكون عهده المال الى الضامن فقط فان العين موجوده في الخارج و منها الضمان بالأعيان الشخصيه الخارجيه المضمونه فإن فيها أيضا ان الضمان من ضم ذمه إلى ذمه أخرى و لم ينقل الضمان من شخص الى آخر لوجود العين في الخارج فيكون الضمانان في عرض واحد بل عن أبي حمزه انه يمكن ان يضمن اثنان ابتداء لشيء واحد من دون ان يكون ضمان أحدهما متقدما على ضمان الآخر كما عرفت و هكذا عن الشهيد و العلامه في درسه انه نفى المنع من ضمان اثنين على وجه الاستقلال كالعبادات الواجبه كفايه و منها أموال الغاصب من الغاصب و هكذا من الموارد الكثيره هذا كله حال المالك بالنسبه إلى ذا الأيدي و قد أشكل عليه شيخنا الأستاذ بما حاصله ان الضمان على نحو الواجب الكفائي إنما يتصور في-

الواجبات التكليفية فإنه لو قلنا ان الأداء بنحو الواجب التكليفي لكان لذلك وجه فيكون ذلك مثل الترتب انه يجب الأداء بهذا الشخص ان لم يؤد الآ-خر فيتوجه الأمر بالأداء الى كل منهم بعنوان الواجب المقيّد و لكنه ليس الأمر كذلك فباب الضمان لا يقاس بالأحكام التكليفية فلا يعقل الضمان بنحو الترتب بحيث يكون كل منه في عرض الضمان الآخر بل لا بد و ان يشتركا في الضمان أو يكون على واحد فقط و الا لو قلنا بأن ضمان كل منهم مقيّد بعدم ضمان الآخر معناه ان لا يضمن جميعهم نعم يمكن القول بالترتب الطولي فهو غير مسلك العامه كما إذا أمر شخص بضمان لشخص عنه و هكذا فان كل منهم ضامن في طول الآخر بحيث لو لم يؤدى المضمون عليه دين المديون فيرجع الى ضامنه لانتقال المال الى ذمته فيرجع هو الى المضمون عليه لكون ضمانه بامره و هكذا المتأخرون راجع الى تقرير الميرزا و الحاصل ان كلامنا كان في تصوير الضمان في تعاقب الأيدي على كل واحد من الأشخاص مع كون المال واحدا بأنه فلما ذا يرجع السابق الى اللاحق مع عدم الغرور و أن المالك كيف يرجع على كل واحد منهم مع كون المال واحدا فلا يضمن المال الواحد الا شخص واحد. و قد وجه شيخنا الأنصاري ذلك بتنزيله منزله الواجب الكفائي و انه كما أن الواجب في الواجب الكفائي شيء واحد و ان كان- المكلفين كثيرين و متعددين بحيث لو اتى الواحد منهم سقط عن الباقيين و الا فعوقب الجميع و هكذا في المقام فإنّ المال مال واحد و ضمانه ضمان واحد و لكن الضامن متعدد بحيث لو أدى المال

واحد منهم سقط حق المالك عن الباقيين و ان كان لكل واحد منهم ان يرجع الى الآخر و ان لم يؤدي لكان كلهم ضامين على ذلك و أشكل عليه شيخنا الأستاذ بأن تنزيل المقام بباب الواجب الكفائي غير معقول إذ مرجع وجوب الكفائي إلى أنه يجب لكل واحد من المكلفين إتيان الواجب لو لم يأت الآخر فيكون إتيان كلّ منهم واجبا مشروطا بعدم إتيان الآخر فإذا اتى فيسقط عن الباقيين نظير الالتزام بالتكليف الترتيبي في الضدين كما نقح في الأصول و هذا المعنى غير ممكن في المقام فان معنى اشتراط وجوب الضمان على كل واحد بعدم وجوبه على الآخر ليس الا نفى الضمان عنهما بالمره فإن معنى أنّ هذا ضامن ان لم يجب على الآخر و ذلك هنا من ان لم يؤدي هذا أنّ كلّ منهما ليس بضامن فما ذهب اليه الجمهور من ان الضمان ضمّ ذمه إلى ذمه أخرى في الضمان الاختياري فاهنا غير معقول كما ذكرناه لرجوع ذلك الى انتفاء الضمان عنهم الا ان يقال بالشركه أو بضمان كلّ على المالك مستقلا ليكون المال واحد عوض كثير فهما كما ترى.

الا- ان يقال بالضمان الطولي و الترتيبي لا بالمعنى المذكور بل بمعنى أنّ كل واحد من الضامين في طول الضامن الآخر و ان اللاحق يضمن لما ضمنه السابق و هكذا كما في الضمان الاختياري و من هنا يرجع اللاحق على السابق في الضمان الاختياري لأمر السابق على ذلك فيه و بالجمله أنّ ما ذهب اليه المصنف لا يمكن المساعدة عليه و لو صح ذلك فلا بدّ و ان يلتزم القائل به بكون الضمان لهما على نحو الاشتراك لعدم إمكان تعلق مال واحد بذمه شخصين

فان لازمه ان يكون للدرهم الواحد ابدال عديده و فيه ان ما افاده شيخنا الأستاذ ليس بصحيح من حيث البناء و المبنى اما من حيث المبنى فإنه قد بنى فى تصوير الواجب الكفائى على ان الواجب و ان كان شيئاً واحداً الا ان الخطاب متوجه الى جميع المكلفين فلا بد لكل واحد منهم إتيانه و لكن مع إتيان الواحد سقط عن الباقيين.

و توضيح ذلك أن فى الواجب التخيرى قد تعلق الغرض بإتيان أحد الأمرين أو أمور عديده بحيث يكون غرض المولى قائماً بإتيان واحد منهما مع إلغاء الخصوصية و يكون إتيان كل من الأمرين وافياً لغرضه و مقصوده و حينئذ يستحيل للمولى أن يأمر عبده بإتيان أحدهما بالخصوص لكونه ترجيحاً بلا مرجح.

و كك الكلام فى الواجب الكفائى غاية أن التعدد فيه فى ناحيه المكلف دون الواجب بان يكون غرض المولى متعلقاً بإتيان واجب و تحققه فى الخارج كصلاه الميت مثلاً فان غرض المولى انما تعلق بصدور الفعل من شخص واحد أى شخص كان بإلغاء الخصوصية و تعيين شخص خاص مع كون الواجب واحداً فليس معنى ذلك ان وجوبه على هذا الشخص مشروط بعدم وجوبه على الآخر و هكذا و هكذا و عليه فليس مبناه هذا فى المقام صحيحاً و موافقاً لمبناه فى الأصول و ان الواجب الكفائى كما عليه فى الأصول خارج عن الواجب المشروط و الترتب بالكلية كما هو واضح.

و لو سلمنا مبناه فبناؤه عليه ليس بصحيح و ذلك فان ما ذكره من المحذور من أنه لو كان الضمان على نحو الواجب الكفائى فلازمه عدم ضمان كل منهما فيلزم انعدام الضمان انما يلزم لو كان الضمان



مقيدا بعدم الضمان الآخر و وجوب الضمان على الآخر مقيدا بعدم الضمان على هذا فعليه لا يختص المحذور بباب الضمان بل يجرى فى الواجب التكليفى أيضا فإنه يقال لو كان الواجب الكفائى كصلاه الميت مثلا مقيدا بعدم كونها واجبه على الآخر و بالعكس فيلزم ان لا يكون هنا واجب أصلا و لكن الأمر ليس كك فإنه ره التزم فى الواجب الكفائى بناء على صحه المبنى أن الواجب على هذا الشخص مقيد بعدم إتيان الآخر مع الوجوب عليه لا بعدم كونها واجبه على الآخر و الا فالمحذور موجود فى المقامين و عن المقام إذا قلنا ان الضمان على هذا مفيد بعدم إتيان الآخر لا بعدم الضمان الذى هو مثل عدم الوجوب على الآخر فى التكليف فلا يلزم المحذور و لا ينافى بكون الواجب على كل مكلف و جميعهم و لكن الواجب مقيد بمعنى ان كونها واجبه على زيد مقيده بعدم إتيان الآخر على الآخر يلزم المحذور و لكن لازمه الالتزام بمثله فى التكليفيان أيضا و ان كان مقيدا بعدم إتيان الآخر فلا يلزم فيه محذور بوجه حينئذ و هكذا فى باب الضمان فإنه مطلق و ثابت لكل من وضع يده على المال و إنما الخروج عن العهده مقيد اى لزوم ان يخرج هذا عن عهدته الضمان مقيد بان لا يكون الآخر خارجا عن عهدته و الا فيسقط حق المالك بأداء واحد عن الباقيين كما لا يخفى.

و بالجمله ثبوت الضمان على هذا لو كان مقيدا بعدم الضمان بل لم يقل أحد باستحاله هذا النحو من الضمان و ان كان يظهر من بعض كلمات العلامة ذلك و لكن لعل مراده من ذلك نفي الضمان عن كل منهم استقلالاً بحيث يكون لكل واحد منهم ضمان خاص و

يكون المال ثابتا عليه ليلزم كون مال واحد ذى عوضين و بدلين بل ذى ابدال عديده و الا فلا استحاله هنا بوجه و ما أنكرنا على العامه فى باب الضمان الاختيارى لم يكن ذلك من جهه الاستحاله بل من جهه عدم الدليل عليه فلا محذور فيه لو اقتضاه الدليل بل لا بدّ من الالتزام به فى بعض الموارد كما إذا غصب احد مال شخص فغصب منه شخص ثالث فتلف عنده فإنه أى المالك يرجع الى أى منهما شاء و هذا ليس الا القول بالضمان على طريقه العامه من كونه ضم ذمّه إلى ذمه أخرى فتحصل ان هنا ضمان متعدده لمال واحد فلا يلزم من ذلك التعدد كون قران واحد صاحب ابدال كثيره بل صاحب بدل واحد ينطبق على الكل على سبيل البديله.

ثم مع الالتزام بالواجب الكفائى أى بكون الضمان هنا كالواجب الكفائى فما الفرق بين هذا المقام و سائر الواجبات الكفائيه فلما ذا يجوز للسابق منهم ان يرجع الى اللاحق مع عدم الغرور و ليس كذلك فى موارد اخرى من الواجبات الكفائيه كما إذا كان شخص عطشانا فيموت به فيجب على كل من اطلع على حاله ان يسقيه بالماء و لو كانت قيمته ألف فإذا سقاه أحد فليس له ان يرجع الى أشخاص آخرين ممن اطلعوا على حاله فللمقام أى خصوصيه اقتضت جواز رجوع من ادى ما ضمنه الى الضامن الآخر.

و قد أجب عن هذا الاشكال بوجوه منها ما فى حاشيه السيد من انه كما ان فى صورته الإلتلاف يكون المتلف سببا لتنجز الضمان على السابق فبقاعده استناد الفعل الى السبب لكونه أقوى من المباشر ففى صورته التلّف أيضا أنّ من عنده تلف المال فهو سبب

لتنجّز الضمان للسابق أيضا فإنه أى اللاحق كان له الاختيار فى رده الى المالك فحيث أنه بسوء اختياره لم يرده اليه فيكون هو السبب لتنجّز الضمان على السابق فيرجع السابق الى اللاحق مع رجوع المالك اليه لذلك أى لقاعده استناد الفعل الى السبب ثم قال انه بعد ذلك لا احتياج الى التوضيح الذى ذكره المصنف.

و فيه ان هذا على تقدير تماميته فى الإلتلاف بدعوى كون المتلف سببا لثبوت الضمان على سابقه فبمقتضى ان السبب أقوى من المباشر فيرجع السابق لو رجع اليه المالك الى للاحقه المتلف فهذا له وجه فى صورته الإلتلاف مع وضوح المناقشه فيه أيضا إذ الإلتلاف ليس سببا للضمان هنا بل الضمان قد تحقق قبله بمقتضى اليد فضمن المال المأخوذ السابق و اللاحق كليهما حتى يودّيا المال الى مالكه فلم يتوقف ذلك بشىء أصلا و انما الإلتلاف أوجب الانتقال إلى الذمه فهو معنى آخر غير الضمان فلا يكون اللاحق سببا للضمان السابق بل سبب الضمان فى كلهم انما هو الأخذ باليد و الاستيلاء على مال الغير كما هو واضح.

و مع الغمض عن ذلك فلا-وجه لتسريه الحكم إلى صورته التلف أيضا فإن المال إذا تلف عند اللاحق بلا تسبب و إلتلاف بل بتلف سماوى فلما ذا يرجع السابق اليه مع كون نسبه ضمانه إليهما على حد سواء إذ كل منهما وضع يده على ذلك المال و لم يفعلوا شيئا يوجب إلتافه بل تلف ذلك ببلاء من الله فلما ذا يختص اللاحق بالضمان دون السابق فلا يمكن قياسه بالإلتلاف لعدم التسبب هنا بوجه و ان كان هناك ما يوجب تصوير التسبب إجمالا فكون اللاحق

مختارا فى رد العين الى المالك فلم يرد فتلّف عنده لا يكون سببا لثبوت الضمان اللاحق فانّ اللاحق مع السابق سيان فى ذلك المعنى لكون السابق أيضا مختارا فى رد العين الى مالّكها كما لا يخفى.

انتهى كلامنا الى انه يرجع السابق الى اللاحق فى صورته تعاقب الأيدي على المال المغصوب إلا فى صورته الغرور و لا يرجع اللاحق الى السابق إلا فى صورته الغرور مع ضمان كلّهم على المال المأخوذ و قد أجيب عن ذلك بوجه.

منها ما أجاب به السيد فى حاشيته بقوله يمكن الجواب بعدم الفرق بين التلف و الإتلاف فى صدق السببيه إلخ.

و منها ما أجاب به المصنف و حاصل كلامه على ما يظهر من ظاهر عبارته أن الغاصب الأول أو من فى حكم الغاصب أى بائع مال الغير مثلا- بالبيع الفاسد بعد أخذه من الغير كذلك انما هو ضامن للعين نفسها فالغاصب الثانى و من فى حكمه انما هو ضامن للعين و بدلها اما العين فلما لكها و اما البديل فللضامن الأول و هذا بخلاف الضامن الأول فان فى زمان كون العين تحت يده لم تلتف ليضمن العين بمالها بدل بل كان ضمانه منحصر بالعين وحدها و اما الضامن الثانى حيث ان العين قد تلفت عنده فيكون ضمانه بها بما له البديل و هذا الضمان بالبديل ضمان لما استقر تداركه فى ذمه الأول فالضامن الثانى لما ضامن لأحد الأمرين اما العين أو البديل على نحو البديله بنحو الضمان العوض و الحاصل ان من تلف المال فى يده ضامن لأحد الشخصين على البديل من المالك و من سبقه فى اليد فتكون ذمته مشغوله بشيئين

على سبيل البديله اما تدارك نفس العين أو تدارك بدلها فحال الأول مع الثاني كحال الضمان مع المضمون عنه فإنّ الضامن لشخص عن دين بامرّه أنّما يرجع الى المضمون عنه مع أداء دين الدائن و الا فلا يستحق بذلك فإذا رجع المغصوب منه الى الأول فأخذ منه تدارك العين فيرجع هو الى الثاني فيأخذ منه تدارك ما استقر في ذمته لضمان الثاني على ذلك.

و بالجمله أن ظهور كلام الشيخ(ره) في الغاصب الثاني أنّما انه ضامن لتدارك العين للمالك و بدلها لتدارك ما في ذمه الغاصب الأول للأول و على هذا فيندفع اشكال عدم صحه رجوع السابق الى اللاحق في صوره عدم الغرور إذ السابق يطالب من اللاحق ما استقر في ذمته فيرجع إليه في ذلك و هذا بخلاف ما إذا رجع المالك الى الثاني فإنه لا يرجع الى اللاحق في غير صوره الغرور لعدم اشتغال ذمته للثاني كاشتغال ذمه الثاني للأول.

فما لم يرجع المالك الى الأول ليس له ان يرجع الى الثاني لأنّ الأول لم يتدارك العين للمالك حتى يرجع الى الثاني في البديل الذي حصل به التدارك و أنّما له الرجوع اليه بعد ما رجع المالك الى الأول.

و فيه أوّلا و قبل كل شيء ان الغاصب الأول و الثاني و هكذا لم يضمّنوا الا العين بمجرّد وضع اليد بها فلم يضمّنوا ببديلها قبل التلف فبالتلف أو الإتلاف ينتقل الضمان بالبديل لانتقال العين إلى الذمه و هذا المعنى مشترك بين جميع من تعاقبت يده على العين المغصوبه من دون فرق بين الأول و الثاني فما ارتكبه المصنف لا

يمكن المساعدة به لعدم الدليل عليه و بالجمله ان قبل التلف- كلهم ضامنون بالعين و بعده كلهم ضامنون بالبدل فليس هنا ضمان على العين مما له البدل ليكون الضمان من اللاحق على تدارك نفس العين أو بدلها على البدل بحيث يكون مخييرا بين البدل و المبدل.

و قد أجاب السيد في حاشيته عن ذلك بوجه سبعة و ان كان يمكن الجواب عن بعضها و العمده منها ثلثه الأول مما لا جواب عنه أن السابق أيضا يصدق عليه انه ضامن شيء له بدل فإنه و ان لم يكن حين حصول العين في يده لها بدل لان ضمان اللاحق لم يتحقق في ذلك الحين لفرض حصوله بعد وضع اليد عليها الا ان الملاك في استقرار الضمان بالنسبه إلى الكل أتما هو بعد التلف فح يصدق ان كلا منهم ضامن لما له يدل فان المناط ليس حال حدوث الضمان بل حال فعليته.

و بالجمله حين التلف الذي هو زمان الانتقال إلى قيمه يصدق بالنسبه إلى الكل أنه ضامن لما له بدل بل أبدال.

الثاني أن مقتضى ذلك كون ضمان الأول أيضا لمالك العين لا لمن عليه البدل فان البدل الذي في ذمه السابق انما هو لمالك العين فبدله و هو ما في ذمه اللاحق أيضا يكون للمالك و هو من له البدل و لا وجه لكونه لمن عليه البدل و هو الضامن السابق.

الثالث إذا فرضنا ان العين بعد ما صارت في يد اللاحق رجعت الى السابق فتلفت في يده فالظاهر أنه لا يجوز للسابق

حينئذ إذا رجع اليه المالك أن يرجع الى اللاحق فلازم بيان المصنف ان يكون له الرجوع عليه لانه يصدق على اللاحق أنه ضمن شيئاً له بدل بخلاف السابق و دعوى أنه بعد ما رجعت العين الى السابق ينقلب السابق الى اللاحق دعوى باطل بان الضمان إنما حدث بإثبات يده الأول و في ذلك الحين لم يكن له بدل و بعد العود اليه لا يحدث ضمان آخر مثلاً إذا غضب عينا و ضمن فأعطاه غيره أو أخذ منه قهراً ثم ردّه ذلك الغير اليه لا يحدث ضمان آخر لأجل هذه اليد الثانيه بل الضمان الحادث أو لا باقى و قرار الضمان على الغاصب الأول إذا تلف المال فى يده بعد العود اليه و لازم بيان المصنف قده أن يكون قرار الضمان على الغاصب الثانى مع أنه لم يتلف فى يده و قد ذكر الإشكالات الآخر أيضاً.

ثم انّ شيخنا الأستاذ لم يرض بما فهمه السيد ره من كلام الشيخ ره و أنّما حمل كلامه على الضمان الطولى و قال انّ الضمان العرضى بحيث يكون لمال واحد ضمانان غير معقول و حاصل ما قاله مع طول كلامه أن الإيرادات السبعه المذكوره فى كلام السيد ره مبنيه على اراده المثل و قيمه من البدل ليكون بدلاً لأصل المال من المنافع و علوّ قيمه و نحوهما خ للقول بان ثبوت مثل ذلك على السابق وجه و اما لو كان المراد من البدل فى كلام المصنف البدل الطولى بمعنى أن السابق متعهد للمال قبل اللاحق و اللاحق متعهد لما فى ذمه الأول و عهدته فالمال الواحد فى ذمم كثيره بهذا النحو من الظرفيه و هذا منشأ رجوع السابق الى اللاحق دون العكس لكون اللاحق بهذا الاعتبار ضامناً للمالك و للسابق لان ذمته

مخرج لما يؤخذ من السابق فهو يضمن على البدل اما نفس العين بما انها فى ذمه السابق و اما ما يؤخذ من السابق فلا يرد أن كلا منهما ضامنان للبدل.

و انما التزمنا بالزمان الطولى لاستحاله تعهد شخصين لمال واحد عرضا بان يكون ذمه كل منهما ظرفا لمال واحد فإنه نظير ثبوت شىء واحد فى آن واحد فى أمكنه المتعدده فيما يمكن هو التعهدات الطويله على النحو الذى ذكرنا نظير التعهد الطولى فى الضمان الاختيارى فى باب الضمان فان الضامن بضمانه دين المضمون عنه يكون المال منتقلا من ذمه المديون إلى ذمه الضامن فيكون هو المطالب بالمال دون المديون فلا يرجع الضامن الى المضمون عنه الا بعد الإعطاء فكذلك السابق هنا لا يرجع الى اللاحق الا بعد الإعطاء و بالجملة فكلام الشيخ فى بيان تلك الجبهه و الضمان الطولى.

و فيه مع بعد اراده ذلك من كلام المصنف بظهوره فيما قلنا و فيما فهمه السيد أنّ هذا الذى أفاده الأستاذ و ان كان ممكنا فى مقام الإثبات و الوقوع.

و ما افاده من استحاله ضمان شخصين لمال واحد لا يرجع الى محصل بل مما لا مناص عنه فى بعض الموارد كما تقدم من انه إذا غصب احد مال شخص و غصب الآخر منه فتلف عنده فإنّ المالك له الرجوع بأى منهما شاء و أنّ كل منهما ضامن للمال فالضمانان عرفيان كما لا يخفى.

و كيف كان فيقى الاشكال بلا جواب فلم يكن جواب عنه لا بما ذكره المصنف بالضمان العرضى و لا ما ذكره السيد ره بقاعده استناد



الفعل الى السبب لكونه أقوى و لا ما ذكر الأستاذ من الضمان الطولى الذى نسبه الى الشيخ ره.

و من الأـجوبه ما أجاب به صاحب الجواهر من أن التكليف المتوجه الى الغاصب الأول تكليفى محض متعلق بأداء ما أخذه بالمثل أو قيمه و التكليف المتوجه الى الغاصب الثانى (أى الثانى هنا كالمعقول الثانى و ان تعددوا) تكليف وضعى مضافا الى التكليفى لكون المال تالفا عنده و بضميمه أن الغاصب الأول بأداء عوض- التالف يكون مالكا له بالمعاوضه القهريه و ان كان معدوما كملك المعدوم فى المعامله الخياريه فان ذى الخيار بفسخه المعامله يكون مالكا للمثمن مع التالف لو كان الخيار من الخيارات التى لا تسقط بالتلف و فى المقام أيضا يكون كذلك و على هذا فان رجع المالك الى الثانى فيسقط عن الأول ذلك الحكم التكليفى و ان رجع الى الأول فباعطاء البدل من المثل أو قيمه يسقط عنه الحكم التكليفى فيرجع فى المال البدل الى الثانى فإنه هو الذى اشتغل ذمته بالبدل لتوجه التكليف الدعى عليه و أو رد الشيخ ره على كلتا جملتيه اما الجمله الأولى فبوجوه ثلثه.

الأول انه راجع بمقام الثبوت و مبنى على ما أسسه فى باب الاستصحاب من ان الاحكام الوضعيه منتزعه من الأحكام التكليفيه.

و حاصل ذلك انّ الحكم الوضعى هنا منتزع من الحكم التكليفى ففى أى مورد حكم تكليفى متوجه على المكلف بأداء العين أو المثل أو قيمه ففى ذلك المورد أيضا حكم وضعى و الا فلا.

و قد قلنا فى محلّه انه لا معنى لانتزاع الأحكام الوضعيه من

الأحكام التكليفية و الظاهر انه مما لا خلاف بين الفقهاء أن من يجب عليه الإنفاق على من يجب إنفاقه عليه من الأب و الأم و الأولاد و الزوجه انه لو خالف و لم ينفقهم انه لا- يضمن بالأولاد و الأب و الام و لكن يضمن بالزوجه مع ان الحكم التكليفى موجود فى جميعهم فأى فرق بينهم هذا ما يرجع الى مقام الثبوت و الآخران يرجعان الى مقام الإثبات.

الثانى انه لا دليل على عدم ضمان الأول بل الثانى فقط فان سبب الضمان ليس الا اليد فهى بالنسبه إليهما على حد سواء و كون التلف أو الإتلاف تحت يد الثانى لا يوجب الا انتقال البدل إلى الذمه دون أصل الضمان كما لا يخفى.

الثالث أن لنا دليل على ضمان الأول فإن السيره قائمه على اشتغال ذمه الغاصب الأول بما أخذه من الغير باليد العاديه أو بالبيع الفاسد و ان أعطاه إلى الغير بلا غرور و من هنا لو مات لكان ما فى ذمته من جمله ديونه و يصح الصلح عليه فلو كان المتوجه اليه مجرد الحكم التكليفى لم يكن وجه لهذه الأمور بل لو لم يدفع لا جبر بذلك مع أنه لا وجه لذلك مع كون الخطاب تكليفيا محضا بل يسقط بالعصيان و بالموت فلا وجه للأخذ من ماله أو إجباره على الدفع و غير ذلك من الأحكام المتعلقة على ما فى الذمه.

و اما ما يرجع الى الجملة الثانيه من ان الغاصب الأول يملك بإعطاء البدل ذلك البدل فى ذمه الغاصب الثانى بلا وجه لوجهين الأول أنّ التملك لا يحصل الا بسبب إما اختيارى أو غير اختيارى كالإرث ففى المقام شىء منهما غير موجود فبأى سبب ملك الأول ما

فى ذمه الثانى لىكون هذا سبب الرجوع اليه بل يسقط حق المالك بمجرّد أداء واحد لعدم بقاء الموضوع له و هذا الذى أفاده راجع الى مقام الإثبات أيضا و انه لا دليل لتملك الأول لما فى الذمه الثانى و ان كان معقولا فى الواقع و مقام الثبوت.

الثانى ان لا يزم ذلك ان لا يرجع الأول مع رجوع المالك اليه الا الى من تلف المال فى يده فإنّ بإعطائه البدل يسقط الأحكام التكليفيه المتوجهه على الغاصبين لاداء البدل فلم يبق إلا الأخير لكون خطابه ذميا فلا يسقط بأداء الأول فلا بد من ان يرجع اليه فقط دون غيره مع انهم ذكروا أنّه يجوز ان يرجع الى اى منهم شاء فان رجع الى الأخير فتم المطلب و ان رجع الى الوسط فيرجع - الوسط إلى الأخير فهذه الإيرادات غير الإيراد الأول لا بأس بها لتماميتها اذن فلا وجه لهذا الجواب الذى سلكه صاحب الجواهر فبقى الاشكال على حاله من انه كيف يرجع السابق على اللاحق مع رجوع المالك إليه فى غير صوره الغرور و كذلك كيف لا- يرجع الثانى إلى الأول فى غير صوره الغرور مع رجوع المالك اليه و إذا رجع المالك الى الوسط فلما ذا يرجع الى اللاحق فلا يرجع الى السابق فى غير صوره الغرور.

و لكن الذى ينبغى ان يقال ان لصاحب الجواهر أخذ الجملة الثانى و ترك الجملة الأولى بأن يقال أن الغاصب الأول يملك التالف المعدوم كملك المعدوم فى باب الخيارات و الذى يوضح ذلك أمران فالأول منهما أوضح من الثانى.

الأول أنّ فى موارد الضمانات بالإتلاف بأن غصب أحد أو سرق

مال الغير فأتلفه أو أتلفه سهواً و نسياناً فان النسيان لا ينافى الضمان كما قرر في حديث الرفع لا شبهه أن للمالك أن يرجع الى المتلف إذا أراد و يأخذ منه بدل ماله و ما بقى من ماله من الرضاخ و الكسور فهو للضامن و ليس للمالك ان يدعى كون الرضاخ له مثلاً لو أتلف أحد سياره احد بالكسر أو ذبح فرس شخص أو أهلكه و غير ذلك و رجع اليه المالك و أخذ منه بدل ماله من المثل أو قيمه فليس له أن يأخذ رضاخ السياره أو جلد الفرس أو ميته فإنّه ذلك كله حق للضامن و الا فلو كان للمالك يلزم الجمع بين العوض و المعوض و لو كان للأجنبي فهو خلاف البدهه فيكون للضامن و هذا الذي قامت عليه السيره العقلانيه بل سيره المشرعه من الزمن الفعلى إلى زمان المعصوم (عليه السلام) و على هذا فإذا أو الغاصب الأول بدل العين فيكون التالف بالمعاوضه القهريه إلا إذا كان اعتبار الملكيه هنا لغوا كما إذا كان الغاصب واحدا فتلف عنده المال فأخذ المالك منه فاعتبار ملكيه التالف له لغو لما قلنا من إمكان مالكيه المعدوم فحيث أنه تلف عند اللاحق فيرجع اليه و بالجمله على هذا فرجوع السابق الى اللاحق أنما هو مقتضى السيره العقلانيه القطعيه كما هو واضح. الوجه الثانى انه لا شبهه فى انّ التالف فى موارد التلف الذى ليس الا للمتلف بعد رجوع المالك اليه بمقتضى السيره العقلانيه القطعيه فيكون المقام مثله مثلاً لو غصب احد مال شخص من الجواهر و الأحجار الثمينه أو سرقه أو بغير ذلك فألقاه فى البحر بحيث يعد ذلك فى العرف تلفاً عرفياً فرجع اليه المالك فأخذ منه مثله ان كان مثلياً أو

قيمته ان كان قيميًا فان قلنا ان ذلك الجواهر فى قعر البحر للمالك أيضا بحيث لو وجد لكان له فيلزم الجمع بين العوض و المعوض فهو ضرورى البطلان و ان قلنا انه يكون ملكا للأجانب أو كالمباحات الأصلية فهو خلاف الضروره من العقلاء و الفقه فلم يبقى الا- ان يكون للضامن بعد إعطاء عوضه و فى المقام أيضا كذلك و يتضح ذلك وضوحا بملاحظه موارد التلف الحقيقى و موارد التلف العرفى اذن فلا يلزم شىء من الاشكال فيندفع المحذور من أصله بأنه كيف يرجع السابق أو الوسط الى اللاحق مع رجوع المالك اليه دون العكس.

و الحاصل ان الوجه فى رجوع السابق الى اللاحق هو ان السابق بإعطاء بدل التالف الى المالك يكون مالكا للتالف الذى فى ذمه من تلف عنده بالمعاوضه القهرية فيعتبر الملكيه فى ذمه المتلف لكون الاعتبار خفيف المئونه فبرجوع المالك اليه يتحقق ذلك الاعتبار فيرجع الى اللاحق لذلك و الذى يوضح ذلك أمران الأول أن فى موارد التلف الحقيقى لو بقيت اجزاء من العين التالفه فتكون تلك الاجزاء داخله فى ملك الغاصب بإعطاء البدل لانه لو لم يكن ملكه بالمعاوضه القهرية فلا بدّ اما من القول بكونها من المباحات الأصلية فهو بديهي البطلان و اما كونها للمالك فيلزم الجمع بين العوض و المعوض فيكون ملكا للغاصب و هذا المعنى مما قامت به السيره- العقلانيه كما يظهر لمن يلاحظ موارد ذلك.

الأمر الثانى ملاحظه موارد التلف العرفى كما إذا سرق السارق مال غيره أو غصبه أو أخذ بغير ذلك العنوان فألقاه فى البحر فطالبه المالك و أخذ منه بدله فيكون ذلك التالف عرفا للمتلف بالسيره

العقلانيه فإذا خرج من البحر أو وجد من الموضوع المفقود فيكون للغاصب و ليس ذلك من المباحات الأصليه و لا انه للمالك الأول لكون كل ذلك خلاف مقتضى السيره القطعيه و ليس ذلك من قبيل البدل الحيلوله فإن موردها كما تقدم صورته تعذر الوصول الى المال و من هنا لو صاد أحد طيرا فجعله في قفس ففتح بابه ثان فطار الطير فأعطى بدل ذلك الطير ثم قتله ثالث بالبنده و نحوها فيكون ضامنا للثاني فإنه بإعطاء العوض يكون مالكا لذلك الطير و هكذا و هكذا فإن السيره في أمثال جميع ذلك محكمه.

و ما نحن فيه من هذا القبيل حيث أنّ الغاصب الأول و إذا أعطى بدل التالف للمالك مع الرجوع اليه فيكون بذلك مالكا لدمه من تلف المال عنده فيستحق بذلك الرجوع الى اللاحق لاعتبار ملكيته في ذمته لعدم كونه لغوا.

نعم فيما كان لغوا لا يعتبر الملكيه كما إذا كان الغاصب بنفسه ممن تلف المال عنده فاعتبار الملكيه له على التالف بحيث لم يبق منه شيء من الاجزاء و الرضاض لغو محض هذا كله في وجه رجوع السابق الى اللاحق.

و اما وجه عدم رجوع اللاحق الى السابق مع كون ذمه كلهم مشغوله بالتالف.

و قد أفاد السيد في وجه ذلك ان اللاحق هو السبب لضمان السابق حيث انه باختياره ترك الرد الى المالك فتلف عنده فصار سبب الضمان السابق فيكون الضمان عليه و على السابق و لكن مع رجوع المالك اليه لا يرجع الى السابق فلو كان وسطا يرجع الى لاقه

و فىه أنه قد تقدم جوابه من انه مع قبول صحه استناد الضمان الى السبب فى أمثال المقام لكونه أقوى و لم نستشكل فى اقوائيه مثل تلك التسببات أن السبب للضمان ليس عدم رد الثانى إلى المالك بل انما هو الأخذ باليد العاديه فهى صارت سببا لضمان كل من السابق و اللاحق فهو اى هذا السبب مشترك بين السابق و اللاحق فلا وجه لتخصيص ذلك السبب باللاحق و القول بأنه صار سببا للضمان كما هو واضح لا- يخفى بل الوجه فى ذلك أن الأخذ باليد انما يوجب الضمان الى ان يرد المأخوذ إلى المالك بمقتضى قوله (عليه السلام) على اليد ما أخذت حتى تؤدى فما لم يرده الى مالكة اما بالعين مع البقاء أو بالمثل أو القيمه مع التلف لا يبرء ذمته بل هذا هو مفاد السيره العقلائيّه كما تقدم فى ما لا يضمن.

و على هذا فالغاصب الأول حيث انه اعطى المال للثانى فباعطائه تحقق الأداء فهذا الأداء و ان كان قبل وصول المال بعينه أو بعوضه الى مالكة لا يفيد بوجه بل هو أداء غير مشروع و لكن بعد ما أداه الغاصب الثانى بعينه أو بمثله و قيمته الى مالكة فيكون مالكا للتالف ان كان لاعتبار الملكيه هنا فائده فإذا رجع هذا الثانى إلى الأول و ادعى منه ما ملكه بالمعاوضه القهريه فيقول فى جوابه اعنى أديته لك فردنى ما أعطيتك فاعطى لك مالك بأداء المثل أو القيمه فيكون أدائه هذا مفيدا فى المقام و بعبارة أخرى انك عرفت أن الضمان هنا نظير الواجب الكفائى و عليه أنّ الواجب الكفائى و ان كان واجبا على كل مكلف الا ان الآثار تترتب على ما يكون مأثيا فى

الخارج و تشخص بوجوده الخارجى كما ان الأمر كذلك فى الواجب التخييرى و ان كان المأتى مصداقا للجامع اعنى الجامع بين هذا أو ذاك فلا يخرج هذا الجامع عن جامعته و بعبارة اخرى ان التشخص انما يكون بنفس الوجود فما يكون موجودا فى الخارج فهو المتشخص المحط للآثار لا الأفراد الأخر الفرضيه و على هذا ففى المقام ان الآثار انما يترتب على كل من ادى بدل العين لمالكها فيكون مالكا لدمه من أخذ المال منه بلا غرور فهذا واضح جدا و ان كان فى أصله غير مشروع كما هو واضح.

و من لاق للاحق ان يرجع الى السابق.

ثم ان المالك لو تبرع حقه للاول و أفرغ ذمته و أسقط الضمان عنه فهل يكون له ان يرجع الى اللاحق لاختصاص التبرع له أو يكون التبرع للاول تبرعا للواحق أيضا فهنا مقامان الأول فى اختصاص التبرع بالأول أو عمومته للتتابع أيضا و الثانى أنه على تقدير كون الاسقاط عن الأول فقط فهل له أن يرجع الى الثانى أم لا.

اما المقام الأول فالظاهر أن إسقاط المالك حقه عن الأول إبراء عن الجميع فليس له لن يرجع الى الثانى فى ذلك لانه ليس هنا الا مال واحد كالدرهم الواحد مثلا و ان كان الضمنا كثيرا فإذا أعرض المالك عن هذا المال فلا يبقى هنا شىء لتكون ذمم الضمنا الآخر مشغوله بذلك اذن فيكون إسقاطه عن الأول إسقاطا عن الثانى أيضا حتى مع التصريح بأنى أسقط من الأول فقط فإنه تصريح بلا فايده و تناقض فى الكلام فيكون غير معقول.

و اما المقام الثانى فعلى تقدير اختصاص الإبراء بالأول فقط



فهل له ان يطالب من اللّا-حقين أم لا- الظاهر لا- فإنه إنما يجوز له ان يطالب إذا ملك ذمه الثانى ففى هنا لم يعط شيئاً للثانى ليملك مطالبته غايه الأمر أسقط المالك ذمته و انما قلنا ان له الرجوع الى الثانى إذا أدّ المال للثانى.

أو غصب الثانى المال منه و هنا ليس الأمر كذلك ثم إذا توقف ردّ المغصوب إلى المئونه فلا بدّ له اى للغاصب من صرف ذلك حتى يمكن إيصاله إلى المالك و دفع ذلك بأنه ضرر على الغاصب معارض بكون عدم الصرف ضرراً على المالك فلو لم يكن طريق الى الوصول الى المال إلا بواسطة المالك كما إذا كان فى البحر فلم يكن يعرف السباحه إلا المالك فحال الأشخاص الآخرين فى مطالبه الأجره فله أن يطالب الأجره لإخراجه من البحر.

و الحاصل أن الرّد إذا احتاج الى مئونه فلا بدّ للغاصب أن يصرف ذلك حتى يردّ العين الى مالكة و توهم نفي لزوم ذلك بدليل لا ضرر بلا وجه إذ عدم الصرف كك يستلزم عدم ردّ المغصوب الى المالك فهو ضرر عليه و دليل نفي الضرر انما ورد فى مورد الامتنان فلا يشمل الموارد التى يكون فيها ضرر على الغير مع كونه متعارضاً.

فرع آخر إذا كان المالك مقدوراً على الوصول الى ماله مع كونه محتاجاً إلى المئونه فهل له مطالبتها من الغاصب أم لا ففى هنا ثلثه فروع الأول فى جواز مطالبه أصل الأجره على فعله من الغاصب الظاهر أنّ له ذلك فان حاله حال الأشخاص الآخر فكما ان لهم مطالبه الأجره على تحصيل ذلك المال و رده الى مالكة و كك نفس المالك له ذلك و لا دليل على إزمه على ذلك بلا أجره كما

هو واضح.

الثانى أنه لو لم يرض المالك إلا بإحضار ماله الا بنفسه بحيث يكون هو بنفسه متصديا للانقاذ من البحر و نحوه مع إمكانه لغيره أيضا فهل له ذلك أم لا الظاهر أنه لا يجوز للغاصب ان يباشر بنفسه أو بغيره للأداء إلا مع رضائه المالك بذلك فان ذلك أيضا تصرف فى مال الغير فهو غير جائز إلا بإذن مالكة اذن فيباشر بنفسه فيأخذ الأجره من الغاصب.

الثالث لو طلب أجره زائدا من أجره المثل مع انحصار الأداء بطريق فعل المالك فقط اما تشريعا لعدم رضايته بتصرف الغير فى ماله أو تكوينيا لعدم تمكن الغير من الوصول الى المال و أدائه إلى مالكة بل الأداء منحصر بنفى المالك فهل له ذلك المطالبه بحيث يطلب من الغاصب أجره زائده على أجره المثل إرغاما لأنفنه كما إذا كان أجره الأداء لمثل هذا المال عشره فهو يريد خمسين الذى أزيد من قيمه العين أيضا الظاهر أنه لا مانع من شمول دليل لا ضرر على ذلك لنفى استحقاق المالك مطالبه الأجره الزائده على الرّد من الأجره و لا يكون مانع عن شموله للمقام.

ثم إذا تعذر ردّ العين الى مالكة الا بعد مده مديده و حال الغاصب بذلك بين المالك و ماله فهل له ان يطالب بدل الحيلولة من الغاصب على ذلك أم لا الظاهر لا لما تقدم من عدم تماميه أدله بدل الحيلولة بوجه فلا نحتاج إلى الإيعاده.

**قوله لو باع الفضولى مال غيره مع مال نفسه.**

**أشاره**

أقول إذا باع الفضولى مال نفسه مع مال غيره فهل يحكم بصحة

ص: ٣٩٠

ذلك البيع مطلقاً أو ببطلانه كذلك أو يسقط الثمن بالنسبة الى مال نفسه و مال غيره فيحكم بالصحة في مال نفسه مطلقاً أو مع الخيار للمشتري و بالبطلان في مال غيره وجوه

**و للكلام هنا جهات.**

### **الاولى في أصل صحة البيع**

و الظاهر انه لم ينسب الخلاف هنا الا الى الأردبيلي ره و قد خالف في المسألة و ذهب الى الفساد و تحقيق الكلام أنه تاره نقول ببطلان الفضولى و اخرى بصحته و ان قلنا بالأول فالظاهر ان البيع بالنسبه الى مال نفسه صحيح و بالنسبه الى مال الغير فاسد و لم نسمع الخلاف هنا من أحد الا من الأردبيلي فإنه ذهب الى الفساد و عمدته الوجه في البطلان ما ذكر في المسألة الآتية أعنى بيع ما يملك مع ما لا- يملك كالشاه مع الخنزير و العصير مع الخمر فان المناط في صورته القول ببطلان- الفضولى في المسئلتين واحد فذلك و جهان و قد ذهب الى الفساد أيضا بعض الشافعيه بتوهم ان العقد الواحد لا يتبعض.

الأول ان ما هو مقصود للبائع و مبرز حين الإنشاء لم يقع فان المبرز بيع الشاه مع الخنزير و فى المقام هو بيع ما يملك و ما لا يملك و ما وقع اعنى بيع الشاه فقط أو بيع ما يملك فقط لم يقصد فتخلف القصد عن الإنشاء فيحكم بالبطلان فى كليهما كما ذهب إليه الأردبيلي و فيه ان البيع و ان كان واحدا بحسب الصورة و الظاهر و فى عالم الإنشاء قد أنشأ بإنشاء واحد الا أنه فى الواقع و الحقيقة بيعان فيكون هذا فى الانحلال مثل العام الاستغراقى و ان كان بينهما فرق من جهة غايه الأمر قد ابرز و أنشأ بابرز واحد و إنشاء فارد غايه الأمر كل منهما منضم إلى الآخر و مشروط بهذا الانضمام

ص: ٣٩١

فى ضمن العقد فلا يلزم من ذلك فساد العقد بل يثبت الخيار للمشتري بالنسبه فى بيع مال نفسه فىكون صحيحا خياريا.

الثانى انه باطل لجهاله الثمن إذ لا يعلم أنه ائى مقدار من الثمن قد وقع فى مقابل الشاه و فى مقابل مال نفسه فى ما نحن فيه فىكون نظير ان يبيع ماله بما فى الكيس من الدراهم فىحكم بالفساد و فيه ان الجهاله من حيث هى ليست موجه للبطلان و انما هى توجب البطلان من جهه الغرر الذى نهى النبى (صلى الله عليه و آله) عنه فى البيع فإذا لم تستلزم الغرر فلا توجب البطلان و فى المقام لا يلزم منها غرر إذ يعلم مقدار ما يقع فى مقابل الشاه فى المسأله الآتیه و ما يقع فى مقابل مال نفسه فى هذه المسأله و لو بالإجمال الغير الموجب للغرر نظير ان يشير إلى صبره معينه و يقول بعث كل صاع منها بدرهم فان ثمن الصبره و ان لم يكن معلوما بالتفصيل الا انه معلوم ان كل صاع منه بدرهم فىكون معلوما بالإجمال الغير الموجب للغرر.

و فى المقام يعلم ان مقدارا من الثمن المعلوم واقع فى مقابل ما يملك و ان كانت النسبه غير معلومه حقيقه و لكن بالتقسيط يعلم تفصيلا فاصل الثمن معلوم و ليس مثل بعثك هذا بما فى الكيس الذى لا يعلم انه ائى مقدار من المال كما لا يخفى.

و مما يدل على عدم كون الجهاله بما هى موجه للبطلان انه لو باع مال نفسه مع مال غيره مع اذن المالك فإنه لم يفتوه احد ببطلان المعامله هنا مع ان الثمن فى كل منهما مجهول تفصيلا بجهاله غير موجه للغير فلو كانت الجهاله من حيث هى موجه

للبطلان مع قطع النظر عن كونها مستلزمه للغرر فلازمه القول بالبطلان هنا أيضا فنكشف من ذلك عدم كونها موجبه لذلك كما لا يخفى اذن فيبقى في المقام احتمال وجود الإجماع فقط على البطلان فهو مقطوع بعدمه إذ بعد معرفيه عدم الخلاف في الصحه إلا- عن الأردبيلي فكيف يمكن دعوى الإجماع على البطلان بل الإجماع على الصحه كما هو واضح و كيف كان فمقتضى القاعده في المقام هو الصحه و مع الغض عن ذلك و عدم القول بالصحه بحسب القواعد فيدل عليها الخبر من الصفار من انه إذا باع مال نفسه مع مال غيره فيبطل في مال الغير و وجب في مال نفسه فافهم.

و اما لو قلنا بصحه الفضولى فإن أجاز فلا- كلام لنا فيه فان الإذن اللاحق لا يقصر عن الاذن السابق فاحتمال الفرق بين الاذن السابق و الاذن اللاحق مجازفه.

و ان ردّ المالك فيأتي فيه كلما تقدم في صورته القول بفساد العقد الفضولى من الوجهين.

قوله ثم ان صحه البيع فيما يملكه مع الرد مقيد في بعض الكلمات أقول قيد بعضهم صحه البيع في مال نفسه إذا لم يفض الرد الى محذور آخر شرعى كلزوم الربا و عدم القدره على التسليم و مثلوا للأول بأنه لو باع درهم نفسه مع دينار غيره بخمسين درهما فان هذا البيع من حيث المجموع صحيح كما إذا كان كليهما لنفسه و علل بعضهم ذلك بأن كل جنس يقع في مقابل الجنس الآخر إلا- أنه علل بعد الوقوع فلا بأس به فإذا رد المالك البيع في الدينار فما يقع من الدراهم بعد التقييط في مقابل الدرهم أكثر منه فيلزم الربا

و مثلوا للثانى ما لو باع عبد الآبق لنفسه مع عبد الغير،الغير الآبق فرد المالك البيع فى مملوك نفسه فيكون بيع نفسه أيضا باطلا لتمخض البيع بالآبق فهو باطل للجهااله و لزوم الغرر فانّ بيع الآبق انما هو مخصوص بصوره الضميمه فقط فلا يصح فى غير هذه الصوره و من هنا لا يصح اجاره الآبق مع الضميمه أيضا.

و لنا فى ذلك كلام حاصله أنّك عرفت ان اتحاد البيع بحسب الصوره و الإنشاء لا يضّرّ يتعدده واقعا و عليه ان بيع دينار غيره مع درهم نفسه لا يخرج المعامله عن الربويه على تقدير الإمضاء أيضا كما أنّ ضم عبد غيره بعبد نفسه الآبق لا يخرج بيع العبد الآبق عن كونه بيع آبق بلا- ضميمه لفرض تعدد البيع مع الانحلال اذن فيكون البيع ربويًا من الأول و بيع آبق من الأول نعم ثبت جوازه ما إذا باع عبد نفسه مع عبده الآبق فإنه ثبت جوازه شرعا بنصّ خاص و الا فمقتضى القاعده كان عدم جوازه للغرر و من هنا لا يصح اجاره الآبق مع الضميمه كما تقدم و كذلك ثبت شرعا جواز بيع مجموع الدرهم و الدينار الذين لنفسه بمجموع الدرهم و الدينار الذين أكثر من ماله فانّ جواز ذلك ثبت بدليل خاص و اما لو باع مال غيره كذلك فلا مخرج لذلك عن محذور الربا لكونه منحلًا مثل العام الاستغراقى الى الافراد العديده و ان كان بينهما فرق من جهه يأتى فى الجهه الثانيه.

و بالجملة بعد ما لم يكن مجموع الدرهم و الدينار أو العبدین لنفس البائع فيكون البيع منحلًا الى بيعين فيترتب لكل منهما حكم نفسه فيكون البيع و لو مع إمضاء الطرف الآخر فى مال نفسه ربويا من

الأول و كذلك فى بىع العبد الأبق فىكون باطل من الأول للجهاله فراجع الى تقرير ميرزا.

### الجهه الثانيه فى ثبوت الخيار للمشترى و عدمه

لا- شبهه فى عدم ثبوت الخيار للمشترى فى صوره العلم بالحال و بان المبيع ليس للبائع بمجموعه و أنما بعضه للغير كما أنه لا شبهه فى عدم ثبوته للبائع فى فرض العلم بذلك و اما مع جهل المشترى فلا شبهه فى ثبوت الخيار له و الوجه فى ذلك على ما يأتى فى محلّه المسمى بخيار تبعض الصفقه مع انا قلنا انه منحل الى بيعين كالعالم الاستغراقى هو ان المشترى قد أقدم على اشتراء هذين المالين مشرطا على البائع فى ضمن العقد و لو بمثونه القرائن العرفيه و الانضمام العرفى ان ينضم أحدهما بالآخر فإذا خلا عن ذلك الانضمام فيثبت للمشترى الخيار و هذا هو المتفاهم بأذهان العرف و العقلاء فىكون مدرك هذا الخيار هو تخلف الشرط الضمنى كما هو واضح و من هنا تظهر جهه الفرق بين العام الاستغراقى المنحل الى افراده و بين المقام و بهذا يمكن أيضا دعوى ثبوت الخيار للبائع أيضا إذا جهل بالحال و اعتقد أن المالين له فان جهله بالحال يوجب ثبوت الخيار له إذا ظهر أحدهما مستحقا للغير و لم يمض المعامله فإن مقتضى الفهم العرفى هو أن يبع كل واحد من المالين مشروط بالآخر و انه يبيعه بهذا العنوان كما إذا باع الثوب العتيق مع الجديد يبيع واحد و لكن يبعه الجديد من جهه العتيق و ان العتيق لا يباع منفردا ثم ظهر أنّ العتيق مال الغير فىكون البائع مختارا فى الفسخ و الإمضاء مع العلم بالحال بمقتضى ذلك الشرط الضمنى فهو ان يبعه هذا مشروط

ص: ٣٩٥

بكون الثوب العتيق له دون غيره.

و بهذا الملاك ظهر أنه يثبت الخيار للبائع إذا اعتقد انه و كيل من الغير فى بيع ماله فباع فرسه مع فرس نفسه فظهر أنه ليس بوكيل من قبله فانّ يبعه هذا كان بحسب الشرط الضمنى مشروطا ببيع الآخر فرسه للرقابه و الا فلا يبيع فاذا ظهر أنه ليس بوكيل من قبله و لم يمض أيضا يبعه هذا فيكون للبائع أيضا خيار هنا بل يثبت الخيار لكل من البائع و المشتري فى كل مورد تحصل فيه المخالفه بالشرط الضمنى بحيث يساعد العرف و العقلاء على ذلك بان يفهم العرف ذلك الا- اشتراط و لا- يكون من قبيل الإضمار فى القلب كما هو واضح.

### الجهه الثالثه فى التقسيط و بسط الثمن الى اجزاء المبيع مع

ردّ المالك

و ربّما قيل فى طريق معرفته كما هو المنسوب الى القواعد و اللمعه و الشرائع من أنّهما يقومان جميعا من حيث المجموع ثمّ يقوم كل واحد منهما ثم تنسب قيمه كل واحد منهما الى المجموع من حيث المجموع فيؤخذ بتلك النسبه فيسترد الثمن من المشتري كما إذا باع مال نفسه مع مال الغير بعشرين دينارا فلم يمض الغير ذلك البيع فيقوم كل واحد بعشره دنانير و المجموع أيضا بعشرين فنسبه قيمه كل منهما الى المجموع بالنصف فيسترد من أصل الثمن نصف قيمه.

فأورد عليه المصنف بما حاصله أن الأوصاف و ان لم تكن مما تقابل بالثمن و لا يقسط الثمن إليها و الى الاجزاء و لا يقال ان ثمن الفرش الفلانى يقسّط إلى اجزائه و أوصافه بل متمحض فى مقابل الاجزاء فقط و أنّما الأوصاف قد توجب زياده الثمن و انها دخيله فى

ص: ٣٩٦



ذلك كما مرّ مرارا عديده إذ من البديهي أن اجراء الفرش ليس لها إلا قيمه الصوف و أوصافها توجب زياده تلك القيمه و لكن فى مقام البيع لا يقسّط الثمن إليها و الى الاجزاء.

و على هذا فهذا الضابطه الذى أفيد فى المقام انما يستقيم فيما إذا لم تكن الهيئه الاجتماعيه دخيله فى زياده الثمن كما هو الغالب و لعله لأجل هذه الغلبه التجأ كثير من الاعلام بهذا الضابط و اما لو كانت الهيئه الاجتماعيه دخيله فى الزيادة فلا يمكن التقسيط بهذا الضابط كما إذا كان المبيع مصراعى باب أحدهما لنفسه و الآخر لغيره أو زوج خفّ أحدهما لنفسه و الآخر لغيره و هكذا مما تكون الهيئه الاجتماعيه دخيله فى ازدياد القيمه فإنّه لو قسط الثمن الى كل منهما على الضابط المذكور يلزم فيه المحذور مثلا لو كانت قيمه كلا المصراعين معا عشره و قيمه كل منهما درهمين و كان الثمن الذى وقع عليه البيع خمسه فإنه إذا رجع المشتري الى البائع بجزء من الثمن نسبه ذلك الجزء الى مجموع الثمن كنسبه الاثنين إلى العشره فتكون النسبه بالخمس فيسترد من البائع بملاحظه هذه النسبه النسبه خمس الثمن فهو الدرهم الواحد فيبقى للبائع فى مقابل المصراع الآخر أربعه دراهم فيكون ما أخذه من الثمن أزيد من حقه فإنّ الثمن متساويه بين المصراعين على الفرض فما الموجب لاستحقاق البائع أربعه فى مقابل المصراع الواحد و المشتري واحدا فى مقابل مصراع الآخر الذى مال الغير.

و بعباره اخرى ان البائع أنما يستحق من الثمن مع الرد بالمقدار الذى يستحقه مع الإجازة فلا شبهه ان ذلك بالنصف مع الإجازة

فليكن كذلك مع الرد أيضا فما الموجب للازدیاد فی صورہ الرد.

نعم فی أغلب الصور التي لا- تكون الهيئه الاجتماعيه دخيله فی ازدياد القيمه فالضابط المذكور لا- بأس به سواء كان قيمه كل منهما متساويه أو متفاوتة كما هو واضح.

ثم وجه المصنف هذا الوجه بأخذ النسبه للمشتري لثلا يرد عليه النقص بدخاله الهيئه الاجتماعيه فی زياده الثمن و حاصله أن يقوم المجموع من حيث المجموع ثم يقوم كل واحد مستقلا و ينسب الى المجموع و يأخذ المشتري تلك النسبه و باعتبارها يأخذ الثمن من البائع و فی المثال المتقدم يسترد الأربعة و يبقى للبائع واحد فلا توجب زياده الثمن بالهيئه الاجتماعيه نقصا فی المطلب كما هو واضح.

ثم أورد عليه بان هذا و ان يسلم من اشكال الزيادة بالاجتماع و لكن ينتقض بكون الهيئه الاجتماعيه موجه لنقصان القيمه فإن هذا فرض ممكن و هذا كما لو باع جاريه مع أمها بثمانيه و كانت قيمه كل واحد منها بعشره فإنه لا شبهه في عدم ترتب النفع على صورته- الاجتماع الذي يترتب على غير صورته الاجتماع لعدم جواز الجمع بين البنت و الام و من هنا نقل قيمه صورته الاجتماع فلو أخذت النسبه للمشتري فيلزم حينئذ للمشتري ان يجمع بين الثمن و المثلث فإنه يسترد من البائع على هذا تمام العشره فيبقى الجاريه الأخرى للمشتري بلا ثمن لكون قيمه أحدهما المنفرده إلى مجموع القيمتين نسبه الشيء إلى مماثله.

ثم بعد ما لم تتم هاتان الصورتان التجأ المصنف الى وجه آخر و حمل عليه كلام القواعد و اللغه و الشرائع و هو ما اختاره في الإرشاد

و حاصله ان يقوم كل واحد منفردا من دون ان يقوم المجموع من حيث المجموع ثانيا ثم يؤخذ لكل واحد جزء من الثمن نسبه  
إليه كنسبه قيمته الى مجموع القيمتين مثلا إذا باع مجموع المالين بثلاث دنانير و قوم مال الغير بأربع دنانير و مال البائع بدنانيرين  
فيرجع المشتري بثلاثي الثمن اذن فيسلم ذلك من إشكالي الزيادة و النقيصه.

و أشكل عليه السيد ره في حاشيته بان هذا انما يتم فيما كانت الهيئه الاجتماعيه موجهه للزيادة أو النقيصه بالسويه و اما لو أوجبت  
ذلك بالتفاوت فلا يتم مثلا إذا كان أحدهما يزيد قيمته بالانضمام و الآخر تنقص قيمته به يلزم على طريقه المصنف قده فيما إذا  
قوم أحدهما منفردا باثنين و منضمما بأربعة و الآخر منفردا بأربعة و منضمما باثنين ان يكون لمالك الأول ثلث الثمن و لمالك  
الثاني ثلثاه مع ان قيمه مال الأول في حال الانضمام ضعف قيمه مال الثاني في تلك الحال فينبغي ان يكون للاول الثلثان و للثاني  
الثلث و هكذا في سائر الاختلاف. و من هنا اختار مذهبا آخر و هو ان يقوم كل منهما منفردا لكن بملاحظه حال الانضمام لا في  
حال الانفرداد ثم يؤخذ لكل واحد جزء من الثمن نسبه إليه كنسبه قيمته الى مجموع القيمتين و على هذا فيسلم من جميع  
الإشكالات في جميع مراتب الاختلاف من دون لزوم محذور في ذلك لا- في صورته زياده القيمه بالاجتماع و لا- في صورته  
نقيصته بذلك و لو كان ذلك الاختلاف بالتفاوت لا بالسويه فإن تقويم كل واحد بقيد الانضمام يوجب تقسيط المجموع من  
حيث المجموع الى الافراد بلا زياده و نقيصه فلا حظ ذلك بالأمثله ثم احتمال رجوع ما

ذكره الجماعة من تقويم كل واحد منفردا الى ذلك بان يكون مرادهم بالانفراد هو الانفراد بقيد الانضمام لا الانفراد بما هو انفراد وهذا الذى أفاده السيد ره من الجوده بمكان كما هو واضح و اما المثلى فقد فصل المصنف فيه بين ما كانت الحصه مشاعه فقسط الثمن على نفس المبيع و ان كانت حصه كل منهما معينه كان الحكم كما فى القيمى من ملاحظه قيمتى الحصتين و تقسيط الثمن على المجموع ثم أمر بالتفهم و فيه أنه لا وجه لهذه الكيفيه فى التقسيط على وجه الإطلاق لا فى المشاع و لا فى المفروض لإمكان ان يكون المثلى مشاعا و مع ذلك تتفاوت قيمه كل منهما بتفاوت الحصتين فى المقدار كأن يكون لأحدهما تسعه أمان من الحنطه و للآخر من واحد- لبداهه تفاوت الأثمان بتفاوت العروض قله و كثره فإن المبيع كلما كثر رخص و كلما قل غلى و ان كان حصه كل منهما من صبره واحده و على نسق واحد فى الجوده و الرءاءه كما هو المفروض على الإشاعه و لإمكان ان يكون المثلى مفروض و يكون مع ذلك كل من النصيين من كومه واحده و صبره خاصه فيجب ان يقابل كل حصتى البائع و المشتري بما يخصه من الثمن فيكون كالمثلى المشاع لا كالقيمى.

**قوله لو باع من له نصف الدار نصف تلك الدار.**

**اشاره**

أقول لو قال بعث نصف الدار فهل المراد منه نصف المشاع أو النصف المختص بعد العلم بعدم إرادته حصه الشريك و احتياجه إلى المثونه الزائده.

تاره يعلم من القرائن الخارجيه أو بتصريحه ان البائع أراد الشقص الخاص و النصف المعين من نصف نفسه أو نصف شريكه فلا

ص: ٤٠٠

كلام لنا فيه فحكم ذلك معلوم على تقدير قصد مال نفسه أو مال غيره.

و اخرى يقول انى أريد من كلامى هذا بعت نصف الدار ما يكون لفظ النصف ظاهرا فيه فهو على قسمين لأنه تاره يكون المراد به ما يكون لفظ النصف ظاهرا فيه بنفسه و يكون المقصود مفهومه من دون القرائن الخارجيه فيكون المراد الجدى للمتكلم معلوما من ذلك و اخرى ما يكون ما تكلم به من الجملة المركبه ظاهره فيه من بعت نصف الدار مع ملاحظه خصوصيّه النسبه و الإضافه إلى نفسه و التصرف فيه و قد خصّ السيد ره فى حاشيته مورد كلام المصنف هو بالقسم الثانى أى ما يكون النظر فيه الى مفهوم النصف فقط بلا توجه الى ما تقتضيه القرائن الخارجيه و أورد عليه بأنه على هذا لا يبقى مجال للتمسك بظهور المقام أو غيره من كون التصرف و اضافته البيع الى نفسه ظاهر ان فى نصف نفسه فى مقابل ظهور النصف فى الإشاعه إذ الرجوع الى الظهورات انما هو لتشخيص المرادات و المفروض ان المتكلم لم يقصد خصوصيه ملكه أو ملك غيره و انما قصد مفهوم النصف الذى مقتضاه ليس إلا الإشاعه فإن المفروض انه لم يقصد خصوصيه ملكه بل يكون لفظ النصف ظاهرا فيه.

و فيه انّ السيد لم يتصور ظاهرا قسما آخر هنا و لذا جعل مورد كلامه ما يكون المقصود مفهوم النصف بلا لحاظ القرائن الخارجيه و هو متين لو كان مراده هذا و كان حينئذ جعله ما يقتضيه مفهوم النصف معارضا بما تقتضيه القرائن الخارجيه مناقضه و اضحه إذ بعد كون المقصود هو مفهوم النصف فقط فلا مجال لهذه المعارضه و دعوى القرائن على خلافه و انما المراد معلوم بلا شك و لكن مراده ليس

هو الشق الأول بل الوجه الثانى الذى هو الوجه الثالث و قوله ففیه احتمالان ای ما یحتمل ان یراد منه النصف المختص أو النصف المشاع منحصر بهذا القسم و الا- لو كان مراده هو الأول لم یکن موردا لوجهین بل كان تمحضا لإرادته النصف المشاع فقط بظهور لفظ النصف فیه و لم یکن النصف المختص محتملا- لعدم جریان القرائن الخارجیه فیه بوجه اذن فلا یكون هذا القسم موردا للكلام كما فی حاشیه السید و على هذا فلا یردّ علیه ما أورده السید نعم یرد علیه ان مورد الكلام لیس هو القسم الثالث فقط بل هنا قسم رابع الذى جعله السید مورد لكلامه بعد رده كلام المصنف على زعمه و هو ما یكون مراد البائع من النصف شیئا معینا من نصفه المختص أو المشاع فی الحصتین و لم یعلم التعین مع كونه معینا واقعا و فی علم البائع الا انه أجمله فیکون ظهور كلامه حجه هنا أيضا من اراده الفرد المعین فیکون داخلا فی الكلام فحینئذ یقع الكلام أيضا فی ان المراد من ذلك أى شیء هل هو نصفه المختص أو المشاع لیکون من کل منهما الربع أو نصف الشریک و حیث لم یتصور السید هنا قسما آخر مع رده القسم الثانى جعل هذا مورد لكلامه فقط و لكن عرفت انّ محط كلام المصنف هو القسم الثالث لا ما زعمه السید من القسم الثانى الذى لا یحتمل ان یكون مراده ذلك كما هو واضح من كلامه و ربما یقال بعدم إمكان جعل القسم الثالث موردا لمحط النزاع بل لا- بدّ من تخصیص محل النزاع بما ذهب الیه السید ره إذ لو كان القسم الثالث هو محط النزاع فلازمه ان لا یعلم ان البیع فی ملک من وقع هو البائع أم الشریک الآخر فالجهل بالمالک یوجب بطلان البیع.

و فيه انك عرفت سابقا أن الجهل بالمالك لا يضر بصحة البيع بعد العلم بالمبيع و ان حقيقه البيع عباره عن المبادله بين المالكين فمعرفة المالك ليست بدخيله في صحة البيع إلا إذا كان تعيين المبيع محتاجا إلى معرفه المالك فبدونها لا تعيين للمبيع بل و لا تحقق له كما إذا كان المبيع كليا في الذمه فإنه لا تعيين لذلك إلا بإضافه إلى شخص خاص معين فلو قال بعتك منا من الحنطه في ذمه رجل لبطل البيع و اما في غير تلك الصوره فلا دليل على وجوب تعيين المالك كما لا يخفى اذن فالقسم الثالث أيضا داخل في محلّ النزاع لعدم إضرار الجهل بمالك المبيع كما لا يخفى فافهم.

ثم ان المصنف في مقام تعيين المراد في مقام الإثبات قد احتمل الوجهين في مثل هذا الكلام و قول البائع بعث نصف الدار من اراده نصف المختص أو نصف المشاع و منشأ الاحتمالين اما- تعارض ظاهر النصف اعنى الحصه المشاعه في مجموع النصفين مع ظهور انصرافه في مثل المقام من مقامات التصرف الى نصفه المختص و ان لم يكن له هذا الظهور في غير المقام أو تعارضه مع ظهور إنشاء البيع في البيع لنفسه لا- بيع مال الغير لا- بدّ فيه امّا من نيه الغير أو اعتقاد كون المال لنفسه و اما من بنائه على تملكه للمال عدوانا كما في بيع الغاصب و الكل خلاف المفروض هنا.

ثم ذكر انه مما ذكرنا يظهر الفرق بين ما نحن فيه و بين قول البائع بعث غانما مع كون الاسم مشتركا بين عبده و عبد غيره حيث ادعى فخر الدين الإجماع على انصرافه الى عبده ففاس عليه ما نحن فيه إذ ليس للفظ البيع هنا ظهور في عبد الغير فيبقى ظهور

البيع فى وقوعه لنفس البائع و انصراف لفظ المبيع فى مقام التصرف الى مال المتصرف سليمين عن المعارض فيقر بها إجمال لفظ المبيع هذا ما افاده المصنف مبتيا على حفظ الظهور للفظ النصف و لكنه فاسد.

و التحقيق هو تقديم ظهور النصف الذى هو النصف المختص على القرائن الخارجيه بعد العلم بعدم اراده نصف الشريك لكونه مفروغا عنه و إرادته محتاجه إلى القرائن التى منتفيه هنا.

بيان ذلك ان النصف بعد كونه ظاهرا فى النصف المشاع بين البائع لتصرفه و الشريك الآخر فلا يمكن رفع اليد عنه بالقرائن الخارجيه أعنى ظهور الإنشاء اما ظهور الإنشاء فبانا نمنع كونه ظاهرا فى كون البيع للبائع بعد ما صح بيع مال الغير بل كما أنه ظاهر فى بيع مال نفسه و كذلك ظاهر فى بيع مال غيره أيضا إلا- فى بيع الكلى حيث أنه لا يمكن إلا بإضافه البيع الى نفسه فيكون هذا قرينه على اراده البيع لنفسه إذ لا- معنى لبيع الكلى فى ذمه الغير لعدم التعيين كأن يقول بعت منّا من الحنطه فى ذمه رجل و المفروض ان المبيع فى المقام ليس كليا بل أمر معين كما هو واضح على أنه يكون قرينه موجه لرفع اليد عن ظهور البيع فى الإشاعه إذا لم يكن للكلام ظهور فى مورده فسيأتى فى الوجه الثانى من القرائن ان مورد البيع هو النصف المشاع ابتداء فلا يمكن رفع اليد عن ظهوره.

و اما ظهور التصرف فى كون المبيع مال نفسه فيحكم بكون النصف للبائع.

ففيه ان هذا الظهور و ان كان لا ينكر و أنه قرينه على اراده



مال نفسه و رفع اليد عن ظهور النصف الا انه لا يمكن الأخذ به و رفع اليد عن ظهور النصف فى الإشاعه.

و ذلك لأنه أتما يكون إذا كان الكلام مجملا و لم يكن له ظهور فى مورده و الا فلا وجه لرفع اليد عنه و المصير الى ما تقتضيه القرائن و فى المقام أنّ النصف له ظهور فى الإشاعه الذى مقتضاه كون الربع من مال البائع و الربع الآخر من مال الغير ليكون محتاجا إلى الإجازة و بعد ما كان مورد البيع هو ذلك فلا وجه لرفع اليد عنه إذ هو كرفع اليد عن ظهور البيع فى مال الغير ابتداء فى سائر الموارد.

مثلا لو كان للشيء معنى حقيقى و معنى مجازى و قال احد بعت الشيء الفلانى و كان ذلك الشيء بمعناه الحقيقى شخص آخر موجودا عند البائع و بمعناه المجازى كان لنفسه فهل يمكن رفع اليد عن ظهور كون البيع للغير و اراده المعنى المجازى بدعوى أن ظاهر التصرف كون المال لنفسه فلا وجه لذلك بعد كون مورد البيع هو مال الغير و هكذا و هكذا.

و بالجمله أن النتيجة هو ان مقتضى كون النصف ظاهرا فى النصف المشاع و واردا على المال المعين فى الخارج هو ان المبيع هو النصف المشاع المشترك بين المالك الشريك و البائع فيكون ربع الدار مبيعا من حق البائع و ربعها مبيعا من الشريك و محتاجا إلى الإجازة لكونه فضوليا كما لا يخفى فلا يمكن رفع اليد عن ظهوره الذى هو مورد البيع بالقرائن الخارجيه و انما ذلك فى صوره عدم ورود الكلام على مورد المعنى الحقيقيه و الا فلا وجه لرفع اليد عنه كما هو واضح فلا يكون الكلام ظاهرا فى النصف المختص كما ذهب اليه المشهور

هذا كله مع ملاحظه ظهور لفظ النصف فى الإشاعه و اما إذا أنكرنا ذلك كما هو كك فىكون المقام مثل بعت الغانم المشترك بين عبد نفسه و عبد جاره.

و توضيح ذلك ان لفظ النصف لم يوضع فى اللغه للنصف- المشاع بل لمطلق النصف من الشىء و لا أنه منصرف الى النصف المشاع عند إطلاقه و عليه فلا وجه لدعوا اختصاصه بالنصف المشاع فىكون الغرض منه فى المقام هو الكلى و توهم أنّ البائع لم يقصد خصوصيه ملكه فلا يمكن الحمل عليه كما فى حاشيه السيد فاسد فان النصف مع قطع النظر عن قصد خصوصيه الملك كلى يحتمل ان يكون النصف الذى يختص بنفسه أو بشريكه أو النصف المشترك بين البائع و الشريك و حينئذ فىكون ظهور كلامه فى كون المراد من النصف نصف نفسه فىكون مثل بيع الغانم فىرتفع الاجمال بواسطه ظهور الكلام فى بيع نصفه المختص.

و ذلك فإنه و ان صح بيع مال الغير فضوله و لكن مقتضى كونه مال الغير يمنع عن شمول أو فوا بالعقود للبائع و إنما يشمل المالك المجيز حين أجازته و فى المقام بعد منع كون النصف ظاهرا فى النصف المشاع لا وضعا و لا انصرافا لا دافع لشمول دليل الوفاء بالعقد على عقد البائع فإذا كان هو المخاطب بالوفاء بالعقد فىكون المبيع هو النصف المختص كما أنّ الأمر كك فى بيع غانم المشترك بين عبده و عبد الغير فكما أنه لا موجب لدفع ظهور بيع غانم عن غانم نفسه فكك فى المقام لكون النصف هنا أيضا مشتركا بين نصفه المختص أو المشاع أو نصف الشريك فكان ان ظهور البيع فى بيع غانم فى بيع نفسه

برفع الاجمال فكك فى المقام بلا زياده و نقيصه فكما ان البائع فى بيع غانم مخاطب بدليل الوفاء بالعقد و هكذا هنا أيضا فافهم.

و على هذا فيصح ما ذهب اليه المشهور من كون الكلام ظاهرا فى النصف المختص دون المشاع أو حصه الشريك.

و من هنا ظهر الفرق بين المقام و بين مسأله الإقرار بأن نصف الدار أزيد مع كونها مشتركه بالإشاعه بين المقر و شخص آخر حيث ان الإقرار اخبار عن الواقع فيكون إقراره بنصف الدار للغير اخبارا عن واقع نصف الدار لا فى نصفه المختص فهو مشترك بين المقر و شريكه الآخر فحيث ان الإقرار بالنسبه إلى الربع فى حقه و بالنسبه إلى الربع الآخر فى حق الغير فيكون إقراره بالنسبه إلى ربع شريكه لغوا دون ربع نفسه.

و هذا بخلاف البيع فإنك عرفت أن النصف كلى يصدق على نصف نفسه و نصف غيره فظهور البيع بمقتضى أَوْفُوا بِالْعُقُودِ يوجب كونه نصفه المختص دون المشاع بل اراده النصف للمشاع بحيث يكون معنى بعت نصف الدار بعت ربعا من حصتى و ربعا من حصه شريكى ليكون المراد من النصف النصف المشترك بين البائع و شريكه لا- نصفه المختص من خلاف الظهور بمكان كاد أن يلحق بالاغلاط من دون قرينه عليه فضلا عن يكون هو الظاهر من اللفظ و من هنا ظهر حكم ما لو اصدق الزوج المرأه عينا معينا فوهبت نصفها المشاع من الزوج قبل الطلاق استحق النصف بالطلاق لا نصف الباقي و قيمه النصف الموهوب و ان هذا من قبيل ما نحن فيه و أن النصف يصدق على النصف الباقي فيدخل تحت قوله تعالى فَنُصِفُ مَا فَرَضْتُمْ فيكون

تمليك الزوجه الزوج نصف الصداق منطبقا على النصف الأخر كما هو واضح و ان اراده الربع من النصف الموهوب و الربع الآخر من النصف الباقي من خلاف الظهور بمكان.

و بالجمله أن مقتضى الظهور و فهم العرف كون المراد بالنصف هو ان الباقي حق للزوج فبحصر حق الزوجه بالنصف الموهوب من باب انحصار الكلّي بالمصداق يتعين حق الزوج بالباقي و اراده النصف المشترك بين الموهوب و الباقي خلاف الظاهر فضلا عن ان يكون موضوعا له أو منصرفا اليه و اذن فلا وجه لتوهم المنافاه بين هذه المسأله و ما نحن فيه.

و كان كلامنا فى مسأله بيع نصف الدار و ملك النصف فقد ادعى المصنف تعارض ظهور النصف فى النصف المشاع و ظهور البيع و التصرف فى النصف المختص و قد قلنا ان ظهور النصف يتقدم على الظهور الأخر و لكن لا- نسلم ظهور النصف فى المشاع لا بالوضع و لا بالانصراف بل المتبع أنما هو ظهور البيع فى الحصة المختصه فيكون ظهور البيع فى بيع مال نفسه كما هو الظاهر فى جميع الموارد إذا لم تكن قرينه على الخلاف فان النصف و ان كان حقيقه فى النصف المشاع أيضا و لكن ظاهرا البيع أن الشخص يبيع مال نفسه فيشمله دليل الوفاء لكون ذلك الظهور متبعا ما لم تقم قرينه على الخلاف فيكون المقام مثل بيع الغانم المشترك بين عبد نفسه و عبد غيره المعين بظهور البيع فى عبد نفسه فيرفع الاجمال به و لا- ينافى ذلك مسأله الإقرار بكون نصف الدار لزيد مثلا- المحمول على النصف المشاع بحيث يكون النتيجة أن الربع من مال المقرّ و ذلك إذ ظهور البيع كما عرفت أنه متعلق

على ماله و هذا بخلاف الإقرار فإنه اخبار عن الواقع فمفاده أنّ نصف الدار واقعا لزيد لا النصف المختص لى فظاهر ذلك هو النصف المشاع مع قطع النظر عن حصه نفسه و عن حصه الغير فيلزم له الربع لأنّ الإقرار بمقدار ثابت عليه و اما بالنسبه إلى الربع الآخر فإقرار فى حق الغير فلا- ينفذ الا ان تكون هناك قرينه على ارادته من النصف المختص فهو إقرار آخر و بالجمله هذه المسأله أجنبيه عن المقام بتمام الجبهه.

### و اما مسأله الطلاق

فهى عين محلّ الكلام و هى انه لو زوج احد امرأه فوهبت الزوجه نصف مهرها للغير ثم طلقها الزوج فيتعين حقه بالنصف الباقي المشاع فيكون مختصا به و خارجا عن الإشاعه بمقتضى قوله تعالى فلكم نصف ما فرضتم لهن لا ان حق الزوج هو النصف الباقي أعنى ربع الكل و قيمه نصف التالف فلا تنافى بين ما ذكرناه هنا و بين هذه المسأله.

### و اما مسأله الصلح

فلا وجه لتوهم تنافيا لما ذكرناه أيضا لخروجها عن المقام فهى أنه لو أقر من بيده المال بكون نصفه لأحد المدعيين و كان هذا المدعى يدعى نصف بالسبب المشترك بينه و بين المدعى الآخر كالأخوه مثلا ثم صالح المقر له النصف المقر به للمقر فلا ينفذ هذه المصالحة إلا فى الربع اعنى نصف المقر به فإنّ نتيجه ضم أحد الإقرارين بالآخر أنّ النصف المقرّ به مشترك بين المدعيين فتكون المصالحة بالنسبه إلى الربع الآخر الذى نصف المقر به و حق للمدعى الآخر فضوليّه فيحتاج إلى إجازة المدعى الآخر كما لا يخفى و هذا كما ترى لا ارتباط لها بمسئلتنا التى كلامنا فيها.

### و اما مسأله الإقرار بالشريك الآخر

كما إذا كان المال بين

الشخصين بالنصف فأقر أحدهما يكون الثلث للثالث و كون التقسيم بينهم أثلاثا بالنصف و أنكر الشريك الآخر فحمل الإقرار على الثلث المشاع من العين كما في المتن فيكون ثلث العين للثالث و حينئذ فإن تعدد المقرّ لتعدد الشركاء و كانوا عدولا فيكون إقرارهم هذا شهاده فيتبع به و ان لم يتعدد المقر و لم يكن عدولا في صوره التعدد فيكون إقرار أحدهما بالشريك الثالث مأخوذا في حقه فقط فيكون ما بيده من النصف نصفا بين المقر و المقر له لا أنه يكون ثلث ما بيده له و ثلث الباقي لأن المنكر و ان كان معذورا في عقيدته في الظاهر و لو كان الواقع على خلاف عقيدته و لكنه غاصب بزعم المقرّ السدس و ظالم لذلك بتصرفه في النصف لانه باعتقاده انما يستحق الثلث فالسدس الفاضل في يد المنكر نسبته الى المقرّ و المقرّ له على حد سواء فإنه قد تالف من العين المشتركة فوزع على الاستحقاق. و دعوى ان مقتضى الإشاعه تنزيل المقرّ به على ما في يد كل منهما فيكون في يد المقرّ سدس و في يد المنكر سدس كما لو صرح بذلك و قال ان له في يد كل منهما سدسا و إقراره بالنسبه الى ما في يد الغير غير مسموع فلا يجب الا ان يدفع اليه ثلث ما في يده و هو السدس المقرّ به و قد تلف السدس الآخر بزعم المقرّ على المقر له بتكذيب المنكر مدفوعه بان ما في يد الغير ليس عين ما له فيكون كما لو أقر شخص بنصف كل من داره و دار غيره في صوره الإفراز بل هو مقدار حصته المشاعه كحصّه المقر و حصه المقرّ له بزعم المقرّ الا انه لما لم يجبر المكذب على دفع شيء مما في يده فقد

تلف سُدس مشاع يوزع على المقر و المقر له فلا- معنى لحسابه على المقر له وحده و هذا واضح جدا كما فى المتن و هذا بخلاف صورته الإقرار فإن كل من الشخصين وضع يده على مال معين فحق المقر له بالنسبة الى ما فى يد المنكر قد تلف باذن الشارع فى الظاهر ما لم يثبت دعواه بإقرار الشخص الآخر بثلاث ما فى يد نفسه و ثلث ما فى يد الغير لا يوجب الإثبات الا انه فى مقام الترافع يكون من الشهداء على المنكر و اما المنكر فمعدور على عقيدته اعتمادا أصاله عدم كونه ما بيده ملكا للمقر له و لو عند الشك و المقر فقط بمقتضى إقراره ملزم على الأداء لكونه حجه عليه دون المنكر و ان لم يدع العلم بكون ماله بل يكفى و لو مع دعوى الشك و عدم العلم على الواقع لكفايه يده و أصاله عدم كونه ملكا للمقر له فى كون ما بيده ملكا له.

### **و اما مسألة الإقرار بالنسب بعد ثبوت القسمه و ثبوت حق كل**

من الوارث فى يده

عين ما ذكرناه أيضا من كون ما فى يده مشتركا بين المقر و المقر له و ليس بينهما تنافى الا على الاحتمال ذكره السيد فى حاشيته و لتعرض له فتكون موافقه للقاعده و فتوى المشهور هنا بحمل ذلك على الإشاعه و عدم كون ما فى يد المقر نصفا بينهما بل يعطى الزائد من حقه فقط فتكون البقيه على الوارث الآخر فيكون التلف باذن الشارع فى الظاهر فى تصرفهم فى ذلك ما لم يثبت خلافه.

و هذا انما هو من جهه بعض الروايات الضعيفه المنجبره بعمل المشهور و الا فكان مقتضى القاعده هو ما ذكرناه من كون ما هو فى

ص: ٤١١

يد المقر مشتركاً بين المقر والمقر له بالنصف مثلاً و لكن يرد عليه أنه مضافاً الى عدم جبر ضعف الروايه بالشهره ان دلالتها أيضاً غير تمام فان الموجود فيها أنه شريك في المال و يلزم ذلك في حقه أو حصته بقدر ما ورث و لا يكون ذلك في ماله كله.

فمن الواضح ان كون الآخر شريكاً في المال أو ثبوت حقه في حق المقر ليس معناه أن للمقر له حق في حصته مشاعاً بل يمكن ان يكون على النحو الذي ذكرناه على طبق القاعده كما لا يخفى فافهم.

فتحصل مميّا ذكرناه أنّ مقتضى القاعده في المقامين ثبوت حق المقر والمقر له في ما بيد المقر على النصف و كون الفأنت بالنسبه إليهما على حد سواء و في مسأله الإقرار بالنسب و ان أفتى المشهور على خلاف القاعده و كون حق المقر له مشاعاً بالنسبه إلى المقر و الطرف الآخر و لزوم الزائد عن حق المقر على المقر و لكن ذلك لأجل الأخبار الخاصه و قد عرفت ضعفها سندا و دلالة.

ثم قد أبدى الفرق صاحب الجواهر بين المسئلتين و التزم بكون المقر والمقر له بالنسبه الى ما في يد المقر و الفأنت على حد سواء في المسأله الاولى و بنحو المشاع في مسأله الإقرار بالنسب و قال في وجه ذلك على ما في حاشيه السيد.

يمكن أن يقال أن فتوى المشهور في كل من المقامين على القاعده و الفرق بينهما أن في المقام التلف للمال المشترك على حسب إقرار المقر مستند الى يد المقر حيث انه اثبت اليد على النصف الذي ثلثه مشترك بين المقر والمقر له فيكون محسوبا عليهما و في



مسأله الإقرار بالنسب ليس مستندا الى اليد بل هو من جهة مجرد إنكار المنكر لخصوص حصه المقر له و الا فلا اثر لليد لان المفروض كون المال تركه للميت و لا- يد لأحد عليها غيره و حينئذ فنقول أن المقر له معترف بان للمقر ثلث التركة إذا كانوا ثلثه اخوه مثلا- فلا- بد أن يصل اليه حصته و القدر التالف انما تلف على خصوص المقر له من جهة عدم اعتراف الأخ المنكر بكونه وارثا و الى ذلك أشار في الجواهر حيث قال بعد العبارة التي نقلناها في بيان الفرق بين المقامين أو يقال أن المأخوذ في الأول قد كان بسبب شرعى يعم الشريكين و هو اليد بخلاف الثانى فإنه قد أخذ بسبب يخصّ الأخ المنكر و هو إقراره بإخوه من أنكر و ذلك أمر يخصّ لأخ المنكر دون الأخ المقر الذى قد اعترف الثلثة باخوته و لم ينقص المال بسبب شرعى يعمه بل كان ذلك بأمر يخصّ خصوص المتخاصمين و هو الإقرار من أحدهما بالآخر و إنكار الآخر إياه و ذكر فى باب الصلح أيضا ما يفيد ذلك و كذا فى باب الإقرار بالنسب فراجع.

و محصل كلامه فى مسأله الاولى قد استند التلف الى يد المقرّ و فى الثانية إلى خصوص المتخاصمين و لكن لا محصل لذلك و لا- يكون هذا وجه الفرق بينهما بل فى المقامين الأمر كما ذكر إذ المقرّ فى كلتا المسئلتين قد أقرّ الثلثة باخوته و بالجمله لم يتحصّل من كلامه هذا شىء فى وجه الفرق بين المقامين و الحق ما ذكرناه.

و قال شيخنا الأستاذ ان المقر لم يقرّ أزيد ما يزيد من حقه المختص به من أصل المال لأنه أقرّ بأنّ ثلث أصل المال للمقر له فيكون الزائد مما يستحق هو السدس و السدس الآخر باقيا فى النصف

الذى تحت يد الطرف الآخر المنكر للشريك الثالث و لم يقرّ أن ما فى يدى نصفه للثالث و الا فهو خلاف الإشاعه.

و فيه ان هذا و ان كان صحيحا و قد أشار إليه المصنف فى كلامه بقوله و دعوى أن مقتضى الإشاعه إلخ و أجاب عنه و لكن نكته الكلام هو أن أصل المال على حسب إقرار المقر مشترك بين الثلثه أثلاثا فلا موجب لتكون المقر مالكا لما فى يده بمقدار حصته و يكون الزائد فى ما يستحقه للشريك الثالث المقر له الا القسمة فلا شبهه أنها غير مشروعه إذ ليست برضائه الشركاء أجمع فيكون باطله اذن فليس النصف الموجود فى يد المقر الا- نصف المال المشاع بين الثلثه فحيث أنّ من بيده النصف الآخر اعنى المنكر بحسب اعتقاده يرى نفسه مالكا لما فى يده و ان كان الواقع على خلافه لان مقتضى يده بل مقتضى أصاله عدم كون الثالث مالكا هو ذلك و ان لم يدع كونه مالكا قطعاً بل يدعى اننى لا أعلم غيرى مالكا لذلك النصف فيكون دعواه فى الظاهر عن حجّه شرعيه ما لم يعمّ دليل على الخلاف و اما المقر الذى فى يده نصف الآخر فهو مقربان الثلثه كلهم مشتركون فى أصل المال فيكون ما فى يده نصف المال المشاع المشترك بين الثلثه فبعد قطع يد الطرف الآخر بأخذه النصف فيكون هذا النصف مشتركاً على الإشاعه بين المقر و المقر له و يكون الفأئتي عليهما و ليس ذلك الا- نظير ما أخذ الغاصب من المال المشترك المشاع مقدارا عدوانا فبقى المقدار الباقي فى يد احد الشركاء إذ لا يوجب ذلك اختصاص ذى اليد بمقدار حقه بذلك المال بل الباقي و الفأئتي بين الشركاء على حدّ سواء غايه الأمر أن فى المقام ان الطرف الآخر

بزعمه ليس غاصبا بل انما يملك النصف مستندا إلى الحجة الشرعية من أصاله عدم كون الثالث شريكا لهم و في مسأله الإقرار بالنسب أن أصاله عدم كون الثالث ورثه و شريكا معهم كما هو واضح فلا شبهه فيه.

و هذا النكته قد سقط من كلام شيخنا الأستاذ و الا فلم ينكر احد أن المقر لم يقر بنصف ما في يده بل بثلث أصل المال ليكون بالنسبه الى ما في يده السدس.

هذا كله في النصف المشاع و اما النصف المفروض فقد ظهر حكمه من أول المسأله الى هنا فلو قال بعت نصف الدار المعين و كان حق كل من البائع و شريكه الآخر مفروضا فيحمل على نصف نفس البائع لا على نصف شريكه فيكون ذلك أيضا من قبيل بيع الغانم فان ظهور البيع في كونه لنفسه ما لم تقم قرينه على الخلاف.

ثم هذا كله فيما كان أجنبيًا بالنسبه إلى النصف الآخر و أما لو كان بالنسبه إلى النصف الآخر أيضا جائز التصرف كان يكون وكيلا- من قبله أو وليًا له فهل يحمل البيع هنا أيضا على نصف نفسه أو النصف الغير المختص و قال شيخنا الأنصارى ره انه لو كان البائع وكيلا في بيع النصف أو وليًا عن مالكة فهل هو كالأجنبي وجهان مبتيان على ان المعارض لظهور النصف في المشاع هو انصراف لفظ البيع الى مال البائع في مقام التصرف أو ظهور التملك في الأصاله الأقوى هو الأول.

و لكن الظاهر أنه لا فرق بين المقامين فان قلنا أن النصف له ظهور في النصف المشاع فيقدم على كل من الظهورين إذ ظهور

البيع فى بيع نفسه أو ظهور التمليك فى الأصله إنما يتقدم على ظهور النصف فى المشاع إذا لم يرد على مال غيره و قد فرضنا أن له ظهور فى وروده على مال الغير فلا يعارض شىء من الظهورين لذلك و ان لم نقل بظهور النصف فى النصف المشاع و ان كان حقيقه فيه أيضا و لكنه من باب كونه مصداقا لكلى النصف الشامل له و للنصف المختص و للنصف المختص لشريكه و اما اختصاصه بالمشاع فلا لا وضعا و لا انصرافا.

و عليه فلا وجه لرفع اليد عن ظهور البيع فى بيع نفسه سواء كان جائز التصرف فى النصف الآخر كما فى صورته الولايه و الوكاله أو لم يكن جائز التصرف و بالجمله المثال فى الأجنبى و غيره واحد فلا وجه للتفريق بوجه فافهم كان الفراغ من تسويد هذه الصحائف يوم الأحد ٢ شهر شعبان سنه ١٣٧٤ و يتلوه أن شاء الله تعالى المجلد الخامس.

سرشناسه: خوئی، ابوالقاسم، ١٣٧١ - ١٢٧٨

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

مشخصات نشر: قم: موسسه انصاریان، ١٤١٧ق. = ١٩٩٦م = ١٣٧٥.

مشخصات ظاهری: ٧ ج. نمونه

یادداشت: کتابنامه

موضوع: معاملات (فقه)

شناسه افزوده: توحیدی، محمدعلی، ١٣٥٣ - ١٣٠٣، محرر

رده بندی کنگره: ١٩٠BP/خ ٩ ١٣٧٥ ٦

رده بندی دیویی: ٢٩٧/٣٧٢

شماره کتابشناسی ملی: م ٧٥-٧٠٨٩

ص: ١

مصباح الفقاهه

من تقرير بحث... ابوالقاسم الموسوي الخوئي

لمولفه محمدعلي التوحيدى التبريزى

ص: ٢



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

اشاره

ص: ٤



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

بشمن واحد).

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

### القول فى أولياء التصرف

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

### إشاره

الشراء.

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

ص: ١٠

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

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

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

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

**ثم انه يقع الكلام فى جهات:**

**الأولى: هل يعتبر العدالة فى الولى**

الأب و الجد،

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

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

ص: ١٢



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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

### **و أما الجهه الثانيه و هى اعتبار المصلحه فى تصرفات الولي**

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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



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

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

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

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

المصلحه فى تصرفات

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

عدم المفسده في ولايه الأب و الجد.

و قد استدل على ذلك بوجوه:-

### **الأول: دعوى الإجماع**

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

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

و الآ فتكون لغوا.

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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



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

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

عرضى

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

### **و بالجمله ان الكلام فى الجد يقع فى جهات ثلاثه:**

#### **الاولى: فى انه هل**

ثبت الولايه لغير الجد الأدنى من الأجداد

أو يختص الحكم بالجد الأدنى

ص: ٢٩

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

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

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

مطلقا

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

ص: ٣٠

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

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

و الثانيه: فى دلالتها.

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

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

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

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

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

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

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

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

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

### **الجهه الثالثه: هل تختص الولايه بعد موت الأب بالجد الأدنى أو**

يعم الجد الأعلى أيضا،

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

فلا يجوز التمسك بها فى المقام مع ما عرفت.

### الكلام فى ولايه الفقيه

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

و بعبارة أخرى

### ان للفقيه ثلاثة مناصب،

### أحدها الإفتاء فيما يحتاج اليه

الناس فى عملهم

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

### الثانى: الحكومه و القضاء

فلا شبهه فى ثبوت هذا المنصب له أيضا بلا خلاف كما بين فى بحث القضاء.

### الثالث: ولايه التصرف فى الأموال و الأنفس

و يقع الكلام هنا فى جهتين:

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

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



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

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

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

الرابعة: فى وجوب اطاعه أوامرهم الشخصية.

### **أما الجبهه الأولى أى فى ولايتهم التكوينية.**

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

### **و اما الجبهه الثالثه أعنى وجوب إطاعتهم فى الأحكام الرجعة إلى**

التبليغ

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



## أما الجهه الرابعه فالظاهر أيضا عدم الخلاف في

وجوب اطاعه اوامرهم الشخصيه

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

### الجهه الثانيه فى ولايتهم التشريعيه

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

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

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

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

### و اما الجهه الثانيه أعنى الولاية بمعنى توقّف تصرف الغير على اذن

الامام عليه السلام

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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



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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

وفيه ان الظاهر من الحوادث هى الفروع المتجدده التى ارجع الامام فيها الى رواه كما يقتضى ذلك الإرجاع إلى الرواه فإنّ بعض الفروع قد تكون متجدده ومستحدثه صرفه فهى من المهام المسائل التى لا بدّ و ان يسئل من الامام فقد سئل الراوى عن ذلك و مثل هذه الفروع ليس من شؤونها جهه نقص من كل شخص، ولذا سئل إسحاق بن يعقوب و ان كان من أجيال العلماء بواسطه محمد بن عثمان العمري الذى هو من السفراء الامام عن الحوادث التى هى متجدده، فأجاب بإرجاعه إلى السفراء و العلماء.

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

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

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

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

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

و بالجملة نثبت الكبرى بالسيره القطعيه و الصغرى بالعلم الوجدانى.

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

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

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

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

هذا كله بحسب الروايات.

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

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

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

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

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

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

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

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



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

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

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

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

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

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

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

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

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

### في ولاية عدول المؤمنين

قوله:مسأله:في ولاية العدول المؤمنين.

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

### في جواز ولاية غير الفقيه من العدل و غيره أو اختصاصها

بالعدل الإمامى و بيان وظيفته في نفسه

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

### فمقتضى الأصل

بالنسبة إلى الأمور التي

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

هذا كله ما تقتضيه الأصل

### و لكن قد ادعى ثبوت الولاية لعدول المؤمنين

مع تعذر الوصول الى الفقيه بمقتضى الروايات

فلا بدّ من قراءه الروايات حتى يلاحظ دلالتها على ذلك.

### منها صحيحه محمد بن إسماعيل

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

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

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

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

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

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

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

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

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

### منها: صحبه محمد بن إسماعيل

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

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

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



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

و أما ما أورد المصنف و الأستاذ بإرادته المماثلة فى الفقاهه ففيه أولا النقص بإرادته المماثلة فى العداله إذ المحذور المذكور وارد على هذا أيضا للعلم بوصول النوبه إلى المؤمنين الفاسقين مع تعذر العدل منهم العياذ بالله مع أنّ المفهوم ينتفى جواز توليتهم على ذلك.

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

و التحقيق ان الظاهر إرادته المماثلة من الروايه من جميع الجهات حتى فى العرييه و الكوفيه و لكن نرفع اليد عن ذلك فى الأمور التى نقطع بعدم مدخليتها فى الحكم بنحو كالعرييه و الكوفيه و نحوهما و يبقى الباقي تحت الإطلاق، بل كلما نشك فى خروجه و دخوله من جهه مدخليته و عدمه

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

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

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

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

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

## و منها موثقه سماعه

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

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

و

منها صحيحه إسماعيل بن سعد

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

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

ص: ٦٢

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

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

التكليف الوجوبى أو الندبى لأعلى وجه النيايه من حاكم الشرع.

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

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

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

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

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

### **ثم انه فَرَّق المصنف بين الحكام و عدول المؤمنين فى ثبوت الولاية لهم**

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

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

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

شاع فيه القيام بوظائف الحكام ممن يدعى الحكومه.

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

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

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

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

بينهما بلا وجه.

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

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

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

أقول

**ذكر المصنف هنا فروعا لا بأس بالإشارة إليها:—**

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

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

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

ص: ٦٦

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

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

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

### الثانى: فى حكم الشراء من الفاسق

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



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

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

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

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

فما ذكره من عدم جريان أصالة الصحة في الفرع الثاني و عدم قياسه بصلاه الميت جار هنا بلا زياده و نقيصه.

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

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

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

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

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

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

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

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

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

### **و الحاصل: انه يقع الكلام فى جهتين:-**

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

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

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

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

#### **و أما الجهه الثانيه: أعنى جواز الشرى ممن ليس بعادل**

فقد اعتبر المصنف

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

لليتيم أم لا؟

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

ص: ٧٥



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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

### **الكلام فى بيع العبد المسلم على الكافر**

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

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

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

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

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

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

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

لوجه الحكم التكليفي فقط من جهة البقاء كما لا يخفى.

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

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

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

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

**و الحاصل: انه استدل على عدم تملك الكافر للمسلم بوجوه: -**

**منها: التسالم**

فهو راجع الى وجدان كل أحد فمن يطمئن به فيصدق

**و منها: الأخبار الواردة فى موارد عديده**

الداله على وجوب بيع العبد المسلم على الكافر.

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

ص: ٨٣



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

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

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

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

و بالجمله الروايه أجنبيه عن تملك الكافر العبد المسلم ابتداء.

و منها الآيه المباركه كُنْ يَجْعَلُ اللَّهُ لِلْكَافِرِينَ عَلَى الْمُؤْمِنِينَ سَبِيلاً بَدْعَى ان تملك الكافر المسلم بالبيع أو بغيره سبيل عليه فهي منفي بالايه المباركه.

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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



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

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

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

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

أقول

### يقع الكلام فى بيان الكافر،

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

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

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

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

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

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

### و اما الأطفال و المجانين منهم

فقد استشكل المصنف في ثبوت الحكم لهم.

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

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

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

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

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

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

### و اما المخالف

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

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

### و أما بيعهم من الكفار

ففى هنا مقامات:

### الأول: فى بيع السنى منهم

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

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

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

### **الثانى: انه يجوز بيع المخالف الذى نعلم بكونه كافراً،**

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

## الأول: ان يكون البيع مستعقبا للانعقاد القهرى واقعا

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

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

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

## الثانى: ان يكون العبد المسلم ممن ينعقد عليه ظاهرا

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

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

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

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

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

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

### **الثالث: أن يأمر الكافر بالعتق**

و يقول أعتق عبدك عنى فقد مرّ فى



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

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

### **و منها: اشتراط العتق فى البيع.**

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

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

و بالجملة: لم تتصور وجهها لهذا الاستثناء بوجه.

### **قوله: و اما التملك القهرى.**

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

### **ان كان مدرک الحكم فى أصل عدم تملك الكافر**

المسلم هو الإجماع

فلا شبهه فى عدم شمول الانتقال إذ المتيقن منه هو فرض

التملك فلا يشمل صورته الانتقال.

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

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

### و ان كان المدرك هى آيه نفى السبيل

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

### و لشيخنا الأستاذ هنا كلام

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

ص: ١٠٤

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

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

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

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

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

البيع للحاكم مطلقا.

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

ص:١٠٥

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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



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

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

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

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

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

و بالجمله لو ثبت الخيار لأدله نفى الضرر فيثبت لهما و الآ فلا يثبت لهما فلا وجه للتفصيل فاخيار أحد أطراف الأمر التخيري ليس بضرر مع اختياره الطرف الآخر و لكنه ليس بتمام و كلام المصنف تمام من هذه الجهه.

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

و ان قلنا بعموم الآيه للنفى التكويني و التشريعى بإرادته الجامع من

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

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

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

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

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

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



على صحه كونها مدركا لثبوت الخيار.

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

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

### فى حرمه بيع المصحف من الكافر

قوله: المشهور عدم جواز نقل المصحف الى الكافر.

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

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

الأعظم من بيع المصحف من المسلم أيضا.

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

### القول في شرائط العوضين

قوله: يشترط في كل منهما كونه متمولا.

#### اشاره

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

ص: ١١٩

من جهه من الجهات فكل ذلك حلال بيعه و شراؤه.

**و فى كلامه مواقع للنظر،**

### **الأول: اعتبار المالىة فى العوضين فى البيع**

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

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

أكلا للمال بالباطل فيكون فاسداً.

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

ص: ١٢٠

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

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

العمومات،

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

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

### قوله: ثم انهم احترزوا باعتبار الملكيه فى العوضين.

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

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

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

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

نعم، تعتبر الملكيه فى البيوع الشخصيه للاخبار الخاصه من قولهم

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

## الكلام فى أحكام الأراضى

### اشاره

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

### ان الأراضى على

أربعة أقسام:

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

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

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

الرابع: ما عرض له الحياه بعد الموت.

فهذه هى الأقسام الأربعة.

### أما القسم الأول أى ما يكون مواتا بالأصله

و الكلام فيه من جهات:

### أما الأولى: فالأرض الموات كلها للإمام عليه السلام



للإجماع المحصل

ص: ١٢٣

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

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

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

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

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

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

النبوى

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

ص: ١٢٤

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

### **الجهه الثالثه: ان الحليه و الملكيه بالاحياء مختصه بالشيعة**

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

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

## و الجبهه الرابعه:فى أن الخراج الثابت فى تلك الأراضى على المحيى

هل هو ثابت لكل من أحيائها شيعه كان أو غيرها،

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

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

الّا أنها بعيدان، بل أجنبيان عن ظهور الروايتين.

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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



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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

### **القسم الثانى: أن تكون عامره بالأصالة**

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

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

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

### بدل على ذلك طائفتين من

الروايات

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

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

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

للإمام (عليه السلام)

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

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

ص: ١٣٤

و اما بناء على القول بمفهوم الوصف كما مشى المصنف على هذا المبنى فأیضا لا یصلح للتقييد فإنه أولا إنما یوجب الاحتراز و التقييد دالا- على المفهوم إذا لم یرد مورد الغالب كما فى المتن و الأ- فلا- مفهوم له كما فى قوله تعالى وَ رَبَّائِبِكُمْ اللَّاتِي فِي حُجُورِكُمْ مِنْ نِسَائِكُمُ اللَّاتِي دَخَلْتُمْ بِهِنَّ فَاِنْ كُنَّ الرِّبَائِبُ فِي الْحُجُورِ مِنْ جِهَةِ الْغَلْبَةِ وَ ثَانِيَا أَنْ حَمَلَ الْمَطْلُوقُ عَلَى الْمُقَيَّدِ انما فى مورد یكون بينهما التنافى كأعتق رقبه و لا تعتق رقبه كافرہ و أما فيما ليس بينهما تنافى فلا وجه للحمل كقوله الخمر حرام و كل مسكر حرام، و هكذا و لكن هذا لا- یجرى فى المقام لان معنى كلام المصنف على فرض كون القيد للاحتراز و معه یكون التنافى بين المطلق و المقيد من الواضح بمكان و لكن الذى یسهل الخطب هو ما ذكرناه من عدم المفهوم للوصف، بل یمكن منع الغلبة فإنه من أين أحرز أن الغالب فى الأرض التى لا رب لها هى الميتة، بل فى كثير النقاط أن الأراضى التى لا رب لها و لیست میتة كأراضى الجبل مازندران و غيرها كثيره جدا، و اما ما فى تقرير شيخنا الأستاذ من الاستدلال بذلك بقولهم (عليه السلام) و كل ارض لم یجر عليها ملك مسلم فهو للإمام علیه السلام فليس بروايه و لم نجدہ فى كتب الحديث.

و الحاصل: أن ما كان عامرا بالأصل فهو للإمام (عليه السلام) للأخبار الداله على أن مطلق الأرض للإمام علیه السلام و للأخبار الداله على أن كل ارض لا- رب لها فهى للإمام، و ما فى مرسله الحماد من أن كل أرض میتة لا رب لها فهى للإمام، لا یصلح لتقييد ذلك إذ القيد ورد مورد الغالب كقوله تعالى وَ رَبَّائِبِكُمْ اللَّاتِي فِي حُجُورِكُمْ فلا مفهوم له، فلا یكون للاحتراز.

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

و ربما يقال بحصول الملكيه هنا بقوله عليه السلام من استولى على شيء فهو له،كاستدلال به في مطلق الحيازات.

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

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

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

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

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

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



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

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

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

لا؟

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

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

ص: ١٣٩

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

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

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

### **أما القسم الرابع: من الأرض فهي ما كان خرابا بعد العماره و مواتا**

بعد ما كان محياه

فهي على قسمين:-

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

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

### **القسم الثانى: أن يكون خرابا مستندا الى التعطيل و الترك**

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

ص: ١٤٠

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

و بالجملة بعد قيد روايه سليمان بن خالد بروايه الكابلى فاختصت

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

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

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

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

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

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

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

### الكلام فى بيع الأراضى المفتوحه عنوه

#### إشاره

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

### أن الأراضى المملوكه للكفار على أقسام:

#### الأول:

أن تكون باقيه على ملكهم فعلا

فلا كلام لنا فيه.

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

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



### الثالث: أن يموتوا و يتركوا أملاكهم إرثا

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

### الرابع: الأرض التى انجلى عنها أهلها من غير حرب

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

### الخامس: الأرض التى أخذت من الكفار بالحرب و القهر و الغلبه،

و بالخيال و الركاب، و هى تسمى بالأراضى المفتوحه عنوه، و هى محلّ الكلام فى المقام.

### و هنا قسم سادس: و هى الأرض التى لم تصف بشيء من الأمور

المذكوره

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

### و كيف كان فيقع

الكلام فعلا فى جهتين:

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

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

### أما الكلام فى الجبهه الاولى أنه هل تملك تلك الأراضى و تجرى عليها

آثار الملك و لو تبعاً للآثار أم لا؟]

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

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

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

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

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

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

#### تنبيه:

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

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

الحمد فهى على إرسالها مشتمل على حكم لم يقل به أحد فيما نعلم و هو جواز أخذ العشر الذى هى الزكاه قبل القسمة و من المعلوم أن وجوب أداء الزكاه مشروط بوصول حق كل من الشركاء الى حد النصاب، و بعد أخذ كل منهم أنصائبهم يلاحظ حقه مستقلا، فان وصل الى حد النصاب يجب فيه الزكاه و الآ فلا.

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

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

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

### **ثم بقى هنا أمران**

### **الأول:أن السيره القطعيه و ان قامت على جواز**

التصرف فى أراضى العراق

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

أى أرض منها مفتوحه عنوه و لم يثبت كون الـجزء أو الرقبه التى تباع من المفتوحه عنوه حتى لا يجوز التصرف فيها و بيعها و الـأفلو ثبت كون أرض من الأراضى مفتوحه عنوه فلا يجوز تملكها و بيعها الـأ بالمعنى الذى ذكرناه.

و دعوى العلم الإجمالى بوجود الأرض المفتوحه عنوه فى تلك الأراضى العراقيه و حواليتها و ان كانت دعوى صحيحه الـأ أنه لا يوجب التنجيز، فان جميع تلك الأراضى ليس محلاـ للابتلاءـ لىوجب تنجـز التكليف، بل مقتضى العمل بدليل الحاكمه على الأصول أن نعامل مع تلك الأراضى معاملة الملكيه كما لا يخفى.

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

و منها: ما بقيت على ملكهم بعد إسلامهم بالطوع.

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

**إشاره**

العوضين بعد الملكيه كونه طلقا).

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

**ما هو المراد بالطلق**

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

ص: ١٥٣

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

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

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



المقتضى كالوقف، واما لوجود المانع كالرهانه.

لا- وجه له، اما الأول، فلأن بيع الوقف و ان لم يجز إلا أن عدم الجواز من جهة عدم السلطنة على البيع لعدم انتفاء تلك الحقوق المانعه لا أن الطلقه بذاتها شرط للبيع.

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

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

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

قوله:مسأله:لا يجوز بيع الوقف

الدليل الأول إجماعاً محققاً فى الجملة و محكياً.

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

الثانى:دلاله الروايات العامه و العمومات على ذلك

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

الثالث:قوله تعالى أَوْفُوا بِالْعُقُودِ

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

الرابع:الروايات الخاصه فى خصوص بعض الأوقاف

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

هذا كله مما لا شبهه فيه.

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

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

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

ص: ١٦٠

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

ثم أشكل عليهما بأنه ان أريد من بطلانه انتفاء بعض آثاره و هو جواز البيع المسبب عن سقوط حق الموقوف عليهم عن شخص العين أو عنها و عن بدلها حيث قلنا بكون الثمن للبطن الذى يبيع فهذا لا محل له فضلا عن أن يحتاج الى نظر فضلا عن إمعانه و ان أريد به انتفاء أصل الوقف كما هو ظاهر كلامه حيث جعل المنع من البيع من مقومات مفهوم الوقف ففيه مع كونه خلاف الإجماع إذ لم يقل أحد ممن أجاز بيع الوقف فى بعض الموارد ببطلان الوقف و خروج الموقوف عن ملك الموقوف عليه الى ملك الواقف أن المنع عن البيع ليس مأخوذا فى مفهومه، بل هو فى غير المساجد و شبهها قسم من التملك و لذا يطلق عليه الصدقه و يجوز إيجابه بلفظ تصدقت الا ان المالك له بطون متلاحقه فإذا جاز بيعه مع الابدال كان البائع وليا عن جميع الملاك فى إبدال مالهم بمال آخر. إلخ.

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

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

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

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

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

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

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

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

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



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

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

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

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

### **الأقوال فى الخروج عن عموم منع بيع الوقف**

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

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

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

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

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

## فذهب

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

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

## و فصل بعضهم بين المؤبد و المنقطع

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

طبقه و جيلا بعد جيل.

و بالجمله التزموا بجواز البيع المنقطع دون المؤبد.

### و فصل بعضهم بقولهم بعكس ذلك، أى بجواز البيع فى المؤبد و بعدمه

فى المنقطع

و لعل نظره الى ان المنقطع ينقطع بنفسه بخلاف المؤبد.

### و فصل بعضهم بين أصل الوقف حيث قال بعدم الجواز

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

### و الكلام فعلا يقع فى جواز بيع الوقف المؤبد فى الجملة.

### الوقف على قسمين تمليكى و فكى

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

احداث مسجد آخر أو تعميره أو صرفه في مصالح المسلمين.

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

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

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

### لا خلاف في عدم جواز بيع الوقف الفکی

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

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

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

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

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

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

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

### **كلام كاشف الغطاء في الأوقاف العامه مع اليأس عن الانتفاع بها**

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

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

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

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

لهم طبقه بعد طبقه و جيلا بعد جيل

فلا شبهه أن هذا القسم من الوقف تحييس و تمليك أما كونه تحييسا فلان الوقف على ما فسروا تحييس الأصل و تسهيل الثمره و قد جعل الواقف ذلك الوقف كك كما لا يخفى.

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

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

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

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

### **الثالث: ان يكون وقفا عاما كالوقف على العلماء و السادات**

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

### **الأول) ان يكون وقفا للكلى كالوقف على العلماء و الطلاب**

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

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

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

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

عليهم مالكا على المنفعه،

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



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

## و أما المشاهد

فهل هي مثل المساجد أو كأوقاف العامه و يقع البحث فيها في جهتين: الأولى) في أرضها، و الثانية) في الآلات التي توقف عليها من السراج و القناديل و الذهب و الفضة و الفرش و نحوها.

اما الكلام في أرضها: فالظاهر أنها ملحقة بالمساجد و ليست ملكا لأحد بل تحرير محض و من هنا الحقوها بالمساجد في جميع الأحكام الشرعيه و عليه فلا يصح بيعها بوجه، بل يعامل معها معاملة المساجد.

و الحاصل: أن الوقف على أنحاء منها ان يكون تحريرا كالمساجد و المشاهد المشرفه فإنها لله و وقفوها لان تكون معابد للمسلمين من غير أن

تكون ملكا لأحد أو لجهة كما أن البيع و الكنائس معابد لليهود و النصارى، من غير أن تكون ملكا لأحد و عليه فلا يجوز بيعها كما عرفت، و اما الوقف للصلاه مثلا فليس بمسجد كما تقدم، و أما لا يكون الوقف تحريرا فيكون تمليكا سواء كان وقفا على الذرية أو وقفا على الكلى كوقف الحمامات و الدكاكين و نحوهما على الكلى كالعلماء و الصلحاء و الفقراء و الزوار و نحوهم من العناوين الكليه بحيث تكون المنفعه ملكا طلقا لهم أو وقفا على الجبهه كالرباط و الخانات و القناطر و نحوها فإنها وقف على الجبهه لينتفعوا منها فقط بحيث كما ان ملكهم على الوقف مضيق فكك ملكهم على المنفعه أيضا مضيق و ربما يعبر عن ذلك بملك الانتفاع و لكنه لا معنى له، و الوجه في كونه تمليكا هو قيام السيره العقلايه على ضمان الغاصب لهذه الأوقاف بخلاف المساجد فبالملازمه نكشف كونه تمليكا و هذا لا- شبهه في جواز بيعها مع عروض المسوخ لها كما سيأتى في مسوغات بيع الوقف.

ثم ان هنا قسما آخر من الوقف فيكون به الاقسام خمس و هو الوقف على الوقف نظير الأوقاف على المساجد و المشاهد و المدارس كما جرت السيره على وقف الدكاكين و الحمامات و العقار على المدارس و المساجد و المعابد و الظاهر أنها تمليك عليها و ان كانت نفس المساجد و المعابد و الظاهر أنها تمليك عليها و ان كانت نفس المساجد غير مملوكه و ذلك فان قوام الملكيه انما هو بالإضافة بين المالك و المملوك فتلك الإضافه خفيفه المؤنه فكما يمكن اعتبار الملكيه للاحياء و الأموات من ذوى الشعور و العقول، فكك يمكن اعتبارها الغير ذوى الشعور أيضا من الجمادات كما يمكن اعتبارها للكلى و اعتبار الكلى ملكا للشخص مع الإضافه إلى الذمه على ما تقدم.

و بالجملة أن اعتبار الكلى لغير ذوى الشعور من الأشخاص الجماديه ليس أخف من اعتبارها للكلى و اعتبار الكلى ملكا لذوى الشعور كما هو واضح،

بل هذا المعنى موجود فى بناء العقلاء أيضا مع قطع النظر عن الشرع فان فى بنائهم اعتبار الملكيه على غير ذوى الشعور.

و عليه فالآلات المسجد و أسبابه لا تلحق بالمسجد فى الحكم بجواز البيع فان نفس المسجد ليس ملكا لأحد كما عرفت و هذا بخلاف آلات فإنها تمليك للمسجد فيجوز بيعها إذا عرض لها ما يسوغ البيع و لا- يبعد، بل من القريب أن من هذا القبيل الموقوفات التى وقفت على المشاهد المشرفه من القناديل و السراج و نحوهما فإنها تمليك لها لينتفع بها فيها بالمنافع التى أعدت لها و لو كانت هى التزين و تعظيم الشعائر فإنه لا يترتب فائده على القناديل المعلقه من المشاهد و الجواهر المعلقه مع كونها بأعلى القيم و أعلاها الآ التزين و التعظيم فلا يجوز بيع شىء منها إلا بعروض مجوّز فليس حكمها حكم المشاهد، فإنك عرفت أنها ليست ملكا لأحد، بل هى تحرير كالإمام و العبيد إذا أعتقوا و هذا بخلاف هذه الأمور فإنها تمليك للمشاهد فيجوز بيعها عند عروض المجوّز و من أخذها يكون ضامنا.

و من هذا القبيل وقف الدكاكين و الحمامات و بقيه الأملاك على المدارس و المساجد و المشاهد و لكن فرق بينها و بين آلات المسجد و قناديل الحرم و جواهره التى وقفت للتزين و التعظيم و هو ان الدكاكين و نحوها وقفت عليها لتكون منافعها لها بحيث تصرف فيها نظير صرف منافع الموقوفات على الكلى فى أفرادها فتكون تلك المنافع ملكا تلقا لها و مملوكا شخصيا لهؤلاء و كك منافع تكون ملكا تلقا للمساجد و المشاهد بحيث ان لتمويلها بيع تلك المنافع و تبديلها بشىء آخر من غير عروض مجوّز لها ثم بيع ذلك أيضا و تبديلها بشىء آخر من الدار و الدكان و نحوها و هذا بخلاف الأصل أعنى ذى المنفعه فإنه لا يجوز بيعها إلا بعروض المجوّز كما أن ما يكون وفقا للعناوين

الكليه أو الذريه تكون منفعتها ملكا طلقا لهم يفعلون فيها ما يشائون بخلاف أصل الوقف الذى حصل منه النفع فحقيقه الوقف الذى عباره عن تحييس الأصل و تسبيل الثمره موجوده هنا من غير أن يكون تحريرا و هذا بخلاف مثل آلايت المسجد و المشاهد و ما كان وقفا لها للتعظيم و التكريم فان نفعها عباره عن التعظيم فقط فليس لها نفع سواه و سوى التزيين فيكون نظير الوقف على الجبهه كالمدارس و القناطر و الربط و الخانات فليس للموقوف عليهم إلا الانتفاع بالتفرج و نحوه، أى انهم ما لكون بمنفعه خاصه لا- بجميع منافعا فان مالكيتهم مضيق فيها كتضيق مالكيتهم على أصلها لا أنهم ما لكون بالانتفاع فإنه لا معنى للوقف، بان يكون الموقوف عليهم ان يملكون على فعلهم و جملة من تلك الآلايت نفعها يكون منحصر باستراره الزوار و المصلين و جملة منها تكون ذو جنبتين أى يكون نفعها تعظيما للشعائر و عائدا إلى استفاده الزوار و المصلين و على كل حال فليست وقفا على الجبهه، بل وقف على نفس المساجد و المشاهد و تملك لها و لكن الداعى يختلف تاره يكون انتفاع الناس فقط، و أخرى تعظيم الشعائر من حيث التزيين فقط، و ثالثه يجتمعان و كيف كان فما كان نفعه عائدا إلى الواردين فمن حيث أنهم واردين لهذا المحل و زوارها و المصلين فيها.

ثم انه من هذا القبيل الاجزاء المستحدثه فى المساجد و المشاهد كاسقف و الجدران و نحوهما فإنها تملك لها من غير أن تكون تحريرا و لذا يجوز بيعها بعد الخراب إذا لم يمكن صرفها فى نفسها، بل يمكن القول بذلك فيها إذا لم تكن مستحدثه، بل صار وقفا على هذا النحو كما إذا ابني بناء ثم جعله مسجدا، بل الأمر كك فى جميع اجزاء المشاهد و المساجد أى ما كان الوقف تحريرا فجميع اجزائها من الأرض و الجدار و السقف و سائر

الأجزاء كلها وقف على نحو التملك المسجد والمشهد و ان المسجد والمشهد غيرها أى المكان التى تلك الأجزاء موجوده فيها فإنها بحسب التحليل و الدقه ليست بمسجد و مشهد،بل من أجزائها و ان كان يحرم تنجيسها و هتكها إلا أن ذلك من جهه كونها جزء للمسجد و المشهد و تحقيق هذه الدعوى.

أن المسجد انما هو المكان الذى يحتاج اليه كل جسم و يفتقر اليه و ليس هذا المكان عباره عن الأرض و لا الهواء الموجود فى الفضاء،بل هما أيضا من الأجسام المحتاجه إلى المكان،بل المكان و ان كان شيئا يحتاج فهمه الى النظر الدقيق،بل مما يتحير فيه العقول و يختلف فيه أهل الفلسفه أيضا فى بحث الاعراض و فى بحث غناء الواجب تعالى من المكان و لكن الظاهر و لو بحسب المسامحه العرفيه أنه عباره عن البعد الخالى من كل شىء حتى من الهوى و لذا لو أخرجت جميع اجزاء المسجد من الأرض و السقف و الجدران الى محل آخر و اترس محلها تراب و جص غيرها ترتب حكم المسجد على الاجزاء الجديده و انسلخت عن الاجزاء الخارجه و هكذا الحكم فى غير المساجد من الأملاك الشخصيه فإن المكان الذى متعلق حق الناس إذا خلا عن جميع الاجزاء من التراب و الأجر و الجص و بفرض المحال عن الهواء أيضا،بل الى تخوم الأرض بالفرض المحال لو كان الى تخوم الأرض متعلق حق الغير و ان لم يكن كك فان متعلق الحق ما يعتبره العقلاء للملاك من فوق و تحت و كك فى المساجد فى غير المسجد الحرام، فإنه ورد روايتين فى خصوص مسجد الحرام انه مسجد من تخوم الأرض إلى عنان السماء.

فإذا خلعت عن التراب الى تخوم الأرض بالفرض المحال هل يتوهم أحد أن حق المالك زال عن هذا المكان،بل نفس ذلك المكان متعلق حق

الغير و ملك له فليس لأحد أن يزاحمه.

و بالجمله أن المكان سواء كان مسجداً أو ملكاً لأحد ليس عبارة عن الأرض و الهواء، بل جميعها موجود في المكان و ذلك المكان مسجد و ملك للغير من الفوق و التحت بالمقدار المتعارف لا من تخوم الأرض إلى عنان السماء كما توهم أنه من تخوم الأرض إلى عنان السماء مسجد فإنه بلا مدرك فلو خليت الأراضي من جميع الأجزاء الأرضيه، بل الهواء أيضاً محالاً فالمكان الخالي من الفوق و التحت مسجد و ملك للغير بالمقدار الذي يعتبره العقلاء ملكاً في الاملاك و هذا المقدار أيضاً مسجد و كك الأمر في المسجد الحرام أيضاً فلو خربت الكعبه العياذ بالله و أخرجت الأحجار و التراب عنها، فلم تزل الكعبه، بل زالت اجزائها بحيث لا- فرق بين البناء الموجود فيها و الهواء الموجود في السماء الرابع فان جميعها كعبه و كك الى تخوم الأرض فالكعبه غير قائمه بذلك البناء و الذي يدل على صدق هذه الدعوى مضافاً الى ما ذكرناه ما ذكره شيخنا الأستاذ من ان المساجد و كك المشاهد تحرير ملك و فكك له إلى الأبد حتى يرث الله الأرض بحيث لا ينقلب عما هو عليه بوجه مع أن جدرانها و كك سائر أجزائها عن السقف و غيره لا تبقى إلى الأبد بل تخرب و يتجدد ببناء آخر و لو بعد ألف سنه فلو كان قوام المسجديه و المشهديه بتلك الاجزاء لزلت و لم تبقى إلى الأبد فهو خلف و مناقضه و نكشف من ذلك أن المسجديه غير قائمه بها و انما هي أجزاء المسجد كما لا يخفى.

بقي هنا شيء و هو أن ثوب الكعبه هل هي وقف للكعبه أو للزائرين أو للخدمه و انه على تقدير كونه وفقاً للكعبه كيف يجوز أخذه في كل سنه و صرفه في غير مصارف الكعبه.

ص: ١٧٦

أقول:الظاهر أنه بذل للبيت الى ان يكون لها سنه واحده فلا يجوز التصرف فيه الى سنه ثم يأخذه المتصدى للكعبه و يتصرف فيه ببذله الى خدمته أو الى رواه كيف شاء،بل سمع أن فى المصر موضع وقف على ذلك بحيث أن يصنع منه فى كل سنه ثوبا للكعبه.

و بالجمله أن ثوب الكعبه لا يقاس ببقية أموال المساجد و المعابد و المشاهد فإنه لا يجوز التصرف فى بقية أموالها بنحو و هذا بخلاف ثوب الكعبه فإنه يجوز التصرف فيها بعد سنه لأنه من الأول جعل هكذا خصوصا لو صح ما سمع ما ذكرناه من تهيئته موضع لذلك فى المصر.

و بالجمله ثوب الكعبه ليس وقفا لها ليستشكل فيه بأنه كيف يسوغ بيعه بعد سنه مع كون الوقف مؤبدا،بل هو هديه للبيت ينتفع به الى سنه و لا يجوز لأحد ان يتصرف فيه الى سنه ثم يؤخذ و يتصرف فيه فمن الأول جعل هبه للبيت إلى سنه ثم الى المسلمين أو الخدمه و نحوهم و يشهد على ذلك ما ورد من جواز بيع أستار الكعبه و الانتفاع به كما فى روايه مروان بن عبد الملك و اما ما ذكر من عدم جواز التكفين به فمن جهة الاحترام لتنجسه بما يخرج من أسفل الميت.

### **الكلام فى مسوغات بيع الوقف**

(قوله:إذا عرفت جميع ما ذكرنا فاعلم أن الكلام فى جواز بيع الوقف يقع فى صور).

أقول:ذكرت أمور يجوز بها بيع الوقف

### **منها ان يخراب الوقف**

و ان كان المذكور فى كلامهم هو ذلك و لكن الخراب ليس موضوعا للحكم،بل موضوع

الحكم هو عدم إمكان الانتفاع به و الخراب مقدمه لذلك و من هنا لا ينحصر الحكم بالخراب فقط، بل يجرى فى كل مورد سقط عن الانتفاع به كما يجرى فى الخراب أيضا، و ذلك كالدار الموقوفه إذا خربت و كذلك أخشابها و الحيوانات الموقوفه لمسجد إذا ذبحت أو الأعيان الموقوفه إذا سقطت عن الانتفاع بها كاللدور غيرها إذا كانت فى قرية خربت أو غار عنها أهلها و بقيت الدار الموقوفه مسلوبه عنها المنافع و هكذا الظروف و الأخشاب و الأحجار و نحوها.

فتحصل انه لا موضوعيه للخرابيه

**ثم انه يقع الكلام هنا فى جهتين: -**

الاولى: من جهه المقتضى و الثانيه: من جهه المانع.

**اما الكلام فى الجهه الأولى، أى المقتضى**

فحاصل ما ذكره المصنف أن المانع من بيع الوقف أمور، فلا يجرى شىء منها فى المقام الأول الإجماع.

و فيه ان ادعى الإجماع على عدم جواز بيعه كما هو كك سواء كان إجماعا تعبديا أو له كك، إلا انه لا يجرى فى المقام إذ لا خلاف فى جواز بيعه عند خرابه و سقوطه عن الانتفاع به.

الثانى ما فى روايه على بن راشد لا يجوز شراء الوقف و لا تدخل الغله فى ملكك.

و فيه انها منصرفه الى غير هذه الحاله لأن النظر فيها ان كان الى موردها فلا شبهه ان مورد كلامنا ما يكون الوقف ساقطا عن الانتفاع به و فى الروايه ليس كك و لذا فرضت فيها الغله فلو كانت ساقطه عن الانتفاع بها لم تكن ذات غله و ان كان النظر إلى إطلاقها فلا شبهه فى انصرافه الى غير هذه

ص: ١٧٨



الصورة لأن الواقف وقف الأرض لتبقى موقوفه و ينتفع الموقوف عليهم بها لتكون المنفعة ملكا تلقا لهم أو يملكون بالمنفعة الخاصة المعبر عنها بملك الانتفاع بالمعنى الذى ذكرنا و إلا فلا معنى للوقف لان يملك الموقوف عليهم بفعلهم فإذا سقط الموقوفه عن هذه الحالة فتخرج عن لزوم إبقائها إلى الأبد فتخرج عن الوقفيه التى كانت عباره عن حبس العين و تسبيل الثمره من حيث جواز البيع لا من جميع الجهات ليقال ان لازم ذلك سقوط الوقف عن الوقفيه كما تقدم ذلك فى توجيه كلام صاحب الجواهر و أستاذه كاشف الغطاء فمن الأول لم يشمل إطلاق الروايه على ذلك و منصرف الى غير تلك الحالة كما ادعاه المصنف(ره) من أنها منصرفه الى غير تلك الحالة.

و اما قوله(عليه السلام)الوقف على حسب ما يوقفها أهلها فذكر المصنف أولا أنه ناظر الى وجوب مراعاة الكيفيه المرسومه فى إنشاء الوقف و ليس منها عدم بيعه بل عدم جواز البيع من أحكام الوقف و ان ذكر فى متن العقد و أفاد ثانيا و لم سلم أن المأخوذ فى الوقف إبقاء العين فإنما هو مأخوذ فيه من حيث كون المقصود انتفاء البطون به مع بقاء العين و المفروض تعذره هنا.

أقول:لا-وجه لما أفاده أولا- فإنه يرد عليه أولا- انه مناقض لما استدل به سابقا على عدم جواز بيع الوقف، و ثانيا: أنه لا وجه لتخصيص الروايه بالكيفيات مع شمول إطلاقها للبيع أيضا فيحكم بعدم جواز بيع الوقف و عدم جواز التصرف فيه على غير جهه قصد الواقف أخذ بالإطلاق.

و ثالثا:على فرض عدم شمولها للكيفيات فالأدله الأخرى الناظره على إمضاء الوقف على طبق المعنى اللغوى الذى عباره عن الحبس و السكون و على طبق المعنى الشرعى الذى ذكره الفقهاء اعنى حبس العين و تسبيل الثمره كافيه فى الماضيه فلم ترد لأدله المانع على نحو التعبد فعدم جواز

بيع الوقف ليس للتعبيد، نعم ما افاده ثانيا من اعتبار إبقاء العين في مفهوم الوقف و لكن اعتبر ذلك مقيدا بانتفاع البطون فمع عدم إمكان الانتفاع فلا- يكون حقيقه الوقف متحققه هنا من حيث جواز البيع فقط لا من الجهات الأخرى بحيث يكون الوقف مطلقا باطلا فحينئذ لا تمنع عن البيع الأدله المانع بوجه لما عرفت انها مسوقه لإمضاء ما اعتبر في مفهوم الوقف فقط و ليست ناظره إلى جهه التأسيس فمع انتفاء حقيقه الوقف و مفهومه من جهه جواز البيع فلا تبقى في البين أدله الإمضاء أيضا.

### أما الكلام في جهه الثانيه أى المانع

فهو ما أشار إليه بقوله، والحاصل أن الأمر دائر بين تعطيله حتى يتلف، إلخ.

أقول: انه لا إشكال في وجود المقتضى لبيع الوقف إذا عرضه ما يوجب سقوطه عن الانتفاع به و تحقيق ذلك ان الأمر حينئذ دائر مدار تعطيل الوقف حتى يتلف و بين انتفاع البطن الموجود به و بين تبديله لينتفع به البطن المتأخر و الظاهر جواز تبديله بل لزومه لينتفع به البطن الموجود و البطون المتأخره و ذلك فإن العبارة المقترنه بكلمه الواقف حتى يرث الله الأرض و من فيها مع كون العين الموقوفه مما لا- بقاء لها إلى الأبد قطعاً مع عدم المعنى لوقف المنقطع تدل على ان الخصوصيه غير دخيله في العين الموقوفه و أن الملحوظ فيها انما هي طبيعى المالىه في ضمن اى شخص كان فما دام يمكن الانتفاع بعينها فيها و الآ فيبدل بعين أخرى عن جنسها أو من غير جنسها فينتفع بها مثلا لو وقف عبدا أو حمارا أو شيئا آخر مما لا دوام فيه على صلاح المسجد حتى يرث الله الأرض و من عليها فلا- بد و أن يكون نظر الواقف إلى طبيعى المال و الآ فلا معنى لتعقيب كلامه بهذه العبارة لعدم كونها قابله للبقاء فإذا سقطت عن الانتفاع بها يبدل بشيء آخر فينتفع به و هكذا لتبقى إلى

الأبد إلا ان يعرضه بشيء و يهلكه فحينئذ ينتفى الموضوع و هكذا الأمر فى العين التى تصلح للبقاء و لكن عرض لها ما يسقطها عن الانتفاع بها كالدار الموقوفه فى قريه فإنه إذا غار أهلها سقطت هذه الدار عن الانتفاع بها فحينئذ يجوز بيعها و تبديلها بشيء آخر فلا- يصرف ثمنها الى الموجودين لينقطع الوقف و ان كانت لعرضه هذه الدار بقاء لما عرفت أن غرض الواقف انما هو البقاء الى أن يرث الله الأرض و من فيها و الإلتلاف مناف لغرض الواقف و من هنا اندفع ما توهم من أن الأوقاف التى لا بقاء لها فإنما تصير ملكا طلقا للبطون اللاحقه فيجوز لهم أن يفعلوا فيها ما يشائون على أن لازم ذلك أن يجوز بيعها بمجرد موت الطبقة السابقه و ان لم يعرض للوقف ما يسقطه عن الانتفاع به و هو خلاف البدهه.

و يؤيد ما ذكرناه أن الأوقاف و لو كانت من قبيل الربط و الخانات لا بقاء لها إلى الأبد فمع ذلك أى معنى لاقتران صيغه الوقف فيها بأنها وقف الى ان يرث الله الأرض و من فيها أى ينفى ما سوى الله كما ذكرت هذه الجملة فى وقف على (عليه السلام) فى الروايه المتقدمه الحاكيه عن ذلك فيعلم من ذلك ان المراد هو ما ذكرناه، نعم مع كون العين الموقوفه هى الأرض فتكون العرصه الخاليه من كل شيء قابله للبقاء.

و من هنا اندفع ما فى المتن من انه إذا كان الوقف مما لا- يبقى بحسب استعداد العادى إلى آخر البطون فلا وجه لمراعاتهم بتبديله بما يبقى لهم فينتهى ملكه الى من أدرك آخر أزمته بقائه و لعله الى ذلك أشار بالأمر بالتأمل.

و يضاف الى جميع ما ذكرناه العمومات الداله على صحه المعاملات من أَوْفُوا بِالْعُقُودِ، و أَحَلَّ اللَّهُ الْبَيْعَ و تِجَارَةً عَنْ تَرَاضٍ فَإِنَّهَا تَقْتَضِي صحه بيع

الوقف إذا سقط عن الانتفاع بها فإن المانع عنها إنما كانت هي الأدلة الدالة على عدم جواز بيع الوقف فإذا سقطت هي عن المانع فتكون هي محكمه و مقتضيه لجواز البيع كما لا يخفى.

و بالجمله أن أدله عدم جواز بيع الوقف فيما إذا كانت العين الموقوفه باقيه على حالها و أمكن الانتفاع بها فى الجبهه التى وقفها الواقف لأجلها و إذا سقطت عن الانتفاع بها لم تكن مشموله لها.

و بعبارة أخرى أن ما دلّ على المنع عن بيع الوقف ليس وارد على نحو التعبد، بل إمضاء لما أنشأه الواقف من جعله ساكنا و غير متحرك بالبيع و الهبه و جعله مهرا للزوجه و غيرها من التصرفات كما يقتضيه مفهوم الوقف أيضا و إذا سقطت العين الموقوفه عن الانتفاع بها ارتفع المنع عن بيعها و خرجت العين عن الوقفيه من هذه الجبهه و جاز بيعها كما لا يخفى.

ثم انه يقع الإشكال فى أنه بعد ما جاز بيع الوقف مع عروض ما يخرج عن الانتفاع بها و بدل بشيء آخر فكيف يصير ذلك وقفا كمبدله مع عدم تعلق الإنشاء من الواقف عليه.

و على تقدير تعلق الإنشاء به فلا فائده فيه فإنه لا يملك بالبدل حين وقف المبدل فما لا يملكه لا يجوز وقفه لانه لا وقف إلا فى ملك و بعد تبديله بالثمن فليس ملكا للواقف و على تقدير رجوعه الى ملكه لا يكون وقفا إلا بإنشاء جديد فهو منقضى، بل مقتضى القاعدة حينئذ أى مع الرجوع الى ملكه اما كونه ملكا للواقف على تقدير حياته و للورثه مع موته و هذا هو الذى يقتضى كون البدل وقفا للبطون جيلا بعد جيل لا ما ذكره المصنف من كون الملكيه للموجودين فعليه و للمعدومين شاتيه فإن الملكيه الشائيه للمعدومين موجوده فى أموال جميع الناس بالنسبه إلى الورثه فليس منحصر بالمقام، بل ملكيه

المعدومين انما هو بإنشاء الواقف لا أن المعدومين يتلقون الملكيه من الموجودين بموتهم كما يوهمه ظاهر عباره المصنف و ان لم يكن مرادا له فان مراده هو ما ذكرناه.

و الذى ينبغى ان يقال ان الإنشاء و ان تعلق بالعين الشخصيه الموجوده فى الخارج و لكن لا خصوصيه للخصوصيه الخارجيه فى العين الموقوفه و انما هى هذه العين الخارجيه مع لحاظ المالىه العاريه عن الخصوصيه الشخصيه فهذه المالىه فى هذه العين الموقوفه الخارجيه ما دامت موجوده و بعدها تكون باقيه فى العين الآخر مع التبديل و اذن فالمالىه المحفوظه مع الإمكان متعلق الوقف فلا فرق فى كونها وقفا بإنشاء الواقف و هذا و الخدشه فيه فى مقام الثبوت.

و اما فى مقام الإثبات فالقربنه على ذلك كون الوقف مؤبدا الى ان يرث الله الأرض و من فيها و عدم إمكان إبقاء العين إلى الأبد فيعلم من ذلك أن الوقف انما تعلق بشىء له أمد حسب طول الزمان بقدر الإمكان غايه الأمر ما دامت العين الموقوفه بشخصها باقيه فخصوصياتها أيضا متعلق الوقف حين الإنشاء و لذا لا يجوز تبديلها قبل عروض المجوز اذن فالبدل وقف بإنشاء نفس الواقف لا بإنشاء آخر على أنه لو كان ملكا للبطن الموجود لا تنقل حق كل منهم بمجرد موته الى وارثه مع أنه ليس كك.

**ثم انه يقع الكلام فى جهات: -**

**الاولى: هل البدل ملك للواقف أو للموجودين أو حكمه حكم الأصل فى**

كونه وقفا

فالظاهر أنه وقف كأصله فليس ملكا للواقف و لا- للموقوف عليهم إذ لا- مقتضى له، بل ملك للموقوف عليهم ملكيه قاصره لا ملكيه مطلقه و بدل على ذلك نفس جواز بيع الأصل مع عروض المجوز فإنه لو كان ذلك ملكا للموقوف عليهم

ص: ١٨٣

لم يكن وجه لجواز البيع ولا- للزومه، بل يكون ملكا لهم بمجرد عروض المجوز فيعلم من ذلك ان الموقوفه أمر قابل للبقاء فما دام يمكن بقائها في العين الخارجيه فيها و إذا توجه الى الزوال فيباع فيبدل بشخص آخر كما عرفت مفصلا و لو كان ذلك ملكا للموقوف عليهم الموجودين لكان حق كل منتقلا الى وارثه بموت واحد منهم و ليس كك.

و الذى يوضح ذلك و كون البدل وقفا أنه لو أتلفه أحد فهل يتوهم أحد أن ما ضمنه يكون للموقوف عليهم بل لا شبهه في كونه وقفا كالأصل و يجعل مقامه و تثبت لهم الملكيه لها ملكيه قاصره بمعنى ليس لهم أن يفعلوا في البدل، ما شائوا من الهبه و البذل و جعله مهرا للزوجه إلا جواز البيع و من هذا القبيل المثان الذان ذكرهما المصنف.

الأول: ان ديه العبد المقتول مشترك بين البطون فثمنه أولى بذلك حيث انه بدل شرعى يكون الحكم به متأخرا عن تلف الوقف فجاز عقلا- مع سرايه حق البطون اللاحقه إليه بخلاف الثمن فإنه يملكه من يملكه بنفس خروج الوقف عن ملكهم على وجه المعاوضه الحقيقيه فلا يعقل اختصاص العوض بمن لم يختص بالمعوض.

الثانى: أن بدل الرهن الذى حكموا بكونه رهنا لأن حق الرهنه متعلق بالعين من حيث أنه ملك لملكه الأول فجاز أن يرتفع لا الى بدل ارتفاع ملكيه المالك الأول بخلاف الاختصاص الثابت للبطن المعدوم فإنه ليس قائما بالعين من حيث انه ملك البطن الموجود، بل اختصاص موقت نظير اختصاص البطن الموجود منشئ بإنشائه مقارن له بحسب الجعل متأخر عنه فى الوجود.

و بالجملة تعلق غرض الواقف بدوام الوقف و كونه مؤبدا و جواز بيعه إذا

عرضه ما يسقطه عن الانتفاع به و كون بدله وقفا فى موارد الإلتلاف و الغصب كما أن بدل الرهن رهن جميعها يدل على كون البديل قائما مقام المبدل بعد البيع كما هو واضح.

نعم، بعد ما كان حكم المبدل جاريا على البديل فهل يحتاج إلى صيغته الوقف أم لا يحتاج، فالظاهر أن هذا الاحتمال لغو و ذلك لأن البديل ان كان بمجرد الشراء و البيع وقفا فلا يحتاج إلى الصيغته ثانيا لأنه تحصيل الحاصل و ان لم يكن وقفا بان كان يرجع الى ملك الواقف فما الذى أوجب كونه وقفا، بل يبقى فى ملك الواقف مع وجوده و ينتقل الى ملك الوارث مع موته و كك إذا كان ملكا للموقوف عليهم.

و بالجمله لو قلنا باحتياجه إلى الصيغته فلا بد و ان يكون ملكا لشخص فى الزمان الفاصل بين البيع و إجراء الصيغته و أى ملزم لإجراء الصيغته و الوقف ثانيا: مع كونه ملكا لأحد، بل له أن لا يوقفه ثانيا.

و ينبغى ان يقال أن البديل وقف من دون احتياجه إلى الصيغته أما كونه وقفا فكما عرفت و اما عدم احتياجه إلى الصيغته فلما عرفت أيضا من أنه مع الاحتياج إليها يلزم ان لا يكون وقفا و لو بالمقدار الفاصل بين البيع، و الوقف و بعده فما الملزم للمالك لان يوقف ذلك ثانيا إذا أراد ان لا يوقف مع انا نقول بالوقفية مطلق على ان البيع تبديل شىء بشىء فى جهة الإضافه فما يكون وقفا ملك للموقوف عليهم فى غير موارد التحرير فإذا بدل بشىء آخر يكون البديل أيضا قائما مقام المبدل و ملكا للموقوف عليهم نظير بيع الزكاه فإن بدلها يقوم مقام المبدل فيكون زكاه و هكذا فى جميع الموارد كما لا يخفى.

(و فى حاشيه الايروانى صفحه ١٧٥ ما يرجع الى ذلك).

## الجهه الثانيه: فهل يترتب حكم المبدل على البدل

بمعنى انه كما كانت مالكيه الموقوف عليهم بالنسبه إلى الوقف قاصره، فكك مالكيتهم على البدل، أو ليس كك الظاهر أن حكم المبدل ترتب على البدل من جميع الجهات، فلا يجوز إعدامه ولا هبته ولا جعله مهرا للزوجه ولا أكله، لو كان مثل الشاه ونحوها إلا- في جواز البيع مطلقا فإن الأصل لا يجوز بيعه إلا مع عروض المجوز وهذا بخلاف البدل فإنه يجوز بيعه وان لم يعرضه المجوز والوجه في ذلك هو أن إنشاء الواقف تعلق بالمبدل مع لحاظ ماليتة بحيث جعل العين الشخصيه الخارجيه وقفا باعتبار ماليتة ليكون الموقف قابلا- للبقاء فما دام شخص الخارجى موجود لا يجوز بيعه إلا مع عروض المسوغ وإذا انتقل الى البدل فلا يفرق في البدليه بين هذا وذاك ولذا لو رأى المتولى مصلحه فى البيع فيجوز له بيعه أى البدل ثم تبديله بفرد آخر و أن لم يعرضه المسوغ بخلاف الأصل فإن بدل لما يجوز بيعه فلو لم يجز بيع البدل لزم كون الفرع زائدا على الأصل و من هنا جاز بيعه بدنانير اليوم مع انه لا ينتفع بها إلا بإعدام الموضوع لكونه قرطاسا فلا معنى فى كون القرطاس وقفا.

نعم، لو كانت الدنانير من الذهب فجاز وقفها لزينه النساء لاحتياجهم إليها فى عرسهم فمن ليس له ذلك فتتزين بها أياما ثم يردها الى محلها وهكذا يأخذها الأخر.

فلو لم يجز بيع البدل، قبل عروض المجوز لم يجز بيعه من الأول بالدنانير الفعليه.

و بالجمله كما ان الموقوف عليهم مالكون على الوقف ملكيه قاصره فكك مالكيتهم على البدل قاصره فكما أن الأصل جاز بيعه فكك الفرع و إلا لزداد



الفرع على الأصل إلا أن في البدل خصوصيه لا يحتاج الى عروض المجوّز و هي ما ذكرناه.

و دعوى كون البدل أيضا وقفا مع الخصوصيات الخارجيه الشخصيه دعوى جزافيه لاحتياجه إلى الإنشاء الآخر من الواقف فهو منفي و الإنشاء الواحد لا يتكفل بكون الأصل و الفرع بخصوصيتهما وقفا كما لا يخفى.

و دعوى أن كون البدل بالخصوصيات الشخصيه وقفا لا يقتضى تعدد الإنشاء و إلا لزم تعدده في المبدل أيضا دعوى جزافيه فإن الواقف إنشاء كون العين الخارجى وقفا بجميع شئونها إلا إذا عرضه المسوّغ فيجوز بيعه فإذا بيع ينتقل الحكم الى البدل من جهه المالىه و يترتب عليه جميع أحكام المبدل فى حاله جواز البيع فحيث كانت الملكيه عليه قاصره فكك الملكيه على البدل بمعنى انه لا يجوز التصرفات المالكيه فيها إلا البيع كما عرفت.

و ذكرنا الى هنا أن الوقف إذا عرضه ما يسقطه عن الانتفاع به فيجوز بيعه و أن الأدله المانع أيضا لما إنشائه الواقف من حبس العين و تسهيل الثمره فلا تشمل صورته تعذر الانتفاع لعدم كون تلك الأدله تعبيه كما عرفت أن حكم البدل حكم الأصل من جميع الجهات فكما أن ملك الموقوف عليهم على المبدل ملكيه قاصره فكك ملكهم على البدل بمقتضى الإنشاء و الأدله المانع و أَوْفُوا بِالْعُقُودِ، فكما يجوز بيع المبدل و كك يجوز بيع البدل فإنه بدل لما يجوز بيعه فلو لم يجز بيعه فكان الفرع زائدا عن الأصل.

### **الجهه الثالثه: فهل يجب شراء المماثل للوقف بقدر الإمكان أم لا**

بل اللازم مراعاة الأصلح فالأصلح على حال الموقوف عليهم و ان كان غير مماثل فإنه ذكر أن للعين الموقوفه ثلاثه حالات العين بخصوصياتها الشخصيه و العين بخصوصياتها النوعيه و العين بمالها من المالىه فإذا انتفت

العين بخصوصياتها الشخصية فتبقى فيها الحالتان الآخرتان، واذن فيجب شراء المماثل للوقف الحاوى للخصوصيات النوعيه و الجبهه الماليه و ذكروا ذلك فى باب الضمان أيضا فحكموا بالضمان بالمثل كما حققناه مفصلا.

و فيه أنه ممنوع صغرى و كبرى كما ذكره المصنف، اما الوجه فى منع الصغرى هو أن غرض الواقف يختلف فى ذلك فان غرضه ليس دائما متعلقا ببقاء العين و مع انتفائها بقاء ما هو أقرب الى العين ليحكم بوجود شراء المثل بقدر الإمكان.

إذ قد يتعلق غرضه بالانتفاع من منافعه من غير ملاحظه خصوصيه العين سواء كانت دارا أو دكانا أو غيرهما فحينئذ لا بدّ من مراعاة ما هو الأصلح لحال الموقوف عليهم فإن الموقوفه و ان كانت دارا مثلا، و لكن منافع الدكان من حيث الأجره و عدم احتياجه الى التعمير كثيرا كما احتاجت الدار إليه أكثر فيجوز بيع الدار و شراء الدكان بدلها و هكذا و قد يكون غرض الواقف بقاء عين الموقوفه بقدر الإمكان كما إذا كان كتابا مخطوطا بخط جده أو بخط واحد من الأكابر فأراد الواقف بقاءه تحت يد الذريه فوقفه عليهم فان النظر انما تعلق بحفظ هذه العين الموقوفه فإذا تعذر حفظها و جاز تبديلها ببدل فيجوز أيضا التبديل بأى شىء كان فان ما تعلق به غرض الواقف قد فات بفوات العين و لا يفرق فى غرضه تبديلها بأى شىء كان.

و قد يكون غرضه متعلقا بالانتفاع بثمرته كما لو وقف بستانا ليتنفعوا بثمرته فيبيع فدار الأمر بين أن يشتري بثمانه بستانا فى موضع لا- يصل إليهم إلا قيمه الثمره و بين أن يشتري ملك آخر يصل إليهم أجره منفعتة فإن الأول و ان كان مماثلا إلا أنه ليس أقرب الى غرض الواقف و قد يكون غرضه متعلقا بالانتفاع بمنفعه خاصه كالسكنى فحينئذ يلزم التبديل بما يكون قابلا لذلك.

و بالجمله أنه لا- انضباط فى غرض الواقف ليكون متعلقا ببقاء العين بجهاتها الثلاثه و مع انتفاء الخصوصيات الشخصيه تلاحظ فيها الجبهه النوعيه و المالكيه، بل الوقف ما دام موجودا بشخصه لا يلاحظ فيه الآ مدلول كلام الواقف للأدله الخاصه و لدليل وجوب الوفاء بالعقد.

و توهم ان الشرط الضمنى يقتضى شراء الممثل فاسد فإنه ليس هنا شرط ضمنى أولا و على تقدير وجوده فلا يكون مخالفته الآ غير مشروع أو موجبا للخيار و أما فساد البيع بغير المماثل فلا وجه له و إذا بيع و انتقل الثمن الى الموقوف عليهم لم يلاحظ فيه الآ مصلحتهم.

و أما الوجه فى منع الكبرى فلانه لا دليل على مراعاة المماثله أصلا و انما اللازم ملاحظه مدلول كلام الواقف فى إنشاء الوقف ليجرى الوقوف على حسب ما يوقفها أهلها فحيث عرفت أن ملاحظه كلامه من العبارة المقترنه عليه أعنى الى أن يرث الله الأرض و من فيها تقتضى أن تكون العين الموقوفه إلى الأبد فإذا كانت قابله للبقاء فلا كلام لنا فيه كالعرضه الخاليه من العماره و الأشجار و نحوها و الآ- فلا بدّ من التبديل الى ما يكون باقيا و لو بالتبديل على مرات و لا يستفاد من ذلك أزيد من وجوب تبديل العين الى البديل إذا عرضها الخراب و اما كونه مماثلا- للعين فلا- يستفاد من ذلك و لا عليه دليل آخر يدل على اعتبار التماثل كما لا يخفى.

و لا يقاس ذلك بباب الضمان فان مقتضى دليل الضمان فيه هو الضمان بالعين و ردها بجميع خصوصياتها الشخصيه و النوعيه و الماليه فحيث أنه لا يمكن ردها بخصوصياتها الشخصيه لامتناع اعاده المعدوم و على تقدير إمكان الإعاده فهو ليس بقادر على اعاده الخصوصيات الشخصيه فقهر اتصل النوبه إلى الضمان بالمثل و مع عدم إمكانه أيضا فالى الضمان بالقيمه ففى

باب الضمان فالعين تكون مضمونه أولاً و مع الانتفاء فالمثل و مع الانعدام فالقيمه و هذا بخلاف المقام فان الدليل هنا أعنى ملاحظه إنشاء الواقف لا يقتضى أزيد من إبقاء الوقف بجميع خصوصياتها الشخصيه ما دامت العين باقيه فإذا انتفت العين يكون بدله وقفا بعد البيع و الشراء فيجلس البدل مكان المبدل بما هو طبيعي البدل لا البدل المماثل كما لا يخفى.

نعم لو اشترط الواقف عند إنشاء الوقف مراعاة الممثاله فى التبدیل و أخذ البدل يجب مراعاته بمقتضى أَوْفُوا بِالْعُقُودِ و المؤمنون عند شروطهم و الوقوف على حسب ما يوقفها أهلها أو يقفها أهلها و هذا أمر آخر لا يرتبط بالتبدیل بدون الاشتراط.

### **الجهه الرابعه: فى أنه إذا احتاج الى التبدیل فهل يتصدى به**

الحاكم الشرعى أو الموقوف عليهم

أو الناظر أو يحتاط بالجمع بين الحاكم و الناظر كليهما كما صنعه شيخنا الأستاذ أو يتصدى الموقوف عليه مع نصب الحاكم القيم على البطون المتأخره وجوه.

و الذى ينبغى أن يقال انه يجب مراعاة نظر الواقف بأنه بأى كيفية أنشأ الوقف فان كان نظره كون الوقف للموقوف عليهم و مالكيتهم عليه من دون أن يكون لهم السلطنه على الوقف، بل السلطنه من جميع الجهات بيد الناظر للوقف و متوليه فحينئذ ليس للموقوف عليهم و لا للحاكم أن يتصدى بالبيع أصل، بل المتصدى بذلك هو الناظر فقط أما الحاكم فواضح، لأنه ولى من لا ولى له، و الناظر ولى الوقف فيتصرف فيه على النحو الذى جعله الواقف متولياً للوقف لان الناس مسلطون على أموالهم، فيتصرف فيه كيف يشاء فله أن يقفه و يجعل توليه الوقف للغير و لا يكون للموقوف عليهم إلا الملكيه فقط لئلا يقع بينهم النزاع و التشاجر لو كان أمر الوقف بيديهم.

و من هنا ظهر عدم كون الموقوف عليهم متصدّياً بالبيع، فان الواقف مالك على العين فله ان يفعل فيها ما يشاء فإذا وقفها للموقوف عليهم و جعل سلطنتها تحت يد الناظر فيتبع فلا- يكون للموقوف عليهم إلا- ملكيه قاصره من غير أن يقدروا على التصرف فيه غير أنهم مالكون له فلهم منافعهم، و اما السلطنة عليه فهي بيد الناظر.

و بالجمله ان الموقوف عليهم و ان كانوا مالكين للعين الموقوفه الا انهم قاصرون عن التصرف فيها لعدم سلطنتهم عليها من قبل الواقف بل سلطنته تحت يد الناظر فقط بجعل الواقف كما هو واضح.

و ان لم يكن هنا ناظر و لم يجعل الواقف أمر السلطنة للناظر و للحاكم بل وقف العين للموقوف عليهم غير تعرّض لهذه الجهات بوجه فحينئذ يكون أمر الوقف بيد الموقوف عليهم و تكون سلطنته لهم لان الملك لهم و الناس مسيطون على أموالهم، فليس للحاكم و لا لغيره التصرف فيها بوجه، بل يكون تصرفات غير الموقوف عليهم تصرفاً محرّماً فإنه لا دليل على ولاية الحاكم على ذلك كما تقدّم اللهم إلا أن يقال ان الحاكم ولى من قبل المعدومين فإنهم أيضاً مالكون للوقف و لكن قاصرين عن التصرف فيه فيكونون كبقية القاصرين و من الواضح أن الحاكم الشرعى ولى القهر.

و فيه أولاً- أنه لا- كليه لذلك بأن يكون البطن الثانى قاصراً عن الوقف لكونه مع المعدومين لجواز وجودهم و وجود البطن الثالث، نعم يصح هذه الدعوى فى غير الموجودين، فلا وجه لدعوى كون الحاكم ولياً لغير البطن الموجود لقصورهم على الوقف للعدم.

و ثانياً ان المعدومين ليسوا مالكين للوقف و لا- أن لهم حقاً فيه بالفعل ليكون الحاكم ولياً لهم فى حفظ حقهم غايه الأمر أن الواقف جعل لهم فى

إنشاء الوقف حقا تعليقا بمعنى إذا مات الطبقة الأولى فتنقل الموقوفه إلى الطبقة الثانية لا إلى الورثة و عليه فلا موضوع لولايه الحاكم لهم أصلا.

ثم ذكر المصنف فى ضمن هذا الفرع فرعا آخر و هو أنه بناء على كون نظاره الوقف للحاكم أو للناظر أو للموقوف عليهم فى البيع و نحوه فهل للناظر على الأصل نظاره للبدل أيضا فيصدى هو بيعه و شرائه أم لا؟ و الظاهر أن هذا أيضا تابع لقصد الواقف و جعله كما ذكرناه فى رجوع أمر الأصل إلى الحاكم أو الى الناظر أو الى الموقوف عليهم فمع الإطلاق فيكون للموقوف عليهم لان الناس مسلطون على أموالهم.

**قوله: ثم انه لو لم يمكن شراء بدله و لم يكن الثمن مما ينتفع به.**

أقول: فذكر المصنف هنا فروعا الأول أنه إذا لم يمكن شراء البدل للمبدل و لم يكن الثمن مما ينتفع به مع بقاء عينه لكونه من النقدين، فقد عرفت أن النقدين لا يجوز وقفهما لعدم إمكان الانتفاع بهما إلا بالأعدام إلا إذا كانا من الذهب و الفضة و قصد بهما الترتين فإنه يجوز وقفهما لذلك و أما فى غير هذه الصورة خصوصا النقود الفعلية القرطاسيه فلا يجوز وقفها و عليه فلا يجوز دفعها الى البطن الموجود لما عرفت من كون البدل كالمبدل مشتركا بين جميع البطون فحيثئذ توضع عند أمين حتى يتمكن من شراء ما ينتفع به و لو وجد فى ظرف التفحص من يبيع الدار مثلا ببيع خيارى يفى ثمن الوقف بشرائه كما إذا كانت هناك دار تساوى ألف دينار فيبيعها المالك بالبيع الخيارى بخمسه مائه دينار و كان ثمن الوقف أيضا خمسه مائه دينار فيجوز ذلك فان فسخ البيع بعده فيرد الثمن مع انتفاع الطبقة الموجود فى البين و ان لم يفسخ فيكون بدل الوقف أقوى و انفع من الوقف فينتفع به الموجودين و المعدومون.

ص: ١٩٢

ثم قال و لو طلب ذلك البطن الموجود فلا يبعد وجوب اجابته و لا يعطل الثمن حتى يؤخذ ما يشتري به من غير خيار.

أقول:

**و فى كلامه قدس سره جهات من البحث:-**

**الاولى: أنه هل يجوز بيع الوقف بالدرهم و الدينار**

خصوصا إذا كانت مما لا ينتفع به إلا بإعدام موضوعه (قال المحقق الايروانى ان البدل لا بدّ و ان يكون عينا صالحه لأن توقف من جهة اشتغالها على المنفعة فلو كان مما لا منفعة فيه كالدراهم لو فرضنا ذلك فيها لم يجوز جعله بدلا).

و الوجه فى ذلك هو ان الواقف جعل ماله وقفا على الموقوف عليهم مؤبدا بحيث يحبس أصله و يسبل ثمره و ما لا نفع فيه إلا بإعدامه فلا يكون قابلا للبدليه، نعم لو قصد به التزّين فلا بأس من جعله بدلا و لكنه أمر نادر الوجود.

و يرد عليه أمران: الأول) أن الوقف و ان كان مؤبدا و لكن يجوز تبديلها بالنقود و ان لم ينتفع بها إلا بإعدام موضوعها و ذلك من جهة ان غرض الواقف انما هو بقاء الأصل و تحييسه و تسييل الثمره و من المعلوم أن هذا لا يكون إلا بالبيع، فان كثيرا من الأعيان الموقوفة ليست قابله للبقاء فلا بدّ من التبديل و تبديل عين الوقف بعين أخرى لا يوجد إلا قليلا فإنه قلما يوجد من يرغب ان يبدل الدار مثلا بالدكان فانتظار ذلك ربما ينجر الى خراب الوقف و فناءه، فلا بدّ حينئذ من بيعه بالنقود لكونه هو الكثير فإذا بيع بها فيشتري بها ما يكون صالحا للبقاء.

و عليه فالنقود ليست بموقوفة بل فى طريقه الوقف و صراطه بحيث يسار الى الوقف و جعله مؤبدا بالنقود و إلا فلا يمكن تبديله عادة فإن المعاوضه و المبايعه لا يكون عادة إلا بالنقود.

ص: ١٩٣

الثانى: أن الوقف على قسمين: الأول) أن يكون وقفاً بشخصه لتعلق إنشاء الواقف به بالخصوص بحيث يكون وقفاً بخصوصياته الشخصية فلا يجوز التصرف فيه بوجه، حتى الموقوف عليهم لكون مالكيتهم عليها قاصره إلا إذا عرضه ما يجوز بيعه فيجوز بيعه فليس لهم إلا الانتفاع بها.

و الثانى) ما يكون وقفاً لكونه متعلقاً لإنشاء الواقف بحسب ماليته بمعنى انه حيث كان غرض الواقف دوام الوقف و أنه لم يكن حبساً ليكون مؤجلاً- و لم تكن العين الشخصية قابله للدوام فهمنا من ذلك أن غرضه بقاء المالىه بعد ما سقطت هذه العين بالخصوص عن الدوام.

و عليه فالبدل بعد التبدل وقف لأجل كونه بدلاً عن الوقف و لذا قلنا بعدم احتياجه فى كونه وقفاً إلى الصيغه كما تقدم، و من الواضح أنه بدل للمبدل فى الحاله التى يجوز بيعه فى هذه الحاله فالبدل أيضاً يجوز بيعه مطلقاً و عليه فلا مانع من بيعه بالثمن أى النقود و كونها وقفاً بالتبدل لكونها قائماً مقام الوقف فىكون وقفاً ثم تبدله ببدل آخر و هكذا كما أنه لو بدل الوقف من الأول بالعين الصالحه للانتفاع يجوز تبدلها بعين أخرى أيضاً لما عرفت أن البدل ليس كالأصل حتى لا يجوز بيعه، بل هو جائز البيع مطلقاً من الأول بل كان قوام البدليه بالبيع و الأ يلزم مزيه الفرع على الأصل لأن الفرض أنه بدل لما يجوز بيعه فالبدليه فى حاله جواز البيع.

لا يقال انه و ان كان يجوز بيع البدل مطلقاً و لكنه لا بدّ و ان يكون فى سلسله الابدال كل واحد من الابدال جائز الانتفاع به و الأ فيكون الوقف لغوا إذ لا معنى لكون شىء وقفاً مع أنه عديم النفع.

فإنه يقال يكفى فى خروج كون النقود وقفاً عن اللغويه كونها بدلاً عن الأصل مقداراً من الزمان يمكن تحصيل بدل آخر يكون قابلاً للانتفاع به مع



بقاء عينه لما عرفت من ندره تبديل العين الموقوفه بعين أخرى تكون قابله للانتفاع بها.

و بالجمله لا مانع من الالتزام بكون النقود وقفا في سلسله الابدال نعم لا تكون وقفا من الأول كما عرفت.

فتحصل أنه لا مانع من بيع الوقف بالنقود ثم اشتراء عين أخرى لينتفع بها الموقوف عليهم.

### **الجهه الثانيه: في شراء العين المالحه للانتفاع بها بهذا الثمن**

بالبيع الخياری

و يقع الكلام هنا في أمرين: - الأول: في جواز شراء البديل بالبيع الخياری و عدمه.

الثاني: في اعتبار إذنه في ذلك و عدمه و انه هل يجب البيع مع مطالبتهم ذلك أم لا.

### **أما الأول: فربما قيل بعدم جواز ذلك**

لأن الوقف يجب أن يكون مؤبدا و البيع الخياری في معرض الفسخ فلا يكون وقفا.

و فيه أنه قد ظهر جوابه مما تقدم من ان وقفه البديل ليس على نسق وقفه المبدل لثلا يصلح للبديله ما لا يكون قابلا للدوام، بل يجوز تبديل الوقف بكل شيء حتى الخبز الذي نفعه بإعدامه و بالفواكه غايه الأمر يبدل ذلك أيضا بشيء آخر و هكذا فيكون بهذه التبدلات الماليه محفوظه التي تعلق غرض الواقف بكونها باقيه و ينتفع بثمرها.

و على هذا فلا مانع من اشتراء دار أو دكان بهذا الثمن بالبيع الخياری فإن فسخ البائع فقد حصل النفع للموقوف عليهم الذي كان غرض الواقف هو ذلك، بل معنى الوقف كان هو ذلك لما عرفت من أنه تحييس الأصل و تسهيل الثمره و الثمن أيضا باق على حاله فيشترى به شيء آخر لينتفع به الموجودون

و المعدومون، و ان لم يفسخ فقد صار بدل الوقف أحسن منه لكونه يساوى بخمسه دنانير و ما اشترى بثمنه يساوى عشرين ديناراً.

### أما الأمر الثانى: فالظاهر أنه يجب الشراء

سواء طالب البطن الموجود الشراء أم لا- و لا- وجه لتقييد وجوب الشراء بصوره المطالبه كما فى المتن و ذلك لأن الانتفاع بالوقف و ان كان حقاً للبطن الموجود و لكن ليس لهم إسقاط ذلك و لو بالرضا بعدم الشراء ليقف الوقف عن الانتفاع به مده.

و ذلك لأن كون الوقف بحيث ينتفع به مع بقاء عينه مما جعله الواقف كك فلا بدّ بحسب إنشاء الواقف و إمضاء الشارع له أن يجعل الوقف هكذا فما دام العين موجوده فهو و بعد تبديلها بالعين الأخرى فلا بد و ان يجعل بدله هكذا و ان لم ينتفع البطن الموجود بنفعه أو رضى ببقائه بلا نفع فان رضايته بذلك و عدم رضايته أو انتفائه و عدمه بان لم يأخذ نفعه أصلاً ليس ميزاناً فى المطلب و لا يوجب تغيير إنشاء الواقف.

### الجهه الثالثه: فى جعل الثمن عند أمين مع عدم التمكن من شراء

البذل فهل يجب ذلك أم لا،

بل يجوز دفعه الى الموقوف عليهم فقد عرفت أنه ذكر المصنف أنه حيث كان الوقف حقاً للبطن الموجوده و البطن المعدومه و كونهم شركاء فى ذلك فان وجد ما ينتفع به البطن الموجود يجب شرائه و لو بالبيع الخيارى ينتفع به الموجودين مع بقاء مال الوقف لنفع البطن المعدوم و الأ- فلا يجوز دفع الثمن الى البطن الموجود، فإنه كالمال المشترك فهل يجوز دفع المال المشترك الى بعض الشركاء.

اذن فيجب وضعه عند أمين الى ان يوجد ما يمكن ان يكون بدلاً للوقف فيشترى به لينتفع به البطن الموجود و البطن المعدوم.

و فيه انك عرفت فى بحث الأمس أن المعدومين ليس لهم حق فى الوقف

أصلا فضلا عن كونهم شريكا فيه و انما العين الموقوفه ملك للموقوف عليهم.

نعم، فالواقف بحسب إنشائه جعله للبطون المعدومه على تقدير موت البطون الموجوده و بقاء العين الموقوفه فليس لهم الا حق تقديري و تعليقي و عليه فيجب دفع الثمن الى البطون الموجوده لكونهم مالكين له و الناس مسلطون على أموالهم.

نعم، لو كان الثمن فى معرض الخطر مع الدفع إليهم، بل يجعل عند أمين و لكنه ليس مختصا بثمان الوقف، بل الأمر كك فى أصل الوقف أيضا، بل فى كل من كان الوقف فى يده و لو كان ناظرا و خيف منه لكونه غير مبال فى الدين و أكل أموال الناس و الموقوفات فإنه حينئذ يجب استنقاذ الوقف منه و وضعه عند أمين.

**قوله: نعم لو رضى الموجود بالتجار به و كانت المصلحه فى التجاره جاز**

مع المصلحه الى ان يوجد البدل.

أقول: لا- شبهه فى جواز الاتجار بثمان العين الموقوفه ما لم يوجد البدل مع رضائه الموقوف عليهم و اما بدونها فلا، لأن الناس مسلطون على أموالهم و انما الكلام فى أنه هل يكون ربحه كمنافع العين الموقوفه للبطن الموجود أو أنه كالعين فى اشتراك البطون فيه و جهان، الظاهر هو الثانى فإن الثمن كالمبيع و ربحه بمنزله جزء المبيع لا بمنزله منفعتة فلا يختص به البطن الموجود فهذا نظير إعطاء الوقف الذى يساوى بعشره دنانير و أخذ شىء آخر بدله الذى يساوى بخمسين دينارا فان ما يحاذى بخمسين قائم مقام ما يحاذى بعشره فيكون كله وقفا كالمبدل و ليس ذلك مثل الإيجار فإن الأجره من منافع العين الموقوفه فتكون ملكا طلقا للموقوف عليهم.

**قوله: و لو كان صرف ثمنه فى باقيه بحيث يوجب زياده منفعه جاز.**

أقول: من جمله ما ذكره المصنف من الفروع أنه إذا خرب مقدار من الوقف وبقى المقدار الآخر كالنصف فيبيع النصف الخراب فهل يجوز صرف ثمنه في النصف الآخر ليجوز زياده النفع أم لا؟ فاختر المصنف جواز ذلك.

و حاصل كلامه: أنه إذا خرب نصف الوقف مثلا- وبقى النصف الآخر بحيث يمكن الانتفاع بهذا النصف على النحو السابق، و لكن إذا صرف ثمن نصف الخراب في النصف الباقي يزيد الانتفاع بذلك النصف الباقي كنحو السرداب و ازياذ القبه للدار فهل يجوز صرفه فيه أم لا؟ الظاهر هو الجواز، فان الواقف بحسب إنشائه جعل هذه الأرض وقفا بحيث ينتفع بها مع بقاء عينها و استفدنا أيضا من القرائن المحفوفة بكلامه كونه دائما الى أن يرث الله الأرض و من فيها و عليه فلا يفرق في حال الواقف و لا في حال الموقوف عليهم تبديل ثمن النصف الخراب بشيء يكون له نفع في كل شهر مثلا عشره دنانير أو صرفه في النصف الباقي لتكون إجارته بخمسين ديناراً و الحال أن الأجره كانت قبل التعمير أربعين أو أقل غايه الأمر مع رضائه الموقوف عليهم لما عرفت من كون الثمن ملكا لهم فلا يجوز التصرف في مال غيره إلا برضايته و ما قلنا بكونه دائما بالقرائن فهو محقق هنا أيضا لأننا لو اشترينا بالثمن شيئا يكون عينا موجودا و إذا صرفناه في التعمير فيكون أيضا عينا موجودا غايه الأمر يكون في الأول بعنوان الاستقلال و في الثاني بعنوان الجزئية فهو لا يفرق في المطلب فإنه على كلا الفرضين أيضا يجوز تبديله بشيء آخر ليكون قابلا للبقاء.

نعم، لا يجوز صرف الثمن في التعميرات التي ليست لها عينه كالترتينات و نحوها بحيث لا يمكن تبديلها مع الاندرااس، و اما مثل الأجر و الأخشاب و الحديد فلا مانع منه، فإنه يمكن تبديلها بعد الاندرااس أيضا.

و من هنا يعلم انه يجوز صرفه فى الوقف الأخر هكذا الذى كان وقفاً لهؤلاء الموقوف عليهم لعدم الفرق فى ذلك لحصول غرض الواقف بحسب إنشائه و غرض الموقوف عليهم كما إذا وقف الواقف داراً و دكاناً فخرّب نصف الدار فبيع فيجوز صرف ثمنه فى النصف الباقي للدار و فى الدكان بحيث فى أى منهما صرف يزداد نفعاً.

### **قوله: و لو خرب بعض الوقف و خرج عن الانتفاع و بقى بعضه محتاجاً إلى**

عمارته لا يمكن بدونها انتفاع البطون اللاحقه.

أقول: ذكر المصنف هنا فرعاً و رتب عليه فرعاً آخر، فحاصل ما ذكره أنه لو خرب نصف الدار الموقوفه و بقى الآخر بحيث يمكن الانتفاع به فعلاً- و لكن لا- يمكن الانتفاع به بعد عشرين سنه و لكن ينقرض البطن الأول إلى تلك المده و ينتقل الوقف إلى البطن الثانى فهل يجب صرف ثمن نصف الخراب فى النصف الباقي و تعميره حتى يستمر إلى ان يمكن للبطن الثانى الانتفاع به أم لا- الظاهر انه لا يجب إلا إذا شرط الواقف تعمير الموقوفه من منافع الوقف فيكون الزائد للموقوف عليهم، بل لا يجوز بدون رضائه الموقوف عليهم لما عرفت من كونه ملكاً لهم فلهم تبديله بشىء آخر لينتفعوا به فعلاً، و أما حفظ الوقف للبطون اللاحقه لينتفعوا به هؤلاء أيضاً فليس بواجب فان نسبه البطن الأول إلى البطن الثانى كنسبه الجوار و الأجانب إلى البطن الثانى فهل يتوهم أحد أنه يجب تعمير الأوقاف التى كانت فى معرض التلف فليس كذلك فالموقوفه فعلاً ملك للبطن الأول فلهم الانتفاع به و ليس للبطن الثانى حق فيها الا الحق التقديرى بحسب إنشاء الواقف كما عرفت، فبأى دليل يجب أن يصرف البطن الأول أموالهم فى حفظ أموال المعدومين مع أن حقيقه الوقف التى تحبب الأصل و تسبيل الثمره موجوده فعلاً، نعم لو كان

الوقف غير منتفع به بالفعل فيجب التعمير و الصرف لتحقق غرض الواقف و لكن ليس الأمر كذلك، نعم يجب صرفه في التعميرات الجزئية التي يترتب على عدمها خراب الوقف كما إذا سقط ميزاب الدار أو حصل ثقب في سقفه فإنه لو لم يعتمر ذلك لا نجز بنزول المطر الى خراب الوقف و انهدامه و عدم إمكان انتفاع البطن الموجود أيضا فمثل هذه الأمور التي لا يحتاج إلى مؤنه زائده بل إلى عشره فلس مثلا يجب، بل يمكن ان يقال أنه على هذا شرط الواقف في ضمن العقد فإنه لو لم يجب تعمير مثل هذه الأمور من منافع الوقف الانهدام في مده قليله و خرب و هذه خلاف كونه أبديا.

و بعبارة أخرى تاره يكون الخراب مستندا إلى الأمور الجزئية كما تقدم فلا شبهه في وجوب التعمير و صرف مقدار من المنافع فيه و أخرى يكون مستندا الى الكون و الفساد إذ من البديهي أن الموجودات الخارجيه لا تبقى بحسب طبعها أزيد من المقدار المتعارف فإنها بالأخره تكون فانيه حسب طول المده و مرور الزمان فهذا لا دليل على وجوب التعمير حتى يستمر مده البقاء حتى يصل الى البطون اللاحقه.

ثم رتب المصنف على هذا الفرع أنه لو احتاج إصلاح الوقف بحيث لا يخرج عن قابليه انتفاع البطون اللاحقه إلى صرف منفعه الحاضره التي يستحقها البطن الموجود فهل يجب صرفها فيه أم لا؟ فظهر حكمه من الفرع المتقدم و علم أنه لا يجب حفظ المال المعدومين للموجودين بصرف مالهم في حفظه و إلا لوجب لجميع الناس حفظ الأوقاف للبطون اللاحقه بل حفظ المال للوارث إذ لا- خصوصيه للوقف بعد كون منفعته للحاضرين ملكا تلقا الأ- أن يشترط الواقف إخراج مؤنه الوقف عن منفعه قبل قسمه الموقوف عليهم.

## ثم ذكر المصنف أن هنا فروعا يستخرجها الماهر.

فذكر فرعين مهمين منها:-

### الأول: أنه لو كان الوقف في موضع لا يتمكن الانتفاع للموقوف عليهم و ان أمكن

لغيره

كما إذا كان معرض الاستملاك للحكومة فدار الأمر بين ذهابه بان يستملكه الغاصب جورا استملاكا مجانيا أو يباع بثمان فيشتري شيء آخر بدله لينتفع به الموقوف عليهم فلا- شبهه في جواز بيع الوقف، بل وجوبه و اشتراء شيء آخر بدله إذ عرفت سابقا أنه لا- خصوصيه للخراب، بل يسوّغ بيعه إذا عرضه ما يسقطه عن الانتفاع به و أيضا عرفت أن مقتضى الإنشاء للواقف هو أبدية الوقف فلو لم يبيع لا يكون دائميا و هذا إذا وقعت الدار الموقوفة في شارع الحكوميه فذهب نصفها في الشارع أو لم يذهب أصلا و لكن كان بناء الحكومة أخذها في أطراف الشارع كلها اما بالثمن لو رضى المالك أو مجانا جبرا له ان لم يرض فإنه ح لو لم يبيع الوقف سيملكه الحكومة مجانا فيجب بيعه لئلا يذهب الوقف.

و بالجملة فيجوز بيع الوقف في كل مورد بقيت العين الموقوفة على حالها و لكن لا يمكن للموقوف عليهم الانتفاع بها و ان انتفع غيرهم فإنه ح يجوز بيعها.

### الثاني: انه لو علم بزوال الوقف بعد مده لا يمكن الانتفاع به للموقوف

عليهم حتى البطن الأول

كما إذا أوسع شارع فوقعت الدار الموقوفة في وسط الشارع بحيث لا تبقى منها شيء و ليس لها تابوء و قبالة رسميه حتى يؤخذ ثمنه و لكن لا- يلتفت الى ذلك أحد فوجد مشتر لها فهل يجوز بيعه أم لا- الظاهر انه يجوز، بل يجب لما عرفت من عدم الخصوصيه للخراب، بل المناطق سقوط العين الموقوفة عن الانتفاع بها مع ما عرفت أن القرينه تقتضى دوام الوقف فلو لم يبيع لا يكون للوقف دوام فيجب البيع و تبديله بشيء آخر ليدوم

ص: ٢٠١

الوقف و تحفظ حقيقه الوقف على ما إنشائها الواقف بحسب إنشائه و هنا فروع آخر فيتضح حالها بالتأمل.

### قوله: الصورة الثانيه ان يخرب بحيث يسقط عن الانتفاع المعتد به.

أقول: قد عرفت ان المصنف ذكر هنا صوراً، الأول ما تقدم الكلام فيه و هو ما كان الوقف خراباً بحيث خرج عن الانتفاع به حتى بالدقه العقليه كالشاه المذبوح و الحصرير البالي و الجدوع العتقه فإنها لا ينتفع بها ببقائها بوجه بل نفعها بإعدامها و الآ فاللحم الباقي ينتن فلا يكون قابلاً للانتفاع به و هكذا الأمور الأخر و قد عرفت جواز البيع فى هذه الصورة و عدم شمول الأدله المانع عن بيع الوقف على ذلك، بل يباع و يبدل بشيء آخر ليكون قابلاً للانتفاع إلى الأبد فإن حقيقه الوقف بذلك و يكون العين حبساً و الثمره تسيلاً كما هو واضح.

ثم ذكر الصورة الثانيه و هى أن يخرب الوقف بحيث يسقط عن الانتفاع معتد به بحيث يصدق عرفاً أنه لا منفعه فيه، و ان كان له نفع بحسب الدقه العقليه ثم فصل فى هذا القسم بين ما يكون الوقف بحيث لا يقال بهذا النفع لقتله فيكون هذا مما يجوز بيعه لانصراف الأدله المانع عن بيع الوقف عن ذلك و بين لا- يكون كك، بل يقال فى العرف ان لهذا العين منفعه و لكن قليله بالنسبه إلى العين قبل تلك الحاله فهذا لا يجوز بيعه لعدم الوجه عن صرف الأدله عن ذلك.

ثم ذكر صورته ثالثه و هى ان يخرب الوقف بحيث يقل نفعه لا أنه ينتفى نفعه بالكليه كما فى الصورة الاولى، و لا أنه قلت بمرتبته ليلحق بالمعدوم كما فى الصورة الثانيه، بل تقل منفعتة بالنسبه إلى المنفعه قبل عروض تلك الحاله أقول: لم يتحصل لنا شيء مما ذكره المصنف فى الصورة الثانيه، و ذلك



لأنه ان كان مراده من الصورة ما كان الوقف ساقطا عن المنفعة العرفيه لأجل الخراب بحيث لم تبق للعين فى نظر العرف منفعه أصلا، بل صارت عديم النفع و ان كان لها نفع بحسب الدقه العقليه كما إذا وقف الواقف سريرا و سقط عن السريره بحيث لا ينتفع به عرفا بعنوان السريره و لكن يمكن الانتفاع به بوضعه على وراء الباب ليمنع عن السارق أو يذاب حديدته و ينتفع فى مورد آخر أو يجعل شبكا على السطوح و نحوها و لكن لا يعد شىء منها من منافع السرير و كك لو وقف حمارا لينتفع به فى الحمل و الركوب و لكن سقط عن الانتفاع به لأجل السيارات و مع ذلك يمكن الانتفاع به بان يسدّ فى مجرى الباب ليمنع عن السارق فلا يقال أن هذا منفعه الحمار و غرض الواقف من حبس العين و تسهيل الثمره شامل لذلك و حينئذ فيكون الفرق بين هذه الصورة و الصورة الاولى هو أن فى الصورة الأولى فقد سقطت العين عن الانتفاع بها بالكلية بخلاف هذه الصورة فإن للعين منفعه بحسب الدقه العقليه فإن كان مراده من الصورة الثانيه هو ذلك فلا وجه للاستدراك ثانيا فى هذه الصورة بقوله، نعم لو كان قليلا فى الغايه بحيث يلحق بالمعدوم و أمكن الحكم بالجواز لانصراف قوله (عليه السلام): لا يجوز شراء الوقف الى غير هذه الحاله.

فإنه لا وجه للاستدراك بعد ما كان الغرض من الصورة الثانيه هو ذلك و ان كان مراد من هذه الصورة سقوط العين الموقوفه عن الانتفاع بها لا مطلقا بحيث تعد فى نظر العرف مسلوبه المنافع، بل تقل منفعتة كما إذا كانت دار موقوفه و كانت تستأجر فى كل سنه بمائه دينار إلا أنه عرض لها الخراب فتستأجر بخمسين ديناراً و مع ذلك فلا ينكر أحد أن الدار مما لا منفعه فيها، نعم قد قلت منفعتة و حينئذ فالفرق بين هذه الصورة و الصورة

الأولى من الوضوح بمكان و ان كان مراده ذلك من الصورة الثانيه فلا وجه لذكر الصورة الثالثه فإنها عين ذلك.

و بعبارة أخرى لا- وجه لجعل الصورة الثانيه صورتين لأنها اما عين الصورة الثالثه أو غيرها فيكون قسما في مقابلها، بل يراد من الصورة الثانيه هو الشق الأول أعنى ما ذكره المصنف بعنوان الاستدراك فيكون مقابلا- للصورة الاولى و الثالثه و لا شبهه في جواز بيعه أيضا فلا يعد هذه المنفعة اللاحقه بالمعدوم من المنافع للوقف في نظر العرف و لا تشمله الأدله المانعه عن بيع الوقف خصوصا قوله (عليه السلام) و لا يجوز شراء الوقف و لا تدخل الغله في ملك فتكون عمومات صحه البيع محكمه و قد عرفت في الصورة الأولى أيضا أن أدله المنع منصرفه عن عين الموقوفه إذا صارت عديم النفع، بل لا يشمل ذلك مفهوم الوقف أيضا فإنه إنما يشمل ما تكون العين ذا منفعة ليصدق عليها حبس العين و تسبيل المنفعة كما هو واضح.

**ثم ان المصنف قد ذكر هنا أمرين**

**أحدهما ما تقدمت الإشارة إليها سابقا**

من قول صاحب الجواهر ببطلان الوقف مع جواز بيعه،

و قال إنه قد عرفت انه لا- وجه لبطلان الوقف، ثم ذكر صاحب الجواهر أن وجه بطلان الوقف في الصورة الأولى بفوات شرط الوقف المراعى في الابتداء و الاستدامه و هو كون العين مما ينتفع بها مع بقاء عينها ثم أشكل على هذا أيضا من انه عرفت سابقا أن بطلان الوقف بعد انعقاده صحيحا لا وجه له في الوقف المؤبد مع انه لا دليل عليه مضافا الى أنه لا دليل على اشتراط الشرط المذكور في الاستدامه فإن الشرط في العقود الناقله يكفى وجودها حين النقل، فإنه قد يخرج المبيع عن المالىه و لا يخرج بذلك عن ملك المشتري مع أن جواز بيعه لا يوجب الحكم بالبطلان، بل يوجب خروج الوقف عن اللزوم الى الجواز.

ص: ٢٠٤

أقول: كان المناسب أن ينقل المصنف هذا الكلام لصاحب الجواهر في الصورة الأولى كما نقله كله في أصل بطلان الوقف بجواز البيع فيها و كذلك كان المناسب ان ينقل كلامه الاتي أعنى الأمر الثاني في الصورة الاولى و كيف كان فكلام صاحب الجواهر متين و لا- وجه لما أورده المصنف عليه، أما قوله ببطلان الوقف بجواز البيع فلما تقدم من انه هو الحق غايه الأمر أن المراد بالبطلان هو البطلان من جهة البيع فقط، و أما الجهات الأخر من الهبه و إعدام الوقف و التصرف فيه بما ينافي الوقف فلا وجه للبطلان.

نعم، لو كان مراد صاحب الجواهر هو البطلان من جميع الجهات، بحيث يعود الوقف الى ملك الواقف و ينقل إلى الورثه لو مات الواقف فلا- وجه له إذ لا- مقتضى و لا دليل على ذلك فان الواقف بعد ما جعل ماله وقفا و حسباً أبدياً كما استفدنا ذلك من القرائن الموجوده في عباره الواقف فبأى دليل يعود الوقف الى ملك الواقف أو وارثه.

و لكن تقدم أن هذا ليس مما يحتاج الى النظر فضلاً عن إمعان النظر و انما المحتاج الى ذلك هو ما ذكرناه أى البطلان من جهة البيع فقط، بل هذا مقوم لدوام الوقف و بقاءه إلى الأبد و الّا فيكون الوقف منعداً في مده قليله بحسب مقتضى الكون و الفساد كما هو كك في جميع الأوقاف، و ان كانت العرصه باقيه في وقف الدار و نحوها كثيراً.

و اما ما ذكره (ره) من إنكار كون الوقف مشروطاً ببقاءه على كونه قابلاً للانتفاع به أيضاً ليس بصحيح فإن عمده ما ذكره من الأجوبه هو ما منعه من كون الشرط شرطاً في الاستدامه قياساً له بالبيع إذا خرج المبيع عن المالىه و أنه لا وجه لبطلان الوقف و انقلابه الى الفساد بعد انعقاده صحيحاً.

و الوجه في ذلك هو أنك عرفت أن حقيقه الوقف عباره عن حبس الأصل

و تسهيل الثمره و عليه فاللازم انتهاء أمد الحبس بانتهاء الثمره إذا الحبس لأجل التوصل إلى غايه لا يعقل بقائه بعد عدم إمكان التوصل إلى الغايه و الآ لم يكن الباقي حيسا لتسهيل الثمره فوقيه الوقف يقتضى كونه مما ينتفع به دائما فما دام شخصه موجودا ينتفع بشخصه فيكون شخصه ملكا للموقوف عليهم فإذا سقط شخصه عن النفع فيباع و يشتري شىء آخر فيكون ملكا للطبقه الاولى من الموقوف عليهم، ثم للطبقه الثانيه منهم، فهذا لا- يمكن الا بالبيع بعد سقوطه عن الانتفاع به و لا يعقل كونه وقفا من دون أن يكون فيه نفع كما لا يعقل كونه وقفا ما لا نفع فيه حدوثا، بل لو كان الوقف تملিকা كما هو كذلك، لكان تملিকা للعين توصلا الى ملك المنفعه و لا يعقل بقاء هذا المعنى مع عدم المنفعه رأسا و مثله لا يحتاج الى دليل تعبدى ليقال بأنه لا دليل عليه و ليس من قبيل انقلاب شىء عما هو عليه، بل من انتهاء أمد الصحيح و لا أنه من الوقف المنقطع ليقال بأنه خلف، بل يلزم عليه أن يكون جميع الأوقاف منقطعا لانقطاع أمدها بسقوطها عن الانتفاع بها بحسب اقتضاء الكون و الفساد.

و بالجمله ان الكلام فى الوقف المؤبد و لا شبهه أن بطلان الوقف فى مرتبه و من جهه لا يمنع عن بقاء الوقف فى العين بما هو مال و لزوم حفظ ماليتة فى ضمن البدل يستمر الوقف باستمراره، بل لو زال الوقف بالكلية بحسب الكون و الفساد و أيضا لا يكون من الوقف المنقطع إذ لا توقيت فى ذلك بوجه و الآ فيكون حسبا و خارجا عن حقيقه الوقف.

و أما قياس المقام بالبيع من جهه أن الانتفاع بالمبيع و كونه مالا لا نعتبر فى صحه البيع الآ حدوثا و كك فى المقام فمن عجائب المصنف إذ عرفت مما ذكرناه أن حقيقه الوقف عباره عن حبس الأصل و تسهيل الثمره فبانتفاء

الانتفاع تنتفى الوقفيه فكما لا معنى لوقف عديم الانتفاع حدوثا و يعتبر كون الوقف ذا نفع ابتداء و كك يعتبر كونه ذا نفع بقاء.

و بالجمله الوقفيه تدور مدار كون العين الموقوفه ذا نفع حدوثا و بقاء و بانتفاء نفعها تنتفى الوقفيه و لا يبقى لها موضوع فإنه لا يعقل بقاء الشئ بعد انتفاء حقيقته.

و هذا بخلاف البيع فإنه لو اعتبر المالىه فى صحته انما تعتبر حدوثا و أما بقاء فلا يعتبر كونه مالا، بل ما دام مالا فيكون من أمواله فإذا زالت المالىه عنه بانتفاء منافعه فيكون من أملاكه، و مع زوال ملكيه أيضا فيكون متعلق حقه فليس كون المبيع للبائع بقاء متقوما بالمالىه فلا يقاس بالوقف الذى قوامه بإمكان الانتفاع من العين الموقوفه كما هو واضح.

و من هنا ظهر بطلان ما أفاده من الوجوه الأخر أيضا و أنه لا مانع من الالتزام بجواز البيع و لا تشمله أدله المنع خصوصا قوله (عليه السلام): و لا يجوز شراء الوقف و لا تدخل الغله فى ملكك.

### **الأمر الثانى: أنه نقل المصنف عن صاحب الجواهر أنه قد يقال بالبطلان**

أيضا بانعدام عنوان الوقف

فيما إذا وقف بستانا مثلا فلا حظ فى عنوان وقفه البستانيه فخربت حتى خرجت عن قابليه ذلك، فإنه و ان لم تبطل منفعتها أصلا لإمكان الانتفاع بها دارا مثلا، لكن ليس من عنوان و احتمال بقاء العرصه على الوقف باعتبار أنها جزء من الوقف و هى باقيه و خراب غيرها و ان اقتضى بطلانه لا يقتضى بطلانه أيضا يدفعه أن العرصه كانت جزء من الموقوف من حيث كونه بستانا لا مطلقا فهى حينئذ جزء عنوان الوقف الذى فرض خرابه و لو فرض اراده وقفها ليكون بستانا أو غيره لم يكن إشكال فى بقائها لعدم ذهاب عنوان الوقف، و ربما يؤيد ذلك فى الجمله ما ذكره فى باب الوصيه من

أنه لو أوصى بدار فانهدمت قبل موت الموصى بطلت الوصيه لانتفاء موضوعها نعم لو لم يكن الدارويه و البستانيه و نحو ذلك مثلا عنوانا للوقف و ان قارنت وقفه، بل كان المراد به الانتفاع به فى كل وقت على حسبما يقبله لم يبطل الوقف بتغيير أحواله.

ثم ذكر فى عود الوقف بعد البطلان الى ملك الواقف أو وارثه على تقدير موته أو الموقوف عليه وجهين.

و أشكل عليه المصنف أولا- بالإجماع على أن انعدام العنوان لا- يوجب بطلان الوقف، بل و لا جواز البيع، و ان اختلفوا فيه عند الخراب أو خوفه لكنه غير تغيير العنوان.

و ثانيا: أنه لا وجه للبطلان بانعدام العنوان لأنه ان أريد بالعنوان ما جعل مفعولا فى قوله وقفت هذا البستان، فلا شك أنه ليس الآ كقوله بعث هذا البستان أو وهبته، فان التملك المعلق بعنوان لا يقتضى دوران ملك مدار العنوان فالبستان إذا صار ملكا فقد ملك منه كل جزء خارجى و ان لم يكن فى ضمن عنوان البستان و ليس التملك من قبيل الأحكام الجعليه المتعلقة بالعنوانات، و ان أريد بالعنوان شىء آخر فهو خارج عن مصطلح أهل العرف و العلم و لا- بدّ من بيان المراد منه هل يراد ما اشترط لفظا أو قصدا فى الموضوع زياده على عنوانه.

و أما تأييد ما ذكر بالوصيه فالمناسب أن يقاس ما نحن فيه بالوصيه بالبستان بعد تمامها و خروج البستان عن ملك الموصى بموته و قبول الموصى له فهل يرضى أحد بالتزام بطلان الوصيه بصيروره البستان عرصه، و انما البستان ملكه الموصى له بجميع خصوصياته من العرصه و الأشجار و غيرهما من الاجزاء و كك الوقف لا يبطل بصيرورته عرصه و زوال عنوانه، نعم الوصيه قبل

تمامها يقع الكلام فى بقائها و بطلانها من جهات آخر غير مربوط بما نحن فيه.

ثم ما ذكره من الوجهين مما لا يعرف له وجه بعد اطلاق كل من قال بخروج الوقف المؤبد عن ملك الواقف على عدم عوده إليه أبدأ، هذا ما ذكره المصنف فى جواب صاحب الجواهر و هو متين.

و لشيخنا الأستاذ تفصيل فى المقام و قال ثم ان ما ذكرناه من عدم جواز بيع العين الموقوفه إذا لم يلحق قله الانتفاع بها بالعدم، انما هو إذا بقيت الصورة النوعيه للعين الموقوفه و أما إذا تبدلت بصوره أخرى فيجوز بيعها و ان لم تلحق بالعدم و لا يبعد أن يكون كلام الشيخ ناظرا الى هذا المعنى فإن النخله الموقوفه إذا قلعت تعد عرفا مباينه للنخله لأنها عباره عن الشجره لا الماده المشتركه بينها و بين الجذع و الخشب و بطلان الصورة النوعيه عباره أخرى عن خراب الوقف و سيجىء إنشاء الله تعالى فى باب الخيار، أن مناط ماليه الأموال، انما هو بالصوره النوعيه لا الماده المشتركه ثم المدار فى الصوره النوعيه العرفيه العقليه فإذا تبدلت الصوره النوعيه التى تعلق الوقف بها يبطل الوقف و يبقى ذات الجسم فيباع، و لا يقاس انهدام الدار على زوال صوره الشجره فإن الدار مركبه من البناء و الأرض و انهدام البناء لا يوجب بطلان الوقف رأسا لبقاء العرصه.

و بالجملة حيث ان قوام الوقف بأمرين بقاء العين الموقوفه و كونها ذات منفعه لأنه عباره عن حبس العين و تسبيل الثمره فكما يجوز بيعها إذا لم تكن لها منفعه أصلا فكك يجوز بيعها إذا لم تبق صورتها العينيه التى هى أحد ركنى الوقف.

أقول: ما ذكره المصنف وارد على شيخنا الأستاذ أيضا، و توضيح ذلك

أن العناوين و الصور النوعيه عرفيه كانت أو عقليه و ان كانت موجه لشيئيه الأشياء فى نظر العرف و العقل،الآ- أنها لا- تقابل بالمال بوجه و انما هى دخيله فى زياده المالىه للماده و لذا لا يجوز بيع الصور بدون الماده لعدم الانفكاك و قد مرّ فى بعض المباحث فى المكاسب المحرمه و سيأتى فى باب الخيارات إنشاء الله،أو الأوصاف التى لها دخل فى زياده المالىه و تعد فى نظر العرف من الصوره النوعيه إذا وقعت عليها المعامله و ظهرت خلافها فتكون المعامله فاسده فان وقع عليها المعامله يعد فى نظر العرف مغايرا لما ظهر و ان كانا من جنس واحد كما إذا وقعت المعاوضه على الفراس المنسوج بنسج و ظهر المبيع الفراس المنسوج بنسج آخر يغاير فى نظر العرف أو باع عبدا فظهر أمه أو باع كأسا و ظهر قدرا أو باع سكيننا و ظهر مسمارا أو باع ساعه و ظهر قطعه حديد،أو باع صندوقا و ظهر طبلا فان فى جميع ذلك يبطل البيع لان ما وقع على البيع غير مقصود و ما هو مقصود لم يقع عليه البيع و أن كانا فى الحقيقه من جنس واحد الآ أن العرف يراهما شيئين متباينين فان الرجوله و الأنوثه و ان كانتا من جنس واحد الآ أن العرف يراهما متباينين كما هو واضح.

و ليست المعامله فيها واقعه على نفس تلك الأوصاف إذ لا يعقل الانفكاك بين الماده و الصوره،بل المعامله واقعه على الماده و الصوره موجه لماليتها بحيث لو ذهبت هذه الصوره عن تلك الماده أى الجسم لا الماده الهيولانى المحفوظه فى جميع الأشياء و تبدلت بصوره أخرى مغايره للأولى لم تبطل البيع فان نفس الماده قد وقعت متعلقه للبيع و تعنون الأشياء بتلك الصوره لا توجب وقوع المعامله على نفس العناوين فإنها إعراض لا تقبل الانفكاك



ولا- يكون كونها عناوين للأشياء موجبا لكونها محطا لجميع الأحكام تكليفية أو وضعيه بحيث تكون مملوكه و قابله للتمليك كما هو واضح،و بالجمله الصور النوعيه العرفيه واسطه لوقوع المعامله على المواد لكونها سببا لماليتها لا أن نفسها من الأموال.

إذا عرفت ذلك فالحكم في الوقف أيضا كك فإنه إذا وقف عبدا أو كأسا أو دارا أو دكانا فالظاهر من ذلك أن نفس تلك الأشياء بموادها موقوفه و ان كانت ماليتها بصورها النوعيه العرفيه و لا تدور الوقفيه مدار نفس الصور و العناوين لعدم انفكاكها عن المواد و لا يمكن وقوع المعامله عليها بنفسها من الهبه و الصلح و البيع كما هو واضح،و عليه فأزالت الصوره النوعيه لم تزال الوقفيه بل تكون ماده التي معنونه بعنوان أيضا وقفا و ان لم ينتفع عنها نفعا كالانتفاع منها مع الصوره الزائله.

نعم،تزول الوقفيه بزوال الصوره و الماده كليتهما إذ ليس المراد من الماده هي الهيولى لتكون محفوظه في ضمن شىء من الأشياء و ان كان في ضمن التراب،بل المراد منها هنا هي الماده العرفيه أعنى الجسم الذى كان معنونا بعنوان و لا شبهه أنه ينتفى كانتفاء صورته.

و على هذا فإذا وقف شيئا و كان مفعول قوله عنوان ذلك الشىء بأن قال وقفت البستان الفلانى أو الدار الفلانيه أو النخله الفلانيه فلا- شبهه أن الوقف هي ذات هذه العناوين المعنونه بها و انما تلك العناوين معرفات إليها و مقومات لماليتها و ليس لنفس تلك العناوين بحسب نفسها ماليه تكون وقفا منفكه عن الماده بحيث تدور الوقفيه مدار نفس العنوان فإذا زالت زاله الوقف و إذا ذهب عنوان البستان و عنوان الدار و عنوان النخله كانت عرصه البستان و عرصه الدار و النخله المقلوعه غير وقف،بل باقيا في ملك الواقف،

بل العنوان فى المركبات الاعتباريه لا ينتزع الا من أمور متعدده فينحل إلى أمور عديده كعنوان الدار فان الدار ليست إلا مركبه من العرصه و القيب و الجدران و هكذا البستان فمعنى وقف الدار ليس إلا- وقف الأرض و تلك القيب و معنى وقف البستان ليس إلا وقف الأشجار و العرصه فلا يعقل لوقف العنوان فقط معنى محصل.

و بالجمله لا نعقل معنى محصيا لوقف العنوان المجرى بل وقف العنوان عين وقف ذى العنوان فكما أن فى المركبات الحقيقه لا تنفك الصوره النوعيه عن الماده لكونها متحده فى الخارج حقيقه و كك فى المركبات الاعتباريه كالدار و البستان فان العنوان فى ذلك كله أيضا ليس موضوعا للحكم بمعنى كونه وفقا خاليا عن المواد.

و بعباره أخرى إذا وقف الواقف نخله لأشخاص فنسئل أنه هل بقى فى ملك الواقف منها شىء أم لا فإن بقى ذات النخله فى ملك الواقف لتكون له بعد قلعها فلا معنى لكون النخله للموقوف عليهم كما هو المفروض و ان لم يبقى فى ملك الواقف شىء فبعد زوال عنوان النخليه و صيرورتها خشبه فلما ذا صار ملكا للواقف.

الكلام فى الصوره الثالثه

### **قوله الصوره الثالثه أن تخرب بحيث يقل منفعتة لكن لا الى حد**

يلحق بالمعدوم.

أقول: لو خرجت العين الموقوفه عن الانتفاع بها على الوجه الأول بأن قلت منفعتها كما إذا كانت الدار تستأجر بمائه و انما تستأجر فعلا بخمسين اما لخراب فيها أو لنقص نفعها فهل يجوز بيعها فذهب جمع الى المنع

ص: ٢١٢

كالمصنف وغيره و في محكى الخلاف الجواز البيع محتجا بأنه لا يمكن الانتفاع بها الأ على هذا الوجه كما في مسأله النخله المنقلعه.

و الظاهر أنه لا يجوز من جهه أنه يجوز الانتفاع من النخله المقلوعه فى التسقيف و نحوه و لا نتصور وجها لجواز بيع الوقف هنا بوجه بعد ما كانت حقيقه الوقفيه محفوظه أعنى حبس العين و تسبيل الثمره فإن النفع موجود فى ذلك و تشملها الأدله المانع عن بيع الوقف فإنه لا مانع من شمول قوله (عليه السلام) لا يجوز شراء الوقف و قوله (عليه السلام) (١) الوقف على حسب ما يوقفها أهلها على ذلك.

و بالجمله أن مقتضى حقيقه الوقف و مفهومه إبقائه على حاله إذا أمكن الانتفاع به و زوال بعض المانع لا يستلزم جميعها فان مثل النخله المقلوعه يجوز الانتفاع بها بالتسقيف و نحوه، و عليه فتشمله الأدله المانع عن بيع الوقف.

الكلام فى الصوره الرابعه

### **قوله: الصوره الرابعه أن يكون بيع الوقف انفع و أعود للموقوف عليه.**

أقول: و المشهور، بل المجمع عليه فى هذه الصوره عدم جواز البيع بل لم ينسب الخلاف الأ الى المفيد و العلامه لم يرض بهذه النسبه أيضا فأول كلامه و معنى كون البيع انفع كون ثمن الوقف أزيد نفعاً من المنفعه الحاصله تدريجا و كيف كان فلا إشكال فى المنع لوجود مقتضى للمنع و هو وجوب العمل على طبق إنشاء الواقف لقوله (عليه السلام) لا يجوز شراء الوقف و لا تدخل الغله فى ملكك.

ص: ٢١٣

و قوله (عليه السلام) الوقف على حسب ما يقفها أهلها نعم

## وقد استدل على الجواز

بروايتين:-

### الأول:روايه جعفر بن حيان

(١)

و فى المتن حنان قال سألت أبا عبد الله (عليه السلام) عن رجل وقف غله له على قرابته من أبيه و قرابته من أمه، و أوصى لرجل و لعقبه من تلك الغله ليس بينه و بينه قرابه ثلاثمائه درهم فى كل سنه و يقسم الباقي على قرابته من أبيه و قرابته من أمه، فقال جائز للذى أوصى له بذلك، قلت أ رأيت ان لم تخرج من غله تلك الأرض التى أوقفها إلا خمسمائه درهم، فقال أ ليس فى وصيته أن يعطى الذى أوصى له من الغله ثلاثمائه درهم و يقسم الباقي على قرابته من أبيه و قرابته من أمه، قلت نعم، قال ليس لقرابته أن يأخذوا من الغله شيئاً حتى يوفى الموصى له ثلاثمائه درهم و يقسم الباقي على قرابته من أبيه و قرابته من أمه، قلت نعم، قال ليس لقرابته أن مات كانت ثلاثمائه درهم لورثته يتوارثونها بينهم فأما إذا انقطع ورثه لم يبقى منهم أحد كانت ثلاثمائه درهم لقرابه الميت يرد ما يخرج من الوقف ثم يقسم بينهم يتوارثون ذلك ما بقوا و بقيت الغله، قلت فللورثه قرابه الميت أن يبيعوا الأرض إذا احتاجوا لم يكفهم ما يخرج من الغله، قال نعم إذا رضوا كلهم و كان البيع خيراً لهم باعوا، فان ظاهر الذيل هو جواز بيع الوقف إذا كان البيع انفع فتكون شاهده لجواز البيع فى الصورة الرابعه.

و فيه أنه

### لا يجوز الاستدلال بهذه الروايه على جواز البيع من وجوه:

### الأول: أن الروايه ضعيفه السند

إذ لم يثبت فى الرجال مدح لجعفر بن حيان و لا وثاقته، فغايبه الأمر إمامى و أما ما فى المتن من ذكر الحنان بدل الحيان فلم يذكر فى الرجال أصلاً فالروايه لا يمكن الاستدلال بها على الجواز.

ص: ٢١٤

## الثاني: أنها مضطربه متنا

لاشتمالها على الجمع بين الوقف و الوصيه و من الواضح أنه مع الوقف لا تجوز الوصيه على الوقف لكونه ملكا للموقوف عليهم فليس له التصرف فيه و تملكه أو تملكه لكون ذلك كله على خلاف مقتضى إنشاء الوقف من حبس العين و تسهيل الثمره الآ أن تحمل الوصيه على الاشتراط فى متن العقد بان وقف و أوصى فى متن الوقف أن تكون ثلاثمائه درهم من غلته لرجل و لعقبه ليس بينه و بينه قرابه ثلاثمائه درهم فيكون الإيضاء على مقتضى الشرط فى الوقف الآ أنه خلاف الظاهر من الروايه، بل الظاهر منها اجتماع الوقف و الوصيه فيكون ذلك موهنا لها.

## الثالث: أنها تدل على أنه ليس لقرابه الواقف أن يأخذوا حقهم

إذا خرجت من الأرض خمسمائه درهم حتى يوفى الموصى له ثلاثمائه درهم، ثم لهم ما يبقى بعد ذلك مع أنه على خلاف القواعد أيضا، فإنه لماذا ليس لهم أخذ حقهم الآ بعد إخراج حق الموصى له، بل يجوز إخراج حقه و تقسيم الباقي لأقرباء الموصى، أى الموقوف عليهم، فإن كون ثلاثمائه درهم من الغله للرجل الأجنبى بعنوان الاشتراط و تملكه له من ملكه فلا يتوقف على اطلاع الموقوف عليهم و حضورهم لأنه ليس بعنوان المشاع حتى يتوقف على حضورهم، نعم لو كان بعنوان الوصيه لكان مشاعا.

## الرابع: أنها لا تدل على المدعى

فإنها تدل على جواز بيع الوقف بشروط ثلاثه: الأول: عدم كفايه غله الوقف على الموقوف عليهم أو احتياجهم الى البيع.

و الثانى: رضائه الموقوف عليهم على البيع.

و الثالث: كون البيع انفع و أعود لهم و بانتفاء أحد هذه الوجوه الثلاثه ينتفى جواز البيع و هذا بخلاف مفروض المقام فإنه عباره عن البيع فى فرض

الاحتياج إليه إذن فالرواية أجنبيه عن المقام كما لا يخفى، كما أشار إليه المصنف على أن ذلك مما لم يقل به أحد من الأصحاب فيكون هذا أيضا و هنا لروايه.

## الثاني: خبر الاحتجاج

(١)

ان الحميرى كتب الى صاحب الزمان عجل الله تعالى فرجه جعلنى الله فداك انه روى عن الصادق (عليه السلام) خبر مأثور ان الوقف إذا كان على قوم بأعيانهم و أعقابهم فاجتمع أهل الوقف على بيعه و كان ذلك أصلح لهم أن يبيعوه فهل يجوز أن يشتري من بعضهم أن لم يجتمعوا كلهم على البيع أم لا- يجوز إلا ان يجتمعوا كلهم على ذلك و عن الوقف الذى لا يجوز بيعه فقال (عليه السلام) إذا كان الوقف على امام المسلمين فلا يجوز بيعه و إذا كان على قوم من المسلمين فليبيع كل قوم ما يقدرون على بيعه مجتمعين و متفرقين إنشاء الله.

فهذه الروايه تدل على جواز بيع الوقف اما فى خصوص ما ذكره الراوى و هو كون البيع أصلح و اما مطلقا بناء على عموم الجواب و لكنه مقيد بالأصلح لمفهوم روايه جعفر، فان مفهوم قوله (عليه السلام) فيها إذا رضوا كلهم و كان البيع خيرا لهم باعوا أن البيع إذا لم يكن خيرا لهم لا يجوز.

أقول: أما روايه جعفر فقد تقدم الكلام فيها، و اما روايه الاحتجاج فقوله إذا كان على امام المسلمين فلا يجوز بيعه، فالظاهر ان المراد منه عدم جواز البيع لغير الامام، و إلا فإذا كان ملكا له فلما ذا لا يجوز بيعه كما جازت له بيع سائر أملاكه و كيف كان

**فلا دلالة فى الروايه على المدعى لوجوه:**

**الأول: أن روايات الاحتجاج ضعيفه السند**

إذ لم يذكر السند فيها فلا تكون قابله للاستدلال بها على المقصود.

**الثاني: أن الروايه تدل على جواز البيع مطلقا**

إذا كان أصلح لهم

ص: ٢١٦

سواء كان للوقف خراب أم لم يكن و من المعلوم أن بيع الوقف أصلح للموقوف عليهم في جميع الحالات فإنه في صورته عدم جواز البيع الوقف فيرجع النفع إليهم متدرجا مع توقفه على الزحمات الكثيره و هذا بخلاف البيع فإنه حينئذ تملكون الثمن دفعه واحده فيفعلون به ما يشائون و أصلحيه ذلك ما لا يخفى حتى في غير حال الخراب مع أن هذا لم يقل به أحد و توهم تقييدها بمفهوم خبر جعفر الحيات فاسد لعدم اعتباره كما عرفت.

### **الثالث: أن المستفاد من الروايه جواز البيع مطلقا سواء كان أصلح لهم**

أو لا يكون

فإن الأصلحيه إنما ذكرت في كلام السائل فلا يكون موجبا للتقييد و إلا فالجواب مطلق، فتكون معارضه لما دل على عدم جواز بيع الوقف على ما تقدم من قوله (عليه السلام) لا يجوز شراء الوقف على حسب ما يوقفها أهلها.

و غير ذلك، فحيث أن تلك الروايات قيدت بما دل على جواز بيع الوقف في صورته الخراب كما عرفت في الصوره الأولى فبانقلاب النسبه تكون الروايات المانعه أخص من روايه الاحتجاج بالعموم المطلق فتقيد بها هذه الروايه فيحكم بعدم جواز البيع إلا في صورته الخراب بحيث سقط عن الانتفاع به فلا دلالة فيها أيضا على المدعى.

على أن ما دل على المنع مشهوره من حيث النقل و العمل فيجب الأخذ بها و ترك العمل بروايه الاحتجاج.

### **الرابع: ما ذكره المصنف من أنه لو قلنا في هذه الصوره بالجواز كان**

الثمن للبطن الأول البائع يتصرف فيه على ما شاء

و منه يظهر وجه آخر لمخالفه الروايتين للقواعد، فإن مقتضى كون العين وقفا مؤبدا على ما تقدم كون بدله أيضا وقفا فيكون ملكا للبطون الموجوده ما دام موجودا فيكون النفع لهم فلا- يجوز لهم الهبه و إعدام العين و بعد الموت يكون ملكا للبطون اللاحقه.

ص: ٢١٧

و بالجمله لا يجوز العمل بهاتين الروائتين بأن يفتى بهما على جواز بيع الوقف، بل لم يوجد قائل بالجواز إلا ما نسب الى المفيد و قد عرفت إنكار العلامة النسبه.

الكلام فى الصورة الخامسة

### قوله: الصورة الخامسة أن يلحق الموقوف عليهم ضروره شديده.

أقول: قد جَوَز بعضهم البيع فى هذه الصورة، بل عن الانتصار و الغنيه الإجماع عليه إلا أنه معارض بدعوى الإجماع على عدم الجواز على أن الإجماع المنقول ليس بحجه و ربما استدل على ذلك بروايه جعفر المتقدمه لقوله (عليه السلام) فيها إذا احتاجوا أو لم يكفهم ما يخرج من الغله لهم أن يبيعوا الأرض.

و فيه ما ذكره المصنف و حاصله أن ظاهر الروايه أنه يكفى فى البيع عدم كفايه غله الأرض لمؤنه سنه الموقوف عليهم و هذا أقل مراتب الفقر الشرعى و الذى يظهر من عبائر القوم الذى يجوزون بيع الوقف عند الضروره و الحاجه الشديده لا ينطبق على هذه الروايه فإن النسبه بين الحاجه الشديده و بين مطلق الفقر عموم من وجه، فإن الإنسان قد يكون فقيرا و لا تكون له حاجه شديده لكونه واجدا لما يكفيه فى إداره شؤونه من مال الفقراء كالزكاه و الصدقات ورد المظالم، و قد لا يكون شخص فقيرا، بل موسرا جدا و واجدا من الأموال بما لا يعلم حسابه إلا الله و مع ذلك تتفق له الحاجه الشديده فى بعض الأوقات كما إذا كان فى بلد لا يصل الى ماله و لو بالاستقراض و لكن عنده وقف يمكن بيعه و رفع الحاجه أو فى بلده، و لكن ليس له نقد و لا يباع متاعه و احتاجت الى النقد احتياجا شديدا و كان عنده وقف يشترونه

ص: ٢١٨



بالنقد فيمكن أن يقضى حاجته ببيع الوقف و قد يجتمعان فلا يمكن الاستدلال على جواز بيع الوقف للحاجه الشديده بروايه جعفر الحيان أنك عرفت أنها ضعيفه السند و غير قابله للاعتماد عليه فلا يكون مدركا للحكم.

الكلام فى الصوره السادسه

### قوله:الصوره السادسه أن يشترط الواقف بيعه عند الحاجه أو إذا كان

فيه مصلحه البطن الموجود أو جميع البطن.

أقول:فقد اختلفت كلمات الأصحاب فى أنه يجوز بيع الوقف مع شرط الواقف فى ضمن الوقف ذلك أو لا يجوز فقول بالجواز مطلقا و قول بعدم الجواز كك و قول بالتفصيل بينما يشترط الواقف جواز بيع الوقف عند عروض المصلحه و المجوز من الخراب و نحوه من المسوغات فليل بالجواز و بعين ما يشترط جواز البيع فى غير هذه الصوره فليل بعدم الجواز إلا أنه ليس تفصيلا فى الحقيقه فضلا عن كونه موافقا للتحقيق كما اختاره الكركى فإن هذا الشرط الذى فى فرض جواز بيع الوقف لا يترتب عليه أثر فإنه بدون هذا الشرط أيضا يجوز بيع الوقف، نعم يكون هذا الشرط تأكيدا لجواز البيع كما هو واضح، ثم على تقدير القول ببطلان الشرط ففى كونه مبطلا- للعقد و عدمه و جهان، اذن فالأقوال ثلاثه قول بالجواز مطلقا، و قول بالبطلان مطلقا و مع القول بالبطلان قول يكون الشرط باطلا فقط و قول بكونه مبطلا للعقد أيضا.

و كيف كان فيقع الكلام فى مقامين:الأول)فى أنه يجوز اشتراط بيع الوقف ليكون بدله أيضا وقفا أولا و الثانى فى جواز اشتراط بيعه ليكون ثمنه ملكا طلقا للموقوف عليهم و عدم جوازه و على كل تقدير فنتكلم فى جهتين

ص: ٢١٩

الأولى: في كون هذا الشرط مخالفاً لمقتضى العقد و عدمه.

الثانى: في كونه مخالفاً لمقتضى السنه و عدمه إذا ليس في الكتاب ما يكون راجعاً الى ذلك حتى نتكلم في مخالفته للكتاب أيضاً.

أما المخالفه لمقتضى العقد فالمدار في ذلك على أن يكون المنشأ في العقد مضاداً للشرط و مناقضاً له كما لو اشترط في البيع أو يكون بلا ثمن أو اشترط في الإجاره أن تكون بلا أجره أو اشترط عدم تصرف المستأجر في الدار المستأجره أصلاً.

و أما إذا لم يكن الشرط منافياً لمقتضى العقد و إنما يكون منافياً لمقتضى الإطلاق فلا مانع عنه كما إذا اشترط في البيع أن يكون ثمن مؤجلاً- أو أن يكون من نقد خاص و عليه فإن كان التأييد من مقتضيات الوقف و من منشئاته فاشترط البيع عند الحاجه مناف لمقتضى عقد الوقف بلا شبهه و أما لو كان من مقتضيات إطلاق الوقف فلا مانع عن بيعه، و أما بيعه ليكون بدله أيضاً وقفاً مثل أصله فربما قيل بعدم الجواز بدعوى أن مقتضى الوقف هو التأييد و الواقف إنما وقف الموقوفه ليكون الوقف أبدياً كما هو مقتضى مفهوم الوقف أيضاً فاشترط بيعه يكون مناقضاً لمفهومه فلا يجوز، و عليه فكما ان الشرط فاسد فكك أنه مفسد أيضاً للمناقضه.

و فيه أن حقيقه الوقف كما تقدم حبس العين و تسبيل الثمره و قد استفدنا دوامه من العبارة الموجوده في صيغته الوقف من قول الواقف الى أن يرث الله الأرض و من عليها و بهذه القرينه جعلنا متعلق الوقف هي المالىه الموجوده في هذه العين، و في بدلها على تقدير انعدام العين و عليه فكما أن بيعه عند عروض المجوّز له و تبديله بوقف آخر لا ينافى مقتضى الوقف فكك اشترط تبديله بوقف آخر أيضاً لا ينافى بمقتضى العقد فإنه على كل حال

ص: ٢٢٠

فالوقفية محفوظة في صورتى وجود العين و تبدلها بشىء آخر، نعم ما دامت العين موجوده فالخصوصيات العينيه أيضا مورد للتوجه و محط نظر الواقف و بالجملة لا- نرى بأسا لا-اشتراط تبدل العين الموقوفه فى ضمن صيغه الوقف فإن المؤمنون على شروطهم و أوفوا بالعقود و الوقوف على ما يقفها أهلها كلها يقتض ذلك أيضا فضلا عن كونه منافيا لمقتضى الوقف، نعم الاشتراط ينافى إطلاق الوقف الذى يقتضى كون العين الموقوفه باقيه على وقفته.

و أما الجبهه الثانيه فربما يقال انه يبتنى صحه الوقف حينئذ على صحه الوقف المنقطع الأخر و كونه وقفا لا حسبا و حيث أن المختار صحته لا سيما إذا كان مرددا بين الانقطاع و عدمه فيصح شرط جواز البيع لبعض البطون فان مرجع شرطه الى أن يجعله منقطعا و ان يقيه على حاله.

أقول:الظاهر أن صحه الاشتراط هنا لا- يبتنى على صحه الوقف المنقطع الأخر و توضيح ذلك أنه لا دليل على بطلان وقف المنقطع الأخر إلا الإجماع و حيث أنه دليل لبي لا يشمل ما نحن فيه و ذلك فان اشتراط الانقطاع على أقسام:- الأول: أن يوقف و يشترط فى ضمن الوقف بيعه بعد عشر سنوان و كون الثمن للموقوف عليهم و هذا من أفراد الوقف المنقطع فصحه ذلك يتوقف على صحه كليه وقف المنقطع لأنه من مصاديقه أيضا.

و أخرى يوقف عينا كالدار و نحوها على فلان و لعقبه إلى خمس مراتب فيكون الوقف منقطعا بانقراض الموقوف عليهم فهذا أيضا من أقسام الوقف المنقطع فيكون ذلك كأول مورد للإجماع على بطلان الوقف المنقطع فى هاتين الصورتين يكون الوقف من الأول بحسب الإنشاء منقطعا فيكونان

موردين للإجماع متيقنا فيحكم بالبطلان على تقدير تحقق الإجماع و حجيته.

الثالث: أن يكون الوقف بحسب إنشاء الواقف مؤبدا من غير أن يقيد بوقت أو بشخص بحيث يكون الوقف منقطعا بحسب إنشاء الواقف و لكن يشترط في ضمن الوقف قطع ذلك الوقف المؤبد بأن يبيعه متى شاء أو يبيعه الموقوف عليهم متى شاء فهذا ليس وقفا منقطع الآخر بوجه، و انما هو وقف مؤبد و لكن يقطعه بحسب الاشتراط فقطع الوقف غير الوقف المنقطع الآخر لا يجرى هنا لكونه دليلا لبينا فلا بد من اراده المتيقن من ذلك و ما هو المتيقن انما هو القسم الأول و القسم الثانى، بل يدل على صحه ذلك أَوْفُوا بِالْعُقُودِ ، و المؤمنون عند شروطهم، فان عقد الوقف تحقق على هذا الشرط و كك يقتضى صحه هذا القسم من الوقف قوله (عليه السلام) الوقوف على حسب ما يوقفها أهلها، فإن أهل الوقف وقف هذا القسم من الوقف كك.

و أما توهم أن هذا منافى لمقتضى الوقف فيكون الشرط باطلا، فيبطل الوقف توهم فاسد و ان مفهوم الوقف ليس إلا حبس العين و تسهيل الثمره و الواقف إنما أنشأ هذا المفهوم و هو أعم من الدوام و الانقطاع، نعم إطلاقه يقتضى الانقطاع فاشترط القطع متى شاء الواقف أو الموقوف عليهم لا ينافى بمقتضى الوقف و ان كان ينافى بمقتضى إطلاق الوقف.

و انما استفدنا الدوام من جهه القرائن الخارجيه لا من جهه كونه من مقتضيات مفهوم الوقف كما هو واضح، لا يخفى.

و بالجملة لم نر بأسا من اشتراط الواقف بيع الوقف عند وقفه سواء كان ثمنه بدلا عن العين الموقوفه فى الوقفيه أم لا يكون بدلا بل ملكا طلقا للموقوف عليهم و على كل حال فليس ذلك الاشتراط منافيا لمقتضى الوقف أصلا.

و أما المقام الثاني بأن يكون الاشتراط منافيا لسنه أو لا يكون منافيا لها، فالظاهر أنه مناف للسنه فإن قوله (عليه السلام) لا يجوز شراء الوقف و لا تدخل الغله فى ملكك يدلّ على عدم جواز بيع الوقف سواء اشتراط الواقف بيعه أم لم يشترط فيكون اشتراط البيع منافيا له فلا يجوز اذن فيكون الشرط فاسدا.

اللهم الا أن يقال أن قوله (عليه السلام) لا يجوز شراء الوقف ليس دليلا تعبديا فى مورد عدم جواز بيع الوقف، بل إمضاء لمفهوم الوقف كما أشرنا إليه سابقا فان مفهوم الوقف يقتضى السكون و الوقوف و البيع و الشراء و نحوهما من التصرفات مخالف لذلك السكون و انما هى حركه العين فيكون على خلاف مفهوم الوقف، فقوله (عليه السلام) لا يجوز شراء الوقف و لا تدخل الغله فى ملكك إمضاء لما يقتضيه ذلك المفهوم، و أن الوقف و لا تدخل الغله فى ملكك إمضاء لما يقتضيه ذلك المفهوم، و أن الوقف لا بدّ و ان يكون ساكنا و ليس له أن يتحرك بالبيع و الشراء و الهبه كما لا يخفى.

و عليه فلا يكون الاشتراط منافيا لمقتضى السنه أيضا سواء كان الشرط راجعا الى تبديل الوقف ببدل آخر الذى لا اشكال فيه أصلا أم كان راجعا الى كون الثمن ملكا للموقوف عليهم لما عرفت فى ان اشتراط قطع الوقف غير الوقف المنقطع فيكون صحيحا كما هو واضح.

ثم بناء على كون الاشتراط منافيا للسنه فيكون الشرط فاسدا لكونه مخالفا للسنه و الشروط المخالفه للكتاب أو السنه فاسده و لكن ذلك ليس مثل الشرط المخالف لمقتضى العقد، فإنه فاسد و مفسد للعقد لكونه على خلاف مقتضى العقد و مناقضا له فينقض العقد و يفسده، و لكن الشرط المخالف للسنه كونه مفسدا للعقد يبتنى على ما سيأتى فى باب الشروط أن الشرط الفاسد هل يكون مفسدا للعقد أم لا، فحيث ان المختار لنا هناك عدم كونه مفسدا للعقد فيكون الوقف هنا صحيحا و ان اشترط فيه

قطعه كما هو واضح.

ثم العجب من شيخنا الأستاذ حيث اقتصر في البحث في المقام على المقام الأول فقط اعنى كون الشرط مخالفا لمقتضى العقد أم لا و لم يتكلم أصلا في أن هذا الشرط هل هو مخالف لمقتضى السنه أم لا فكان عليه(ره)ذلك و لكن تركه و أما التمسك في ذلك بخبر جعفر المتقدمه بدعوى أنه إذا جاز البيع بلا شرط فمع الشرط اولى فقد تقدم الجواب عنها و يؤكد ما ذكرناه من جواز البيع صحيحه الكافى الداله على وقف أمير المؤمنين عليه السلام صدقه و شرط فيها جواز البيع للحسن و الحسين(عليه السلام)إذا حدث فيهما حدث فتكون داله لما نحن فيه، فإنه إذا جاز اشتراط البيع للبطن الموجود فللبطن المعدوم أولى و تأويل الروايه بإرادته الوصيه من ذلك من خلاف الظاهر بمكان كاد أن يكون على خلاف الصراحه و مع ذلك فالعجب من المصنف حيث قال أن تأويل الروايه مشكل و العمل بها أشكل.

و أما التأويل فهو مشكل كما ذكره و أما أن العمل بها يكون أشكل لا نعرف له وجهها بعد كون الروايه صحيحه و عمل جمله من الأعاظم على طبقها.

نعم لو كان على خلافها إجماع أو شهره عظيمه فكان لهذا الكلام أيضا وجه بناء على أن اعراض المشهور عن الروايه يوجب الوهن كما قال نظير ذلك في المعاطاه فله وجه لعدم وجود الروايه هناك، و أما في المقام فلا مجال لهذا الكلام.

### الكلام في الصور الأربعة الأخيره

الصوره السابعه أن يؤدي بقاء الوقف الى خرابه علما أو ظنا و هو

المعبر عنه بخوف الخراب في كلمات الفقهاء سواء كان ذلك للخلف بين أربابه أو لغير ذلك، و الخراب المعلوم و المخوف قد يكون على حد سقوطه من الانتفاع نفعاً معتداً به، و قد يكون على وجه نقص المنفعة.

الصورة الثامنة: أن يقع بين الموقوف عليهم اختلاف لا يؤمن معه تلف المال و النفس و ان لم يعلم أن يظن بذلك و قد صرح بعض الاعلام بجواز البيع هنا أيضاً.

الصورة التاسعة: أن يؤدي الاختلاف بين الموقوف عليهم الى ضرر عظيم من غير تقييد بتلف المال فضلاً عن خصوص الوقف.

الصورة العاشرة: أن يلزم فساد يستباح منه الأنفس و مجموع تلك الصور و ان لم تذكر في كلام واحد من الفقهاء و لكنها ذكرت في كلماتهم على التفريق و قد نظمها المصنف و جمعها إلى عشره صور.

### **ثم إن الكلام في هذه الصور الأربعة يقع في جهتين:-**

الأولى في العقد الإيجابي و هو جواز البيع مع تأديه البقاء الى الخراب على وجه لا ينتفع به نفعاً يعتد به عرفاً سواء كان ذلك لأجل الاختلاف أو غيره.

و الثانية: العقد السلبي و هو المنع في غير ما ذكر في الجهة الأولى من جميع الصور.

### **أما الجهة الأولى فقد استدل على الجواز بوجوه:**

#### **الأول: ما ذكره**

المصنف

و محصل كلامه أن المقتضى لجواز بيع الوقف في هذه الصور موجود و المانع مفقود فيجوز بيعه للعمومات المقتضية لصحة البيع أو وجود المقتضى فلأنه مال لمالكة فيجوز بيعه للعمومات مقتضية للبيع أما وجود المانع فهي الأدلة الشرعية المانعة عن بيع الوقف و هي لا تنهض للمانع هنا، أما

ص: ٢٢٥

الإجماع فلاختصاصه بغير هذه الصورة لكونه دليلاً لئلا يؤخذ منه إلا المقدار المتيقن.

و أما قولهم (عليهم السلام) الوقوف على حسب ما يوقفها أهلها و لا يجوز شراء الوقف فلا تدخل الغله فى ملك فلأنها منصرفه عن هذه الصورة لما عرفت من أنها ناظره إلى صورته عدم سقوط العين الموقوفة عن حيز الانتفاع بها و أما إذا سقطت عن ذلك فلا تشملها تلك الأدلة على أنه لا تتم دلالة قولهم (عليهم السلام) الوقوف على حسب ما يوقفها أهلها على عدم الجواز كما تقدم.

و أما الموقوف عليهم و الواقف فيبيع الوقف هنا موجب لحفظ حقهم إذ مع عدم البيع تتلف العين الموقوفة و لا يبقى ما يوجب حفظ حق الواقف أو الموقوف عليهم بخلاف البيع و التبديل بعين أخرى فإن ذلك يوجب الجمع بين حقوقهم.

و بالجمله الأدلة المانعه عن بيع الوقف و ما يؤيده كلها غير جاريه هنا و اذن فلا بأس من البيع فى هذه الصورة.

و ذكر شيخنا الأستاذ أن هذه الصورة ملحقه بالصورة الاولى و هى خراب الوقف بحيث لا يمكن الانتفاع به فان العلم بتأديته إلى الخراب أو الظن به المعبر عنه بخوف الخراب انما هو من حيث طريقيته اليه.

و بعبارة أخرى إذا احتمل احتمالاً عقلائياً تأديته إلى الخراب على نحو لو كان فعلاً خراباً لجاز بيعه فحكم الاحتمال حكم نفس الخراب و لكن من حيث كونه طريقاً لان بعد اعتبار هذا الاحتمال عند العقلاء فكأنه صار خراباً فعلاً و لكن الوجهان لا يتمان أما ما افاده شيخنا الأستاذ فلأن الأدلة المانعه عن بيع الوقف لقوله عليه السلام لا يجوز بيع الوقف و لا تدخل الغله فى



ملكك لا قصور في شمولها للمقام فان الانتفاع بالعين الموقوفه ممكن بالفعل و لا يكون العلم بخرابها بعد سنه مثلا مجوز لبيعها فعلا فضلا عن الظن بذلك أو الأمارات المعتمده كما إذا قامت البيئه على أنها تخرب بعد سته أشهر و فضلا عن احتمال الخراب.

و بعبارته أخرى أنه لا يجوز بيع الوقف للوجه المذكوره على ذلك، و انما الخارج عنها ما يحرز خرابه بالفعل و أما فى غيره فلا وجه لجواز البيع بوجه، بل يبقى تحت أدله المنع.

و بالجمله بعد ما كان الوقف مما يمكن الانتفاع به فلا وجه لبيعه لشمول أدله المنع عليه و ان علم أو قامت البيئه المعتمده على خرابها فضلا عن احتمال الخراب فان الحكم تابع لموضوعه الفعلى كما لا يخفى.

و من هنا ظهر الجواب عما ذكره المصنف فإن الأدله إنما تنصرف عن المنع عن بيع العين الموقوفه إذا سقطت عن الانتفاع بها و ما نحن فيه ليس كذلك، بل هو من مصاديق عدم الجواز لجواز الانتفاع بها على النحو الذى وقفها الواقف، نعم الإجماع على تقدير حجيته لا يشمل المقام و أما حفظ حق الواقف و الموقوف عليهم فقد عرفت بطلانها و عدم كونها وجها لعدم جواز بيع الوقف.

نعم، بناء على حفظ حق البطلون اللا-حقه فلا- بد من بيع العين الموقوف مع مظنه الخراب أو العلم به و تبديلها بعين أخرى لثلا يزول حقهم كما أشار إليه المصنف فى كلامه و لكن عرفت انه لا- دليل على ذلك فان البطن الموجود ما لكون على الوقف بالفعل و جاز لهم الانتفاع بها فعلا فلا دليل على وجوب رفع اليد عن ملكهم لحفظ الموضوع على ملك الأشخاص الأخر و الآ لوجب حفظ مال الناس و ان توقف على صرف المال و قد تقدم هذا فيما

سبق في فرع أنه إذا توقف حفظ الوقف للبطون اللاحقه على صرف مقدار من منافع الوقف عليه، فهل يجوز إجبار البطن الموجود على ذلك أم لا؟ وقلنا لا وجه عليه، فإنهم مالكون على نفعها فلا ملزم لرفع اليد عن ملكهم لحفظ حق الغير، بل ينتفعون بها ما دام موجودا فان يبقى للبطون اللاحقه فتنتفعوا بها، والآ فلا و هذا واضح لا خفا فيه.

و الحاصل: ان المصنف قال بعدم شمول الأخبار الداله على المنع عن بيع الوقف على هذه الصور الأربع، وانصرافها عنها و قال شيخنا الأستاذ بأن احتمال الخراب كالخراب الفعلى موضوع للحكم بجواز بيع الوقف.

و فيه ان الحكم الفعلى تابع لموضوعه الفعلى و أنه لا وجه لانصراف الأدله عن هذه الصور بأجمعها بعد ما كان الانتفاع بالوقف ممكنا كما في حاشيه الايروانى.

### **ثم نقل المصنف(ره) وجهين على جواز البيع في هذا الصور.**

### **الأول: ما عن لف و كره و المهذب و غايه المرام**

من أنّ الغرض من الوقف استيفاء منافعه و قد تعدّرت فيجوز إخراجه عن حدّه تحصيلًا للغرض منه فيدور الأمر بين انقطاع شخصه و نوعه و بين انقطاع شخصه لا نوعه، فالثانى أولى بغرض الواقف فيجوز التبديل و جعل بدله وقفا مكان المبدل.

و فيه ما اجابه المصنف من أن الغرض من الوقف استيفاء المنافع من شخص الموقوف لأنه الذى دل عليه صيغه الوقف و المفروض تعذره فيسقط و قيام الانتفاع بالنوع مقام الانتفاع بالشخص لكونه أقرب الى مقصود فرع الدليل على وجوب اعتبار ما هو الأقرب الى غرض الواقف بعد تعذر أصل الغرض.

### **الثانى: ما عن التنقيح من أن بقاء العين على حاله و الحال هذه إضاعه**

و إتلاف للمال و هو نهى عنه شرعا

فيكون البيع جائزا و لعله أراد الجواز

بالمعنى الأعم فلا يرد عليه أنه يدل على وجوب البيع.

و فيه أن المحرم انما هو التصدى بإضاعه المال و أما تركه على حاله بحيث يضيع بنفسه فلا دليل على حرمة كما إذا مرض الغنم و لم يقدر مالكة على الذبح الى أن مات فلم يفعل هو فعلا محرما.

**ثم انه استدل على جواز البيع فى كل واحد من الصور الأربعة بمكاتبه**

ابن مهزيار

(١)

قال كتبت الى أبى جعفر الثانى عليه السلام أن فلانا ابتاع ضيعة فأوقفها و جعل لك فى الوقف الخمس و يسأل عن رأيك فى بيع حصتك من الأرض أو تقويمها على نفسه بما أشتريها أو يدعها موقوفه فكتب الئى أعلم فلانا انى أمره ببيع حصتى من الضيعة و إيصال ثمن ذلك الئى ان ذلك رأى إنشاء الله تعالى أو يقومها على نفسه ان كان ذلك أوفق له قال فكتبت إليه ان الرجل ذكر أن بين من وقف عليهم بقيه هذه الضيعة اختلافا شديدا و أنه ليس يأمن أن يتفاقم ذلك بينهم بعده فان كان ترى أن يبيع هذا الوقف و يدفع الى كل انسان منهم ما وقف ذلك أمرته فكتب بخطه و أعلمه ان رأى ان كان قد علم الاختلاف بين أرباب الوقف أن بيع الوقف أمثل فليبيع فإنه ربما جاء فى الاختلاف تلف الأموال و النفوس،الخبر.

و فيه أولا أنها ضعيفه السند و دعوى انجبارها بالشهره دعوى جزافيه إذ على فرض تسليم الكبرى لا نسلّم الصغرى لعدم انطباق شىء من الأقوال على الروايه فلا ينجبر ضعفها بالشهره.

بيان ذلك أنها دلت على جواز بيع حصه الإمام عليه السلام من دون طرو مسوّغ للبيع فلا- بدّ من حملها اما على صورته اشتراء بعض الضيعة من

ص: ٢٢٩

سهم الامام(عليه السلام)أو على قضيه خاصه غير معلومه الجئه.

و توهم أن الامام(عليه السلام)له الولايه على جميع أموال الناس،بل رقتهم فكيف بمال نفسه فجاز أن يكون أمره(عليه السلام)على البيع من جهه الولايه و فيه أن هذا التوهم فاسد،فان ظاهر قوله(عليه السلام)انى أمره بيع حصتى من الضيعه،و إيصال ثمن ذلك الذى ان ذلك رأى أو يقومها على نفسه ان كان ذلك أوفق له هو أن الامام(عليه السلام)انما بين حكم المسأله فى نفسها لا بما أن له الولايه على العين الموقوفه.

و أيضا أنهم استدلووا على القول السابع بقوله(عليه السلام)ربما جاء فى الاختلاف تلف الأموال بناء على أن يكون المراد بالأموال هى العين الموقوفه.

و فيه أولا:أن ظاهر التعبير بصيغه الجمع هو تلف مطلق الأموال أعم من الوقف و غيره.

و ثانيا:أن القائلين بجواز بيع الوقف فى هذه الصوره انما يقولون فى مورد العلم بأدائه إلى الخراب أو الظن المتأخم بالعلم و لفظه ربما يستعمل فى المحتملات فتصير النتيجة أنه إذا احتل طور الخراب على الوقف جاز بيعه و من المعلوم أنه لم يلتزم به أحد فيما نعلم،فكيف ينجبر ضعف الروايه بالشهره:- على أن قوله(عليه السلام)ان رأى ان كان قد علم الاختلاف بين أرباب الوقف أن يبيع الوقف أمثل فى جواب السؤال عن بيع حصه الباقيين و تقسيم ثمنه إليهم لا- ينطبق على القواعد و ذلك لانه لا- وجه لتصدى الواقف بالبيع فإنه بعد ما وقف ماله فصار كسائر الأجانب.

و توهم انه اشترط كون التوليه عليه خلاف الظاهر من الروايه و أن مقتضى القواعد أن يكون بدل الوقف وقفا فلا وجه لتقسيم الثمن على الموقوف عليهم

فلا- يمكن العمل بظاهر الروايه، بل يرد علمها إلى أهلها أو يحمل على صورته عدم اقباض الوقف و عدم كون الموقوفه مقبوضه منهم فإنه حينئذ لم يتم الوقف فاختيار المال تحت يد الواقف المالك يفعل به ما يشاء و قد حملها على هذا جملة من الاعلام على أن الاستدلال بها على الصورة السابعه ينافى الاستدلال بها على الصورة الثامنه التي عبارته عن وقوع الاختلاف بين الموقوف عليهم بحيث لا- يؤمن معه تلف الأموال و الآ- نفس فان الاستدلال بها على الصورة الثامنه يتوقف على أن يكون المراد بها غير الموقوفه من سائر الأموال و الاستدلال بها على الصورة السابعه يتوقف على ان يكون المراد بها عين الموقوفه.

ثم ان الاستدلال بها على الصورة التاسعه و هي أداء الاختلاف الى ضرر عظيم يتوقف على استفادة العموم من التعليل و هو قوله (عليه السلام) فإنه ربما جاء في الاختلاف تلف الأموال و النفوس و هذا لا يمكن الالتزام به و الآ اقتضى جواز بيع الوقف لإصلاح كل فتنه و هذا مما يلتزم به أحد فيما نعلم فكيف يوجب انجبار ضعف الروايه.

ثم ان الاستدلال بها على الصورة العاشره و هي خوف تلف النفس يتوقف على الاستدلال إلغاء تلف المال عن الموضوعيه و جعل الموضوع خوف تلف النفس و هو خلاف الظاهر من الروايه، فإن الظاهر منها موضوعيه كل منهما للحكم.

### **و بالجملة لا يجوز الاستدلال بروايه ابن مهزيار على شيء من الصوره**

السابعه إلى الصورة العاشره،

اما من حيث السند فلا بأس به، و أما من حيث الدلاله فمن جهه أن ما ذهب اليه المشهور في الصور الأربعة لا يستفاد من الروايه و ما يستفاد من الروايه لم يلتزم به أحد فيما نعلم و توضيح ذلك أن

التعليل المذكور في الروايه بقوله(عليه السلام)فإنه ربما جاء في الاختلاف تلف الأموال و النفوس قد يكون حكمه و يكون مناط الحكم بجواز البيع نفس الاختلاف بمجرد من غير وجود الحكمه في جميع موارد الاختلاف كما هو الشأن من الحكمه نظير كون التنظيف حكمه في استحباب غسل الجمعه أو وجوبه و كون اختلاط المياه حكمه في مشروعيه العده و ان لم يكن موجودا في بعض الموارد كما إذا كانت المطلقه يائسه أو كان المغتسل تنظف في ليله الجمعه و هذا لم يلتزم به أحد فيما نعلم بحيث أن يقال بجواز البيع بمجرد الاختلاف و لو كان اختلافا جزئيا غير منجر الى تلف المال و النفس.

و ان كان المراد من التعليل ما هو ظاهر فيه من أخذه عله للحكم،و مناطا له،بحيث يكون الموجب لجواز البيع هو تلف الأموال و الأنفس الناشى من الاختلاف في هذا الوقف و كونه منشأ له و ان لم يكن التالف أجنبيا عن الواقف و الموقوف عليهم كما إذا كانت الضيعه موقوفه على خادم المسجد و لم يكن بينهم اختلاف،و لكن الاختلاف بين الطباخين الذى ينجز الى تلف المال و النفس فلازم أخذ قوله(عليه السلام)فإنه ربما جاء إلخ عله للحكم تعديته الى كل ما يترتب على الاختلاف الناشى من هذا الوقف من تلف النفس و المال و هذا أيضا لم يلتزم به أحد فيما نعلم فلا يمكن الالتزام بالروايه و ان كانت صحيحه.

أقول:اما روايه على بن مهزيار

### فمن حيث السند

فلا بأس به لكونها صحيحه السند،

### و أما من حيث الدلاله فهي خارجة عن الدلاله على بيع

الوقف في شيء من الصور الأربعة

بل لا- بد من حملها على صوره عدم تماميه الوقف أى قبل القبض و الإقباض كما حملها عليه جمله من الاعلام كالمحدث الفيض و غيره و ذلك لجهات عديده فإنها مؤيده لحملها على صوره قبل

### جبهه الاولى: ان صدر الروايه لا ينطبق على الوقف التمام

فإن سؤال السائل فى حصه الإمام التى هى خمس الوقف و انه كيف يصنع بها و جواب الامام عليه السلام بيوعها أو تقويمها على نفسه و إرسال ثمنها اليه عليه السلام لا يتم إلا إذا لم يتم الوقف و كان المال تحت يد الواقف بحيث له ان يفعل به بما يشاء و ذلك لأنه لا يجوز لأحد أن يبيع الوقف حتى مع اذن الموقوف عليه و من الواضح أن جواب الامام بالبيع و إرسال ثمنه اليه ليس من جهه ولايته المطلقه حتى يرتفع الاستبعاد، بل بما أنه محل المصرف.

### الجبهه الثانيه: أن جواب الامام عليه السلام عن سؤال عن وقوع الخلاف

بين أرباب الوقف بيوعه أيضا لا ينطبق على القواعد

إذ المتصدى بالبيع على تقدير جوازه انما هو من كان أمر الوقف بيده و توليته عليه، و أما الواقف فكسائر الأشخاص أجنبي عن التصرف فى الوقف، و احتمال انه كان مشترط كون أمر الوقف بيده خلاف الظاهر من الروايه فلا يجوز المصير اليه بدون القرينه الصارفه.

### الجبهه الثالثه: أنه بعد ما بيع الوقف فلما ذا يقسم بين الموقوف عليهم

مع انك عرفت فيما تقدم أن بدل وقف فلا يصح ذلك إلا بحملها على صورته قبل القبض لا بعده خصوصا يساعد على ذلك قوله ان بيع الواقف أمثل حيث ان الواقف يريد الثواب فإذا فعل هكذا فإنه لا يقع بين الموقوف عليهم اختلاف فيكون أصوب و أمثل.

### الجبهه الرابعه: و هى العمده

ان قوله عليه السلام ان كان قد علم الاختلاف بين أرباب الوقف أن بيع الواقف أمثل و مع قول السائل فى سؤاله و أنه ليس يأمن أن يتفاهم ذلك بينهم بعده فان من الواضح أنه أى خصوصيه

فى علم الواقف بالاختلاف و كذا عدم أمنه عن التفاقم و الشده، بل لا بدّ و أن يكون المناط علم المتصدى بالوقف فليس ذلك إلاّ- إذا كان أمر الوقف بيده و هذا لا يتم إلاّ مع عدم تماميه الوقف و كون ذلك قبل القبض لعدم انطباقها بشىء من الفتاوى المذكوره فى المقام و على هذا فلا- يجوز الاستدلال بها على بيع الوقف بترك الاستفصال كما فى كلام المصنف(ره) و مع ذلك كله فلا يجوز الاستدلال بها على المقصود أيضا مع ذلك التعليل الموجود فيه و ان كانت صريحه فى جواز البيع، بل لا بدّ من ردّ علمها إلى أهلها و ذلك فإنه لا- يخلو اما أن يراد من التعليل الحكمه أو العليه فلا واسطه بينهما فإن أريد منه الحكمه فلازمه القول بجواز بيع الوقف بمجرد الاختلاف و ان لم يؤدى الى تلف الأموال و النفوس فان ذلك كاختلاف المياه فى باب العده فالتعميم ليس بلازم.

و أن أريد منه التعليل و العليه فلازم ذلك التعدى بكل اختلاف يوجب تلف الأموال و الأنفس مع بقاء الوقف و ان لم يكن بين أربابه اختلاف بل بين الجوار و الطباخين و العمالين و المتولين و نحوهم بحيث يكون المنشأ لذلك هو الوقف و كلاهما لا يمكن الالتزام به.

و ربما يقال بجواز بيع الوقف فى تلك الصور لأجل المزاحمه و ان لم يكن فى البين نصّ بدعوى أن الأمر دائر بين حفظ الوقف على حاله و الالتزام بجواز تلف الأموال و الأنفس و بين حفظ المال و النفس و الالتزام بجواز بيع الوقف و بما أن حفظ النفس عن التلف أهم من حفظ الوقف فيجوز بيعه، بل يجب لحفظ النفس و المال.

و فيه أن هذا من العجائب فإن التزاحم انما هو فى مقام العمل، و يحصل عدم تمكّن المكلف على الامتثال لا فى مقام الجعل و عليه فارتفاع



التكليف عن المكلف بالنسبة إلى المهم واضح، بأن يجوز بيع الوقف إذا دار الأمر بين بيعه و بين أداء الاختلاف الى تلف الأموال و الأنفس و لكنه لا يوجب ذلك جعل الشارع الحكم الوضعى فى مرحله الجعل بأن يحكم بصحه المعامله فإن التزاحم لا يوجب رفع الحكم و وضعه فى مرحله الجعل.

و بعباره أخرى أن التزاحم يستلزم رفع الحكم التكليفى فى مقام الامتثال عن المهم و يوجب إتيان الأهم و هذا غير مربوط بالحكم الوضعى و حكم الشارع به فى مقام الجعل ليكون صحيحا فى مقام الامتثال، بل يكون البيع مع التزاحم المذكور جائزا تكليفا و فاسدا و ضعا فمزاحمه الأهم مع المهم فى مرحله الامتثال لا يوجب الآ جواز الاقدام على المهم تكليفا و يستلزم جوازه و ضعا إذ عدم قدره على الامتثال من المكلف انما هى بالنسبه إلى الحكم التكليفى لا- بالنسبه إلى الحكم الوضعى كما لا يخفى.

فتحصل أنه لا يجوز بيع الوقف فى جميع تلك الصور إلا إذا خرب الوقف أو كان مشرفا على الخراب بحيث ليس بين الخراب و الزمان الذى معموره إلا زمان قليل و كذلك فى صورته اشتراط الواقف بيعه عند الاحتياج كما صنعه على عليه السلام.

### الكلام فى الوقف المنقطع

قوله: و أما الوقف المنقطع.

أقول: بناء على صحه الوقف المنقطع و هو ما إذا وقف على من ينقرض فأما ان يقال ببقائه على ملك الواقف و اما ان يقال بانتقاله الى الموقوف عليهم و على الثانى فأما أن يملكوه ملكا مستقرا بحيث ينتقل منهم الى ورثتهم عند

انقراضهم و اما ان يقال بعوده الى ملك الواقف، و اما أن يقال بصيرورته في سبيل الله، و على الأول و هو بقائه في ملك الواقف فلا يجوز لغيره من الموقوف عليهم و غيرهم بيعه لعدم الملك، و أما الواقف فيجوز له بيعه لوجود المقتضى و هو كونه ملكا له و تكون العمومات شامله له و عدم المانع إذا الوقفيه مع كونها منقطعه لا- تكون مانعه عن البيع فيصير المشتري الى أن ينقضى السكنى أن كان عالما بذلك، أو يفسخ ان كان جاهلا، أو جعل لنفسه الخيار و أما قوله (عليه السلام) الواقف على حسب ما يوقفها أهلها فإنها ناظره الى عدم جواز التصرف في الوقف على النحو الذي ينافى الوقفيه و كذلك لا يجوز شراء الوقف و لا تدخل الغله في ملكك فان البيع و الشراء لا ينافى الوقفيه إذ الوقف انما جعل السكنى و المنفعه للموقوف عليهم دون الرقبه فإنها باقيه في ملك الواقف فهو انما يبيع ذلك الوقف مسلوبه المنفعه إلى انقراض الوقف نظير بيع موجر العين المستأجره فإنها يكون ملكا للمشتري الى انقضاء مده الإجاره و على هذا كيف ينافى البيع الوقف و كيف يكون الوقف على حسب ما يوقفها أهلها.

على أنه يمكن دعوى أن مفهوم الوقف منصرف عن الوقف المنقطع فيكون خارجا عن تحت الأدله المانع عن البيع موضوعا.

نعم يكون البيع باطلا من جهه الجهاله فيكون غرريا فهو منهي عنه لأن مده انتفاع الموقوف عليهم و انقراضهم مجهوله و من هنا منع الأصحاب كما حكى عن الإيضاح بيع مسكن المطلقه المتعده بالإقراء لجهاله مده العده.

و بالجملة أن بيع الواقف الوقف المنقطع و ان لم يكن فيه مانع من الاخبار مع وجود المقتضى له و لكن جهاله مده مانعه عنه من حيث لزوم الغرر بجهاله وقت استحقاق التسليم التام على وجه ينتفع به كما لا يخفى.

نعم، وورد النص على جوازه و هو ما رواه المشايخ الثلاثة في الصحيح أو

الحسن عن الحسين بن نعيم قال سألت أبا الحسن (عليه السلام) عن رجل جعل داره سكنى لرجل زمان حياته و لعقبه من بعده، قال هي له و لعقبه من بعده كما شرط قلت فان احتاج الى بيعها، قال: نعم قلت فينقض البيع السكنى قال لا- ينقض البيع السكنى كك، سمعت أبي يقول: قال أبو جعفر (عليه السلام) لا ينقض البيع الإجاره و لا السكن و لكن يبيعه على أن الذى يشتريه لا يملك ما اشتراه حتى ينقض السكنى على ما شرط الخبر، فهو كما ترى صريح فى الجواز و العجب أنه مع ذلك توقف العلامة و ولده و المحقق الثانى فى المسأله.

و أما لو قلنا بعدم بقاء الوقف المنقطع فى ملك الواقف، بل انتقل الى ملك الموقوف عليهم و قلنا بكونهم مالكين للوقف ملكا مستقرا بحيث ينتقل منهم الى ورثتهم عند انقراضهم فلا يجوز البيع حينئذ للواقف لعدم الملك و لا للموقوف عليه فأن الواقف قد اعتبر بقاءه إلى انقراضهم فيشملة قوله (عليه السلام) الوقوف على حسب ما يوقفها أهلها و لا يجوز شراء الوقف و لا يقاس ذلك بالصوره الأولى فإن فيها أن الواقف مالك للوقف و فى هذه الصوره و ان كان الموقوف عليه مالكا إلا أن الواقف قد وقفه و حبسه بحيث لا يباع و يكون باقيا الى انقراضهم فالبيع نقض للغرض.

و أما لو قلنا بعوده الى ملك الواقف بعد انقراض الموقوف عليهم فلا يجوز بيعه للموقوف عليهم لمنافاته لأن الواقف اعتبر بقاءه إلى انقراض الموقوف عليهم و اما الواقف المالك فيجوز له البيع بناء على جواز بيع ما لا يملك ثم ملك، فان الواقف و ان لم يكن مالكا بالفعل و لكنه يكون مالكا بعد انقراض الموقوف عليهم.

و أما لو قلنا بصيرورته فى سبيل الله بعد انقراض الموقوف عليهم فلا يجوز بيعه مطلقا فإنه عباره أخرى عن الوقف المؤبد و قد عرفت عدم جواز بيعه

غايه الأمر أنه وقف على عده خاصه فى مده ثم على سبيل الله كما لا يخفى.

الكلام فى بيع الرهن

**قوله:مسأله:و من أسباب خروج الملك عن كونه طلقا كونه مرهونا**

**اشاره**

فان الظاهر، بل المقطوع به الاتفاق على عدم استقلال المالك فى بيع ملكه المرهون.

أقول:المشهور، بل المجمع عليه على عدم استقلال المالك فى بيع العين المرهونه، و لكن الظاهر جوازه هذا من الموارد الذى خالفنا المشهور فى عدم انجبار الروايه الضعيفه بالشهره فإنهم استندوا فى ذلك الى النبوى الضعيف الراهن و المرتهن ممنوعان من التصرف و بنوا على انجبار ضعفه بالشهره و نحن لا نعتمده و كيف كان ان التصرفات المتعلقة على العين المرهونه على ثلاثه أقسام، فإن قسم منها ينافى حقيقه الرهن و كونه وثيقه لكونه موجبا لزوال العين و خروجها عن كونها وثيقه أو نقصان قيمتها كما إذا ذبح الغنم المرهونه أو آجر السياره الجديده المرهونه أو أخرج الدار و نحوها من التصرفات المنافيه لمفهوم الرهن.

و قسم منها لا ينافى مفهوم الرهن، بل ربما يتوقف عليه حفظه و بقاءه كالسكنى فى الدار و إصلاح العين بالمقدار الذى ينعلم بدونها، فان مثل ذلك معد لبقاء العين.

و قسم متوسط بين القسمين كالبيع و نحوه لعدم منافاه البيع لحقيقه الرهن و لذا جاز رهن العاربه.

أما القسم الأول:فلا يجوز بلا شبهه، و لم يستشكل فيه أحد فيما نعلم و أما الثانى:فلا شبهه فى جوازه، بل ربما يجب لبقاء العين المرهونه عليه.

و أما التصرفات المتوسطه الغير الموجهه لنقص قيمه كالبيع و نحوه،

ص: ٢٣٨

فالظاهر جوازه و توضيح ذلك أن المانع عنه انما هو أمور:الأول:الإجماع التعبدى على عدم جواز، وفيه انه على تقدير حجية الإجماع المنقول فليس هنا إجماع تعبدى إذ من المحتمل أنه مستند الى الوجوه المذكوره فى المسأله و الأ فالتعبد بعدم جواز بيع الرهن بعيد جدا.

الثانى:النبوى المعروف الراهن و المرتهن ممنوعات من التصرف و فيه أنه ليس لنا وثوق، بل ظن بصدوره من المعصوم «ع» فلا يكون حجه و توهم انجبار ضعفه بالشهره فى غايه الضعف لما حققناه فى محلّه و أشرنا إليه فى كثير من المسائل المتقدمه من أن الشهره لا توجب انجبار ضعفه الروايه.

و لو سلمنا صحه سند فلا دلالة لها على بطلان بيع الرهن، بل هى ناظره بمناسبه الحكم و الموضوع الى التصرفات المنافيه للرهن كالقسم الأول من التصرفات، و بعبارة أخرى أن مناسبه الحكم و الموضوع فى قوله الراهن و المرتهن ممنوعات من التصرف تقتضى عدم نفوذ التصرف من كل منهما على استقلاله لا مع الاتفاق و الاجتماع كما هو واضح.

و أما مفهوم الرهن فهو عباره أخرى عن كون العين وثيقه و من الواضح أن البيع لا يمنع عن ذلك، و لذا جاز رهن العاريه غايه الأمر يشترط فى العقد عدم كون المبيع طلقا، بل كونه متعلقا لحق الغير و مع عدم فكّه يكون للمشتري خيار تخلف الشرط، بل يصح مع عدم الاشتراط أيضا غايه الأمر يكون المبيع معينا فيثبت للمشتري خيار العيب.

نعم، لو قلنا بكون الرهن كالوقف و لم يكن للمالك علاقه الملكيه كما لا يبقى له العلقه فى الوقف أيضا فلعدم جواز البيع وجه و لكن أنى لهم إثبات ذلك.

و بالجمله لا دليل على بطلان بيع الرهن لعدم وجود الإجماع التعبدى

عليه ولا وجود الروايه و عدم صحه النبوى سندا و دلالة و عدم اقتضاء مفهوم الرهن ذلك.

ثم على القول بعدم جواز بيع الرهن هل هو باطل من أصله كما اختاره جمع أو يتوقف على اجازة المرتهن كما اختاره جمع آخر و اختاره المصنف،الظاهر هو الثانى للعمومات الداله على صحه المعامله وضعا و تكليفا و عدم وجود المعارض لها.

و أما توهم الإجماع على البطلان،ففيه أنه على تقدير حجيته فالمقدار المتيقن منه هو البطلان مع استقلال الراهن فى التصرف أو المرتهن لا مطلقا و أما النبوى فمضافا الى ضعف السند فيه كسائر النبويات فلا دلالة فيه على بطلان البيع من أصله،بل انما يدل على عدم نفوذ التصرف بدون اذن المرتهن و الذى يدلنا على هذا تسالم الفقهاء على صحه بيع المرتهن مع اذن الراهن أى الإجازة اللاحقه.

هذا كله مضافا الى ما يستفاد من صحه نكاح العبد بالإجازة معللا بأنه لم يعص الله و انما عصى سيّده إذ المستفاد منه أن كل عقد كان النهى عنه لحق الأدمى يرتفع المنع و يحصل التأثير بارتفاع المنع و حصول الرضا و ليس ذلك معصيه الله أصاله فى إبقاء العقد التى لا يمكن أن يلحقها رضا الله تعالى.

### **فيما استدل به المصنف على صحه بيع الرهن**

ثم ان المصنف استدل على صحه بيع الرهن

### **الأول بفحوى أدله صحه بيع**

الفضولى،

و عن التذكرة أن كل من أبطل عقد الفضولى أبطل العقد هنا، و لكن الظاهر أن الأولويه ممنوعه من الطرفين أما الثانى فلما افاده المصنف من أن من استند فى البطلان فى الفضولى إلى مثل قوله(عليه السلام):لا بيع إلا فى ملك لا يلزمه البطلان هنا.

ص: ٢٤٠

و أما الأول: فلا مكان الالتزام بصحة الفضولى و بطلانه هنا كما ذهب اليه الشيخ اسد الله التستري و ذلك من جهة أن العمومات تشمل للعقد الفضولى بعد الإجازة و انتسابه الى المالك لكون العقد عقد فيكون صحيحا بخلاف المقام، فإنه كالعقد على بنت الأخت و الأخت صادر من المالك ابتداء من غير شمول العمومات لها فحيث أنه عقد واحد و ليس له أفراد عديده فلا تشمله العمومات بعد الإجازة أيضا، و لكن أجبنا عنه فيما سبق من العقد الفضولى أن العمومات شامله لها بعد الإجازة للعمومات الزمانى، فإنه ليس منحصرًا بصورة تعدد الأفراد الطويليه، بل يجرى فى الفرد المستمر فإذا لم تشمل العمومات لعقد مدّه من الزمان لمانع فتشملة بعد ارتفاع المانع.

و حاصل الكلام من الأول أنه لا- إشكال فى بيع الرهن بان يبيعه الراهن من غير استئذان من المرتهن، بل باستقلاله غايه الأمر شرط على المشتري كون المبيع ملكا غير طلق، بل بدون الاشتراط فيكون له خيار العيب.

و دعوى الإجماع التعبدى على البطلان دعوى جزافيه لاحتمال كونه مستندا الى الوجوه المذكوره فى المسأله و التمسك فى المنع إلى النبوى الراهن و المرتهن ممنوعان من التصرف بلا- وجه لضعف سندّه أولاً و عدم انجباره بالشهره، و لذا خالفنا المشهور فى هذه المسأله، و عدم دلالتّه على المقصود ثانياً، فإن مناسبه الحكم و الموضوع يقتضى أن المراد من كونهما ممنوعان من التصرفات المنافيه للرهن لا مطلق التصرف و من الواضح أن البيع لا ينافى الرهن، و لذا يجوز رهن العاريه و اذن فلا مانع من البيع مع وجود المقتضى له و كونه ملكا للبائع فيجوز التمسك بالعمومات الداله على

و دعوى عدم جواز التمسك بها من جهة أن البيع من الأول بيع ما لا يملك و لم تشمله العمومات و بعد الإجازة ليس هنا عقد آخر ليكون مشمولاً لها، لكونه فرداً واحداً لا أفراد عديده لتكون مشموله لها بحسب العموم الزمانى فلا يقاس ذلك بالبيع الفضولى لكونه حين استناده الى المالك مشمولاً للعمومات و كون العقد عقده و ان لم تشمله من الأول من جهة صدوره من الأجنبى و أما هنا فقد عرفت أن العقد حين صدوره من المالك لم تشمله العمومات لعدم رضائه المرتهن و بعد الإجازة ليس هنا عقد آخر، فيكون باطلا دعوى جزافيه.

بيان ذلك أن العمومات من أَوْفُوا بِالْعُقُودِ و أَحَلَّ اللَّهُ الْبَيْعَ و غيرهما كما تدل على صحه العقود بحسب الأفراد الطوليه المسماه بالعموم الزمانى فكك تدل على صحه العقد الواحد فى طول الزمان و فى كل آن، و هذا أيضا عموم زمانى فهذا العقد الواحد المستمر يجب الوفاء بها فى طول الزمان و على هذا فلو خرج فى زمان عن تحت العموم فلا يوجب ذلك خروجه عنه فى جميع الآتات بل تشمله العمومات مع وجدانه الشرائط فيبيع الراهن و عقد بنت الأخ و بنت الأخت و ان كان قبل اجازة المرتهن و العمه و الخاله غير داخله تحت العمومات و لكنها بعد الإجازة تكون مشمولاً للعمومات.

لا- يقال على هذا فيلزم جواز التمسك بالعمومات فى جميع العقود التى كانت واجده للشرائط بعد ما كانت فاقده لها كما إذا فقدت شرائط المتعاقدين كعقد الصبى و المجنون ثم بالغ الصبى و أفاق المجنون أو فقدت شرائط العقد كما إذا كانت غرريا ثم ارتفع الغرر و هكذا مع أنه لا يمكن



الالتزام بذلك.

فإنه يقال فرق واضح بين ما نحن فيه و بين الأمور المذكور فان الظاهر من الأدله أن من شرائط العقد حين تحققه أن لا يكون غرريا و ان لا يكون صادرا من المجنون و الصبي و الأ بطل العقد، فإذا كان حين تحققه غرريا أو صادرا من الصبي و المجنون ثم انتفى الغرر أو بلغ الصبي أو برح المجنون فلا يمكن الحكم بصحة هذا العقد، فان ما تحقق غرريا أو صدر من الصبي و المجنون لم يكن صحيحا عند التحقق و ما يكون فعلا واجدا للشرائط ليس عقدا آخر غير ما تحقق أولا الذى كان مشروطا من الأول بهذه الشروط، فيكون باطلا.

و هذا بخلاف العقد الفضولى و بيع الراهن فإن صحة العقد فيهما مشروط برضى المالك و المرتهن و لكن لا دليل على كونه كك من حين الحدوث فإذا رضيا به فيكون العقد عقدا برضا صاحبه من المالك و المرتهن فتشمله العمومات فيحكم بالصحة كعقد المكره بعد الرضاء.

و بالجملة إذا كانت الشرائط من الأمور التعليقيه الخارجه عن كونها شرطا لنفس العقد أو للعاقده فلا وجه لكونه صحيحا فى زمان و باطلا فى زمان آخر كبيع الغررى و نحوه و اما إذا كان من الأمور التعليقيه كالرضا فلا وجه لفساد العقد بدونيه إذا كان واجدا لذلك بعد مده لعدم القصور من شمول العمومات عليه كما لا يخفى.

و ما عن صاحب المقابس من أن عقد الراهن كعقد النكاح على بنت الأخ و الأخت بدون رضا المرتهن و العمه و الخاله صادر من المالك غير مشمول للعمومات فبعد الإجازة ليس هنا عقد آخر ليكون مشمولا لها قد ظهر فسادها مما ذكرناه.

ص: ٢٤٣

## الوجه الثاني: مما يدل على صحة بيع الرهن مع الإجازة مع التنزل

عن جواز بيعه استقلالاً الروايات الداله على صحة بيع العبد

معللاً بأنه لم يعص الله و إنما عصى سيده حيث أن الاستفادة منها أن عصيان المخلوق في حقهم لا يوجب بطلان المعامله و أما الموجب للبطلان إنما هو عصيانه تعالى.

## ثم نقل المصنف(ره) عن بعض معاصريه القول ببطلان عقل الراهن

بدون اذن المرتهن سابقا

متمسكا بالإجماعات و الاخبار المحكيه على المنع و النهي،قال و هو موجب للبطلان و ان كان لحق الغير إذا العبره بتعلق النهي بالعقد لا الأمر خارج منه و هو كاف في اقتضاء الفساد كما اقتضاه في بيع الوقف و أم الولد و غيرهما مع التوائهما في كون سبب النهي حق الغير ثم أورد على نفسه بما حاصله أنه على هذا يلزم بطلان العقد الفضولي و عقد المرتهن مع أن كثيرا من الأصحاب ساوا بين الراهن و المرتهن في المنع كما دلّت عليه الروايه فيلزم بطلان عقد الجميع أو الصحة فالفرق تحكّم.

ثم أجاب بأن التصرف المنهى عنه ان كان انتفاعا بمال الغير فهو محرم و لا يحل له الإجازة المتعقّبه و ان كان عقدا أو إيقاعا فإن وقع بطريق الاستقلال لا على وجه النيابة عن المالك فالظاهر أنه كك كما سبق في الفضولي و الأ فلا يعد تصرفا يتعلق به النهي فالعقد الصادر عن الفضولي و المرتهن إذا كان على نحو الظلم و الغصب فيكون منهيّا عنه و باطلا.

و أما إذا كان بقصد النيابة عن المالك فلا وجه للبطلان و أما الراهن المالك فحيث أنه حجر عن ماله برهنه فيكون عقده مستندا الى ملكه لعدم المعنى لقصد النيابة فيكون منهيّا عنه و باطلا فيكون ما دل على النهي عن تصرفه الكذائي مخصصا للعمومات.

ثم قال و أما التعليل المستفاد من الروايه (1)المرويه فى النكاح من قوله لم يعص الله و انما عصى سيده فهو جار فيمن لم يكن مالكا كما أن العبد لا- يملك أمر نفسه،و أما المالك المحجور عليه فهو عاص لله تعالى بتصرفه و لا يقال انه عصى المرتهن لعدم كونه مالكا و انما منع الله من تفويت حقه بالتصرف و ما ذكرناه جار فى كل مالك متمول لأمر نفسه إذا حجر على ماله لعارض كالفلس و غيره فيحكم بفساد الجميع.

**و قد أورد عليه المصنف بوجه كلها صحيحه.**

**منها: أنه لا فرق فى الحكم بين بيع ملك الغير على وجه الاستقلال و**

بيعه على وجه النيابة

فإن البيع ان كان تصرفا فى مال الغير و كون نفس الإنشاء مصداقا للتصرف المحرم فهو حرام مطلقا مع قصد النيابة و عدمه و الآ فلا وجه للبطلان.

**و منها أن مطلق النهى المتعلق بالمعامله لا يقتضى الفساد**

بل انما يقتضى الفساد إذا كان نهيا إرشاديا لا نهيا تكليفيا فإن النهى التكيفى لا يستفاد منه الفساد إذ لا ملازمه بين الحرمة و الفساد، نعم لو كان للإرشاد دل على الفساد فدلاله النهى على حرمة بيع الرهن لا يدل على الفساد لعدم الملازمه بينهما.

**و منها: أن قصد النيابة لو كان مصححا للعقد فيتصور مثل ذلك فى**

بيع الرهن أيضا

فإنه قد يبيع رجاء لإجازة المرتهن و لا ينوى الاستقلال و قد يبيع جاهلا بالرهن أو بحكمه أو ناسيا و لا حرمة فى شىء من ذلك.

**و منها: أن المتيقن من مورد الإجماع و الاخبار أعنى الرهن و المرتهن**

ممنوعان من التصرف هو استقلال كل منهما فى التصرف فى العين المرهونه

و أما أزيد من ذلك فلا دليل عليه.



## و منها: أن ما ذكره من منع جريان التعليل في روايات العبد فيما

نحن فيه لوجود الفرق بينهما فاسد،

بل الظاهر كون النهى في كل منهما لحق الغير فان منع الله جل ذكره من تفويت حق الغير ثابت في كل ما كان النهى عنه لحق الغير من غير فرق بين بيع الفضولى و نكاح العبد و بيع الراهن.

## و منها: أن ما ذكره من المساواه بين بيع الراهن و بيع الوقف و أم الولد

ففيه أن الحكم فيهما تعبد محض و لذا لا- يؤثر الإيذن السابق من الواقف و المولى في صحه البيع، بل لو اجتمعوا أى الواقف و الموقوف عليه أو المولى و الولد و أم الولد و رضوا على البيع فأیضا لا يجوز كما لا يخفى و على هذا فقياس الرهن عليه في غير محلّه.

و بالجمله أن المستفاد من طريقه الأصحاب، بل الأخبار أن المنع من المعامله إذا كان لحق الغير الذى يكفى إذنه السابق لا يقتضى الإبطال رأسا بل انما يقتضى الفساد بمعنى عدم ترتب الأثر عليه مستقلا من دون مراجعه ذى الحق و يندرج فى ذلك الفضولى و عقد الراهن و المفلس و المريض و عقد الزوج لبنت أخت زوجته أو أخيها و للأمه على الحره و غير ذلك فإن النهى فى جميع ذلك انما يقتضى الفساد بمعنى عدم ترتب الأثر المقصود من العقد عرفا.

## قوله: و قد يتخيل وجه آخر لبطلان البيع هنا.

أقول: بناء على كون الإجازة هنا كاشفه كما هو الظاهر، فيلزم أن يكون الرهن ملكا للبائع أعنى الراهن و المشتري فيكون البيع و الرهن متنافيين و لا يعقل تحققهما فى زمان واحد فيكون نظير ما تقدم فى مسأله من باع شيئا ثم ملكه من أنه على تقدير صحه البيع يلزم كون الملك لشخصين

فى الواقع.

و أجاب عنه المصنف بأن القائل بجواز بيع الرهن انما يلتزم بكشف الإجازة عن عدم الرهن من الأول بناء على الكشف و الا لجرى ذلك فى العقد الفضولى أيضا لأن فرض كون المجيز مالكا للمبيع نافذ الإجازة يوجب تملك مالكين لملك واحد قبل الإجازة و اما ما يلزم فى مسأله من باع شيئا ثم ملكه فلا يلزم فى مسأله اجازة المرتهن، نعم يلزم فى مسأله انفكاك الرهن، فإنه حينئذ يكون ملكا للبائع و المشتري معا و سيجىء التنبيه على ذلك إنشاء الله تعالى ثم ان هذا الاشكال انما فى صوره عدم اجتماع الرهن مع البيع و أما بناء على مسلكنا فلا موضوع له أصلا، لجواز اجتماعهما على ما عرفت فتحصل أنه لا محذور فى بيع الرهن بوجه.

**قوله: ثم ان الكلام فى كون الإجازة من المرتهن كاشفه و ناقله هو**

الكلام فى مسأله الفضولى.

أقول: قد عرفت فى بيع الفضولى أن مقتضى القاعده هو النقل و حصول الملكيه للمشتري من حين الإجازة و انما يصار الى الكشف لدليل اقتضى ذلك فان كون الإجازة شرطا فى صحه البيع بعنوان التعقب مئونه زائده يحتاج الى الدليل و على هذا فالدليل الدال على الكشف فى باب الفضولى انما هو الخبر الوارد فى النكاح كما تقدم و انما تعدينا إلى سائر العقود من جهه القطع بعدم الفرق بين أفراد العقود و أما فى المقام فحيث أن المباشر للعقد انما هو من له العقد دون الأجنبى كما فى الفضولى و ما بيده الإجازة انما هو غير المالك اعنى المرتهن الذى ليس العقد له فاسراء الدليل الوارد فى النكاح الى هنا يحتاج الى علم الغيب و عليه فمقتضى القاعده هنا هو النقل -

ص: ٢٤٧

و لكن تقدم فى الفضولى أن مقتضى القاعده هو الكشف الحقيقى، لا بالمعنى الذى سلكه القوم، بل بمعنى آخر و هو أن يكون المبيع ملكا للمشتري من الأول و لكن حين الإجازة لا- من زمان العقد كما عرفت بما لا مزيد عليه و عليه فنقول بالكشف هنا أيضا على طبق القاعده.

و أما ما أفاده المصنف(ره) هنا من أن القول بالكشف هناك يستلزمه هنا بالفحوى لأن اجازة المالك أشبه بجزء المقتضى و هى هنا من قبيل رفع المانع و من أجل ذلك جَوّز و أعتق الراهن هنا مع تعقب اجازة المرتهن مع أن الإيقاعات عندهم لا تقع مراعاة و الاعتذار عن ذلك ببناء العتق على التغليب كما فعله المحقق الثانى فى كتاب الرهن فى مسأله عفو الراهن عن جنايه الجانى على العبد المرهون مناف لتمسكهم فى العتق بعمومات العتق.

و فيه انه لا وجه للأولويه فإن عدم جريان الفضولى فى الإيقاعات من جهة الإجماع و المتيقن منه ما كان الإيقاع من الأجنبى فلا يعمّ بما إذا كان من المالك مع توقفه على رضائه الغير الذى ليس بمالك كما فى عتق الراهن لكونه مشمولاً للعمومات، بل هو غير مربوط بباب الفضولى أصلاً فضلاً عن اقتضاء الأولويه الكشف.

**قوله: ثم انه لا إشكال فى أنه لا ينفع الردّ بعد الإجازة و هو واضح.**

أقول: أما الإجازة بعد الردّ فذكر المصنف فيه وجهان: الأول أن الردّ فى معنى عدم رفع اليد عن حقه فله إسقاطه بعد ذلك و ليس ذلك كرد بيع الفضولى لأن المجيز هناك فى معنى أحد المتعاقدين و قد تقرر أن ردّ أحد العاقدين مبطل لإنشاء العاقد الآخر بخلافه هنا فان المرتهن أجنبى له حق فى العين.

الثانى: أن الإيجاب المؤثر انما يتحقق برضا المالك و المرتهن فضاء

كل منهما جزء مقوم للإيجاب المؤثر فكما أن ردّ المالك في الفضولي مبطل للعقد بالتقريب المتقدم كك ردّ المرتهن و هذا هو الأظهر من قواعدهم.

و الظاهر أن الإجازة بعد الردّ مؤثره في صحه العقد و لا يعتنى، لما ذكره المصنف و ذلك من جهه أنه قد تقدم أن الدليل على عدم تأثير الإجازة بعد الردّ هو الإجماع، و من الواضح أنه دليل لبيّ يقتصر منه على المورد المتيقن و هو صوره كون العقد من طرف المرتهن و من لرضايته دخاله في صحه العقد هو المالك لا الأجنبي كما في المقام فان المرتهن أجنبي عن لهما العقد فرضايته دخيل و لكن رده لا يفيد فيكون مشمولاً للعمومات بل قد ذكرنا في بيع الفضولي دلالة صححه محمد بن قيس على تأثير الإجازة بعد الرد مطلقاً حيث يفهم من ردّ الوليدة آثار الرد مع ذلك يحكم فيها بصحه البيع كما تقدم و ان استشكلنا فيها أيضاً فراجع.

### قوله: ثم إن الظاهر أن فكّ الرهن بعد البيع بمنزله الإجازة لسقوط

حق المرتهن بذلك.

أقول: وقع الخلاف في أن فكّ الرهن هل يكون مثل الإجازة و كذا سقوط الرهن بأى نحو كان من إسقاط الدين أو أدائه أو لا- بل لا- يلزم العقد به بوجه و أنه ليس كالإجازة و قد صرح بالأول في التذكرة و كذا عن فخر الإسلام و الشهيد في الحواشى، و الظاهر من المحقق و الشهيد الثانيين و يحمل عدم لزوم العقد بالفك كما احتمله في القواعد، بل مطلق السقوط الحاصل بالإسقاط أو الإبراء أو بغيرهما نظر الى أن الراهن تصرف فيما فيه حق المرتهن و سقوطه بعد ذلك لا- يؤثر في صححه.

و الفرق بين الإجازة و الفك أن مقتضى ثبوت الحق له هو صحه إمضائه للبيع الواقع في زمان حقه و ان لزم من الإجازة سقوط حقه فيسقط حقه بلزوم



و بالجمله فالإجازة تصرف من المرتهن فى الرهن حال وجود حقه أعنى حال العقد بما يوجب سقوط حقه نظير إجازة المالك بخلاف الإسقاط أو السقوط بالإبراء أو الأداء فإنه ليس فيه دلالة على مضى العقد حال وقوعه فهو أشبه شىء ببيع الفضولى أو الغاصب لنفسهما ثم تملكهما وقد تقدم الأشكال فيه عن جماعه.

ثم أيد ذلك، بقوله و يؤيد ما ذكرناه، بل يدل عليه ما يظهر من بعض الروايات من عدم صحة نكاح العبد بدون اذن سيده بمجرد عتقه ما لم يتحقق الإجازة و لو بالرضا المستكشف من سكوت السيد مع علمه بالنكاح.

و أورد عليه المصنف و تبعه شيخنا الأستاذ هذا و لكنّ الانصاف ضعف الاحتمال المذكور من جهة أن عدم تأثير بيع المالك فى زمان الرهن ليس إلّا لمزاحمه حق المرتهن المتقدم على حق المالك بتسليط المالك فعدم الأثر ليس لقصور فى المقتضى، و إنما هو من جهة المانع فإذا زال المانع أثر المقتضى.

ثم قال و أما قياس ما نحن فيه على نكاح العبد بدون اذن سيده فهو قياس مع الفارق لأن المانع عن سبب نكاح العبد بدون اذن سيده قصور تصرفاته عن الاستقلال فى التأثير لا مزاحمه حق السيد لمقتضى النكاح إذ لا منافاه بين كونه عبداً و كونه زوجاً و لأجل ما ذكرنا لو تصرف العبد لغير السيد ببيع أو غيره ثم انعتق العبد لم ينفع فى تصحيح ذلك التصرف.

أقول: قد تقرر فى الأصول أن جميع الاعتبارات و القيودات راجعه إلى موضوعات الاحكام لا- الى نفسها فموضوع صحة بيع الراهن إنما هو بيع

الراهن مع اجازته المرتهن فإذا ارتفع موضوع اجازته المرتهن لا يبقى موضوع لصحة العقد الذى كان مقيدا بإجازه المرتهن و أما مجرد وجود المقتضى و عدم المانع فلا- يفيد فى ثبوت الحكم لعدم ترتب الأثر عليه ما لم يتحقق موضوع الحكم حقيقه و الآ لجرى الكلام فى بيع الغرر و نحوه و يقال أن مقتضى الصحة موجود و المانع أى الغرر مثلا مرتفع فيؤثر المقتضى أثره.

و بالجمله أن باب المقتضى و المانع مما لا يترتب عليه شىء بوجه ما لم يتحقق الموضوع بجميع قيوداته فى الخارج فإذا تحقق فترتب عليه الأثر.

### **ثم انك عرفت أن وجه جواز بيع الراهن مع الغض عن جوازه استقلالاً**

فى نفسه انما هو وجهان:

### **الوجه الأول: أن الظاهر من الراهن و المرتهن ممنوعان من التصرف**

هو التصرف الاستقلالى

و كون كل منهما مستقلا فى التصرف من غير أن يكون لنظر الأخر دخاله فيه، و أما التصرفات الغير الاستقلاليه فلا محذور فيها لكونها خارجه عن إطلاق الحديث فيكون مشمولاً للعمومات و أما إذا باع الراهن الوثيقه ففكّ الرهن قبل الإجازة أو سقط الدين بإبراء و نحوه فلا وجه لخروج ذلك عن إطلاق الراهن و المرتهن ممنوعان من التصرف، بل هو شامل لما بعد الفك و ما قبله لأن فى زمان العقد لم تكن اجازته المرتهن و لا- أن الراهن كان تصرفه نافذاً على الاستقلال و فى زمان كان الراهن نافذ التصرف لم يكن هنا بيع فلا وجه للتصحيح.

و من هنا ظهر أنه لا موضوع لاستصحاب عدم اللزوم الحاكم على العموم كما فى كلام المستدل على الفرق بين الفكّ و الإجازة و للجواب عنه بأن الموارد من موارد التمسك بالعام لعموم أوفوا على جميع الآتات سوى زمان الرهن فان البيع فيه غير لازم و أما فى غيره فالعمومات محكمه، و وجه عدم الاحتياج، أنه بعد وجود الروايه لا شرح للأصل و أنه مخصص للعمومات فلا محال

للمسك بها كما عرفت.

## الثاني: أنه مع الغض عن الوجه الأول

أن ما دل على جواز نكاح العبد و صحته معللا- بأنه لم يعص الله و انما عصى سيده دل على جواز بيع مال الرهن مع رضا المرتهن بدعوى ان الاستفادة منه أن كل عقد كان النهى عنه لحق الأدمى يرتفع المنع و يحصل التأثير بارتفاع المنع و حصول الرضا و ليس ذلك كمعصية الله أصاله في إيقاع العقد التي لا يمكن أن يلحقها الرضا الله و أما في غير ما لا يمكن فيه رضا المرتهن فلا مورد للمسك بما ورد في نكاح العبد، بل نتمسك بإطلاق الراهن و المرتهن ممنوعان من التصرف بناء على صحة التمسك به كما عليه المشهور و الغض عما بنينا عليه من جواز بيع الراهن استقلالاً كما عرفت، فان ما لا يجوز بيع الرهن انما هو البيع الذي يكون كبيع الغاصب بحيث جعل المبيع كغير الرهن و يعامل معه معامله الملك الطلق لا البيع الذي لا ينافي في الرهنه بوجه.

و الحاصل: أنه ربما يفرّق بين فكّ الرهن و بين اجازة المرتهن، و الالتزام بالصحة في الثاني و بالفساد في الأول و قد أجاب عنه المصنف و تبعه الأستاذ بأن مقتضى الصحة في بيع الراهن العين المرهونه موجود و المانع عن تأثيره انما هو حق المرتهن فإذا ارتفع بالفكّ فيؤثر المقتضى أثره و فيه أن الاحكام الشرعيه خارجه عن باب المقتضى و المانع بل القيودات و الشروط فيها معتبره في الموضوع فيدور الحكم مدار وجود الموضوع، و واجديته تمام الشروط فإذا لم يتم شيء من شرائطه فلا يترتب الحكم عليه فصحة بيع الرهن انما هي مترتبة على اجتماع كل من الراهن و المرتهن على البيع فان اجتماعهما في ذلك فيصحّ و إذا استقل كل منهما في التصرف فيبطل كما هو مقتضى الراهن و المرتهن ممنوعان من التصرف و على هذا

ص: ٢٥٢

فلو باع الراهن العين المرهونه و قبل اجازة المرتهن فك الرهن ياسقاط الدين أو بأدائه فلا يمكن الحكم بصحته لشمول إطلاق الخبر له ما قبل فك و ما بعده فيكون باطلا.

و بعباره أخرى صحته كانت متوقفه على اجازة المرتهن فلم تحصل بل ارتفع موضوعها و من الواضح أن الخارج عن تحت الخبر انما كان صوره اجتماع الراهن و المرتهن على البيع و أما غيرها فكان داخلا تحت الإطلاق فلا يشمله عموم أحل الله البيع و أوفوا بالعقود، و غيرهما من العمومات، فإنها وجد قبل الفك لم يكن الشرط فيه موجودا و هو اجازة المرتهن، و أما بعد الفك فلم يوجد البيع ليكون مشمولا لعموم الوفاء بالعقد، فافهم.

و أما ما ادعاه المصنف من أنه لا مجال لاستصحاب عدم تأثير البيع للعلم بمناط المستصحب و ارتفاعه فالمقام من باب وجوب العمل بالعام من باب استصحاب حكم الخاص كما زعمه المتوهم فإنه و ان كان متينا بالنسبه الى عدم جريان الاستصحاب لتبدل الموضوع مضافا الى عدم جريانه فى الأحكام الكلية كما حقق فى محله و لكن لا يتم من جهة التمسك بالعام أيضا لما عرفت أن إطلاق الراهن و المرتهن شامل للمورد فيكون مخصصا لعموم العام.

و تحصل أنه إذا باع الراهن و المرتهن شامل للمورد فيكون مخصصا لعموم العام.

و تحصل أنه إذا باع الراهن العين المرهونه ثم فك الرهن فيكون البيع فاسدا فلا مجوز للتصحيح.

ثم بناء على الصحة فهل مقتضى القاعده هنا أيضا الكشف كالفضولى أو النقل الظاهر هو النقل لما عرفت أن دليل الكشف هو الخبر الوارد فى باب النكاح من أنه تحلف المرأه أنها كانت راضيه بالنكاح لو بقى زوجها و تعدينا من ذلك الى كل عقد من جهة القطع بعدم الفرق بينها، و أما

المقام فلا وجه للتعدى إليه حتى لو جوزنا التعدى إلى صورته اجازته المرتهن إذ ليس هنا اجازته حتى تكشف عن حصول الملكيه من الأول و نتعد من خبر النكاح اليه، بل ليس هنا الآ الفكّ فلا موجب للكشف في مقام الإثبات و انما مقتضى القاعده هو النقل.

و اما بناء على ما ذكرنا من كون الكشف على القاعده فكك أيضا فإننا قلنا به من جهة تعلق الإجازة على العقد من الأول من حين الإجازة و ليس هنا اجازته لتعلق بالعقد و يكشف عن الملكيه من الأول.

ثم لو قلنا بالكشف أيضا فهل يحكم بلزوم العقد من طرف الراهن بحيث ليس له أن يفسخ العقد أم لا، فحيث أن المصنف قد قال في البيع الفضولي أن الأمر بالوفاء بالعقد أم لا، فحيث أن المصنف قد قال في البيع الفضولي أن الأمر بالوفاء بالعقد حكم انحلالى بالنسبه الى كل شخص كما أنه حكم انحلالى بالنسبه الى كل فلكل من البائع و المشتري أمر بالوفاء بالعقد مستقلا و على هذا فيجب للراهن الوفاء بالعقد كالمشتري الأصيل فلا يجوز له فسخه و لا إبطاله بالاذن للمرتهن في البيع.

و فيه أن معنى الوفاء هو الإتمام و الإنهاء و الوفاء بالعقد هو انهاءه و لا يتم ذلك الآ بعد تحقق العقد و الالتزام و هو لا يحصل الا من الطرفين فالشارع المقدس انما يحكم بإتمام العقد و إنهائه إذا كان العقد حادثا و إمضائه حدثا ثم يحكم ببقائه بقاء و ليس كك إذ الشارع لم يمضى العقد بعد فكيف يحكم بانهائه فإنه لا يتم بالترام البائع فقط و فى المقام لا يتم بالترام الراهن فقط بدون رضائه المرتهن و هذا نظير بيع الصرف و السلم قبل القبض فهل يتوهم أحد بجواز التمسك بالعمومات قبل القبض و كك مثل الوقف قبل القبض.

ثم بناء على اللزوم و عدم جواز فسخه فهل يجب للراهن فكك الرهن

ليبقى البيع و ينهاه الى الأخر أو لا يجب و قد تردد المصنف فى المسأله و قال يمكن أن يقال بوجوب فكّه من مال آخر إذ لا يتم الوفاء بالعقد الثانى إلا بذلك فمن باب المقدمه يجب الفكّ ليحصل الوفاء به، فالوفاء بمقتضى الرهن غير مناف للوفاء بالبيع.

و يمكن أن يقال انه انما يلزم الوفاء بالبيع بمعنى عدم جواز نقضه و أما دفع حقوق الغير و سلطته فلا يجب و لذا لا يجب على من باع مال الغير لنفسه أن يشتريه من مالكه و يدفعه اليه بناء على لزوم العقد بذلك.

و الظاهر هو الثانى فإن الأمر بالوفاء بالعقد إرشاد إلى أنه لا- ينقضى بالفسخ و لو أراد ان يفسخ فلا- يفسخ، و أما أنه من المحرّمات بحيث يكون الوجوب تكليفياً فلا- إذ لا- يمكن أن يكون أمر واحد إرشادياً و تكليفياً معا بحيث يكون أمر واحد متكفلاً لجهتين كما هو واضح. لا يخفى و عليه فلا يجب للراهن فكّ الرهن و ان قلنا باللزوم مقدمه الأداء و الوفاء.

ثم انه لو قلنا بكون الأمر بالوفاء تكليفياً أيضاً فلو امتنع فهل يباع عليه لحق المرتهن لاقتضاء الرهن ذلك، و ان لزم من ذلك ابطال بيع الراهن لتقدم حق المرتهن أو يجبر الحاكم الراهن على فكه من مال آخر جمعا بين حقى المشتري و المرتهن اللازمين على الراهن البائع و جهان، كما فى المتن الظاهر هو تقديم حق المرتهن كما هو واضح. و أما مع انحصار المال فى المبيع فلا إشكال فى تقديم حق المرتهن كما هو واضح.

الكلام فى بيع الغررى

**قوله:مسأله الثالث من شروط العوضين قدره على التسليم،**

**اشاره**

ص: ٢٥٥

فان الظاهر الإجماع على اشتراطها فى الجملة.

أقول: و من جملة شروط العوضين القدره على التسليم تنقيح مورد البحث هو أن المراد من القدره على التسليم هو القدره الفعلية بمعنى التمكن على التسليم عند البيع فلو قدر المشتري على التسلم و لم يقدر البائع على التسليم فيكون البيع صحيحا و لكن كان للمشتري الخيار إذ ليس عليه التسلم، بل يجب للبائع التسليم و كذا يثبت الخيار للمشتري إذا كان البائع قادرا على التسليم حين البيع ثم طرء له العجز، بل يجوز للمشتري طلب الأجره على الاستفاده فكل ذلك ليس موردا للكلام، و انما مورد البحث ما كان التعذر من المنتقل عنه و المنتقل اليه معا و مثلوا لذلك ببيع السمك فى الماء و الطير فى الهواء ثم لم ينقل الخلاف من العامه و الخاصه فى اعتبار هذا الشرط إلا أن العامه خالفوا فى بيع الآبق فقالوا بعدم الصحه و لم ينقل الخلاف من الشيعة فى اعتبار هذا الشرط، إلا من الفاضل القطيفى المعاصر للمحقق الثانى.

**ثم ان الدليل على اعتبار هذا الشرط وجوه:**

**الأول: قوله (عليه السلام) نهى**

النبي (صلى الله عليه و آله) عن بيع الغرر المشهور بين العامه و الخاصه

فيقع الكلام تاره فى سند الحديث و أخرى فى دلالة، أما الأول فلا شبهه فى ضعفه لكونه نبويا إلا انه اشتهر الاستدلال به فى المسأله و عليه فان كانت الشهره مستنده الى الحديث و قلنا بكونها جابره لضعف السند فيها و إلا فلا يمكن الاستدلال به و إثبات كل من الصغرى و الكبرى مشكل جدا.

و أما دلالة على المقصود فغرّ تاره يؤخذ متعديا فيكون بمعنى الخديعه و الغفله يقال غرّه أى خدعه كما فى الصحاح و القاموس و غيرهما و يظهر ذلك من الروايه المرويه عن أمير المؤمنين (عليه السلام) أنه عمل ما لا يؤمن

ص: ٢٥٦

معه من الضرر كما فى لسان العرب، ثم حكى المصنف: عن النهايه بعد تفسير الغره بالكسر بالغفله أنه نهى عن بيع الغرر و هو ما كان له ظاهر يغز المشتري و باطن مجهول و بالجمله أن الظاهر من جمله من أهل اللغه ان الغرر بمعنى الخديعه.

و تاره أخرى يستعمل لازما فيكون بمعنى الخطر كما فى المصباح و الأساس و المغرب و الجمل و فى لسان العرب نسبه الى بعض و ان كان بمعنى الخديعه فيكون النهى تكليفيًا محضا و نهيا عن خصوص التغيرير فلا يكون ناظرا إلى الجهه الوضعى الا أن المشهور استدلوا به على البطلان و ان كان بمعنى الخطر فيكون ناظرا إلى الجهه الوضعى فحيث أن تعين أحد المعنيين غير معلوم فلا يمكن الاستدلال به و العلم الإجمالى بأحدهما لا يفيد لكون كل منهما مشكوكا بالشبهه البدويه و ليس بينهما جامع كلى يوجب العلم التنجز.

نعم بناء على كون الغرر بمعنى الخطر فيستدل به على البطلان و لا يفرق فيه بين ما كان الجهل متعلقا بحصوله بيد من انتقل إليه أم بصفاته كما أو بصفاته كيف كما ذكره المصنف، و اما إذا تعلق بأصل الوجود فيكون من باب بيع ما لا يملك فيكون خارجا عن المقام و ربما يقال ان المنساق من الغرر المنهى عنه الخطر من حيث الجهل بصفات المبيع و مقداره لا مطلق الخطر الشامل لتسليمه و عدمه ضروره حصوله فى بيع الغائب خصوصا إذا كان فى بحر و نحوه، بل هو أوضح فى بيع الثمار و الزرع و نحوهما.

و فيه أولان انه ان كان بيع الغائب مما يوثق بحصول المبيع فليس فيه خطر بوجه فان ذلك من قبيل العلم بالحصول ضروره قيام الاطمئنان مقام العلم و كونه علما، و ان لم يوثق بحصوله فيكون عين المتنازع فيه فلا يكون فيه



و ثانيا: ما ذكره المصنف أن الخطر من حيث حصول المبيع في يد المشتري أعظم من الجهل بصفاته مع العلم بحصوله فلا وجه لتقييد كلام أهل اللغة خصوصا بعد تمثيلهم بالمثاليين المذكورين و احتمال إرادتهم ذكر المثاليين لجهاله صفات المبيع لا الجهل بحصوله في يده يدفعه ملاحظه اشتهاار التمثيل بها في كلمات الفقهاء للعجز عن التسليم لا للجهاله بالصفات، هذا مضافا الى استدلال الفريقين من العامه و الخاصه بالنبوى المذكور على اعتبار قدره على التسليم.

و بالجملة لا وجه لهذه الدعوى من العرف و اللغه و الشرع و فى مقابل هذا القول ما عن الشهيد فى القواعد حيث قال الغرر ما كان له ظاهر محبوب و باطن مكروه و شرعا هو جهل الحصول و مجهول الصفه فليس غررا و بينهما عموم و خصوص من وجه فإنه مضافا الى إطلاق الروايه أنه ليس للغرر حقيقه شرعيه حتى يتعد بها كما لا يخفى و لكن الذى يسهل الخطب أن كون الروايه ناظرا الى الحكم الوضعى محل تأمل، بل منع كما عرفت ثم انه هل العلم بوجود الخطر كالجهد بالمبيع أم لا، الظاهر هو الأول لا من جهه الفحوى بل من جهه خطريه المعامله كما لا يخفى.

### **الوجه الثانى: ما ذكره شيخنا الأستاذ من أنه لو لم يمكن التسليم و**

التسليم فهذا المال لا يعتبره العقلاء مالا و لا يترتبون عليه أثرا

و لذا مثل الأساطين لفقد هذا الشرط ببيع السمك فى الماء و الطير فى الهواء مع عدم رجوعهما إلى الحاله التى يمكن إقباضهما و قبضهما.

و فيه أنه على فرض اعتبار المالىه فى صحه البيع فهذا الوجه انما يتم فى الجملة أى فيما لا يكون المبيع فى نظر العرف مالا كبيع الطير فى الهواء

و السمكه فى الماء فان العرف لا يراهما مالا، بل ربما يعدونهما من التلف العرفى و أما فيما لم يكن المبيع الذى لا يقدر على تسليمه من التالف كما إذا غضب الغاصب المبيع و لم يكن البائع قادرا على الإنقاذ فإنه لا يعد ذلك فى العرف تالفا و غير مال، بل يعدّ مالا كما لا يخفى على أنه لا دليل على اعتبار المالىة فى المبيع كما تقدم فى أول البيع.

و الكلام فى القدره على التسليم و تحقيق المقام أن المراد من القدره على التسليم هى القدره الفعلية سواء كان القادر على ذلك هو البائع أو المشتري غاية الأمر إذا لم يكن القدره الآ من المشتري فيكون له الخيار بل جازت له مطالبه الأجره و مع عدم القدره الفعلية كان داخلا فى محل البحث انه صحيح أو فاسد، نعم لو كان البائع أو المشتري قادرا على التسليم أو التسلم ثم صار عاجزا فهو خارج عن محل الكلام، بل يثبت للمشتري خيار تعذر تسليم المبيع.

**ثم انه استدل على البطلان مع العجز عن التسليم بوجه:-**

**الأول: قوله (عليه السلام) نهى النبي (صلى الله عليه وآله) عن بيع الغرر**

فتارة يراد منه معنى الخديعه فيكون النهى متمخضا للنهى التكليفى فلا يكون موجبا للفساد و قد ذكر ذلك جمله من أهل اللغة.

و أخرى يراد من الغرر معنى الخطر فيكون النهى ناظرا الى الحكم الوضعى، و قد ذكر ذلك أيضا جمله من أهل اللغة فحيث لا قرينه على أراد المعنى الثانى فلا يمكن الاستدلال بالنبوى على بطلان البيع الغررى و اعتبار القدره على التسليم فى المعامله و ان كان صحيحا من حيث السند فان احتمال إرادته الخديعه يوجب منع ظهور النبوى فى الخطر.

نعم استدل المشهور من الخاصه و العامه به على الفساد و دعوى

العلم الإجمالي يكون أحد المعنيين مرادا من النبوى لا- يوجب الفساد من جهه تنجيز العلم إذ لا- وجه لكونه موجبا للتنجيز فان الخديعه محرمة جزما من الخارج مع قطع النظر عن إرادته الخديعه من النبوى نظير الغش و التدليس كما تقدم فى المكاسب المحرمة.

ثم انه بناء على اراده الخطر من الغرر كما استدل المشهور من الفريقين فلا- يفرق فيه بينما كان الجهل متعلقا بالحصول أم بالصفات من حيث الكيفيه أم من حيث الكميه فإن الجهل بكل منها يوجب الخطر فيكون البيع فاسدا.

و أما الجهل بأصل الوجود فهو خارج عن المقام و انما هو من صغريات بيع ما لا يملك و دعوى اختصاص الغرر بصوره الجهل بالصفات لا- وجه لها فان الجهل بالحصول أعظم غررا من الجهل بالصفات، بل من هذا ما ذكره المشهور من الأمثله من بيع السمك فى الماء و الطير فى الهواء فكأن صوره الجهل بالحصول مما تسالم عليه الكل بكونه موجبا للغرر كما لا وجه لدعوى اختصاصه بالجهل بالصفات لكونه معنى شرعيا للغرر و ذلك لعدم ثبوت الحقيقه الشرعيه فى ذلك.

ثم ذكر المصنف و كيف كان فلا إشكال فى صحه التمسك لاعتبار القدره على التسليم بالنبوى المذكور إلا أنه أخص من المدعى لان ما يمتنع تسليمه عادة كالغريق فى بحر يمتنع خروجه منه عادة و نحوه ليس فى بيعه خطر لان الخطر انما يطلقه فى مقام يحتمل السلامه و لو ضعيفا لكن هذا الفرد يكفى من الاستدلال على بطلانه بلزوم السفاهه و كون أكل الثمن فى مقابله أكلا للمال بالباطل.

و فيه أنه تقدم مرّه أنه لا دليل على بطلان البيع السفهى و انما

الدليل على بطلان بيع السفية و أنه تقدم مرارا أيضا أن آيه حرمه أكل المال بالباطل ناظره إلى الأسباب و أجنبيّه عن شرائط العوضين.

و أما أصل المطلب أن النبويّ و ان لم يكن شاملا- للمقام الآ أن الخطر بمعنى الهلاكه فإذا كان احتمال الهلكه موجه للفساد و فى صورته العلم بالهلاكه أولى بالفساد.

و من جمله ما يستدل به على اعتبار هذا الشرط النبويّ المستفيض لا تبع ما ليس عندك و ذكر المصنف أن كونه عنده لا يراد به الحضور لجواز بيع الغائب و السلف إجماعا فهى كناية لا عن مجرّد الملك لأن المناسب حينئذ لفظه اللام و لا عن مجرّد السلطنه عليه و القدره على تسليمه لمنافاته لتمسك العلماء من الخاصه و العامه على عدم جواز بيع العين الشخصيه المملوكه للغير ثم شرائها من مالکها خصوصا إذا كان و كيلا عنه فى بيعه و لو من نفسه فإن السلطنه و القدره على التسليم حاصله هنا مع أنه مورد السلطنه التامه الفعلية التى تتوقف على الملك مع كونه تحت اليد حتى كأنه عنده و ان كان غائبا و بالجمله فمراده أنه لا بد من اراده المعنى الجامع الأعم من الملك و الحضور.

أقول: أما قوله لا يراد به الحضور لجواز بيع الغائب و السلف فالظاهر أن ذكر السلف من سهو القلم فإنه بأى معنى يفسّر النبويّ فالسلف خارج عنه لعدم كونه ملكا و كونه غائبا أيضا.

و أما اراده الحضور من لفظ عندك فواضح البطلان لما ذكره المصنف من صحه بيع الغائب و أما اراده الجامع الشامل لعدم الملك و عدم القدره على التسليم فأیضا فاسد لعدم القرينه عليه بل الظاهر من النبويّ إرادته الملك و دعوى ان المناسب ذكر اللام حينئذ لا توجب عدم اراده الملك، فان من

المتعارف حتى الآن بل في سائر الأسنه استعمال كلمه عند في الملكيه و يقال أنه ليس عندي أى لا أملكه فلا يمكن الاستدلال بالنبوى على اعتبار هذا الشرط.

و أما ما ذكره من قوله مع أنه مورد الروايه عند الفقهاء بل هو مورد الروايه فإنه (ره) ذكر في البيع الفضولى أن العلامه (ره) روى أن الحكيم ابن حزام الدلال سأل عن بيع العين الشخصيه مع عدم كونها عنده فقال (عليه السلام) لا تبع ما ليس عندك.

و من هنا ظهر ما في كلام المصنف من قوله، و أما الإيراد عليه بدعوى أن المراد به الإشاره الى ما هو المتعارف في تلك الأزمنه من بيع الشىء الغير المملوك ثم تحصيله بشرائه و نحوه و دفعه الى المشتري فمدفوع بعدم الشاهد على اختصاصه بهذا المورد و ليس في الاخبار المتضمنه لنقل هذا الخبر ما يشهد باختصاصه بهذا المورد.

و وجه البطلان ما عرفت من روايه العلامه فإن السائل عنها إنما سئل عن خصوص البيع الشخصى الذى ليس عنده ثم يشتريه من الغير فيعطيه إياه.

و بالجملة أن الظاهر من قولهم (عليه السلام) لا تبع ما ليس عندك هو نفى الملكيه لا نفى الحضور و لا نفى القدره على التسليم و الاستدلال عليه و لا الجامع بين المجموع ثم ذكر المصنف نعم يمكن ان يقال أن غايه ما يدل عليه هذا النبوى، بل النبوى الأول أيضا فساد البيع بمعنى عدم كونه عله تامه لترتب الأثر المقصود فلا ينافى وقوعه مراعى بانتفاء صفه الغرر و تحقق كونه عنده، و لو أبيت إلا- عن ظهور النبويين فى الفساد بمعنى لغويه العقد رأسا، المنافيه لوقوعه مراعى دار الأمر بين ارتكاب خلاف هذا الظاهر و بين إخراج

بيع الرهن و بيع ما يملكه بعد البيع و بيع العبد الجانى عمدا و بيع المحجور لرق أو سفه أو فلس فإنّ البائع فى هذه الموارد عاجز شرعا من التسليم و لا رجحان لهذه التخصيصات فحينئذ لا مانع عن التزام وقوع بيع كل ما يعجز عن تسليمه مع رجاء التمكن منه مراعى بالتمكن منه فى زمان لا يفوت الانتفاع المعتد به.

و بالجمله فمراده أنه لو التزمنا بدلاله النبويين على فساد البيع من الأول لزم من ذلك التخصيص الأكثر لخروج جملة من الموارد عن تحتها و كونها صحيحه بالإجازة فهما يدلان على الفساد إذا لم يرتفع الغرر و لم يكن مالكا إلى الأبد لا مطلقا.

و فيه أولا- أن ظهور قوله نهى النبى عن بيع الغرر هو فساد البيع من الأول من غير أن يكون مرعى بانتفاء الغرر و يكون صحيحا بعده و لا يقاس ذلك ببيع الفضولى و بيع الراهن كما تقدم.

و ثانيا أنه لا- يلزم التخصيص الأ-كثر بخروج ثلاثة موارد من تحت الروايه و انما يلزم ذلك إذا كان الخارج بالنسبه إلى الباقي كثيرا، مثلا- لو قال المولى أكرم العلماء، ثم قال لا- تكرم زيدا، و لا- تكرم عمروا، و لا- تكرم بكرا، فلا- يلزم من ذلك تخصيص الأكثر، و انما يلزم ذلك إذا لم يبق تحت العام الا مصداق أو مصداقين.

و ثالثا: أن الموارد التى ذكرها المصنف ليست تخصيصها لنهى النبى عن بيع الغرر بل كلها أجنبى عن النبوى و ذلك فان بناء الاستدلال على كون الغرر فيه بمعنى الخطر و المهلكه و من الواضح أنه لا- خطر فى شىء من المذكورات فإن المشتري اما يرضى بذلك أو لا يرضى لعلمه بالحال و مع ذلك أى خطر فى ذلك و مع عدم العلم بالحال يثبت له الخيار كما لا يخفى

و أما ما ذكره من لزوم خروج بيع ما يملكه بعد البيع فهو خارج عما نحن فيه بالكليّة و انما هو بيع باطل لكونه بيعا لما لا يملك فيشملة قوله (عليه السلام) لا- تبع ما ليس عندك على أن بيع الرهن ليس إلا- كسائر البيوع الفضولية غاية الأمر هذا فضولى من المالك الراهن فلا وجه لإخراج خصوص بيع الراهن فقط دون بقيه البيوع الفضولية.

و أما النبوى الثانى ففيه أولا أن ظهوره هو أن كون المبيع عند البائع من الأول و أنه شرط لصحة البيع من الأول فلا يرتفع الفساد بطرؤ العنديه، بل هو باق على فساد إلى الأبد.

و ثانيا: أنه لا يلزم من خروج ثلاثه موارد منه تخصيص للأكثر أصلا.

و ثالثا: ليس أكثرها تخصيصا للنبوى فضلا عن أن يكون أكثر و ذلك أما بيع العبد الجانى عمدا فلأن ما يتوهم من المانع عن صحة البيع هو تعلق حق الغير به بأن يسترقه أو يقتله و لكنه ليس بمانع و ذلك لما تقدم فى المسأله السابقه من أنه لا يشترط فى استيفاء حق الجنايه بقاء الجانى فى ملك من كان مالكا له حين الجنايه فلا مانع من بيعه و مجرد تعلق حق المجنى عليه أو ورثته به لا- يوجب عدم نفوذ بيع مولاه لعدم كون البيع مانعا عن من استيفاء الحق غايه الأمر يثبت الخيار للمشتري مع الجهل بالحال، فان كونه جانيا عيب فى العبد و بالجمله بعد ما اعترف المصنف (ره) فى المسأله السابقه بصحة بيع العبد الجانى غايه الأمر يثبت الخيار للمشتري مع الجهل بالحال و الآ فلا يشمله قوله (صلى الله عليه و آله) نهى النبى (صلى الله عليه و آله) عن بيع الغررى حتى يكون خروجه تخصيصا.

و أما بيع المحجور لسفه أو رفق أو فلس فإن رضى من له البيع على ذلك كالأولى و الغرماء صح البيع فليس فيه غرر و ان لم يرض به فيكون باطلا

من الأول لا من جهة الغرر بل من جهة عدم نفوذ بيعهم بدون اجازة الولي و الغرماء.

و أما الرهن فان قلنا بأن اشتراط القدره على التسليم لا يشمل التعذر الشرعى و انما يختص بالتعذر الخارجى فلا إشكال فى صحه بيع الراهن لكون المنع هنا شرعيا و هذا هو الظاهر فان العجز الشرعى و ان كان العجز الخارجى إلا أن محط نظر الأساطين فى هذا الشرط هو عدم القدره خارجا و لذا يمثلون لما لا يقدر على تسلمه ببيع السمك فى الماء و الطير فى الهواء، و ان قلنا بشمول التعذر الشرعى فيكون بيع الراهن داخلا تحت النبوى لكونه من مصاديق بيع ما ليس عنده شرعا فيكون القول بالصحة فيه كما هو المشهور تخصيصا و على هذا فيكون الخارج عنه مصداق واحد على فرض واحد.

و بالجمله فظهور النبوى فى فساد البيع من الأول و مع القول بالتخصيص فليس تخصيصا للأكثر على أنه لا تخصيص إلا فى فرد واحد و مما استدل به على اعتبار هذا الشرط فى البيع من أن لازم العقد وجوب تسليم لكل من المبتاعين العوضين الى صاحبه لكن التسليم ليس بممكن فلا يصح العقد فمقتضى القياس الاستثنائى هو فساد العقد مع تعذر التسليم و أجاب عنه المصنف بأنه ان أريد أن لازم العقد وجوب التسليم وجوبا مطلقا منعنا الملازمه و ان أريد مطلق وجوبه فلا ينافى كونه مشروطا بالتمكّن كما لو تجدد العجز بعد العقد.

و فى كلام المصنف مسامحه واضحه فإن قوله وجوبا مطلقا لا يستقيم إذ لا معنى للوجوب المطلق سواء تمكن أم لم يتمكن بل التكاليف كلها مشروطه بالقدره و التمكّن و الاولى أن يقال انه ان أريد أن لازم العقد وجوب التسليم



وجوباً فعلياً منعنا الملازمه و ان أريد مطلق وجوبه فلا ينافي كونه مشروطاً.

ثم قال المصنف و قد يعترض بأصالة عدم تقييد الوجوب ثم يدفع بمعارضته بأصالة عدم تقييد البيع بهذا الشرط و في الاعتراض و المعارضه نظر واضح.

أقول: لا ربط لهذا الكلام أصلاً إذ عرفت أنه لا معنى لأصالة عدم تقييد الوجوب بعد ما استحال إطلاقه ضروره تقييد كل وجوب بحال التمكن و مع قبول إطلاقه فالأصل يقتضى هنا التقييد فإنه مع الشك في الوجوب بدون حصول القيد يتمسك بالبراءه و أيضاً مع الغض عن جميع ذلك لا وجه لمعارضه ذلك بأصالة عدم تقييد البيع لما عرفت في محله أن مقتضى الأصل في العقود هو الفساد و كلما يشك في اعتبار قيد فلا بدّ من اعتباره فتكون النتيجة هو التقييد.

### **و من الوجوه التي استدل بها على اعتبار هذا الشرط هو أن الغرض**

من البيع انتفاع كل منهما بما يصير اليه و لا يتم الا بالتسليم.

و فيه ما ذكره المصنف (ره) من منع توقف مطلق الانتفاع على التسليم لجواز الانتفاع في العبد مثلاً- بمثل العتق على أنه يجوز الانتفاع به بعد التسليم و في وقت حصوله.

### **و من الوجوه أن بذل الثمن على غير المقدور سفه فيكون ممنوعاً و أكله**

أكلاً للمال بالباطل

و أجاب عنه المصنف بأن بذل المال القليل في مقابل المال الكثير المحتمل الحصول لا يكون سفهاً.

على أننا ذكرنا كرارا أنه لا- دليل على بطلان البيع السفهى و إنما الدليل على بطلان بيع السفهيه ففي البيع السفهى يتمسك بالعمومات و نحكم بصحته.

و تحصل أن ما ذكره المصنف من الوجوه على اعتبار قدره على التسليم لم يتم شيء منها فلا وجه للحكم بالفساد بل نحكم بالصحة غايه الأمر يثبت الخيار للمشتري.

## و ذكر شيخنا الأستاذ أن الوجه في اعتبار قدره على التسليم أن

### إشاره

ما تعذر تسليمه ليس بمال

فيكون البيع باطلا لذلك لان العقلاء لا يرتبون عليه أثرا و لذا مثل الأساطين لفقد هذا الشرط بيع السمك في الماء و الطير في الهواء مع عدم اعتبار رجوعهما إلى الحاله التي يمكن إقباضهما ثم أورد على نفسه بأنه لا يقال لو كان في هذا النحو من المال قصور في جهه الماليه لزم جريان قاعده التلف قبل البيع فيه لو فرض كونه حال العقد مثل سائر الأموال، ثم قبل التسليم صار كذلك ثم أجاب بأنه و ان كان هذا المال في عالم الاعتبار قاصرا عمّا عليه سائر الأموال إلا أنه ليس كالعدم بحيث يعد تالفا و قاعده كون التلف قبل القبض من مال بايعه تختص بما إذا تلف حقيقه و لا تشمل بما إذا نقصت ماليتة و لذا لو باع الجمد في الصيف أو الماء في المفازه و لم يسلمه إلا في مكان نقصت قيمته و ضعفت اعتباره العقلانيه لا يلتزمون بانفساخ المعامله لقاعده التلف قبل القبض.

## و تحقيق المقام أن يقال أن المال الذي يتعذر تسليمه على أقسام:

### الأول: أن يكون مع تعذره مما يمكن للمشتري الانتفاع به،

كالعبد الأبق و الجاربه الآبقه فإنه و ان كان تعذر تسليمهما لأجل الإباق و لكن يمكن الانتفاع بهما بالعتق، و على هذا فلا يوجب التعذر تسليم خروج المال المتعذر عن الماليه و ان كان تنقص قيمته لأجل التعذر تسليم فما ذكره من كون التعذر موجبا لزوال الماليه لا يتم هنا لإمكان انتفاع المشتري بذلك و على هذا فيصح البيع هنا بمقتضى القاعده حتى بناء على اعتبار الماليه في البيع.

## الثاني: أن لا يمكن الانتفاع به لأحد لا المتبايعين و لا غيرهما بحيث

يوجب التعذر لحوقه بالتالف و بالمعدوم

فهذا مما لا شبهه في عدم جواز بيعه حتى بناء على عدم اعتبار المايه في المعاوضه فإنه انما لا يعتبر على هذا المسلك كون المبيع مالا لا غير موجود فإنه لم يختلف أحد في اشتراط الوجود فيه فتكون البيع فاسدا حينئذ و هذا نظير ما إذا صاد طيرا وحشياً أو غزالا وحشياً أو غيرهما من الحيوانات البريه الغير الأهليه ثم أبق فإنه لا يرجع عاده فيكون في حكم التلف عرفا و لذا لا يصح أن يقال أن لفلان حيوانا في هذا المفازه و هكذا المال الذى وقع في البحر كالخاتم و الدرهم و الدينار و نحو ذلك فان العرف يرى ذلك تالفا و لا يرون في تلك الأموال اضافه الى مالكة بوجه لا إضافه المايه و لا إضافه الملكيه و لا إضافه الحقيه و هذا القسم لا شبهه في عدها من التالف و على هذا فلو باع أحد ماله ثم وقع في البحر قبل القبض أو صاد غزالا أو طيرا ثم أبق قبل القبض لا شبهه في عد ذلك من التالف فتشمل عليه القاعده المعروفه كل مبيع تلف قبل القبض فهو من مال بائعه فان ذلك و ان لم يكن معدودا من التلف الحقيقى و لكنه يعد من التلف العرفى.

و بالجمله ما كان يتعدّر التسليم و مع ذلك لا يمكن لأحد أن ينتفع به فيكون عرفا من التالف فلا يبقى فيه اضافه الى المالك أى اضافه كانت فلا يصح البيع مع هذا التعذر بل يبطل البيع مع طرؤ مثل ذلك التعذر.

## الثالث: أن يكون التعذر موجبا لعدم إمكان الانتفاع للمتبايعين

فقط دون الأشخاص الأخر

كما إذا غصب الغاصب دار زيد فجلس فيها و لكن لا يتمكن زيد عن انقاذها و لا من يريد بيعها منه و لا يمكن لهما أن ينتفعا بها بوجه إلا أن ذلك لا يوجب عدم جواز الانتفاع بأصل الدار و

كونها ساقطه عن المالىه بالكلية بحيث لم يرغب إليها أحد و لا ينتفع بها شخص و إلا لما غضبها الغاصب، بل لم تنقص قيمه هذه الدار أيضا فكيف بكونها ساقطه عن المالىه.

و على هذا فما ذكره شيخنا الأستاذ من كون التعذر موجبا عن الخروج عن المالىه انما يتم في الفرض الثانى فقط لا في غيره من الفروض فلا- كليه له و في هذا الفرض الثانى يبطل البيع حتى مع عدم اعتبار المالىه أيضا لعدم وجود المبيع لا من جهه عدم المالىه لما عرفت من كونه لاحقا بالتالف فلا تصل النوبه بما ذكره الأستاذ و في هذا الفرض الثانى ما ذكره المستشكل من لزوم كونه موجبا لبطلان البيع لو طرئه ذلك العارض قبل القبض و الإقباض هذا ما تقتضيه القاعده.

### و أما بحسب الروايات

فقد ورد صحيحا في المسأله الآتية في العبد الآبق و الجاربه الآبقه أنهما يباعان مع الضميمه معللا بأنه لو لم يرجع العبد و الأمه يقع الثمن في مقابل الضميمه فإن المستفاد من عموم التعليل هو جواز البيع مع الضميمه مطلقا سواء كان الآبق هو العبد أو الإبل أو غيرهما و يصحّ البيع في مطلق الشارد كما لا يخفى و لكن المشهور لم يعملوا بالروايات في غير العبد الآبق و الجاربه الآبقه و لم يعملوا بعموم التعليل كما هو واضح فتدل الروايه على عدم جواز بيع غير العبد الآبق من الموارد التى يتعذر فيه التسليم بطريق أولى فإنه إذا لم يصحّ بيع العبد الآبق منفردا مع جواز الانتفاع به بالعتق و فيما لا ينتفع به لا يصحّ بالأولويه.

### هل القدره شرط أو العجز مانع

قوله: ثم ان معاهد الإجماعات كما عرفت كون القدره شرطا.

أقول: قد وقع الخلاف في أن القدره على التسليم شرط للبيع أو العجز عنه مانع بعد الفراغ عن أصل الاشتراط و قد أكد الشرطيه في عباره

ص: ٢٤٩

الغنيه حيث حكم بعدم جواز بيع ما لا يمكن فيه التسليم فينتفى المشروط عند انتفاء الشرط و مع ذلك كله فقد استظهر صاحب الجواهر من عباره الغنيه أن العجز مانع لا أن القدره شرط للبيع و تظهر الثمره فى مورد الشك حيث أنه لو اعتبرت القدره شرطا لا يجرى الأصل و لو اعتبر العجز مانعا فتمسك بالأصل ثم ذكر مسأله اختلاف الأصحاب فى الضال و الضاله و جعله دليلا على أن القدر المتفق عليه ما إذا تحقق العجز.

و قد أشكل عليه المصنف أولا بأن صريح تسالم الفقهاء و معاهد إجماعهم خصوصا عباره الغنيه المتأكده بالتصريح بالانتفاء عند الانتفاء هى شرطيه القدره فلا وجه لجعل مانعا عن البيع.

و فيه أنه لا حجه فى تسالم الأصحاب و إجماعاتهم خصوصا بعد عدم كون هذه التديقات مغروسا فى أذهان السابقين من أن العجز مانع أو القدره شرط و كذلك صاحب الغنيه فإن بنائهم التعبير عن اعتبار القدره على التسليم فى البيع بعباره و من البعيد التفاتهم على كون القدره شرطا أو اعتبار العجز مانعا.

و بالجمله بعد ما لم يكن هذا الاختلاف موجودا فيهم فلا- وجه لدعوى الإجماع على احد فى الاختلاف على أن الظاهر من قوله (صلى الله عليه و آله) نهى النبى عن بيع الغرر هو كون الغرر مانعا عن البيع فإن النهى إرشاد إلى المانع أى أن البيع الغررى ممنوع و خارج عن تحت العمومات الداله على الصحه و اللزوم.

و ذكر المصنف ثانيا أن العجز أمر عدمى لأنه عدم القدره عمّن من شأنه صنفا أو نوعا أو جنسا أن يقدر فكيف يكون مانعا من ان المانع هو الأمر الوجودى الذى يلزم من وجوده العدم كان ممنوعا لأجله و يلزم منه انتفائه

فلا وجه لجعل العجز الذى هو الأمر العدمى من قبيل المانع الذى يلزم من وجوده العدم فإنه لا معنى لجعل عدم القدره مانعا إلا لجعل عدم القدره الذى هو وجود القدره شرطا كما لا يخفى.

و فيه أن الأمر العدمى لا يكون مانعا إذا كان يقابل الوجود تقابل السلب و الإيجاب لكونه عدما محضا و غير ممتاز فضلا عن أن يكون مانعا.

و أما العدم الخاص الذى يقابل الوجود تقابل العدم و الملكة فله حظ من الوجود فيمكن أن يعتبر مانعا مثلا للشارع أن يعتبر العجز مانعا عن صلاحه الجماعه و أن يعتبر عدم الجهل الذى يقابل العلم تقابل العدم و الملكة فى صحه الجماعه بأن يكون مانعا عن انعقادها و هكذا و هكذا فما ذكره المصنف من عدم جعل الأمور العدمى مانعا فهو خلط بين العدم الخاص و العدم المطلق فما نحن فيه من قبيل الأول كما صرح به.

على أن المانع هنا غير ما جرى عليه الاصطلاح فى علم المعقول من المانع ما كان يلزم من وجوده العدم فيجعلون الأمور الوجوديه مانعا عن الشيء و مؤثره فى عدم تحققه و هذا بخلاف الأحكام الشرعيه فإن المانع فيها ما يعتبر الشيء مانعا عن الحكم الشرعى سواء كان أمرا وجوديا أم أمرا عدميا من غير أن يكون مؤثرا فى عدم تحقق شيء أصلا.

و بالجملة ليس المانع هنا هو المانع المصطلح عليه فى علم المعقول و لا الشرط و المقتضى و سائر ما اصطالحوا عليه من اجزاء العلّه جاريا على مصطلحهم لأن باب المعقول ليس باب التأثير و التأثير الحقيقى، بل التأثير فى مجرّد الاعتبار فشابه ذلك لذلك فأطلق عليه ألفاظه فمعنى كون العجز مانعا خروج صوره العجز عن حكم أوفوا كما أن معنى كون القدره شرطا خروج ما عدا صوره القدره عن حكمه كما ذكره المحقق الايروانى.

ثم ذكر المصنف ثالثا لو سلم صحه إطلاق المانع على العجز لا ثمره في أن القدره شرط لصحه البيع أو أن العجز مانع عنه و ذلك من جهه أنه أن كانت الحاله السابقه هي القدره و شككنا في تحقق القدره أو العجز فعلا فنستصحبها و أن كانت الحاله السابقه هو العجز فأیضا نستصحب العجز سواء جعلنا القدره شرطا أو العجز مانعا و إذا شككنا في أن المراد من العجز ما یعم التعذر أم خصوص التعذر أو المراد من العجز العجز المستمر أو العجز في الجملة فاللازم هو التمسك بعمومات الصحه من غير فرق بين تسميه القدره شرطا أو العجز مانعا، ثم ذكر ان التردد بين شرطیه الشيء و مانعیه انما یصح و یثمر في الضدين مثل الفسق و العداله لا فما نحن فيه و شبهه كالعلم و الجهل.

ثم ذكر أن الاختلاف الأصحاب في مقابل مسأله الضال و الضاله فليس للشك المالك في القدره و العجز و مبتيا على كون القدره شرطا أو العجز مانعا كما يظهر من أدلتهم على الصحه و الفساد، بل بما سیجىء عند التعرض بحكمها و ذكر حکم ذلك في مسأله الآبق.

و فيه أنه لا ثمره للنزاع المذكور إذا كان لكل من العجز فقط أو القدره فقط حاله سابقه و أما إذا كان لكل منهما حاله سابقه معا و كان الشك في التقدم و التأخر أو لم يكن لهما حاله سابقه أصلا و أن كان هذا فرضا غير معقول أو كان و لكن نسبي فإنه حينئذ ان جعلنا القدره شرطا فيكون العقد محكوما بالفساد واقعا لأصالة عدم تحقق الشرط و محكوما بالصحه لأصالة عدم المانع فلا وجه له لأن لا یفرق بين الصورتين و بالجملة أن شيئا من المذكورات لا یرد على صاحب الجواهر.

نعم یرد على صاحب الجواهر أن أصالة عدم المانع لا دليل عليها و

ليس حجه أصلاً إلا إذا قلنا بقاعده المقتضى و المانع.

فنقول ان مقتضى الصحة فى العقد موجود من الملكيه و العمومات و المانع مفقود فيؤثر المقتضى أثره فلا يكون النهى عن الغرر موجبا لخروج هذا العقد عن تحت العمومات لعدم إحراز المانع و لكنه ذكرنا فى الأصول أنه لا دليل على حجه قاعده المقتضى و المانع أصلاً.

و بالجمله فكما أن الشرط لا بدّ و ان يحرز فى صحه العقد و كذلك لا بدّ من إحراز عدم المانع لاعتباره فى صحه العقد كالشرط فأصالة عدم المانع ليس من الأصول المسلمه حتى يحرز بها ذلك إلا إذا كان لكل منهما حاله سابقه فان مقتضى الاستصحاب حينئذ هو الحكم بالقدره أو العجز أو بعدم القدره و عدم العجز فعلاً بوجودهما الا-حرازى و أن الشارع حكم بمقتضى الاستصحاب على ذلك فان هذا الأصل لا محذور فى جريانه فإنه يكفى فى جريان الأصل كونه ذى أثر شرعى سواء كان نفس المستصحب حكماً شرعياً أو موضوعاً ذى حكم أم لم يكن كما اختاره شيخنا الأنصارى فى الأصول و قوّاه شيخنا الأستاذ و جعلناه موافقاً للتحقيق.

نعم هذا موردّه فى الوجه الثانى على النحو الذى ذكرناه بناء على مسلك صاحب الكفايه من اشتراط كون المستصحب فى الاستصحاب أما حكماً شرعياً أو موضوعاً ذى حكم فلا مطرح للاستصحاب هنا لعدم كونه القدره أو العجز حكماً شرعياً و لا موضوعاً للحكم الشرعى، بل اما أن القدره شرط للعقد أو أن العجز مانع عن صحه العقد.

على أنه لا تصل النوبه الى أن القدره شرط أو أن العجز مانع كما هو واضح، بل بحكم بطلان العقد للغرر المنهى عنه بيان ذلك أنه بناء على صحه الاستدلال بالنبوى نهى النبى (صلى الله عليه و آله) عن بيع الغرر فإنما هو نهى عن



البيع الغررى و البيع الذى فيه خطر و هلاكه و من الواضح جدا أنه مع الجهل بأن البائع يكون قادرا على التسليم أم لا فيكون البيع غرريا أى بيعا فيه احتمال الخطر و الهلاكه فإِنَّكَ عرفت اعتبار الجهل فى مفهوم الغرر فبمجرد احتمال ذلك يكون البيع باطلا لشمول النهى له و خروجه عن تحت العمومات إذ ليس شرط البيع هى القدره الواقعيه أو المانع عنه هو العجز الواقعي، بل الشرط أو المانع هو إحراز القدره أو إحراز العجز كما لا يخفى.

و بالجمله لا بد فى صحه العقد من إحراز أنه ليس فيه خطر و هلاكه و من الواضح أن احتمال أن البائع لا يقدر على التسليم فيه من الخطر ما لا يخفى فيكون مشمولا للنهى عن الغرر فيكون فاسدا.

نعم، إذا كانت الحاله السابقه هى القدره على التسليم و شككنا فى القدره و العجز فعلا فنستصحب القدره على التسليم ان كانت القدره شرطا أو عدم العجز ان كان العجز مانعا فيه نلغى احتمال الخلاف فكأن الشارع يقول الغى احتمال الخلاف بناء على ما ذهب اليه المصنف فى الأصول و تبعه الأستاذ و اخترناه من أن الشرط لجريان الاستصحاب كون المستصحب ذى أثر شرعى فلا يلزم كونه أى المستصحب ذى حكم أو حكما شرعيا كما ذهب اليه صاحب الكفايه فإنَّ القدره ليست موضوعا للحكم و لا انها بنفسها حكم و انما شرط البيع هو إحراز القدره لا لقدره الواقعيه و لذا يصحَّ البيع مع إحراز القدره و ان لم يكن فى الواقع قادرا على التسليم.

و بالجمله فما لم يكن هنا ما يحرز به كون العقد خطريا فيحكم بفساده لا طلاق نهى النبى عن بيع الغررى بناء على تماميته و الآ فلا- و مع ذلك لا- تصل النوبه الى أن مقتضى القاعده فى صوره الشك فى كون القدره شرطا أو العجز مانعا مع عدم الحاله السابقه لكل منهما أى شىء كما هو واضح

ثم انه إذا شككنا فى أن القدره على التسليم شرط للبيع أو العجز عنه مانع عنه و شككنا أيضا فى أنا قادرين على ذلك أو غير قادرين فتاره بكون الشك فى الشبهه الحكميه و المفهوميه و اخرى يكون الشك فى الشبهه المصداقيه.

أما الأول: فكما إذا شككنا أن القدره المعتره فى تسليم العوضين هى القدره العقليه أو الشرعيه أو العرفيه أو الأعم و انه لا بد من العلم بالقدره على التسليم أو يكفى مجرد احتمال القدره عليه من جميعها، ففى الحقيقه يرجع الشك إلى سعه مفهوم القدره المعتره هنا و ضيقه فيكون من صغريات الأقل، و الأكثر، فنأخذ القدر المتيقن و نجري البراهه من الزائد عنه كما قزر فى محله.

و أما إذا كانت الشبهه مصداقيه بأن كان الشك فى كون كل من المبتاعين قادرا على التسليم أو غير قادر عليه، فح تختلف الحال بالنسبه الى ذلك باختلاف دليل اعتبار القدره على التسليم بيان ذلك إذا كان دليل الشرط المذكور النبوى المعروف نهى النبى (صلى الله عليه و آله) عن بيع الغرر، فح لا توجه شبهه مصداقيه فى المقام أصلا، فإن مبنى الاستدلال به انما هو أخذ الغرر بمعنى الخطر و من الواضح جدا أن الخطر يتحقق بمجرد الاحتمال و أن البائع أو المشتري لا يقدر على التسليم إذ الخطر هو الهلاك بمعنى خوف عدم وصول كل من العوضين إلى الأخر لا الهلاك بمعنى الانعدام و هذا لا معنى للشبهه المصداقيه أصلا، فإن كل من المتعاملين يرى نفسه بأنه بأى كيفيه و حاله فإنه ان كان جازما على كونه قادرا على التسليم فالشرط متحقق و ان كان مترددا فى ذلك و محتملا أنه يقدر فلا تحقق للشرط فان الشرط ليس هو التمكّن الواقعي، بل إحراز القدره.

و بعبارة أخرى قد عرفت أن ما هو شرط للبيع ليس إلا إحراز القدره و لو كان العجز مانعا فإنما هو إحراز العجز و احتمالاه و أن موضوع الحكم إثباتا و نفيها هو الوصف النفساني دون الأمر الواقعي التكويني و عليه فلا يعقل مورد يشك فيه أن الشرط أو المانع موجود أم لا بل لا بد و أن لا يلاحظ كل من المتبايعين ما في صقع نفسيهما من الأوصاف النفسانية فإن كان كل منهما جازما على القدره على التسليم فالشرط و عدم عجزهما عن ذلك فالشرط متحقق أو المانع مرتفع و ان كانا متردّين في ذلك و محتملين عدم القدره على التسليم، فالشرط منتف أو المانع مفقود.

و على هذا فلا يفيد جريان الاستصحاب إذا كان الحاله السابقه هي القدره بحيث يحرز به وجود القدره و كان يلغى به احتمال عدم القدره على التسليم كما يلغى به احتمال الخلاف في سائر الموارد بحيث كان الشارع يقول الغي احتمال الخلاف و ذلك من جهة أن المستصحب عبارته عن القدره السابقه و الخطر انما يتحقق بمجرد احتمال عدم القدره على التسليم، و خوف عدم وصول العوضين الى المتبايعين و من الواضح جدا أن استصحاب القدره لا يثبت وصول العوضين بيد المتبايعين و لا يلغى احتمال عدم القدره على التسليم الذي موجود بالفعل وجدانا الا على القول بالأصل المثبت و بالملازمه العقلية فهو كما ترى.

نعم لو قامت البيئه على ذلك و أن كل منهما قادرين على التسليم فيرتفع بها احتمال عدم القدره على التسليم تعبدا لكونها من الامارات فهي كما تتكفل على إثبات المعنى المطابقى فكك تتكفل أيضا على إثبات اللوازم كما حَقَّق في محلّه.

و دعوى أن الوصف النفساني أعنى احتمال عدم القدره على التسليم

الذى به قوام الغرر موجود فى المتبايعين تكويننا و الاماره لا- يرفعه فلا- يفرق فيما ذكر بين الاماره و الاستصحاب فإنها دعوى جزافيه فإن الاماره و ان لم ترفعها تكويننا و لكن ترفعها تشريعا و تعيدا فهل يتوهم أحد أنه مع قيام الاماره أن موضوع البراءه هو الشك فتجرى فى مقابلها فان ما نحن فيه أيضا نظير ذلك، فان كلها ناظره إلى الأحكام الظاهريه دون الواقعيه.

و بالجمله مع كون دليل الشرط هو النبوى فلا نعقل موردا للشبهه المصداقيه بوجه من الوجوه كما لا يخفى.

و أما إذا كان المدرك قوله (صلى الله عليه و آله) لا تبع ما ليس عندك، فان الكلام ح فى الشبهات المفهوميه هو الكلام الذى تقدم من ان المقام من موارد دوران الأمر بين الأقل و الأ-كثر فنأخذ المقدار المتيقن فنجرى البراءه فى الزائد و أما الشبهه المصداقيه فتحقق على هذا فان معنى كون المال عنده أو ليس عنده و ان كان واضحا على مسلكتنا كما تقدم من كون ظهور عباره عن الملكيه دون الأعم منه و من القدره على التسليم و لكن مع التنزيل عن ذلك و أخذ العند بمعنى السلطنه على التسليم، و عليه فيمكن أن يشك الإنسان فى ملكه أنه عنده أو ليس عنده، كما إذا تولد فرسه أو غنمه أو غيرهما من الحيوانات المملوكه له فى غير بلده، و شك فى أنه هل هو قادر على تسليمه أولا، لاحتمال كون طريقه أى طريق ذلك البلد مسدودا و هكذا و هكذا، ففى هذه الموارد أما التمسك بالعمومات الداله على صحه المعامله فلا يجوز لعدم جواز التمسك بالعام فى الشبهه المصداقيه.

بل، نقول انه تاره يكون لهذا الفرد المشكوك حاله سابقه معلومه بأن كان قبل زمان قادرا على التسليم أو عاجزا عنه فبناء على كون القدره شرطا فيستصحب القدره على التسليم، فبناء على كون العجز مانعا فيستصحب

عدم العجز، و مع كون حاله السابقه هو العجز فاما يستصحب عدم القدره ان كانت هي شرطاً أو يستصحب عدم العجز أن كان هو مانعاً فلا يرد على هذا، ما تقدم من الإشكال في جريان الأصل من كونه مثبتاً فان عنوان عدم السلطنه على التسليم و إيصال العوضين تحت يد كل من المتبايعين أمر مستصحب، فيمكن إثباته بالاستصحاب كما لا يخفى، فيحرز به أنه قادر على التسليم، و كذا الحال لو قامت البيئه على القدره على التسليم.

و أما إذا لم تقم البيئه على ذلك أو كان لكل من القدره و العجز حاله سابقه و لكن اشبه كل منهما على الآخر و لم يعلم السابق منهما أو لم يكن لشيء منهما حاله سابقه فهل يمكن الالتزام بصحة البيع هنا أو لا يمكن.

فنقول اما إذا كان لكل منهما حاله سابقه فاشتبهها فلا شبهه في تعارض الأصلين و تساقطهما فيحكم بالفساد لعدم جواز التمسك بالعموم لان الفرض أن المورد من الشبهات المصدقيه فلا يجوز التمسك بالعام في الشبهات المصدقيه.

و أما إذا لم تكن لهما حاله سابقه كما إذا تولد للبائع حيوان فلا يدري أنه قادر على التسليم أو غير قادر عليه أو مات أبوه فانتقل المال اليه و قد باع متاع من فلان فلا يدر الوارث أنه كان قادراً على التسليم أو لم يكن أو باع نفسه شيئاً و نسي أنه حين البيع كان قادراً عليه أو لم يكن ففي جميع ذلك بعد الفراغ عن تحقيق معنى القدره على التسليم و مفهومه بحيث لا يشك في المفهوم و لا يرجع الشك إليه بأنه هل تصدق القدره على احتمال القدره على التسليم أو لا، و هكذا.

فنقول: انا قد ذكرنا في الأصول الضابطه الكليه في دوران الأمر بين شرطيه أحد الضدين و مانعيه الآخر كما إذا شككنا أن العداله شرط

للجماعه أو الفسق مانع عنها و هكذا فى الموارد الأخر و كما إذا شككنا أيضا أن العداله شرط لوجوب إكرام العلماء أو الفسق مانع عنه مع عدم الحاله السابقه فيهما فهل الضابطه هنا هو إجراء أصاله عدم العداله و منع تحقق الشرط أو إجراء أصاله عدم الضد الأخر و تفرّع عدم المانع عليه، فثمره نزاع كون أحد الضدين شرطا أو كون الأخر مانعا هو ذلك فبناء على كون أحد هما شرطا ففى المثال بأن تكون العداله شرطا للكلام و الجماعه فأصاله تحقق الشرط أو بأصاله البراهه عن الواجب مع الشك فى الشرط فنحكم بعدم الوجوب و بفساد المشروط.

و أما لو كان الضد الأخر مانعا و ان لم يكن لأصاله عدم المانع أساس صحيح إلا ما ذكرناه من قاعده المقتضى و المانع و لكن ذكرنا فى محلّه أنه يمكن نفي الضد الأخر بالعدم الأزلى بناء على جريانه كما هو الحق، ففى المثال المتقدم أن كونه عالما محرز بالوجدان فعدم كونه فاسقا زمان نحززه بالأصل فليتم الموضوع المركب من الوجدان و الأصل فيترب عليه الحكم و لكن الأصل النافى للضد الأخر هو العدم المحمولى لعدم وجود الفسق دون العدم الأزلى نعم فى مثل القرشيّه و نحوها تجرى أصاله عدم الأزلى.

و بالجمله قد حققنا فى محلّه أن الضابطه فى ذلك هو نفي الضد الأخر اما بأصاله العدم المحمولى أو بأصاله العدم الأزلى فيحكم بصحه العمل الذى قد اعتبر ذلك الضدّ فيه من حيث العدم.

و لكن لا- يجرى ذلك فى المقام و ذلك لأننا إذا شككنا فى أن البائع قادر أو عاجز يستصحب عجزه السابق مثلا و أما العدم المحمولى الذى يشكّ فى استمراره فى أول وجود المعروض كالقرشيّه و مخالفه الشرط للكتاب و نحو ذلك فالاستصحاب غير جار إلا بمفاد ليس التامه و لا أثر له لكونه مثبتا

و بالجمله ففى تقابل العدم و الملكه الذى من صغرياته ما نحن فيه لما عرفت من كونه التقابل بين القدره و العجز هو تقابل العدم و الملكه غايه الأمر ان العدم هو الذى من شأنه الوجود و ليس له رائحه الوجوديه أزيد من ذلك لا يجرى هذا الضابطه و النزاع المذكور، بل لا بد من الالتزام بشرطيه القدره فيكون البيع ح فاسدا و ذلك لان العجز أمر عدمى غير قابل لأن يكون مانعا إذا المانع هو الأمر الوجودى الذى يمنع عن تأثير المقتضى و العدم ليس له ذلك فلا يمكن إجراء أصاله عدم العجز و رفع المانع بذلك الأصل، بل العجز ليس إلا عدما الذى هو مفاد الأصل فليس مفاد الأصل أزيد من ذلك.

نعم لو ترتب على هذا الأمر العدمى عنوان بسيط و كان العنوان البسيط المنتزع من ذلك الأمر العدمى موضوعا للحكم لجرى هذا الأصل أيضا كالععمى إذ ليس هو صرف عدم البصر بل هو عنوان بسيط فيكون بذلك العنوان موضوعا للحكم فيمكن نفي ذلك العنوان الذى هو نحو من الوجود بأصاله العدم الأزلى.

و لكن هذا أيضا لا- يجرى فى المقام إذ لا- دليل على كون العجز مانعا عن البيع الآ- قوله (صلى الله عليه و آله) لا- تبع ما ليس عندك كما هو المفروض و من الواضح أن عنوان ما ليس عندك ليس إلا أمرا عدميًا غايه الأمر عدما من شأنه الوجود أى عدم ملكه فهو بنفسه مانع عن البيع لكونه مأخوذا فى لسان الدليل لا عنوان آخر بسيط منتزع عنه فإذا ليس مفاد الأصل إلا نفي عنوان ما ليس عندك الذى هو عدم فلا يوجب ذلك رفع عنوان بسيط حتى يقال أن الأصل أوجب رفع الضد الآخر الذى كان مانعا كما لا يخفى.

و بالجمله فلا دليل يدل على كون العنوان البسيط المنتزع من العجز و من عنوان ما ليس عندك موضوعا للحكم حتى باعتباره تجرى الضابطه المذكوره فى المقام فافهم.

**قوله: ثم ان العبره فى الشرط المذكور انما هو زمان استحقاق التسليم**

**اشاره**

أقول: قد عرفت أن المدرك لا اعتبار القدره على التسليم قوله (صلى الله عليه و آله) نهى النبى (صلى الله عليه و آله) عن بيع الغرر بناء على كونه بمعنى الخطر و قوله (صلى الله عليه و آله) لا تبع ما ليس عندك، بناء على تفسيره بمعنى عدم السلطه على التصرف و التسليم

**و أنما يتوقف الاستدلال بهما على المقصود على مقدمات ثلاث:**

**المقدمه الاولى: أن يكون المتعاملين مالكين على المبيع و الثمن**

و غير المالك ليس مخاطبا بهذا الخطاب كالفضولى و نحوه فلا يشملان لغيره بل لخصوص المالك.

**المقدمه الثانيه: أن يكون الغرر فعليا**

فان ففعليه الحكم بفعليه الموضوع فالغرر الشأنى لا يكون مؤثرا فى بطلان العقد.

**المقدمه الثالثه: أن يكون مخاطبا بالتسليم و مأمورا به**

و فيما ليس أمر بالتسليم فلا مورد للنبيين.

**و يتفرع على ذلك فروع مهمه: -**

**الفرع الأول: أنه لو كان المبيع تحت يد المشتري و لم يقدر البائع**

على أخذه منه و لا على التصرف منه

و لكن يقبل الغاصب بيعه منه فيجوز أن يبيعه فلا- يعتبر التسليم هنا فان اعتبار القدره هنا ليس من باب الموضوعيه بل من جهه



الطريقيه و وصول العوضين الى المتعاملين و من المعلوم أن المثلن هنا تحت سلطه المشتري فاعتبار التسليم تحصيل للحاصل  
لكونه موجودا عنده فلا يشمل النبويان على ذلك.

ص: ٢٨١

أما دليل نفي الغرر فمن جهة أنه ليس هنا خطر بوجه لوجود المبيع تحت يد المشتري فأى خطر هنا فإنه لو كان انما هو من جهة الجهل بوصوله إلى المشتري فالمفروض أنه حاصل عنده و اعتباره ثانيا تحصيل للحاصل.

و أما النهى عن بيع ما ليس عنده فقد عرفت أن كونه دليلا لهذا الشرط من جهة كون العند بمعنى السلطنة على التصرف و التسليم و من الواضح أنه يعتبر فيما من شأنه أن يسلم إلى المشتري.

و أما فيما لا يلزم التسليم فيه فلا مثلا لو قال المولى لعبده لا تشتري من السوق ما لا تقدر على حمله فان مناسبة الحكم و الموضوع تقتضى أن ما يلزم حمله الى البيت منهى عنه شرائه فلا يعم ما لا يحمل على البيت فلا يمكن أن يقال أنه لا يجوز للعبد اشتراء العقار و مال التجاره و غيرهما مما لا يلزم حملها على البيت بمجرد النهى المذكور، بل لو كان هنا عموم نتمسك به كما إذا أمره بالمعامله و البيع و الشراء قبل النهى المذكور.

ففى المقام أن مناسبة الحكم و الموضوع يقتضى أن النهى عن بيع ما ليس عنده من جهة عدم القدره على التسليم و فيما لا يعتبر فيه التسليم حتى لو لم يكن هذا النهى أيضا فلا يشمله ذلك، بل يتمسك بعمومات صحه البيع.

### **الفرع الثانى: ان بيع العبد الأبق ممن ينعتق الأبق ممن ينعتق عليه خارج عما نحن**

فيه فلا يعتبر فيه القدره على التسليم

فإنه ينعتق بمجرد البيع فلا يبقى مجال للتسليم فليس هذا البيع بغررى ليطل و لا من قبيل بيع ما ليس عنده لما عرفت أن المراد من ذلك ما يكون التسليم معتبرا فيه و لا مجال هنا لاعتبار التسليم لانصراف النبوى عن مثل ذلك، فإنه سواء كان هنا ما يدل على

اعتبار التسليم أم لم يكن فالتسليم غير معتبر هنا.

و ربما يقال بكون بيع العبد ممن ينعق عليه باطلا لتحقق الغرر و عدم كون البائع قادرا على التسليم المعتبر فى البيع فيكون من قبيل بيع ما ليس عنده أيضا، فإن اعتبار الشارع حريه المبيع و كونه منعتا بمجرد البيع خارج عن ما نحن فيه، بل لا بد أن نلاحظ المبيع مع قطع النظر عن حكم الشارع و من الواضح جدا أن هذا البيع أى بيع العبد الآبق ممن ينعق عليه مع قطع النظر عن حكم الشارع بانعناقه بيع خطرى غررى و من بيع ما ليس عنده فلا يصح ذلك أيضا.

و فيه أنه ليس هنا غرر بالفعل الذى هو موضوع الحكم فعلا فان هذه القضية أى قضيه نهى النبى (صلى الله عليه و آله) عن بيع الغرر قضيه حقيقه منحلّه إلى قضايا متعدده أى كلما تحقق غرر فيكون البيع باطلا ففى المقام أن البيع غير غررى ففرضه بأنه لو لا حكم الشارع بالانعتاق فيكون البيع غرريا أجنبى عن المقام لأنه غرر شأنى فالغرر الشأنى ليس موضوعا للحكم أما قوله (صلى الله عليه و آله) لا تبع ما ليس عندك، فقد عرفت أنه لا يحتاج ذلك الى التسليم فعلا فلا وجه لملاحظته بأنه لو لم يكن حكم الشارع بالانعتاق لكان من قبيل بيع ما ليس عنده كما هو واضح.

و بالجمله أن كلا- النبيين لا- يشملان بيع العبد الآبق ممن ينعق عليه أما النهى عن بيع الغرر فلعدم الغرر الفعلى فيكون النهى منتفيا لكونه تابعا لفعله الموضوع بحسب القضية الحقيقه فلا- غرر فعلى فى بيع العبد نعم فالغرر شأنى مع قطع النظر عن حكم الشارع و لكنه ليس موضوعا.

و أما النهى عن بيع ما ليس عنده فقد عرفت عدم اعتبار التسليم هنا مع قطع النظر عن هذا النهى أيضا فإن القدر على التسليم ليست لها موضوعيه

فى الحكم و انما هى معتبره من باب الطريقيه إلى التسليم و وصول المبيع إلى المشتري و الثمن إلى البائع و من الواضح أن هذا فيما كان للتسليم فائده فليس له فائده هنا بوجه حتى يجبر عليه.

### و من هنا ظهر حكم الفرع الثالث أيضا و هو ما لم يستحق التسليم بمجرد

العقد لاشتراط تأخيره مدّه

فإنه أى البائع و كذا المشتري فيما إذا اشترط تأخير الثمن ليس مخاطبا بالتسليم قبل حلول الوقت و ليس فيه غرر بوجه و لا أنه من قبيل بيع ما ليس عنده و الأ- للزم بطلان البيع الغائب لوجود الجهل فيه أو بيع من كان جاهلا بأحكام البيع لان مجرد وجود الجهل من دون كونه منجرا الى الغرر لا يوجب البطلان فإن الأكثر و الغالب فيه تأخير التسليم و مع ذلك لم يستشكل أحد فى ذلك.

ثم ان المصنّف قد رتبّ على ذلك صحّحه بيع الفضولى بدعوى عدم استحقاق التسليم فيه الا بعد اجازة المالك فلا يعتبر القدره على التسليم قبلها ثم استشكل فى ذلك على الكشف من حيث انه لازم من طرف الأصيل فيتحقق الغرر بالنسبه إليه إذا انتقل اليه ما لم يقدر على تحصيله.

ثم قال: نعم هو حسن فى الفضولى من الطرفين و مثله بيع الرهن قبل اجازة المرتهن أو فكه.

أقول: لا وجه لما ذكره من أصل ترتب الفضولى على ما نحن فيه و لا للإشكال فيه فيما إذا قلنا بالكشف محل.

أما أصل الترتب فلخروج الفضولى عن محل الكلام بالمره لأنه فضولى محض فأجنبى عن طرف العقد، بل ليس له الأ إيجاد المعامله، و بعده جميع الخصوصيات راجعه إلى المالكين أو الوكيلين أو الوليين من حيث التسليم و التسلم و الإجازة و الرد فلا مجال لإبطال البيع هنا من جهة النهى

عن الغرر و لا- من جهة بيع ما ليس عنده و الآ- كان من الأول أن يحكم ببطلان الفضولى من جهة كونه من قبيل بيع ما ليس عنده، و السرفى ذلك هو أنه ليس بائعا حقيقيا و لا مشتريا حقيقيا حتى يخاطب بخطاب النهى عن بيع ما ليس عنده لما ذكرنا من جملة شرائط التمسك به أن يكون مالكا للمبيع فالفضولى ليس بمالك للعوضين فلا يكون داخلا لما نحن فيه بوجه.

و أما الإشكال فقد عرفت خروج الفضولى عن محل الكلام و أما بالنسبة إلى الأصيل فان اجازة الآخر الذى كان البيع فضوليا من قبله فلا شبهة فى صحته البيع و عدم كونه غرريا و من قبيل بيع ما ليس عنده و ان لم يجز الآخر البيع فيكون فاسدا فلا محل أيضا للتمسك بالنبوين فان بطلانه مستند الى عدم الإجازة لا إلى غرريه البيع و كونه من بيع ما ليس عنده.

و أما ما ذكره بقوله و مثله بيع الرهن قبل اجازة المرتهن أو فكه.

ففيه أنه قد ذكرنا سابقا أنه ان عمّنا العجز الى العجز الشرعى فيكون ذلك خارجا عن بيع الغررى عن تحت النبوين بالتخصيص بأنه أى الراهن مالك للعين و مخاطب بالتسليم و الغرر فعلى و مع ذلك عاجز عن التسليم فمقتضى القاعدة هو بطلان البيع و لكن خرجنا عنها بدليل الخاص و هو و ان لم يكن موجودا بعنوان خاص و لكن استفدنا بطلانه من الأخبار الواردة فى نكاح العبد معللا بأنه لم يعص الله و انما عصى سيده بدعوى عدم الخصوصية لبيع العبد، بل الغرض أن عصيان الغير فى حقه إذا لم يستلزم عصيان الخالق لا يوجب البطلان.

و أما إذا لم نعمم العجز الى العجز الشرعى فلا شبهة فى صحته بيع الراهن لعدم كونه خطريا ليشمله قوله (صلى الله عليه و آله) نهى النبى عن بيع الغرر غايه الأمر يكون للمشتري خيار الفسخ و لا أنه من قبيل بيع ما ليس عنده ليشمله

النَّبِيُّ الأَخْر نَهَى النَّبِيَّ (صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَآلِهِ) عَنِ بَيْعِ مَا لَيْسَ عِنْدَهُ لِكَوْنِهِ فِي الخَارِجِ قَادِرًا عَلَى التَّسْلِيمِ.

وَبِالجَمْلَةِ فَعَلَى كُلِّ تَقْدِيرٍ سِوَاءِ كَانِ بَيْعُ الرَّاهِنِ مَشْمُولًا لِلنَّبَوِيِّينَ أَوْ غَيْرِ مَشْمُولٍ فَلَا مَجَالَ لِلإِشْكَالِ بِهِ عَلَى مَا نَحْنُ فِيهِ وَإِخْرَاجِهِ عَنِ المَقَامِ كَالفُضُولِيِّ، ثُمَّ أَنَّهُ ظَهَرَ مِمَّا ذَكَرْنَاهُ حُكْمَ عَقْدِ الرِّهْنِ.

فَإِنَّهُ بَعْدَ حَصُولِ التَّسْلِيمِ لَا مَوْضُوعَ لَوْجُوبِهِ وَ قَبْلَهُ لَا عَقْدَ فَإِنَّ الإِقْبَاضَ وَ التَّسْلِيمَ فِي هَذَا العَقْدِ مِنَ الشَّرَاطِئِ فَبِتَحَقُّقِهَا لَا غَرْرَ وَ لَا بَيْعَ مَا لَيْسَ عِنْدَهُ وَ بَعْدَ تَحَقُّقِهَا تَفْسُدُ المَعَامِلَةُ فَلَا مَوْضُوعَ لِلغَرْرِ.

انْتَهَى كَلَامُنَا إِلَى كَوْنِ التَّسْلِيمِ شَرْطًا وَ مَقْوَمًا لِلبَيْعِ فَنَقُولُ ذَكَرَ المَصْنِفُ أَنَّ القَبْضَ وَ التَّسْلِيمَ فِي بَيْعِ الصَّرْفِ وَ السَّلْمِ مِنَ شَرْطِ تَأْثِيرِ العَقْدِ لَا مِنَ أَحْكَامِهِ فَلَا يَلْزَمُ الغَرْرَ وَ لَوْ تَعَذَّرَ الشَّرْطُ بَعْدَ العَقْدِ رَجَعَ ذَلِكَ إِلَى تَعَذُّرِ الشَّرْطِ فَلَا يَلْزَمُ مِنْهُ البَطْلَانُ حَتَّى مَعَ العِلْمِ بِالتَّعَذُّرِ إِذْ لَا يَلْزَمُ إِحْرَازَ الشَّرْطِ المَتَأَخَّرِ وَ العِلْمَ بِتَحَقُّقِهَا.

وَ الوَجْهُ فِي ذَلِكَ مَا أَفَادَهُ مِنْ أَنَّ القَبْضَ هُنَا مِثْلَ الإِجَازَةِ فِي العَقْدِ الفُضُولِيِّ عَلَى النِّقْلِ مِنْ حَيْثُ عَدَمُ تَمَامِ النِّقْلِ إِلاَّ بِالإِجَازَةِ فَكَيْفَ لَا يَتِمُّ العَقْدُ هُنَا إِلاَّ بِالقَبْضِ أَوْ مِنَ النِّقْلِ بِنَاءً عَلَى الكَشْفِ فَإِنَّ الإِجَازَةَ إِذَا كَانَتْ جِزْءَ النَّاظِلِ فِي العَقْدِ الفُضُولِيِّ مَعَ حَصُولِ النِّقْلِ مِنْ حِينِ العَقْدِ فَالقَبْضُ أَوْلَى بِأَنْ يَكُونَ جِزْءًا لِلنَّاظِلِ إِذْ لَمْ يَظَلْ أَحَدٌ بِكَوْنِ القَبْضِ كَاشِفًا فِي بَيْعِ الصَّرْفِ وَ السَّلْمِ.

وَ بِالجَمْلَةِ فَالاعتِبَارُ عَلَى القَدْرَةِ عَلَى التَّسْلِيمِ بَعْدَ تَمَامِيهِ العَقْدِ لَا فِيهَا لَمْ يَتِمَّ، وَ لِهَذَا لَمْ يَعتَبَرِهَا أَحَدٌ فِي المَوْجِبِ قَبْلَ لِحُوقِ القَبُولِ بِهِ وَ لَا يَقْدَحُ كَوْنُهُ عَاجِزًا قَبْلَ القَبُولِ إِذَا عِلْمٌ بِتَجَدُّدِ القَدْرَةِ بَعْدَهُ وَ فِي المَقَامِ أَيْضًا إِذَا

حصل المبيع فى يد المشتري صح البيع بلا شبهه ثم قال و كك الكلام فى عقد الرهن فان اشتراط القدره على التسليم فيه بنا على اشتراط القبض انما هو من حيث اشتراط القبض فلا يجب إحرازه حين الرهن و لا العلم بتحقيقه بعده فلو رهن فيتعذر تسليمه ثم اتفق حصوله فى يد المرتهن اثر العقد أثره.

و أشكل عليه شيخنا الأستاذ بما حصل كلامه بأنه لا فرق بين عقد الصرف و السلم و الرهن و سائر العقود لأن القبض و ان كان شرطاً فى هذه العقود الثلاثة دون غيرها إلا أنه ليس جزء للسبب الناقل و ليس حكمه حكم القبول كما ذكره المصنف و انما هو شرط للملكيه فى باب الصرف و السلم و أما الإلزام و الالتزام العقدى فقد تحقق بنفس العقد و لذا اختار المشهور و جوب التقابض كما سيأتى فى خيار المجلس.

ثم ذكر فى صدر كلامه بما حاصله من أنه لا وجه لقياس الصرف و السلم و عقد الرهن و غيرها مما يشترط فيه تأخير التسليم بالعقد الفضولى فإن اشتراط تأخير الثمن مده معينه بحيث لا يجب التسليم مده مع تماميه أركان العقد من جهة الاشتراط فيدخل تحت ضابط الخيارات الزمانيه و هذا بخلاف العقد الفضولى فإن التسليم لا يجب لا للفضولى و لا لغيره، أما للفضولى لعدم ارتباط العقد به كما ذكرناه من أن شرط و جوب التسليم انما كونه مالكا فالفضولى غير مخاطب بالتسليم و أما المالك لعدم استناد العقد اليه قبل الإجازة فلا وجه لقياس الإجازة بالقبض و نحوه و محصل كلامه يرجع الى المطلبين.

أحدهما: إنكار قياس الإجازة فى الفضولى بمسأله القبض إذ القبض فى العقود الثلاثة من الشرائط و الإجازة من الأسباب المقومه قبل تماميه أركان العقد، والثانى و جوب التقابض، ثم ذكر نعم لو كان القبض جزء للعقد

كما هو المحتمل في عقد الرهن فالعجز عن التسليم لا أثر له،لأنه بعد حصول التسليم لا اثر له و قبله لا عقد.

أقول:أما ما افاده من عدم صحه قياس الإجازة بالقبض فمتين جدا لما عرفت من أن القدره على التسليم ليست معتبره في العقد الفضولى أما بالنسبه إلى الفضولى فلكونه أجنبيا عن العقد و أما بالنسبه إلى الأصيل فلعدم تحقق العقد و تماميته الأ بعد الإجازة لكونها جزء مقوّما للعقد و الفرض ان الإجازة لم تتحقق بعد العقد و هذا بخلاف ما يعتبر فيه القبض فان العقد أى الإلزام و الالتزام قد تم من المتعاقدين،و انما القبض من شرائط الملكيه فى الصرف و السلم فهذا كله لا شبهه فيه.

و أما ما افاده من كون القبض واجبا فى بيع الصرف و السلم فلا يمكن المساعدة عليه فما أفاده المصنف بحسب المدعى صحيح و لكن ما أفاده من دليله من قياس القبض بالإجازة ليس بصحيح،كما عرفت،بل الوجه فى عدم وجوب التسليم و القبض فى الصرف و السلم هو أن دليل وجوب القبض أما الملكيه الحاصله بالعقد كما يقوله الأكثر أو الأمر بوجوب الوفاء بالعقد.

أما الأول فهى مشروطه بالقبض و الإقباض فما لم يحصل التقابض لم يحصل الملكيه فضلا عن أن يجب الإقباض لكونه ملكا للغير فلا يكون محكوما بوجوب الدفع ما لم يتم شرط الملكيه كما لا يخفى.

و أما وجوب الوفاء بالعقد ففيه أولا:أنه يجب الوفاء بالعقد فى غير العقود الفاسده،أى العقود التى حصلت شرائط الصحه و أمضاه الشارع و أما فيما كانت فاسده فلا وجه للتمسك به ببيع الصرف و السلم مع قطع النظر عن القبض ليس بصحيح فكيف يجوز التمسك بأوفوا بالعقود.

و أما ثانيا:ان دليل الوفاء انما بوجوب لزوم العقد لكونه إرشادا



إلى أنه لا- ينحل و أما وجوب التسليم فهو من الأحكام المترتبة عليه، بعد تحقق العقد فلا- يمكن إثباته بأوفوا بالعقود كما لا يخفى، وهذا واضح جدا و العجب من شيخنا الأستاذ حيث استدل على وجوب القبض بقوله (عليه السلام) إذا نرى الحائط فانز معه و ذلك فإنه ناظر الى أن بقاء البيع مشروط بعدم التفرق و بتحقق القبض و الإقباض فلا دلالة فيها على الوجوب و إيجاد موضوع وجوب الوفاء بالعقد و إيجاد موضوع الملكيه كما لا- يخفى، بحيث أنه إذا أراد البائع ان يمشى يجب للمشتري أيضا ذلك مثلا إذا كان احد الطرف فى معامله الصرف و السلم المجتهد فنزى البائع الحائط فلا بد أن ينز آيه الله على الحائط.

و بالجمله أن العقود الثلاثة الصرف و السلم و الرهن، فالقبض فيها من الشرائط فإن تحقق تم العقد فلا غرر بوجه لعدم كون المعامله بعد القبض و الإقباض خطريه و لا من بيع ما ليس عنده، و ان لم يحصل القبض و الإقباض فأیضا ليس هنا غرر و بيع ما ليس عنده لفساد المعامله بعدم تحقق القبض.

**قوله: ثم ان الخلاف فى أصل المسأله لم يظهر إلا من الفاضل**

القطيفى.

أقول: هو المعاصر للمحقق الثانى، و قد حكى عنه أنه قال فى إيضاح النافع أن القدره على التسليم من مصالح المشتري فقط، لا أنها شرط فى أصل صحه البيع فلو قدر على التسليم صحّ البيع و ان لم يكن البائع قادرا عليه، بل لو رضى بالابتیاع مع علمه بعدم تمكن البائع من التسليم جاز و ينتقل اليه و لا يرجع على البائع لعدم القدره، نعم إذا لم يكن المبيع من شأنه أن يقبض عرفا لم يصح المعاوضه عليه بالبيع لأنه فى معنى أكل المال بالباطل.

ص: ٢٨٩

أقول: هذا الفاضل و ان أجاد في أصل المسأله لما ذكرنا من عدم الدليل على اعتبار القدره على التسليم في البيع، و لكن لا يمكن المساعدة عليه في الكبرى الكليه التي أفادها من أنّ المشتري لو رضى بالابتياح مع علمه بعدم تمكن البائع من التسليم جاز ذلك، لأن هذه الكبرى منقوضه ببيع العبد الآبق مع الضميمة حيث ورد النص بعدم صحه بيعه بدون الضميمة حتى مع رضائه المشتري، بل يحكم بطلانه كما لا يخفى.

### قوله: ثم ان الظاهر كما اعترف به بعض الأساطين أن القدره على

التسليم ليست مقصوده بالاشتراط الآ بالتبع.

أقول: قد عرفت فيما تقدم أن القدره بما هي لست لها موضوعيه، بل الغرض من اشتراطها في البيع بناء على وصول العوضين الى المتبايعين و على هذا فلو قدر المشتري على التسليم دون البائع كفى في الصحه كما هو المشهور مثلا لو وقع عباة أحد في الكوفه على الشط فهو لا يقدر على السباحه و باعه من شخص يقدر عليها بأنه ح صحّ البيع لحصول الغرض فلا يضرّ عدم قدره البائع على السباحه و كك لو لم يقدر كل من المتبايعين على التسليم و التسلمّ و لكن يوثق بحصوله في يد المشتري للاطمئنان عليه، كالطيور التي تذهب صباحا و ترجع مساء فإن العاده قاضيه برجوعها و أن لم يقدر المتبايعين على الأخذ بدون الرجوع.

و عن نهايه الاحكام احتمال العدم بسبب انتفاء القدره في الحال على التسليم فان عود الطائر غير موثوق به لعدم العقل له لبيعه على الرجوع.

و فيه أولا: أنه لو كان له عقل لما رجع الى الحبس أصلا فعدم العقل باعته الى الرجوع.

و ثانياً: أنه لا وجه لبطلان بيعه حتى مع اعتبار القدره على التسليم فان دليل الاشتراط انما هو نهى النبي عن بيع الغرر و قوله (صلى الله عليه و آله) لا تبع ما ليس عندك فكلا- الوجهين لا يشملان المورد أما النهى عن بيع الغرر فلانه لا خطر فى المقام، فإنه انما يتحقق مع عدم بذل العوض أو المعوض بحيث يذهب مال أحدهما هدرا و ليس كك هنا فإنه يطمئن بالرجوع فان رجح فيأخذ المثلث و ان لم يرجع فيأخذ الثمن و فسد البيع فأى خطر يتوجه على المعامله.

و أما قوله (صلى الله عليه و آله) لا تبع ما ليس عندك، أى لا تقدر على التسلط منه بناء على كون العند بمعنى الجامع دون الملكيه فلعدم صدقه هنا أيضا فإنه مع الاطمئنان بالرجوع لا يصدق أنه من موارد بيع ما ليس عنده و إلا لما صحَّ بيع الغائب أصلا.

ثم لو تعذر التسليم و التسلم الآ بعد مده فإن كانت هذه المده مما يتسامح فيها كساعه أو ساعتين أو يوم أو يومين فلا إشكال فى الصحه كما إذا باع جوهرا و كان فى صندوق مقفل و كان المفتاح عند شخص لا يحضر الآ بعد ساعه أو يوم و نحوهما، فان هذه المده مما يتسامح عرفا فلا يصدق على هذه المعامله انها غرريه لعدم الخطر هنا بوجه بحيث يذهب مال المشتري هدرا و صار معدوما، بل يحصل له بعد مده قليله، و الفرض أنهما عالمان بخصوصيات العوضين لئلا يكون جهل من جهه أخرى.

و كك ليس هذا من قبيل بيع ما لا يتسلط على تسليمه لأن الفرض أنه قادر عليه كما لا يخفى و النبوى ينصرف عن مثل ذلك.

و لو تعذر التسليم بناء على كونه شرط فى البيع الآ بعد مده لا يتسامح فيها كساعه أو أزيد فهى على قسمين، الأول: أن يكون المده

مضبوطة و مقدّره و الثانى أن لا تكون مضبوطة.

أما الأول:فتاره يكون المتبايعان عالمين بالحال و أخرى يكونان جاهلين بالحال فعلى الأول فجعل المصنف فيه وجهان و لم يبيّن ما هو الأقوى فى نظره،و لكن الظاهر هو الصحه بناء على اعتبار القدره على التسليم فى البيع و ذلك لأن دليل الاعتبار اما دليل نفى الغرر فى البيع فهو لا- يشمل المقام فإنه بمعنى الخطر و الخطر بمعنى احتمال الهاكه ففى صوره العلم بالواقع و التعذّر إلى مدّه معيّنه كقدوم الحاج و نحوه فلا خطر بوجه إذ هو متقوم بالجهل و الغفله على ما ذكره المصنف و المشتري إنما أقدم عليه مع العلم بالحال فأى خطر هنا و أما النهى عن بيع ما ليس عنده فلانه مع العلم أقدم عليه فالمقام فى قوه اشتراط تأخير التسليم لفرض علم المتبايعين بالحال و مع ذلك فلا يكون عدم القدره على التسليم الى المده المضبوطة مضرا فى البيع كما لا يضرّ مع اشتراط التأخير كما لا يخفى.

و بالجمله أن البيع هنا صحيح بلا شبهه و أما فى صوره الجهل بالمدّه المذكوره فذكر المصنف صحّه البيع مع الخيار للمشتري لفوات منفعه العين فى المدّه المذكوره.

و لكن الظاهر هو عدم الصحه و ذلك فان كلا الدليلين أى النبويين شاملان للمقام أما النبوى الأول فلتحقق الغرر أى الخطر فان عدم وصول المبيع مثلا إلى المشتري فى هذه المدّه و انتفاء المنافع كسنه خطر على المشتري فيكون من أوضح موارد بيع الغرر فيفسد بناء على اعتبار الشرط و كون النبوى دليلا فى المقام و أما النبوى الثانى فلان البائع غير مسلط على التسليم فى هذه المدّه فيكون هو أيضا شاملا للمورد و لا يقاس ذلك بصوره العلم فإنه و ان كان أيضا غير قادر على التسليم فى المدّه و لكنه قلنا

ص: ٢٩٢

بخروجه عن تحته من جهه كونه فى قوه الاشرط اى اشرط تأخير المثنم فلا يضّر بالصحه و هذا بخلاف المقام.

و على هذا فلا وجه لما زعمه المصنف من كون المعامله فى صوره الجهل صحيحه مع كون المشتري على خيار فيه.

و من هنا ظهر حكم صوره كون المده مجهوله و غير مضبوطه و هذا كبيع العبد المنفذ الى هند لقضاء حاجه لا يعلم وقت رجوعه فلا وجه لما ذكره المصنف هنا من الاشكال كما لا وجه لما جعله من الفرق بين هذه الصور حيث استشكل فى صحه البيع و صوره الجهل بالمده مع كونها مضبوطه حيث حكم بالصحه مع الخيار.

### قوله: ثم ان الشرط هى القدره المعلومه للمتبايعين

لان الغرر لا يندفع بمجرد القدره الواقعيه.

أقول: الصور المتصوره فى المقام اربعة علم المتبايعين بالقدره مع وجود القدره الواقعيه، و علمهما بالعجز مع العجز عن التسليم فى الواقع و علمهما بعدم القدره مع وجود القدره فى الواقع و علمهما مع عدم القدره فى الواقع.

أما الصوره الاولى: فلا شبهه فى الصحه لوجود القدره على التسليم فى الواقع و علمهما فلا غرر و لا أنه من بيع ما ليس عنده.

و أما الصوره الثانيه فلا شبهه فى عدم صحته لكونها من أوضح أفراد الغرر المنهى عن البيع و من قبيل بيع ما ليس عنده، و انما الكلام فى صورتين الأخيرتين.

أما الثالثه فهى ما كان المتبايعان عالمين بعدم القدره و لكن كان فى الواقع عاجزين عن التسليم أو أحدهما عاجزا عنه و على ان دليل الاعتبار هو دليل نفي الغرر فلا شبهه فى فساد المعامله إذا الغرر هو الخطر و

الخطر بمعنى احتمال الخطر فهو موجود في المتبايعين أو في أحدهما بالوجدان فهو ليس تابعا بالواقع، وقد عرفت أن المصنف قال باعتبار الجهل و الغفلة في مفهوم الغرر فهو متحقق فيما نحن فيه، كما لا يخفى فتكون المعاملة خطريه فتبطل، و ان كان الدليل هو النهى عن بيع ما ليس عنده فلا يحكم بفساد المعاملة لعدم شموله لما نحن فيه، فإنه ليس من بيع ما ليس عنده، بل هو مسلط على التسليم و قادر عليه غايه الأمر غير ملتفت بذلك.

و أما إذا كانا في الظاهر عالمين بالقدره و كانا في الواقع غير قادرين أو أحدهما قادر و الأخر غير قادر، فالظاهر فساد المعاملة على كلا-الدليلين فإنه ان كان الدليل هو نفى الغرر فلا شبهه في كون المعاملة غرريه و ذلك فان المتبايعين و ان كانا عالمين بالقدره على التسليم و كان مقتضى ذلك الحكم بعدم الغرر لما عرفت من اعتبار الجهل في مفهوم الغرر و لكن عرفت سابقا أن احتمال الخطر و الهلاكه ليس موضوعا للحكم بحيث يكون فساد المعاملة و عدمها دائرا مدار احتمال الخطر و عدم احتماله، بل أخذه في لسان الدليل من باب كفايه الشارع بأدنى مرتبه الغرر لا أنه أى الاحتمال تمام الموضوع في المقام فلا محاله فيكون الاحتمال طريقا الى الواقع و بما انه طريقا اليه يكون موردا للحكم و من هنا قلنا فيما تقدم أنه مع قطع بالهلاك فيثبت الغرر بالأولويه فإنه إذا ثبت الغرر باحتمال الهلاك و فسدت المعاملة باحتمال الهلاك و في صور القطع بالهلاك فأولى بالفساد مع أنه لو كان موضوع الحكم هو الاحتمال لما كان وجه لتسريه الحكم الى القطع بالهلاك لعدم أخذه في لسان الدليل و أما النبوى الثانى أعنى النهى عن بيع ما ليس عنده فهو أيضا شامل للمقام فإنه غير قادر على التسليم و ان كان عالما به في الظاهر إلا انه جهل مركب فلا يفيد بوجه فتكون المعاملة فاسده.

**قوله: و لو باع ما يعتقد التمكن فتبين عجزه في زمان البيع.**

أقول: ذكر المصنف أنه لو باع احد ما يعتقد تمكّنه من تسليمه كالساعه و نحوها و تبين عجزه في زمان البيع و لكن تجددت قدرته بعد البيع صح و ان لم يتجدد يبطل و لم يستدل على ذلك بشيء.

و الظاهر أنه لا وجه لهذا الكلام و لا يترقب صدوره من المصنف(ره) و ذلك لأنه ان كان النظر بدليل نفى الغرر حال العقد و بعدم القدره على التسليم كك فلا شبهه في فساد البيع فإنه حين التحقق كان غرريا لفوات مقدار من المنافع عنه في المده التي كان عاجزا على التسليم لما عرفت من كون الاحتمال طريقا الى الواقع و كان هو أيضا في الواقع غير قادر فلا يحدية العلم بالقدره حال العقد لكونه جهلا و كك أنه ليس قادرا على التسليم بأنه علمه بذلك في الظاهر لا يوجب قدره على التسليم مع كونه جهلا مركبا و تجدد القدره بعد زمان لا يوجب انقلاب العقد الفاسد الى الصحيح لأن الشيء لا ينقلب عمّا هو عليه.

و ان كان النظر الى العلم بالقدره في الظاهر و قلنا بكونه مجزيا في البيع من غير توجه الى الواقع و أنه يحصل به القدره على التسليم فلا شبهه في صحه المعامله و كيف كان لا نرى وجها للتفصيل في المقام كما لا يخفى فافهم.

و بعبارة أخرى ان كان النظر في هذا الفرع الى الظاهر فلا شبهه في تحقق الشرط فيكون البيع صحيحا و ان كان النظر الى الواقع فلا شبهه في عدم تحقق الشرط فيكون العقد باطلا من غير فرق بين كون الدليل أى من النبيين كما لا يخفى.

**قوله: ثم لا إشكال في اعتبار قدره العاقد إذا كان مالكا.**

أقول: قد عرفت بما لا مزيد عليه أن المعتبر في البيع هو العلم

بالقدره على التسليم و أن المانع عنه هو احتمال العجز عن التسليم و انما كان القطع بالعجز عن التسليم مانعا من باب الأولويه و الفحوى لا بدلاله النبوى منطوقا لعدم الغرر فى صورته العلم بالعجز.

و أما الكلام فيما إذا كان البيع صادرا عن غير المالك بان كان وكيلا عنه فى ذلك فهو تاره يكون وكيلا فى إجراء العقد فقط فلا- يعتبر فيه قدرته على التسليم و لا- أن عجزه مانع عن البيع، بل هو وكيلا فى العقد و إجراء الصيغه فقط، بل لا يعتبر علمه بخصوصيات المبيع كما لا يعتبر فى النكاح أن يعرف الزوجين و فى إطلاق لا يعتبر علمه بالخصوصيات بل يجرى الصيغه بدلا عن الموكل بلا- احتياج إلى شىء أصلا و انما الشرائط كلها معتبره فى العوضين و الناكح و المنكوح و المطلق و المطلقه و الحاصل لا عبره بقدره العاقد و عجزه كما لا عبره بعلمه و جهله بشرائط طلاق زوجته موكله.

و بالجمله أن مجرى العقد ليس له الآ التصدى و المباشره بإجراء صيغه العقد فقط و أما الزائد عن ذلك فلا يرجع إليه أصلا.

و أما الوكيل المفوض فلا شبهه فى كفايه قدرته لعدم الغرر مع ذلك و عدم كون بيعه من بيع ما ليس عنده و أما كفايه قدره موكله مع عجز الوكيل فهو وجهان، و الظاهر هو كفايته و ذلك من جهه أن القدره و ان كانت معتبره فى العاقد و كان الوكيل عاجزا عنه و لكن الوكيل حيث كان بدلا تنزيلا للموكل و فى منزلته كفى قدره الموكل فى صحه اعتبار الشرط المذكور فى العقد و من لو عرض للوكيل شىء و صار عاجزا عن إنهاء الشرائط المعتره فى المعامله أو فى أفعاله الآخر لكان الوكيل مسئولا فى ذلك و يراجع إليه فى تتميم هذا الشرط.

نعم يعتبر فى ذلك علم المشتري بقدره الموكل على التسليم و الآ



فتكون المعامله غرريه لما عرفت من أن الغرر بمعنى الخطر و هو متحقق مع جهل المشتري بقدره الموكل على التسليم مع كونه عالما بعجز الوكيل إلا ان يكون الدليل على الاعتبار منحصرا بنهي النبي (صلى الله عليه و آله) عن بيع ما ليس عنده فإنه حينئذ يحكم بصحة لعدم صحه لعدم صدق بيع ما ليس عنده على ذلك مع قدره الموكل على التسليم فان البيع بيع واحد له و لو كيله و ما لو كيله له و من هنا ظهر أن ما فى كلام شيخنا الأستاذ من الحكم بالصحة من غير فرق بين علم المشتري على قدره الموكل و جهله بها فى غير محلّه.

و ربما يقال بتقييد الحكم بالكفايه بما إذا رضى المشتري بتسليم الموكل و رضى المالك برجوع المشتري عليه فبدونهما لا يمكن الالتزام بالصحة و أن الأمر مفوض الى الوكيل و بعبارة أخرى أن المعتبر فى المعامله اعتبار قدره المتبايعين على التسليم و هما الوكيل من قبل البائع و المشتري و بما ان الوكيل بدلا تنزيلي للموكل فيكفى قدرته أيضا فى صحه البيع و لكن لا مطلقا، بل إذا رضى المشتري أن يرجع الى الموكل و رضى الموكل أن يرجع المشتري اليه و إلا فلا وجه للصحة إذ للمشتري أن يقول بأنى ما عاملت مع المالك و انما عاملت معك، و أنت المخاطب بالتسليم و هكذا للمالك أن يتكلم بمثل ذلك.

ثم رتب على ذلك رجحان الحكم بالبطلان فى الفضولى لأن التسليم المعتبر من العاقد غير ممكن قبل الإجازة لكونه أجنبيا عن العقد و انما هو فضولى محض و اسمه مطابق مع المسمى و أما قدره المالك فإنما تؤثر لو بنى العقد عليها و كان المالك راضيا برجوع المشتري اليه و كان المشتري راضيا بالرجوع الى المالك و حصل التراضى منهما على العقد حال البيع لعدم كفايه قدره الآذن فى صحه بيع المأذون إلا مع الشرط المذكور كما لا يخفى

و الفرض أنه لم يتحقق فى الفضولى و البناء على القدره الواقعيه غير مفيد إذ الشرط هى القدره المعلومه.

و الحاصل أنه يعتبر فى صحه بيع الفضولى رضائه المشتري برجوعه الى المالك و رضائه المالك برجوع المشتري اليه، و قدره البائع على التسليم، اما الشرط الأول فغير متحقق لعدم البناء على ذلك و اما الشرط الثانى فكذلك أيضا إذ لعدم كون الفضولى قادرا على ذلك لخروجه عن حدود العقد و قدره المالك لم تنفع لعدم كونها مؤثره فى ذلك، بل تؤثر مع البناء المذكور.

و بعبارة أخرى ان القدره قبل الإجازة لم توجد و بعدها ان وجدت لم تنفع، و الحاصل أنه أنكر صحه الفضولى بهذا الاشكال المختصر.

ثم أورد على نفسه بأنه يمكن الوثوق بقدره الفضولى على التسليم بأن يحصل رضائه المالك على ذلك لعدم ردّ المالك كلامه لصداقه بينهما و أنه لا يخرج عن رأيه فتحقق للفضولى بذلك قدره على التسليم حال العقد.

ثم أجاب عنه بوجهين، أولا: بأن هذا الفرض يخرج الفضولى عن كونه فضوليا لمصاحبه الاذن للبيع غايه الأمر انما يكون حصول ذلك بالفحوى و شاهد الحال فلا يتوقف صحته على الإجازة.

و ثانيا: بأنه لو سلمنا بقاءه على الصفه و ظاهر أن القائلين بصحه الفضولى لا يقصرون الحكم على هذا الفرض.

و قال المصنف: و فيما ذكره من مبنى مسأله الفضولى ثم تفريع الفضولى ثم فى الاعتراض الذى ذكره ثم فى الجواب عنه أولا و ثانيا تأمل، بل نظر فتدبر.

اما ما ذكره من مبنى مسأله الفضولى من اعتبار رضا كل من الموكل

والمشترى فى الرجوع الى الآخر فاسد فى نفس هذه المسأله لعدم الدليل عليه و انما المانع عن صحه البيع هو الغرر و عجز البائع عن التسليم و من الواضح أنه يكفى قدره المالك على التسليم مع رضا المشتري بها كما عرفت لعدم الغرر و لا كونه من بيع ما ليس عنده و مع ذلك فاعتبار أمر آخر هنا و هو رضائه كل من المالك الموكل و المشتري بالرجوع إلى الآخر تخرص الى الغيب و قد عرفت ان قدره الموكل يكفى فى صحه بيع الوكيل لكونه نازلا منزله الموكل و أن فعله فعل الموكل كما لا يخفى.

و على تقدير تسليم الإشكال فى بيع الوكيل فلا تسلّم كونه مبنى لبطلان بيع الفضولى و تفريعه عليه و ذلك لما عرفت من خروج الفضولى عن حدود البيع و انما هو فضولى محض فلا وجه لاعتبار قدرته على التسليم فى البيع و أن اعتبار قدرته عليه كاعتبار قدره الجار على ذلك و أن حاله حال الوكيل فى إجراء الصيغه، بل أسوء منه فهل يتوهم أحد اعتبار قدره مجرى العقد على التسليم فى صحه العقد و الحاصل أن الفضولى خارج عن باب العجز عن التسليم تخصصا و هو أسوء حالا من الوكيل فى إجراء الصيغه الذى لا شبهه فى أن قدرته و عجزه لا أثر له فإنه لا يرتبط به العقد حتى يكون عجزه موجبا لبطلان العقد كما هو واضح و الحاصل بناء على صحه المبنى فلا وجه للتفريع.

و أما الاعتراض فلو سلمنا المبنى و سلمنا أيضا تفريع بطلان الفضولى عليه و لكن الاعتراض الذى أورده على نفسه لا وجه له مع قطع النظر عما أجابه عن الاعتراض و ذلك أولا- ما عرفت من كون الفضولى خارجا عن العقد و أن البيع انما يكون أما لغوا محضا مع عدم الإجاره أو بيعا للمالك مع الإجاره فالمناط فى القدره المعتبره فى صحه العقد هو قدره المالك المجيز لا قدره

شخص آخر و ان اعتبار قدره الفضولى فى ذلك كاعتبار قدره الأجانف فى ذلك العقد.

و ثانيا: أن مجرّد وثوق الفضولى بإرضاء المالك لا يوجب قدره الفضولى على التسليم المعترف حال العقد و الذى اعتبرناه فى المبني، ثم رتب عليه التفريع هو رضا كل من الموكل و المشتري بالرجوع إلى الآخر، و ليس فى البين رضا من المشتري بتسليم المجيز و لا رضا من المالك برجوع المشتري إليه فلا محلّ لهذا الاعتراض.

و على تقدير ورود الاعتراض فجاوبه أولا- بخروجه على هذا عن الفضولى غير تمام لما عرفت سابقا من عدم كفايه الرضاء المقارن فى خروج العقد عن الفضولى بل لا بد فى الخروج من الاذن السابق أو الإجازة اللاحقه أو الوكاله.

و على تقدير الكفايه فليس هنا رضا المقارن أيضا لعدم كون المالك راضيا بذلك بالفعل بل الفضولى يتثق من نفسه بالمالك يرض بذلك و لا يخرج عن رأيه و من الواضح أنه أمر متأخر لا فعلى كما لا يخفى.

و أما الجواب الثانى بأنه على تقدير التماميه لا يعم جميع أفراد الفضولى و كونه أخص من المدعى فلا يرد عليه اعتراض فلا وجه لنظر المصنف فى جميع ذلك و قوله و فى جاوبه أولا و ثانيا.

و لعله نظرا فى غير الجواب الثانى و مراد ثم فى الجواب أولا- و ثانيا رجوع النظر الى الجواب أيضا و ان كان بعضه تماما و الله العالم.

أشاره

قوله:مسأله لا يجوز بيع الآبق منفردا على المشهور بين علمائنا.

أقول

يقع الكلام فى هذه المسأله فى أمور ثلاثه،

الأول:أنه ذكر

المصنف فى آخر الكلام أن الغرر المنفى فى حديث نفى الغرر كما تقدم هو

ما كان غررا فى نفسه عرفا

مع قطع النظر عن الأحكام الشرعيه الثابته للبيع و لذا قوينا فيما سلف جريان نفى الغرر فى البيع المشروط تأثيره شرعا بالتسليم و حاصل كلامه ان الغرر أمر عرفى كلما تحقق فيوجب فساد المعامله للنهى عن بيع الغررى كما هو الحال فى سائر القضايا الحقيقيه،و ان لم يتحقق فلا- يترتب عليه الحكم،و أما الأحكام الشرعيه فغير منوط به و لا- يقال أن هذا غرر مع لحاظ حكم الشارع فى الموضوع الفلانى أو ليس بغرر مع لحاظ الحكم الفلانى.

و رتب على ذلك بطلان البيع مراعى بالتسليم على خلاف الشهيد فى اللمعه حيث استتقرب الصحه و قال ان تسلّم قبل مدّه لا يفوت الانتفاع المعتد به صح البيع و لزم و الآ- تخير المشتري بين الفسخ و الإمضاء و أفاد المصنف فى وجه البطلان أن ثبوت الخيار حكم شرعى عارض للبيع الصحيح الذى فرض فيه العجز عن تسلّم المبيع فلا يندفع به الغرر الثابت عرفا فى البيع الذى يوجب بطلانه.

و كذلك رتب عليه بطلان بيع الضّال و المجهود و المغضوب و نحوهما بدعوى أنه غررى فى نظر العرف فحكم الشارع بانفساخ العقد بالتلف الراجع للغرر لا يرفع الغرر العرفى لما عرفت من عدم لحاظ الغرر مع الأحكام الشرعيه كما لا يخفى.

أقول أن الغرر و ان كان من المفاهيم العرفيه و أمره تحت نظر العرف كسائر المفاهيم العرفيه الا ان تطبيقه على المصاديق ليس منوطا بنظرهم و عليه فإذا حكم الشارع فى مورد بعدم الغرر أو بوجوده فلا محذور فيه و لا يقال أن العرف لا يراه غررا كما هو كك فى كثير من الموارد كنفى الربا بين الوالد و الولد و نفى الشك فى كثير الشك و هكذا.

و على هذا فلا مانع من الحكم بصحة البيع مراعى بالتسليم نظير بيع السلم فإنه ان كان البائع قادرا على التسليم الى رأس المده فيحكم بالصحة فلا خطر و ان لم يقدر على تسليمه و أيضا لا غرر لكونه باطلا من أصله.

و بالجملة فحكم الشارع بالانفساخ مع تعذر التسليم الذى هو فى حكم التلف قبل القبض رافع للغرر فلا وجه لما أفاده المصنف من كون الغرر أمرا عرفيا غير مربوط بحكم الشارع و غير ملحوظ معه.

و بعبارة أخرى عدم قدره على التسليم هنا كتلف المبيع قبل القبض فى سائر الموارد فكما أنه ليس غرر فى الثانى و كذلك فى الأول كما لا يخفى.

و أما بيع المجحود و الضال و المغصوب فان كان تسليمها مرجوعا فى مده مضبوطة فلا شبهه فى صحة المعامله لعدم الغرر فيها بناء على تماميه دليل نفى الغرر و ح إذا تمت المده فإن حصل تمكّن فيها و الأ فيحكم بالبطلان للانفساخ فأیضا لا غرر و توهم غرريه البيع فى مده عدم الوصول الى المبيع فاسد لاقدام المشتري فى ذلك الوقت على الضرر.

و كك الكلام إذا كان مشكوك الحصول للمتبايعين إلى مده معينه و لكن فى المده يكون أمره منجزا فإنه إما يرجع قطعا أو لا يرجع قطعا فعلى كل حال لا غرر فيه فإنه ان حصل صح البيع فلا خطر و ان لم يحصل فيبطل

البيع أيضا فلا خطر.

بل الأمر كك في صورته علم المتبايعين بعدم الرجوع و لكن إلى مده معينه ثم بعد ذلك فاما يرجع قطعاً أو لا يرجع قطعاً، و كذلك لو علما بعدم الوصول اليه و لكن كان نظر المشتري من الاشتراء الانتفاع بعقده فإنه يصحّ مع العلم بعدم الرجوع لعدم الغرر و من هنا لم يستشكل أحد في صحه بيع العبد المريض من جهه كونه غرريا لعدم علمه ببرئه و موته و ذلك لأنه يجوز الانتفاع به ما لم يمت بالعتق فلا غرر نعم إذا لم يعلم حصول التمكّن إليه في مده مجهوله فلا يعلم أنه يتمكن منه في مده قليله أو كثيره بحيث دار الأمر بين الأقل و الأكثر فيحكم بالبطلان لدليل نفي الغرر بناء على تماميته فان انتفاء المنفعه في مده لا يعلم أنها أى مقدار خطر على المشتري.

و من هنا يعلم أن ما ذهب اليه الشهيد في اللعمه من صحه البيع فيها إذا باع مراعى بالتسليم وجيه جدّا.

### **الأمر الثاني أن مسأله بيع عبد الآبق لا يرتبط بمسأله الغرر،**

فان الدليل على عدم جواز بيع العبد الآبق هو النص و الآ فربما ليس فيه غرر أصلا لجواز الانتفاع به بالعتق و على هذا فلا وجه لتعليل عدم جواز بيعه بأنه مع اليأس عن الظفر به بمنزله التالف و مع احتمال بيعه غررى منفي إجماعا نصا و فتوى.

و بالجملة لا يجوز بيع العبد الآبق منفردا مطلقا للنص، خلافا للإسكافي على ما نسب اليه من تجويزه مبيعه إذا يقدر عليه المشتري أو يضمّنه البائع.

و كيف كان فمسأله عدم جواز البيع مجهول للغرر و مسأله عدم جواز بيع العبد الآبق مسألتان لا يرتبط أحدهما بالآخر و لا وجه لتعليل بطلان بيع الآبق

بطلان البيع الغررى كما لا يخفى.

و على هذا لا تنافى فى كلامى الشهيد فى اللمعه و العلامه فى التذكره قال الشهيد فى اللمعه لا يجوز جعل العبد الآبق مثنى و جزم به ثم تردد فى جعله مثنى و ان قرب أخيرا المنع مع الانفراد ثم حكم بجواز بيع الضال و المجهود و قال العلامه فى التذكره نظير ذلك حيث ادعى أولا- الإجماع على اشتراط القدره على التسليم ليخرج البيع عن كونه بيع غررى ثم قال و المشهور بين علمائنا المنع من بيع الآبق منفردا، و قال بعض علمائنا بالجواز و حكاه عن بعض العامة أيضا ثم ذكر الضال و لم يحتمل فيه الآ جواز البيع منفردا أو اشتراط الضميمة، و ذكر المصنف (ره) فإن التنافى بين هذه الفقرات الثلاث، ظاهر و التوجيه يحتاج إلى تأمل.

و وجه التنافى عنده أنه لا- يجتمع دعوى الإجماع على اشتراط القدره على تسليم ليخرج البيع عن كونه بيع غررى مع دعوى الشهره على عدم جواز بيع الآبق منفردا مع أنه أيضا غررى فلا- بد من دعوى الإجماع عليه و كك لا يجتمع ذلك مع دعوى جواز بيع الضال مع أنه مثل الآبق و الحاصل أن الضال مثل الآبق فلا بد من دعوى الشهره على عدم جواز بيعهما و بيع الآبق غررى فلا بد من دعوى الإجماع على بطلان بيعه أيضا.

أقول: و قد ظهر مما ذكرنا من الفرق بين المسألتين عدم التنافى بين جميع هذه الفروع أصلا فإن حكم الشهيد ببطلان بيع الآبق و جعله مثنى لورود النص فيه و تردده فى الثمن من جهة احتمال اختصاصه بالمشتمن كما هو الظاهر من النص لا يجوز اشتراء العبد الآبق و حكمه بجواز بيع الضال جزما فلخروجه عن مورد النص قطعا لعدم وروده فيه أصلا و كك

ص: ٣٠٤



دعوى العلامه الإجماع و انما هو فى بيع الغرر الذى هو غير بيع العبد الآبق و دعوى الشهره فى بيع العبد الآبق و تجوز البيع فى الضال الخارج عنهما جزما هو واضح فلا تنافى و من هنا ظهر الاشكال ما فى حكم المصنف بعدم جواز جعل العبد الآبق ثمنا كما لا يجوز جعله مثمنا لاشتراكها فى الأدله.

نعم يمكن استفاده عدم جواز من التعليل بقوله (عليه السلام) ان لم يقدر المشتري عليه فكان ما أخذه مكان ما نقده فإنه يشمل الثمن أيضا كما أنه يشمل الضال أيضا.

### **الأمر الثالث إذا اعتبرنا القدره على التسليم فى البيع فهل يلحق به**

الصلح، وجوه،

### **الأول: عدم الاعتبار مطلقا**

لكونه مبيتا على المساهله و التوسعه فلا يضر فيه الجهل بالعوضين على أن دليل الغرر مخصوص بالبيع فلا يجرى فى غيره.

### **الثانى: اعتبار الشرط المذكور فى الصلح، بل فى جميع العقود**

المعاوضه

فدليل نفي الغرر و ان ورد فى البيع و لكنه لا خصوصيه فيه حتى أن الفقهاء يستدلون به فى غير المعاوضات كالوكالة فضلا عن العقود المعاوضيه كالإجاره و الجعالة و المزرعه و غيرها، بل أرسل العلامه فى كره على ما نسب اليه المصنف فى الخيارات أنه نهى عن الغرر.

### **الثالث: التفصيل بينما يكون البناء فيه على التسامح كما فى الصلح**

المحباتى

فيحكم بعدم اعتبار الشرط المذكور فيه لعدم الغرر فيه بعد ما كان الغرر إيصال المال الى المصالح له و عدم كون أخذ العوض محط نظر أصلا فلو صالح جميع أمواله لزيد فى مقابل درهم و كان فيه فرس شارد لا يضرّ بصحة الصلح لعدم الغرر فيه أصلا و بين ما لم يكن كك كما هو المرسوم

فى السوق كثيرا حيث يعاملون بلسان الصلح فى معاوضاتهم و هو فى الحقيقه بيع بلسان الصلح و قد اعتبروا الشرط المذكور هنا لكونه بيعا فان البيع هو مبادله مال بمال و هو صادق عليه كما تقدم فى أول البيع.

أقول: ان كان مدرک الاشتراط الإجماع على الاشتراط و عدم جواز بيع ما لا يقدر البائع على تسليمه فلا يجرى فى غير البيع، فإنه دليل لبى فلا بد من أخذ المقدار المتيقن و هو البيع و ان كان دليله هو نفي الغرر أولا- تبع ما ليس عندك فيجرى ذلك فى القسم الثانى من الصلح، لعدم الخصوصيه البيع، فان الفرض هو نفي الغرر و له خصوصيه لا للبيع على ان القسم الثانى من الصلح بيع لانه تبادل بين الشيئين و هو صادق عليه، فان نتيجة التبادل بين الشيئين الذى هو حصول المال للمتعاوضين حاصل هنا أيضا.

و لكن قد عرفت عدم تماميه دليل نفي الغرر لضعف السند و عدم تماميه لا تبع ما ليس عندك من جهه عدم تماميه دلالتة فلا يبقى دليل على اعتبار الشرط المذكور فى البيع فضلا عن الصلح و على هذا فلا بد من التكلم فى مسأله العبد الآبق الذى ورد فيه نص حتى نلاحظ أنه يمكن استفاده حكم غير العبد الآبق من ذلك أم لا، و الأ لما كان لخصوص هذه المسأله ثمره عمليه فعلا، و اما بناء على المشهور من تماميه اعتبار الشرط بدليل نفي الغرر فيبيع العبد الآبق مع الضميمه تخصيص، فنقول أنه لا شبهه فى عدم جواز بيع العبد الآبق منفردا لورود النص عليه، و الأ- مع الضميمه خلافا لمجموع العامه فإنهم منعوا عن ذلك فيبعه مع الضميمه تخصيص لعدم جواز بيع ما لا يقدر على تسليمه على مسلك المشهور، فان مقتضى القاعده بطلان البيع و لو جعل مجهول الحصول جزء المبيع لأن جعل جزء من الثمن مقابل المجهول غررى.

و أما على مسلكنا فالحكم الثابت على جواز بيع الآبق مع الضميمة من الأول مضيق فيكون عدم جواز بيعه بدون الضميمة تخصيصا للعمومات و قد ورد روايتان تدلان على عدم جواز بيع العبد الآبق بدون الضميمة.

الأولى صحيحه (1) رفاعه، قال: قلت لأبي الحسن (عليه السلام) أ يصلح لي أن اشترى من القوم الجارية الآبقه و أعطهم الثمن و أطلبها أنا، قال: لا- يصلح شرائها إلا ان تشتري منهم ثوبا أو متاعا فنقول اشترى منكم جاريتكم فلانه و هذا المتاع بكذا و كذا درهما فان ذلك جائز.

فهذه الروايه مختص بالبيع و الروايه الثانيه موثقه (2) سماعه، فهى أوسع منها عن أبى عبد الله (عليه السلام) فى الرجل قد يشتري العبد و هو آبق عن أهله قال: لا يصلح إلا أن يشتري معه شيئا فيقول اشترى منك هذا الشيء و عبدك بكذا و كذا درهما، فان لم يقدر على العبد كان الذى نقده فيما اشترى معه فان ذيل الروايه من التعليل لا يختص بالبيع، بل يجرى فى غيره أيضا كما لا يخفى.

فمقتضى الروايتين أن بيع العبد الآبق منفردا لا يجوز مع أن فيه نفعاً و هو الانتفاع به بالعتق و أما غير العبد الآبق فلا يجوز بيعه بدون الضميمة بطريق أولى، إذا تعذر التسليم فيه لعدم النفع له فيكون الروايتان دليلا على اعتبار القدره على التسليم فى البيع و غيره من العقود، و المعاضيه كما أشرنا الى ذلك فيما سبق من التكلم فى دليل الشرط، و بالجملة فدليل اعتبار القدره على التسليم هو النص الوارد فى عدم جواز

ص: ٣٠٧

١-١) وسائل، ج ١٢، ص ٢٤٢.

٢-٢) وسائل، ج ١٢، ص ٢٤٣

بيع العبد الآبق منفردا فإنه يدل على عدم الجواز في غيره بدون الضميمة بالأولويه و أما مع الضميمة فبمقتضى قوله عليه السلام فان لم يقدر كان ما نقده فيما اشترى معه جائزا فإن المستفاد من ذلك أن المال لا يذهب في كل مورد كان بيع غير المقذور مع الضميمة و أن ذلك حكم بعنوان القضية الحقيقيه و ان كان الثمن صالحا في مقابل الضميمة حكم كلى و عليه فتتعدى بذلك الى الصلح و جميع العقود المعاوضيه عليه، بل نتعدى بجواز بيع غير الآبق مع الضميمة فما لا يقدر على تسليمه كالفرس الشارد، و الإبل الشارد، كما عرفت، و مع الغرض عن شمول الروايه على ذلك فقد عرفت أنه لا دليل على اعتبار القدره على التسليم الآ الفحوى من روايتين بيع العبد الآبق مع الضميمة و من الواضح أن الفحوى يجرى في صورته الانفراد لا- مع الضميمة و أما فيه فيتمسك بالعمومات كما لا يخفى و لكن لم يلتزموا المشهور بجواز بيع غير العبد الآبق من موارد عدم القدره على التسليم مع الضميمة حتى صرحوا بعدم جواز بيع الفرس الشارد مع الضميمة و الوجه في ذلك دعوى الإجماع، بل النص كما تقدم من نفي الغرر من المشهور على بطلان بيع ما لا يقدر على تسليمه و لكن مجرد عدم التزامهم بذلك لا يوجب الوهن بعد ما ساعدنا الدليل على الحكم بالجواز في غير الآبق أيضا مع الضميمة لشمول العمومات عليه.

**ثم يقع الكلام في خصوصيات ذلك،**

**اشاره**

ففي هنا فروع:

**الأول: هل يجوز بيع الآبق مع الضميمة مطلقا،**

سواء كان رجوع العبد مرجوا أم غير مرجو؟ أو لا يجوز إلا إذا كان مرجو الرجوع فقد؟ اختار المصنف الثانى و تبعه شيخنا الأستاذ و قد استدل المصنف عليه بأن ظاهر السؤال فى الروايه الاولى هو ذلك حيث قال الراوى أ يصلح لى أن اشترى من

ص: ٣٠٨

القوم الجارية الآبقه أعطيهم الثمن و أطلبها فإن الظاهر من كلمه اطلبها أن الوصول إليها مرجو و الآ لما كان وجه للطلب.

و كك ظاهر الجواب فى الروايه الثانيه حيث قال (عليه السلام) فان لم يقدر على العبد كان الذى نقده فيما اشتراه معه، فان الظاهر من كلمه فان لم يقدر أن الوصول اليه حين البيع كان مرجوا و الآ- لم يكن وجه لهذا الكلام ثم قال أن ذلك هو ظاهر معاهد الإجماعات المنقوله، ثم استدل على البطلان فى صوره اليأس بوجهين آخرين، الأول أن بذل جزء من الثمن فى مقابله أكل للمال بالباطل، و الثانى أنه بيع سفهى و الآ لجاز بيعه مستقلا فالمانع من استقلاله مانع عن جعله جزء من الثمن فى مقابله.

أما قضيه لزوم كونه أكلا- للمال بالباطل فقد عرفت أن آيه النهى عن أكل المال بالباطل مختصه بالأسباب الفاسده كالقمار و نحوه مقابل الأسباب الصحيحه فلا تدلّ على شرائط العوضين.

و أما الثانى: فقد عرفت عدم الدليل على بطلان بيع السفهى، بل العمومات بالنسبه إليه محكمه و انما الدليل على بطلان بيع السفيه و هو المهجوريه عن التصرف، على أنه قد يكون سفهيا أى فيما كان ما جعله من الثمن فى مقابل العبد زائدا و بالمقدار الواقع فى مقابل غير الآبق و أما إذا كان بمقدار أربعه فلس فلا سفه فيه، بل ربما يحصل له نفع عظيم من ذلك كما لا يخفى.

و أما الروايه فلا- مانع من شمول قوله (عليه السلام) فان لم يقدر إلخ، على صوره اليأس أيضا فإن احتمال الوصول معه باق على حاله و كذلك لا مانع من شمول السؤال على ذلك فإنه لا مانع من المطالبه مع اليأس لاحتمال الوصول اليه.

و أما القطع بعدم الرجوع فهل يصحّ البيع هنا مع الضميمة أم لا؟ الظاهر أنه لا مانع عنه هنا أيضا و ذلك أن قوله (عليه السلام) و ان لم يقدر على العبد كان ما نقده فيما اشتراه معه و ان لم يكن شاملا لصوره القطع بعدم الرجوع و لكن الظاهر من الرواية عدم اختصاص الجواز بذلك فان الظاهر منها أن الثمن يقع في مقابل الضميمة و كذلك كون الضميمة قابلا لان يقع في مقابل الثمن و لا يذهب هدرا فكون الثمن صالحا لأن يقع في مقابل الضميمة حكم كَلَى نحو القضية الحقيقيه و انما سأل السائل عن فرد من ذلك لا أن الرواية مسوقة لبيان حكم قضيه شخصيه في مورد خاص بحيث لا يمكن التعدي منه الى غيره و لذا ذكر في السؤال أن الرجل قد يشتري العبد الآبق.

و بالجمله الظاهر من الرواية أن بيع العبد الآبق مع الضميمة مطلقا صحيحه سواء كان رجوعه مرجوا أو لا، بل يصحّ مع القطع بعدم الرجوع كما عرفت.

### **منها أنه يعتبر كون الضميمة مما يصح بيعها مستقلا**

لظهور الرواية في ذلك فان قوله (عليه السلام) فان لم يقدر كان ما نقده فيما اشتراه معه ظاهر، بل صريح في كون الضميمة عما يكون قابلا- لان يقع عليه البيع فلو لم يصح بيعه اما لعدم النفع عرفا كالخنفساء و الجعلان و نحوهما أو لعدم النفع فيه شرعا كالخمر و الخنزير و الميتة و اما لكونه مال الغير فلا يصح ان يقع ضميمة فإن ما لا يصحّ بيعه مستقلا لا يصح بيعه مع الضميمة أيضا.

### **و منها أن يصح بيعها منفردا فما لا يصح بيعه كك**

كالعبد الآبق، فهل يصحّ بيعه أو لا؟ ففيه خلاف فقد استشكل المصنف فيه من جهة عدم شمول الرواية له و ساعده شيخنا الأستاذ و لكن اختار الأستاذ المنع من جهة اقتضاء مناسبه الحكم و الموضوع ذلك المعنى، فان ما لا يصح بيعه

مستقلا فكيف يصح مع ضمه بمثله فلا يفيد انضمام ما لا يصح بيعه بمثله الحكم بالجواز بل يكون هو أيضا مثله كما هو واضح.

و لكن ما ادري كيف لاحظوا الروايه حتى حكموا بعدم دلالتها على ذلك فان قوله(عليه السلام)فان لم يقدر كان ما نقده فيما اشترى معه أقوى ظهور في الاشتراط فان الظاهر منه أنه لا بد و ان يكون هنا شيء يقع الثمن في مقابله مع عدم القدره على الوصول أى الآبق و إذا كانت الضميمه أيضا مثله فلا شيء هنا ليقع الثمن في مقابله فلا يصدق عليه قوله(عليه السلام)فان لم يقدر كان ما نقده فيما اشترى معه فان المستفاد من الروايه ان ثمنه لا يذهب هدرا و أما مع كون الضميمه مثل الآبق فيذهب الثمن هدرا و أما إذا كانت الضميمه منفعه فإن كان الغرض وصول شيء إلى المشتري بحيث لا يذهب ثمنه هدرا مع عدم التمكن من العبد و كان صالحا لان يقع في مقابل الثمن و ان لم يكن ذلك بعنوان البيع فلا شبهه في صحه ذلك و ان كان النظر هو التعبد بالروايه و استفاده حكمه منها فلا يجوز فان الموجود فيها فان لم يقدر كان ما نقده فيما اشترى معه و من الواضح أن الشراء لا يصدق في نقل المنافع لما عرفت في أول البيع أن البيع انما هو لنقل الأعيان فلا يطلق في نقل المنافع كما أن الإجازة انما هو لنقل المنافع فلا تطلق في نقل الأعيان فكما لا يجوز بيعها مستقلة فكك لا يجوز بيعها منضمه أيضا،و بالجمله أنه يعتبر في الضميمه أن تكون جائزه البيع في نفسها على انفرادها كما عرفت.

**و من جمله ما يقع الكلام فيه أنه هل ينتقل العبد إلى المشتري من حين**

البيع

بحيث إذا تلف قبل وصوله إلى المشتري تلف في ملكن المشتري أو كان البيع مراعى الى أن يتمكن المشتري منه فإذا تمكن صح البيع في المجموع و الآ تقع المعاوضه بين الضميمه و الثمن ظاهر المحكى عن كاشف الرموز هو

ص: ٣١١

الثانى و لكن ظاهر ذيل كلامه هو الأول كما ذهب اليه المشهور و هو الأقوى فإن الظاهر من الروايه قد يشتري الرجل العبد و هو آبق قال (عليه السلام) لا يصلح إلا أن يشتري معه شيئاً فيقول اشترى منك هذا الشيء و عبيدك بكذا و كذا، فان لم يقدر كان الذى نقده فيما اشترى معه هو أن البيع و الشراء قد تما و تحققا من حين البيع فإذا لم يقدر المشتري عليه فيقع الثمن فى مقابل الضميمه فليس فيها اشعار بالتعليق كما هو واضح، هذا لا شبهه فيه.

نعم، لو بقى على إباقه بحيث صار فى حكم التالف يكون ذلك من البائع بمقتضى قاعده كل مبيع تلف قبل القبض فهو من مال البائع كما سيأتى فى أحكام القبض و اما قوله (عليه السلام) كان الذى نقده فيما اشترى معه صريحا فى صحه البيع و كون الآبق ملكا للمشتري فيكون ذهابه منه و من كيسه فيكون هذا المورد تخصيصا للقاعده المذكوره.

و بالجمله ظاهر الروايه أن التلف انما هو فى ملك المشتري لحصول البيع من الأول و لكن كان مقتضاه أن يكون ذاهبا من كيس البائع لقاعده كل مبيع تلف قبل القبض فهو من مال بايعه، و لكن ذيل الروايه أثبت الحكم على خلاف القاعد تخصيصا لها و دلّ على كونه ذاهبا من كيس المشتري كما هو واضح.

و لو تلف العبد الآبق قبل اليأس بحصوله أو كان اليأس فى حكم التلف كما تقدم من المصنف و ان لم يقبله أو تلف بعد اليأس فهل يكون التلف من البائع بمقتضى القاعده المتقدمه أو من المشتري فقد استشكل فيه المصنف و منشأ الاشكال احتمال شمول قوله (عليه السلام) فان لم يقدر عليه كان الذى نقده، إلخ، شاملا للموارد المذكوره و يكون عدم الظفر على العبد سواء كان باليأس أو بالتلف قبل اليأس أو بعده موجبا لوقوع الثمن بإزاء الضميمه



بحيث كان ذلك كفايه عن عدم استرجاع شيء من الثمن و عدم ضمان البائع له فيكون تخصيصا للقاعده أيضا.

و لكن الأمر ليس كك فان الظاهر من قوله (عليه السلام) فان لم يقدر كان الذي نقده فيما اشترى معه أن المراد من عدم القدره هي عدم القدره من ناحيه الإباق و أما إذا كان عدم القدره من جهه الموت قبل اليأس فيكون ذلك داخلا تحت القاعده، نعم التلف بعد اليأس لا يؤثر في ضمان البائع بعد ما ثبت كون الثمن مقابل الضميمة باليأس و استقر ملك البائع على مجموع الثمن بإزاء الضميمة من دون خيار للمشتري في ذلك كما هو واضح.

ففي الصوره التي كانت التلف من البائع أعنى التلف قبل اليأس فيقسط الثمن على الضميمة و العبد فيصح في الضميمة و يبطل في العبد و يرجع في حصته إلى البائع ان أعط، و الأ فيعطى ما يخص بالضميمة فقط و يثبت للمشتري خيار تبعض الصفقه.

قوله: و لو تلفت الضميمة قبل القبض و ان كان بعد حصول الأبق في اليد، فالظاهر الرجوع بما قابله الضميمة لا مجموع الثمن لان الأبق لا يوزع عليه المثلث، إلخ.

أقول: في توضيح ذلك أنه إذا تلفت الضميمة قبل وصولها إلى المشتري و قد وصل الأبق اليه فيقسط الثمن على الضميمة و العبد فيصح في العبد و يبطل في الضميمة فيسترد المشتري ما قابلت الضميمة من الثمن ان كان قد دفعه و الأ فيعطى ثمن العبد فقط و لا يقسط قبل وصول العبد إلى المشتري فإنه ما دام آبقا لا يوزع عليه الثمن مع تلف الضميمة و من هنا ظهر ما صدر من المشتري شيئا كان في حكم القبض كأن أرسل إليه طعاما مسموما فقتله أو أعتقه أو وهبه لشخص آخر، فان هذا كلها في حكم القبض

فيقسط الثمن عليهما فيبطل البيع في الضميمة و يصح في العبد و لكن بما أنه تصرف المشتري في العبد و أتلفه بالتصرف فلا يكون له خيار تبعض الصفقة حينئذ بخلاف الفرض الأول أعني صورته حصول العبد بيد المشتري.

و أما لو تلفت الضميمة قبل حصول الآبق في يد المشتري فهل يحكم بصحة البيع بالنسبة الى العبد و يلتزم بالتقسيط و يبطل البيع في خصوص الضميمة أو يحكم بانفساخ العقد فقد تردد فيه المصنف أولاً، و ذكر فيه وجهان من ان العقد على الضميمة إذا كان كأن لم يكن من الأول و انعدم تبعه العقد على الآبق فصار هذا أيضاً كأن لم يكن فيحكم بالبطلان في كليهما فيفسخ العقد فيهما معا فان سبب الضميمة حدوثاً لم يكن إلا العقد على الضميمة فإذا انعدم العقد على الآبق أيضاً، و من أن العقد على الآبق كان تابعا على العقد على الضميمة حدوثاً و إذا تملك المشتري العبد فيكون العقد على الضميمة كأن لم يكن فان الغرض منه لم يكن إلا إمكان بيع الآبق الذي لم يكن جائزاً بالانفراد و بعد ما دخل الآبق في ملك المشتري فكان كأن لم يكن محتاجاً إلى الضميمة و كسائر ممتلكته و على هذا فينحل الثمن الى كل من الضميمة و الآبق كسائر موارد اجتماع الشئيين في بيع واحد فيكون كل واحد منهما أجنبياً عن الآخر و هذا الانحلال لا يوجب رفع الحكم الثابت في الابتداء من توقف صحة بيع الآبق على بيع الضميمة معه، فان مقتضى العمومات مع الشك في الصحة و الفساد محكمه و هذا توضيح كلام المصنف بإضافته إجمالاً فتأمل، فإن عبارته مغلقة.

ثم استظهر من النص الوجه الأول بدعوى ان الظاهر من النص أن لا يقابل الآبق بجزء من الثمن أصلاً و لا يوضع له شيء منه أبداً على تقدير عدم الظفر به، و هذا هو الظاهر فان قوله (عليه السلام) فان لم يقدر كان الذي نقده

فيما اشترى معه ظاهر في أنه لا بد و أن يكون هناك شيء يقع الثمن في مقابله مع عدم القدره على الأبق حدوثا و بقاء فإنه لولا ذلك فبمجرد وقوع البيع لا بد و ان يجوز التقسيط مع أنه ليس كك بل لا بد و ان تستمر الضميمة ما دام لم يحصل الأبق و لم يصل الى العبد و من الواضح أنه مع تلف الضميمة ليس هنا بالفعل شيء ان يكون الثمن في مقابله مع عدم القدره على العبد ليشمل عليه قوله (عليه السلام) فان لم يقدر كان الذي نكده فيما اشترى معه فعليه فيحكم بالبطلان و ان كان مقتضى القاعده هو الصحه بعد تحققه صحيحا للعمومات الداله على صحه البيع كما عرفت في توضيح كلام المصنف.

و بالجمله الذي يتحصل لنا من الروايه هو أن الضميمة ما لم تصل إلى المشتري قبل أن يصل الأبق اليه لا طريق للحكم بصحه البيع و ان استمر إلى مده بعيدة فان في كل أن لوحظ البيع يصدق أنه ليس هنا شيء يكون الثمن في مقابله فإذا وصلت الضميمة إليه انتهى أمد ذلك الحكم فح يتبدل الحكم بأنه مع تلف الضميمة لا يحكم بالفساد كما هو واضح.

**ثم بقي هنا فرعان قد أشار إليهما المصنف**

**الأول أنه لو وجد المشتري**

في الأبق عيبا سابقا على العقد

فإنه لا شبهه في كونه مخيرا بين الفسخ و الإمضاء و انما الكلام في انه هل له أن يرجع الى الأرش أم لا؟ فنسخ المصنف القول بجواز الرجوع الى الأرش إلى قول مشعرا بكونه محل الخلاف و الظاهر أنه لا شبهه فيه فإنه لا إشكال في كون المشتري مخيرا بين الفسخ و الإمضاء بدون الأرش أو معه في موارد ظهور المبيع معيبا و لا خصوصيه للمقام حتى توجب عدم جواز رجوعه إلى الأرش إلا- ما ربما يتوهم من أن الأرش جزء من الثمن واقع بإزاء وصف الصحه و مع عدم القدره على العبد لا يقع شيء من الثمن بإزاء العبد ليسترجع بعنوان الأرش و يحصل جزء من

ص: ٣١٥

الثلث، بل مجموع الثمن مع عدم قدره على العبد واقع في مقابل الضميته.

و لكن هذا التوهم فاسد فان وقوع مجموع الثمن مقابل الضميته انما هو بعد اليأس من العبد بحيث يكون في حكم التالف لا مطلقا و الفرض أن العيب كان سابقا على العقد فحين وقوع العقد على العبد مع الضميته، كان المجموع في مقابل الثمن فيكون الثمن مقسّطا على العبد و الضميته معا و ما تقدم من عدم تقسيط الثمن على الآبق قبل وصوله اليه فيكون المقام كسائر موارد ظهور العيب في المبيع فيتمسك بعمومات ما دل على كون المشتري مخيرا بين أخذ الأرش و الإمضاء بدونه و بين الفسخ ثم ان عدم تعرض المصنف لصوره كون المشتري مخيرا بين الفسخ و الإمضاء من جهة عدم كونه محلا للخلاف و محتمل العدم و انما مورد التوهم هو عدم ثبوت الأرش للتوهم المتقدم و لذا خصّه بالذكر.

### **الفرع الثاني: انه لو كانت الضميته ملكا للغير فعقد مالك العبد عليه**

العقد فضولا

فهل يبطل العقد في العبد مع عدم الإجازة أم لا؟ فقال المصنف بالأول، و لم يتعرّض لحكم صورته الإجازة، و الظاهر هو البطلان مطلقا سواء أجاز المالك أو لم يجز و ذلك لما عرفت أن شأن الضميته كون مجموع الثمن في مقابلها مع عدم قدره المشتري على الآبق و فيما إذا كان المبيع مركبا من مال نفسه و من مال الغير فيكون ذلك من الأول من حكم بيعين فيقع الثمن من الأول في مقابل كلا المبيعين و ليس هنا احتمال وقوع مجموع الثمن في مقابل الضميته فإنه ح يلزم أن لا يكون لمالك العبد شيء أصلا و يكون مجموع الثمن لمالك الضميته بدون الاستحقاق فإنه مالك من الثمن بما قابل الضميته دون الزائد كما لا يخفى فيذهب مال مالك العبد هدرا و الحال وقع البيع على المجموع من حيث المجموع.

ص: ٣١٤

و بعبارة أخرى المستفاد من الرواية أن يحصل لمالك العبد شيء سواء تمكن المشتري منه أم لا، ولكن مشروطا بكونه مع الضميمة ليقع الثمن في مقابلها مع عدم التمكّن من الآبق و أن يحصل للمشتري أيضا شيء ككك فإذا كانت الضميمة للغير فلا يمكن ذلك و الحاصل ان الضميمة لا بد و ان تكون قابلا لان يقع مجموع الثمن في مقابلها لقوله (عليه السلام) فان لم يقدر كان الذى نقده فيما اشترى معه و إذا كانت الضميمة من مال الغير و لم يقدر المشتري على العبد فلازم ذلك ان يقع الثمن في مقابل الضميمة و لا يحصل لمالك العبد شيء فهذا لا يمكن الالتزام به على أن الظاهر من قوله (عليه السلام) فى موثقه سماعه لا يصلح إلا أن تشتري معه شيئا و يقول اشترى منك هذا الشيء و عبيدك هو أن الضميمة من مال مالك العبد فان معنى اشترى منك معناه أن المال ماله و لو كان من مال الغير فليس الشراء منه، بل لمالكة فإن البائع فى الحقيقة فى البيع الفضولى هو المالك بإجازته و إمضائه و أنما الفضولى مجرى للعقد فقط، فافهم.

## الكلام فى اشتراط العلم بالثمن

### إشارة

قوله: مسأله: (المعروف أنه يشترط العلم بالثمن قدرا فلو باع بحكم أحدهما بطل إجماعا).

أقول

**استدل على اعتبار هذا الشرط بوجوه:**

### الأول: الإجماع،

فإنه ذكر غير واحد من الأعاضم أن كل بيع لم يذكر فيه الثمن فإنه باطل بلا خلاف بين المسلمين.

و فيه أن الإجماع و ان كان مسلما و لكن المظنون أن الأصل فيه النبوى

ص: ٣١٧

المشهور بين الفريقين (نهى النبي (صلى الله عليه و آله) عن بيع الغرر) فليس هنا إجماع تعبدى.

### الثانى: النبوى المذكور

فإنه استدل به الفقهاء من الشيعة و السنه على بطلان البيع الغررى، و بما أن الجهاله بقدر الثمن توجب الغرر و الخطر فيكون البيع باطلا.

و فيه أنه قد تقدم عدم تماميته سندا و دلالة فلا يكون مدركا للحكم المذكور.

### الثالث: روايه حماد بن ميسره الوارده فى مورد خاص

فإنه روى عن أبى جعفر عليه السلام أنه كره أن يشتري الثوب بدينار غير درهم لانه لا يدري كم الدينار من الدراهم.

و فيه أن غايه ما يستفاد منها أن المعامله المذكوره مكروهه فهى أعم من الحرمة، على تقدير إرادته الحرمة منها فهى لا تدل على الفساد لعدم الملازمه بين الاحكام التكليفيه و الأحكام الوضعيه فتحصل أنه لا دليل خاص على اعتبار العلم بقدر الثمن فى البيع، و على هذا

### فلا بد من التكلم فى

### اشاره

المسأله فى جهتين

الأولى بحسب القواعد، و الثانيه بحسب الروايه الوارده فيها،

### أما الجبهه الأولى أى بحسب القواعد

فان كان المراد من الجهاله بقدر الثمن جهاله بأصل المالىه بحيث لا يعلم البائع أنه أى مقدار بل ربما لا يدري أن ما جعل ثمنا فى البيع أنه مال أو ليس بمال، فهذا لا يشبهه فى بطلانه فان البيع مبادله مال بمال و أن غرض المتعاملين تملك كل منهما مالا جديدا بإزاء ما يعطيه للآخر و لم يكن قبل هذه المعامله مالكا له فإذا لم يدر أنه حصل له مال بذلك أو لا، و مع الحصول أنه أى مقدار فيكون نقضا للغرض فكأنه لم يقع البيع فيكون باطلا و لعل بطلان مثل هذا البيع ارتكازى للعقلاء

فلا يعتبرونه بيعا و ان كان هذا أيضا محل تأمل لعدم اعتبار المالىه فى البيع و لعدم بطلان البيع الصبى فلا منشأ للبطلان غير ذلك الأ- دليل نفى الغرر فقد عرفت الحال فيه غايه الأمر يثبت الخيار للمشتري، نعم سيأتى فى المسأله الثانيه اعتبار العلم بالثمن فى صحيحه الحلبي لا يحتاج إلى التأمل و من هذا القبيل بيع الثوب بدينار غير درهم كما ذكر فى الروايه حماد بن ميسره و أن كان المراد من الجهاله هو الجهل بمقدار الثمن مع العلم بالماليه و كونه بمقدار القيمه السوقيه فلا شبهه فى صحه البيع كما إذا باع الثوب بما يساوى القيمه السوقيه فإن مثل هذا الجهل لا يوجب الغرر و الخطر و لا أنه يوجب الجهل بأصل المالىه غايه الأمر أنه لا يدري أن أى مقدار من المال للجهل بالقيمه السوقيه.

### و أما الجهه الثانيه أى بحسب الروايه الوارده فيها

فقد وردت روايه صحيحه (1) فى خصوص بيع الجاريه و يستفاد منها صحه البيع قال رفاعه النخاس سألت أبا عبد الله (عليه السلام) فقلت له ساومت رجلا- بجاريه له فباعنيها بحكمى فقبضتها منه ثم بعثت إليه بألف درهم فقلت له هذه ألف درهم حكمى عليك أن تقبلها فأبى أن يقبلها منى و قد كنت مستتها قبل أن أبعث اليه بالثمن فقال عليه السلام: أرى أن تقوم الجاريه بقيمه عادله فإن كان قيمتها أكثر مما بعثت اليه كان عليك أن ترد ما نقص من القيمه و ان كان قيمتها أقل مما بعثت اليه فهو له، الخير.

و فى الحدائق التزم بصحه البيع بحكم المشتري و انصراف الثمن إلى

ص: ٣١٩

القيمة السوقية لهذه الرواية و أولها المصنف بما ليس إلا- إسقاطا لها في الحقيقة و قال لكن التأويل فيها متعين لمنافاه ظاهرها لصحة البيع و فسادة فلا يتوهم جواز التمسك بها لصحة هذا البيع إذ لو كان صحيحا لم يكن معنى لوجوب قيمه مثلها بعد تحقق البيع بثمان خاص، نعم هي محتاجة إلى مزيد من هذا التأويل بناء على القول بالفساد بان يراد من قوله (عليه السلام) باعنيها بحكمي تقويمها على نفسى بقيمه عادله لكون رفاعه نخاسا عالما بقيمه الجارية لأنه يبيع و يشتري الرقيق ثم قومها النحاس على نفسه بألف درهم أما معاطاه أو وكالة في الإيجاب و أصله في القبول، و إنما لم يقبله المالك اما للغبن لخطاء النحاس في التقويم أو لخيار الحيوان بناء على ثبوته في الإماء و العبيد.

و قوله عليه السلام ان كان قيمتها أكثر مما بعثت اليه كان عليك أن ترد، إلخ، اما يراد لزوم ذلك عليه من باب إرضاء المالك إذا أراد الإمساك فيسقط المشتري أى النحاس مثلا خيار المالك ببذل التفاوت بأن يقول لا تفسخ المعاملة و سقط خيارك فاعطى التفاوت.

و ما ذكره الايروانى من أنه لا وجه لسقوط الخيار ببذل التفاوت من جهة توهم ان فاعل يسقط هو الخيار و عرفت أنه هو المالك و اما أن يحمل ذلك على صورته حصول الحمل بعد المس فصار أم ولد و تعين عليه قيمتها إذا فسخ البائع.

و هذا التأويل ليس إلا- عبارته أخرى من إسقاط الرواية فإنه ليس فيها إشارة إلى الوكالة و كون المشتري و كيلا عنه أو كون المعاملة على سبيل المعاطاه على أن ظهور عليك ليس إلا- الإلزام على الرد و ما ذكره من حمله على إرضاء المالك بإسقاط الخيار أو حملها على صورته الحبل خلاف الظاهر



من الروايه جدا و على هذا فيدور الأمر بين رفع اليد عن الروايه ورد علمها إلى أهلها و بين توجيهها على نحو لا ينافى ظاهرها، و الظاهر هو الثانى و الذى ينبغى أن يقال أنها راجعه إلى أمر عرفى متعارف بين الناس من المعامله فإن من المتعارف فى زماننا خصوصا بين الحمالين أنهم لا يقاطعون فى مقام المعامله على الثمن و الأجره بل يوكلون الأمر إلى المشتري و المستأجر.

و لكن من المقطوع من القرائن ان غرضهم فى ذلك ليس هو حكم المشتري و المستأجر بحيث لو نقص عنها يطالبون القيمه السوقيه و إذا زاد أو طابق الواقع فينطبق الثمن عليه ففى الحقيقه أن الثمن فى أمثال هذه المعاملات أمر كلى و هو عنوان القيمه السوقيه و ما زاد الذى هو قابل الانطباق على القيمه الواقعيه و ما زاد دون الناقص عنها لخروجه عن دائره الكلى.

و نظير ذلك قد ذكرناه فى تصوير الجامع فى العبادات بين الصحيح و الأعم و قلنا بإمكان فرض كلى يكون قابل الانطباق على الكامل و الناقص و مثلنا لذلك بلفظ الكلمه الموضوعه لما يكون مركبا من حرفين و صاعدا فإنها قابل الانطباق على ما يكون مركبا من حرفين أو ثلاثه أحرف أو أزيد و أيضا مثلناه بكلمه الدار الموضوعه لعرضه المشتمله على الحائط و القبه الواحده أو أكثر فلا مانع من ان يكون الأمر فى المعامله أيضا ككك، فالثمن فى مثل المعامله المذكوره هو الكلى المنطبق على القيمه السوقيه و الأكثر فيملك البائع لهذا الكلى فالروايه الشريفه تدل على هذه القضيه المتعارفه فلا وجه لرفع اليد عنها أو تأويلها على نحو يكون إسقاطا لها فيكون ح و جها لإلزام المشتري على رد الناقص لكونه أقل من القيمه التى وقع عليها البيع

فيقع قوله (عليه السلام) فعليك، إلخ، في موقعه و من هنا ظهر بطلان ما ذهب إليه صاحب الحدائق أيضا من حمل الرواية على القيمة السوقية لما عرفت ان الثمن هنا كلى و هو القيمة السوقية و ما فوقها كما لا يخفى.

و بالجمله فلو قال البائع بعتك بسعر ما بعته أو علم المشتري بأن ما اشتراه من البائع فليس ثمنه أزيد من القيمة السوقية فهي مضبوطة في السوق و أن لم يعلم هو بالقيمة تفصيلا فلا- دليل على فساد هذا البيع للجهاالة، فإنها ليست على نحو تكون موجه لعدم العلم، بأن الثمن أو المثلن مال أو ليس بمال أقل أو أكثر، على نحو يوجب الخطر بحيث يتوقف العقلاء أيضا في اعتباره بيعا و ان كان هذا أيضا محل تأمل فإنه لا دليل على هذا و أنه بدون المنشئه إلا أن يكون هنا إجماع على البطلان فما عن الإسكافي من صحه البيع إذا قال البائع بعتك بعسر ما بعته في غايه المتانته، و لكن قوله و يكون للمشتري الخيار لا وجه له فإنه ان كان البيع غرريا فيكون باطلا فليس له خيار و ان لم يكن غرريا فيصح و أيضا ليس له خيار كما هو واضح.

### الكلام في اشتراط العلم بالمثلن

#### اشاره

قوله: مسأله: العلم بقدر المثلن كالمثلن شرط بإجماع علمائنا.

أقول: اعتبروا العلماء العلم بمقدار المثلن بلا- خلاف فلو باع ما لا يعلم أنه أى مقدار فلا يجوز إلا إذا كان الجهل على نحو لا يضر كما إذا علم البائع بالمبيع و يبيعه على القيمة السوقية و يعلم المشتري أيضا أنه ما يشتريه على النحو المتعارف في السوق فإنه لا وجه هنا للبطلان إلا إذا كان هنا إجماع على البطلان

#### و تحقيق الكلام هنا في جهتين

### الاولى في اعتبار العلم بالمكيل و الموزون

أما الأولى فالدليل عليه الوجوه المتقدمه المذكوره لاعتبار القدره على التسليم و كون الجهاله و الغرر موجبا للبطلان و قد عرفت الكلام فيها و ما يرد عليها و يمكن الاستدلال عليه أيضا بتقرير الامام(عليه السلام)على عدم الجواز البيع جزافا في صحيحه (١)الحلبى عن أبى عبد الله عليه السلام أنه سئل عن الجوز لا نستطيع ان نعدّه فيكال بمكيل ثم يعد ما فيه ثم يكال على حساب ما بقى من العدد قال لا بأس فإن الظاهر من السؤال أن السائل اعتقد عدم جواز البيع جزافا و أنه كان من المرتكزات عنده و عند العرف، و لذا سأل عن جواز الكيل فى المعدود و قد قرّر الامام(عليه السلام)اعتقاده و لم ينبه على جواز البيع جزافا كما تبّه على جواز البيع بالكيل فى المعدود فيعلم من ذلك أن البيع جزافا لا يجوز، و الاستدلال بها أتم و أحسن من دليل نفى الغرر و نحوه و اما الثمن فهو كالمثمن للقطع بعدم الفرق بينهما.

## و أما الجهه الثانيه فالمشهور بل المجمع عليه اعتبار الوزن أو الكيل

فى المكيل و الموزون

فلو باع جزافا لا- يصحّ حتى مع عدم الغرر كما إذا كان مقدارا من الحنطه مثلا فى أحد طرفى الميزان و مقدار من الأرز فى الطرف الأخر الذى يساوى الحنطه فباع أحدهما بالأخر و لكن لا يعلم أنه أى مقدار فإنه لا يجوز ذلك فتدل عليه الروايات المعتمده.

## منها صحيحه الحلبي

(٢)

فى رجل اشترى من رجل طعاما عدلا بكيل معلوم و ان صاحبه قال للمشتري ابتع منى من هذا العدل الأخر بغير كيل فان فيه مثل ما فى الأخر الذى ابتعت قال لا يصلح إلا بكيل قال و ما كان

ص: ٣٢٣

١- (١) وسائل: ج ١٢، ص ٢٥٩.

٢- (٢) وسائل: ج ١٢، ص ٢٥٤.

من طعاما سميت فيه كيلا، فإنه لا يصلح مجازفه هذا مما يكره من بيع الطعام و في روايه الفقيه فلا يصح بيعه مجازفه و المطلب واحد.

فالظاهر من هذه الروايه المباركه أنه لا- يجوز البيع في المكييل و الموزون مجازفه و جزافا، و لكن أشكل عليها بوجهين، الأول بالإجمال، بمعنى أنه ما معنى قوله (عليه السلام) و ما كان من طعام سميت فيه كيلا، فان ظاهره التنوع و أن الطعام على قسمين أحدهما يعتبر فيه الكيل و الآخر لا يعتبر فيه الكيل، و الحال أن جميع الطعام من سنخ واحد فان اعتبر الكيل فهو في جميعه و الآ فكك و أيضا فذيل الروايه ظاهر في كون ذلك مكروها و هو لا يضر بالمعامله.

الثاني: أن الروايه مشتمله على ما لم يلتزم به احد و هو عدم تصديق البائع و ليس كك فإنه يصدق في اخباره بالمبيع نصا و فتوى أما الأول فيرد عليه أن المراد من الكراهه ما ذكره المصنف من أنها في الروايات أعم من الكراهه المصلحه فلا يعارض بظهور لا يصلح و لا يصح في الفساد على أن الكراهه بمعنى الحرمة أيضا لا يعارضه لعدم الملازم بين حكم الوضعي و التكليفي.

و أما قوله ما سميت من الطعام فليس تنوعا بل ذكره من جهه الاشعار إلى عله الحكم و وجه اعتبار الوزن و الكيل في الطعام من أنه من جهه بطلان المعامله فيه بدون ذلك لاعتبار الكيل فيه و لكونه طريقا الى وزنه و مقداره فإنه لو ترك ذلك القيد فاحتمل أن بطلان المعامله في المكييل من جهه آخر من التعبد و نحوه لا من جهه طريقه الكيل الى مقدار الواقعي و إخراجة عن الغرريه كما لا يخفى.

و أما الإشكال الثاني أن تصديق البائع و ان كان مسلما كما سيأتي في الروايات الاتيه و لكن ذلك انما يكون إذا أخبر عن الكيل بان يقول

أنا قلت ذلك كما هو المتعارف في اليوم في البقالين و العطارين حيث يوزنون الأشياء لسهولة البيع عنده فيخبرون عن ذلك لا الاخبار عن المتاع بالجزاف و بالحدس من غير كيل و وزن و الروايه ظاهره، بل صريحه أن اخبار البائع عن العد الآخر انما هو بالمجازفه و الحدس لا عن الوزن و الكيل فان قوله اشتر منى هذا العدل الآخر بغير كيل و كذا قوله (عليه السلام) و ما سميت فيه كيلا لا يصح مجازفه ظاهر أو صريح فيما نقول.

**و منها موثقه سماعه**

(١)

قال سألت عن شراء الطعام و ما يكال و يوزن بغير كيل و لا وزن فقال أما ان تأتي رجلا في طعام قد كيل و وزن نشترى منه مرابحه فلا بأس ان اشترته منه و لم تكله و لم تزنه إذا أخذه المشتري الأول بكيل أو وزن إلخ، و هي أيضا تدل على اعتبار الكيل و الوزن في الطعام و على كفايه اخبار البائع بالوزن و الكيل.

**ثم انه يقع الكلام في أن اعتبار الكيل و الوزن في المكيل و الموزون في**

**اشاره**

جميع الموارد أو مختص ببعضها

و تنقيح هذا البحث يتوقف على البحث في أن الغرر المنفى في البيع هل هو شخصى أو نوعى فعلى الأول يختص الحكم بمورد وجود الغرر فعلا و على الثانى فيعم جميع الموارد فلا يجوز البيع جزافا و ان لم يكن فيه غرر و أيضا يتوقف البحث في ان ما ورد التخصيص على عمومات صحّح البيع باعتبار الكيل و الوزن في المكيل و الموزون هل هو يجرى في جميع الموارد أو يؤخذ منه المقدار المتيقن فيتمسك في البقيه بالعمومات و كيف كان يختلف البحث في المقام باختلاف مدرك الحكم.

أما إذا كان المدرك على اعتبار العلم بالمبيع هو دليل نفى الغرر

ص: ٣٢٥

(١ - ١) وسائل ج: ١٢، ص ٢٥٧.

فلا بد و ان ينظر إليه فإن كان المستفاد منه أن الغرر عله لبطلان البيع فيكون الحكم بالبطلان مختصاً بموارد الغرر الفعلى فيكون المنفى هو شخص الغرر و عليه فيصح بيع المكييل و الموزون جزافا إذا لم يكن فيه غرر كما إذا وضع مقدارا من الحنطه على احد طرفى الميزان و مقدارا من الأرز فى الطرف الأخر فيبدل أحدهما بالآخر فإنه لا غرر فيه قطعاً و ان كان مقدار العوضين مجهولاً- و كذا لو كان شىء من المكييل و الموزون لا يوزن فى الخارج اما لقلته كحبه من الحنطه و مقدار حصه من الدهن و هكذا أو لثقله كزبر من الحديد فإنه لا- غرر فى أمثال ذلك مع كون مقدار المثلثن مجهولاً و هذا نظير كون الحرج و الضرر مأخوذ اين فى الأحكام الحرجيه بعنوان العله فإنه يكون الحكم بها تابعا لوجود الموضوع الشخصى فلا يرتفع فى غيره المنتفى عنه الحرج و الضرر.

و ان كان المستفاد من دليل نفى الغرر كونه حكمه للحكم بالبطلان فيكون باطلا فى الموارد المذكوره و ان لم يكن فيها غرر شخصى فإنه لوحظ فى المبيع بعنوان الحكمه للحكم فلا- يلزم وجودها فى جميع الموارد ككون اختلاط المياه حكمه لتشريع العده و تعفن الإبطين حكمه لتشريع وجوب غسل الجمعه و كون المشقه حكمه فى عدم وجوب السواك و كون الحرج حكمه فى عدم جعل النجاسه على الحديد فان هذه الأمور بأجمعها لوحظت حكمه للتشريع فلا يلزم وجودها فى جميع الموارد و فى المقام أن نفى الغرر حكمه لحكم الشارع ببطلان المعامله التى كان العوضين فيها مجهولاً و لكن إذا لم يكن غرر فى مورد أو موارد كما تقدم مع جهاله العوضين فلا- وجه للحكم بصحه المعامله بل يحكم أيضا بالبطلان لعدم لزوم التسريه فى حكمه الاحكام.

و لكن الظاهر أن النزاع في أن الغرر المنفي في دليل نفي الغرر شخصي أو نوعي ليس له منشأ أصلاً فإن هذا النزاع إنما يجري فيما إذا كان ذلك العنوان المتنازع فيه متعلقاً للحكم و موقوفاً عليه في لسان الأدلة من غير أن يكون لنفس العنوان المذكور فيها موضوعية للحكم و هذا كثبوت الحرمة للخمر فإنه ليس لعنوان الخمر موضوعية لثبوت الحكم له بحيث يدور الحكم مدار صدق الاسم حتى لو كان الحبر مسمى بالخمر فتشمل عليه أدلة حرمة الخمر و إنما التحريم ثبت لها لكونها مسكرة كما في عده من الروايات الدالة على أن الخمر إنما حرمت لعاقبتها و لإسكارها لا لاسمها و ما كانت عاقبته عاقبه الخمر فهو حرام و على هذا فيصح البحث في أن الإسكار حكمه أو عله و هكذا في كل مورد علل ثبوت الحكم بشيء آخر كجعل العده المعلل باختلاط المياه و نحوه.

و أما فيما يكون العنوان المأخوذ في الأدلة بنفسه موضوعاً للحكم فلا مجال للنزاع المذكور و مقامنا من هذا القبيل فإن عنوان الغرر كعنوان الضرر و الحرج بنفسه موضوع للحكم ببطلان المعاملة الغررية فيكون نظير العلة من حيث دوران الحكم مداره وجوداً و عدماً على نحو القضييه الحقيقيه ففي كل مورد ثبت الغرر فيوجب بطلان البيع و الّا فلا فإن عنوان الغرر مأخوذ في النبوى بعنوان القضييه الحقيقيه فيكون صدقها تابعا بتحقيق الغرر الشخصى فى الخارج فلا مجال لتوهم بطلان البيع فيما إذا كان العوضين أو أحدهما مجهولاً و لكن لم يكن فيه غرر كما فى الموارد التى ذكرناها.

فهل يتوهم فقيه أو متفقه بل عوام انه إذا كان التوضى حرجا على جميع الناس لبروده الهواء الّا لشخص واحد لحراره مزاجه فيكون وجوب الوضوء مرتفعاً عنه لكونه حرجاً على نوع الناس و ليس ككك قطعاً و كك المقام و هذا ميزان كلّي و قد ذكرنا هذه الكبرى الكليه فى غير موارد البحث عن الحكمه و العله و عدمه فى

غير واحد من المباحث.

و أما إذا كان المدرك هي الأخبار الوارد في اعتبار الكيل في المثمن فليس فيها لفظ الغرر حتى نتكلم في ذلك كدليل نفي الغرر بل لسانها اعتبار الكيل و الوزن في المكيل و الموزون و هل تدل على اعتبار الكيل في المكيل و الموزون مطلقا، و ان كان الجهل لا يوجب الغرر في بعض الموارد كما إذا كان للمتبايعين حدس قوَى يعينان مقدار المكيل و الموزون بالتخمين بحيث لا يتخلف الا- نادرا و بالمقدار القليل أو كان مقدار واحد منهما يساوي الأخر في المقدار و لكن لا يعلمان مقدارهما الواقعي أو كان قليلا بحيث لا يعد في العرف من المكيل و الموزون أصلا كحبه من الحنطة أو مقدار قليل من الدهن أو كان ثقيلًا لا يمكن وزنه كزبر من الحديد.

أو أنه لا يعتبر الكيل و الوزن الا فيما كانت الجهاله موجبه للغرر أو يفصل بينا كان التقدير على نحو يكون معينا لمقدار المبيع فيلتزم بصحة و بينا لا- يكون كذلك فيلتزم بالفساد الظاهر هو الثاني و توضيح ذلك أنه لم يرد في تلك الروايات لفظ الغرر حتى نتكلم في أنه بأي كيفية حتى نبحت فيه كما عرفت، بل هي داله على اعتبار الكيل و الوزن في المكيل و الموزون و على هذا فلا- يصح بيع مقدار من المكيل بمقدار آخر منه يساويه، إذ الاستفادة أنه لا بد من معرفه مقدار المكيل و الموزون سواء كانت الجهاله موجبه للغرر أم لا، فإنه لم يرد فيها لفظ الغرر لنبحث عنه.

و أما إذا عينا العوضين بالحدس القوي و التخمين الذي لا يتخلف الا قليل فيصح البيع، ح فإنه من مصاديق الكيل و الوزن فان اعتبارهما ليس من جهه أن لهما موضوعيه، بل من جهه كونهما طريقا الى الواقع و الى تعيين مقدار العوضين و الحدس القوي أيضا مما يعين المقدار كالكيل

ص: ٣٢٨



و الوزن و على هذا فيلتزم بصحة البيع بالتخمين و هذا نظير أخبار البيه على ان هذا المتاع قد كيل أو وزن فهل يتوهم أحد بعدم اعتبار ذلك من جهة عدم تحقق الكيل و الوزن فيتمسك بالعمومات الداله على صحة معامله و أما الأشياء التي لا يعد في العرف من المكيل و الموزون فالظاهر عدم اعتبار الكيل و الوزن فيها لخروجها عن المكيل و الموزون تخصصا في نظر العرف فإن الاخبار لا تدلّ إلا على اعتبار الكيل في المكيل و الوزن في الموزون لا على اعتبارهما في جنس المكيل و الموزون كما في الربا، و من الواضح أن الأمور المذكوره ليست من المكيل و الموزون في نظر العرف، بل من جنسهما فلا تشملها تلك الأدله و اذن يفرق بين المقام و بين جريان الربا في المكيل و الموزون فإن أدله حرمة الربا تدل على جريانه في جنس المكيل و الموزون سواء كان قليلا أو كثيرا و موزونا في نظر العرف أم لم يكن كذلك كما هو واضح لا يخفى.

و من هذا القبيل النقود الرائجه فعلا- فإنها و ان كانت من جنس الموزون و يجرى فيه الربا و لكن لا- يعتبر فيها الوزن في مقام معامله، بل هي من المعدود كما هو واضح.

و يؤيده بل يدل عليه أنه لو باع أحد ماله بدرهم فظهر أنه ناقص من سائر الدراهم بحبّه أو حبتين فلا يبطل البيع لأجل جهاله الثمن و لا أنه يقسط المبيع و يلتزم بالصحة بما قابل الدرهم و بالفساد بالمقدار الناقص كما أن المعامله بالدنانير الفعلية التي من القرطاس صحيحه و ان كان بعضها ممزقا ما لم يضرّ بالرواج فلا يشك أحد أن المزق عيب فيه فيعلم من جميع ذلك ان النظر في النقود و الأثمان إلى الرواج لا الى واقعها و أنها من أى جنس بل يكون للبائع تبديل ذلك الدرهم بدرهم آخر لو كان

الثلث كلى الدراهم و يكون له الخيار و مطالبه التفاوت إذا كان شخصيا بل السيره القطعيه قائمه على المعامله بالنقود المسكوكه  
معامله المعدودات، و لا يشك أحد فى ذلك، بل لا يلتفتون اليه و كونها مكيه أو موزونه، بل و لا يعلم الناس أجمع أو أكثرهم  
مقدار الدراهم المسكوكه الرائجه إلا إذا كان بحسب الأصل مسكوكا على ميزان خاص و مشتهدا بين الناس كالقرانات السابقه  
فى الايران و بالجملة لا نحتمل أن يشك أحد فى كون الدراهم و الدينير الرائجه من قبيل المعدودات و يدل على ما ذكرناه من  
كون النقود من المعدودات صحيحه (1) ابن عبد الرحمن قال قلت لأبى عبد الله (عليه السلام) أشتري الشيء بالدراهم فاعطى  
الناقص الحبه و الحبتين قال لا حتى تبيته ثم قال إلا أن يكون هذه الدراهم الأوضاحيه التى تكون وعدنا عددا.

فإنها صريحه فى كون الدراهم من المعدودات و أما النهى عن إعطاء الناقص فليس من جهه الجهاله، بل من جهه الغش و قد  
تقدم أنه حرام فى المعاملات.

فتحصل من جميع ما ذكرناه ان النقود المضروبه من الفلزات ليست من الموزون، و ان كانت من جنسها فلا يعتبر فيها الوزن و لا  
يضر الجهل بها بصحة المعامله و لا يقاس المقام بالربا فإنه يجرى فى كل جنس يكون من المكيل و الموزون.

ثم أن الظاهر بل الواقع أنه لا يعتبر فى الكيل و الوزن المعتبرين فى الروايات إلا العلم بقدرهما إجمالا بحيث لا يكونان مجهولين  
بالكلية كبيع المكيل و الموزون بالصخره المجهوله فإنه يبطل بحكم تلك الروايات

ص: ٣٣٠

لكونها مجهوله محضه فيكفى معرفه الوزن و الكيل إجمالاً- في صحه المعامله بحيث لا- تكون المعامله في العرف مجهوله العوضين و الوجه في ذلك أنه لا- نعلمه من ادعى حقيقه الأوزان و المكيال تفصيلاً لعدم انضباطها في الخارج تحقيقاً حتى الأوزان الدارجه المضبوطه بالقرام و الأوزان القديمه المضبوطه بالمثاقيل فإنها تنتهي بالآخره إلى مرتبه مجهوله، بل لا يعلم بها أهل العرف على النحو المضبوطه قبل انتهائها إلى الميزان الأصلي من القرام و المثقال حتى يكون مجهولاً في أصل الماده فإن نوع أهل العرف لا يدرون أن الحقه أى مقدار و أن الكيلو أى مقدار، بل لا يلتفت كثيرون بالمثقال و القرام كما هو واضح، بل يستحيل معرفه الأوزان على التفصيل لعدم إمكان معرفه حقائق الأشياء لغير علام الغيوب فالعلم بحقيقه الوزن على التفصيل يستلزم العلم بحقيقه الأشياء و قد قلنا أنه لا يمكن لغير علام الغيوب و هذا واضح جداً.

ثم انه اعتبار الوزن و الكيل في الروايات طريق إلى معرفه المكيال و الموزون، فإنه لا شبهه في أنه لا موضوعيه لهما قطعاً و عليه فلا- بد و أن يكون كل من المتبايعين عالمين بالوزن الذى يوزن به المبيع و يعين حين اشتراك الاسم بكون المراد منه أى وزن فإنه ربما يكون الأوزان المتعدده مسماه باسم واحد فيتخيل المشتري منه الوزن المنسوب الى فلان و كان نظر البائع إلى غيره فيكون المبيع مجهولاً فتبطل المعامله للجهاله و مثاله أن الحقه اسم للأوزان المتعدده فإذا كان نظر البائع إلى حقه العطارى و هى حقه الإسلامبول و كان نظر المشتري الى حقه النجف فتعاملاً على ذلك فتكون المعامله باطله بلا شبهه، و كذا المن فإنه مشترك بين التبريز و الشاهى و النجف و غيرها فإذا باع متناً من الحنطه بدرهم و تخيل المشتري أنه من

النجف الذى ستّ حقق و كان نظر البائع الى من التبريز مثلا فإنه تبطل المعامله للجهااله،بل ربما كان لبلده واحده أو قريه واحده وزن خاص فلا بدّ من التعيين حتى لا تكون المعامله مجهوله.

و بالجمله فالغرض من اعتبار الوزن و الكيل ليس مجرد وزن الموزون و كيل المكيل سواء علم المتبايعان بالحال أم لا، إذ ليس لهما موضوعيه أصلا، بل الغرض معرفه مقدار الثمن و المثلن إذا كانا من المكيل و الموزون و الوزن و الكيل طريقان الى الواقع و على هذا فالمناط فى صحه بيع المكيل و الموزون معرفه مقدارهما الواقعى، و على هذا فيصحّ بيعهما بغير الوزن و الكيل إذا علما بهما بغير الوزن و الكيل كالحدس القوى كما عرفت و يبطل البيع مع عدم العلم بالواقع حتى مع الوزن و الكيل إذا كانا مجهولين.

### أما الكلام فى المعدود

فالحكم فيه مثل الحكم فى المكيل و الموزون، بلا خلاف ظاهر كما فى المتن فلا بدّ من اعتبار العدّ فحيث ان الغرض به معرفه مقدار المعدود فيكفى فيه غير العدّ أيضا من الكيل و الوزن و الحدس القوى الغير المتخلف كثيرا و يدلّ على اعتبار العدّ فى المعدود و قيام غيره مقامه خبر الجواز الاتى الذى ذكرناه فى اعتبار العلم بالمثلن أيضا ثم أنه لا يهّمنا التكلم فى ان الميزان فى المعدود و الموزون أى شىء لعدم انضباطه و لترتب الفائده عليه و مع ذلك سيأتى الكلام عليه، و الظاهر أنه أمر عرفى يختلف باختلافهم و مثل الباذنجان من المعدود كما فى بعض بلاد إيران، و من الموزون فى العراق و مثل البرتقال و الليمو من الموزون فى بعض البلاد و من المعدود فى بعضها الأخر و كذا الجوز و هكذا و هكذا فلا بدّ فى ذلك من الرجوع الى عرف المحل و البلد كما لا يخفى.

و اما المزروع فان قلنا بأن الروايات التى اعتبر الكيل و الوزن فى المكيل

والموزون من جهة الطريق الى الواقع و لزوم تقديرين الثمن و المثلن فى المعامله من غير خصوصيه فى المكيل و الموزون و لا فى التقديره بالمكيل و الوزن كما هو الظاهر فتتعدى الى كل شىء و نحكم بلزوم تقدير فى المعامله و اذن فيجب تقدير المزروع بالزرع و نحوه و يدل على ذلك التقدير فى روايه الجوز (١)الآتية.

و ان قلنا بأنه لا- يستفاد من تلك الروايات التعميم بل لا بد من الاقتصار بالمورد و أيضا لم يتم دليل نفي الغرر و لا الإجماع المدعى على لزوم تقدير الثمن و المثلن كما لم يتم دليل نفي الغرر و لا الإجماع المدعى على لزوم تقدير الثمن و المثلن كما لم يتم و اذن جاز بيع المزروع بأى نحو كان سواء كان المقدار معلوما أم لا كما لا يخفى.

### قوله:مسأله لو قلنا بأن المناط فى اعتبار تقدير المبيع فى المكيل

#### اشاره

والموزون.

أقول:بعد ما عرفت اعتبار الكيل فى المكيل و اعتبار الوزن فى الموزون فيقع الكلام فى اجزاء كل منهما مكان الآخر و قيل بالجواز مطلقا و قيل بعدمه كذلك و الثالث التفصيل و هو القول بجواز الكيل وزنا دون العكس و ليعلم أنه إذا كان المدرك هو دليل نفي الغرر فالمدار فى صحه المعامله و فسادها هو الغرر وجودا و عدما فان كان هنا غرر فيكون موجبا للبطلان و الآ فلا- و لا يفرق فى ذلك كون المبيع معلوما أو مجهولا كما هو واضح،فلا يقع الكلام فى كفايه كل من الوزن و الكيل فى مورد الآ-خر و اما الكلام فى المقام مع قطع النظر عن دليل الغرر و بلحاظ الأخبار الوارده فى اعتبار الكيل و الوزن فنقول أما القول بالجواز مطلقا نسب الى الشهيد فى سلم

ص:٣٣٣

الدروس و استدلال عليه بروايه (١) وهب عن الصادق (عليه السلام) قال: لا بأس بالسلف ما يوزن فيما يكال و ما يكال فيما يوزن.

و فيه أولا: أن الروايه ضعيفه السند.

و ثانيا: ما ذكره المصنف و تبعه شيخنا الأستاذ من كون الروايه راجعه إلى جعل ثمن المكييل موزونا و ثمن الموزون مكيلا لا إلى جريان كل منهما في الآخر فلا يكون مدركا للجواز.

ثم انه لا- شبهه في ان لكل من الوزن و الكيل دخلا- في ماله الأشياء المكييله أو الموزونه و أن يختلف قيمه الأشياء باختلاف الوزن و الكيل، و عليه فإذا كان لحجم الشيء دخل في الماله لا يكفى الوزن عن الكيل، بل لا يعلم به أن ما يكون مالهته بالكيل أى مقدار مثلا لو كان بيع الأجر بالكيل فيعلم أن المقدار الفلاني من الأجر له ماله كذا و لكن إذا وزن و لم يعلم انه أى مقدار من الوزن يساوى بذلك المقدار حتى يعلم أن له هذا المقدار من الماله و هذه الكبرى الكليه مستفاده من الاخبار الوارده في اعتبار الكيل و الوزن.

و ربما يقال بجواز بيع كل منهما بالآخر لقوله (٢) (عليه السلام): و ما كان من طعام سميت فيه كيلا لا يجوز بيعه في زقه فان بيع الكيل بالوزن ليس من بيع الجراف لكون الوزن طريقا اليه بل هو الأصل في تقدير الوزان.

و فيه قد عرفت أن الكيل و الوزن دخلا في ماله الأشياء فما كانت مالهته بالكيل لا يجوز بيعه بالوزن لعدم ارتفاع الجهاله به كما عرفت.

ص: ٣٣٤

١-١) وسائل: ج ١٣، ص ٦٣، باب ٧، حد ١.

٢-٢) وسائل: ج ١٢، ص ٢٥٤، باب ٤، حد ٢.

و قد يستدل عليه بموثقه (١) سماعه قال سألته عن شراء الطعام و ما يكال و يوزن بغير كيل و لا وزن، فقال: أما أن تأتي رجلا في طعام قد كيل و وزن تشتري منه مرابحه فلا بأس ان اشتريته منه، و لم تكله و لم تنزه إذا كان المشتري الأول قد أخذه بكيل أو وزن و قلت له عند البيع إنى أربحك كذا و كذا و قد رضيت بكيلك و وزنك فلا بأس.

و فيه انه لا- دلالة في الروايه على ذلك، فان الظاهر من الروايه أن إتيان الكيل و الوزن على سبيل اللّف و التّشر و كان نظر الامام (عليه السلام) الى اعتبار كل من الوزن و الكيل في كلّ من الوزن و الكيل و ليس نظره (عليه السلام) الى كفايه كل منهما عن الآخر و يؤيد ذلك التعبير بلفظ أو في ذيل الروايه فيكون الظاهر من الروايه أن كلّ من الكيل و الوزن معتبر في كل من المكيل و الموزون فمفهوم القضيّه الشرطيّه أنه إذا لم تشتتر المكيل بكيل و الموزون بالوزن فيكون باطلا فإطلاق المفهوم شامل لبيع المكيل بالوزن و بيع الموزون بالكيل فيحكم بعدم الجواز و يقرب ما ذكرناه من اللّف و التّشر أنه (عليه السلام) عطف الوزن على الكيل بقوله (عليه السلام) في طعام قد كيل و وزن إذ ليس من المحتمل اعتبارهما معا في المكيل و الموزون.

و بالجمله الظاهر من الروايه أن الوزن و الكيل كل منهما دخيل في ماله المكيل و الموزون فلا يكفي الكيل بالوزن و ككّ العكس.

و أما القول بالتفصيل فاختره المصنف (ره) و قال: بكفايه الوزن في المكيل و بعدم كفايه الكيل في الموزون بدعوى أن الوزن أصل الكيل و أضبط و انما عدل إليه في المكيلات تسهيلا فلا مانع من القول بكفايه الوزن

ص: ٣٣٥

عن الكيل بخلاف العكس لكونه فرعا على الوزن.

و فيه قد عرفت أن الظاهر من الموثقه هو اعتبار كل من الوزن و الكيل فى المكيل و الموزون على سبيل اللّف و النّشر و أن كل منهما على نحو الاستقلال دخيل فى ماله كل من المكيل و الموزون بحيث ربما تضطرّ بماليه المكيل بانعدام الكيل و ان كان يوزن بالوزن كما مرّ فى مثال الأجر و كذلك العكس و ليس كل ما يكال يكون معلوم الماليه بالوزن عند العرف، و كذا العكس.

و ما ذكره من أن الأصل فى تعيين مقادير الأشياء هو الوزن و انما جعل الكيل طريقا اليه تسهيلا فهو كذلك، و لكن لا يعلم أنه أى وزن كان أصلا و أن كيل كان طريقا له مع اختلاف الأوزان باختلاف الممالك و البلاد بل فى بلده واحده أوزان مختلفه فإذا فرضنا أن متاعا يباع بالكيل فقط و يعلم حجمه و مقدار ماليته تفصيلا بحيث لا يلتفت اليه العرف إلا بالكيل و إذا بيع بالوزن لكونه أصلا فى تعيين المقدار فلا يعلم أن أى مقدار من المتاع وقع مقابل أى مقدار من الثمن مثلا إذا فرضنا أن أحدا باع دارا بالوزن بمعنى أنه باع الأجر و الجص بوزن معين أن يجعل هذا المقدار دارا بمبلغ معين الى أن يخلص هذا المقدار مع أنه لا يعلم المشتري أى مقدار من المثلث قد حصله فإنه لا يدري أن هذه المصاح تصير قبه أو قبتين و هكذا فى كل مورد اعتبر المبيع بالكيل فباعه البائع بالوزن و يصحّ ما ذكرناه بملاحظه ما وقع الاختلاف الكثر فى الأوزان بحيث من جرّب يعلم أن وزن بقالين لا يتساويان و على هذا فالقول بعدم الجواز مطلقا أوجه إلا أن يكون الكيل طريقا الى الوزن فحينئذ يتّجه كلام المصنف بان كان الوزن صعبا خصوصا فى الموازين القديمه فح يوزن كيل واحد و يحاسب الباقي



على حسابه و يدل على ذلك روايه (1)عبد الملك بن عمرو قال:قلت لأبي عبد الله(عليه السلام)اشترى ماء راويه من زيت،فاعترض راويه أو اثنين فانترنهما ثم أخذ سائره على قدر ذلك،قال لا بأس فإنه يجعل الوزن ح طريقا الى الكيل مع العلم بأن الكيل أى مقدار من الوزن فلا- يقاس ذلك بغير ما جعل الكيل طريقا ففى هنا يتجه ما ذكره من ان الوزن أصل فى تعيين المقادير كما لا يخفى.

فإنه ح يحصل الاطمئنان بالمقدار نظير تعيين المبيع بالحدس القوى أو بالبينه أو تصديق البائع فى اخباره عن الكيل و الوزن فان فى ذلك كله يحصل الاطمئنان بالواقع و بمقدار المثلث.

و على هذا فلا يفرق فيما يظهر التفاوت بما يتسامح أو بما لا يتسامح فان فى كلا الموردین قد حصل الاطمئنان بالمقدار و يجعل الكيل طريقا الى التعيين غايه الأمر فإذا ظهر التفاوت بما لا يتسامح كأن ظهر فى ماء راويه التى مائه أمنان مثلا التفاوت بعشره أمنان فيكون للمشتري الخيار.

و من هنا ظهر أنه لا وجه لما أشكل به شيخنا الأستاذ على المصنف حيث قال و أما إذا لم يكن طريقا مضبوطا اليه بل يتخلف بما لا- يتسامح فيه فلا- معنى لجواز جعله طريقا و البناء على ذلك المقدار لأن البناء عليه لا- يخرج عن الجهالة و الآ لصح بيع الموزون مشاهده مع البناء على أنه مقدار خاصّ و حاصل الكلام أن تيه كون شىء طريقا أو لحاظ كونه أصلا أو البناء على كونه مقدرا بمقدار خاصّ و نحو ذلك من الأمور البنائيه و القليه لا أساس لها فى باب المعاملات.

ص: ٣٣٧

و وجه الضعف أنه ليس كون الكيل طريقا الى الوزن مع الاطمئنان بالمقدار المعين الواقعي سواء ظهر فيه تفاوت بما يتسامح أو بما لا يتسامح من قبيل مجرد البناء على ذلك المقدار فليس لهذا الاشكال وجه أصلا.

### معامله الموزون بوزن معلوم عند أحد المتبايعين

قوله: ثم انه قد علم مما ذكرناه أنه لو وقعت معامله الموزون بعنوان معلوم عند أحد المتبايعين دون الآخر كالحقه و الرطل و الوزنه باصطلاح أهل العراق الذى لا يعرفه غيرهم خصوصا الأعاجم غير جائز.

أقول: حاصل ما ذكره أنه لو كان الوزن أو الكيل معلوما عند أحد المتعاملين دون الآخر كالحقه و الرطل و المن و الوزنه باصطلاح أهل العراق مع عدم معرفه غيرهم بها خصوصا الأعاجم فهو غير جائز فإنه لا يصدق فى العيار مجرد صدق أحد هذه العناوين عليه فان ذلك ليس إلا كوضع الصخره الغير المعلومه على الميزان و الوزن لها.

أقول: الظاهر أنه غير تمام لما ذكرناه سابقا من كفايه العلم الإجمالى بالوزن و لو بمشاهدته أن هذا حقه أو وزنه أو غيرهما و أن كل حقه من الأرز مثلا بقيمه كذا بحيث يرى المشتري ذلك و يعامل على طبق هذا الموجود الخارجى بحيث يصدق أن بيع هذا الطعام ليس بمجازفه، بل بيع بالوزن أو الكيل و ان لم يعلم أحدهما مقدار الوزن تحقيقا و على جرت السيره القطعيه حيث يرد المسافر على بلد و شرى منهم المتاع من غير معرفه مقدار وزنهم تفصيلا بل يعلم إجمالا ان هذا الوزن المشاهد مقابله من المتاع بقيمه كذا و هكذا بل لا يعرف الموازين تفصيلا حتى مرتبه نازله من التفصيل الحقيقى بحيث يكون فيه تسامح قليل شخص البلدى، بل شخص من بيده الميزان فان البقال يعرف أن هذه وقعيه أو حقه أو وزنه و أما أن كل منها أى مقدار من المثقال أو القرام فلا يعرفه هو أيضا، بل لو عرفه و بالأخره

يصل الى مرتبه لا يعلم أنه أى مقدار كالمثقال و القرام.

و بالجمله لا وجه لما قاله المصنف من عدم كفايه الوزن مع علم أحدهما دون الآخر كاوزان العراق و على هذا فيصح معامله الزوار الذين يجيئون الاعتبارات المقدسه و يعاملون مع أهلهم باوزان لا يعرفون مقدارها.

نعم قد تقدم سابقا بطلان معامله فى صوره واحده و هو أن يبيع كئيا مثلا من الحنطه و نحوه على حساب كل من بدرهم أو كل حقه بدرهم فلا يعرف من الوزن إلا اسمه فقط، من غير علم به بالمشاهده و نحوها فتكون باطله لكونها معامله جزافيه و هذا غير ما ذكرناه.

و بالجمله المدار فى صحه بيع الموزون و المكيل الذى فرضنا من الروايه هو صدق البيع بالوزن أو الكيل بحيث يعرف كل منهما أنه كيل أو وزن و أما معرفتهما تفصيلا فليس لها فى الروايات عين و لا أثر كما هو واضح، فافهم.

### و أما المعدود فالكلام فيه بعينه مثل كلام فى المكيل و الموزون

فبالنسبه إلى أصل اعتبار العدد فى المعدود قد تقدم الكلام فيه و قلنا أن صحيحه الحلبي (1) عن ابى عبد الله (عليه السلام) يدل على ذلك حيث سئل عن الجواز لا نستطيع ان نعدده فيكال بمكيال ثم يعد ما فيه ثم يكال ما بقى على حساب ذلك العدد قال لا بأس به، فان الظاهر منها أن اعتبار العدد فى المعدود مفروغ عنه و انما سأل السائل عن كون الكيل طريقا اليه أو انه لا يكال، بل للعدّ موضوعيه فى المعدود و أيضا يدل بالتقرير على جواز كيل المعدود و بيعه و وزنه و ليس للعدّ موضوعيه فى ذلك و هذا لا اشكال فيه أيضا.

و لكن بقى فى الروايه شىء و هو ان التقرير لكفايه الكيل عن العدّ و

ص: ٣٣٩

ان كان مسلما و لكن الظاهر من الروايه اختصاصه بصوره الاضطرار،حيث سئل السائل عن ذلك عند عدم الاستطاعه فلا يجوز فى غير حال الضروره.

و فيه أن الروايه و تقريره(عليه السلام)غير متوجه الى فرض القدره من العدد فإنه ليس مفروض السائل فإنه مع التمكن لم يكن له داعى لبيع المعدود بالكيل،بل كان يبيعه بالعدّ و لذا سأل عن صوره عدم القدره و هذا لا يدل ان بيع المعدود بالكيل أو الوزن لا يجوز،بل يجوز مع كونه طريقا اليه كما هو واضح للعلم بان الكيل و الوزن و العدّ ليس لها موضوعيه بحيث لو أخبر المعصوم به أو قامت البيئه على التعيين أو علما بالحدس القوى لكان باطلا و على هذا فتمسك بالعمومات فى غير ما لم يثبت فيه قيد خاص هذا فيما كان الكيل أو الوزن طريقا الى المعدود و اما كفايه كل منهما عن الآخر استقلالاً فذكر المصنف أنه لا يجوز فى الكيل بان يبيع المعدود بالكيل و يكفى ذلك عن العدّ و اما الوزن فالظاهر كفايته و لم يبين وجه الفرق بينها غير أنه نقل عن ظاهر قولهم فى السلم انه لا يكفى العدّ فى المعدودات.

الظاهر انه لا وجه فى ذلك الفرق فإنك قد عرفت أن الظاهر من موثقه سماعه اعتبار كل ما يعتبر مالىته بالوزن أو الكيل و هكذا العدّ لا-يجوز بيعه بغيره فإنه من قبيل البيع مجازفه إذ لا يعلم أن مقدار مالىته التى اعتبر عليها البيع أى شىء،بل ربما لا يعتبرون البيع مع الجهل بالماليه فإن المستفاد من الروايات الداله على اعتبار الكيل فى المكيل و الوزن فى الموزون و العدّ فى المعدود هو ذلك،و انما قلنا بكفايه كل منهما عن الآخر فى صوره الطريقيه لكونه موجبا لتعين المالىه،و بالجمله و انا قلنا أنه ليس لشىء منهما موضوعيه بل كل منهما طريق الى الواقع و لكن المناط كون المالىه معلومه و الآ فلا يجوز و لذا لا يجوز كفايه كل منهما عن الآخر استقلالاً كما

هو واضح، و على هذا فلا وجه لتجوز بيع المعدود بالوزن استقلالا، و الحاصل ان كان هنا طريقه فالمناط جواز بيع المعدود بكل ما يكون طريقا اليه فلا وجه للاختصاص بالوزن و الا فلا يجوز أيضا مطلقا فلا وجه لاختصاص الكيل بالمنع فافهم.

### قوله: **بقي الكلام في تعيين المناط في كون الشيء مكيلا أو موزونا.**

أقول: ذكر المشهور أن المدار في كون الشيء مكيلا- أو موزونا ما هو المتعارف في زمان الشارع، فان ما كان مكيلا في زمانه فمكيل الى يوم القيامة و ما كان موزونا في زمانه فموزون الى يوم القيامة و كذلك المعدود.

و أما الأشياء التي لم تكن في زمانه من قبيل المكيل و الموزون، أو المعدود فللمدار فيها ما هو المتعارف في العرف العام، و الا فما هو المتعارف في كل بلد، و ذكروا ذلك أيضا في بيان الجنس الربوي.

و لكن القول بهذا الرأي و حمل الأخبار الواردة في المسألة عليه يستلزم الالتزام بأمر مستحيل فإنه إذا كان المدار في كون الشيء مكيلا أو موزونا أو معدودا هو زمان الشارع و زمان الأئمة (عليه السلام) كانت القضية خارجيه، و عليه فما يتعارف كيله أو وزنه في ذلك الزمان لا يدخل تحت أحد العناوين الى يوم القيامة.

و إذا كان المدار فيها متعارف كل زمان، بل كل بلد من غير توجه الى ما هو المتعارف في زمان الشارع كانت القضية حقيقيه و عليه فما هو مكيل في زمان الشارع يمكن ان يكون موزونا في زمان آخر و بالعكس، بل قد يكون معدودا و على هذا فعرف كل زمان هو الميزان في تعيين المكيل و الموزون و المعدود.

و الجمع بين الأمرين في إنشاء واحد مستحيل فإنّ النظر في القضية

الخارجيه إلى دخل الخصوصيات الخارجيه فى الإنشاء و عدم كونه على نحو الإطلاق و لا بشرط و النظر فى القضيه الحقيقيه إلى فرض الموضوع مفروض الوجود و جعل الحكم عليه من غير أن تكون الخصوصيات الخارجيه دخيله فى الجعل و الإنشاء، فحمل الروايات على ما ذكره المشهور حمل على أمر محال كما لا يخفى.

بل، الظاهر منها هو الثانى و أنها كسائر القضايا لسبت الا حقيقه و تخصيصها بالقضيه الخارجيه يحتاج إلى عنايه زائده فظهور الروايات يدفعها و عليه فالميزان فى المكيل و الموزون و المعدود هو العرف فى كل زمان إلا إذا قام إجماع أو ورد نص خاص على اعتبار الكيل مثلا فى جنس خاص كما ورد النص بجريان الربا فى الدراهم و الدينانير مطلقا و ان كانتا من المعدودات فلو باع احد درهما بدرهمين فتكون المعامله ربويه مع أن الدراهم من المعدودات فى زماننا بل فى كل زمان كما دلت عليه روايه ابن عبد الرحمن المتقدمه (١).

و بالجمله أن الظاهر من قوله (٢) (عليه السلام) ما كان من طعام ستمت فيه كيلا فلا يصلح مجازفه و كذا غيره من الروايات الداله على اعتبار الكيل و الوزن فى المكيل و الموزون هو كون القضيه حقيقه بحيث يكون الميزان كون الشىء مكيلا أو موزونا فى أى زمان كان.

و الحاصل من أول المسأله المشهور بين الفقهاء أن العبره فى التقدير بزمان النبى (صلى الله عليه و آله) فما كان مكيلا أو موزونا فيلحق بهما حكمهما الى

ص: ٣٤٢

١- ١) وسائل: ج ١٢، صفحه ٤٧٣، حد ٧.

٢- ٢) وسائل: ج ١٢، صفحه ٢٥٤، حد.

يوم القيامة و ما لم يتعارف وزنه أو كيله فى زمانه (صلى الله عليه و آله) فالعبره فيه بما اتفق عليه البلاد و ان لم يتفق عليه البلاد فالعبره فيه بما تعارف فى كل بلده بالنسبه إلى نفسها.

و قد ذكرنا أن هذا الذى ذكرنا ذكره المشهور مشكل، بل مستحيل فان الالتزام بأن ما تعارف فى زمان النبى (صلى الله عليه و آله) كونه مكيلا أو موزونا كك إلى الأبد سواء خرج عن كونهما مكيلا أو موزونا أم لا، يقتضى كون القضييه خارجيه ثم الالتزام فيما لم يتعارف وزنه أو كيله فى ذلك الزمان بكون الميزان فيه العرف العام أو العرف الخاص يقتضى كون القضييه حقيقه فهما لا- يجتمعان فى إنشاء واحد فان النظر فى القضييه الخارجيه الى الأفراد الخارجيه فقط، و ثبوت الحكم لها إلى الأبد أى ما دام موجودا و فى القضييه الحقيقه إلى وجود الموضوع مطلقا و كونه مفروض الوجود بحيث أنه فى أى زمان تحقق صدق عليه حكمه و فى أى زمان خرج عن كونه مكيلا- أو موزونا يرتفع عنه الحكم سواء كان مكيلا فى زمان الشارع أم لم يكن كما إذا ثبت وجوب الإكرام على العلماء فإنه يدور مدار صدق موضوع فى أى زمان وجودا و عدما فلو كان شخص عالما ثم نسى علمه يرتفع عنه وجوب الإكرام.

و على هذا فلا- مناص عن حمل الروايات الوارده فى المسأله أما على القضييه الحقيقه أو على القضييه الخارجيه، و لكن الظاهر منها كون القضييه الحقيقه إذ لا- خصوصيه للأشياء التى كانت مكيلا- أو موزونا فى زمان النبى (صلى الله عليه و آله) أو زمان الأئمه (عليه السلام) و انما النظر فيها الى بيان حكم كلما يتعارف فيه الكيل و الوزن و يدلّ على ذلك قوله (عليه السلام) و ما من طعام سمّيت فيه كيلا- أو وزنا لا- يجوز بيعه مجازفه، و عليه ما تعارف كيله أو وزنه فى زمان الشارع ان بقى على حاله فلحقه حكمه و الأ فالمتبع فيه حكم ما صدق عليه العنوان فى كل زمان

بل فى كل بلد فلو كان الشىء مكىلا أو موزونا فى بلد و معدودا فى بلد آخر فلققه فى كل بلد حكمه على النحو المتعارف، نعم لو كان هنا نص أو إجماع تعبدى مصطلح لىكون كاشفا عن رأى المعصوم على مقاله المشهور فىلتزم به كما ورد النص بكون الدراهم و الدنانير ربوياً مطلقاً و لكن الأمر لىس ككك أما النص فمعدوم و أما الإجماع فغير متحقق فإن أغلب القائلين بذلك، بل كلهم عللوا كلامهم بانصراف الأدله و الروايات المتقدمه إلى زمان من صدر منه الحكم و لا ىشمل غير زمانه فكشف الإجماع التعبدى من مثل هذه الكلمات من الأمور الصعبه.

فتحصل ان الميزان فى كون الشىء مكىلا أو موزونا هو ما صدق عليه المكىل و الموزون فى أى زمان كان فإنه ح لحقه حكمه.

و من هنا ظهر أنه لو عاملاً- فى بلد و كان المبيع فى بلد آخر فالعبره بىدل فىه وجود المبيع كما ذكره المصنف لصدق عنوان المكىل أو الموزون أو المعدود عليه فلققه حكمه.

و لو تعاقدنا فى الصحراء رجعا الى حكم بلدهما، و لو تعاملنا- فى البر بين البلدين و اختلف عرفهما فى كون ذلك الشىء من المكىل أو الموزون و شك فى لحقوه بهما فىرجع الى عمومات صحه العقد فان المقدار الثابت من المخصص انما كان مكىلا أو موزونا أو معدودا لا ىجوز بىعه مجازفه و هذا المتاع الموجود فى الصحراء لىس بمكىل قطعاً لعدم لحقه بإحدى البلدين كما ىكفى فى عدم المكىله عدم اللحق و على هذا فىتمسك بالعمومات فىحكم بصحه المعامله عليه مجازفه فلا ىكون من قبيل التمسك بالعام فى الشبهه المصداقيه لعدم كون الشك فى كونه مكىلا أو موزونا و انما الشك فى اعتبار الشارع الكىل هنا و الآ فهو لىس بمكىل قطعاً كما عرفت.



اشاره

قوله:مسأله:لو أخبر البائع بمقدار المبيع جاز الاعتماد عليه.

أقول

تحقيق المسأله فى ضمن جهات

الاولى،أنه لا شبهه فى جواز

الاعتماد على اخبار البائع فى مقدار المبيع كيلا أو وزنا،

بل فى بعض الكلمات دعوى الإجماع عليه و قد وردت عليه أخبار عديده كما عرفت،و لا- ينافيه ما تقدم فى صحيحه (١)الحلبى(فى رجل اشترى من رجل طعاما عدلا بكيل معلوم و أن صاحبه قال للمشترى اتبع منع هذا العدل الآخر بغير كيل فان فيه مثل الآخر الذى اتبعت،قال لا يصلح الا بكيل،قال و ما كان من طعام سميت فيه كيلا،فإنه لا يصلح مجازفه)لأن اخبار البائع فى الروايه كان مستندا الى الحدس دون الحسّ بالكيل و الاخبار عنه و قد حملها المصنف على وجه آخر و قد عرفت عدم صحته،و الحاصل أن أصل الحكم مما لا ريب فيه.

الجهه الثانيه أن الظاهر من الروايات الداله على جواز تصديق

البائع فى أخباره بالكيل أو الوزن هو كون الاخبار طريقا الى الواقع

بحيث يحصل الاطمئنان أو الظن المعبر بكونه مكيلا أو موزونا و يدل على ذلك روايه (٢)أبى العطار و فيها قلت فأخرج الكر و الكرين،فيقول الرجل أعطيته بكيلك فقال إذا ائتمنك فلا بأس.

و مرسله (٣)ابن بكير فى رجل سأل أبا عبد الله(عليه السلام)عن الرجل يشترى

ص:٣٤٥

١-١) وسائل:ج ١٢،ص ٢٥٤.

٢-٢) وسائل:ج ١٢،ص ٢٥٧،حد ٦.

٣-٣) وسائل:ج ١٢،ص ٢٥٦،حد ٣.

الجص فيكيل بعضه و يأخذ البقيه بغير كيل فقال(عليه السلام):اما أن يأخذ كله بتصديقه و اما أن يكيه كله.

و الروايتان و ان كانتا ضعيفتين من حيث السند و لكن لا بأس بهما فى مقام التأيد،على أنه لو لم يكن اخبار البائع هنا من باب الطريقيه فلا بد و أن يكون مأخوذاً اما من باب الموضوعيه أو على نحو الاشتراط بأن كان اخباره بالمقدار شرطاً فى البيع بحيث لو لم يكن كذلك يكون المشتري مختار فى الفسخ و الإمضاء أما الأول فهو بعيد جداً فان لازمه صحه البيع بمجرد الاخبار بقدر الثمن و ان كان المخبر ممن لا وثوق فى اخباره أصلاً بحيث لا يرفع اخبار الجهاله عن المبيع و لا يخرج البيع عن الجزافيه مع أنه لا يمكن الالتزام به.

و أما الثانى فلأنه لو كان الاشتراط رافعاً للجهاله و مصححاً للبيع و موجباً لخروجه عن الجزافيه لكان صحيحاً بدون الاخبار بأن اشتراط أنه لو كان المبيع أقل من المقدار المعين كان المشتري مختاراً فى الفسخ و الإمضاء و أيضاً لا يمكن الالتزام به فإن إطلاقات الروايات بطلان بيع الجزاف مع الاشتراط و عدمه كما لا يخفى و إذا فلا بد من أخذ الاخبار طريقاً الى بيان مقدار المبيع بحيث يكون رافعاً للجهاله و الغرر و الأ- فيبطل لكونه بيع جزافى و قد تقدم أن ما كان مكيلاً أو موزوناً فلا يصح بيعه جزافاً.

### **الجهه الثالثه: ما تبين الخلاف فى المبيع اما بالنقصه أو بالزباده**

فهل يحكم بالبطلان كما احتمله فى جامع المقاصد فيما باعه ثوباً على أنه كتان فبان قطناً ثم رده أو يكون البيع صحيحاً و يثبت الخيار للمشروط له فى المقام جهات من البحث:

### **الجهه الاولى: فى صحه المعامله و بطلانها**

و قد اختار المصنف

ص: ٣٤٦

الصحة مع الخيار، وتوضيح ذلك أنا قد ذكرنا مرارا عديده أن الهيولا- سواء كانت أوليه أو ثانويه فى مقابل الهيولى الاولى فتشمل الثالثه و ما فوقها نظير المقولات الثانويه المقابله للمقولات الأولويه ليست لها قيمه أصلا و انما هى بالنسبه الى جميع الأشياء حتى التراب متساويه الإقدام، بل القيمه للأشياء بحسب أوصافها الموجه للماليه و ان كان نفس الأوصاف لا- تقابل بالمال، و انما هى واسطه لثبوت الماليه على المواد و الهيولى و على هذا فإذا تخلفت الأوصاف فى المبيع فان كانت من الأوصاف المقومه المعدوده فى نظر العرف من الصور النوعيه سواء كانت بالدقه أيضا من الصور النوعيه أم لا، فيكون البيع باطلا فان ما هو الموجود فى الخارج لم يبيع و ما هو مبيع غير موجود فى الخارج كما إذا باع إنسانا فبان فرس أو باع عبدا فبان أنه أنثى فإن ما هو عنوان للمبيع و مقوم له فى نظر العقل فى المثال الأول و فى نظر العرف فى المثال الثانى قد تخلف عن المبيع فيكون البيع باطلا و هكذا فى جميع موارد تخلف العنوان عن المعنون و لو فى نظر العرف فإنهم يرون العبد مع الأمه جنسا مختلفا و ان كان فى الحقيقه جنسا واحدا، فإن الرجوله و الأنثه من العوارض و العناوين الغير المقومه فى نظر العقل، و لكنها من العناوين المقومه فى نظر العرف.

و أما إذا كانت الأوصاف من العناوين الغير المقومه فى نظر العرف، كوصف الكتابه و الخياطه و النجاره فى العبد فلا يكون تخلفها موجبا لبطلان البيع و من قبيل تخلف العنوان عن المعنون فيكون البيع صحيحا مع الخيار و فى المقام أن المبيع و ان كان خمسه أمنان من الحنطه فظهر أنه ثلاثه أمنان و لكن عنوان الخمسه ليس من العناوين المقومه بحيث يفوت المبيع بالكليه بانقضائه، بل المبيع الذى وقع عليه البيع موجودا و انما انتفى عنه

وصف انضمامه بالمقدار الزائد، فيكون البيع في الحقيقة منحلاً إلى بيوع متعددة فإن معنى بعثك هذه الحنطه التي عشره أمان بعشره دراهم أن كل من منها بدرهم غاية الأمر أن كل بيع مشروط بانضمامه إلى البيع الآخر فإذا ظهرت الحنطه خمسه فيكون البيع بالنسبه إلى الخمسه باطله لما تقدم، و بالنسبه إلى الخمسه الموجوده صحيحه مع خيار تخلف الوصف و الشرط أى عنوان الانضمام.

و بالجمله أن احتمال البطلان هنا فاسد و قياس المقام بباب تخلف العنوان عن المعنون قياس مع الفارق.

### **الجهه الثانيه: فى أن الخيار الثابت هنا للمشتري أو للبائع هل هو**

خيار تخلف الوصف

اعنى ما ذكرناه من انضمام هذا البيع ببيع الزائد عن المبيع الموجود أو خيار آخر كخيار الغبن العيب مثلاً.

عبر العلامه فى القواعد عن ثبوت هذا الخيار للبائع مع الزيادة، و للمشتري مع النقيصه بقوله تخير المغبون و تخيل بعض تبعا لبعض الآخر أن هذا ليس من خيار فوات الوصف أو الجزء معللاً بأن خيار الوصف انما يثبت مع التصريح باشتراط الوصف فى العقد.

و أشكل عليه المصنف باندفاعه بتصريح العلامه فى هذه المسأله من التذكرة بأنه لو ظهر النقصان رجع المشتري بالناقص و فى باب الصرف من القواعد بأنه لو تبين المبيع على خلاف ما أخبر البائع تخير المشتري بين الفسخ و الإمضاء بحصه معينه من الثمن.

و أما التعبير بلفظ المغبون ليس من جهه كون النقص أو الزيادة غبناً لهما اصطلاحاً فإنه عبارته عن التفاوت فى القيمه السوقيه، بل من جهه إرادته النقص و الضرر و ان الخيار ثابت لمن نقص من ماله و حصل

له الضرر في هذا البيع لأجل الزيادة أو النقصه.

و بعبارة أخرى أن غرض العلامة من هذا التعبير تعميم الخيار لكل من البائع في صورته الزيادة و المشتري في صورته النقصه و المجوّز لهذا الإطلاق هو الاعتبار بنقص ماله في المعامله و حصول الضرر لهما و إلا فالخيار من جهة تخلف الوصف فقط فيكون الخيار خيار تخلف الوصف و الشرط الضمني.

و أما ما ذكره بعضهم من أن خيار الوصف انما يثبت مع التصريح بالوصف في العقد ففيه أن هذا في الأوصاف الخارجيه التي لا يشترط اعتبارها في صحه البيع ككتابه العبد و خياطته و أما الملحوظ في عنوان المبيع بحيث لو لم يلاحظ يصح البيع كمقدار معين من الكيل أو الوزن أو العدّ فهذا لا يحتاج الى الذكر و كذا الشروط الضمنيه كعدم تبعض الصفقه و عدم فوات الانضمام و عدم حصول الشركه فيه الى غير ذلك من الشروط الضمنيه التي اعتبرت في المعامله بحسب بناء العقلاء و ان لم تكن مذكوره في ضمن العقد كما هو واضح فتحصل أن الخيار هنا هو خيار تخلف الشرط دون خيار الغبن و تعبير العلامة بثبوت الخيار للمغبون لا- يكون دليلا- على كونه خيار غبن مع ما عرفت أن مراده تعميم الخيار للمتضرر منهما دون الغبن الاصطلاحي أعنى تفاوت قيمه السوقيه.

### **الجهه الثالثه: هل هذا الخيار كسائر الخيارات الحاصله من تخلف**

الوصف و الشرط

بحيث يكون من له الخيار مختارا بين الفسخ و أخذ الثمن أو المثلن و الإمضاء بدون أن يستحق باسترداد شىء من الثمن أو المثلن أو أنه على غير النسق المذكور و انما يستحق من الخيار استرداد جزء من الثمن أو المثلن و الظاهر أن خيار التخلف هنا كسائر الخيارات الثابته

ص: ٣٤٩

لتخلف الشرط أو الوصف فلا- يوجب استحقاق شيء من الثمن أو المثلن غايه الأمر أن الخيار هنا منضم بأمر آخر فهو بطلان البيع فى الجزء الزائد فى صوره الزياده و فى الجزء الناقص فى صوره النقيصه مثلا لو باع الحنطه على أنها خمسين حقه بخمسين درهما فينحل البيع هنا الى بيوع متعدده أى منها مشروط بالبقية فلو ظهرت الحنطه ثلاثين حقه فيكون هنا أمران أحدهما بطلان البيع فى الناقص لعدم وجود المبيع أصلا،و الثانى ثبوت الخيار للمشتري فى الباقي لتخلف الشرط الضمنى و هو انضمام كل بيع بالبقية و قد انتفى هذا الشرط بظهور المبيع ناقصا فما هو مركز الخيار غير ما هو مركز البطلان فيكون الخيار كسائر الخيارات فى تخلف الشرط و تبعض الصفقه و ما توهم من أن الخيار هنا ليس كبقية خيار تخلف الشرط فإن ذى الخيار هنا يستحق من الثمن مقدار ما يقابل بالجزء الناقص فهو ناشئ من الخلط بين الأمرين كما هو واضح.

و بالجمله فكما للمشتري خيار تبعض الصفه فى سائر الموارد و كك هنا و مرجعه الى خيار تخلف الشرط و الوصف.

### **الجهه الرابعه: هل يثبت الخيار للبائع فى صوره زياده المبيع عن**

المقدار الذى أخبر به البائع

كما أنه ثابت للمشتري فى صوره النقيصه أم لا- قد عرفت من العلامه فى القواعد من التعبير عن ثبوت الخيار لهما بقوله تخير المغبون و لكن الظاهر أنه لا- خيار للبائع، بل هو للمشتري فى كلا الصورتين أى صورتى الزياده و النقيصه أما فى صوره النقيصه فقد عرفت ثبوته للمشتري من جهه تخلف الشرط،و أما فى صوره الزياده فربما يتوهم ثبوت الخيار للبائع من جهه أنه صار شريكا مع المشتري فى المتاع و فيه أنه و أن صار شريكا مع المشتري بنحو الإشاعه إلا أن كل شركه لا تقتضى ثبوت الخيار

ص: ٣٥٠

و ان كان عيبا و ذلك لعدم دخوله تحت الالتزام العقدي الضمني، نعم لو باع عبدا مريضا مثلا فبان أنه صحيح فله الخيار و هكذا كل شيء دخل تحت الالتزام العقدي و لو ضمنا.

و أما ثبوت الخيار للمشتري فواضح لكون الشركه عيبا في المتاع الذي اشتراه فيكون مختارا في الفسخ و الإمضاء و ان شئت فارجه الى الخيار تخلف الشرط فان الشرط الضمني موجود في عدم تعلق حق الغير بالمبيع و كون المشتري مستقلا في التصرف فيه و من الواضح أن حق القسمه للشريك البائع يمنع عن استقلال المشتري في التصرف في المبيع كما هو واضح لا يخفى.

فتحصل مما ذكرناه أن بيع المكييل و الموزون لا- يجوز بدون الكيل و الوزن للروايات الداله على اعتبارهما فيهما و كك المعدودات للروايه الداله على تقرير الامام(عليه السلام)فهم السائل اعتبارهما فيهما حيث أجب عن سؤاله عن صحه بيع المعدود بالكيل كما لا يخفى على ما تقدم، و أما اعتبار الزرع في المزروع فقد عرفت صحته أيضا و عدم جواز بيعه بدونه لما استفدناه من الروايات الداله على اعتبار الكيل و الوزن في المكييل و الموزون من عدم الخصوصيه لهما بل هما طريقان الى تعيين ماليه الشيء و مقداره و من الواضح أن الزرع أيضا يعين مقدار ماليه المزروع كما هو واضح جدا.

و أما ما لا يعتبر فيه الوزن و الكيل و الزرع كاللبسه و الأراضى و الدور و نحوها من مختلفه الأجزاء، فالظاهر كفايه المشاهده فيه كما ذكره المحقق في الشرائع و العلامه في التذكرة فتوجب المشاهده رفع الجهاله و الغرر في المبيع بناء على اعتبار العلم بمقدار العوضين كما تقدم و الأ فلا وجه لاعتبارها أيضا في بيع مختلفه الأجزاء كما عرفت.

و الوجه في ذلك أن المناط في اعتبار العلم بالعوضين هو تعيين

مقدارهما ليسلم البيع عن الغرر و المجازفه و من الواضح أن المشاهده أيضا طريق الى تعيين مالیه الشىء فيما لا يمكن فيه الأمور المتقدمه.

و عليه فلا- يثبت الخيار للمشتري إذا حصل التفاوت بمقدار يسير يتسامح فيه عادة و أما إذا ظهر فيه التفاوت بما لا يتسامح فلا يخرج البيع عن بيع الغرر و المجازفه و حينئذ ان اعتبرنا العلم بالعوضين فى صحه البيع و عدم الغرر فيها فيكون باطلا و الآ فيكون صحيحا مع ثبوت الخيار للمشتري و من هنا أشكل المصنف على العلامة من حيث عده بيع قطع من الغنم من ذلك فان التفاوت فى ذلك قد يكون بما لا يتسامح فيه و كذلك إذا باعها معدودا نعم بيع كل واحد من الأغنام بالمشاهده لا بأس به لعدم الغرر فيه.

### الكلام فى بيع صاع من الصبره

#### اشاره

قوله:مسأله:بيع بعض من جمله متساويه الأجزاء كصاع من صبره مجتمعه الصيعان أو متفرقتها أو ذراع من كرباس أو عبد من عبيد و شبهه ذلك يتصور على وجوه.

أقول:

### قد قسم المصنف بيع بعض من جمله متساويه الأجزاء الى أقسام

#### اشاره

فلا يعلم أن نسبه المبيع إلى الجملة أى شىء.

### الأول:أن يكون المبيع كسرا مشاعا

و لعلّه بين معنى كسر المشاع بحيث يبيع من الحنطه فلا يعلم أن نسبه المنّ إلى الحنطه أى شىء أ هى بالنصف أو بالثلث أو أقل أو أكثر سواء كانت الحنطه فى موضع واحد أو فى مواضع عديده فلا يشترط فى ذلك العلم بأن الصبره أى مقدار من الصاع و هذا لا شبهه فى صحته لعدم وجود ما يوجب بطلان المعامله أما الغرر فمنفى



لعدم الجهل بالمبيع غايه الأمر أن نسبه المبيع الى المجموع مجهوله و كك لا إبهام فيه أيضا كما عرفت و أيضا لا مجال لان يقال أن صفه الملك تحتاج الى محل موجود لتقوم به و هو منفي هنا لما عرفت وجوده في الخارج، غايه الأمر لا يعلم نسبه الى المجموع و من هذا قبيل بيع عبد من عبيدين أو دار من دارين، بل بيع نصف العبد و نصف الأمه من عبد و أمه فان في ذلك كله المبيع أمر معين، بل نسبه الى المجموع أيضا معين فأى وجه للبطلان.

و قد أشكل العلامه على صحه البيع عبد من عبيدين و لم يبين جهه الاشكال و ذكر المصنف وجه الفرق منع ظهور الكسر المشاع من لفظ العبد لعدم صحه إطلاق لفظ العبد على نصف هذا العبد و نصف العبد الآخر، و لا يكون فارقا في المقام فان غايته يوجب سقوط اللفظ عن الدلاله في مقام الإثبات على المراد الواقعي، فكلامنا ليس في مقام الإثبات، بل في مقام الثبوت و إمكان هذا البيع فحيث أمكن ذلك فيمكن ان يكون كلامه مقرونا بالقرائن فبواسطه القرائن يفهم المراد أو يصرح على كون البيع بنحو الإشاعه و توهم ان لفظ الغلط يضرّ بالإشاعه فاسد لما عرفت مضافا الى فساد أصل المبنى إنه يضرّ إذا كان نفس الإنشاء بالألفاظ المغلوطة و أما إذا كان الغلط في ألفاظ المتعلق بحيث يكون اللفظ الدال على متعلق البيع غلطا فلا يتوهم أحد أنه يضرّ بالإشاعه و مما ذكرناه ظهر أنه لا فرق في صحه البيع هنا بين كون المبيع متساويه الاجزاء أو مختلفه الاجزاء فيصح بيع نصف من العبد و نصف من الأمه و نصف من هذا الدار و نصف من الدار الأخرى مع انها ليست متساويه الاجزاء، بل و كذلك بين نصف من الدار فإنها ليست متساويه فان في ذلك كله لا جهاله في المبيع و لا شيء آخر مما يوجب البطلان

**القسم الثاني: أن يكون المبيع كلياً في الخارج مقابل الكلى في الذمه**

و هذا هو القسم الثالث فى كلام المصنف و انما قدمناه لتوقف معرفه القسم الثانى على القسم الأول و الثالث، بيان ذلك أن المبيع تاره يضاف إلى الذمه بأن يبيع منّا من الحنطه فى الذمه بحيث يعتبر العقلاء بمجرد إضافه الكلى إلى الذمه مالىه له و ان لم يكن مالا قبل ذلك و هذا يسمّى كليًا فى الذمه.

و أخرى يكون المبيع كليًا فى الخارج بأن يبيع صاعا من الصبر الموجوده فى الخارج المعين المقدار بحيث أن المبيع يكون كليًا فى المعين الخارجى، و من هذا قبيل أيضا بيع عشره امثار من المزروع المقدر بماءه متر فان المبيع كلى الخارجى و الفرق بين القسم الأول الذى يسمّى بكسر المشاع و هذا القسم الذى يسمّى بالكلى فى الخارج أن المبيع فى القسم الأول موجود فى الخارج بحيث لو تلف مجموع الحنطه للبائع تلف المبيع أيضا و هذا بخلافه هنا فان المبيع هنا كلى مضيق ينطبق على الأمان الخارجيه فإذا تلفت الصبره لم يتلف المبيع و لم يبق منها إلا بمقدار المبيع فيكون المبيع منطبقا عليه و إذا تلفت الصبره اجمع فيكون للمشتري حق الفسخ قبل القبض و يذهب من كيسه بعده و هذا القسم أيضا لا شبهه فى صحته لعدم تمشى بشىء من الوجوه المذكوره للبطلان هنا، فان المبيع كلى معين غايته مضيق بما فى الخارج من غير أن يكون فيه إبهام و جهاله أصلا فلو كان بيع كلى هنا باطلا كان السلم أولى بالبطلان لعدم وجود ما ينطبق عليه الكلى فى الخارج و بالجمله لا شبهه فى صحه بيع صاع من صبره بنحو بيع الكلى فى الخارج كما لا يخفى.

### **القسم الثالث: ان يكون المبيع فردا منتشرا فى الاجزاء الخارجيه و**

مبهما من جميع الجهات

و الفرق بين هذا القسم و القسم الأول هو أن المبيع فى القسم الأول موجود معين شخصى من غير جهاله فيه و انما الجهاله

كانت في نسبه الى المجموع و أما في هذا القسم ليس فيه تعين أصلا فضلا عن كونه في الخارج و أما القسم الثاني فالمبيع فيه أمر كلى بغير تشخص فيه أصلا و هذا بخلاف القسم الثالث فان المبيع ليس كليا كالقسم الثاني و لا أمرا موجودا في الخارج و متشخصا بالخصوصيات بل هو فرد مردد مبهم و يسمى ذلك بالفرد المنتشر، و قد استدل على بطلان البيع هنا تاره بالجهاله و أخرى بأن الإبهام في المبيع مبطل و ثالثه بأنه موجب للغرر فيكون موجبا للبطلان و رابعا بأن الملك صفه وجوديه محتاج الى محل تقوم به كسائر الصفات الموجوده في الخارج و أحدهما على سبيل البدل غير قابل لقيامه به لأنه أمر انتزاعي من أمرين معينين و ذهب المشهور الى بطلان هذا القسم من البيع، بل ادعى الإجماع على ذلك و خالف المحقق الأردبيلي في ذلك و تبعه المصنف و بعض آخر.

أقول: يقع الكلام في تصوير هذا أولا- بأنه هل يمكن وجود فرد مبهم في العالم أم لا، فنقول تاره يراد من الفرد المنتشر الوجود المبهم غير المتشخص بخصوصيه خاصه فهذا لا شبهه في بطلان بيعه إذ لا وجود له أصلا حتى في علم الله و لم يخلق فرد يكون موصوفا بهذا الوصف فإنّ كلما هو موجود في الخارج فمتشخص بشخصيّه خاصه و بجهات مميزه بل التشخص عين الوجود على قول فكيف يعقل أن يكون هنا فردا و لا- يكون متشخصا لخصوصيه فإن أراد من الفرد المنتشر هذا المعنى المردد و قال الأردبيلي و المصنف بصحه بيع هذا الفرد فهو بديهي البطلان لما عرفت من عدم وجود مثل ذلك أصلا.

و ان أرادوا من ذلك الفرد المنكر أى فردا موجودا بين الأفراد الخارجيه متشخصا بخصوصيه و متميزا في الخارج بتميز خاص بحيث كان عند

اللّه معينا حتى لو كان هنا معصوم لا- خبر بالمبيع و لكن مجهول عند البائع و المشتري كما إذا قال بعتك عبدا من عبدين أو صاعا من صياح هذه الصبره أو شاه من هذه الشياخ فان المبيع و ان كان مجهولا عند المتعاملين و لكن ليس مثل الأول غير موجود فى العالم و غير مخلوق لله بل له وجود حقيقه فى علم الله بحيث لو كان عينا كان فردا من هذه الافراد كما إذا قال بعتك عبدا من عبيدى الذى يأتى أولا فإن أيا منهم يأتى أولا فهو مبيع و معلوم عند الله واقعا فإن أرادوا هذا المعنى فالظاهر أنه لا شبهه فى صحته، إذ ليس شىء من الوجوه المذكوره جاريه هنا إلا الوجه الأول فهو الجهاله أما الإبهام فالفرض ان الفرد المبهم لا وجود له فى الواقع و قلنا أن لما نحن فيه وجود واقعى غايته مجهول عند المتعاملين و أما الغرر فليست المعامله بغيريه أصلا، فإن من المفروض الصبره متساويه الاجزاء و متساويه النسبه و أما كون الملك صفة محتاجه إلى محل موجود فكذلك أيضا أن المبيع موجود فيقوم عنوان الملكيه الذى أمر اعتبارى بذلك المحل.

و بعبارة أخرى أنه لا شبهه فى توقف البيع على وجود محل يقوم به فإن الملكيه و ان لم تكن امرا خارجيا و صفة وجوديه بل من الاعتبار يأت الآ- أن هذا الأمر الاعتبارى لا بد له من محل يقوم به ليتمكن تبديل المال فى طرف الإضافه فما لا مال فلا اضافه ليتمكن التبديل فيها، نعم فالجهاله موجوده هنا فان تم إجماع و نحوه على بطلان البيع بمثل هذه الجهاله و كونها موجب للبطالان فيها و الآ فيحكم بالصحه للعمومات كما هو واضح، و أوضح بالصحه لو كان له عبدان فمات أحدهما و بقى الآخر و لم يعرف أنه المبارك أو الميمون فيقول بعتك العبد الباقي من عبدين فان مثل هذه الجهاله لا تضر بالصحه و لا دليل على كونها مبطله و توهم شمول الإجماع عليه فاسد، فإنه

دليل لبي لا يشمل لغير الجهاله فى المقدار.

**و حاصل ما ذكرناه فى هذه المسأله هو أن بيع شىء يتصور على وجوه:**

### **الأول: أن يكون كسر مشاع**

بمعنى أن يكون المبيع حصّه من الحنطه الموجوده فى الخارج و متشخصا بخصوصيه و يكون المشتري شريكا له بنسبه خاصه من النصف أو الثلث أو غيرهما و انما يشير البائع بقوله بعثك منّا من الحنطه إلى الشركه بهذا النحو كما لا يخفى، و هذا لا شبهه فى صحته و لا فرق فى ذلك بين متساويه الأجزاء أو لم يكن و لا بين صحه إطلاق اللفظ على النصف و نحوه و عدمه فيصح بيع عبد من عبيدين على نحو الإشاعه و ان لم يصح إطلاق العبد على النصف و ذلك لما عرفت فى ألفاظ العقود على اعتبار الحقيقه و الألفاظ الصحيحه فى ألفاظ العقود، و انما هو منحصر بالألفاظ التى يقع به إنشاء العقد و أما متعلقات العقود فلا يعتبر فيها الحقيقه، بل لا يعتبر فيها الألفاظ الصحيحه فضلا عن المجاز كما هو واضح.

و بالجمله فيصح كسر المشاع بأى لفظ كان صحيح بلا اشكال و ليس فيه ما يوجب البطلان من الوجوه المتقدمه كالجهاله و الإبهام و الغرر و عدم وجود المحل ليقوم به الملك.

### **الثانى: بيع الكلى فى المعين الخارجى فى مقابل البيع الكلى فى**

الذمه

و قد تقدم تفصيله و إجماله أن يبيع كليا معينا مثل المنّ و نحوه من هذه الصبره الخارجيه من غير أن يكون المشتري شريكا له فى الصبره و انما يكون حقه قابلا لانطباق بكل منها انطباق الكلى على الفرد حتى لو تلفت الصبره و لم يبق منها إلا بقدر المبيع فيكون حقه منطبقا عليه بخلافه فى الأول فإن التالف من البائع و المشتري بنسبه حصتهما الى مجموع الصبره.

و يدلّ على صحه هذا البيع مضافا الى المطلقات و العمومات قيام

ص: ٣٥٧

السيره القطعيه على صحته فان رسم الأصناف من قديم الأيام و حديثها جار على بيع بعض من المتاع الموجود على النحو الكلى فى المعين و كذلك المشترين يشترىون هكذا مثلا فيجىء أحد إلى البزاز فيقول له بعنى عشره طاقات من الثوب الفلانى و يقول البائع بعتك عشره طاقات، فإنه يكون هذا على نحو الكلى فى المعين و يدل على صحه هذا البيع مضافا الى الأمرين المذكورين صحيحه (١) الأطنان (و لورود الروايه فى أطنان القصب قد سمها الشيخ صحيحه الأطنان) حيث سأل رجل عن بيع أطنان من القصب الموجود فى الخارج حيث احترق و لم يبق إلا بقدر المبيع فقال عليه السلام العشره آلاف طن التى بقت هى للمشترى فلا- يتم ذلك الا- بكون المبيع كليًا لا- بنحو الإشاعه و توهم أنه على نحو الإشاعه و لكن حيث كان التلف قبل القبض فلذا لم يكن التالف من المشترى فان التلف قبل القبض من مال البائع توهم فاسد فإن جهه الاستدلال ليس هو ذلك بل كون الباقي مجموعا للمشترى، فإنه لو كان على نحو الإشاعه لكان البائع أيضا شريكا له فى الباقي و لا يفرق فى ذلك قبل القبض و بعده على أن الروايه غير متعرضه بجهه القبض سؤالا و جوابا.

### **الثالث: أن يكون المبيع فردا مبهما مرددا بين الافراد الخارجيه**

نظير الفرد المنتشر من أن يكون متشخصا بخصوصيه خارجيه كما فى القسم الأول و لا أمرا كليًا كما فى القسم الثانى فقد ذهب المشهور الى بطلانه و الأردبيلى و بعض من تأخر عنه الى الجواز و اختاره المصنف و استدلوا على البطلان بوجوه أربعة و قد أجاب عنه المصنف كما تقدم، و لكن الكلام فى تصوير

ص: ٣٥٨

ذلك فنقول فإن أرادوا من الفرد المبهم الفرد المنتشر الذى لا يتشخص بخصوصيه خارجيه فهذا لا وجود له حتى فى علم الله تعالى، و لم يخلق بل و لا يخلق أصلا، بل يستحيل أن يكون موجودا أصلا، فإن الشئ ما لم يتشخص لم يوجد على ما قيد، بل التشخص عين الوجود فكيف يعقل أن يكون الشئ موجودا فى الخارج و يكون مبهما من جميع الجهات، و غير متشخص بخصوصيه خاصه فلا يمكن أن يكون المبيع أمرا موجودا و فردا منتشرا بين الأفراد الخارجيه و عليه فلا يعقل القول بإمكانه فضلا عن صحه بيعه أو الاستدلال على بطلانه بأمر متقدمه فإن ذلك من أقسام ممتنع الوجود فى الخارج و أن أرادوا من الفرد المبهم الفرد المنكر فلا شبهه فى جوازه بحيث ان المبيع موجود بين هذه الصياع مثلا- و متشخص بخصوصيه و متميز عن سائر الموجودات فى الخارج الا- أنه غير معلوم للمتبايعين و الا- فإن الله تعالى يعلم أن المبيع أى فرد من الافراد الخارجيه و أى منها يختاره المشتري عند القبض و الإقباض و لو كان هنا معصوم لأخبر به كما إذا قال بعثك عبدا من عبيدى الذى يجنى قبل كلهم أو شاه من الشياه أو صاعا من صياع هذه الصبره الموجوده الذى نختاره عند الوزن أولا فان فى ذلك كله ان الله تعالى يعلم أن أى فرد منها مبيع فليس مثل القسم الأول، بحيث أن لا يكون له وجود أصلا حتى فى علم الله تعالى و يستحيل خلقه إلى الأبد و يكون داخلا- فى ممتنع الوجود و ان أرادوا هذا فلا- شبهه فى صحته، و لا- يرد عليه شئ من الوجوه الأربعة إلا الجهاله فإن تم إجماع على كونها مبطله فيها و الا فيتمسك بالعمومات الداله على صحه البيع و يحكم بصحته أيضا و على هذا فما ذهب إليه الأردبيلي و من تبعه بعده متين جدا.

الكلى،

أما الأول فذهب جمع الى ان الإشاعه أن يملك شخصين متاعا بنحو الكلى بحيث أن كل منهما يملك كليًا منطبقا على العين الخارجيه فمعنى الشركه على نحو الإشاعه و ملك كل منهما كليًا قابل الانطباق على الموجود الخارجى.

و ذهب بعضهم أن معنى الإشاعه أن يملك كل واحد من الشريكين أمرا شخصيًا خارجيا من المال الخارجى المشترك بحيث يكون معينا فى الواقع و مجهولا فى الظاهر الى أن تنتهى التقسيم حتى الاجزاء الصغار و لكن لا يتميز حقيقه كل منهم عن الآخر فى الظاهر و ان كان معلوما فى الواقع.

ثم انه ذهب أكثر المتكلمين و بعض الحكماء قبل الإسلام إلى وجود الجزء الذى لا- يتجزى و أن الجسم مركب من تلك الاجزاء و أن المواد الأصلية للأشياء هى تلك الاجزاء و ذهب جمهور الحكماء الى بطلان هذا المذهب و على فرض تحققه أن مواد الأشياء ليست هى الأجزاء الغير المتجزى حتى بطلان الجزء الذى لا- يتجزى و لا- يقبل الانقسام من أبد البديهيات، و قد برهنوا عليه فى محله ببراهين متعددة منها أن كل ما هو متجز و شاغل للمكان و قابل للإشاره الحسيه الملازم للوجود و التشخص فى الخارج فله جهات ست بحيث أن فوقه غير تحته و هكذا و أن الملاقى له من هذا الثوب غير ما يلاقيه من الثوب الأخر و هكذا و أن وصل ذلك الشئ فى الصغير الى حد لا يكون شئ أصغر منه بحيث لا مرتبه بعد الأ لعدم فعليته فلا مناص من قبوله القسمه و انما عدم الانقسام فى الخارج بواسطه عدم الآيه القطاعه و عليه يترتب بطلان مذهب النظام القائل بتركب الأشياء من أجزاء غير



متناهيه لا تتجزى على أنه يلزم امتناع قطع مسافه معينه فى مده متناهيه إلا بالطفره فإن المسافه الواقعه بين المبدء و المنتهى مركب من أجزاء لا تتناهى فلا يعقل قطعهما فى زمان متناه إلا بالطفره الى غير ذلك من البراهين.

و بالجمله فلا شبهه فى بطلان القول بالجزء الذى لا يتجزى و كون الأجسام مركبا منها.

و لكن تصوير الإشاعه فى الشركه غير متوقفه على ذلك فإنه قلنا بوجود الجزء الذى لا يتجزى أو بعدمه فالشركه موجوده فى الخارج قطعاً و انتهى الى الأجزاء الغير المتناهيه بناء على عدم انقسام الجوهر الفرد إذا عرفت ذلك فنقول أما تصوير الإشاعه على الوجه الأول أى مالكيه كل منهما على المال بنحو الكلى فى المعين فلا شبهه فى بطلانه فان لازم ذلك أن لا يكون الخصوصيات الموجوده فى العين الخارجى مملوكه للشركاء كخصوصيه الدار و الأرض و الحيوانات و غيرها من الأملاك الشخصيه و من البديهي انها من أملاكهم فلا يصح ذلك مع القول بكون مالكيتهم على نحو الكلى فى المعين فإنه لا يعقل أن يكون الكلى حاويا للخصوصيات و أيضا من جمله أسباب الشركه المزج فلو كان ملك كل من الشريكين على نحو الكلى فيلزم عدم ملك كل من مالكي الطعام الشخصى مع أن ملكهم كان شخصيا فهذا خلف و يلزم أيضا أن تخرج الخصوصيه من كلهم بلا سبب و أيضا لو باع أحد نصف داره من الأخر على نحو الإشاعه فلازم القول المذكور أنه لو تلفت العين و لم يبق منها إلا بمقدار حق المشتري فيكون ذلك متمحضا له و ان قلنا بزوال مالكيه البائع عن الحصه الأخرى لنفسه فلازمه إلغاء ذلك بلا موجب فشىء من ذلك لا يمكن الالتزام به و أما كون كل من الشركاء مالكا

لشخص خاص معين فى الواقع و غير معين فى الظاهر بحيث أى جزء فرضته يكون نصفه الخاص لهذا و نصف الخاص لذلك فهو أيضا باطل فإنه يلزم ح أن يكون ملك كل منهما على الشخص الخاص بلا مرجح و مجوز فيما إذا اشترى متاعا على الشركه أو انتقل متاع الى الوارث من المورث و هكذا فان فى هذه الموارد كلها أى سبب أوجب ملك هذا بجزء خاص و ملك ذاك أيضا بجزء خاص مع أن نسبه المال كان إليهما على حد سواء فيلزم من ذلك ملك كل منها على شخص خاص دون الأخر تخصيص بلا مخصص و ترجيح بلا مرجح.

على أنه لو كانت الشركه بمعنى ملك كل من الشريكين حصه خاصه شخصيه الى أى مرتبه انتهت لزم فى بعض الموارد أن يكون المال بدون المالك كما إذا فرضنا أن هنا مالا مشتركا بين خمسين و إذا قسمناه الى عدد الشركاء خرج عن المالىة للقله كحبه من الحمص مثلا فالمجموع من حيث المجموع ليس مالا لشخص منهم و اجزاء لا يصدق عليها المال فيلزم أن يكون هذا المال بلا مالك فهو بديهى البطلان، بل ربما يخرج الاجزاء عن الملك لكسره الشركاء كما إذا اشترك شخاط بين مائه فان كل جزء من المائه ليس بملك أيضا فإنه لا- يعتبر العقلاء الملكيه على ذلك كما لا يخفى و أما الإبهام فمضافا إلى أنه لم يحتمله أحد أنه غير معقول.

و محصيل الكلام من الأول أنه لا- يعقل تصوير الإشاعه على نحو الكلى فى المعين فان لازم ذلك أن لا تكون الخصوصيه فى الأعيان الشخصيه المملوكه للشركاء مملوكه لهم كالدار و الحدائق و البساطين المشتركه بين الشركاء مع أنها مملوكه لهم.

و أيضا إذا حصلت الشركه بالمزج فلزم إلغاء مالكيه الشركاء عن العين

مع أنهم كانوا مالكين بالخصوصيات فأى شىء أوجب إلغاء ذلك و أيضا لو باع أحد نصف داره من زيد على نحو الإشاعه و صار المشتري مالكا للكلى فى المعين فلازم ذلك ان ينحصر حقه بالباقي مع تلف النصف كما هو كذلك فى جميع موارد بيع الكللى فى المعين مع أن التلف فى صورته الإشاعه محسوب منهما بلا خلاف فان قلنا بزوال مالكيه البائع عن الخصوصيه فى حصّه نفسه فهو بلا موجب فأنى سبب أوجب زوال ملكه عنها و صار مالكا للكللى فكل ذلك مما لا يمكن الالتزام به.

و أيضا لا يعقل تصوير الإشاعه على نحو كون كل منهم مالكا للشخص الخاص المعين فى الواقع الى أى حدّ وصل التقسيم و ان كان مجهولا- فى الظاهر و كل من الشريكين مالكا لنصف العين المشتركه بجميع أجزائها المعينه فى الواقع و لوجه فى عدم كونه معقولا- أن لازم ذلك أن يكون كل منهم مالكا لجزء خاص بلا موجب فيما إذا مات المورث و ترك وارثا متعدده و مالا فإنهم مشتركون فى ذلك المال فكون كل منهم مالكا لشخص خاص و جزء معين دون الأخر و يا نعكس ترجيح بلا مرجح و تخصيص بلا مخصص.

و أيضا لا يعقل تصوير الإشاعه على نحو الإبهام فإنه مضافا الى أنه لم يقل به أحد أنه غير معقول كما عرفت.

و إذا بطل الوجوه المتقدمه فانحصر الوجه فى تصوير الإشاعه بما نذكره و التحقيق فيه أن يقال فى تصوير الإشاعه أن مجموع الشركاء مالكا لمجموع المال فان العقلاء يعتبرون مالكيه المجموع لشيء واحد بنحو الاستقلال و لكن مالكيه كل منهم للعين مالكيه ناقصه كالنصف و الثلث و الثلثين و الربع و السدس و غيرها، فان كل منهم نصف المالك و ثلثه و ربعه و سدسه و هكذا بحيث أن كل منهم مالكا للمجموع بإحدى النسب المذكوره دون البعض

الخاص أو الكلى فى المعين و لكن على نحو ناقصه بحيث لو أراد أن يتصرف فى العين المشتركة على نحو الاستقلال فلا يجوز له ذلك لعدم كون مالكيته للمجموع على نحو الاستقلال لينافى الشركة فكان كلهم مالك واحد فالمجموع مالك للمجموع استقلالا.

و بالجمله أن كل من الشركاء مالك على مجموع المال و تمامه و لكن على نحو الناقص لكونه نصف المالك أو ربه و هكذا التعبير عن ذلك بأن كل منهم مالك للنصف و هكذا فمن باب المسامحه فى التعبير و الضيق فى العبارة و الا فليس له مالكيه على النصف مثلا بالاستقلال من العين المشتركة أصلا و انما المجموع مالك واحد مستقل و كل منهم مالك ناقص و له مالكيه للتصرف فيها ناقصه من غير أن يكون بالاستقلال ففى مثل موت المورث و انتقال المال إلى الورثه ان مجموع الورثه مالك واحد قائم مقام الميت فان المالك كان هو المورث وحده و بالفعل كان المالك هو مجموع الورثه و صاروا نائبا عنه فى المالكيه و كان المورث تمام المالك و صار كل واحد نصف المالك و ربه على حسب حصته و لا شبهه فى صحه اعتبار الملكيه للمجموع و يدل عليه ما ذكرناه أنه ربما لا يكون للاجزاء بنفسها مالیه أصلا و انما المالىه تقوم بالمجموع من حيث المجموع كما إذا كان شخاط واحد مشتركا بين خمسين فان قلنا بما ذكرناه من كون المجموع من حيث المجموع مالكا للمال على نحو الاستقلال لصحه اعتبار الملكيه لهم و كان لكل منهم مالكيه ناقصه فيها و الا لكان هذا المال بلا مالك فان حصه كل منهم ليس بمال و المجموع من حيث المجموع مال و لكنه ليس لأحد و لا للمجموع على الفرض، بل ربما يصل الى مرتبه يخرج مقدار حصه كل منهم عن الملكيه و لا يعتبر العقلاء ملكيه عليه كما إذا كان حق كل منهم بمقدار نصف العود من الشخاط نعم يبقى له حق

الاختصاص فى العين لكونها متعلقه لحقه و اما على ما ذكرناه، فالأمر واضح فان المجموع من الشركاء مالك استقلالاً لمجموع العين المشتركه و كل واحد منهم مالك للمجموع أيضاً و لكن على نحو الناقص بحيث أن كل منهم نصف المالك و ربعه و ثلثه و ليس له على العين السلطه المالكه الاستقلاليه بل له سلطه على العين سلطه المالكه الناقصه فإن لكل منهم مملوك فهو مجموع العين و لكن مالكيته و سلطنته عليه ناقصه كما لا يخفى.

و يترتب على ذلك أنه إذا باع أحد الشريكين حصته فمعناه أنه باع مجموع العين بملكه ناقصه و انتقل عنه إلى المشتري كما يجوز لأحد أن يبيع مجموع العين بملكه ناقصه و انتقل عنه إلى المشتري كما يجوز لأحد أن يبيع نصف الدار مثلاً معنا أو على نحو الكلى فى المعين أو على نحو الفرد المنكر فكذلك يجوز بيع مقدار منها على نحو الإشاعه بمعنى كون المبيع مجموع الدار و لكن يبيعه با لملكه الناقصه و ينتقل اليه نصف المالكه أى يعدم نصف مالكيته بالبيع و ينقطع من المالك الإضافه الناقصه و توجد تلك الإضافه أصلاً بل دائماً قطع اضافه و إيجاد إضافه أخرى، فإن البيع تبديل مال فى طرف الإضافه و التعبير بالنقل للوضوح.

و بالجمله فإذا باع المالك نصف متاعه على نحو الإشاعه فقد بذل مجموع متاعه فى مقابل الثمن على نحو الملكيه الناقصه و قطع اضافه ناقصه من إضافه المالكه إلى نفسه و أوجدها للمشتري و هذا المعنى أمر موافق للاعتبار و لا غرر فيه، و هكذا يبيع أحد الشريكين حقه من الآخر فإنه يبيع مجموع العين

المشتركة بملكه ناقصه و ينتقل من البائع إلى المشتري اضافة ناقصه من المالكه و هكذا فى جميع موارد الشركه و بيع أحد الشركاء حقه كما لا يخفى فافهم.

و توهم أن الملكيه من مقوله الأعراض فهى غير قابله للقسمه فكيف تكون الملكيه متبعضه و يكون لأحد الشركاء النصف و للآخر الثلث و للثالث السدس و هو توهم فاسد فإن الملكيه و ان كانت أمرا اعتباريا غير قابله للقسمه كالأعراض أو هى من مقوله الأعراض و لكن يمكن تقسيمها باعتبار متعلقها كما هو الشأن فى جميع الاعراض الغير القابله للقسمه مثلا أن البياض فى نفسه غير قابل للتقسيم، ولكنه يقبله بحسب محلّه و الأمر فى المقام أيضا ككف فإن مالكيه المورث مثلا كانت بالاستقلال فإذا مات انقطعت منه و وجدت فى مجموع الورثه من حيث المجموع و فى الافراد بالتبعيض باعتبار أن مملوك كل منهم التركه مجموعا بنصف الملكيه مثل فأوجب ذلك انقسام المالكه أيضا الى النصف كما أن البياض فى الجسم بياض واحد و يتعدد بالتقسيم و أن الحراره فى الماء حراره واحده و يتعدد بتقسيم الماء و هذا أيضا كتبعيض الإراده و الطلب فى باب التكليف المركبه كتعلق الأمر بالصلاه و تبعضه الى الركوع و السجود و غيرها من الأجزاء فان الطلب و ان كان بسيطا لا يتبعّض و لكن يتبعّض بتبع متعلقه كما لا يخفى.

ثم وقع الكلام بين العامه و الخاصه أن التقسيم فى باب الشركه افرازا و تعيين حق أو بيع فقال الإماميه أنه تعيين الحصه و قال العامه أنه بيع فيترتب عليه أحكامه و قد وقع النزاع بين العامه و الخاصه فى باب المعاملات فى هذا المسأله و مسأله الضمان، حيث انهم يقولون انّ الضمان ضم ذمه إلى ذمه أخرى و قال الإماميه انه انتقال المال من ذمه إلى ذمه أخرى و

ان وقع الخلاف بينهم فى باب المعاملات فى كثير من الفروع، و لكن المخالفه فى المسائل المهم هاتان المسألتان.

أقول: ان كان مراد الإماميه من كون الشركه افرازا و تعينا للحق هو أن حق كل منهما أمر كلى يتعين بالقسمه كما هو ظاهر كلامهم فهو لا يصح إلا فى موارد كون المملوك كليا كمورد البيع فى الذمه أو بيع الكلى فى الخارج فإنه يتعين بالتعيين، و أما فى موارد الشركه التى هى إشاعه حق كل من الشريكين على النحو الذى ذكرناه فلا، بل لا شبهه أن فى موارد الشركه ينتقل المملوك كل من الشريكين إلى الآخر بدل انتقال حق الآخر إليه، فيقع بينهما التبادل كما سنذكره و على هذا فلا وجه لما ذكره الخاصه بوجه.

و ان كان مرادهم من ذلك ردّ العامه حيث انهم يقولون بكون التقسيم بيعا يترتب عليه أحكام البيع من الخيارات و نحوها و غرضهم أنه ليس ببيع ليرتب عليه حكمه، فهو متين لعدم انطباق تعريفه عليه، و انما هو معامله خاصه حيث ان لكل من الشركاء مالكيه ناقصه للعين من حيث المجموع، فيبدل كل منهم مملوكه بالملكيه الناقصه على النصف مثلا بمملوك الآخر بالملكيه الناقصه كذلك، مثلا فإذا كانت الدار الواحده مشتركه بين شخصين على النصف فمعنى قسمتها الى نصفين أنه كل منها يأخذ مملوك الآخر الذى بالملكيه الناقصه مقابل مملوك نفسه بالملكيه الناقصه فيكون مالكا مستقلا بالنصف و الأمر واضح بناء على تصوير الإشاعه على نحو الثانى أى يكون كل من الشركاء مالكا لجزء خاصّ فان كل منهم يبدل الاجزاء المملوكه له فى هذا النصف بالأجزاء التى فى النصف الآخر و على هذا فيكون التقسيم فى نفسه معامله مستقله و قد ذكرنا نظير ذلك فى المعاطاه و قلنا فلا بعد فى أن يكون هنا معامله مستقله لا يكون بيعا و لا صلحا و لا اجاره و لا غيرها من

المعاملات المعروفة فتدل على صحتها آية تجاره عن تراض فكما أنه يمكن أن تكون المعاطاه معامله مستقلة فكذلك يمكن ان يكون التقسيم أيضا معامله مستقلة و لهذا نظائر كثيره فى العرف كتبديل كتاب الرسائل المحشى، برسائل آخر غير المحشى المخطوط بخط جيد، فان من لا يحتاج إلى الحاشيه يبدل كتابه بكتاب آخر جيد الخط غير المحشى مع أنه ليس بيعا و لا غيره من المعاملات المعروفة، بل معامله خاصه.

و بالجمله فإن أراد الخاصه من الافراز الوجه الأول الذى هو ظاهر كلامهم من الافراز و التعيين فلا وجه لما ذكره الخاصه و العامه فإن كليهما باطل و ان أرادوا الوجه الثانى الذى ليس بظاهر كلامهم كما هو الظاهر و لا يضره كونه خلاف ظواهر كلامهم لأنهم كانوا بصدد الرد على العامه من غير لحاظ جميع الخصوصيات فقولهم أن التقسيم ليس ببيع فكلام متين جدا فإنه كما عرفت ليس ببيع، بل معامله خاصه فافهم.

الكلام فى تصوير الكلى فى المعين

### و أما تصوير الكلى فى المعين

فربما يقال أنه عباره عن الفرد المنتشر الموجود فى الصبره الخارجيه مثلا و قابل الانطباق على كل فرد فرد.

و فيه مضافا الى استحاله وجود الفرد المبهم و أنه لم يخلق و لن يخلق كما تقدم أن هذا خلف الفرض فان معنى الكلى هو عدم تشخصه بخصوصيه خاصه خارجيه و معنى الفرد أنه متميز بالخصوصيه فهما لا يجتمعان.

و قد يقال أنه عباره عن الكلى فى الذمه بعينه غايه الأمر أن المشتري يشترط على البائع أن يؤديه أى المبيع من العين الموجوده فى الخارج

ص: ٣٦٨



المتخصّص بخصوصيه خاصه و الآ- فلا- فرق بينه و بين الكلى فى الذمه، فإذا باع صاعا من الصبره الخارجيه أو مّنا من الحنطه الفلانيه فمعناه أنه باع كلى المن و كلى الصاع فى الذمه بشرط أن يطبقه على الموجود الخارجى كما هو واضح.

و فيه أن الفقهاء رضوان الله عليهم ذكروا فى بيع الكلى فى المعين الخارجى أنه لو تلفت العين الخارجيه كان البيع باطلا- فان المبيع لم يقبض و التلف قبل القبض موجب للبطلان، فلو كان معنى بيع الكلى فى المعين هو بيع الكلى فى الذمه على النحو المزبور لما كان وجه للبطلان مع تلف العين الخارجيه بل يثبت للمشتري خيار تخلف الشرط مع صحه البيع كسائر موارد تخلف الشرط.

و قد يقال أن بيع الكلى فى المعين هو الكلى فى الذمه أيضا، و لكن يقيد بالخصوصيات التى توجب عدم انطباقه الآ- على الموجود الخارجى كما إذا باع عبدا من عبده من ولد مبارك لكونهم صحيح الأصل أو باع مّنا من الحنطه الحاصله من المزرعه الفلانيه و الفرق بين هذا و سابقه أن الخصوصيات مأخوذا فى البيع على نحو الاشتراط فى الأول و على نحو القيديه فى الثانى فعلى الأول مع تلف ما فى الخارج كان للمشتري خيار تخلف الشرط كما عرفت و على الثانى فله خيار تعذر التسليم.

و فيه أولا- أنك عرفت أن تلف العين الخارجى فى بيع الكلى منها موجب للانفساخ لأنّ التلف قبل القبض من مال البائع و هذا بخلافه فى بيع الكلى فى الذمه على النحو الثانى فإنّ التلف فيه لا- يوجب البطلان، كما عرفت، بل يبقى البيع على حاله و يكون المبيع هو الكلى غايه الأمر يثبت للمشتري خيار تخلف الشرط.

و ثانيا: أن لازم ذلك جواز أن يتلف البائع العين الخارجيه وضعا و يبيعه لغيره مثلا بحيث لا يبقى شىء فى الخارج لينطبق عليه الكلى و مع ذلك كان البيع صحيحا و هذا بخلافه فى بيع الكلى فى المعين فان المبيع موجود فيه فلا يجوز إتلاف البائع مجموع ذلك وضعا.

و قال شيخنا المحقق أن المبيع فى بيع الكلى فى المعين هو الكلى من غير ان يقيد فى كونه فى الذمه و لا- أنه مقيد بكونه فى الخارج بل مطلقا من جميع ذلك فيكون منطبقا على كل فرد فرد فى المعين الخارجى، فإذا باع مئا من الحنطة فمعناه انه باع كليا مطلقا قابل الانطباق على الصياع الموجوده فى الخارج المعين و على غيرها.

و فيه مضافا الى الوجهين المتقدمين أنه لا- يعتبرون العقلاء ماله على كل لا يكون منسوبا إلى ذمه أو الى الخارج(و قد اعترف بذلك فى أوائل البيع، و قال ينسب إلى الذمه بيعت) فلا معنى لكونه مبيعا أصلا كما هو واضح.

و التحقيق فى تصويره أن يقال أن الكلى فى المعين ليس إلا الكلى المضيق الموجود فى ضمن المعين الخارجى و قابل الانطباق على افراده و توضيح ذلك فى أمور الأول ان الكليه لا يتخصيص و لا يتشخص إلا بالتشخيصات الخارجيه بحيث توجب تحيزها فى الخارج و إلا فبمجرد تقييد الكلى من غير أن يوجب التقييد و التشخيص فى الخارج لا يوجب خروج الكلى عن كليته كما حقق فى علم الحكمه و الكلام، نعم يوجب تضيق الدائر فقط و التقريب بنحو التوضيح فى تصوير بيع الكلى أن الملكيه الاعتبارى متعلق أولا- و بالذات بالكلى حتى فى البيوع الشخصيه و على الخارجيات بالعرض فيكون الكلى مملوكا بالأصاله و الأعراض مملوكا بالتبع نظير العلم بفسق زيد فإنه عالم بالكلى بالأصاله و بالجزئى بالعرض كما هو واضح فلا عجب فى إمكان تمليك

الكلى على كليتته و إبقاء الخصوصيات فى ملك نفسه كما لا يخفى.

الثانى: أن الأعيان الخارجيه انما هى مملوكه لملاكها بجميع خصوصياتها الشخصيه و له مالكيه عليها مالكيه تامه فله أن ينتقل الى الغير الذات المبرات عن الخصوصيات و تبقى الخصوصيات فى ملكه و له أن ينقل اليه الذات مع جمله من الخصوصيات و له أن ينقلها مع جميع الخصوصيات فمع نقلها بالخصوصيات تاره تكون بحد توجب كون المبيع شخصيًا و آخر لا توجب بل يكون كليا مضيقا.

الثالث: أنه لا-شبهه فى وجود الجامع بين المفاهيم بحيث أن مفهوما واحدا يصدق على مفاهيم كثيره كما لا شبهه فى وجود الجامع بين الحقائق أيضا فإن حقيقه واحده يمكن ان تصدق على الحقائق العديده مثلا أن مفهوم الوجود جامع لجميع مفاهيم الوجود فى العالم كما أن حقيقه الوجود جامع لجميع الحقائق الوجود بيع ففى مقام الإشاره و الدلاله يعبر بمفهوم الوجود و فى مقام اللب و الواقع يعبر بحقيقه الوجود، فإذا قيدت الطبيعه مثلا- بالوجود يكون قابل الانطباق على جميع افرادها على نحو الاستغراق و السرمان، و إذا قيد بصرف الوجود يكون قابل الانطباق على جميع أفراد الطبيعه أيضا، و لكن على نحو البدليه بحيث يكون أول الفرد منها أى فرد كان موردا للحكم و هذا أيضا يختلف بالسعه و الضيق.

إذا عرفت ذلك فنقول أن المالك أنما هو مالك للعين الخارجيه مع جميع خصوصياتها فإذا باع مثلا صاعا منها أو زرعا أو غيرهما من غير أن يعين المبيع بجزء خاص أو بطرف خاص فيكون المبيع ح أمرا كليا قابل الانطباق على بقيه الأفراد بأجمعها على البدل مفهوما و حقيقه كانطباق مفهوم الوجود و حقيقته على جميع مفاهيم الوجود و حقيقته فليس الذات من

حيث هي المعرات عن جميع الخصوصيات مبيعا و لا أن الذات المقيده بجميع الخصوصيات مبيع و الّا لتوجه على الأول ما ورد على شيخنا المحقق، و على الثانى، كان المبيع شخصا لا كليا بل المبيع هي الذات المقيده ببعض الخصوصيات أعنى خصوصيه كونها من هذه الحنظله أو هذه الطاقه أو هذه الفراش مثلا بحيث أوجبت تلك الخصوصيه تضيق دائره الكلى الوسع المطلق من جميع الجهات، و لكن ليست تلك الخصوصيه على حدّ تكون موجه لصوره المبيع شخصا فيكون واسطه بين الأمرين فيكون المبيع هو الطبيعه المقيده بصرف الوجود الضيق فالبايع قد نقل الى الغير الطبيعه المضيقه المقيده بصرف الوجود من العين الخارجيه كصاع و نحوه و ملكه للمشتري بحيث صار المشتري مالكا لطبيعي الصاع المقيّد بصياغ هذه الصبره مثلا- و أبقى المالك بقيه الخصوصيات فى ملكه و منها السريان و تطبيقه على كل فرد فرد فليس للمشتري الّا الكلى المقيّد من هذا الوجود و هذا واضح جدا فالاعتبارات العقلانيه مساعده لها فى التكليفيات و الوضعيات كما إذا أمر المولى بالصلاه مطلقا أو فى المسجد فان المكلف به فى الأول مطلق جميع الجهات غير تقيّد الطبيعه بصرف الوجود و أما القيود فكلها ملغات و هذا الذى عبرنا عنه فى باب المطلق و المقيّد برفض القيود و بنينا عليه معنى المطلق، و فى الثانى مقيّد بقيد آخر غير تقيده بصرف الوجود و هو كونها فى المسجد و مع ذلك لم يخرج المكلف به عن كليته فان المكلف مخير بين إيجادها فى السطح أو فى داخل المسجد و فى أى مكان منه.

و كذلك إذا أجر أحدا بخياطه ثوبه مطلقا أو فى شهر خاص و هكذا و هكذا فالمقصود أن ما ذكرناه من تصوير بيع الكلى فى المعين ليس معنى بعيدا عن العرف، بل اعتبارات العقلاء مساعده عليه و كذلك اعتبار الشارع

كما عرفت فاغتنم.

و قد ورد فى روايه (١) الأطنان ما يدل على جواز بيع الكلى كما عرفت و بالجمله لا بأس من الالتزام ببيع الكلى ثبوتا و إثباتا بعد ما ساعده الاعتبار العقلاى و ورد عليه الروايه.

### مسأله: لو باع صاعا من صبره

قوله: مسأله: لو باع صاعا من صبره فهل ينزل على الوجه الأول من الوجوه الثلاثه المتقدمه؟ أقول: إذا باع صاعا من صبره معينه فتاره يعلم مقصود المتبايعين من الخارج و انهما أرادوا أحدا من الإشاعه أو الكليه فيحمل عليه سواء قلنا بكون اللفظ ظاهرا فى الكلى أو فى الإشاعه، كما أنه لو علم عدم توافقه فى القصد فيحكم بالبطلان بأن أراد البائع الإشاعه و أراد المشتري الكلى أو بالعكس، فإنه لم يرد الإيجاب و القبول على محل واحد و لا يفرق فى ذلك كله بين كون المقصود لكل منهما ظاهر اللفظ أو لا، بل لا يفرق فيه بين الصحيح و الغلط حتى لو قال المطلق و أراد المقيّد فلا بأس فيه مع فهم المشتري المراد كما إذا قال بعتك دارا فكان غرضه الدار المعين لما عرفت من عدم اعتبار اللفظ الصريح، بل الصحيح فى متعلقات العقود.

و بالجمله لو علم مراد المتبايعين من الخارج انهما أرادا الإشاعه أو الكلى سواء أتيا كلاهما بلفظ مطلق أو مقيّد صريح أو غير صريح صحيح أو

ص: ٣٧٣

غير صحيح فلا كلام فى صحه ذلك كما لا شبهه فى بطلانه إذا أراد أحدهما الكلى و أراد الآخر الإشاعه فإنه لم يرد الإيجاب و القبول على مورد واحد و أيضا لا يفرق فيه بين الإتيان بلفظ صريح أو غيره كما عرفت.

و انما الكلام فيما إذا شك فى ذلك و لم يعلم أن أيًا من المعنيين إرادته البائع و أن أيًا منها إرادته المشتري، و ذلك اما لعدم العلم بما قصده من ذلك الإيجاب و القبول لنسيان و نحوه أو لموت البائع أو المشتري أو كليهما و لم يعلم الوارث أن أيًا من المعنيين قصده أو وقع التداعى بينهم فادعى أحدهما كون المقصود إشاعه و ادعى الآخر كون المقصود كليًا و سيأتى التعرض للثمره بين المعنيين.

و الظاهر هو حمل اللفظ على الكلى فى المعين لوجهين، الأول للروايه المتقدمه فى بيع الأطنان من أنبار القصب فإنه سأله السائل عن حكمه إذا احترقت و لم يبق إلا مقدار حق المشتري فأجاب(عليه السلام) بأنه للمشتري و لم يستفصل فى ذلك بين أنهما قصدا الإشاعه أو قصدا الكلى، بل حكم بكون الباقي للمشتري جزما فكشف من حكمه هذا أن لفظ صاع من صبره ظاهر فى الكلى و توهم أن ظهور اللفظ فى الإشاعه و انما حكم الامام(عليه السلام) بكونه كليا للتعبد توهم فاسد فإن الشركه و عدم الشركه ليست امرا تعديديًا و بالجمله فحكم الامام(عليه السلام) بكون الباقي للمشتري يدل على أنه(عليه السلام) فهم من ظاهر اللفظ الكليه فقط فأجاب عن حكمه و لم يستفصل فى السؤال أصلا.

الوجه الثانى: أن الظاهر من العناوين المأخوذه فى موضوعات الاحكام سواء كانت تكليفية أو وضعيه لها موضوعيه فى نفسها و ليست طريقه الى الواقع و الى اعتبار شىء آخر، و قد اشر الى هذا فى بيع الغرر كما عرفت فى حمل العنوان على الحكمه أو العله.

فالظاهر من قول البائع بعتك صاعا من صبره أو منّا من الحنطه الموجوده هو اراده المن بما هو من و الصاع بما هو صاع من هذه الصبره بحيث لا يكون مقيدا بخصوصيه إلا كونه من الصبره الموجوده و مضافا الى صرف الوجود و أما الخصوصيه الزائده عن ذلك فلا من غير أن يكون طريقا إلى إرادته أحد الكسور من الثلث و الربع و النصف و نحوها من الكسور المتصوره المتخصصه بالخصوصيات الخاصه الخارجيه فإنه خلاف الظاهر من لفظ المن و الصاع و الملغى عنهما جميع الخصوصيات إلا الإضافه إلى صرف الوجود من الصبره المعينه فقط.

و بالجمله أن مقتضى الظاهر من لفظ المنّ هو الكلى العارى من جميع الخصوصيات إلا اضافته الى صرف الوجود من الصبره المعينه الخارجيه فإن ظاهر حفظ العنوان يقتضى كونه موضوعا للحكم و لا يكون ذلك موضوعا للحكم الا بلحاظ أنه كلى و دعوى الإشاعه يقتضى كون لفظ المنّ أو الصاع إشاره إلى الكسور من الربع و النصف و نحوه فان عنوان الإشاعه بأحد هذه الكسور و نسبته لا بعنوان المنّ و الصاع و نحوهما كما لا يخفى.

و قد يقال أن الظاهر من لفظ صاع من صبره هو الفرد المنتشر كما هو مقتضى الظاهر من التنوين التنكير.

و فيه أولا قد عرفت أن اراده الفرد المنتشر غير معقول فى نفسه.

و ثانيا: أنه لا كليه لذلك إذ ربما يكون اللفظ خاليا عن التنوين كما إذا قال بالإضافه أو اللام كقولك بعتك صاع من الصبره أو المنّ من الحنطه و نحو ذلك.

و ثالثا: أن هذا التنوين ليس بتنوين تنكير، بل هو تنوين تمكّن و أما التنوين التنكير فهو يدل بأسماء الأفعال كص و مه.

و أما ثمره القول بكونه ظاهرا فى الكليه أو الإشاعه فذكر المصنف فارقين لا بأس بهما،الأول أن تعيين المبيع من الصبره فى يد البائع، فإن المفروض أن المشتري لا- يملك إلا- الطبيعه المعراه من جميع الخصوصيات إلا- الخصوصيه الخاصه و هى كونها مضافه الى صرف الوجود من صاع هذه الصبره الموجوده فى الخارج و عليه فليس له إلا- أن يطالب من ملكه من صياح هذه الصبره كما أنه كذلك إذا ملك أحد على كلى فى ذمه شخص فإنه لا يملك إلا الكلى فقط المضاف إلى ذمه المديون أو البائع فليس له يطالبه من حصّه خاصه و من كومه معينه.

و بالجملة أن كل ذى حق له ان يطالب حقه ممن عليه الحق بمقدار حقه فليس له مطالبه الزائد و من الواضح أن المشتري يملك مطالبه كلى الصاع من هذه الصبره و أما كونه من هذا الطرف أو من ذلك الطرف فلا.

و ما نحن فيه نظير طلب الطبيعه من المكلف فإنه إذا أمره بإيجاد الطبيعه فليس له مطالبه خصوصيه زائده غير إيجادها و إذا أقبح على العبد بأنك لماذا لم تمثل بإيجاد الطبيعه بخصوصيه خاصه فيحتج عليه العبد بحكم العقلاء أنك لم تكن مستحقا لمطالبه الزائد من إيجاد الطبيعه نعم لو كان هنا دليل آخر يدل على إيجاد الطبيعه بخصوصيه خاصه وراء الأمر بأصل الطبيعه فللمولى أن يحتج على عبده بذلك على ترك الامتثال بالخصوصيات الزائده و ليس للعبد ح أن يقول أن الأمر بالطبيعه لا يقتضى إلا الامتثال بالطبيعه فقط و هكذا الأمر فى أوامر الشارع بأجمعها.

هذا على تقدير الكليه و أما بناء على الإشاعه فلا اختيار لأحدهما بوجه لحصول الشركه،فيحتاج القسّمه إلى التراضى كسائر الأموال المشتركه الثمره الثانيه أنه بناء على الكليه إذا تلفت الصبره بأجمعها و لم يبق



منها الا مقدار حق المشتري فيكون الباقي له و ليس للبائع فيه حق و هذا بخلافه على الإشاعه فإن التالف و الباقي بينهما سيان.

و الوجه فى ذلك قد عرفت أن ما يملكه المشتري ليس إلا الطبيعه المعراه عن الخصوصيات إلا إضافته إلى صرف الوجود من الصبره الموجوده فى الخارج فما دام أنه قابل الانطباق على صياح الصبره لم يذهب من حقه شىء كما عرفت ذلك من الروايه إلا إذا تلف المجموع فإنه ح ينطبق الكلى على التالف أيضا فيكون المورد من صغريات التلف قبل القبض فيفسخ البيع.

و أما على الإشاعه فإن الفرض أن حق كل من البائع و المشتري على نحو الإشاعه فى الصبره فيكون التالف منهما معا لثبوت حق المشتري فى كل جزء فمع القبض و الإقباض يذهب المبيع من كيس البائع و بدونه يفسخ البيع و هذا واضح جدا فما ذكره المصنف فى محلّه و تمت الثمره.

ثم انه ذكر المصنف أنه لو فرضنا أن البائع بعد ما باع صاعا من الجملة باع من شخص آخر صاعا كليا آخر فالظاهر أنه إذا بقى صاع واحد كان للأول لأن الكلى المبيع، ثانيا انما هو مشاعه فى مال البائع و هو ما عدا الصاع من الصبره فإذا تلف ما عدا الصاع فقد تلف جميع ما كان الكلى فيه ساريا فقد تلف المبيع الثانى قبل القبض و هذا بخلاف ما لو قلنا بالإشاعه و قد قوّاه شيخنا الأستاذ و قال أن الباقي ينطبق على ملك المشتري الأول و يجرى حكم تلف المبيع قبل قبضه بالنسبه إلى صاع المشتري الثانى، لأن الصاع الثانى يسرى كليه الى ما عدا الصاع الأول و هذا بخلافه على الإشاعه.

و لكن التحقيق أن الباقي لا ينطبق عليه ملك المشتري الأول، و توضيح ذلك أنا ذكرنا فى مبحث علم الإجمالى من الأصول أن الصفات

الحقيقه الموجوده فى أفق النفس يصح أن تتعلق بالعناوين الجامعه للأفراد المتشتمته و قابله الانطباق على كل واحد منها على سبيل البدليه من غير أن يكون لنفس العنوان الجامعى واقعيه فى الخارج، بل واقعيته بنفس الاعتبار بمعنى أن المعلوم ليس أمرا معينا فى الخارج بحيث ينكشف بعد العلم كونه معلوما فى الخارج، بل المعلوم هو الأمر الاعتبارى الجامع بين الافراد و المنطبق عليها على سبيل البدليه مثلا إذا علمنا بنجاسه أحد هذين الكأسين فالصفه النفسانيه قد تعلقت بالعنوان الجامع بين الكأسين أعنى عنوان أحدهما بحيث انه قابل الانطباق على كل فرد منهما على سبيل البدليه من غير أن يكون لهذا العنوان واقعيه أصلا فى الخارج بل قوامه بانطباقه على أن يكون لهذا العنوان واقعيه أصلا فى الخارج بل قوامه بانطباقه على الافراد فإذا علمنا بعد ذلك أن النجاسه انما هى موجوده فى الكأس الشرقى دون الغربى فلا ينكشف من ذلك أن الكأس الشرقى من الأول متعلق لهذا العلم أو علم إجمالا- بكون أحد الكأسين بولا- أو خمرا فعلم بعد ذلك تفصيلا كون هذا الكأس، بل المعلوم فى جميع موارد علم الإجمالى انما هو عنوان أحدهما و كذلك القدره و سائر الأوصاف النفسانيه مثلا لو كان أحد متمكنا من أكل أحد الرغيفين دون كلاهما معا أو على التدريج فإنه إذا أكل واحدا منهما لا ينكشف من دون الأول أنه لم يكن قادرا الأعلى أكل هذا الخبز فقط دون الآخر، بل هو من الأول كان قادرا لهذا و قادرا لذلك أيضا فإذا صح تعلق الأوصاف الحقيقه على العناوين الاعتباريه فتعلق الأوصاف الاعتباريه عليها بمكان من الإمكان.

و توضيح ذلك أن الملكيه ليست من الأمور الموجوده فى الخارج كسائر الاعراض الموجوده فيه، و انما هى اعتبار اضافه المملوك الى المالك و نسبته

اليه و انما الموجود فى الخارج متعلق هذه الإضافة من الامورات التكونيه أو الكليات الاعتباريه فهذا الأمر الاعتبارى كما يصح أن يتعلق بالأعيان الخارجيه فكك يصح أن يتعلق بالأمر الاعتباريه التى لا واقعيه لها أصلا إلا الاعتبار المحض فإذا باع صاعا من صبره من شخص فقد ملك كليا و أمرا اعتباريا جامعا للأفراد الخارجيه على سبيل البدليه و قابل الانطباق عليها كذلك من غير أن يكون المشتري مالكا للخصوصيات بحيث أن للمالك تطبيق ذلك الجامع أيا من الافراد الموجوده فى الخارج و هذا معنى تملك الطبيعه و حفظ الخصوصيات فى ملك نفسه و إذا طبقه على فرد منها و عينه فى الخارج لا- ينكشف منه أن المملوك من الأول كان هو هذا الفرد المعين و الأ- فمعناه أن الخصوصيه كانت مملوكه للمشتري و هو خلاف المفروض فى بقائها فى ملك البائع و انما المملوك كان هو الجامع و البائع باختياره طبقه على الفرد المعين و أسقطه عن الانطباق على جميع الأفراد.

و عليه فإذا باع صاعين كليين من الصبره من شخصين فانطباق كل منهما على صرف الوجود من كل واحد من صاع تلك الصبره على حد سواء و ليس لأحدهما مزيه على الآخر بوجه.

و عليه فلا وجه لما ذكره المصنف من انه فى صوره بيع صاعين من شخصين مع تلف الصبره و بقاء صاع واحد فقط يكون الباقي للمشتري الأول فقط لأن مملوك المشتري الثانى ينطبق على غير الصاع الذى انطبق عليه مملوك المشتري الأول و هذا نظير ما إذا باع صاعين من الصبره من شخص واحد فهل يتوهم أحد أن كل واحد من صاعين يكون منطبقا على غير ما انطبقه الآخر، بل انطباق كل منهما على كل من صباع الصبره على حد سواء، كما هو واضح.

و على هذا فنسبه الصاع الباقي الى كل من المشتريين على حد سواء و ح فهل الباقي بتمامه ملك للمشتري الأول أو بتمامه ملك للمشتري الثاني أو يكون لأحدهما فقط بتعيين المالك البائع أو يقسم بينهما بالنصف أما كونه ملكا لهما معا على نحو الاستقلال و التمام فغير محتمل جزما لانه لا يعقل ان يكون الشئ الواحد مملوكا لاثنين على نحو الاستقلال.

و أما كون اختيار التعيين تحت يد البائع فهو أيضا واضح البطلان فإنه انما يكون كذلك إذا كانت الخصوصيات باقيه تحت ملكه كما إذا كانت الصياح متعددة فإنك عرفت أنه ليس للمشتري حق التعيين أصلا و انما هو راجع الى البائع فإن المبيع ليس إلا- الطبيعه فالخصوصيات باقيه تحت ملكه الاختيار في تعيين ذلك الكلى بأى فرد شاء و هذا بخلافه هنا فإنه مع تلف الصبره و بقاء صاع واحد ينحصر الحق بالمشتري و يرتفع مملوك البائع أصلا فإنه انما كان فيما يكون له اختيار تطبيق الكلى بهذا أو بذلك فمع التلف و بقاء الصاع الواحد ارتفع موضوع هذا الاختيار أصلا و لم يبق له ملكيه في هذا الفرد بوجه و قد عرفت قريبا أنه لا يعقل أن يكون شئ واحد مملوكا لشخصين فصاعدا على نحو الاستقلال.

و أما التنصيف فهو الحق فإنك عرفت عدم معقوليه ملكيه كليهما على الباقي و تخصيص أحدهما دون الآخر تخصيص بلا مخصص إذ ليس فى البين مرجح الأ مجرد سبق الزمانى فهو فى نفسه لا يكون مرجحا فلا بد من القول بالتبعيض فيكون لكل من المشتريتين النصف لما عرفت مرارا أنه إذا كان المبيع مركبا من الاجزاء فيكون البيع منحللا- إليها حسب تعدد الاجزاء فح ان كانت الهيئه الاجتماعيه دخيله فى ازديادا الثمن فيكون للمشتري خيار تبعض الصفقه و الا فلا خيار له أيضا.

و بالجمله فعمده غرضنا أنه لا وجه لتخصيص الباقي بالمشتري الأول و القول ببطلان البيع الثانى و انفساخه لكونه من صغريات التلف قبل القبض بدعوى منع انطباق الكلى الثانى على جميع الصياح، بل انما يكون انطباقه على غير الصاع من هذه الصبره كما لا يخفى. فافهم.

و قد انتهى الكلام إلى أنه إذا باع صاعا من صبره من شخص ثم باع صاعا من صبره من شخص آخر فتلف الصبره و لم يبق منها الا- صاع واحد فهل يكون ذلك للمشتري الأول كما اختار المصنف أو يفسخ العقد فيهما معا و يعود الباقي الى ملك المالك الأول أو يتخير المالك الأول بين أن يعطيه من المشتري الأول أو من المشتري الثانى أو يحكم بالتنصيف فذكر المصنف أنه يتعين للاول و قد عرفت أنه لا وجه له فان كل من المشتريين قد ملكا كلتا من صياح الصبره الذى قابل الانطباق على جميع الصياح و صار شريكا فيها فنسبه كل منهما الى كل من الافراد على حد سواء بحيث أن للبائع الذى ملك الكلى السارى و حفظ الخصوصيات أن يطبق على كل من الكليين على أى فرد من الافراد شاع فإذا تلفت الصبره و لم يبق إلا صاع واحد فبأى مرجح يتمحض ذلك بالمشتري الأول مع أنا فرضنا أن مملوك كل منهما ليس إلا الكلى السارى فتخصيص الباقي بالأول بلا مخصص و مرجح فإنه ليس فى البين مرجح الا السابق الزمانى و كون المشتري الأول أسبق من البيع للمشتري الثانى فلا دليل على كونه مرجحا فى البين.

و أما كون التخيير تحت يد البائع فهو واضح البطلان فإنه بعد ما خرج المبيع عن ملكه فأى اختيار له فى ذلك و توهم أن الخصوصيات كانت مملوكه له فله تملكها بأى منهما شاء توهم فاسد فإنه لا يعقل تملك العين عاريه عن الخصوصيات إذ لا وجود للعين الخالى عنها فى الخارج فإن الشىء

إذا تشخص و وجد فى الخارج خرج عن الكليه و إذا لم يتخصص بخصوصيه لا يعقل وجوده فى الخارج فبالشرط فى ضمن العقد يشترط المشتري على البائع أن يملك البائع الخصوصيات أيضا أى إذا تعين حقه فى شىء تكون الخصوصيات أيضا للمشتري حتى مع كون المبيع كليا.

نعم ما دام المبيع كلى فالخصوصيات تحت ملك البائع و أما مع التعين فيكون الخصوصيات أيضا كنفس العين ملكا للمشتري فليس للبائع اختيار فى إعطاء الباقي للأول أو الثانى.

و يبقى القول اما بالانفساخ أو التبعض و ربما يقال بالأول، فإنه لا يمكن القول بصحة كليهما و لا بصحة أحدهما دون الآخر لعدم المرجح فى البين فيسقطان معا للمعارضه كما هو كذلك فى سائر العقود كما إذا باع داره أو أجرها أو وهبها من شخص و باعها و كيله من شخص آخر فى ذلك الزمان فإنه يحكم فى أمثال ذلك بالتساقط و رجوع الدار الى صاحبها الأول فإن العمومات تتعارض فى شمولها لكل من العقدين.

و لكن الظاهر عدم التساقط هنا و وضوح الفرق بين ما نحن فيه و بين سائر العقود و الوجه فى ذلك هو ان المعامله الواحده إنما تنحل الى معاملات عديده حسب انحلال المبيع سواء كانت يبعأ أو إجاره أو هبه، فالعقد الصادر من الموكل بتمام اجزائه معارض مع العقد الصادر من الوكيل فى ذلك الوقت إذ لا ترجيح فى شىء من الاجزاء لأحد الطرفين فيسقطان للمعارضه و عدم إمكان شمول العمومات لأحدهما دون الآخر لكونه ترجيحا بلا مرجح.

و بالجمله أن العقد الصادر من الوكيل إنما يبتلى بالمانع الذى هو العقد الصادر من الموكل و بالعكس فكل منهما يمنع عن وقوع الآخر فيعارض

شمول العموم لكل منهما مع شمولها للآخر فيتساقطان لعدم الترجيح بلا مرجح.

و هذا بخلافه فى المقام فإنك عرفت أن ما بيع لكل من المشترين أمر كلى قابل الانطباق على جميع الافراد و كذلك اجزاء المبيع ففى هنا بيوع متعددة حسب تعدد المبيع بالانحلال و كل مبيع فى كل بيع قابل الانطباق على جميع أجزاء الصبره من غير أن يكون بينهما تراحم و تمنع أصلا كما كان كذلك فى سائر العقود فى الفرض المذكور و لكن إذا تلفت الصبره و لم يبق إلا الصاع الواحد فيسقط المبيع الكلى من الطرفين عن السريان و ينحصر ما ينطبق عليه الكليان بالفرد الواحد و ح فكل من البيعين يتعارضان فى الانطباق الى الموجود الخارجى الذى هو فرد من الصاع من حيث المجموع للمعارضه و لكن انطباق حق كل من المشترين بنصف الصاع فلا- معارضه بينهما فيحكم بالتبعيض فالعمومات تشمل على البيعين بالنسبه إلى النصف بلا معارضه و ليس للبائع أن يعطى مجموع الصاع لأحدهما دون الآخر لعدم بقاء الاختيار له بالنسبه إلى المجموع نعم بالنسبه إلى النصفين فاختياره باق على حاله فله أن يعطه لأحدهما هذا النصف و للآخر ذلك و بالعكس و هذا واضح لا شبهه فيه و اما ثبوت الخيار فقد أشرنا اليه و يأتى تفصيل الكلام فيه فى الخيارات.

ثم ذكر المصنف فرعا آخر لبيان الثمره و هو أنه أن المبيع انما يبقى كلياً ما لم يقبض و أما إذا قبض فان قبض منفرد عما عداه كل مختصاً بالمشتري و ان قبض فى ضمن الباقي بأن أقبضه البائع مجموع الصبره فيكون بعضه وفاء و الباقي أمانه حصلت الشركه لحصول ماله فى يده و عدم توقفه على تعيين و اقباض حتى يخرج التالف عن قابليه تملك المشتري له فعلاً

و ينحصر حقه فى الباقى فح حساب التالف على البائع دون المشتري ترجيح بلا مرجح فيحسب عليهما الى أن قال، نعم لو لم يكن إقباض البائع للمجموع على وجه الإيفاء، بل على وجه التوكيل فى التعيين أو على وجه الأمانة حتى يعين البائع بعد ذلك كان حكمه حكم ما قبل القبض.

أقول: أن هنا أمران و لا نتجاسر على المصنف أنهما قد اختلطا.

الأول: أن التلف بعد القبض انما يحسب على المشتري و عليه، فإذا أقبض البائع مجموع الصبره من المشتري فأثره أنه لو تلفت الصبره بكلها يكون المبيع أيضا تالفا و لا يكون مثل التلف قبل القبض فيحكم بالانفساخ.

الثانى: تعيين المبيع الكلى و تطبيقه على فرد خاص و عدم تعيين ذلك فإنه على الأول فيكون تلف كل من المال المعين على صاحبه و أما مع عدم التعيين فلا. وجه لكون التالف عليهما مع كون المبيع كليا كما هو المفروض فان مجرد اقباض المبيع على كليته لا يوجب انقلابه إلى الشركه، بل انما قبضه المشتري على سريانه أى أنه باقى على سريانه الأوليه مثلا كانت الصبره عشره أصوع فباع مالکها صاعا منها ثم أقبضه مجموع الصبره فإنه لا يوجب تعيين حقه أو قلبه إلى الإشاعه فإنه بأى موجب زالت ملكيه البائع على الخصوصيات الموجهه لكونه مختارا فى تطبيق حق المشتري بأى فرد شاء.

و توهم أن المشتري و ان ملك كليا و لكنه مالک له مع خصوصيه، فإن مقتضى الشرط الضمنى هو ذلك فإنه انما يشتري صاعا من الصبره ليستقل فى التصرف فيه لا أن يكون باقيا على كليته و هذا الشرط موجود فى ضمن العقد.

و هو توهم فاسد فإنه و ان كان صحيحا فى أصل الاشتراط و لكن لا يقتضى ذلك تعيين حق المشتري بصاع خاص ثم انقلابه إلى الإشاعه و قد



عرفت أنه يمكن أن يقبض المشتري المبيع على كليته فإنه مع أخذ الصبره مجموعا يأخذ المبيع أيضا لكونه موجودا في ضمن الصبره كما أنه مع التعيين يكون موجودا في ضمن الفرد الشخصي فإن الكلى الطيعى موجود بوجود الفرد.

و بالجمله أن المبيع كان هو الكلى السارى فهو باق على حاله فلا يخرج عن السريان بقبض المشتري كما لا يخفى.

نعم لو بدل الكلى بالاجزاء على نحو الإشاعه بمعامله جديده فيحكم بالإشاعه فيصح ما ذكره المصنف و لكنه لا يمكن بدون المعامله الجديده فإن خروج الخصوصيات عن ملك البائع و خروج الكلى عن ملك المشتري و تبدل كل منهما بالآخر يحتاج الى دليل فهو منتف في الخارج و نحن لا ندعى الاستحاله بل ندعى عدم الدليل على هذا، فافهم.

و كيف كان فلا فرق فيما ذكرناه من التحقيق بين ما قبل القبض و ما بعده بوجه.

و أما ما ذكره من أنه لو قبضه على نحو الامانه فهو متين فإن البائع مالك لجميع الخصوصيات مع الصبره فإذا باع صاعا منها فله أن يطبق هذا الكلى بأى فرد شاء فإذا قبضها من المشتري مجموعا لتكون أمانه عنده فلا يوجب ذلك خروج الخصوصيات عن ملكه فإنه بلا موجب فإنه لم يقبضها بعنوان اقباض الحق، بل الامانه و ح فإذا تلفت الصبره أجمع فيكون حكمها حكم التلف قبل القبض.

### لو باع ثمره شجرات و استثنى منها أرطالا معلوما

قوله: و انما الإشكال فى أنهم ذكروا فيما لو باع ثمره شجرات و

استثنى منها أرتالا معلومه أنه لو خاست الثمره سقط من المستثنى بحسابه و ظاهر ذلك تنزل الأرتال المستثناه على الإشاعه.

أقول:قد عرفت أنه ذكر المصنف أنه لو باع صاعا من الصبره أو مئا من الحنطه فيحمل على الكلى،و يكون المبيع هنا كلى المنّ و كلى الصاع ملغى عنه الخصوصيات السارى على جميع أمان الصبره و أصواعه و رتب عليه أنه لو تلفت الصبره و لم يبق الآ بقدر الصاع و المنّ فيحسب التالف على البائع لكونه تلفا قبل القبض.

ثم ذكر ان ظاهر الفقهاء فى بيع ثمره الشجرات و استثناء أرتال معلومه منها على خلاف ما ذكرناه فإنهم ذكروا هنا أنه لو خاست الثمره فيحسب التالف على البائع و المشتري و سقط من المستثنى بحسابه و قد ذكروا للتفصى عن هذه العويصه وجوها:-  
الأول:أن الفارق بين المسألتين هو النص فإن الصحيحه الوارده فى بيع الأطنان من القصب قد دلت على حمل بيع الصاع من الصبره على الكلى،و الآ فمقتضى ظهور اللفظ هو الإشاعه فى كلا المسألتين.

و يرد عليه وجوه مع تسليم الحمل على الإشاعه فى بيع الكلى مع انا لم نسلم ذلك،و قلنا بأن ظاهر اللفظ هو الكلى مع ورود النص عليه كما عرفت.

الأول:ما ذكره المصنف(ره)من أنه ان كان النص واردا على طبق القاعده كما هو الظاهر،فان الظاهر أن الامام(عليه السلام)أجاب على طبق المتفاهم العرفى لزم التعدى منه الى مسأله استثناء،فإنه لا فرق بينهما الآ أن مسأله الاستثناء على عكس مسألتنا،هذا و هو بانفراده لا- يوجب الفرق بينهما و ان كان واردا على خلاف القاعده و التعبد المحض فلا- يجوز التعدى من مورده أعنى بيع القصب الى غيره،بل من غير المشتغلين فهل يتبع حينئذ

كبيع الصاع من صبره الحنطه و الشعير و نحوهما.

و يمكن الجواب عنه بدعوى القطع بعدم الفرق بين بيع القصب و بيع الحنطه فإنهما من واد واحد، لأننا نقطع بأنه لو كان السائل يسأل الإمام (عليه السلام) عن بيع عشره آلاف أرطال من الحنطه من أرطال و تلفت إلاّ عشره آلاف فأجاب الإمام (عليه السلام) بمثل ما أجابه فى بيع القصب.

الجواب الثانى: ما ذكره المصنف فى آخر كلامه من أنه لو قلنا بالإشاعه للزم عدم جواز تصرف المشتري فى الثمره إلاّ بإذن البائع، بل يجوز له التصرف فى الثمره.

و ثالثا: ما أشار إليه المصنف أيضا من أن لازم الحمل على الإشاعه أنه لو تلف مقدار من الثمره بتفريط المشتري كان ضامنا للبائع فى حصه من التالف و يكونان شريكين بالنسبه إلى الباقي مع أنهم حكموا بوجوب أداء المستثنى تماما من الباقي فهو لا يجتمع مع الإشاعه، بل مع الملكيه كما لا يخفى.

و رابعا: يلزم أن يكون النص واردا على خلاف ما قصده المتبايعان فان لازم الظهور النص فى الإشاعه و خروج مسأله بيع الأطنان من القصب على خلاف القاعده للنص يلزم أن يحكم الامام (عليه السلام) على خلاف ما قصده من العقد فهو لا يمكن فإنه لو فرضنا أن السائل كان يصرح بالإشاعه كان يحكم الامام (عليه السلام) بكون المبيع كليا و قد مرّ مرارا عديده أنه أمر غير معهود.

الثانى: أن مقتضى ظاهر اللفظ فى المسألتين هو حمل الصاع على الكلى إلاّ أنه قام الإجماع على الحمل على الإشاعه فى مسأله الاستثناء.

و فيه أولاً: أن الإجماع ليس بنفسه حجة بل لكونه كاشفاً عن دليل معتبر، ونحن نقطع بانتفائه في المقام و عدم استنادهم اليه.

و ثانياً: يرد عليه ما أوردناه على الوجه الأول من الوجوه الثلاثة الآخرة.

الثالث: أن الفارق بين حمل الصاع على الكلى في المقام و بين حمله على الإشاعة في مسألة الاستثناء و نظائره كالزكاة التي يحسب التالف فيها على المالك و الفقراء أن الفارق هو اعتبار القبض في لزوم البيع و وجوبه على البائع في بيع الكلى فما دام يمكن دفع المبيع إلى المشتري يجب الإقباض كما في بيع الكلى في الذمه و هذا بخلافه في مسألة الاستثناء و الزكاة.

و فيه أولاً: ما ذكره المصنف من أنه مضافاً إلى تحقق إيجاب القبض في مسألتى الزكاة و الاستثناء أن وجوب الإقباض و لزوم العقد مسلم و لكن لا دليل لوجوب الإقباض في اللزوم بوجه، و لا نفهم معنى هذه العبارة كما لم يفهمه المصنف، و ان إيجاب القبض على البائع فرع كون المبيع كلياً و منطبقاً على الباقي فإنه مع عدم البقاء كلاً أو بعضاً لا يبقى موضوع لوجوب الإقباض لانفساخ العقد.

و بعبارة أخرى حكم حمل المبيع على الإشاعة هو انفساخ العقد في المقدار التالف و عدم بقاء الموضوع لوجوب الإقباض و حكم حمله على الكلى هو بقاء المبيع و وجوب دفعه إلى المشتري و إقباضه منه هذا بحسب الكبرى و أما إحراز الصغرى و إثبات أنه محمول على الإشاعة أو على الكلى فلا بدّ و ان يتحقق من الخارج فإثبات الكلية بوجوب الإقباض الذي فرع على

و ثانيا: أن دليل أخص من المدعى فانا نفرض موردا يكون المبيع تحت يد المشتري فى بيع الكلى اما بالإجازة أو بالأمانه أو بالعاريه، أو بالغصب، فح فالمبيع تحت يد المشتري فلا موضوع لوجوب الإقباض أصلا و من هنا يعلم أن قياس المقام ببيع الكلى فى الذمه فرع إحراز الكليه كما لا يخفى.

و أما قياس الاستثناء بالزكاه، ففى غير محله إذ ليس الفقير شريكا مع المالك فى المال الزكوى كما حقق فى محله.

الرابع: ما ذكره فى مفتاح الكرامه من إبداء الطرق بين المسألتين بدعوى أن التلف من الصبره فى المسأله السابقه أعنى بيع الكلى انما هو قبل القبض فيكون على البائع و يلزم عليه مع ذلك أن يسلم من الباقي تمام المبيع فإنه لم يذهب منه على المشتري شىء لأجل التلف و هذا بخلاف مسأله الاستثناء فان التلف فيه بعد القبض و المستثنى بيد المشتري، أما على الإشاعه بينهما فيوزع الناقص عليهما و لهذا لم يحكم بضمان المشتري هنا بخلاف البائع هناك فإنه حكم بضمانه هناك.

و بعباره أخرى أن المشتري فى بيع الكلى يتلقى الملك من البائع فما دام فى البين مصداق للكلى المبيع لينطبق عليه ذلك الكلى فيجب إقباضه بإقباض المصداق، و هذا بخلاف الاستثناء، فان المستثنى فيه من الأول باقى فى ملك البائع فلا يجب التسليم و الإقباض و الإيفاء أصلا فيكون التلف عليهما لكون كل منهما مالكا للخصوصيات.

و بعباره ثالثه: أنه يدعى أن المبيع فى المقامين هو الكلى.

و الجواب عنه: أولا: من تبعه وجوب الإقباض بكون المبيع كليا و متفرعا

عليه و عدم كونه نحو الإشاعه فإثبات الكليه بوجود الإقباض مصادره واضحه و ثانيا: أن الدليل أخص من المدعى فان تفرض المبيع تحت يد المشتري في بيع الكلى اما بالغصب أو بغيره كما تقدم.

و ثالثا: بناء على الإشاعه في مسأله الاستثناء لا يجوز للمشتري أن يتصرف في الثمره إلا بإذن البائع و مع إتلافه مقداراً منها فيكون ضامناً لحصه البائع مع اشتراكهم في البقيه كما ذكره المصنف.

و رابعاً: ما ذكره المصنف من أنه ان كان المراد من التلف بعد القبض أى بعد قبض المشتري فلا شبهه أن البائع ح لا يضمن التالف من حق المشتري و انما الإشكال في الفرق بين المسألتين.

و ان أريد منه أن الكلى الذى يملكه البائع تحت يده بعد العقد، فحصل الاشتراك عنده فإذا دفعه الى المشتري فدفعت مالا مشتركاً اليه، فح أيضاً يبقى سؤال الفرق بين قولنا بعثك صاعاً من الصبره و بين قولنا بعثك ثمره البستان إلا أرتالاً معلومه فكلاهما من واد واحد فلما ذا حصل الاشتراك في الثانى دون الأول فإن كون المجموع تحت يد البائع لا يوجب الاشتراك و لا يرد على المصنف أنك قلت بحصول الاشتراك في بيع الكلى بإقباض البائع مجموع الصبره فلما ذا لا- يحصل الاشتراك هنا بكون مجموع الثمره تحت يد البائع، فالبائع هنا بعينه مثل المشتري هناك.

فاننا نقول ان المصنف قد التزم هنا بالاشتراك لمكان الإقباض فإن قباض المالك الكلى يوجب تمليك الخصوصيه و تمليك الخصوصيه موجه للاشتراك بخلافه هنا نعم لو كانت الثمره تحت يد المشتري و هو يقبض البائع مجموع الثمره فحصل الاشتراك فحصل الفرق بين المقامين و ان لم نقبل ما ذكره المصنف و قلنا ان إعطاء الصبره للمشتري بأجمعها لا- يوجب الاشتراك

كما عرفت.

الجواب الخامس: ما ذكره المحقق الايروانى أن الذى ينبغى مقياسه من مسأله الأبطال بمسأله بيع صاع من الصبره هو المبيع و هو ما عدا الأبطال دون نفس الأبطال التى لم تقع عليه المعامله فإن مكانه الأبطال هنا مكانه بقيه الصبره مما عدا صاع منها من تلك المسأله و مكانه ما عدا الأبطال هنا مكانه الصاع من تلك المسأله فإن المعامله وقعت على ما عدا الأبطال فيكون المبيع كلياً فمقتضى القاعده هنا كون التلف على البائع و لكن حيث كان التلف بعد القبض مع كون حق البائع من الأبطال منتشر فى المجموع فيكون التلف منهما.

و فيه أولاً: أنه خلاف المتفاهم العرفى فإنه لو ألقى هذا الكلام لأحد لا يفهم منه إلا كون المستثنى منه ملكاً للمشتري بجميع الخصوصيات بحيث قد ملكه البائع العين بجميع الخصوصيه فلا وجه لكون المستثنى منه أيضاً كلياً.

و ثانياً: يرد عليه مما تقدم من عدم جواز تصرف المشتري فى المجموع إلا- بإذن البائع و حساب التالف عليهما حتى لو كان المتلف هو المشتري و كون البقيه بينهما سيان غاية الأمر أن المشتري يضمن للبائع فى حصته فى صوره الإتلاف.

قوله: و يمكن أن يقال ان بناء المشهور فى مسأله استثناء الأبطال أن كان على عدم الإشاعه.

أقول: هذا هو الوجه من الأجوبه قد أجاب به المصنف على تقديرى الكلى و الإشاعه أما على الأول كما هو الظاهر فلأن المتبادر من الكلى المستثنى هو الكلى الشائع فيما يسلم للمشتري لا- مطلقه الموجود وقت البيع و هذا الجواب بظاهره يعطى خلاف المقصود فإن الإشكال كان فى حمل

ص: ٣٩١

بيع صاع من الصبره فى المسأله السابقيه فظاهره المنافاه لبيع الثمره و استثناء الأرتال المعينه حيث ذكر الفقهاء أن التالف يحسب عليهما فان هذا ظاهر فى الحمل على الإشاعه و ظاهر ما ذكره المصنف هنا هو عدم حساب التالف عليهما، بل على المشتري فلا يكون هنا تنافى مع المسأله السابقيه مع أن المشهور حكموا بكون التالف عليهما و لعله سقط فى كلامه و أنه أراد ما سنذكره من الجواب.

و أما على الثانى فأجاب بأن المستثنى كما يكون ظاهرا فى الكلى كذلك يكون عنوان المستثنى منه الذى انتقل إلى المشتري بالبيع كليا بمعنى أنه ملحوظ بعنوان كلى يقع عليه البيع فمعنى بعتك هذه الصبره إلا صاعا منها بعتك الكلى الخارجى الذى هو المجموع المخرج عنه الصاع فهو كلى كنفس الصاع فكل منهما مالك لعنوان كلى فالموجود مشترك بينهما لان نسبه كل جزء منه الى كل منهما على نهج سواء فتخصيص أحدهما به ترجيح من غير مرجح و كذا التالف نسبه إليهما على حد سواء فيحسب عليهما، و هذا بخلاف ما إذا كان المبيع كليا فان مال البائع ليس ملحوظا بعنوان كلى فى قولنا بعتك صاعا من هذه الصبره إذ لم يقع موضوع الحكم فى هذا الكلام حتى يلحظ بعنوان كلى كنفس الصاع.

مثلا إذا كان عنده خمسين رطلا من الطعام فباعه إلا عشره أرتال فإن هذه العشره تكون كليه فإذا كانت كليه فتكون المستثنى منه قهرا كليا أيضا فالمال الموجود فى الخارج مشترك بينهما على الإشاعه فيكون التالف عليهما.

و فيه أولا: أنه لا- وجه لكون المستثنى منه كليا إذ البائع كان مالكا للأرتال مع الخصوصيات فإذا باعها من شخص إلا أرتالا معلومه فتكون



الخصوصيات ملكا للمشتري و الأ يلزم أن تبقى مال بلا مالك أو تكون ملكا لشخص آخر بلا سبب ملك، فكل ذلك لا يمكن الالتزام به على أن هذا لا يرفع الاشكال و هو أنه على الإشاعه كيف يجوز للمشتري أن يتصرف فى المجموع بلا- إذن البائع الشريك مع انهم أفتوا بجوازه و أنه مع الإلتلاف من المشتري كيف يحسب عليه و يكون حق البائع فى الباقي مع أن مقتضى الشركه كون التالف عليهما و ضمان المشتري على حصه البائع و كونهما شريكين فى الباقي أيضا و لعله التفت بعدم صحته و قال أن هذا ما خطر ببالي عاجلا و لعل غيرنا يأتي بأحسن من هذا، و قد اوكلنا تحقيق هذا المقام الذى لم يبلغ اليه ذهنى القاصر الى نظر الناظر البصير الخبير الماهر عفى الله عن الزلل فى المعاشر.

و بالجمله لم يتحصل لنا من الأ-جوبه التى لاحظناها ما يرفع الاشكال و يوجب جواز الجمع بين حساب التالف عليهما و جواز تصرف المشتري فى المجموع و كون التالف عليه فى صورته إلتلافه فلا بد فى المقام من جواب يجمع بين هذه الأمور الثلاثه.

و الذى ينبغى أن يقال و لعله هو محتمل الجواب الأول للمصنف و أن المستثنى هو الأبطال المعلومه بعنوان الكسر الكلى كما هو الظاهر من اضافته من مجموع ما سلم للمشتري دون مجموع المال و ليس المستثنى هو الكسر المشاع بل الأمر كذلك حتى مع التعبير عنه بلفظ المن و الصاع و الرطل و نحوها فان الظهور العرفى منها و ان كان عنوان الكلى منها بنفسها و لكن الارتكاز جار على كونها على أحد النسبه الممكنه فى الصبره كواحد من المائه مثلا مما سلم بحيث يكون الباقي و التالف بينهما سيات و هذا لا ينافى الكليه كما هو واضح.

و توضيح ذلك أن بيع الكسر الكلى يتصور فى مرحله الثبوت على أقسام ثلاثة:- الأول الكسر الى المبيع كقولك بعتك نصف الصبره أو ربعها مثلا أو غيرهما من الكسور أن يكون على نحو القضييه الخارجيه فإنه موجود فى هذه الصبره بعنوان الكليه دون الإشاعه فإن ربع هذه الصبره أمر كلى لأنه قابل الانطباق على هذا الطرف و ذلك الطرف من اليمنى أو اليسرى أو الفوق أو التحت،الى غير ذلك مما يكون فردا لهذا الكلى و يكون هو قابل الانطباق عليه من افراد المتصوره.

الثانى: أن يكون المبيع كسرا كليا و لكن لا بنحو القضييه الخارجيه، بل بعنوان القضييه الحقيقيه و هذا المعنى و ان لم يجر فى البيع لكونه موجبا للجهاله و الغرر و لكن يمكن جريانه فى باب الوصيه و ان لم يعهد فيها هذا الوجه أيضا، لأن المعهود فى الوصيه هو الوجه الثالث و لكن لو أوصى أحد كذلك فلا محذور فيه شرعا كما إذا اوصى بأن كلما يكون مالا لى فربعه على نحو الكسر الكلى لفلان، فان هذه قضييه حقيقيه تنطبق على ربع كل مال حصل فى يد الموصى فيكون للموصى له بنحو الكليه لا بنحو الشركه.

الثالث: أن يكون أيضا كليا على نحو القضييه الخارجيه و لكن تكون فى حصه خاصه و هذا أيضا لا يمكن فى البيع للجهاله و الغرر و لكنه موجود فى باب الوصيه جدا بحيث لو اوصى أحد كك فلا محذور فيه و ان كان يحتاج إلى القرائن فى مقام الإثبات و ان كانت هو الارتكاز كما يمكن دعواه فى الوصيه و البيع فان الارتكاز على ذلك بل الأمر كك فى باب الوصيه غالبا

و الشركه على نحو الإشاعه فيها نادره جدا كما إذا اوصى لزيد ربع ما يسلم للورثه على نحو الكسر الكلى بمعنى أن كما اجتمع أموالى تحت يد الورثه فربعه لزيد على نحو الكلى دون الإشاعه و هذا المعنى كما عرفت موجود فى باب الوصيه فإن من اوصى ربع ماله لفلان فليس معناه أنه شريك مع الورثه على الإشاعه و لو بقريته الارتكاز و لا أن ربع مجموع المال أعم مما يسلم و مما لا يسلم له و إلا فربما يكون ما يحصل من التركة للموصى له مجموعا بل معناه أن ربعه الكسرى الكلى الذى يسلم من التلف و الظاهر أنه لا يشك أحد فى صحه ذلك الكلام فى هذا المعنى و لو بالارتكاز العقلانى فى باب الوصيه بل عليه جريان السيره العمليه ما لم تكن تصريح على خلافه من الشركه على نحو الإشاعه.

و بالجملة الذى ذكرناه لا غبار فيه ثبوتا و ان كان يحتاج إلى القرائن فى مقام الإثبات فإن غرضنا تصحيح هذا المعنى فقط فى عالم الثبوت ففى مقام الإثبات فيتبع لسان الدليل كما لا يخفى أو القرائن الخارجيه كما فى باب الوصيه و كذلك فيما نحن فيه لشهاده الارتكاز على ذلك.

إذا عرفت ذلك فندعى جريان ذلك فى مسأله الاستثناء فان قول القائل بعتك مجموع الثمره إلا أرطالا معلومه معناه بعتك مجموعها كسرا كليا مما يسلم و هو الواحد فى المائه أو العشره أو أقل أو أكثر، مثلا فيكون عنوان الرطل معرّفا الى ذلك الكسر الكلى ففى الحقيقه أن البائع يستثنى من العشر مثلا واحدا مما يبقى من الثمره للمشتري الذى يسمى كسرا كليا و يجعل عنوان الرطل أو المنّ أو الصاع معرّفا اليه و هذا و ان كان فى نفسه على خلاف الظاهر فان ظهور المنّ أو الرطل و نحوهما فى الكلى فى المعين و حملها على الكسر الكلى على خلاف الظاهر و لكن قامت القرينه

على ما ذكرناه و الارتكاز فإنه قائم على اراده ما ذكرناه من مثل هذا الكلام (بعتك الثمره إلا أرطالا معلومه) فإن الارتكاز العقلاني محقق على أن المراد منه هو الكسر الكلي مما يسلم و يتحصل للمشتري من الثمره دون الشركه و الإشاعه و لا الكلي فى مجموع الثمره بحيث أن ما يسلم للمشتري لو كان بمقدار المستثنى يكون المجموع للبائع، بل هو الكسر الكلي أى حد معين من حد معين كالواحد من المائه مثلا.

و على هذا فنسلم من جميع الإشكالات فإنه لو تلفت الثمره بآفه سماويه يكون التالف عليهما فان حق البائع الكسر الكلي مما سالم للمشتري و التالف خارج بحسب الارتكاز و لو أتلفه المشتري كان حق البائع من الباقي، فإن التالف مما يسلم فهو باختياره أتلفه و يجوز للمشتري التصرف فى مجموع الثمره لأن البائع ليس شريكا فى الثمره حتى يحتاج تصرفه إلى الإجازة و كان لفظ الكسر قبل لفظ الكلي فى عبارته المصنف لكان عين ما ذكرناه و كان (أن المتبادر من الكلي المستثنى هو الكسر الكلي الشائع فيما يسلم للمشتري لا مطلق الموجود وقت البيع) و لعله كان كذلك و قد سقط من عبارته و الله العالم، و لا يلزم كون المعامله غرريه أو كون المبيع مجهولا- فان المبيع معلوم و هو مجموع الثمره و ما استثنى من مجموع الثمره أيضا معلوم، فالتلف انما يرد على المستثنى و المستثنى منه المعلومين لا أن المبيع هو الباقي بعد التلف ليكون مجهولا أو غرريا كما هو واضح.

و يمكن الجواب بوجه آخر بأن يقال أن قولك بعتك مجموع الثمره هذا البستان إلا عشره أرطالا أن كل واحد من المستثنى و المستثنى منه يتحللان الى الاجزاء فكأنه قال بعتك عشره إلا واحدا فيكون مفاد ذلك أن المستثنى من كل عشره واحده مثلا بنحو الكلي فى المعين و هكذا الى ان ينتهى

كلما يتصور من الاجزاء التحليليه و الفرق بين هذا و الوجه الأول هو أن فى الأول كان المشتري جائز التصرف فى المجموع لأن حق البائع كان كلياً بخلافه هنا فإنه لا- يجوز له التصرف فى المجموع فان المفروض أن الواحد من كل عشره مثلاً- للبائع فبالصرف فى العشره قطعاً ينصرف فى حق البائع أيضاً، و لكن الشرط الضمنى موجود على جواز التصرف فى المجموع.

و على هذا فيرتفع الإشكال أيضاً و يجتمع الأمور الثلاثة أما كون التالف عليهما فما ذكرنا كون المستثنى و المستثنى منه منحلين الى الاجزاء و أن من كل جزء جزء كالواحد من العشره فإذا تلفت العشره فيتلف من كل منهما جزء كما هو واضح.

و أما أنه يجوز للمشتري التصرف فى المجموع فلما عرفت من كون الشرط الضمنى على ذلك.

و أما أنه مع إتلاف المشتري من الثمره شيئاً فيكون حق البائع من الباقي فهو أيضاً للشرط الضمنى و هذان الوجهان خصوصاً الثالث على خلاف الظهور بمكان و لكن الذى يسهل الخطب أن الغرض لتصوير كلام القوم فى مسأله استثناء الأبطال المعلومه من المبيع على نحو لا يكون منافياً لحمل بيع صاع من الصبره على الكلى فى المعين.

ثم لا- يخفى عليك أنه يمكن الجواب بحمل الأبطال على الإشاعه و الجواب عن عدم جواز تصرف المشتري فى المجموع و كون حق البائع من الباقي مع إتلاف المشتري مقداراً منه بالشرط الضمنى كما عرفت فى الوجه الثانى هذا ما عندنا و لعل غيرنا يأتي بما هو أحسن من ذلك كما ذكر المصنف بقوله هذا ما خطر عاجلاً بالبال و قد اوكلنا تحقيق هذا المقام الذى لم يبلغ اليه ذهنى القاصر الى نظر الناظر البصير الخبير الماهر

عفى الله عن الزلل فى المعائر.

## الكلام فى أقسام بيع الصبره

قوله: قال فى الروضه تبعاً للمحكى عن حواشى الشهيد أن أقسام بيع الصبره عشره.

أقول: حاصل ما ذكره الشهيد أن أقسام بيع الصبره المعلومه خمسه و بإضافه خمسه أقسام للبيع الصبره المجهوله فتكون الاقسام عشره أما أقسام الصبره المعلومه: - فالأول: أن يبيع مجموع الصبره فهذا لا شبهه فى صحته لانه لا تطرقه شىء من الموانع الموجهه للبطلان.

الثانى: أن يبيع نصفها على نحو الإشاعه.

الثالث: يبيع مقدار منها كصاع تشتمل عليه الصبره، وهذا هو بيع الكلى فى المعين الذى تقدم الكلام فيه مفصلاً، وقلنا انه لا شبهه فى صحته أيضاً.

الرابع: يبيع مجموع الصبره على حساب كل صاع منها بكذا و هذا أيضاً لا إشكال فى صحته فان المبيع أمر معلوم و كذلك الثمن فلا شىء هنا يوجب البطلان.

الخامس: أن يبيع كل صاع منها بكذا و نظير كذلك ما ذكره العلامة فى بعض كتبه من الإجازة كأن قال المؤجر أجرتك الدار كل شهر بكذا، و قد وقع مثل هذه الإجازة محل الكلام بين الاعلام هل هى صحيحه أم لا و مرادهم وقوع الخلاف فى غير الشهر الأول، فإن صحه الإجازة فى الشهر

متيقن كما ذكره العلامة من صحه الإجازة فى الشهر الأول لتضمن هذا القول اجاره هذا الشهر يقينا و المقام أيضا كذلك فلازم كلامهم فى الإجاره كون البيع صحيحا فى صاع واحد لكونه متيقنا من هذا الكلام من غير أن يقترنه ما يوجب البطلان و أما فى غير صاع الواحد فيحكم بالبطلان لكون المبيع مجهولا إذ لا يعلم أنه أى مقدار فان المبيع هو كل صاع من الصبره أى مقدار منها يريد المشتري و من الواضح أن عنوان كل صاع منها بكذا أمر مجهول، و هكذا فى المعدود و لكن قد حكم شيخنا الأستاذ على البطلان فى كالا- المقامين لان تردد متعلق العقد بين الأقل و الأكثر يقتض الجهل به فيكون العقد فى الشهر الأول أو فى الصاع الواحد صحيحا كما هو واضح على ما عرفت و ليس هذا مثل سابقه فان المبيع فيه مجموع الصبره، و إنما يتعين مقدار الثمن بالصاع فإنه باع مجموع الصبره على حساب كل صاع بكذا كما هو واضح، و هذا بخلافه هنا فان المبيع فى المقام هو كل صاع مع الجهل بأن البائع أى مقدار يريد أن يأخذ منها.

و بالجملة أن مجموع أقسام بيع الصبره صحيحه إلا القسم الخامس فان كل ما يعتبر فى البيع و المبيع من عدم الغرر و الجهاله و وجود الكيل و الوزن و غيرها من الشرائط كلها محققه فيه، و أما الخامس فقد عرفت بطلانه لجهاله المبيع كما هو واضح.

و أما إذا كانت الصبره مجهوله فيبطل بيع مجموعها للجهاله و الغرر و لاعتبار الكيل و الوزن و العد فى المكيل و الموزون و المعدود فكلها منتفيه فى ذلك و كذلك يبطل بيع جزء منها فان المجموع إذا كان مجهولا فيكون الجزء منها كالنصف و الربع و التسع أيضا مجهولا و إذا بطل فى المجموع

بطل فى الجزء أيضا و كذلك يبطل بيع كل قفيز أو صاع منها بكذا فإنه كان فى فرض معلوميه الصبره باطلا فكيف إذا كانت مجهولا.

و أما بيع مجموع الصبره على حساب كل صاع منها بكذا فحكم المصنف و شيخنا الأستاذ بالبطلان هنا للجهاله و الغرر و لكن الظاهر هو الصحه هنا لعدم جريان شىء من الموانع فيه أما الغرر فمبنى جزما فان المفروض أن كل من البائع و المشتري عالمان بما يأخذه من الأخر غايه الأمر لا يعلمان كل منهما أن أى مقدار يدخل فى كيسه و أى مقدار يخرج منه و أما ان الخارج و الداخلى على سبيل المجازفه ليكون غررا فلا، بل كل من الثمن و المثلن يدخل فى ملك الأخر على ميزانه و من الواضح انه لا دليل على كون مثل هذه الجهاله موجب للبطالان، و أما سائر الجهات المعتره فى البيع من الكيل و الوزن و العدد و غيرها فكلها موجود فيه، و مع ذلك فأى وجه للحكم بالبطلان، بل قد تقدم سابقا أنه يصح تبديل مقدار الأرز بمقدار من الحنطه مع الجهل بالمقدار لعدم الغرر و لكن النصوص الداله على اعتبار الكيل و الوزن فى المكيل و الموزون أوجب البطلان.

و بالجمله أن المستفاد من الروايات الوارده فى اعتبار الكيل و الوزن أن بيع المجازفه باطل، و مقابله عدم المجازفه و من الواضح أن بيع الصبره المجهوله على حساب كل صاع بدرهم بحيث يكون الخارج من ملك كل منهما و الداخلى فيه معلوما ليس بيع جزاف بل بيع على الميزان غايه الأمر لا يعلم كل منهما أن أى مقدار يخرج من كيسه و أى مقدار يدخل فى كيسه و هذا مقدار من الجهاله لا دليل على كونها مبطله.

و أما بيع صاع منها بكذا فهو بيع الكلى من الصبره فأىضا لا شبهه فى صحته و ان لم يعلم مقدار الصبره فإن الجهل بها يوجب الجهل بنسبه



المبيع إليها بإحدى الكسور و هذا المقدار من الجهاله لا دليل على كونها موجب للبطلان، كما لا يخفى.

و حاصل الكلام أن أقسام بيع الصبره المعلومه خمس، و أقسامها المجهوله أيضا خمس و يشترك بعضها مع بعض و يفترقان في بعض الأقسام أما بيع الصبره مجموعا على حساب كل صاع بدرهم فلا شبهه في صحته سواء كانت الصبره معلومه أو مجهوله و أما في صورته العلم بمقدار الصبره فواضح و أما مع الجهل بها و ان أشكل فيه المصنف و شيخنا الأستاذ و لكن الظاهر هو الصحه في صورته الجهل أيضا إذ لا دليل على البطلان بوجه كما عرفت و مجرد كون المتبايعين جاهلين بمقدار ما يدخل في كيسهما و يخرج عنه لا يوجب البطلان إذ لا دليل عليه كما عرفت.

و أما بيع كل صاع بكذا من الصبره فلا شبهه في فساده لجهاله المبيع و مجرد كونه معلوما عند الله لا يصح البيع إذ لا يعلم كل منهما أن الثمن و المثلن أى مقدار ففي مثل ذلك لا يعتبر العقلاء الملكيه أيضا فإنه يتوقف على ما يقوم به الإضافه فالمبيع لا يعلم أنه أى مقدار حتى يعتبروا الملكيه عليه نعم فللصحه في صاع واحد وجه فان الظاهر من مثل هذا الكلام كونه متيقن الإراده فيكون معلوما كما هو كذلك في الإجازة أيضا و لا- يفرق في ذلك بين كون الصبره معلومه أو مجهوله فإن المبيع ليس هو مجموع الصبره، بل كل صاع و لا يقاس هذا بصوره بيع الصبره على حساب كل صاع بكذا فان المبيع هو مجموع الصبره و ذكر الصاع لبيان الميزان للثمن و تقديره.

و أما بيع مجموع الصبره أو نصفها أو ثلثها مثلا فلا شبهه في صحته فيما إذا كانت الصبره معلومه إذ ليس فيه شىء مما يوجب البطلان و أما فيما إذا كانت الصبره مجهوله فلا شبهه في البطلان للجهاله و الغرر و كونه

جزاف فلا بد من تقديره بالكيل و الوزن و العد و نحوها.

و أما بيع صاع من الصبره على نحو الكلى فأیضا لا شبهه فى صحته سواء كانت الصبره معلومه أو مجهوله أما فى صورته العلم بها فواضح كما تقدم الكلام فيه مفصلا و كذا فى صورته الجهل بها إذ ليس فيه غرر و جهاله الا من جهه نسبه المبيع الى مجموع الصبره أنها بالنصف أو بغيره و هذا لا يوجب البطلان.

نعم وقع النزاع فى أنه هل يعتبر فى صحه البيع العلم باشمال الصبره عليه أم لا، ظاهر شيخنا الأستاذ نعم من جهه أن عدم العلم بوجود المبيع من أعظم أنحاء الغرر و لكن الظاهر عدم الاعتبار وفاقا لشيخنا الأنصارى و ذلك لوجهين:- الأول ما افاده شيخنا الأنصارى من أنه لا- غرر فى ذلك بوجه لا من جهه رفع الغرر بالخيار، بل لعدمه فى نفسه و ان قيل أن عدم العلم بوجود المبيع من أعظم أنحاء الغرر و توضيح ذلك أنه إذا باع بشرط أنه إذا لم تشمل عليه الصبره فيكون له الخيار فهذا لا شبهه فى صحه و ليس له غررا أصلا فإنه مع عدم ظهوره كك يكون له الخيار، بل يجوز له البيع معلقا على وجود المبيع فإنه مع عدمه يكون له الخيار و لا يضر التعليق هنا فإنه إنما يضر إذا كان معلقا على أمر خارجى لا على وجود المبيع فإنه ارتكازى ذكر أم لا، فضلا عن البطلان و توهم أن الخيار لا يرفع الغرر فهو حق فيما كان الخيار ثابتا بالتعبد لا بجعل المتعاملين أو بالشروط الضمنيه فإنه يرتفع الغرر بمثل ذلك.

و بالجمله أن المقام نظير ما باع ما يحاذى بمائه دينار بدینارين مع الخيار فإنه ليس له ضرر فى ذلك أصلا لكونه مخيرا فى الإبقاء و الإمضاء،

و انما يكون عليه ضرر إذا باع ككك لزوما و بدون الخيار، بل يصح البيع على تقدير الوجود من غير علم به أصلا لعدم الغرر فيه و ليس مثل بيع الطرفى الهواء و السمك فى الماء فإنه باطل لكونه بيعا منجزا و على كل حال فليس التعليق موجبا للبطالان، فان التعليق على وجود المبيع من الأمور المرتكزه المقطوعه و من الشروط الضمنيه فيكون خارجا عن معقد الإجماع القائم على بطلان التعليق فى العقود.

الثانى: أنك عرفت مرارا أن البيع الواحد ينحل الى بيوع عديده باعتبار انحلال المبيع، و عليه فإذا باع وزنه من الصبره مع الجهل باشمالها عليها فظهر انها غير مشتمله عليها فيكون البيع صحيحا فى المقدار الذى موجود فى الصبره و يبطل فى الباقي فيكون من قبيل ضم الصحيح بالباطل كبيع مال نفسه مع مال غيره و بيع الخل مع الخمر و بيع الغنم مع الخنزير.

و اما ثبوت الخيار و عدم ثبوته للمشتري فيتوقف على أن الهيئه الاجتماعيه دخيله فى زياده المالىه كمصراعى الباب و جلدى اللمعه و اللغه و جوزى الخف و نحوها أم لا فعلى الأول فيثبت له خيار تبعض الصفقه، و على الثانى فلا، و ذلك لما سيأتى فى باب الخيارات أن ثبوت غير الخيارات التعبدية كخيار المجلس و الحيوان و العيب انما هو بأحد أمرين أحدهما بالاشتراط و الثانى بكون الهيئه الاجتماعيه دخيله فى زياده الثمن كالأمثله المتقدمه.

## الكلام فى بيع العين على المشاهده السابقه

### اشاره

قوله: مسأله إذا شاهد عينا فى زمان سابق على العقد عليها فان

ص: ٤٠٣

اقتضت العاده تغيّرها عن صفاتها السابقه إلى غيرها المجهول عند المتبايعين فلا يصحّ البيع إلا بذكر صفات.

أقول: إذا شاهد العين في زمان سابق فهل يجوز بيعها أم لا؟

**فيقع الكلام في مقامين،**

**أشاره**

الأول: في صحه البيع و عدمه، الثاني: في ثبوت الخيار مع التخلف و عدمه.

**أما المقام الأول أي في صحه البيع و عدمه**

فنقول انه تاره تقتضى العاده بعدم التغير، فلا شبهه في صحه و لا خلاف فيها كما إذا شاهدتها قبل ساعه أو ساعتين فإن العاده جاريه على بقائها على الحاله التي شوهد عليها كما إذا شاهد جاريه قبل شهر فاشترها بعد الشهر، فإن العاده جاريه على بقائها في تلك الحاله الأوليه.

و اخرى أن العاده تقتضى عدم بقائها على الحاله الأوليه كما إذا شاهد الجاريه قبل أربعين سنه في سن عشرين و وجدها جميله و قويه البصر و السمع على الخياطه و سائر الصنائع و بعد مضي الأربعين يريد أن يشتريها بتلك المشاهده فإن العاده جاريه على تغيّرها قطعاً و كونها عجوزه نهيبه باليه و ضعيفه البصر و قبيحه المنظره، و هذا لا شبهه في بطلانه أيضاً و كلاهما خارجان عن محل الكلام.

و انما مورد النزاع ما يشك في بقائها على تلك الحاله الأوليه و عدم بقائها لعدم جريان العاده بشيء فيها فهل يجوز البيع هنا، عملاً بالاستصحاب لكونه من الطرق العقلانيه المتعارفه من غير ذكر شيء من الصفات أم لا؟ فقد حكم المصنف بالصحه للاعتماد على الأصل المذكور و قد أشكل عليه شيخنا الأستاذ لعدم اعتبار الاستصحاب هنا لأن الأثر لم يترتب على الواقع، بل على إحراز الصفات كانت في الواقع أو لم تكن، فان

ص: ٤٠٤

ارتفاع الغرر من آثار العلم بوجود هذه الصفات فاستصحاب بقاء الصفات لا أثر له.

و يرد عليه أنه مخالف لما بنى عليه فى الأصول من قيام الأصول مقام القطع الطريقي المحض و القطع الموضوعى كليهما فتح فلا مانع من ترتب الآثار المترتبة على إحراز الصفات كانت فى الواقع أو لم تكن، و لكن الذى يرد على الاستصحاب أن الآثار هنا لا تترتب على الصفات الواقعية و لا على إحراز الصفات الواقعية أعنى العلم بكون العين على الصفات التى شوهدت عليها و إنما من اللوازم العقلية لا إحراز الصفات الواقعية توافقت أم لا؟ و ذلك من جهة أن الأثر هنا هو عدم الغرر فهو من لوازم إحراز الصفات الواقعية لا من آثارها الشرعية و عليه فاستصحاب بقاء العين على صفاتها السابقة لا يثبت عدم الغرر الآلى على القول بالأصل المثبت، و قد قلنا بعدم حجيته و على هذا فلا يصح البيع مع الاكتفاء على المشاهدة السابقة مع الشك فى تغيرها و عدم تغيرها هذه هى الجهة الأولى.

### **الجهة الثانية: إذا قلنا بصحة المعاملة مع الاكتفاء بالرؤية السابقه**

فإذا ظهر المبيع على خلاف ما شوهد سابقا فهل يحكم بالصحة بدون الخيار أو بالصحة مع الخيار للبائع، فى صورته الزيادة و للمشتري فى صورته النقيصه أو يحكم بالبطلان وجوه، فذكر العلامة (ره) على ما نسب إليه أن البيع يكون باطلا.

فان كان غرضه من ذلك أن البيع انما يقع على الصفات و يبذل الثمن بإزائها كما هو ظاهر الكلام المنسوب إليه من أن ما قصد لم يقع و ما وقع لم يقصد فيرد عليه أنه قلنا مرارا أن الثمن لا يبذل بإزاء الصفات، حتى الصفات التى تعد فى نظر العرف من الصفات النوعية كصفحة الرجولة و

الأنوئيه و ان كانتا فى الواقع من الاعراض و انما الأوصاف دخيله فى ازدياد الثمن و زياده المالىه فى الموصوف و الذى يقع فى مقابل الثمن انما هو الموصوف فقط و عليه فلا وجه للحكم بأن ما قصد لم يقع و ما وقع لم يقصد.

نعم، لو كانت الأوصاف فى الصور النوعيه و وقع البيع بانبا عليها فظهر الخلاف فىكون البيع باطلا لعدم المبيع، فان ما وقع عليه العقد لم يبيع و ما يبيع لم يكن موجودا و هذا غير كون الثمن واقعا فى مقابل الأوصاف.

و ان كان غرضه أن العقد مشروط بالشرط و هو الوصف الذى وقع عليه العقد لأن تخلف الوصف بمنزله تخلف الشرط و مرجع كل منهما إلى الآخر، فإذا انتفى الشرط انتفى المشروط.

و فيه أن فيه خلط واضح بين إطلاقى الشرط فإنه تاره يطلق و يراد منه ما هو جزء العله و من أجزائها الناقصه فهو صحيح، فإن العله لا تؤثر فى المعلول الا بتماميه جميع اجزائها و لكنه غير مربوط بالمقام، فان العقد غير معلق بذلك الوصف بحيث يكون الوصف المذكور من اجزاء علتة، و الأ لبطل من غير ناحيه انتفاء الشرط و هو قيام الإجماع على بطلان التعليق فى العقود كما هو واضح.

و تاره يطلق و يراد ما به المقصود فى باب المعاملات من اشتراط شىء فى العقد من غير توقف العقد عليه وجودا و عدما بل هو التزام آخر فى ضمن الالتزام العقدى فقد مر مرارا و سيأتى مفصّلا إنشاء الله تعالى أن انتفاء الشروط لا يوجب البطلان و انما يوجب ثبوت الخيار للمشروط له و كيف كان لا- وجه لما احتمله العلامة (ره) من بطلان العقد مع ظهور المبيع على خلاف المشاهده السابقه و يبقى احتمال الصحه بدون الخيار، و احتمالها مع الخيار و قد يقال بالصحه و اللزوم بدون الخيار، فان الوصف

الغير المذكور فى متن العقد لا أثر له و ان وقع العقد مبتيا عليه كالشروط البنائيه التى لا توجب تخلفها شيئا أصلا.

فأجاب عنه المصنف بأنه فرق بين الشروط التى تكون مأخوذه فى العقد بدون الذكر و بين الشروط الخارجيه التى لا تؤخذ فى العقد إلا بالذكر فالأوصاف التى المرثيه الدخيله فى صحه البيع من قبيل الأول فحكمها حكم الاشرط فى العقد كما لا يخفى.

و قد أوضحها شيخنا الأستاذ بأن الأوصاف و الشروط على أقسام أربعة:- الأول: أن يكون الوصف أو الشرط مذكورا فى ضمن العقد و هذا لا إشكال فى أن تخلفه يوجب الخيار.

الثانى: أن يكون مأخوذا فى العقد بالارتكاز العقلاى و بالدلاله الالتزاميه من غير أن يكون مذكورا فى العقد و هو ما يكون بناء العرف و العاده نوعا عليه كاشترط كون النقد نقد البلد و تساوى المالىن فى المالىه و اشترط عدم كونها معيبا و اشترط التسليم و التسلم و اشترط كون المعامله نقديه و اشترط كون التسليم و التسلم فى بلد العقد فبانتفاء شىء من تلك الشروط يثبت الخيار للمشروط له و تسمى تلك الشروط بالشروط الضمنيه فلا إشكال فى أن تخلفها يوجب الخيار سواء ذكرت فى ضمن العقد أم لا، فلو قال البائع بعد بيع الحنطه أنا أسلمها فى المزرعه الفلانيه، فإن الحنطه فيها رخصه فلا يسمع بل يثبت الخيار للمشتري لتخلف الشرط الضمنى.

الثالث: ما يتوقف عليه صحه المعامله كالوصف الذى لو لا وجوده لزم منه الغرر مثلا كموضوع البحث و هذا و ان لم يكن من الأوصاف النوعيه إلا أنه داخل فى كبرى الحكم فإن بانتفائه ينتفى العقد لأنه إذا فرض كونه مما

يتوقف عليه صحه المعامله و من الشروط الراجعه إلى العوضين و فرضنا أن المتعاقدين أوقعا العقد مبتيا عليه فلو لم يكن أولى من الالتزامات النوعيه فلا أقل من كونه مساويا لها من حيث دخولها تحت الالتزامات، و بالجمله الشروط التي توقف عليها صحه العقد معتبره في العقد و بانتفائها يبطل العقد سواء ذكر في العقد أم لا.

الرابع: الوصف الخارجى الشخصى الذى لا يعتبر فى العقد إلا بالذكر فلا يكفى فيه مجرد البناء عليه من المتعاقدين حين البيع فلا يوجب تخلفه الخيار بوجه.

فتحصل أن الأوصاف التى وقع العقد بانها عليها ان كانت من الأوصاف النوعيه أو الأوصاف الشخصيه الدخيله فى صحه العقد عليها فتخرج عن الشروط البنائيه فتدخل فى الالتزام العقدى فما نحن فيه من قبيل القسم الثالث الذى يتوقف عليه صحه العقد و ما لا يوجب تخلفه الخيار إلا بالشرط فى العقد هو القسم الرابع أى الوصف الشخصى الخارجى الذى هو أجنبى عن العقد فلا يدخل فيه بالبناء عليه فتحصل أن العقد يصح مع الخيار فإذا تخلف عما هو عليه ثبت له الخيار.

و الحاصل: أنه إذا وقع العقد على المشاهده السابقه فظهر الخلاف فهل يحكم بالصحه أو بالبطلان و مع القول بالصحه هل يكون صحيحا بدون الخيار أو معه، ووجهه، فاختار العلامة البطلان، لان ما وقع لم يقصد و ما قصد لم يقع، و قد أجبنا عنه بأن الواقع قد قصد فان العقد وقع على الموصوف و هو المقصود و الالتزامات الشرطيه غير الالتزامات العقديه، بل هى داخله فيها فلا يوجب التخلف إلا بالخيار.

و أما القول بالصحه بدون الخيار فمن جهه أن الشروط الغير المذكوره



فى متن العقد غير واجبه الوفاء فلا يوجب تخلفها الخيار.

وقد أجاب عنه الشيخ(ره) بأنه فرق بين الشروط التى يقع العقد بانها عليها أى تسمى بشروط الصحه و بين الشروط الخارجيه الشخصيه فإنه على الأول يوجب التخلف الخيار دون الثانى.

وقد أوضحه شيخنا الأستاذ و حاصله أن ما يكون دخيلا فى صحه العقد فوق العقد بانها عليه فيكون تخلفه موجبا للخيار نظير تخلف الشروط الخارجيه المذكوره فى ضمن العقد، بل الأول أولى بكونه مستلزما للخيار من الثانى.

و ما ذكره الشيخ و المصنف لا يخلو عن مناقشه صغرى و كبرى. أما الصغرى فلانه يصح البيع مع الاكتفاء بالرؤيه السابقه إذا حصل الاطمئنان ببقاء العين على الأوصاف المرثيه من غير أن يبينان على بقائها على تلك الأوصاف و مع التخلف يثبت لهما الخيار أما للبائع فى فرض الزيادة و أما للمشتري فى فرض النقيضه فلو كان البناء على الأوصاف السابقه مشروطا فى صحه البيع و عدم البناء موجبا للبطلان، فلازمه بطلان البيع هنا مع أنه صحيح فالصغرى ليس بتمام.

و كذلك يصحّ البيع فى هذه الصوره أى مع الاطمئنان بالأوصاف السابقه مع التبرى من جميع ما يوجب الخيار مع أنه لو كان البناء على الأوصاف السابقه شرطا فى صحه البيع لم يصحّ ذلك.

و كذلك لو أخبر البائع بأوصاف المبيع و حصل الاطمئنان للمشتري من قوله فاشترى اطمينا عليه فإنه يصحّ البيع مع أنهما لم يبينان على الأوصاف الدخيله فى صحه البيع و مع التخلف يثبت الخيار كما تقدم.

و كذلك يصحّ البيع مع الاطمئنان مع التبرى من العيوب فإنه أيضا يصحّ

البيع مع أنه ليس هنا بناء على الأوصاف السابقه بل يصح البيع مع التبرى حتى لو ظهر الخلاف لم يكن لهما الخيار أصلا فإن البائع أسقط الخيار رأسا بل جواز البيع مع التبرى من العيوب منصوص فإنه مع الاطمئنان يصح البيع مع التبرى منه كما سيأتى فى باب الخيارات.

نعم هنا قسم ثالث فصحه البيع فيه من جهه البناء على الأوصاف الدخيله، و هو أن يخبر البائع بكون العين حاويه للأوصاف المذكوره و لكن لم يحصل الاطمئنان من قوله على ذلك، فإنه ح إذا اشترى المشتري تلك العين فلا بد و أن يشتريها مع البناء على الأوصاف المذكوره و الأ- بطل البيع للغرر و ليس للبائع ح التبرى هنا و إسقاط الخيار، فإنه ح كما عرفت يكون البيع غرريا فما ذكره المصنف و شيخنا الأستاذ صحيح فى هذه الصوره فقط و أما صورتين الأولتين ليستا كك كما لا يخفى.

و أما من حيث الكبرى فلأنه لا- نعقل معنى الاشتراط شىء فى العقد إلا كون العقد معلقا عليه أو مشروطا به أو كان الشرط ملحوظا بنفس، فإنه لا معنى للتقييد بوجه فإنه إنما يتصور إذا كان المبيع أمرا كليا و قابلا للتضييق و التقييد كأن يبيع الحنطه الكليه تاره على نحو الإطلاق و أخر يبيعها على نحو التقييد كأن يكون من المزرعه الفلانيه و أما الأمر الجزئى فلا يعقل أن يكون مقيدا و مضيقا لائن وجوده فى الخارج آخر مرتبه من التضييق و عليه فاما ان يقال ان معنى الاشتراط ليس إلا لحاظ الشرط بنفسه فهو بديهى البطلان أو كان الشرط ملحوظا بنفسه فإنه أى معنى لقولك بعتك هذه الدار بشرط أن تلحظ هذا الشرط فإنه لا معنى لاعتبار ذات الشرط فى العقد و كونه بذاته معتبرا فيه بان يلتزم بنفس الوصف لكونه أمرا غير اختياري كوصف الكتابه و الخياطه و نحوها فإن البائع لا يبيع

الشرط ليعتبر ذاته فيه و لا أنه يقابل بالثمن كما هو واضح.

أو أكون العقد معلقا على الشرط بحيث يكون إنشاء البيع على تقدير الشرط المعهود و الالم بيع أصلا فهو تعليق مجمع على بطلانه.

و أما الثانى: فهو المطلوب فيكون معنى الشرط فى العقد هو كونه مشروطا بشرط اى كون الالتزام العقدى منوطا بالالتزام الشرطى لا أن يكون دائرا مداره وجودا و عندما ليكون تعليقا بل بمعنى أن استمراره و البقاء عليه و الوقوف عليه يكون متوقفا على الشرط و يعتبر عنه فى لغه الفارس (استادن) و هذا هو المعنى اللغوى للشرط كما ذكره فى القاموس و من هنا يقال للحبل الذى يشد به العدلين على الإبل أو يمتد بين الجدارين أنه شريط.

و بالجمله معنى الشرط فى العقود ربط الالتزام العقدى بالالتزام الشرطى من غير أن يتوقف أصل الالتزام العقدى بالالتزام الشرطى و يتوقف الوقوف إلى الأبد بالالتزام العقدى على وقوف المشروط عليه و بالالتزام الشرطى.

و هذا المعنى من الشرط جار فى جميع الشروط فان غيره اما غير معقول أو غير صحيح سواء كانت الشروط مما يتوقف عليه صحه العقد أو من الشروط الخارجيه الشخصيه و عليه فجميع الشروط من واد واحد فلا وجه لجعل البناء على بعض الأوصاف شرطا و ان كان ذكر فى بعضها الآخر معتبر، بل ان كان البناء شرطا فهو شرط فى جميع الشروط و ان كان الذكر معتبر أو لازما و شرطا فهو كك فى جميعها فلا معنى للفرق بينهما بوجه أصلا فضلا عن كون البناء شرطا فى بعضها أولى من ذكر بعضها الآخر فى العقد فالكبرى الذى ذكره المصنف و أوضحه شيخنا الأستاذ ليس بتمام.

و بالجمله فما ذكره المصنف من كون البناء على الأوصاف الدخيله فى صحه البيع شرطا فى صحه البيع فان البيع لا يصح الا مبني عليها و الا فيكون باطلا دون الأوصاف الخارجيه فلا وجه له كما عرفت.

و الذى ينبغى أن يقال أنه لم يرد نص على اعتبار البناء على الأوصاف المذكوره شرطا فى صحه العقد بل ان كان هنا ارتكاز عقلائي و التزام عرفى على اعتبار بعض الأوصاف فى المبيع بحيث يدل عليها العقد بالدلاله الالتزاميه و كونها معتبره فيه فلا شبهه فى اعتبارها فيه و كون تخلفها موجبا للخيار ككون المالين متساويين فى المالىه و كون التسليم و التسلم فى بلد العقد و كون النقد نقد البلد و هكذا فان بناء العقلاء و ارتكازاتهم فى أمثالها على كون العقد مشروطا بتلك الأمور و أمثالها سواء ذكرت فى العقد أم لا- و سواء بنى المتعاملان عليها أم لا- بل هى معتبره فى العقد حتى مع الغفله عنها حين البيع فان الارتكاز قرينه قطعيه على ذلك و قائمه مقام الذكر و هكذا فى كل مورد قامت القرينه على ذلك و ان كانت غير الارتكاز العقلائي و الدلالات الالتزاميه فيكون تخلفها موجبا للخيار.

و أما فى غير تلك الموارد فان اشترط فى متن العقد فمع التخلف يثبت الخيار و ان لم يذكر فى العقد فالعقد لازم و غير مشروط بشىء سواء بناء المتعاملان عليها أم لا، إذ لم تقم قرينه على الاعتبار مع عدم الذكر كما لا يخفى.

لو اختلفا البائع و المشتري في تغير أوصاف المبيع

**قوله(ره):فرعان:**

**الأول:لو اختلفا في التغير فادعاه المشتري.**

أقول:لو وقع البيع على المشاهده السابقه فوق الخلاف بين البائع و المشتري حين القبض و الإقباض فقال البائع قد عاملنا عليها على هذه الصفه و كنت أنت عالما بها و ادعى المشتري أنها تغيرت و لم أكن عالما بها مثلا- إذا كان المبيع حيوانا فيقول المشتري أنه كان سمينا فيقول البائع أنه كان هزولا و وقع البيع عليه كك مع علم منك عليه.

فهل يقدم قول البائع أو قول المشتري فقد وقع الخلاف في تقريب أن الأصل مع البائع ليكون منكرا و يكون المشتري مدّعا أو الأصل مع المشتري ليكون منكرا و البائع مدّعا و قد استدل على تقديم قول المشتري،

**و دعوى**

كون الأصل معه بوجوه كلها مخدوشه كما ذكره المصنف.

**الأول:ما ذكره ابن إدريس في السرائر من أن المشتري هو الذى ينتزع**

منه الثمن و لا ينتزل منه إلا بإقراره أو بينه تقوم عليه،

انتهى و تبعه العلامه فى أيضا فى صوره الاختلاف فى أوصاف المبيع إذا لم يسبقه برؤيه، حيث تمسك بأصالة براءة المشتري من الثمن فلا يلزمه ما يتقربه أو يثبت بالبينه.

و أجاب عنه المصنف بأن يد المشتري على الثمن بعد اعترافه بتحقيق الناقل الصحيح يد أمانه غايه الأمر أنه يدعى سلطنته على الفسخ فلا ينفع تشبته باليد، و يؤيد ما ذكره أنه لو أسقط خياره بالفعل الذى يدعيه كان البيع لازما.

ثم قال الا أن يقال أن وجود الناقل لا يكفى فى سلطنه البائع على

ص: ٤١٣

الثلث بناء على ما ذكره العلامة في أحكام الخيار من التذكرة و لم ينسب خلافه إلا الى بعض الشافعية من عدم وجوب تسليم الثلث و المثلث في مده الخيار و ان تسلم الآخر و ح فالشك في ثبوت الخيار يوجب الشك في سلطنه البائع على أخذ الثلث فلا مدفع لهذا الوجه إلا أصاله عدم سبب الخيار لو تم كما سيجي.

و قد فرق الأستاذ بين الخيارات الزماني المعجول لذى الخيار إرفاقا و بين غيرها فحكم بتماميه القول بتقديم قول المشتري في مقام الاختلاف في الأول دون الثاني و حمل كلام العلامة على الأول، و ذكر أن المصنف و ان أورد عليه بقوله اني لا أجد لهذا الحكم وجهها معتمدا و لم أجد من عنونه و تعرض لوجهه إلا أنه يظهر منه في خيار المجلس الحكم مفروغا عنه فقال ما حاصله أنه لو قلنا بوجوب التقابض في عقد الصرف و السلم فثمره الخيار واضح، و هي عدم وجوب التقابض حيث استظهر من كلامه عدم وجوب التقابض و التسليم و التسلم في موارد خيار المجلس فكأنه مسلم في كل مورد لم يجب التقابض و انما أنكر شيخنا الأستاذ عدم تماميه المطلب في المقام لعدم كونه من الخيارات الزمانيه و لذا حمل كلام العلامة على غير المقام من خيار المجلس، و ما يكون الخيار بالشرط في زمان.

و الحاصل أن شيخنا الأستاذ تسلم عدم وجوب التسليم و التسلم في زمن الخيار لكن لا فيما نحن فيه، بل في الخيارات زمانه، و أما في مثل المقام فحكم بعدم جواز المنع عنهما.

أقول: لو سلمنا ثبوت الخيار في معاملته فلا يدل ذلك على جواز منع ذى الخيار عن تسليم الثلث أو المثلث بل له اعمال الخيار فقط في فسخ العقد و بعد ما فسخ العقد له المنع عن تسليم العوض و أما قبل اعمال

الخيار فلا يجوز له المنع عن التسليم، فإنه تصرف في مال الغير بدون اذنه فهو حرام، فما ذكره العلامة (ره) من عدم نسبه الخلاف إلا الى بعض الشافعية من عدم وجوب تسليم الثمن و المثمن في مده الخيار لا يمكن تصديقه.

و كذلك لا وجه لما ادّعه الأستاذ من التفصيل فإنه مجرد الدعوى و دعوى التسالم عليه محاله مضافا الى عدم حجته و كونه مخالفا للقواعد من حرمة التصرف في مال الغير إلا باذنه.

و العجب منه (ره) حيث استظهر من كلام المصنف اختياره ذلك من التعبير بلو بمعنى أنه مع القول بوجوب التقابض في عقد الصرف و السلم فأثر الخيار واضح أى لكل ذى خيار أن لا يسلم الثمن أو المثمن فيعلم من هذه العبارة أن في موارد الخيار الزمانى لا يجب التسليم و التسلم و لذا ذكر المصنف أنه لو قيل بوجوب التقابض فأثر الخيار ظاهر فإنه يهدم الوجوب و يرفعه.

و وجه العجب أن مورد كلام المصنف أجنبى عن المقام فإنه محل للتعبير بلو فإنه لا تحصل الملكيه قبل التقابض أصلا و لذا حكم المصنف بعدم وجوب التقابض مع الخيار لعدم حصول الملكيه قبل التقابض فأن التقابض مقدّم للملكيه فكيف تحصل الملكيه بدونه و هذا بخلاف المقام فإن الملكيه قد حصلت غايته فلذى الخيار فسخها، و أما الممانعه عن التسليم فلا، لما عرفت من كونه تصرفا في مال الغير فهو حرام على أن دليل أخص من المدعى فإنه انما يتم فيما إذا كان الثمن في يد المشتري و أما إذا كان دينا في ذمه البائع فسقط بالمعامله أو عينا مستأجره أو عاريه في يده أو مغصوبه، فإنه في هذه الصور ليس للمشتري يد على الثمن حتى يقال أنه لا ينتزع منه إلا بالبينه

أو بالإقرار وقد تقدم أيضا عدم بطلان العقد بتخلف الوصف سواء كان العقد مشروطا به أو المبيع مقيدا به، بل غاية الأمر يثبت الخيار للمشروط له فلا وجه على كل حال لبطلان العقد.

### **الوجه الثاني: أن البائع يدعى علمه بالمبيع على هذه الوصف الموجود**

و الرضا به و الأصل عدمه

و قد استدل بهذا العلامه فى التذكرة و أشكل عليه المصنف أولا بإمكان قلب الدعوى بأن يجعل المشتري مدّعا و البائع منكرا بدعوى أن الأصل عدم علم المشتري بالوصف الآخر كما إذا فرضنا أن البائع يقول بعتك هذا الحيوان بهذا الوصف الهزال مع علمك به و المشتري يقول اشتريت منك هذا مع وصف السمن فحيث انه يدعى وصف السمن فيكون مدّعا و الآخر يكون منكرا أى البائع.

و ثانيا: أن علم المشتري بوصف الهزال أو وصف السمن مسبب عن وجود هذا الوصف فيه، و عدمه فيه سابقا، فإذا نفينا وجود الوصف بالأصل فلا تصل النوبة إلى أصاله عدم علم المشتري أو البائع بشيء من تلك الأوصاف و قد ناقش شيخنا الأستاذ فى الجواب الثانى، و لكن تسلّم الجواب الأول.

و الظاهر أن كل ذلك خارج عن المقام فان ما هو المقصود فى المقام هو اشتراط العقد بشيء و عدم اشتراطه به، و كك تقييد المبيع و عدم تقييده فإجراء أصاله عدم علم كل من المشتري أو البائع بوصف الهزال أو السمن خارج عن حدود المقام فلا يقيدنا بوجه الآلى على القول بالأصل المثبت فان لازم عدم علم المشتري بوصف الهزال هو كون العقد مقيدا بوصف السمن مثلا. و كذلك لازم عدم علم البائع بوصف السمن كون وصف الهزال قيدا للمبيع و شرطا للعقد و الحاصل أن العلم بالوصف و عدمه إياه خارج عن المقام أصلا.



و أما دعوى السببيه و المسيبيه فهو أعجب من ذلك فإنه لا يفيدنا مجرد السببيه و المسيبيه فى جريان أصليهما و لا يمكن رفع موضوع الأصل المسيبى بالأصل السببى بمجرد صدق الاسم، بل لا بدّ من كون الأثر شرعياً، أى ارتفاع المسيبى أثراً شرعياً للأصل السببى فى المقام أن عدم العلم بالوصف ليس من آثار عدم وجود الوصف شرطاً إلاً باللوازم العقليه كما هو واضح فلا مرتفع لمنع الأصل المسيبى بالسببى، نعم إذا كان الأثر مترتباً على العلم فيصح ذلك كما هو كك فى مورد خيار العيب حيث ان الخيار انما يثبت مع العلم بالعيب فمع نفي العلم بالعيب يرتفع الخيار و أما فى المقام فالأثر مترتب على اشتراط العقد و تقييده فأصالة عدم علم أحدهما بالوصف لا يترتب عليه أثر الا على القول بالأصل المثبت.

و بالجمله أن ما افاده من الأول إلى الأخر لا يمكن المساعده عليه.

### **الوجه الثالث: أن الأصل عدم وصول حق المشتري إليه كما استدل**

به المحقق الثانى.

و قد أجاب عنه المصنف بان حق المشتري من نفس العين قد وصل اليه قطعاً و لذا يجوز له إمضاء العقد و ثبوت حق له من حيث الوصف المفقود غير ثابت فعليه الإثبات و المرجع أصالة لزوم العقد، ثم قال و لأجل ما ذكرنا قوى بعض تقديم قول البائع.

و قد أجاب المصنف عن أصل مسأله الاختلاف بما حاصله أن بناء المتعاقدين حين العقد على الأوصاف الملحوظه حين المشاهده هل هو (أى البناء) كاشتراط تلك الأوصاف فى العقد بحيث تكون كالشروط المضمرة فى نفس المتعاقدين أو أن تلك الأوصاف مأخوذه فى نفس المعقود عليه بأن يكون المبيع مقيداً و لذا لا يجوز إلغائها فى المعقود عليه كما يجوز إلغاء غيرها من الشروط فى العقد.

ص: ٤١٧

فعلى الأول: يرجع النزاع فى تقييد المبيع بالوصف و عدم تقيده به الى النزاع فى اشتراط خلاف هذا الوصف الموجود حين التسليم و المرافعه على البائع و عدم اشتراطه عليه و اذن فالأصل مع البائع لأصالة عدم الاشتراط.

و على الثانى: فيرجع النزاع الى وقوع العقد على ما ينطبق على الشىء الموجود حتى يلزم الوفاء و عدمه و الأصل عدمه، و لكن الظاهر هو الثانى فإن المراد من لحاظ الوصف فى المبيع هو إيقاع العقد على العين الملحوظ كونه متصفا بهذا الوصف و ليس هنا عقد على العين و التزام بكونه متصفا بذلك الوصف بحيث يكون هنا التزام آخر غير الالتزام العقدى، بل هو قيد ملحوظ فى المعقود عليه نظير الاجزاء المأخوذه فى المبيع، و اذن فالأصل مع البائع كما ذكرناه.

ثم أورد على نفسه بأن أصالة عدم وقوع العقد على ما يدعيه المشتري معارضه بأصالة عدم وقوع العقد على الشىء الموصوف بالصفه المفقوده فلا يكون أثر للأصل فى طرف البائع.

و أجاب عنه بأنه لا يلزم من عدم تعلقه بذلك تعلقه بهذا و قد تقرر فى الأصول أن إثبات أحد الضدين بنفى الضد الآخر من الأصول المثبتة.

و بالجمله أن مرجع النزاع الى رجوع الموصف الى الاشتراط ليكون النزاع فى مفاد ليس أو كان الناقصين أو الى التقييد ليكون النزاع فى مفاد لبس أو كان التأمين.

و تحقيق الكلام يقع فى جهتين الأولى: من حيث الكبرى من انه يقدم قول البائع فى صورته الاختلاف فيما وقع عليه العقد أو يقدم قول المشتري، الثانیه: من حيث الصغرى و هو أن المقام من قبيل التقييد أو الاشتراط.

أما الجهه الاولى: فلا شبهه أن كل من يدعى الاشتراط فأصالة عدم

فبأصالة عدم الاشتراط نفيه فيكون الأصل مع الآخر لأن الأصل عدم تقييد العقد بشرط و على هذا فلو ادعى كل منهما الاشتراط فيجربى الأصل فى كلا الطرفين، فيكون المورد من قبيل التداعى و لا- يفرق فى ذلك بين أن يدعى كل منهما الاشتراط مع الاعتراف بجماع واحد أم لا- مثلا إذا باع أحد حيوانا من شخص ثم اختلفا، فقال البائع انه كان مهزولا و قال المشتري أنه كان سمينا فإن الأصل يجربى فى كل منهما فيكون المورد من قبيل التداعى.

و كذلك إذا ادعى البائع المبيع ثوب و ادعى المشتري أنه حيوان، أو ادعى البائع أن المبيع عبد و ادعى المشتري أنه جاريه فإن الأصل فى ذلك كله عدم وقوع البيع بكل منهما فيكون من قبيل التداعى هذا كله إذا كان يدعى كل منهما الاشتراط.

و بالجمله ان كل من يدعى شرطا على الآخر من المتبايعين، فالأصل عدمه كما ذكره المصنف، فان كان المدعى أحدهما فقط فيكون الأصل مع الآخر و ان كان كليهما مدعيا اما مع الاتفاق على المبيع أو مع الاختلاف فيه، فالرورد هو مورد التداعى كما لا يخفى.

و أما إذا كان أحدهما يدعى الإطلاق و الآخر يدعى التقييد بان يدعى البائع كون المبيع حنطه كليه و يدعى المشتري كونه من حنطه المزرعه الفلانيه فالظاهر هنا أيضا هو تعارض الأصول حتى بناء على جريان العدم الأزلى فى ناحيه المقيد و تحقيق ذلك أنك قد عرفت فى علم الأصول فى مبحث التعبدى و التوصلى و غيره أن الإهمال فى الواقع مستحيل فلا بدّ و ان يكون الملحوظ اما مطلقا أو مقيدا، و على كل تقدير فكل منهما أمر وجودى فى مقام الثبوت و محتاج الى اللحاظ و ان الإطلاق فى مقام الإثبات أمرا عدميا و هو عدم التقييد و على هذا فيكون الأصل فى كل من الإطلاق و

التقييد جاريا و نافيا له فيقال انّ العقد حين ما وجد فالأصل عدم وجوده مطلقا و كذا أن الأصل عدم وجوده مقيدا فيكون المورد أيضا من قبيل التداعى اما لاستصحاب العدم المحمولى فواضح، فيقال الأصل عدم اتصاف العقد بالإطلاق، و كذلك فى الآخر أن الأصل عدم اتصافه بالتقييد فيتعارضان، و أما استصحاب العدم الأزلئ النعتى فكك فإنه يقال الأصل عدم الوجود العقد حينما وجد مطلقا و كذلك فى طرف التقييد أن الأصل عدم الوجود العقد حينما وجد مقيدا فيقع التعارض بينهما كما هو واضح.

و إذا فيحكم بالانفساخ.

و أما الكلام من حيث الصغرى فنقول قد تقدم الكلام فى ذلك أن القيود إنما تجرى فى مورد يكون المقيد قابلا للتقييد و التضييق و عليه فمحط القيود بأجمعها هو الأمور الكليه القابله للتضييق بحيث كلما قيدت زادت تضييقا و كلما برئت من القيود زادت توسعه و أما الأمور الجزئيه فليست قابله للتضييق أصلا، إلاّ باعتبار الحالات كأن يقول ان كان هذا زيدا فأكرمه فان الشخص الخارجى و الوجود فيه آخر مرتبه من التضييق و التقييد فلا مرتبه له فوقه و عليه فكلما ذكر من القيود للمبيع الشخصى فلا بدّ من إرجاعها إلى الشروط و قد تقدم قبيل هذا أن لحاظ الأوصاف و الشروط بذاتها مع قطع النظر عن أن تكون ربطا بين الشرط و المشروط لا معنى له، فلا معنى لكون الشرط هو لحاظ القيد فقط و إرجاعها إلى المبيع لا معنى له لما عرفت من عدم قابليه الأمور الجزئيه للتقييد و إرجاعه إلى نفس البيع بحيث يبيع على تقدير كونه من حنطه المزرعه الفلانيه و الآ فلا يبيع فهو باطل إجماعا لقيامه على بطلان التعليق فى العقود.

فلم يبق إلاّ الاشتراط أى كون الالتزام العقدى مشروطا بالترام آخر و

مربوطا به كما هو معنى الشرط فتحصل أن مقتضى القاعده هو الاشتراط، دون التقييد.

و بالجمله أن فائده التقييد فى الأمور الكليه ظاهره و هى تضيق دائره الكلى و إسقاطه عن التوسعه و أما فى الأمور الجزئيه فلا معنى للتقييد بوجه و اذن فاما يرجع القيد الى الصور النوعيه فهو تعليق البيع على وجود المبيع فلا اشكال فيه لما عرفت أن التعليق بأصل وجود المبيع لا محذور فيه.

و أما أن يرجع الى المبيع على نحو التضيق الدائره فقد عرفت أنه لا معنى له.

و أما أن يرجع الى البيع و تعليقه على الشرط و هو تعليق باطل و اما أن يكون بنفسه ملحوظ فلا- معنى لما عرفت أنه لا- معنى لكون الاشتراط بمعنى لحاظ الشرط فلا مناص من إرجاعه إلى الاشتراط خلافا لجميع الاعلام حيث أرجعوا الوصف الى التقييد دون الاشتراط.

و كان الكلام فى العين الشخصى إذا وقعت معامله عليها ثم اختلف البائع و المشتري فى تغييرها و عدم تغييرها و قلنا أنه لا معنى لكون اعتبار الوصف فى المبيع بمعنى الالتزام بذات الوصف فإنه أمر غير اختيارى للبائع بأن يبيع العبد ملتزما بكونه كاتباً و خياطاً و نجاراً أو باع الحنطه و التزم بأنه من المزرعه الفلانيه و هكذا و على هذا فيدور الأمر فى اعتبار الوصف فى المبيع بين تعليق البيع به أو تعليق الخيار به و اما تعليق البيع به فتاره يكون راجعا الى التعليق بالصور النوعيه فهذا لا محذور فيه فان مرجعه الى التعليق بأصل وجود المبيع فهو خارج عن معقد الإجماع القائم على بطلان التعليق فى العقود و أخرى يكون من قبيل التعليق

بالأوصاف الخارجيه كأن باع إذا كان المبيع متصفا بوصف كذا بان يكون كاتبا أو كانت الحنطه من المزرعه الفلانيه و نحو ذلك فهذا لا إشكال فى بطلانه لكونه من التعليق الذى كان باطلا بالإجماع.

فلم يبق فى البين الا تعليق الخيار على الوصف الذى اعتبر فى المبيع بان باع العين و التزم بالالتزام العقدى مشروطا بكون الثمن كذا أو اشترى المشتري العبد و التزم بالالتزام العقدى مشروطا بكونه كاتبا أو من الأرز الفلانى أو بكون الحنطه المزرعه الفلانيه و نحو ذلك.

فاتضح من ذلك أن مرجع اعتبار الوصف فى المبيع الى الاشتراط و عليه فإذا شك فى اشتراط وصف أو شرط فى العقد فمرجع النزاع الى اشتراط الخيار فيه، فالأصل عدمه و على هذا فلو ادعى المشتري كون العين المبيعه متغيره و غير باقيه على ما شوهد عليه و أنكره البائع فمرجه إلى أنه هل جعل للمشتري خيار فى هذا العقد أم لا، فالأصل عدمه و اذن فالأصل مع البائع و من هنا ظهر أنه لا اشكال للتمسك بأصالة اللزوم اى استصحاب بقاء كل من الثمن و المثلث على ملك صاحبه و عدم كون العقد خياريا لا أصالة اللزوم المستفاد من العمومات فإنه من التمسك بالعام فى الشبهه المصدقيه لأننا نشك فى دخول المورد الذى نشك فى كونه خياريا أم لا، داخلًا تحت العمومات الداله على اللزوم أو أدله خيار الشرط، فإثبات اللزوم بالعمومات تمسك بالعام فى الشبهه المصدقيه.

فلا مجال بعد ما نقحنه لما أفاده المصنف (ره) من حكمه أصالة عدم وصول حق المشتري عليه على أصالة اللزوم و تطويل الكلام فى ذلك و فى عدم صحه التمسك بأصالة اللزوم نقضا.

قوله: و لو ادعى البائع الزيادة الموجبه لخيار البائع.

فمقتضى ما ذكرنا فى طرف المشتري تقديم قول البائع لأن الأصل عدم وقوع العقد على هذا الموجود حتى يجب عليه الوفاء به.

أقول: هذا هو عكس ما تقدم الكلام فيه و توضيح ذلك أنه لو ادعى البائع أن العين صارت بعد المشاهدة سميته و أنكره المشتري و قال انها كانت سميته من الأول فقد ظهر من جميع ما تلوناه عليك أن القول قول البائع فإن مرجع دعوى كون العين متغيره من حاله الهزاليه بعد المشاهده و ضرورتها سميته إلى دعوى ثبوت الخيار للبائع، فالأصل عدمه و أن العقد غير خيارى أو أن الأصل بقاء العين على الوصف السابق فلا يفرق فى ترتب ما نريده من الأثر بين استصحاب بقاء العين على الوصف الذى شوهه و بين الاستصحاب عدم السمن كما تقدم فى عكسه، و عليه فالمرجع إلى أصاله اللزوم أى قاعده اللزوم المتقدمه لا الرجوع الى العمومات الداله على اللزوم فإنه من التمسك بالعام فى الشبهات المصادقيه.

و من هنا ظهر أن ما ذكره المصنف هنا أيضا لا يتم.

### **قوله (ره): الثاني لو اتفقا على التغير بعد المشاهده و وقوع العقد**

على الوصف المشاهد

و اختلفا فى تقدم التغير على المبيع ليثبت الخيار و تأخره عنه على وجه لا يوجب الخيار تعارض كل من أصاله عدم تقدم البيع و التغير.

أقول: كان الكلام فى المسأله السابقه فى اختلاف البائع و المشتري فى أصل التغير و فى هذه المسأله كلامنا فى اختلافهما فى كونه بعد البيع أو تسالهما على أصل التغير.

فنقول: إذا اختلفا البائع و المشتري فى ذلك فقال المشتري أن العين صارت مهزوله بعد المشاهده و قبل البيع فلى الخيار فى فسخ العقد لتخلف

الوصف لحصول التغير فى ملك البائع و قال البائع ان الفرس الذى هو مبيع و ان صار مهزولا الا ان الهزال قد حصل بعد البيع فليس لك للمشتري الخيار، سياأتى الكلام فى باب الخيارات إنشاء الله تعالى أن تخلف الأوصاف و غيرها قبل القبض هل تحسب على البائع لعموم قاعده التلف قبل القبض من مال البائع بحيث يقال ان الأوصاف أيضا ملك للبائع بتبع العين فإذا تلف كان على البائع أو أن تلف الأوصاف تابع للملك و من الواضح أن العين ملك للمشتري فتلف الأوصاف يحسب عليه غايه الأمر أن تلف العين يحسب على البائع قبل القبض لورود النص عليه.

و بعباره أخرى ان كان التلف قبل القبض من مال البائع حكما ثابتا على خلاف القاعده بالنص فلا بد من الاقتصار على مورده فلا يتعدى الى تلف الأوصاف، و ان كان على طبق القاعده فيكون تلف الأوصاف أيضا على البائع فكيف كان فسياأتى تفصيل ذلك فى باب الخيارات.

فعلى القول بتسريه القاعده إلى تلف الأوصاف فلا ثمره للنزاع فى أن التغير حصل قبل القبض أو بعده و على القول بعدم التسريه كما هو الحق لعدم المقتضى للتسريه فلا بد من النزاع فى ان التغير حصل قبل العقد أو بعده و كيف كان فذكر المصنف (ره) أن هنا أصلا حادثان أحدهما وقوع البيع و الثانى حصول الهزال، و لكن لا يعلم السابق منهما و لم يعلم تاريخ الحادثان أن أيًا منهما مقدم و أن أيًا منهما متأخر، فحيث أن مرجع الأصلين إلى أصله عدم وقوع البيع حال السمن مثلا و أصله بقاء السمن و عدم وجود الهزال حال البيع، و الظاهر أنه لا يترتب على شىء منهما الحكم بالجواز و اللزوم لأن اللزوم من أحكام وصول ما عقد عليه و انتقاله إلى المشتري و أصله بقاء السمن لا يثبت وصول السمن كما أن أصله عدم



وقوع البيع حال السمن لا ينفيه فالمرجع إلى أصاله عدم وصول حق المشتري إليه كما في المسأله السابقه فلا فرق بين المسألتين من حيث النتيجة.

نعم الفرق بينهما هو أن الشك في وصول الحق هناك ناش عن الشك في نفس الحق و هنا ناش عن الشك في وصول الحق المعلوم.

و بعبارة أخرى الشك هناك في حقه الواصل و هنا في وصول حقه، فمقتضى الأصل في المقامين عدم اللزوم و عدم وصول حق المشتري اليه و من هنا ظهر الحال لو كان مدعى الخيار هو البائع.

أقول: لا حق للمشتري غير ذات المبيع الذى وصل اليه حتى نشك في وصوله اليه فتمسك بأصاله عدم وصوله اليه فيكون حاكما على أصاله اللزوم، و عليه فدعوى المشتري كون العين مهزوله بعد المشاهده و قبل البيع أو قبل القبض يرجع الى دعوى الخيار لنفسه في العقد لكون العين مهزوله فالأصل عدمه و أن العقد ليس بمشروط بشيء و اذن فأصاله اللزوم محكمه أى بمعنى استصحاب بقاء الثمن في ملك البائع و بقاء المثل في ملك المشتري و كون لازما و عدم ثبوت الخيار فيه المسمى بقاعده اللزوم لا أن المراد منها هو التمسك بالعمومات الداله على اللزوم لكون الشبهه مصداقيه.

و من هنا ظهر حكم ما لو انعكس الأمر بأن ادعى البائع الخيار على نفسه بأن ادعى كون العين مهزوله حين المشاهده و سمينه بعدها و قبل البيع فله الخيار و من هنا ظهر أيضا أن الأصل عدم الخيار للبائع و عدم كون العقد مشروطا بشرط فتكون أصاله اللزوم محكمه كما لا يخفى.

### **لو اختلفا في تقدم التلف على البيع و تأخره عنه**

قوله: و لو وجد المبيع تالفا بعد القبض فيما يكفى في قبضه التخليه.

أقول: إذا اختلف البائع و المشتري في العين المشاهده بعد التلف فقال البائع أنها تلفت بعد القبض و قال المشتري أنها تلفت قبل القبض

فالتلف عليك لان التلف قبل القبض من مال البائع فحكم المصنف بأن الأصل بقاء ملك المشتري على الثمن لأصاله عدم تأثير البيع.

أقول:و لم يتعرض المصنف بالاستصحابات الموضوعيه أنها تجرى أو لا تجرى و مع الجريان أنها معارضة أم ليست بمعارضة،بل اقتصر على الاستصحاب الحكمى.

و لكن شيخنا الأستاذ حكم بأن الأصول الموضوعيه الجاربه لكل واحد من المتبايعين مع كونها مثبتة معارضة بالمثل فى مجهولى التاريخ و الجارى لأحدهما فيما إذا كان أحد الحالتين بالخصوص مجهوله مثبت فيشك فى تأثير البيع فتصل النوبه الى الأصل الحكمى و هو بقاء الثمن فى ملك المشتري أقول:تحقيق الكلام فى موردين:-الأول:فيما تحقق القبض فى الخارج أو ما فى حكم قبضه كقبض الوكيل قبل البيع كأن يعير البائع ثوبا من المشتري و جعله أمانه عنده أو كان ثوب مستأجرا له ثم باعه منه و وجداه تالفا فاختلفا فى تقدم التلف على البيع و كون البيع باطلا لانه وقع على الشىء المعدوم و قال البائع أن التلف بعد البيع فى غير زمن الخيار فوقع البيع حين وجوده على الشىء الموجود.

الثانى:ما لم يتحقق قبض فى الخارج أو فى حكم قبض المشتري كقبض وكيه و لكن تحقق التخليه بين البائع و بين العين فيما يكفى فى قبضه التخليه كتسليم مفتاح الدار و إلقاء عنان الفرس إلى المشتري بحيث لم يكن مانع من أخذ المشتري و تسلطه على المبيع ثم اختلف البائع و المشتري فقال البائع أنها تلفت بعد البيع،و قال المشتري أنها تلفت قبل البيع.

أما الكلام فى المقام الأول:فالحق فيه ما ذكره المصنف(ره)من التمسك بالاستصحاب الحكمى و بيان ذلك أنه لا مانع من جريان استصحاب بقاء

المبيع الى زمان البيع فالحكم بوقوعه على المبيع الموجود و الحكم بصحة البيع لأنه كسائر الموضوعات المركبه التي ثبت أحد جزئها بالأصل، و الآخر بالوجدان، فان البيع هنا في زمان الوجدان كما هو المفروض لاتفاقهما عليه و الجزء الآخر أعنى وقوع البيع على الشيء الموجود محرز بالأصل فيحكم بصحة البيع و يلزم المشتري بإعطاء الثمن و نظير ذلك ما إذا شك في بقاء العبد و موته فإنه لو عتقه يصح عتقه و يكفى عن الكفارات فان بقاءه إلى زمان العتق محرز بالأصل و العتق محرز بالوجدان و هكذا و هكذا و لكنه معارض بأصل آخر و هو أصالة عدم وقوع البيع على المبيع الموجود الى زمان التلف فهذا الأصل و ان لم يثبت وقوع البيع على المبيع المعدوم الآ- على القول بالأصل المثبت و لكن هذا المقدار يكفى في ترتب الأثر و هو عدم تحقق البيع على الموجود.

و اذن تصل النوبه الى الأصل الحكمى و هو استصحاب بقاء الثمن فى ملك المشتري و عدم تحقق ما يخرج عن ملكه كما هو واضح.

ثم ان تصل النوبه إلى الاستصحاب الحكمى إذا قلنا بعدم جريانه فى مجهولى التاريخ على الخلاف بيننا و بين صاحب الكفايه و كذلك إذا قلنا بجريانه فيهما معا فيما إذا كان التاريخ أحدهما معلوما و الآخر مجهولا و لكن يسقطان بالمعارضه كما اختارناه فى علم الأصول و قلنا ان الاستصحاب يجرى فى كل من معلومى التاريخ و مجهوله معا و لكن يسقطان بالمعارضه.

و أما على مسلك الشيخ و الأستاذ من التفصيل بين معلومى التاريخ و اختصاص جريانه بالمجهول فقط دون المعلوم فلا يقع التعارض و لا يسقطان بالمعارضه لأنه فرع جريانهما معا و على الاجمال فلا بدّ لهما من التفصيل فى المقام كما هو مبناهما فى الأصول.

و أما المقام الثانى فهو ما تحققت التخليه فى الخارج فيما يكفى فى قبضه التخليه كتسلم مفتاح الدار أو البستان و إلقاء عنان الفرس أو الثوب إلى المشتري و تلفت العين ثم اختلفا فى كون التلف قبل البيع أو بعده ففى المقام على جميع التقاير من جريان الاستصحاب فى مجهولى التاريخ و عدم جريانه كما هو محل الخلاف بيننا و بين صاحب الكفليه و من جريانه فى ما إذا كان أحدهما معلوما و الآخر مجهولا و سقوط الأصلين بالمعارضه كما عليه المبنى أو قلنا بعدم جريانه فى معلوم التاريخ و جريانه فى مجهول التاريخ كما هو مذهب المصنف و شيخنا الأستاذ فى مبحث الأصول فلا يترتب على شىء منها أثر بحيث يحكم بصحه البيع على المشتري و يلزم المشتري على إعطاء الثمن.

و الوجه فى ذلك كله أن غايه ما يترتب على جريان الأصل هو صحه العقد و البيع و هو لا يفيد إلا مع تحقق القبض فالأصل عدمه.

و بعباره أخرى ففى هنا أمور ثلاثه التلف و البيع و القبض و إذا أثبتنا وقوع البيع على المبيع قبل التلف على الترتيب المتقدم من إثبات عدم التلف الى زمان البيع بالأصل و وقوع البيع عليه بالوجدان و لكن لا يكفى ذلك بدون تحقق القبض فإن أصاله عدم تحققه محكمه كما هو واضح.

و حاصل الكلام أنك عرفت ان الكلام يقع فى مقامين:الأول:مع تحقق التخليه من البائع فيما يكفى قبضه التخليه، و قلنا ان المرجع فيه أصاله عدم تحقق القبض و بقاء مال المشتري فى ملكه فلا يترتب أثر على استصحاب بقاء المبيع الى زمان البيع و إثباته فى الخارج بالأصل و الوجدان، فان تحقق البيع لا- يثبت تحقق القبض الا على القول بالأصول المثبتة على ان تحقق البيع أيضا مشكوك فان المتحقق بالوجدان هو تحقق الإنشاء كما سيأتى.

و أما الوجه الثانيه:فقلنا ان الأصول بناء على جريانه فى مجهولى التاريخ و فيما إذا كان تاريخ أحدهما معلوما و تاريخ الآخر مجهولا، معارضه فتصل النوبه إلى أصله بقاء مال المشتري فى ملكه كما ذكره المصنف (ره)و ذكرنا أيضا ان جريان الأصل فى كل من معلوم التاريخ و مجهوله موقوف على النزاع فى الأصل يجرى فيهما معا كما اخترناه فى محله أو فى مجهول التاريخ فقط كما اختاره شيخنا الأنصارى فعلى ما اخترناه تصل النوبه الى الأصل الحكيمى من أصله بقاء الثمن فى ملك المشتري و على مسلك المصنف فلا بد من التفصيل فان كان البيع معلوم التاريخ و التلف مجهول التاريخ،فنستصحب عدم التلف الى زمان البيع فنحكم بالصحه كما تقدم و على تقدير كون التلف معلوم التاريخ فالبيع مجهول التاريخ فنحكم بجريان الاستصحاب فى البيع فنقول الأصل عدم وقوع البيع الى زمان التلف فينتج البطلان،فلا يمكن الحكم بكون الأصل بقاء مال المشتري فى ملكه.

هذا و لكن نقول اليوم خلافه و أن الاستصحاب لا يجرى مطلقا،فان جواز البيع و عدم جوازه أى إمضائه و عدمه من الأحكام الشرعيه فلا ربط له بوقوعها فى الخارج بفعل المتبايعين.

و أما أصل وقوع البيع فمفهوم البيع أعنى اعتبار ملكيه كل من العوضين لكل من المتبايعين و إظهاره بمبرز فى الخارج بحيث يرى العرف و العقلاء بيعا فى اعتبارهم أمر وجودى محقق بوجوده الاعتبارى و الإنشاء على انفراده ليس بيعا و انما هو مظهر للبيع و مبرز له و مخبر عن الاعتبار النفسانى و من الواضح أن العقلاء انما يعتبرون البيع فيما إذا كان للمبيع وجود خارجى أو كليتا بحيث اعتبر العقلاء ملكيته و صحه وقوع البيع عليه فى اعتبارهم و مع عدمه فلا يتحقق مفهوم البيع أصلا فإنه لا معنى لبيع المعدوم.

و بعبارة أخرى أن وجود المبيع دخیل فتحقق البیع فی اعتبار العقلاء فمع العلم بعدم البیع لا يقع علیه البیع فإنه من قبیل المعدوم فلا- یعتبرون البیع الواقع علی المعدوم بیعا فی نظرهم و ما اعتبره البیع فی نفسه و أظهر بالمظهر الخارجی لغو محض فإنه صوره اعتبار البیع لا أنه یبع حقیقه فأنا و ان قلنا أن البیع متقوم بأمرین أحدهما الاعتبار النفسانی و الثانی إظهاره بمظهر خارجی و لكن ذلك انما یتحقق مع وفق الاعتبار لما فی الخارج و وجود المطابق له فی الخارج، و علی هذا فلو شككنا فی تحقق البیع من جهة الشك فی وجود المبيع حين البیع فالأصل عدمه.

و تحقق الإنشاء و ان كان مسلماً و لكنه ليس بیع و ح فالحکم هو أصاله بقاء الثمن فی ملک المشتري كما أفاد المصنف(ره) و من هنا ظهر الحکم فی سائر العقود و الإیقات فإذا شك فی موت العبد و بقاءه و أعتقه فلا یصح تصحیح العتق باستصحاب بقاء العبد الی زمان العتق و وقوع العتق علیه فان ما تحقق قطعاً هو الإنشاء و أما حقیقه العتق فهو مشکوک، فإنه یعتبر فی وجود المعتق و هو مشکوک فلعل العتق وقع علی المعدوم، فلا- یعتبرونه العقلاء عتقا فالأصل عدم تحققه فلا یکفی من الکفارات و النذر و العهد و هكذا الحال فی سائر العقود و الإیقات و لو شك بعد الطلاق فی بقاء الزوجیه أو بعد الإجاره فی بقاء الدار فلا یمکن تصحیح ذلك بأصاله الصحة لاحتمال مجرد الصدق الواقعیه و قد یقال بصحة البیع تمسکا بأصاله الصحة للشك فی بعض شروط و هو وجود المبيع و انما مورد أصاله الصحة هو ذلك.

و یرد علیه وجوه: الأول: أن أصاله الصحة لیست إلا هی قاعده الفراغ غایه الأمر أن قاعده الفراغ تجری فی فعل شخص الإنسان و أصاله الصحة

تجرى فى فعل الغير و ذكرنا فى قاعده الفراغ أنها انما تجرى فى موارد تكون صوره العمل محفوظه كما عبر بذلك شيخنا الأستاذ و أما فيما لم تكن صوره العمل محفوظه فلا مورد لقاعده الفراغ و كذلك لا مورد لقاعده أصاله الصحه مثلا إذ شك المتوضى بعد وضوئه أن ما كان يتوضأ به كان ماء أو شيئا آخر من المائعات التى لا يجوز التوضى بها فإنه لا تجرى فيها قاعده الفراغ لعدم الحفاظ صوره العمل و انما تحمل مجرد الصدفة الواقعيه فقط نعم مورد قاعده الفراغ ما إذا كان هنا مائتان و توضأ من أحدهما كان أحدهما مما يجوز التوضى به و الآخر لا يجوز ثم شك فى أنه كان من الذى يجوز التوضى به أو من الذى لا يجوز فقاعده الفراغ يحكم بالصحه و يكون التوضى من الذى يجوز التوضى به و كذلك فى قاعده الصحه إذا شككنا فى ما فعله المتبايعان هو حقيقه بيع أو صوره بيع فإنه لا- يمكن بأصاله الصحه إثبات كون الواقع بيعا حقيقه بمجرد احتمال الصدفة الواقعيه و كذلك فيما إذا احتملنا أنه قال أنت طالق و لكن نحتمل أنه قاله لزوجته أو لأ-جنيبه فلا- يمكن حمله على الطلاق الصحيح بأصاله الصحه.

نعم إذا أحرز أنه طلق زوجته و أحرزنا صوره العمل أى الطلاق بالزوجه و لكنه نشك فى صحته و فساده فنحمل على الصحه و كذلك إذا رأينا أن أحدا قام على ميت فلا ندرى أنه يصلى أو لا، فلا يمكن حمل فعله على الصحه بمجرد احتمال الصدفة الواقعيه.

نعم إذا حفظنا صوره العمل و عملنا أنه يصلى على الميت و شككنا فى صحته و فساده من جهه أخرى فنجرى أصاله الصحه و هكذا فى جميع العقود و الإيقاعات و العبادات كفائيه أو عيئيه.

و ثانيا: أنه مع قطع النظر عن الإشكال الأول أن أصاله الصحه مشروطه

بكون الشرط الذى نشك على كل تقدير مقدورا للمكلف فلو كان على تقدير مقدورا له و على تقدير غير مقدور فلا نجرى فيه أصاله الصحه مع كون الشرط شرطا على كل تقدير و لزم من انعدامه بطلان العمل مثلا ففى المقام أن وجود المبيع دخيل فى صحه البيع لبطلان العقد بدونه على كل تقدير، فوقع البيع عليه غير مقدور على المكلف و على تقدير وجوده فوقع البيع عليه مقدور و مع عدمه فغير مقدور فلا نجرى قاعده أصاله الصحه فى مثل ذلك و من هذا القبيل ما لو باع لا يعلم أنه ماله أو لا مع عدم كونه تحت يده و كذا بيع من نشك فى بلوغه و عدمه و هكذا الأمر فى قاعده الفراغ و قد خالف شيخنا الأنصارى فى هذا الشرط فى قاعده الفراغ.

و ثالثا: ما ذكره المصنف مع الغض عن الإشكاليين الأولين من وجود الجامع بين الصحيح و الفاسد بحيث ينطبق عليهما، و أما إذا لم يكن هنا جامع بينهما لكون الفاسد غير معقول كما فى المقام فان المعدوم محال فلا يمكن حمل فعل المسلم على الصحه بوجه.

### الكلام فى بيع ما لا يفسده الاختبار

بقى هنا فرعان قد تعرض لهما الأصحاب، أحدهما اعتبار الاختيار فيما لا يفسده الاختبار، فهل يشترط فيه الاختبار كما ذكره بعضهم أو يعتبر فيه اشتراط الصحه كما ذكره آخر أو يعتبر فيه البراءة من العيوب كما ذكره ثالث أو الأخيرين معا كما ذكره رابع أو يكفى التوصيف كما ذكره بعضهم أو مع الانضباط كما ذكره آخر وجوه، بل أقوال فى المسألة كما يظهر من مطاوى كلمات الأصحاب التى نقل جملة منها المصنف (ره) فلاحظها.



و لا- يهمننا التعرض بكلمات الأصحاب و بيان مرادهم كما تعرضها المصنف بعد ما لم يكن إجماع فى البين كما يظهر لمن يلاحظها و لم يرد فى المقام نص حتى يلاحظه فلا بدّ من التكلم هنا على مقتضى القاعده بل التحقيق أن يقال أن الأوصاف التى تختبر على أقسام، فإنها قد تكون من أوصاف الصحه الدخيله فى صحه البيع فتاره تكون الأشياء المتصفه بها مما لا يفسده الاختبار و أخرى مما يفسده الاختبار، أما الأول كالعطور و بعض أقسام الفواكه من العنب و التين و نحوهما بمقدار يسر منها غير مفسد قطعاً فنقول أن المانع من صحه البيع مع الجهل بأوصاف المبيع من الأوصاف الصحه كالطعم و الرائحه فيما يقصد منه طعمه أو ريحه من العطور و الفواكه ليس الآ- الغرر الثابت بحديث نفى الغرر بناء على تماميته أو الإجماع المنعقد على اعتبار العلم بالعوضين بناء على تماميته أيضاً و حجيته، فلا شبهه أن المناط فى صحه البيع فى جميع الموارد هو ارتفاع وصف الغرر فان البيع الغررى باطل فلا بد من ملاحظه ما يوجب ارتفاع الغرر من غير تخصيص بشرط خاص من الاشتراط أو الاختبار أو البراءه من العيوب.

و عليه فيرتفع الغرر بأمور، الأول: الاختبار بما لا يفسده الاختبار، فيما يستخير حال المبيع به كاستشمام العطور و ذوق الفواكه التى لا- تفسد بالاختبار كأكل حبه من العنب و نحوه أو استشمام بعض أقسامها فإن ذلك يرفع الغرر فيكون البيع صحيحاً من ناحيه الغرر فهذا مما لا شبهه فيه.

الثانى: اشتراط الصحه من العيوب الموجه للغرر بحيث يكون الخيار عند ظهور المبيع أو الثمن فاقداً لذلك الوصف لكل من البائع و المشتري و هذا أيضاً رافع للغرر كما هو واضح.

الثالث: الاقدام على المعامله مطلقاً من غير اشتراط و لا اختبار أصلاً

بل يسكت عن جميع ذلك، و لكن الشرط الضمنى موجود فى المقام بظهور العوضين واجدا لأوصاف الصحة و لم يكن عديما لها بحيث لو ظهر فاقتدا كان للمشروط له الخيار، و مع هذا الشرط الضمنى لا يضره السكوت عن الاشتراط لانصراف المطلق الى الفرد الصحيح و الذى يدل على هذا بناء العقلاء فى معاملاتهم فإنهم يعاملون معاملة كليه أو جزئيه مطلقه و إذا ظهر المبيع فاقتدا لأوصاف الصحة يرجعونه الى صاحبه و يكون لهم الخيار حينئذ.

فتحصل أن ارتفاع الغرر فى المقام ليس منحصرا بالاختبار بل كما يرتفع به ككك يرتفع بالاشتراط و بالشرط الضمنى أيضا لعدم ورود النص على الاختبار بالخصوص و عدم وجود الإجماع عليه كما ظهر من مطاوى ما ذكرناه، بل الإجماع على عدمه فإنه من باب ذكر وصف الصحة و من الواضح أنه غير لازم إجماعا كما ذكره المصنف فى جواب السرائر، و أما توصيف البائع المثمن و توصيف المشتري الثمن مع حصول الوثوق منهما فداخل فى صورته الاشتراط.

و أما اشتراط البراءة من العيوب فالظاهر من عبارته المصنف من عطفه على اشتراط الصحة بأو و كذلك الظاهر من عبارته النهائيه و المقنعه المنقوله فى المتن هو كفايته فى نفسه حيث قال (خلافا لظاهر جماعه تقدم ذكرهم من اعتبار اشتراط الصحة أو البراءة من العيوب أو خصوص أحدهما) أقول ان كان المراد من البراءة من العيوب هو إحراز كل من البائع و المشتري كون المبيع سليما عن العيوب و صحيحه هذا هو المراد ظاهرا للمصنف حيث ذكر فى أواخر كلامه أنه ظاهر عبائهم المتقدمه اشتراط الموصف أو السلامه من العيوب فيما يفسده الاختبار بحيث يكون البيع غير غررى و ان كان المراد من البراءة من العيوب التبرى منها بحيث يبيع المتاع على ما هو عليه

من الصحيح و الفساد سواء ظهر فاقدًا لأوصاف الصحة أو واجدا لها لا يكون خيار للمشتري و يشترط المشتري على البائع فى الثمن أيضا، هذا الاشتراط فهذا البيع غررى بلا شبهه فيكون الاشتراط مؤكدا للغرر فيبطل البيع للغرر بناء على مانعيته عن البيع فلا يرتفع الغرر بالاشتراط و على الاجمال فلا وجه لاشتراط هذا الشرط أصلا، فإنه ان كان راجعا الى اشتراط الصحة فذكره تكرار و ان كان بمعنى التبرى فاشتراطه مؤكدا للغرر فلا يكون رافعا له.

و من جميع ما ذكرناه ظهر بطلان ما ذهب إليه فى السرائر من تقويه عدم جواز بيع العين الحاضره المشاهده بالتوصيف، بل لا بد من ذوقها و شمها.

و مما ذكرناه ظهر جريان أصله السلامه فى المبيع فان المراد بها هو اشتراط كون المبيع سالما على العيوب بالشرط الضمنى و واجدا لأوصاف الصحة على النحو الذى تقدم و هذا مما جرى عليه بناء العقلاء فى معاملاتهم و ليس المراد من أصله السلامه ما يكون طريقا إلى إحراز كون المبيع واجدا لأوصاف الصحة باستصحاب الحاله السابقه التى شوهدت و كانت واجده لأوصاف الصحة حتى يناقش فيها بما ناقشه المصنف من عدم الدليل عليه لا من بناء العقلاء إلا فيما إذا كان الشك فى طرو المفسد و لا من غيره فإنه لو كان المراد من أصله السلامه هو ذلك فليس عليه دليل حتى مع الشك فى طرو المفسد الذى استثناه المصنف، فانا ذكرنا فى علم الأصول أنه لا وجه لكون بناء العقلاء دليلا للاستصحاب و أنه غير ثابت كما هو واضح، و هذا بخلاف ما ذكرناه من أصله السلامه فإن بناء العقلاء عليه مسلم كما لا يخفى.

ثم ظهر أيضا من جميع ما ذكرناه بطلان ما ذكره المصنف من التفصيل، بين الأوصاف الدخيله فى معظم المالىه و بين غيرها، و حاصله أن الأوصاف ان كانت دخيله فى معظم المالىه بحيث تزول المالىه المهمه بزوال الأوصاف فلا بد من إحراز السلامه عنها اما بالأصل أو بالاختبار أو التوصيف و مع انتفاء الأول يبقى الأخيران و هذا ككون الجارىه خثى و كون الدابه لا تستطيع المشى أو الركوب و الحمل عليه.

و أما إذا لم تكن الأوصاف من قبيل الأوصاف الدخيله فى معظم المالىه فلا- يجب إحرازها و لا يلزم الغرر من الانتفاء و هذا ككون الجارىه ممن لا تحيض فهى فى سنّ من تحيض، فان انتفاء ذلك لا يوجب انتفاء معظم المالىه لبقاء الاستمتاع و الاستخدام على حالها غايه الأمر قد انتفى الاستيلاء فقط و أما فى الأول قد انتفى الاستمتاع أيضا.

و قد ظهر جواب هذا التفصيل أيضا فإن المناط فى صحه العقد هو رفع الغرر كما تقدم، فكلما يلزم من عدم اعتباره و اشتراطه فى العقد غرر فلا بدّ من اشتراط ما يوجب رفعه من الاختبار أو اشتراط الصحه أو الإرجاع إلى أصله السلامه و الآ فلا، سواء كانت دخيله فى معظم المالىه أم لا- فان ما يكون دخيلا- فى ذهاب المالىه و ان لم تكن معظما فالسكوت عنه فى مقام البيع غرر بلا شبهه.

فتحصل من جميع ما ذكرناه حكم ما يفسده الاختبار أيضا فإن جميع ما ذكرناه جار فيه الآ الاختبار لان المفروض أن الاختبار يفسده و أما اشتراط الصحه أو بيعه مطلقا ايكالا إلى أصله السلامه فهما جاريان فيه، كما يجريان فى الأول أعنى ما لا يفسده الاختبار و هذا كبيع نوع الفواكه التى يفسدها الاختبار كالرقى و البرتقال و الليمو أو نحوها فان الغرر يرتفع

فيها بأحد الأمرين المذكورين فلو تبرء عن العيوب يكون غرريا فيبطل.

نعم قد ورد في المقام روايه (1)ربما يتوهم فيها اعتبار الاختبار فيما يختبر حيث قال(عليه السلام)فيمن سأل عن ذوق الطعام في المال الذي يريد أن يشتريه،فقال(عليه السلام)نعم فليذقه فلا يذوقن ما لا يشتري.

و فيه ما ذكره المصنف(ره)من أن السؤال فيها عن جواز الذوق لا عن وجوبه فإنه(عليه السلام)جوّز ذلك لمن يريد الاثراء لا لكل من و لو لم يكن نظره ذلك و إلا فإن بعض الطماعين يأخذون ذلك وسيله لأكل أموال الناس بأن يأكل من دكان عشره حبات من العنب و من الأخر ككك،و من الثالث هكذا فيكون أكثر من الحقه فنهى الامام(عليه السلام)عن ذلك فيجوّز هذا النحو من الطريق أيضا.

فتحصل أن ما لا يفسده الاختبار فبالنسبه إلى الأوصاف الدخيله في صحه المبيع يجوز بيع الموصوف بها بالاختبار و بالتوصيف و بالاعتماد على أصاله الصحه و السلامه على المعنى الذي ذكرناه أى انصرافه الى كون المبيع سالما عن العيوب و واجدا لأوصاف الصحه فإنه الفرد الصحيح و قلنا هذا معتبر بالشرط الضمنى فى العقود و المعاملات.

و أما بالمعنى الذى ذكره المصنف من كونها محرزه لبقاء المبيع على أوصاف الصحه و عدم طرؤ العيب له ليجب زوال صحه المبيع فليس له مدرك صحيح كما عرفت حتى فيما كان للمبيع حاله سابقه فانا ذكرنا فى بحث الأصول أنه لا دليل على اعتبار الاستصحاب من ناحيه بناء العقلاء كما هو واضح.

و قد عرفت أيضا أنه لا يفرق فى ذلك فى الأوصاف التى لها دخل فى

ص: ٤٣٧

(١-١) وسائل: ج ١٢، ص ٢٧٩.

معظم ماله المبيع و ما لا- يكون كك،فان فى جميع ذلك لا بد من رفع الغرر فى صحه البيع و الا يحكم بالبطلان فرفعه بأحد الأمور الثلاثه المتقدمه فلا دليل على الفرق المذكور بوجه،و ان التزم المصنف و على هذا فلا وجه للالتزام بلزوم الاشتراط أو لزوم الاختبار فقط كما ذهب إليه الحلبي(ره).

و أما أوصاف الكمال ككون الفاكهه أو الدبس حلوا شديدا و زائدا عن الحد الأوسط أو واجدا لأصل الحلو المتوسط فان الحلاوه من الأوصاف الكماليه فإن كان المتاع مما يمكن توصيفه بالوصف الكمالى و بيانه على نحو يرتفع به الغرر فيجوز بيعه بالاختبار من المشتري و بالتوصيف من البائع فيكون اخباره اشتراطا مع الوثوق باختباره و بالاشتراط أيضا بأن يشترط المشتري كونه واجدا لوصف الكمال،و أما الاعتماد على أصاله الصحه،و السلامه المتقدمه فلا- يجرى هنا فإن الأوصاف ليس من الأوصاف الصحه حتى ينصرف الإطلاق إلى الصحيح و أن كون المبيع صحيحا أخذ شرطا فى ضمن العقد كما لا يخفى.

و أما فيما لا- يمكن التوصيف و الاخبار كما إذا كان الوصف على نحو يدرك و لا يوصف كوصف الملاحه و نحوها ففى ذلك لا بد فى رفع الغرر،اما من الاشتراط أو الاختبار و الا فيكون باطلا للغرر المنفى،فإن المفروض ان الأوصاف المذكوره لها دخل فى الماله فإذا لم يشترط البيع على نحو يكون رافعا للغرر فيكون البيع باطلا لذلك.

و أما فيما يفسده الاختبار فبالنسبه إلى أوصاف الصحه فيأتى فيه جميع ما ذكرناه فيما يفسده الاختبار لأن المفروض أنه يفسده فيبيع اما مع الاشتراط أو مع الاعتماد على أصاله الصحه على النحو المتقدم أو يخبر البائع عن الأوصاف فيكون هذا أيضا رافعا للغرر مع الوثوق بكلامه،

فيكون هذا أيضا داخلا في الاشتراط فإنه نحو منه.

و أما الأوصاف الكماله فبالنسبه إلى الأوصاف التي يمكن الاطلاع عليها فيجوز المعامله ح بالاشترط و بتوصيف البائع فيرتفع الغرر بهما فيكون داخلا فيما يشترى اعتمادا على وصف البائع أو يشترط كون المبيع واجدا للأوصاف الكماله و مع ذلك يرتفع بها الغرر.

و أما الأوصاف الكماله التي لا يمكن الاطلاع إليها أصلا إلا بالاختبار ككون البطيخ حلوا و كون الرقى أحمر من الأوصاف الكماله التي لا يعلم إلا بالاختبار، فالظاهر انها غير دخيله في الماله أصلا فلا يلزم عدم اشتراط كون المبيع واجدا لها غرر أصلا، فإن المفروض ان المورد فما يفسده الاختبار و أن التوصيف لا يمكن أيضا و ان أصله السلامه غير جاريه فيبيع المالك على هذا النحو إذ لا يفرق العرف في أمثال ذلك بين ما يكون واجدا لها و بين ما يكون فاقدا لها لعدم طريقتهم الى ذلك، و ان كانوا يفرقون بينهما بعد الاطلاع إليها و على هذا ان اشتراط المشتري كون المبيع واجدا لتلك الأوصاف فيها و إلا فليس له حق الرجوع أصلا فهذا هو الذي تعارف في العرف التبري من كون المبيع واجدا لها أو فاقدا لها فيقول أبيع المتاع الفلاني على ما هو عليه سواء كان واجدا للوصف الفلاني أو فاقدا له دون ما كان الوصف من الأوصاف الصحه لما عرفت أن التبري من فقد ان الوصف من أوصاف الصحه موجب للغرر.

### الكلام في حكم ظهور المبيع معينا

#### اشاره

و أما الكلام في حكم تخلف الأوصاف المذكوره فذكر المصنف في فرض

ص: ٤٣٩

تخلّف وصف الصّحة أقساماً ثلاثه:- الأول: أن يكون لفساد المبيع في نفسه قيمه كالجوز و البطيخ و سائر أقسام الفواكه إذا لم يكن الفساد بمرتبته يوجب خروج المبيع عن حيز الانتفاع و لا- كونه معنونا بغير عنوان المبيع فان لب الجوز و ان كان فاسدا بصيرورته أسود و لكن مع ذلك ينتفع به بأخذ دهنه و كك البطيخ و الرقي و سائر الفواكه إذا لم تصل من الفساد الى مرتبته تخرج عن الانتفاع، بل فسد جزء منها و صار به دود و نحوه و أما الباقي فيصح الانتفاع به و قد مثل المصنف بذلك ببيض النعامه بدعوى أن لفساده أيضا قيمه، و لا تعهد بخصوصيات فوائده و هو أعرف بمقاله.

الثاني: أن يكون لفساده أيضا قيمه و لكن كان خارجا عن نوع الصحيح بحيث يعدّ في نظر العرف شيئا آخر غيره و هذا كظهور اللوز و الجوز قشرا فان للقشر قيمه و ماليه في نظر العرف في الحريق و لكن من حيث انه حطب لا من حيث انه جوز.

الثالث: أن لا يكون للفساد ماليه و قيمه أصلا كالبطيخ الفاسد بحيث لا ينتفع به أصلا.

و بعبارة أخرى أن فاسد المبيع قد يكون فاسدا بحيث يكون خارجا عن الماليه أصلا و أخرى يكون له ماليه و قيمه و على الأول تاره يكون من جنس الصحيح و أخرى من غير جنسه، فالأقسام ثلاثه.

أما القسم الأول: فتاره يكون ظهور العيب قبل الكسر و القص، بان عرف أن البطيخ فيه دور و آخر بعد الكسر فعلى الأول يتخير المشتري بين الفسخ و الإمضاء بدون الأرش بأن يرضى بالعقد على أي نحو كان أو الإمضاء مع الأرش كما هو واضح، و أما بعد الكسر فليس له فسخ العقد إلا مع



اشراطه هكذا بان يقول للبائع حين البيع لو ظهر متاعك معيبا و لو بعد الكسر فلي أن أرجعه و أما مع الاعتماد على أصله السلامه فلا يجوز له الفسخ، بل يتخير بين الرضى بالعقد بدون الأرش و الرضاء به مع الأرش.

و أما القسم الثانى: فالظاهر هو بطلان العقد لما عرفت مرارا أن تخلف الأوصاف التى من الصور النوعيه فى نظر العرف يوجب البطلان فان ما هو موجود ليس بمبيع و ما هو مبيع ليس بموجود، فيكون البيع باطلا كما لا يخفى.

و الحاصل أنه إذا ظهر المبيع فاسدا و كان للفساد أيضا قيمه و لكن يحسب فى نظر العرف غير الصحيح بحسب صورته النوعيه كما إذا اشترى وزنه تمر فظهر أنه فى حكم النبوى لا يناسب إلا بالحرق فهذا لا إشكال فى فساد البيع لما عرفت أن المبيع غير موجود و الموجود غير مبيع و هذا خارج عن الأقسام الذى ذكره المصنف و نتعرض لها.

و حاصل الأقسام أن ما ظهر المبيع فاسدا تاره يكون مع كونه فاسدا على قيمه الصحيح و أخرى أقل منه، و ثالثه يظهر أنه لا قيمه له أصلا و على كل تقدير فقد يكون ظهور الفساد قبل الكسر و القصد و قد يكون بعده، فالأقسام ستة.

أما إذا كان ظهور العيب قبل الكسر فما إذا كان الفساد بحيث تكون قيمته مساويا لقيمه الصحيح فح ليس للمشتري أخذ الأرش فإن المفروض ان قيمتهما متساويه فالأرش انما يكون إذا كانت قيمه المعيب أقل من الصحيح فإن الأرش عباره عن تفاوت القيمه بين الصحيح و المعيب فإذا لم يكن تفاوت فى البين فأى معنى للأرش نعم له فسخ العقد لخيار العيب أو إمضائه كك و أما إذا كانت قيمه الفساد أقل من قيمه الصحيح فيتخير المشتري بين الأمور الثلاثه فسخ العقد أو الرضى به بدون الأرش أو الرضا به مع الأرش

فإن المعيب أقل قيمه من الصحيح فللأرش هنا مجال.

و أما إذا كان الفاسد بمرتبته لا- قيمه له أصلا كما إذا اشترى بطيخا فظهر فاسدا على نحو لم تكن له قيمه أصلا كان يعدّ من الزباله ففي هنا يحكم بالبطلان إذ المبيع من حيث عدم ماليه في حكم المعدوم فليس هنا أرش أيضا، بل الحكم هو الانفساخ ليس الابل الوجه هو البطلان لعدم اعتبار العقلاء ذلك البيع بيعا أصلا حتى بناء على عدم اعتبار الماليه في المبيع كما بنينا عليه في أول البيع فان ما ليس بمال يعدّ في نظر العرف نوعا آخر في قبال ما هو مال فإذا وقع البيع بالمال فظهر غير مال فقد تخلف صورته النوعيه فيكون فاسدا، من هذه الجبهه نظير ما إذا اشترى أحد عصفورا فبان انه حشره من الحشرات فان بيع الحشرات في نفسه و ان كان جائزا و لكن المبيع هنا ليس هو الحشره، بل هو العصفور فما هو مبيع ليس بموجود و ما هو موجود ليس بمبيع و كذلك الحال في المقام.

و أما إذا ظهر الفساد بعد الكسر فان كان الفاسد أيضا مالا و كانت قيمته مساويه لقيمه الصحيح فليس للمشتري هنا شيء أصلا من أنحاء الخيارات أما الأرش فلما عرفت من عدم تفاوت المعيب مع الصحيح من حيث القيمه و أما الرد و الفسخ فهو و ان كان جائزا قبل الكسر و التصرف و لكن يسقط ذلك بعد الكسر للنص (١) الخاص الوارد في خيار العيب من أنه إذا أحدث فيه حدثا أو لامس فلا يجوز له الرد فيكون ذلك ساقطا للنص و ان كان هو جائزا في نفسه بحسب القاعده.

و لا يفرق في ذلك بين أن يكون للمكسور قيمه أولا و لا بين أن تكون قيمه

ص: ٤٤٢

الفاسد بعد الكسر أقل من الصحيح أولاً فإنه على كل تقدير ليس له حق الرجوع بوجه فإنك عرفت أن قيمه الصحيح والمعيب متساويتان وإنما سقط الفاسد عن قيمته أو نزلت قيمته بكسر المشتري.

و أما إذا كانت قيمه الفاسد أقل من قيمه الصحيح فح فلا يجوز للمشتري الفسخ لما عرفت من سقوطه بالكسر للنص فح يتخير المشتري بين الرضى بالعقد بدون الأرش أو الرضا به مع أخذ الأرش والمراد من الأرش هنا هو تفاوت ما بين الصحيح والفاسد قبل الكسر لا بعده إذ قد لا يكون للفاسد قيمه بعد الكسر أصلاً كما عرفت ولكن ذلك مستند إلى فعل المشتري و أحداثه فيه حدثاً فيسقط للنص.

و أما إذا لم يكن له قيمه أصلاً فحكمه حكم قبل الكسر اعنى انفساخ العقد إذ لا ماله للمبيع أصلاً والعقلاء لا يعتبرون مثل ذلك البيع بيعاً وإنما هو في صورته البيع والأمر كك حتى مع القول بعدم اعتبار الماله في المبيع كما عرفت فإن البطيخ إذا ظهر معيباً بحيث لا يعدّ من المأكول فيكون نوعاً آخر في مقابل المأكول فهما في نظر العرف مختلفان بحسب صورته النوعية كما لا يخفى فيكون البيع باطلاً من الأول سواء كان ظهور العيب قبل الكسر أو بعده، فيكشف عند ظهور العيب أنه باطل من الأول كما صرح به الشيخ والحلى والعلامة في التذكرة مستدلين بوقوعه على ما لا قيمه له كالحشرات و هو صريح جملة ممن تأخر عنهم أو ظاهر آخرين.

و لكن الظاهر المحكى عن الشهيد في الدروس انفساخ البيع من حين تبين الفساد لا من أصله و جعل الثاني احتمالاً و نسبة إلى ظاهر الجماعة و قد أشكل عليه المصنف بما لا يخلو عن المتان و حاصله أنه لم يعلم لذلك وجه، و لذا نسب الشهيد الثاني في الروضة خلافه إلى الوضوح و الوجه في

بطلانه أن الفاسد ان لم يكن من الأموال فيفسد البيع من أصله لأن كون المبيع متمولا شرط واقعي لا علمي، و ان كان من الأموال فان لم يكن تفاوت بين الصحة و المعيب فليس للمشتري خيار فكك بعد التصرف و ان كان له خيار عيب قبل التصرف كما تقدم، و ان كان بينهما تفاوت فيؤخذ التفاوت بعد التصرف لا جميع الثمن و قبل التصرف يتخير بين الأمور الثلاثة، كما تقدم.

ثم وجه كلامه بأنه الآ ان يقال انه مال واقعي إلى حين تبين الفساد فإذا سقط عن المالىه لأمر سابق على العقد و هو فساد واقعا كان فى ضمان البائع فينفسخ البيع ح، بل يمكن ان يقال بعدم الانفساخ و حيث ان خروجه عن المالىه لأمر سابق و سبب سابق كان فى ملك البائع فكان الضمان على البائع.

و الحاصل أن البيع منفسخ فى زمان ظهور العيب و الرجوع الى البائع من جهة كون حدوث العيب فى ملكه كما لا يخفى.

ثم أشكل عليه المصنف بكونه على خلاف القواعد على ما سيأتى فى الخيارات، و انما تعرضه المصنف هنا لأجل خصوصيه فى المقام.

و حاصل ما أورده المصنف عليه أنه ان كان العلم بالعيب موضوعا للخروج عن المالىه فيكون حدوث العيب فى ملك المشتري فلا- وجه للرجوع إلى البائع و ان كان طريقا الى ذلك فيكون كاشفا عن البطلان من الأول فإنه إذا انكشف الفساد حكم بعدم المالىه الواقعيه من الأول فلا- وجه للحكم بالانفساخ حين ظهور العيب على أنه لو سلمنا أن العلم بالعيب مخرج له عن المالىه لا كاشف فهو مثال ان زيد يعمى بعد مدته و كالعبد المريض يموت بعد مدته فإنه فى مثل ذلك فيرجع الى البائع لا فى جميع المبيع، بل

بالتفاوت بين الصحيح و المعيب قبل التلف و الخروج عن المالىه، لأن المعيب أيضا له مالىه و له قيمه كما لا يخفى على أن فوات المالىه يعدّ تلفا لا عيبا كما هو واضح.

و بالجمله لا- نعرف وجهها لتصحيح كلام الشهيد فإنه ان كان الفاسد له قيمه فحكمه ما ذكرناه و ان لم تكن له قيمه فحكمه الانفساخ من الأول لعدم كونه مالا من الأول على أن ما وقع عليه البيع غير الموجود و ما هو موجود غير ما وقع عليه العقد كما تقدم.

### الكلام فى ثمره الخلاف

و أما ثمره الخلاف بين ما كان الانفساخ من الأول كما ذهب إليه الأكثر على ما عرفت، و بين ما كان من حين ظهور العيب فى المبيع فهى تظهر فى ترتب آثار ملكيه المشتري الثمن الى حين تبين الفساد فلو اشترى البائع دارا بالثمن المذكور فربح فى ذلك ألفا فإنه للمشتري على المشهور لحصول الانفساخ من الأول و عدم خروج الثمن من ملك المشتري أصلا فيكون اشتراء الدار فضوليا.

و للبائع على قول الشهيد كما هو واضح.

و عن الدروس و اللمعه أن الثمره تظهر فى مؤنه نقله عن الموضع الذى اشتراه فيه الى موضع اختبار فقد ذكر فى ذلك أقوال ثلاثه:- الأول: ما ذكره الشهيد الأول من أن مؤنه النقل على تقدير انفساخ العقد من الأول انما هى على البائع، و على المشتري لو قلنا بالانفساخ حين ظهور الفساد فى المبيع لوقوعه فى ملكه، و قد نقل المصنف هذا الوجه و ارتضاه.

الثانى: ما ذكره المحقق الثانى فى جامع المقاصد و تبعه الشهيد الثانى من كونها على المشتري مطلقا و ليس له أن يرجع الى البائع، و الوجه فيه هو أن المشتري نقله بغير أمر البائع.

الثالث: ما ذكره المصنف عن بعض الأساطين - كاشف الغطاء - و هو كونها على البائع مطلقا فإنه قدره نفى البعد عن ذلك، و الظاهر: أن شيئا من الوجوه الثلاثة لا يمكن المساعدة عليه.

أما الوجه الأول: فلا دليل عليه من النص و الإجماع و العقل، لأن مجرد ظهور العيب فى ملك المشتري لا يستلزم كون غرامه النقل عليه كما ان عدم ظهور فى ملك الغير لا ينفى الغرامه عنه، بل لا بد فى ذلك من وجود السبب للضمان، و كك لا وجه للوجه الثانى و الثالث على وجه الإطلاق، كما سيظهر وجهه.

و التحقيق أن يقال: قد تقدم فى بيع الفضولى أنه إذا استند الوقوع على الضرر الى غيره بالاغترار كان ضمانه على الغار لقاعده الغرور الثابته بالنقل و الاعتبار و الآ فلا، و عليه فان كانت الغرامه الحاصله من نقل المبيع الى مكان الاختبار مستنده الى البائع، و كونه غارا للمشتري فى ذلك لعلمه بالعيب و جهل المشتري به فمؤنه النقل على البائع.

و أن لم يكن اغترار فى المقام لعلمهما بالحال أو جهلهما بها فالغرامه على المشتري، لأنك قد عرفت فى المبحث المذكور أن الغرور انما يتقوم بأمرين أحدهما علم الغار بالعيب، و ثانيهما جهل المغرور به، و مع انتفاء أحدهما ينتفى الغرور، و على هذا فلا وجه لما ذهب اليه جامع المقاصد و ما قرّبه بعض الأساطين على الإطلاق، بل لا بد من التفصيل فى المسأله بلحاظ الغرور و عدمه، هذا كله فى مؤنه نقل المبيع من مكان البيع الى مكان الاختبار.

و أما مؤنه النقل من مكان الاختبار الى مكان البيع أو المكان الأخر مع مطالبه البائع أو كونه فى مكان يجب تفریغه كالمسجد و المشهد أو فى مكان مغصوب فذكر المصنف أنه على البائع على تقديرین لأنه بعد الفسخ ملكه، و أما لو لم يكن قابلا فلا یعد مؤاخذه المشتري به.

و فيه أن هذا أيضا لا- يتم لعدم الدليل عليه فان مجرد كون المبيع ملكا للبائع بعد الانفساخ لا یوجب كون مؤنه النقل اليه، بل التحقیق ان یقال:

إذا كان المعيب الذى خرج عن المالىه ملكا للبائع كحبه من الحنطه مثلا، أو موردا للحق و ان خرج عن الملكيه أيضا كما إذا صار الحيوان ميتة أو ظهر البطيخ فاسدا بحيث لا یعتبر العقلاء فى مثله الملكيه أيضا فطلب المالك ملكه أو متعلق حقه فان كانت المعامله خاليه عن غرور البائع المشتري و لم یستند ذلك الى تسبیب البائع لجهله بالحال فمؤنه النقل على المشتري فإنه وضع يده على ملك غيره أو على مورد حقه فيجب عليه أن يردّه الى صاحبه فان مقتض دليل اليد الثابت بالنص و الإجماع و السيره كما يشمل الأموال و كك يشمل الاملاك و الحقوق أيضا.

أقول: لا دليل على حرمة التصرف فى ملك الغير ما لم يكن مالا و ما لم يزاحم حق المالك و دليل اليد ناظر الى غير ما نحن فيه على انه ضعيف السند و السيره مشكوكه الشمول له و ان استند ذلك الى تغرير البائع المشتري فتكون مؤنه النقل على البائع.

و على الجملة أن مجرد كون المعيب ملكا للبائع لا- يدل على كون الغرامه و مؤنه النقل من مكان الاختبار الى مكان البيع إلى البائع، بل بعد ما وضع المشتري يده على ملكه بغير اغترار يجب عليه رده الى صاحبه مع المطالبه.

و أما إذا لم يطالب البائع ملكه أو متعلق حقه و لكن كان ذلك فى مورد

يجب تفريره منه كما إذا كان في مسجد أو في مشهد أو كان ذلك في ملك الغير فطلب تفريره ملكه فالظاهر في هذا الفرض كون مؤنه الإفراغ على المشتري حتى مع الاعتراض في المعامله من البائع فإن قاعده الغرور انما توجب كون غرامه المغرور على الغار فيما يكون التضمر في لوازم المبادله و التمليك و التملك و من الواضح أن النقل من مكان البيع الى مكان الاختبار و بالعكس من لوازم التمليك و التملك فتجرى فيها قاعده الغرور، و أما في ذلك فلا و من البديهي أن وضع المتاع في المسجد، أو المشهد أو في ملك غيره ليس من لوازم التملك الذي وقع فيه الغرور و هذا واضح جدا.

ثم ان المحكى في الدروس عن الشيخ(ره) و أتباعه أنه لو تبرء البائع من العيب فيما لا قيمه لمكسوره الى ح.

و فيه قد أشرنا إليه فيما تقدم و قلنا بأنه اما غير محتاج إليه أو غير معقول بيان ذلك أن البراءة من العيوب ان كان من جهة الاطمئنان بصحة المبيع و إحراز كونه سالما عن العيوب اما بإخبار البائع أو اعتمادا على أصاله السلامه بناء على كونها محرزة لصحته فليس هذا في نفسه شرطا آخر غير اشتراط الصحة، بل مرجعه الى ذلك فليس لذلك وجه حتى يذكرها مقابلا لاشتراط الصحة، على أنك عرفت أنه لا دليل على كون أصاله السلامه محرزة للواقع حتى فيما كان للمبيع حاله سابقه و ان كان المراد من اشتراط البراءة من العيوب هو التبري عن عيوب المبيع بأي نحو كان من غير إحراز صحته بطريق و لا اشتراط صحته في المبيع و لو بأصاله السلامه فيكون ذلك تأكيدا للغرر فيكون البيع غريبا، على أنه لا نحتمل أن يقول أحد بأن البيع إذا لم يكون مشروطا بالبراءة من العيوب يكون فاسدا و أما إذا كان مشروطا بها يكون



صحيحاً مع أنه يؤكد الغرر و يقرره كما عرفت و على كل حال لا نعقل معنى صحيحاً لهذا الاشتراط.

و قد يوجّه بأن المراد من اشتراط البراءة اشتراط المشتري برأيه المبيع من العيوب و كونه صحيحاً و فيه أولاً أنه خلاف الظاهر من ذلك و ثانياً ما ذكره المصنف من أن الكلام فى برأيه البائع من العيوب دون المشتري فلا يمكن حمله على هذا الوجه.

نعم لو دار الأمر بين حمله على الغلط و بين توجيهه بذلك فلا بأس به صوتنا لكلام الأعظم عن الغلطيه.

### الكلام فى جواز بيع المسك فى فاره

قوله:مسألة:المشهور من غير خلاف يذكر جواز بيع المسك فى فاره.

أقول:هذا لا-شبهه فيه مع الاشتراط أو الاعتماد على أصالة السلامه أو بالاختبار مع الإمكان و ذكر المصنف(ره)فالأحوط ما ذكره من فتقه بادخل خيط فيها بإبره ثم إخراجة و شمه ثم لو شمه و لم يرض به فهل يضمن هذا النقص الداخلى عليه من جهه الفتق فهو مبنى على ضمان النقص فى المقبوض بالسوم من انه هل ضمان المأخوذ بالسوم مع التلف على المشتري أو على البائع و على كل تقدير فهل الحكم أعم من تلف الموصوف و الوصف أو هو مختص بتلف الموصوف فقط فعلى القول بضمان المشتري للموصوف و الأوصاف معا ففى المقام أيضاً يضمن لإتلافه ووصفا من أوصاف المسك و جعله ناقصاً بحيث أخذ عنه وصف التماميه ثم ذكر أن الاولى أن يباشر البائع بذلك و يشمه المشتري.

أقول: لا وجه لقياس المقام بالمقبوض بالسوم لوجهين: الأول: أن النزاع في ضمان المشتري بالمقبوض بالسوم هو فرض التلف، ففي المقام هو الإتلاف سواء قلنا بالضمان هناك أم لا، فلا بد من القول بالضمان هنا فان من أتلف مال الغير فهو له ضامن فبناء على الضمان بالنقص في مال الغير فيكون ضامنا هنا أيضا كما هو الحق و المحقق في محله.

الثاني: أن الإتلاف هنا مستند إلى البائع دون المشتري فلا وجه للضمان على المشتري كما هو واضح.

و قد يتوهم بطلان بيع المسك بدون الاختبار لوجهين: - الأول: النجاسة فإنه من الدم فهو نجس فيبطل بيعه لذلك.

الثاني: للجهالة و الغرر اما الأول فيرد عليه أولا أن كون المسك في جميع الأزمنة متعارفا من غير نكير من أحد بأنه نجس و ثالثا لا دليل على كون النجاسة مانعا عن البيع تكليفا و وضعيا كما تقدم في المكاسب المحرمة و قد اعترف بذلك المصنف في بيع الميتة و أما الوجه الثاني فمضافا الى أن عمده الدليل على ذلك هو الإجماع لكون دليل نفي الغرر مخدوشا سنداً و دلالة و أن الإجماع هنا ليس بتمام لقيام الشهره بل الإجماع على جواز بيع المسك في فاره على أن مانعيه الجهالة انما هي للغرر فهو منفي إذا بيع مع الاشتراط أو معتمدا على أصاله السلامه بالمعنى الذي تقدم.

ثم ذكر العلامة في التذكرة عدم جواز بيع اللؤلؤ في الصدف و بيع البيض في بطن الدجاج.

أقول: أما بيع اللؤلؤ في الصدف فلا شبهه في بطلانه لكونه غرريا فان

بعض أفراد اللؤلؤ يسوى بدرهم و بعضه الأخر يسوى بألف درهم كاختلاف أفراد الفيروزج بذلك فإنه قد يكون اللؤلؤ صافيا فيسوى بألف دينار و قد يكون كدرا فلا يسوى إلا بدينار مع اتحادهما فى الكبر و الصغر.

و أما البيض فان كان من دجاج يعلم أنه بأى نحو يبيض من الصغر و الكبر بحيث جرى عادته أنه يبيض على نحوه يسوى بيضه بعشر أفلس فهذا لا إشكال فى صحه بيعه لعدم الغرر فيه و ان لم يعلم بذلك و تجرى العاده بأنه بأى كيفيه يبيض فيبيعه غررى باطل فأن بعض افراد البيوض يسوى بعشره أفلس و بعضه باثنى عشر أفلس و بعضه بثمانيه أفلس، فلا يعلم أن ما فى بطنه من أى قسم من هذه الاقسام.

## الكلام فى عدم جواز بيع المجهول مع الضميمه

### اشاره

و عدمه

قوله:مسأله:لا فرق فى عدم جواز بيع المجهول بين ضم معلوم اليه و عدمه.

أقول:بعد ما فرغنا من عدم جواز بيع المجهول فهل يجوز بيعه بضم معلوم إليه أم لا فمقتضى القاعده المقرره على عدم جواز بيع المجهول هو عدم الجواز مع ضم معلوم إليه أيضا لأن ضم المعلوم اليه لا يخرج عن الجهاله بل يكون الثمن الواقع فى مقابل المعلوم أيضا مجهولا فيبطل البيع لذلك و كك المبيع فان المجموع من حيث المجموع مجهول إذ ليس المراد من ذلك كون كل جزء جزء من المبيع مجهولا فهذا لا شبهه فيه و على هذا فلا يجوز بيع السمك فى الآجام و أن ضم اليه السمك المعلوم أو القصب و لا يجوز أيضا بيع اللبن فى الضرع و ان ضم اليه المعلوم فان المعلوم فى ذلك كله

ص:٤٥١

يصير مجهولا بالضميمه و هذا على المشهور بين المتأخرين و لكن ذهب المشهور من القدماء الى جواز بيع المجهول مع ضمه بالمعلوم عن الخلاف و الغنيه الإجماع على ذلك و اختاره المحقق الأردبيلي من المتأخرين و صاحب الكفايه و المحدث العاملي و المحدث الكاشاني و استدل عليه بروايات (١) منها مرسله البنظلي عن أبي عبد الله (عليه السلام) قال إذا كانت أجمه ليس فيها قصب أخرج شيئا من سمك فباع و ما فى الأجمه.

و منها روايه (٢) ابن عمار عن أبي عبد الله (عليه السلام) لا بأس بأن يشتري الآجام إذا كان فيها قصب، و المراد شراء ما فى الآجام و لو بقرينه الروايه السابقه و منها (٣) روايه أبي بصير فان فيها تصيد كفا من سمك تقول اشترى منك هذا السمك و ما فى الأجمه.

و منها موثقه (٤) سماعه قال سألته عن اللبن يشتري و هو فى الضرع قال لا الا أن يحلب لك منه أسكرجه فيقول اشتر منى هذا اللبن الذى فى الاسكرجه و ما فى ضرعها بثمان مسمى، فان لم يكن فى الضرع شىء كان ما فى الاسكرجه الى غير ذلك من الروايات.

و منها (٥) ما عن إبراهيم الكرخي قال قلت لأبي عبد الله (عليه السلام) ما تقول فى رجل اشترى من رجل أصواف مائه نعجه و ما فى بطونها من حملة كذا

ص: ٤٥٢

١-١) و سائل: ج ١٢ ص ٢٦٣ حد ٢.

٢-٢) و سائل: ج ١٢ ص ٢٦٤ حد ٥.

٣-٣) و سائل: ج ١٢ ص ٢٦٤ حد ٦.

٤-٤) و سائل: ج ١٢ ص ٢٥٩ باب ٨ حد ٢.

٥-٥) و سائل: ج ١٢ ص ٢٦١.

و كذا درهما قال لا- بأس ان لم يكن فى بطونها حمل كان رأس ماله فى الصوف، و منها (1) ما دل على جواز بيع ما تقبل من خراج الرجال و جزية رثوسهم و خراج النخل و غيره إذا كان شىء واحد منها معلوما و بالجمله فالروايات الواردة فى المقام على ثلاث طوائف منها ثقات و حسان و منها ضعاف.

الاولى: ما دل على جواز بيع السمك مع الآجام و الثانيه ما دل على جواز بيع الحمل بضميمه الصوف و الثالثه ما دل على جواز بيع الجزية و شرائها و نقلها من المتقبل بضميمه الجزء المعلوم منها.

و قد أشكل المصنف على الروايات و محصله يرجع الى وجوه، الأول أنه على تقدير العمل بالروايات فلا- بد من الاقتصار بمواردها فلا يجوز التعدى عنها لأنها روايات قد وردت على خلاف القاعده فيقتصر على مواردها المعلومه فلا يمكن أخذ ما يستفاد منها قاعده كليه لتكون ساريه فى جميع الموارد حتى يكون تخصيصا للقاعده المتقدمه من عدم جواز بيع المجهول فى جميع الموارد فى خصوص موارد الروايات.

الثانى: أن الروايات غير معمول بها حتى فى مواردنا فان الكف من السمك لا يجوز بيعه لكونه من الموزون و لذا جعلوه من الربويات، و كك أن مورد روايه الكرخى جواز بيع الحمل فى البطون مع ضميمه الأصواف، و من الواضح أن الأصواف فى نفسها مجهوله المقدار و كك أن ما فى الاسكرجه من الحليب أيضا مجهول المقدار فلم يعمل أحد بهذا و القائلون بالجواز يقولون فى ضمن المعلوم الى المجهول و لذا منع المشهور عن بيع أصواف

ص: ٤٥٣

الحيوان في ظهورها و القائلون بالجواز استدلوا بروايه الكرخي.

الثالث: أن مورد بعض الروايات غير ما هو محل الكلام فان محل كلامنا هو بيع مجهول الأوصاف مع ضميمة المعلوم اليه و مورد روايه سماعه هو كون المبيع مجهول الحصول فإنه لا- يعلم وجود اللبن في الضرع و عدم وجوده حتى يضمّ عند البيع بما في الاسكرجه.

و لكن الظاهر أن شيئاً من الوجوه لا- يكون وجهاً لطرد العمل بالروايات أما الوجه الأول فلأن الظاهر من الروايات هو التعليل الشامل للمورد و غيره فلا- وجه للمناقشه بعدم التعدى من مورد الروايه الى غير موردها فان قوله (عليه السلام) فلو لم يكن في البطون حمل لكان الثمن في مقابل الأصواف و كك قوله فان لم يكن في الضرع لبن لكان الثمن في مقابل ما في الاسكرجه يفيد التعليل يعنى أن المناط في صحه البيع أن لا يذهب الثمن هدرا بل لا بد و أن يقع في مقابله شىء و هذا يعم الى جميع موارد بيع المجهول مع ضميمة المعلوم، و قد تقدم نظير ذلك في بيع عبد الآتيق و قلنا بجواز التعليل من مورد الروايات لمكان هذه العله التي ذكرت في تلك الروايات الوارده في بيع العبد مع الضميمة أيضا كما تقدم.

و أما الإشكال الثانى أعنى عدم كون بعض هذه الروايات غير معمول بها ففيه أن جهه السؤال فيها انما هو خصوص جهه بيع المجهول مع ضميمة المعلوم و أما كون الضميمة معلومه أو غير معلومه من المكيال و الموزون أم لا- فخارجه عن جهه السؤال فلعل السائل كان عالما بها و الحاصل لا يجوز دخل ما ليس مورد السؤال فى الروايه بما هو مورد السؤال و رفع اليد لأجل ذلك عن الروايات، على أنه يحمل أن يكون ما فى الاسكرجه معلوما لاحتمال كونها من المكيال و كذلك لا نقبل كون السمك من الموزون

ص: ٤٥٤

دائماً، بل كثير ما يباع بالعدد كما تعارف ذلك في أطراف الشط كثيرا نعم ربما يباع بالوزن و لكن أن الأصواف لعلها كانت معلومه بالمشاهده بأن كان أو ان جزئها و بيعت مع المشاهده أو كانت مجزاه أصلا و بالجمله لا وجه لهذه المناقشه أيضا.

و أما الإشكال الثالث أعنى كون المبيع مجهول الحصول لا- مجهول الوصف ففي هنا أيضا أن جهه السؤال فرض كون المبيع موجودا و ليس جهه السؤال فرض كون المبيع مجهول الحصول على ان كون اللبن فى الضرع ليس من مجهول الحصول بل كثيرا يطمئن الإنسان، بل قد يكون اللبن موجودا فى الضرع كما هو واضح فالحق أنه لا مانع من العمل بالروايات و جواز التعدى عنها فان فيها صحاح و موثقات.

## الكلام فى بيان أقسام التابع

### اشاره

قوله: بقى الكلام فى توضيح التفصيل المتقدم.

أقول: بعد البناء من المصنف على عدم جواز بيع المجهول مع الضميمة تكلم فى معنى التابع فإن العلامه فصلّ فى بيع المجهول بين ما كان الانضمام مستقلا فحكم بعدم الجواز و بين ما كان تابعا فحكم بالجواز.

و توضيح المقام أن التابع قد يكون داخلا- فى المبيع و يكون جزء منه و هذا كأسّ الجدران و الحيطان و أخشاب القباب و حديدتها فإنها تابعه لبيع الدار و جزء منها و هذا لا شبهه فى جوازه أى يجوز بيع الدار مع كون هذه الأمور من التوابع مجهوله فان الغرض من كون المبيع معلوما كونه معلوما عند العرف بحيث يقال أنّ هذا المبيع معلوم و ان كان بعض اجزائها

مجهوله بل لا- يوجد مبيع فى العالم يكون معلوما من جميع الجهات للمتبايعين فإنه لا يعرف حقائق الأشياء و خصوصياتها من جميع الجهات إلا علام الغيوب و من ارتضاه لغيره فإن بيع الحصر مثلا مع كونه معلوما بالمشاهدة و الزرع لا يعلم أنه بأى مقدار من الخيوط اشتملت و هكذا و هكذا.

و هذا القسم من التبّع خارج عن محل الكلام لعدم كونه تبعا بل من الأجزاء و كلامنا فى التبّع الذى يكون خارجا عن المبيع و إطلاق التبّع عليه مسامحة واضحة و من هنا ظهر ما فى كلام العلامة فى التذكرة من إطلاق التبّع على أسّ الحيطان.

الثانى: أن يكون التبّع أمرا مستقلا وراء المبيع و هذا لا يدخل فى المبيع إلا بالاشتراط أو كونه جزء من المبيع من الأول بحيث يقع البيع عليهما معا و إلا فيكون خارجا عنه من غير أن يرتبط به أصلا.

نعم قد يكون داخلا- فى المبيع بحسب الارتكاز من غير أن يكون أمرا آخر مستقلا بل يكون مغفولا عنه فى نظر المتبايعين كما إذا باع دجاجا فباض بعد البيع فإنه يكون للمشتري بحسب الارتكاز أو اشترى أجمه فظهر فيها سمك أو سمكين أو اشترى حيوانا فظهر كونه حاملا- الى غير ذلك من الأمثلة فإن الارتكاز فى جميع ذلك موجود على كون الأمر الخارج داخلا فى المبيع و من هذا القبيل الجل للفرس و لكنّه داخل فى صورته الاشتراط أيضا و على الجملة لا يدخل الأمر الخارجى المستقل فى المبيع إلا بالاشتراط أو بوقوع البيع عليه من الأول بحيث يكون المبيع أمرا مركبا.

و عليه فلا- وجه للتفصيل بين التابع العرفى و غير العرفى بأن يقال أن التابع قد يكون أمرا عرفيا فيكون داخلا فى المبيع فلا تضر الجهالة فيه و قد يكون أمرا غير عرفى فلا يدخل فى المبيع فإنه لا وجه لهذا التفصيل بعد



التفصيل المتقدم من ان انضمام المعلوم بالمجهول أن كان من قبيل كون المجهول تابعاً فيصح و إلا فلا يصح فإنه لا معنى لدخول شيء خارجي عن المبيع المجزى عنه بنظر العرف و كونه من التوابع العرفيه بعد ما عرفت أنه لا بد من دخول الأمر الخارجي أما من الاشتراط أو وقوع البيع عليه من الأول.

نعم يمكن أن يقال أن التابع قد يكون في الأمور العرفيه أي فيما يعدّ في نظر العرف من شؤونات المتبوع كما هو واضح، ولكنه لا يصلح تفصيلاً في المسأله.

و من هنا ظهر أنه لا وجه لما ذهب اليه شيخنا الأستاذ و التظهره من الشهيد و المحقق الثاني و قواه من ان المراد من التابع هو ما يعد في العرف تابعاً كمفتاح الدار و حمل نعجه و البيض الذي في جوف الدجاجه و اللبن في الضرع الدابه و نحو ذلك و أيضاً ظهر مما ذكرنا من عدم دخول الأمر الخارجي في المبيع إلا بالاشتراط أو جعله جزء من المبيع من الأول.

على أنه لا وجه لما استظهره من المحقق القمي و صاحب الجواهر أن المراد من التابع هو التبعية في الجعل و التبانى بمعنى أن المبيع و لو كان في الواقع هو المجهول و لكن للتخلص عن الغرر يجعل تبعاً للمعلوم كما في مورد التخلص عن الربا في البيع الخياري في كثير من المعاملات.

و ذلك لأنه ليس إلا - كون الأمر الخارجي داخل في المبيع بإيقاع البيع عليه و على شيء آخر فلا يكون أيضاً تفصيلاً آخر في المسأله.

نعم قد يكون المعلوم متقدماً في الذكر و المجهول متأخراً كقول البائع بعتك هذا الكيلو من الشكر مع هذا القند الموجود في الكس و قد يكون بالعكس أي يكون المعلوم متأخراً و المجهول متقدماً و لكن هذا المقدار لا يكون وجهاً في التفصيل كما هو واضح.

و أما ما ذكره العلامة فى التذكرة من أن التابع ما أخذ شرطاً فى المبيع فى مقابل ما جعل جزء منه فقد اختاره أيضاً شيخنا الأستاذ بدعى أن المجهول لو كان تابعا للمبيع أو جعل شرطاً لا تضرّ جهالته لأن ما وقع فى عقد المعاوضة مبيعا ليس مجهولا و ما هو مجهول لم يقع عليه العقد و لا- يرد على هذا الوجه أن المبيع يكون ح مجهولا- لعدم كون التابع معلوما فلا يعلم أن ما يقع من الثمن فى مقابل المعلوم هو أى مقدار و وجه عدم الورد أن الشروط لا تقابل بشىء من الثمن و انما هو فى مقابل المبيع فقط و فائده الشروط انما هى تسلط المشروط له على الفسخ و هذا بخلاف ما كان المجهول هو جزء المبيع فإن الجهالة تسرى الى الجزء الآخر أيضا فيكون مجموع المبيع مجهولا.

### الكلام فى معنى التابع

و حاصل الكلام من الأول أنه وقع الكلام فى جواز بيع المجهول مع ضميمه المعلوم اليه و عدمه و فصلّ العلامة بين ما كان المجهول تابعا فيجوز بيعه و بين ما إذا كان جزء مستقلا من المبيع فلا يجوز و لهذا وقع الكلام فى معنى التابع.

و قد يراد منه ما يكون جزء من المبيع حقيقه و لكن يكون مغفولا عنه و غير دخيل فى ماله المبيع أصلا سواء كان ذلك الجزء بنفسه له ماله أو لم يكن و من القسم الجيد أو من القسم الردى و هذا كأساس الدار فإنه دخيل فى ماله المبيع فان الدار بدون الأساس لا قوام لها بل قد يصرف المال فى نفس الأساس ما يحاذى ما يصرف فى نفس الدار و لكنه مغفول عنه فى

بيع الدار و غير ملحوظ فيه أصلا و من هذا القبيل قطن الجبه المرسومه فى السابق حيث يضعونه فى الجبه للحراره و حفظ البروده فإن هذا القطن لم يلحظ فى بيع الجبه انه أى مقدار فالجهاله بمقداره لا تضرّ بالمبيع فان ما هو مورد للغرض منه هو وجود نفس القطن فيها بل ربما لا يكون الغرض متعلقا بوجود القطن، بل يكون الغرض قائما بوجود شىء فيه ليحفظ الإنسان بضمّامته عن البروده و ان كان من غير القطن و أما أنه أى مقدار فليس موردا للغرض، بل أنه أى شىء أيضا قد لا يكون موردا للغرض كما هو واضح، و من هذا القبيل القطن الموضوع فى صدر الجبه أو الثوب الأخر ليمنعه الإرخاء فإنه قد يكون من الكرباس و قد يكون من غيره، و قد يكون زائدا و قد يكون ناقصا فشىء منها لا يكون محطا للغرض و ان كان مقوّما للماليه.

و على هذا لا تكون جهالتها موجه لبطلان البيع فإنها لا تكون فى مقابل الثمن من شىء أصلا فكما لا تضرّ جهالته بالبيع و لا تمنع عن صحته و كك هو خارج عن ما نحن فيه من أى أقسام التابع فان المذكورات و أمثالها من اجزاء المبيع لا من الأمور الخارجه عنه حتى يقال انها داخله بالتبع أم لا كما هو واضح.

الثانى من أقسام التابع التابع العرفى بأن لا يكون الشىء جزء من المبيع بل من الأمور الخارجيه و لكن العرف يحكم بحسب ارتكازهم بكون ذلك الأمر الخارجى من تبعات المبيع بحيث لا يحتاج دخولها فى المبيع الى الذكر أصلا، و لا أن جهالتها توجب بطلان البيع فإنها أمور خارجه عن المبيع، بل غير ملحوظ فى نفسها و مغفول عنها و انما الغرض تعلق بأصل المبيع و مثل هذه الأمور مع كونها من الأمور الخارجيه لا تكون خارجه عن المبيع إلا باشتراط عدمها و إلا فمجرد عدم التعرض لها يكفى فى دخولها فى

و هذه كدخول المسامير فى الجدران فى بيع الدار و يمكن أن يكون الكهرباء و الماء فى هذا الزمان من هذا القبيل بان يكون مجرد السكوت عنهما كافيا فى دخولها فى المبيع فالجهالة بأى شىء منها لا توجب بطلان المعاملة و غريرتها فإنها مع كونها خارجه عن المبيع غير دخيله فى ماله المبيع و مع كونها دخيله فيها غير ملحوظه بنفسها و انما دخولها بالارتكاز فىكون داخلا فى التفصيل بين ما يكون التابع داخلا بالاشتراط أو بالجزائيه الذى فصل به العلامه (ره) فلا معنى للتفصيل بين أن يكون التابع أمرا عرفيا أو غير عرفي فإن العرف ليس له أن يحكم بكون الشىء داخلا فى المبيع إلا بالارتكاز المتقدم و قد عرفت أنه من أقسام الشرط و فى الحقيقه أن هذا ليس تفصيلا فى كون التابع المجهول موجبا للغرر و عدمه و تخصيصا لنهى النبى (صلى الله عليه و آله) فى بيع الغرر بل هو خارج عن الغرر تخصصا كما لا يخفى، فافهم.

و قد عرفت مفضيلا أن الشىء لا يدخل فى المبيع إلا بالاشتراط، أو بالجزئيه، فالعرف بما هو عرف ليس له أن يدخل شيئا فى المبيع إلا بالارتكاز المذكور الذى عرفت أنه من جمله الشروط.

و أما التفصيل بين التابع و غير التابع و القول بان المجهول ان كان تابعا للمبيع فيصح و إلا فيبطل فان رجوع الى الاشتراط فله معنى معقول و لكن ليس وجها آخر و تفصيلا وراء التفصيل بين الاشتراط و الجزئيه الذى ذكره العلامه و ان أراد المفصل شيئا آخر فلا نعقل له معنى محصلا فإنه لا يدخل شىء فى المبيع إلا بأحد الوجهين من الاشتراط و الجزئيه و إلا فيكون كوضع الحجر فى جنب الإنسان و أما ما ذكره المحقق القمى و

صاحب الجواهر من أن المجهول يكون تابعا في مقام الجعل و التباني فح لا يوجب غرريه المعامله و هذا بخلاف ما لو كان التبع في عالم الجعل و التباني و في مقام الإنشاء هو المعلوم و كان المبيع أى المتبوع هو المجهول فإنه ح تكون المعامله غرريه و باطله.

و فيه ان كان المراد من ذلك هو التقديم و التأخير في الذكر فله وجه و لكنه لا- يوجب مجرد التقديم و التأخير في الذكر التفصيل بأن يكون أنه ان قال البائع بعتك هذه الدار المعلومه و ما في الكيس الذى هو مجهول يصح البيع و لو انعكس بطل.

و ان كان المراد من ذلك هو الاشتراط و الجزئيه بأن يكون المراد منه أنه لو كان المجهول داخلا- في المبيع بعنوان الاشتراط صح البيع و ان كان بعنوان الجزئيه بطل فله معنى معقول و لكنه ليس تفصيلا آخر في المسأله وراء ما ذكره العلامة(ره)من التفصيل بين الجزئيه و الشرطيه.

و ان كان المراد من هذا التفصيل غير ما ذكرناه فلا نعقل له معنى صحيحا ليرجع الى محصل.

و أما ما ذكره المصنف من احتمال أن يكون مرادهم التابع بحسب القصد من المتبايعين و هو ما يكون المقصود من البيع غير المجهول.

فان كان المراد من القصد هو الغرض الشخصى بأن كان غرض المشتري هو الشئ المعلوم و ان كان قيمه المجهول أضعاف قيمه المعلوم، و لكن غرضه لم يتعلق بالأ- بالمعلوم فمن الواضح أن الأغراض الشخصيه لا توجب رفع الغرر عن المعامله كما تقدم في البحث عن بيع الغرر فان الغرر انما هو يتحقق في المعاملات بحسب النوع و ان كان البيع في اعتقاد المشتري غير غررى مثلا لو اشترى صبره مجهوله من الحنطه و لم يكن مورد غرضه الا حقه

واحد فلا- يوجب ذلك ارتفاع الغرر عن المعامله بحسب الغرض النوعى و هكذا لو اشترى أجمه و لم يكن غرضه إلا القصب مع كونها مشتمله على الأسماك الكثيره فإنه لا شبهه فى كونه المعامله غرريه بحسب الغرض النوعى و ان كان غرض المشتري حاصلًا و هكذا و هكذا.

و على الجملة فالاغراض الشخصيه غير دخيله فى رفع الغرر و ان كان أصل قوام الغرر و تحققه شخصيا أى قائما باحتمال الخطر الذى هو أمر شخصى.

و ان كان المراد من القصد و الغرض هو الغرض النوعى و عليه فان كان المقصود الذى جعل تابعًا من القله بمكان لا يعتنيه العرف فى مقابل المقصود بحيث لا- يكون دخيلا فى زياده المالىه للمبيع أصلا فلا شبهه فى صحه البيع و هذا كما إذا اشترى آجاما و كان هو المقصود من البيع و كانت الأجمه مشتمله على السمكه أو سمكتين فان الجهل بهذا لا يضر بصحه البيع فلا يوجب كون المعامله غرريه فإن العاده قاضيه بأن الأجمه لا تخلو من سمك عاده و من هذا القبيل بيع الدجاج ثم باضت فان الجهل بوجود البيض فيه لا- يضر بصحه بيع الدجاج لعدم كون السمك فى المثال الأول و وجود البيض فى المثال الثانى غير مقصود و غير دخيل فى مالىه المبيع و ان كان كل من السمك و البيض يباعان مستقلا و يتساويان بالمال و لعل من هذا القبيل ما تقدم من التابع العرفى بل هذا النحو من غير مقصود داخل فى المبيع بالارتكاز كما تقدم فليس وراء الاشتراط شىء آخر و ان كان غير المقصود كثيرا فى نفسه بحيث يكون بنفسه موردا للغرض و محطًا للمقصود بل قد يكون قيمه غير المقصود مساويا مع قيمه المقصود أو أكثر منها،ففى هذه الصوره و ان لم تكن المعامله غرريه بالنسبه إلى المشتري لكون المقصود بمقدار يساوى

القيمه المذكوره و الثمن الذى يعطى للبائع و انما يكون غير المقصود له مجاناً و لكن المعامله غرريه بالنسبه إلى البائع فإنه عامل معاملة لا- يعلم أن ما خرج من كيسه أى مقدار و أن الثمن يساوى بأى مقدار من المثلث فتبطل للغرر كما هو واضح، فان هذه المعامله من أوضح أفراد المعامله الغرريه على انه لا يدخل فى المبيع إلا بأحد الوجهين المتقدمين من الجزئيه أو الشرطيه و الآ فىكون أجنبياً عن العقد، بل يكون كوضع الحجر فى جنب الإنسان و ح فلا يكون تفصيلاً آخر غير ما ذكره العلامة من التفصيل بين أن يكون التابع المجهول جزء فىبطل البيع و بين كونه شرطاً فلا يبطل و أما الوجوه الأخر فليست قابله للتكلم عليها بوجه، و قد ذكر هذا الوجه العلامة (ره)أورد عليه المحقق الثانى بأن العبارة لا أثر لها فعلى كل حال فالمعامله ان كانت غرريه فتبطل و الآ فلا تبطل.

و قوى هذا الوجه شيخنا الأستاذ و فرّق بين الجزء و الشرط بان الثمن يقسّط على الجزء و لكن لا يقسّط على الشروط.

أقول:الظاهر انه لا يمكن تصديق هذا التفصيل على وجه الإطلاق فإن لازم ذلك أنه إذا قال بعتك هذا الكيلو من السكر بعشره دنانير بشرط أن يكون ما فى الكيس لك فلا يعلم أن ما فى الكيس درهم أو دينار أقل أو أكثر،فهذا من أوضح أفراد المعامله الغرريه فإن المعامله فى نظر العرف يلاحظ مع جميع شروطها و ان لم يكن للشروط قسط من الثمن،فلو عامل أحد هكذا بان باع داره التى تسوى بألف دينار بدينار بشرط أن يكون ما فى الصندوق أيضاً للبائع،فلا يعلم أن فيه أى مقدار من الفلوس فلا يشك أحد فى كون مثل هذه المعامله غرريه جداً.

و التحقيق ان يفصل فى المقام بأن مدرک الحکم ببطالان البيع الغررى ان هو دليل نفى الغرر، فلا- شبهه فى كون مثل هذه المعامله غرريه كما عرفت و لكن عرفت المناقشه فيه من حيث السند و الدلاله و ان كان المدرک فى المقام هو الإجماع بأن يقال انه قام الإجماع على كون الجهاله مبطله للمعامله فمن الواضح أنه دليل لبي فيقتصر على المورد المتيقن و هو ما إذا كانت الجهاله فى المبيع لا فى الشروط الا أن يكون لأحد قطع على شموله للشروط أيضا و نحن لا نقطع بذلك.

و توهم ان الشرط يوجب رفع الغرر مع الخيار تخلف الشرط كما تقدم فاسد فان هذا الشرط النتيجة فلا خيار فيه فان قول البائع بعتك الشىء الفلانى بكذا بشرط ان يكون ما فى الكيس لك اشتراط كون ما فى الكيس له قليلا كان أو كثيرا و يتحقق ذلك بمجرد تحقق البيع فلا تخلف فيه حتى يوجب ثبوت الخيار.

## الكلام فى الانذار

### اشاره

قوله:مسأله يجوز أن ينظر لظرف ما يوزن مع ظرفه مقدار يحتمل الزيادة و النقيصه على المشهور.

أقول:بل ادعى عليه الإجماع و عن الفخر السدين التصريح بدعوى الإجماع و قد ذكرت أقوال فى تفصيل:- الأول:جواز الانذار بشرطين كون المندر متعارف الانذار عند التجاره و عدم العلم بزياده ما يندر.

الثانى:عطف النقيصه على الزيادة فى اعتبار عدم العلم بها.

الثالث:اعتبار العاده مطلقا و لو علم الزيادة أو النقيصه.



الرابع:التفصيل بين ما يحتمل الزيادة فيجوز مطلقا و ما علم الزيادة فالجواز بشرط التراضى.

الخامس:عطف العلم بالنقيصه على الزيادة السادس:اناطه الحكم بالغرر.

و لكن النفي و الإثبات فيها لا يرد على مورد واحد

## تحقيق الكلام هنا

### اشاره

فى جهتين:-

الاولى:فى تحقق الاندار فى مقام الإعطاء و القبض و الإقباض بعد الفراغ عن صحه البيع.

و الثانيه:فى كون الاندار فى مقام البيع و مرحله إنشاء المعامله و تصحّ البيع بحيث يكون سالما عن الغرر.

## أما الوجه الاولى فى تحقق الاندار

فلا شبهه فى صحه البيع و عدم كون المعامله غرريه فإنها تحققت صحيحه فالإنذار فى مقام الإقباض لا يوجب قلب المعامله عن صحتها الى غيرها و ح يجوز الاندار مع التراضى فى مقام الإعطاء و لو بمقدار أكثر من الظرف فان المتاع مال للبائع فهو مسلط على ماله فله أن يبذل مقدار منه أو جميعه،فقول شيخنا الأستاذ أن الانذار يوجب جهاله المبيع و لو بعد تحقق البيع صحيحا لا يمكن المساعده عليه و ما ذكره كاشف الغطاء (ره)من كون الانذار موجبا للغرر فيكون البيع الذى وقع فيه الانذار باطلا فى غير هذه الصوره كما سيأتى و ان لم يتراضيا بالإنذار فأیضا لا وجه لبطلان البيع،بل يحكم بصحته إذا كان المبيع مما تعارف الانذار فيه كما بيع الادهان و الدبس و النفط و الاثمار و الأرز و غيرها فان كثيرا من الأشياء قد جرت العاده بالإنذار فيه بعد البيع فإن رضى المالك به فلا كلام فيه كما تقدم،و ان لم يرض به المالك فبالشرط الضمنى العقدى نجبره على

الانذار فان جريان العاده بذلك فى حكم الاشرط فى ضمن العقد صريحا فح يجوز الانذار فلا يضرّ بصحه المعامله أيضا.

و ان لم يرض البائع بالإنذار و لم يكن المبيع من الأشياء التى تعارف فيه الانذار ليكون جوازه ثابتا بالشرط الضمنى فتأخذ القدر المتيقن و نجرى البراءه من المقدار الزائد عنه و باستصحاب عدم زياده عن المقدار المتيقن كما هو واضح و نظير ذلك ما إذا مات البائع و المشتري بعد المعامله و وقع النزاع فى مقدار العوضين فإنه ح يؤخذ القدر المتيقن و تمسك فى الباقي بأصالة عدم زياده المبيع عن المقدار المتيقن و براءه الذمه من القدر الزائد منه.

فتحصل أن هذه الصوره خارجه عن مورد النقض و الإبرام و عن محل الأقوال المذكوره كما هو واضح.

### **الجهه الثانيه: أن يكون الانذار حين البيع بحيث يقع البيع على المنذر**

بأن يقول بعتك هذا الدهن غير ظرفه مع كون الظرف و الدهن مجموعهما معلوما و لكن كل واحد منهما لم يكن معلوما و هكذا لو قال بعتك الشىء الفلانى و هو مع ظرفه عشره حقق الظاهر أنه لا شبهه فى بطلان البيع فى هذه الصوره لكونه من أظهر أفراد الغرر إذ لا يعلم أنّ مقدار المبيع أى قدر وزنه فهل يحتمل أن الشىء إذا كان مجهولا لا يجوز بيعه مستقلا و لكن يجوز بيعه مع ضمّه إلى شىء آخر ليكون مقدار المجموع معلوما فهذا مثل اشترى الإنسان عشر كيلوات من الشكر و أخذ جملة منها و باع الباقي فإن معلوميه المجموع لا- يوجب صحه بيع البقيه المجهوله كما هو واضح، و لا يفرق فى ذلك بين كون المتبايعين راضيا بالإنذار أم لا، فان رضاءهما لا يوجب صحه البيع المنهى عنه شرعا فهو نظير رضاءهما ببيع الخمر و الخنزير

و القمار فهى الشارع عن معاملة غير تابع برضى المتبايعين و ما ذكره الأصحاب و كاشف الغطاء(ره) من عدم كون رضى المتبايعين موجبا لرفع الغرر فمورده هذه الصورة و قد اتضح النفي و الإثبات فى كلمات كثير من الأصحاب لو لم يكن كلهم لم يرد على مورد واحد و من هنا اتضح أيضا مورد الروايات أيضا كما يتضح لمن يلاحظها و علم أن الروايات انما وردت على طبق القواعد لا على خلافها.

فتوهم أنها وارده فى نفس البيع فيصح مع التراضى على خلاف القاعدة فاسده عن حنان فى الموثق (1) قال: كنت جالسا عند ابى عبد الله(عليه السلام) فقال له معمر الزيات قال لأبى عبد الله(عليه السلام) انا نشترى الزيت فى زقاقه فيحسب لنا النقصان لمكان الزقاق فقال له ان كان يزيد و ينقص فلا بأس و ان كان يزيد و لا ينقص فلا تقربه و قد استظهر المصنف منها كون المفروض فى السؤال هو التراضى لأن الحاسب هو البائع أو وكيله و هما مختاران و المحسوب له هو المشتري.

أقول: معنى الروايه و الله العالم ان السؤال انما وقع عن الانذار بعد تحقق البيع و الشرى، فقال الامام(عليه السلام) انه ان كان ما يندر يحتمل الزيادة و النقيصه فلا- بأس به يعنى أنه يحتمل فهو موافق للعاده الجاربه عليه فى السوق و الخانات حيث يشترى الأمتعه من الاثمار و الألبان و يندرون لظروفها مقدارا يحتمل الزيادة و النقيصه فحيث أنه موفق للعاده و لسييره الجاربه على ذلك قال الامام(عليه السلام) فلا بأس به أن يكون زائدا عن مقدار الظرف و يحتمل أن يكون ناقصا عنه أو زائدا و أما إذا تعين كون الانذار زائدا

ص: ٤٤٧

عن الظرف و لم يحتمل الزيادة فهو حرام لانه تصرف فى مال الغير بدون اذنه، فلذا نهى عنه الامام (عليه السلام) فقال لا تقربه فهذه الروايه راجعه إلى بيان حكم الاندار بعد المعامله لا فى بيان حال الاندار عند البيع و ضمير لا تقربه يرجع الى الاندار لا الى البيع كما هو واضح فتدل على عدم الجواز فى صورته الزيادة مطلقا رضى به البائع أم لا.

و دعوى ظهور الروايه فى صورته التراضى من جهه أن المحاسب أما البائع أو وكيله و على كل حال فهما راضى بذلك دعوى فاسده فإن العاده جاريه حتى الآن على كون المحاسب غير البائع و وكيله كما نشاهد فى السوق و الخانات أن أهل الباديه يجلبون الاثمار من الرقى و البرتقال و الرمان و غيرها أو الألبان و غيرها من الأمتعه و يقفون فى الخارج و ينظرون إلى أمتعتهم فيوزن شخص واحد و يحاسب شخص آخر من صاحب الخان أو الدلال فيعطون قيمه أمتعته على حسب انصافهم أقل أو أكثر، ففى هذا المقام نهى الامام (عليه السلام) عن الاندار بالزيادة بحيث لا يحتمل النقيصه أو التساوى فقولته (عليه السلام) ان كان زائدا فلا تقربه ليس معناه أنه إذا احتمل الزيادة دون النقيصه مقابل احتمال الزيادة و النقيصه فإنه خلاف الظاهر من الروايه نعم لو رضى البائع بالزيادة كما هو المتعارف فعلا فلا بأس به على القاعده حيث يوزنون الاثمار فى الخانات من الرقى و غيره و بعد تمام العيار يأخذون الواحد أو الاثنين يعطونه للمشتري فإنه لا بأس به لجريان العاده عليه و رضى البائع بذلك و تدل على الجواز مع التراضى الروايتان الأخيرتان فتكونان مقيدتين لروايه معمر الزيات فعلم مما ذكرناه انهما أيضا وردتا على طبق القاعده فإن التصرف فى مال الغير مع رضى منه جائز.

أحدهما روايه (1) على بن أبى حمزه و الثانيه روايه (2) قرب الاسناد

ص: ٤٤٨

١- (١) وسائل: ج ١٢ ص ٢٧٢ باب ٢٠ حد ١.

٢- (٢) وسائل: ج ١٢ ص ٢٧٣ حد ٣.

اللذان نقلهما المصنف.

ثم انه إذا انكشف الخلاف أما بالزيادة أو بالنقصه فيكون داخلا- تحت المسأله المتقدمه و هى إذا باع صبره على انها عشره أرتال فبانت زائده أو ناقصه فقد تقدم ان مقتضى القاعده هو الانحلال فيصح فى الموجود و يبطل فى الناقص.

و مع الزيادة يرد إلى البائع ان لم يرض بالبيع و الا فيكون من المبيع على الحساب الذى بنوا عليه من كل رطل بكذا.

و قد عرفت أن الكلام فيه فى مقامين:- الأول: فى مقام تصحيح البيع لئلا يكون بيع مجهول.

و الثانى: فى مقام التسليم.

أما الأول: فلو اخرج مقداراً بعنوان الانداز لتصحيح البيع ثم ظهر الخلاف فيكون من مصاديق ما تقدم من انه لو باع صبره ثم ظهر الخلاف بالزيادة أو النقصه فهل يثبت الخيار لكل من البائع و المشتري أم لا، و قد عرفت هناك أن ثبوت الخيار متوقف على كون إلهيه الاجتماعيه دخيله فى ازدياد المالىه و الا فينحل البيع الى الاجزاء فيصح فى الموجود و يبطل فى المعدوم.

و اما الانداز فى مقام التسليم فلو أندروا للظرف مقداراً ثم ظهر الخلاف فلا خيار فى شىء من الصور التى ذكرناها سابقاً من التراضى أو الشرط الضمن العقدى أو الأخذ بالمتيقن و نفى الزائد بالأصل.

أما فى صورته التراضى فلو رضيا بانداز مقدار للظرف ثم ظهر الخلاف فبالمقدار المندر فلا شبهه فى صحه المعامله و لزومها و أن خارج عن المقام لفرض رضى المالك بذلك و يكون الزائد على مقدار الظرف أو الناقص عنه

ص: ٤٤٩

هبة من مالك المثلث أو مالك الثمن و أما مع عدم التراضي بالنسبة إلى الزائد منه أو الناقص فيرجع من له الحق إلى الآخر و مع عدم الزيادة و النقيصه فلا فاما من ليس لأحدهما حق على الآخر أصلا فله خيار و من له حق للآخر فيرجع الى حقه من دون خيار و هكذا الكلام في الشرط الضمني أيضا فإن العاده جاريه بإنذار مقدار من المبيع للظرف فهو مما لا بد منه و مع الزيادة من المقدار المتعارف أو النقيصه منه يرجع ذو الحق إلى الآخر و أما الزائد و الناقص في نفس المقدار المتعارف فيرجع الى الهبه كما عرفت في الصورة الاولى و أما فيما إذا أخذ المبيع القدر المتيقن ثم ظهر الخلاف فأیضا يرجع كل منهما الى غيره و لا يجوز لمن عنده الزائد أن لا يرده الى صاحبه، بل وجب عليه رده الى صاحبه فتحصل أن في شيء من هذه الصور ليس لواحد من المشتري أو البائع خيار نعم لو منع البائع عن رد الناقص فثبت له حكمه بل اما يصح البيع بلا شيء أو يصح مع رد الزائد أو الناقص من المقدار المنذر.

### الكلام في بيع الظرف مع مظروفه

قوله:يجوز بيع المظروف مع ظرفه الموزون معه و ان لم يعلم الا- بوزن المجموع أقول:حاصل ما ذكره المصنف هو ان الظاهر انه لا- خلاف بين أصحابنا أنه يجوز بيع المظروف مع ظرفه الموزون و ان لم يعلم بوزن المجموع و قال ان الذي يقتضيه النظر أن يجوز بيعه فيما نحن فيه منفردا عن الظرف حتى مع الجهالة أيضا فهذا يجوز بيعه منضمًا أيضا فإن الانضمام ليس بمانع و لا رافع للشرط و أما لو لم يكف في بيع أحد المنضمين معرفه وزن المجموع فالقطع بالمنع مع لزوم الغرر الشخصى و مثل عليه بأنه لو باع سبيكه من ذهب

مرّد بين مائه مثقال و ألف مع وصله من رصاص قد بلغ وزنها ألفى مثقال فإن الإقدام على هذا البيع اقدام على ما فيه خطر يستحقه لأجله اللوم من العقلاء و أما مع انتفاء الغرر الشخصى و انحصار المانع بالنص و الإجماع، الدال على اعتبار الكيل فى المكيل و الوزن فى الموزون و بطلان بيع المجهول فيهما فالقطع بالجواز فان مفاد النص و الإجماع هو معرفه مقدار المبيع من حيث المجموع و أما معرفته بكل جزء جزء فلا- دليل عليهما ثم قال و لو كان أحد الموزونين يجوز بيعه منفردا مع معرفه وزن المجموع دون الآخر كما لو فرضنا بيع الفضة بالشمع عند الصياغه كالخلخال مثلا و عدم جواز بيع الشمع ككك فان فرضنا الشمع تابعا يجوز البيع و لا تضر جهاله الشمع و الآ فلا.

و التحقيق أن يقال أن المبيع تاره يكون من الموزون ظرفا و مظروفا مع الجهل بمقدارهما و أخرى يكون المظروف من الموزون و الظرف من غيره فعلى الأول فلا- يجوز البيع أصلا سواء كان غريبا أم لا لما عرفت سابقا من اعتبار الكيل فى المكيل و اعتبار الوزن فى الموزون. بل قلنا أن بيع الموزون بلا وزن باطل و ان لم يكن فيه غرر و مثلنا لذلك بأنه لو جعل مقدار من الحنطه فى أحد طرفى الميزان و مقدارا من الأرز فى الطرف الآخر فتبادلا مع كونها على قيمه واحده فإنه يبطل هذا البيع لا لكونه غريبا، بل لاعتبار الوزن فيه حتى مع عدم الغرر و أما إذا لم يكن الظرف من الموزون مع العلم بمقدار المظروف فهذا على نحوين:- الأول: أن يبيع المظروف و الظرف مجموعا على عشره دنانير مثلا- انه يقول البائع بعتك مجموع خمسه أرتال من الحنطه الموجوده فى هذا الظرف مع ظرفه على عشره دنانير بحيث لا يعلم أن ما يقع فى مقابل الظرف أى مقدار

من الثمن و ما وقع فى مقابل المثلثن أى مقدار منه فهذا لا شبهه فى صحته فان المانع عن صحه البيع هو الغرر و المفروض انه منفى و كذا المانع الأخر و هو عدم وزن المظروف مع كونه من الموزون و الظرف انه موزون أيضا غايه الأمر لا يعلم أن ما فى مقابل المظروف أى مقدار من الثمن و ما فى مقابل الظرف أى مقدار منه فهذا غير لازم بعد عدم الغرر كما لا يخفى.

الثانى: أن يبيع مجموع الظرف و المظروف بخمسه عشره ليكون على الظرف خمسه و على المظروف عشره على حساب كل رطل بدينارين مع كون المظروف خمسه أرتال فإنه يكون ثمن كل واحد من الظرف و المظروف معينا فهذا أيضا لا شبهه فى صحته فان انضمام الظرف بالمظروف هنا كانظام شىء أجنبى بالمبيع ككتاب الرسائل فلا يلزم منه محذور كما عرفته فى الشق الأول و تظهر الثمره بين الصورتين أن فى الأولى مع ظهور شىء من المظروف أو الظرف مستحقا للغير فلا بد من إرجاع المجموع من الظرف و المظروف الى العرف حتى يقوم المجموع ثم يقوم كل واحده منهما و الرجوع الى التفاوت بالنسبه و هذا بخلافه فى الصوره الثانيه فإن قيمه كل من الظرف و المظروف معينه فى نفسه.

الثالث: أن يكون الظرف و المظروف من الموزون و كان مقدار كل منهما مجهولا مع كون المجموع معلوما كما إذا فرضنا أن الظرف سبيكه من الفضة و المظروف سبيكه من الذهب و نعلم أن منا مائه مثقال من الذهب و ألف مثقال من الفضة و نشك أن تسعه مائه مثقال أ هى من الفضة أم من الذهب مع العلم بكون المجموع ألفين مثقال فذهب بعضهم الى فساد البيع لكونه غوريا و بيع جزاف إذ لا يعلم أن تسعه مائه مثقال ذهب أم فضّه فأى خطر



أعظم من ذلك.

و لكن الظاهر هو صحة البيع فى هذا القسم و بيان ذلك أن مورد كلامنا اعنى كون البيع غرريا انما هو فيما يكون الجهل بوجود المبيع و لا يدرى المتبايعان انه موجود أم لا أو فيما يكون الجهل بأوصاف المبيع التى دخيله فى المالىه و أما الجهل بالقيمه فغير مربوط بالغرر و انما هو من موارد خيار الغبن فلو باع مثقالا من الذهب بدينار أو اشتراه أحد بثلاثه دنانير فإنه يثبت لهما خيار الغبن بعد معرفه القيمه و لم يتوهم أحد هنا فساد المعامله لكونه غرريا و كذلك لو أقدم على الغبن مع العلم فإنه يحكم بالصحه أيضا و فى المقام أن مائه مثقال من الذهب و ألف مثقال من فضه معلوم و التسعه مائه مجهول أنه ذهب أو فضّه فلو باع كل مثقال من الذهب بدينارين و كل مثقال من الفضّه بدرهم و ان لم يعلم مقدار الذهب أو مقدار الفضه منفردا منفردا فلا وجه لبطلان البيع فإنه من مصاديق بيع الصبره و قد عرفت صحه بيعها مجموعا بعنوان كل رطل بكذا فان انضمامها الى ما يعلم بمقدار المجموع لا- يوجب البطلان و على هذا فإذا باع مجموع ألفين مثقال كل مثقال بدرهم مع العلم بالغبن و الاقدام عليه فلا وجه لبطلان المعامله و بالجمله أن الغبن فى المعامله غير الغرر فيها فلو أقدم المتعاملان على الغبن أو انجبر الغبن بالخيار فلا وجه للحكم بالبطلان للغرر كما لا يخفى.

و على الإجمال أن كل من الظرف و المظروف و ان كانا مو الموزونين و لم يعلم بمقدار كل منهما على التفصيل و لكن ذلك مثل بيع الصبره كل رطل بكذا فيجوز للبائع ان يبيع ذلك المجموع المركب بأن كل مثقال من الذهب بدينارين و كل مثقال من الفضه بدرهم و صحه البيع فى مثل ذلك لا يستلزم العلم بمقدار الصبره أصلا و كك يصح بيع مجموع الذهب و الفضه على حساب كل

ص: ٤٧٣

مثقال بدرهم مع الاقدام على الغبن فلا وجه للحكم بالبطلان للغرر فان مورد الغبن غير موارد الغرر كما عرفت.

و على كل حال فلو كان الطرف و المظروف كليهما من الموزون و لم يعلم مقدار كل واحد منهما على التعيين و لكن علم مقدار المجموع من حيث المجموع فيصح بيعه على حساب كل رطل بكذا و كذا يصح بيع مجموعها بقيمة الذهب أو بقيمة الفضه مع الاقدام بالغبن فان الغبن غير الغرر كما عرفت.

## الكلام فى استحباب التفقه فى الدين

### اشاره

قوله (ره):مسأله:المعروف بين لأصحاب تبعاً لظاهر تعبير الشيخ بلفظ ينبغي استحباب التفقه فى مسائل الحلال و الحرام المتعلقة بالتجارات ليعرف صحيح العقد من فاسده و يسلم من الربا.

أقول:قد وقع الإشكال فى هذا التعبير أى بالاستحباب مع أن تعلم الاحكام من الواجبات للآيات و الروايات الكثيره منها آيه (١)النفر و توضيح المسأله أنه قد يجب تعلم الأحكام الشرعيه صونا لها عن الاندراس و هذا لا تختص بأحد دون أحد بل هو جار فى حق كل أحد و يجب عليهم كفايه كما هو مقتضى التعبير بمن فى قوله تعالى فَلَوْ لَا نَفَرَ مِنْ كُلِّ فِرْقَةٍ مِنْهُمْ طَائِفَةٌ لَخَوَّاهُ الْقَوْمُ مِنَ الْعِلْمِ مَا كَانُوا يَاسِقُونَ و هذا القسم من التعليم كما لا يختص بشخص دون شخص،بل يجب على كل شخص و لكن كفايه بحيث لو تعلم من به الكفايه لسقط عن الباقيين كما عرفت من الآيه و كك لا تختص بحكم دون حكم،بل يجب تعلم جميع

ص:٤٧٤

الاحكام لكي لا تدرس بل تبقى حسب طول الزمان حتى المسائل التي لا يتليها كمسائل الحيض و النفاس و الحدود و نحوها  
ثم أن التعلم في هذا القسم لا- بد و أن يكون عن اجتهاد و استنباط فان بقائها انما كذلك فهذا قسم من وجوب التعلم على  
الاجتهاد بعنوان الكفايه فلو تركوه لعوقب الجميع.

و قد يجب التعلم لأجل العمل بها فان تركه موجب لتفويت الواقع و هذا انما يكون في المسائل التي يتليها المكلف عادة و لا  
يجرى في غيرها فهذا انما يجب عينا لكل أحد و لا يلزم أن يكون ذلك بحسب الاجتهاد، بل يجوز ان يكون به و بالتقليد أيضا و  
كل من ترك التعلم في تلك المسائل حتى وقع في الحرام الواقعي يعاقب عليه فهل العقاب على ترك الحكم الواقعي، أو على  
نفس ترك التعلم نزاع بين الأردبيلي و المشهور حيث قال المشهور يكون العقاب لترك الواقع و ذهب المحقق الأردبيلي إلى  
كونه لنفس ترك التعلم و تفصيل الكلام في علم الأصول، و هذا أيضا قسم من تعلم الاحكام فلا يجب الا فيما يطمئن ان يتلى  
به و أما في غيره فلا.

و قد يجب هذا عقلا- و نقلا- أما النقل فالروايات الكثيره الداله على وجوب تعلم الاحكام مثل أن يقال للرجل يوم القيامه لماذا  
عملت فيقول ما علمت و يقال لماذا علمت و أما العقل فلدفع الضرر المحتمل ففي كل واقعه يجب أن يتعلم من حكمها معامله  
كانت أو غيرها لذلك و مع الترك و الوقوع في الحرام الواقعي فيعاقب كما إذا ارتكب بالبيع الربوي و تزيد المعاملات على  
غيرها بعدم جواز التصرف في شيء من الثمن و المضمن لاحتمال فساد معامله أما المضمن فلاستصحاب بقائه في ملك مالكه مع  
ذلك الاحتمال فلا يجوز التصرف فيه الا مع العلم بالناقل و أما الثمن فلاحتمال انتقاله إلى البائع فلا يجري

هنا استصحاب عدم انتقاله إلى البائع لعدم جريانه قبل الفحص و هذا بخلافه في المثلن فإنه لا مانع من جريانه لكونه موافقا للاحتياط فيجری قبل الفحص.

و على الاجمال لا- يجوز ترك التعلم في المسائل التي يطمئن بابتلائه بها لاحتمال الغرر الموجب لوجوب التعلم و لا- يجوز التصرف في الثمن و المثلن في المعاملات لما ذكرناه.

و هنا قسم ثالث و هو أن يحتمل الإنسان أن يبتلى بمسائل في طول عمره فهذا يستحب تعليمه لأدله الاحتياط كما إذا كان أحد يتجر بالقند و الشكر فإنه لا- يبتلى عادة بمعامله الحيوان و مع ذلك يحتمل ابتلائه بذلك و هكذا مسائل الزكاه و نحوها فان التاجر في هذا الزمان لا- يبتلى عادة بالزكاه و مع ذلك يحتمل ابتلائه بها فيستحب تعلمه و كذلك لا يحتمل الإنسان عادة ان يبتلى بالذهاب إلى الخارج و مع ذلك يستحب أن يتعلم احكامه من حكم القبلة و الطهاره و النجاسه و المعامله معهم لاحتمال ابتلائه به أو لتعليم الناس و هكذا و هكذا و لكن لا- يجب ذلك لأنه يطمئن بعدم الابتلاء كما لا يجب للرجل معرفه أحكام المرأه و لا- يجب للمرئنه معرفه أحكام الرجل من صلاته و صومه و لبسه و غيرها و إذا ابتلى احد بما كان مطمئنا بعدم ابتلائه و وقع في الحرام الواقعي لا يعاقب على ترك التعلم فان اطمينانه بعدم الابتلاء حجه له عند الله و به يكون معذورا في الوقوع على الحرام كما هو واضح فمراد الفقهاء من حكمهم باستحباب تعلم مسائل الحلال، و الحرام، هو هذا القسم كما مثلنا، بمثل معرفه مسائل خيار الحيوان و مسائل الزكاه.

ثم انه ربما يتوهم التعارض بين ما دل على تعلم الاحكام و بين ما دل

على مطلوبيه الاكتساب فان ما دل على استحباب الاكتساب أعم من أهل العلم وغيره و جمع بينهما صاحب الحدائق بالالتزام بأن أهل العلم خارج عن تحت تلك الأخبار الداله على مطلوبيه الاكتساب و لكنه واضح الدفع لعدم تماميته ثبوتا و إثباتا أما ثبوتا فلانه كثيرا لا ينافي الكسب لطلب العلم كما إذا عرف كسبا يصرف وقته فيه قليلا و لكن يربح كثيرا فان مثل هذا كيف يقال في حقه انه ليس في حقه طلب الكسب و أما ابتلاء فان الناظر في تلك الأخبار الداله على مطلوبيه الاكتساب يرى أنها أعم فلا وجه لإخراج أهل العلم عن تحتها لعدم الدليل عليه على أنه قد لا يكون الكسب مزاحما لتحصيل العلم كما إذا كان له خط جيد فيكتب سطرًا و يبعه بدينار فان مثل ذلك لا يزاحم تحصيله بل يستحق بذلك التفصيلتين و فاض بأجر تحصيل العلم و تحصيل الكسب فأى شيء أعظم من ذلك كما عرفت فلا وجه لرأى الحدائق ثبوتا و إثباتا فان الكاسب حبيب الله و ان كان طالبا للعلم.

و بعبارة أخرى قد دلت الروايات الكثيره على استحباب تحصيل العلم و كون الأخبار الداله على استحباب الكسب مختصا بغير أهل العلم و أيد ذلك بجملة من الاخبار الداله على حسن التوكل و أن أهل العلم لا بد و ان يتوكل على الله تعالى في أموره و يطلب من الله تعالى رزقه و أيضا أيده بكلام الشهيد في المنية و لكن الظاهر أنه لا دلالة في شيء من المذكورات على مقصد الحدائق كما افاده المصنف فان حسن التوكل على الله لا يدل على الاعراض عن الكسب و ليس معناه أن الإنسان يتوكل على الله و يقعد

فى بئته بل معناه أنه بىب لكل شىء أن ىتوكل على الله فى أموره بالىءصو ص أهل العلم فإنهم قواد الذىن بل كانت الأئمه ىتوكلون على الله و مع ذلك كانوا ىشتغلون بالكسب و كان الأمير علىه السلام أول من آمن بالله و ىتوكل علىه و مع ذلك موجر نفسه لليهودى و ىشتغل بالزراع و التجاره و فى مجموعو الورام أن الباقر(علىه السلام) كان ىرجع من البستان و كان ىتكئا على الغلامين فاعترضه أحد الصواف مالءك قد خرجت فى هذه الحراره لطلب الدنيا فقال علىه السلام لىس هذا طلبا للدنيا بل من العبادو.

و بالجمله لا إشعار فى شىء مما دل على لزوم التوكل و حسنه على ترك الكسب و الاشتغال بطلب العلم و اللى لىجاز الاستدلال بها على القعود عن الكسب و الحركه و التوكل على الله فان الله و ان أمر بالتوكل و مع ذلك أبى أن ىجرى الأمور إلا بأسبابها فلا بد من الحركه نحو الحاجه و التوكل على الله فى جمىع الأمور سواء كان فى طلب العلم أو فى طلب الكسب نعم هل العلم امتىاز خاص فى لزوم التوكل فإنهم ىقودون الناس الى الله فلا بد و أن ىكون ىكالمهم الىه محضا.

على أنك قد عرفت أن ما افاده صاحب الحدائق لىس بتمام ثبوتا و إثباتا أما ثبوتا فلانه قد لا ىزاحم الكسب تحصىل العلم أصلا و مع ذلك كىف ىلتزم بعدم شمول أدله استحباب الكسب فى حقه و قد عرفت مثاله، و أما إثباتا فلعدم الدلىل علىه بوجه كما لا ىخفى.

### الكلام فى تزامم الكسب و طلب العلم

و التحقىق أن ىقال أنه لا معارضه بىن أدله استحباب طلب العلم و

بين أدله استحباب طلب الكسب، بل هما من قبيل المتزاحمين و بيان ذلك أنه قد يكون كل من طلب العلم و طلب الكسب مستحبا في حقه كما إذا كان عارفا لمسائله و أحكام دينه بالمقدار المعتد به و بالمقدار الذى يتبليه عادة و كان أيضا من الحافظين للدين عن الاندراس موجودا من المجتهدين و كان عنده أيضا من المال ما يكفيه بمئونه و مئونه عياله الواجب النفقه فإن مثل هذا الشخص يستحب له تحصيل العلم فى المسائل التى يحتمل ابتلائه بها أو يتعلم لتعليم الناس أو يتعلم ليدخل نفسه فى سلك المجتهدين الموجودين بمقدار الكفايه ففى مثل ذلك يكون المقام من باب تزاحم المستحيين فىكون كسائر المستحبات فان فى كل آن يتبلى الإنسان بذلك كثيرا فالآن يستحب لنا زياده الأمير عليه السلام و قضاء حوائج المؤمنين و إتيان النوافل و هكذا مع أنا لا تقدر على جميعها فله أن يترك جميعها و هكذا المقام و ليس من مقام التعارض هنا شىء و لكن ليس لمن كان كل من الكسبين مستحبا الوقوع فى الحرج من جهه عدم قدره على الامتثال حتى يتعين فى حقه أحدهما فإن هذا مختص بالحكمين الالزاميين و أما المستحبات فيجوز ترك جميعها أجمع أو إتيان أحدهما على حسب اختياره.

و لكن يقع الكلام هنا فى ترجيح أحدهما على الآخر فهذا يختلف فان كان ما يترتب على تحصيله من الفوائد من ترويج الدين و احياء شريعته سيد المرسلين و إرشاد العوام و اهدائهم الى الدين أهم من الفوائد المترتبة على الكسب فيرجع طلب العلم على طلب الكسب كما إذا لم يترتب على كسبه إلا إعانه فقير واحد أو توسعه عياله فقط أو زياده أحد الأئمه عليهم السلام.

و ان كان ما يترتب على كسبه أهم مما يترتب على طلب العلم، فالأمر بالعكس كما إذا كان المترتب عليه تعمير المدارس و المساجد و المشاهد

و إتمامه الحوزه العلميه و تأمين معاش أهل العلم و قواد الدين و دفع الكرب عن فقراء الإسلام، و لكن لا يترتب على طلبه العلم الآ تعليم جاهل و أحد مسأله واحده بحيث لو لم يتعلمه ليتعلم من غيره و مع عدم وجود المرجح فى البين يتخير فى اختيار أيهما شاء بل له ذلك مع وجود المرجح لأحدهما أيضا فإن الفرض أن كليهما مستحب كما لا يخفى غايه الأمر مع ترك الأهم و أخذ المهم لزم ترك الاولى.

و قد يكون أحدهما مستحبا و الآخر واجبا فح يجب أخذ الواجب لكونه معجزا عن المستحب كما إذا كان عارفا بمقدار ما يبتليه عادة من الاحكام و كان من حفاظ الدين من فيه الكفايه و لكن كان عنده من الأشخاص من يجب إنفاقه فح يتعين الكسب فى حقه و إذا كان الأمر على العكس فيجب تحصيل العلم دون التكسب كما إذا كان الأمر على العكس.

و قد يكون كل منهما واجبا كفاثيا فى حقه فله اختيار أيهما شاء مع عدم المرجح كالواجبتين التخييره و ان كان فى أحدهما ترجيح، فيختار ذو الترجيح و ان كان مع كونهما واجبا فى حقه كفايه قد قام بأحدهما شخص فيكون الأخر فى حقه واجبا عينيا مع عدم قيام شخص آخر عليه.

و قد يكونان واجبين عينيا فح يكون المقام من تراحم الواجبين عينين فان كان أحدهما أهم فيختاره على الأخر و الا فيتخير فى ذلك كسائر الواجبات التخييره.

و أما جواز صرف من يشتغل بالتحصيل من الوجوه الشرعيه مع تمكنهم من الكسب أما سهم الامام (عليه السلام) فيجوز صرفه مع مراعاة الجهات الشرعيه بحيث لا- يعد كلا- للإمام (عليه السلام) بل تكون له خدمه له (عليه السلام) و أما لو صرف وقته فى المجالس و مضى عمره بالمماطله و المساهله، بل ربما يكون ضرره أشد من خدمته فلا



يجوز له أن يصرف من سهم الامام (عليه السلام) و أما إذا كان له خدمه للدين و ان تمكن من تحصيل الرزق بالتكسب فيجوز له أن يصرف من سهم الامام (عليه السلام).

و الحاصل: أن المناط في صرف سهم الامام (عليه السلام) هو القطع برضى الامام (عليه السلام) و الا فلا يجوز له ذلك بوجه.

و أما سائر الوجوه البريه من النذر و الوقف و الصدقات و غيرها مما وضعت للجهات العامه فيجوز صرفها لأهل العلم أيضا على النحو الذى قرره الناذر و الواقف فلا يشترط فيها الفقر و لا ما يعتبر فى صرف سهم الامام (عليه السلام) من اشتراط، بل المناط هنا هو انطباق الجهات البريه على الشخص.

و أما الزكاه و الخمس فلا يجوز لمن يكون قادرا على الكسب أن يصرف منهما أصلا ما لم يكن التحصيل فى حقه واجبا فان مصرف الزكاه هو الفقراء و مصرف الخمس هو الفقراء من بنى هاشم و فسروا الفقير بأنه لا يقدر على تحصيل قوته فعلا أو بالقوه و من يحسن الصناعه فليس بفقير و مجرد كون تحصيل العلم مستحبا فى حقه لا يجوز له الأخذ منهما و الا لجاز أن يشتغل بالاعمال المستحبه و يصرف من الزكاه و الخمس بان يصلى النوافل دائما و يأكل من الزكاه أو من سهم سبيل الله فإنه موضوع للجهات التى كانت راجعه إلى الدين.

### الكلام فى تلقى الركبان و مرجوحته

قوله:مسأله:لا خلاف فى مرجوحه تلقى الركبان.

أقول:الأقوال فى المسأله ثلاثه،قول بالحرمة و قول بالكراهه و قول بعدم الحرمة و الكراهه أما الحرمة فاستدل عليها بالروايات الناهيه عن

التلقى الركبان و لكنها ضعيفه السند و دعوى الاطمئنان بصدور بعضها لكثرتها و استفاضتها دعوى جزائفيه فإنها لا توجب الاطمئنان بالصدور و مع تسليم ذلك فلا يفيد لغير من حصل له الاطمئنان و الظن بالصدور لا يفيد لعدم كونه حجه فلا يغنى من الحق شيئاً، بل لو كان التلقى الركبان حراماً لظهر بين الفقهاء على رؤوس الاشهاد و ليس كك.

و أما القول بالكراهه فهو مبنى على أمرين أحدهما تماميه أخبار من بلغ الداله على التسامح فى أدله السنن بدعوى أنها ظاهره فى ما بلغ عن رسول الله صلى الله عليه و آله و سلم ثواب على عمل فعمله أحد برجاه أنه صدر من رسول الله فيثاب على ذلك العمل و ان كان رسول الله (صلى الله عليه و آله) لم يقله و لو أريد من تلك الأوامر الداله على التسامح فى أدله السنن الإرشاد إلى حكم العقل بحسن إتيان العمل رجاء و احتياطاً لدرك الواقع فلا يدل على التسامح فى أدله السنن.

الأمر الثانى أن تكون شامله للكراهه أيضاً فلو اقتصر على مواردها و هى ما كان فيه أمر ففى موارد الكراهه ليس أمر، بل نهى فلا تشمل المقام و مع تسليم المقدمتين يصح التمسك بتلك الاخبار فى المقام لإثبات كراهه التلقى و مع تسليم هاتين المقدمتين فلا وجه للإشكال هنا بأنه لو سلمنا شمول أدله التسامح للمكروهات و لكن التمسك بها فى المقام بدعوى أن ذلك إنما يفيد فى مورد ورد خبر ضعيف يدل على الكراهه فإنه يلتزمها لذلك الخبر الضعيف و أما فى المقام فان تمت الأخبار المذكوره فتدل على الحرمة و الآ- فلا- حرمة و لا كراهه فإن وجودها كعدمها و كذلك الحال فى الاخبار الضعيفه الظاهره فى الوجوب فإنها لا تشمل ذلك و قد ناقش بذلك بعض الأعلام لإثبات الاستحباب أو الكراهه بالأخبار الضعيفه الداله على

و فيه أنه قلنا في البحث عن أدله التسامح أنها تشمل لما دل على الحرمة و الوجوب إذا كان ضعيفا و ذلك فان ما دل على الوجوب يدل على جواز العقاب على الترك و على ثبوت الثواب على الفعل فبضعف الروايه الداله على الوجوب يسقط العقاب على الترك لخروجه عن الحجيه و يبقى الثواب على حاله لأدله التسامح لصدق البلوغ هنا أيضا.

ثم ذكروا لحرمة التلقى أو كراهته شروطا الأول أن لا يكون التلقى أربعة فراسخ و أزيد و إلا فيدخل ذلك تحت عنوان المسافره فإن الذهاب أربعة فراسخ و الإياب منها سفر شرعى فالمسافره للتجاره ليس فيها بأس بل مطلوب فى الشريعة و مندوب اليه و قد ذكر ذلك الشرط فى اخبار التلقى فهل الغايه أى رأس الأربعة داخله أو خارجه فذكر بعضهم أنها داخله و لكن الجمع بين صدر روايه النقيصه و ذيلها يدل على خروج الحد عن المحدود، كما ذكره المصنف(ره)على أن الوصول إلى الغايه تحقق موضوع المسافره فيخرج بذلك عن عنوان التلقى و يدخل تحت عنوان السفر للتجاره كما لا يخفى.

الشرط الثانى: انه يعتبر أن يكون الذهاب بعنوان التلقى فلو كان ذلك لغرض آخر فصادف فى الطريق ذلك فعامل معهم فيكون خارجا عن مورد الاخبار لعدم صدق التلقى للتجاره و أيضا يعتبر أن يكون التلقى لأجل التجاره فلو تلقى لأجل استقبال القادم فصادف التجار فى الطريق فاشترى منهم متاعهم فأیضا يكون ذلك خارجا عن مورد الاخبار لعدم صدق التلقى للتجاره نعم الظاهر من قوله(عليه السلام)فى روايه (1)عروه و المسلمون

يرزق الله بعضهم بعضا هو عموم الحكم لغير صورته قصد التلقى و قصد التجاره فكأن الغرض هو وصول مال التجاره إلى المدينه فان في رؤيه الناس ذلك حكمه عجيب فإنه يوجب امتلاء أعين الناس جدا.

و فيه أن هذا ليس بعلة للحكم بل حكمه له و الا- فيجرب ذلك فيما إذا اشترى جميع مال التجاره شخص واحد حين الدخول بالبلد على أن المتلقى أحد المسلمين فالغرض من ذلك هو بيان أنه لا يمنع أحد من توجه التجاره إلى المدينه فالمسلمون يرزق الله بعضهم من بعض فإنه إذا توجهت التجاره إلى البلد فيشترى نوع الناس منها على القيمة الرخيص.

ثم انه ذكر في روايه عروه حكم آخر و هو قوله و لا يبيع حاضر لبادى و لكن الظاهر من ذلك هو أن لا يبيع الحاضر متاع الباد و لا يصد بذلك، بل يخلى بينه و بين أهل البلد فإنه لو يصد بذلك أهل البلد لباع متاعه بقيمة عاليه فيكون نوع الناس فى مضيقه بخلافه إذا تصدى شخص البادى بذلك فإنه يبيع بقيمة الرخيص فيكون فى ذلك توسعه لنوع الناس مثلا إذا باع البادى للبقالين رخيصا فيبيع البقالين لأهل البلد ككك فيكونون فى مضيقه.

و ليس المراد من قوله (عليه السلام) و لا يبيع الحاضر لبادى أنه لا يبيع الحاضر متاع شخص لباد فإنه غير محتمل جدا فإن البادى يحتاج إلى المأكلا و المشرب فكيف لا- يسوغ لأهل البلد أن لا يبيع لبادى، بل يجوز ذلك بلا شبهه حتى فى الطريق ثم انه لا فرق فى ذلك بين البيع و غيره من الصلح و نحوه فان الغرض من النهى عن التلقى سواء كان حراما أو مكروها هو ترك التلقى للتجاره و التجاره غير منحصره بالبيع ثم ان من قبيل تلقى الركبان كراهه أو حرمة استقبال الخدمه الزوار لأجل إعطائهم

المسكن، بل لا بد و ان يخلوا سيبلهم فان المسلمين يرزق الله بعضهم من بعض كما لا يخفى كما لا فرق بين كون التلقى لاشترء متاعهم كما تقدم أو للبيع منهم بان يكون غرض الركبان شراء المتاع فتلقاهم أحد الحاضرين فباع منهم ما يحتاجون اليه.

ثم ان فى بعض الروايات أن الركبان إذا باعوا من الحاضر فجاءوا سوق فلهم الخيار.

أقول: ان كانت المعامله مشتمله الغبن، فيثبت لهم خيار الغبن من غير احتياج إلى الروايه و إلا فلا وجه للخيار فإنه لا معنى لثبوت الخيار بمجرد الدخول فى السوق على ان الظاهر بحسب الفهم العرفى هو صورته كون المعامله مشتمله على الغبن، فان ظاهر قوله (عليه السلام) إذا جاءوا بالسوق فلهم الخيار، يعنى لو كانوا مغبونين لا مطلقا على أن الروايه ضعيفه السند، و اما النجش فقد تعرض له فى المكاسب المحرمه فلا وجه للإعاده (و معناه ان يزيد الرجل فى ثمن السلعه و هو لا يريد شرائها ليسمع غيره فيزيد بزياده).

## الكلام فيما إذا دفع الإنسان إلى غيره مالا

### اشاره

قوله: مسأله: إذا دفع الإنسان إلى غيره مالا ليصرفه فى قبيل يكون المدفوع اليه منهم و لم يحصل للمدفع إليه، إلخ.

أقول: تاره يدفع المالك ماله لشخص و يكون المدفوع اليه مستقلا فى التصرف فيه كيف ما يشاء فلا يكون رأى الدافع ح متبعا بوجه و هذا كما إذا كان المدفوع اليه و كيلا للدافع بان يدفع اليه مالا ليصرفه فى محله و المدفوع

اليه مخير في ذلك كيف ما يشاء و من هذا القبيل دفع الوجوه الشرعيه إلى المجتهدين ليصرفوها في مواردھا.

و أخرى يدفع الدافع الى المدفوع مالا و يعين مواردہ فهل يجوز له الأخذ منه مع انطباق ما عينه الدافع عليه أم لا، كما إذا دفع اليه سهم الامام (عليه السلام) أو الخمس أو الزكاه أو غيرها من الوجوه الشرعيه و قال أعطاها للصنف الفلانی و كان المدفوع اليه منهم هذا بناء على كون ولايه تلك الوجوه تحت يد المالك أو كان البائع هو الحاكم الشرعی بناء على ثبوت ولايه له عليها أو كان المدفوع من أموال الطلقه للدافع فهو على أقسام شتى:- الأولى: أن تقوم قرينه خارجيه على عدم رضی الدافع بأخذ المدفوع منه فإنه ح لا يجوز له الأخذ منه لانه تصرف في مال غيره بدون اذنه فهو حرام و نظيره أن يعين له مقداراً خاصاً و قامت القرينه على عدم جواز أخذه أزيد من ذلك المقدار الخاص.

الثاني: أن يظهر الدافع قرينه حالیه أو مقالیه على جواز أخذ المدفوع اليه من المال المدفوع و هذا و كك الشق الأول مما لا اشكال فيه و انما الإشكال في الصوره الثالثه و هو يدفع اليه مالا و يقول ادفعه في أصناف معينه و كان المدفوع اليه منهم فهل يجوز له الأخذ منه بالمقدار الذي يدفع الي أفراد الأصناف أم لا.

و كك يقع الإشكال في الشق الآخر في الصوره الثانيه و انه إذا اعتقد الدافع بأن المدفوع اليه أو فرد آخر غيره من المحصلين المبتدين و قد عین لهم عشره مع أنه من العالين و قد عین لهم عشرين و كك إذا عین على أفراد منهم خمسين باعتقاد أنهم من المتوسطين أو العالين و قد كانوا من المبتدين

اعتقاد الدافع و ان كان على خلاف الواقع أو يتبع الواقع و ان كان على خلاف اعتقاد الدافع و الظاهر أنه ان كلامه أعطى هذا للفقراء بعنوان القضية الحقيقيه فح يتبع الواقع و الأ- فيتبع اعتقاد الدافع و مراد المصنف من الموضوعيه هو الأول، و مراده من الداعويه هو الثانى.

و بعبارة أخرى أن كلامه بعنوان القضية الحقيقيه فيكون الواقع متبعاً، و انما ذكره بعض المصاديق على خلاف الواقع من باب الخطأ فى التطبيق و ان كان غرضه من كلامه هو المصرف لما فى الخارج و بيان ما يعلم أنه من هذا الصنف فيتبع اعتقاده فإن الداعى انما يتفرع على الاعتقاد لا- الواقع و كلامه معرف لما اعتقد به و ان لم يكن هنا ظهوراً فيدخل فى القسم الثالث و اما القسم الثالث: و كك الثانى مع عدم الظهور فى شىء اختلفت هنا كلمات الفقهاء فذهب جمع من الأصحاب إلى حرمة الأخذ و لذا قالوا: لو قالت امرأه بشخص زوجنى من أحد فلا يجوز له ان يزوجه من نفسه، فان ظاهر الوكالة كونها التزويج لغيره و كذا لو وكله لا- شراء شىء فلا- يجوز ان يبيعه مال نفسه و ذهب جمع آخر الى الجواز فيما إذا طلق من دون زياده على غيره و فصّل بعضهم بأنه ان قال الدافع ضع هذا المال فى الفقراء مثلاً و كان المدفوع اليه منهم فيجوز له الأخذ منه بقدر ما يخصه و ان قال أعطه للفقراء فلا يجوز فإن الإعطاء ظاهر من كون المعطى له غير المعطى و لكن هذا التفصيل ليس تفصيلاً فى المسألة بل تعيين لظهور كلام الدافع.

و هنا تفصيل آخر و هو انه إذا قال الدافع أعطه للفقراء مع علمه بكون المدفوع اليه من الفقراء لم يجز له الأخذ بما يخصه من المال فإنه لو كان بناء الدافع الإعطاء له لخصه بالذكر أيضاً، و ان لم يعلم بفقره جاز له الأخذ

بما يخصه فان غرض الدافع وصول المال الى هذا الصنف فهو منهم و لكن هذا التفصيل أيضا ليس تفصيلا فى المسأله، بل هو بيان لمورد ظهور كلام الدافع فإذا فتنحصر الأقوال بالقولين الجواز مطلقا و المنع كك.

و قد استدل على عدم الجواز بما هو مقتضى الأصل الاولى هو عدم جواز التصرف فى مال أحد إلا بإذنه فلا يجوز له التصرف فى ذلك و كك الأمر لو وكلته امرأه فى تزويجها من أحد أو وكله أحد فى شراء شىء له، فإنه لا يجوز له تزويجها من نفسه كما لا يجوز له بيع ماله من الموكل فإن الأصل عدم الجواز إلا فضوله فان ظهور الوكاله أن يكون التزويج و البيع و الشراء من غير نفسه لظهور الوكاله فى المغايره.

و بالجمله ففى المقام مقتضى حرمه التصرف فى مال غير هو عدم الجواز إلا مع الاذن فيه من صاحب المال و أيضا استدل على عدم الجواز بقوله (عليه السلام) فى صحيحه ابن الحجاج المستنده فى التحرير الى الصادق (عليه السلام) و ان أضمرت فى غيره، فإنه لا يضر الإضمار من أحد بعد اطلاع غيره على المنقول عنه و قد قلنا فى مبحث الاستصحاب فى الروايات التى استدلت بها على حجية الاستصحاب أن الروى الواحد سأل الإمام (عليه السلام) عن عده أحكام و قال فى مقام النقل عاطفا بعض الجمل على البعض بقوله و سألته و حيث قطعوا الاخبار و قد حصل الإضمار من التقطيع فإذا اطلع أحد بأصل الروايه فينقلها بغير إضمار كما اطلع بحر العلوم على ذلك فى روايات الاستصحاب حيث نقل بعضها عن الصادق (عليه السلام) و بعضها عن الباقر (عليه السلام) و بعضها عن أحدهما (عليه السلام) و كك فى المقام و قد اطلع العلامة على أن المنقول عنه هو الصادق (عليه السلام) فنقل الروايه عنه (عليه السلام).

و كيف كان قال سألته عن رجل أعطاه رجل رجلا مالا ليصرفه فى محاويج



أو في مساكين و هو يحتاج أ يأخذ منه لنفسه و لا يعلمه؟ هو قال: لا يأخذ شيئاً حتى يأذن له صاحبه.

و قد استدل المجوزون بكون العنوان شاملاً للأخذ أيضاً فيجوز له الأخذ و أما روايه ابن الحجاج فقد تعارضت بالروايات الأخرى الداله على الجواز المذكوره فى المتن بعضها من ابن الحجاج و بعضها من غيره و فيها صحاح و حسان فتكونان متعارضتين و متكافئتين لعدم ترجيح إحداهما على الأخرى.

و توهم عدم التكافؤ من جهة أن المجوزه هى ثلاثه روايات فتكون مشهوره فتتقدم على المانعه التى هى روايه واحده فهو توهم فاسد، فان المراد من الشهرة الموجهه لترجيح احد المتعارضين على الأخر ليس هو كون أحدهما كثيره و لآخر قليله بل المراد من ذلك أى من الشهرة كون أحدهما مجمعا عليه بين الأصحاب بحيث ينقلها رواه الحديث بخلاف الأخر بأن لم ينقلها إلا نادر، و من الواضح أن الطائفتين فى المقام متساويه فى هذا الجبهه فى الاشتهار و عدمه فيتكافئان و على هذا فذكر المصنف أن كون الطائفتين واردتين على وجه التعبد بعيد جدا بأن يكون المراد من المانعه هو عدم جواز أخذ المدفوع من المال الذى دفع اليه حتى مع ظهور اللفظ فى الجواز و يكون المراد من المجوزه هو جواز ذلك حتى مع ظهور كلام الدافع فى عدم جواز الأخذ فلا يمكن حملها على التعبد المحض و عليه فلا بد من حمل المانعه على صورته عدم الظهور لكلام الدافع فى الأخذ من المال بما يخصه و حمل المجوزه على صورته كون كلامه ظاهرا فى جواز الأخذ منه و مع عدم الظهور لشيء منها فيرجع الى مقتضى الأصل و هو عدم جواز التصرف فى مال أحد إلا بإذن مالكه فهذا حاصل كلام المصنف فى المقام.

و الحاصل: أنه حمل روايات المنع على صورته عدم الظهور لكلام المعطى فى أخذ المعطى له من المال و روايات الجواز على فرض الظهور لذلك فيه و لكنه بعيدا جدا فإنه لا داعى للسؤال عن الجواز بعد ظهور كلام المعطى فى الجواز فان ما أعطاه انما هو ماله فجاز التصرف فيه بإذنه فإذا أذن لغيره فى ذلك فلا مورد للسؤال كما أنه مع عدم الاذن لا يجوز التصرف فيه فإنه حرام و بعد ظهور الكلام فى أحد الأمرين لا مورد للسؤال كما هو واضح.

### الكلام فى الجمع بين الروايات المجوزه و المانعه

و قد يجمع بين الطائفتين بحمل المانعه على الكراهه بقريته ما دل على الجواز كما هو مقتضى الجمع بين النهى و الترخيص فان قوله (عليه السلام) فى صحيحه ابن الحجاج (١): (لا- يأخذ شيئا حتى يأذن له صاحبه) ظاهر فى عدم الجواز و قوله (عليه السلام) نعم، فى روايه (٢) سعيد بن يسار و قوله (عليه السلام) لا بأس أن يأخذ لنفسه كما يعطى لغيره صريح فى الجواز فمقتضى الجمع العرفى نحمل المانعه على الكراهه.

و فيه أن ظاهر قوله (عليه السلام) لا- يأخذ شيئا منه الا- بإذنه أنه ناظر الى عدم جواز التصرف فى مال أحد إلا بإذنه و عليه فلا يمكن حملها على الكراهه كما منعه بعض مشايخنا المحققين.

و قد يجمع بينهما بحمل المانعه على فرض تعيين المالك و مواضع مسماه

ص: ٤٩٠

١- (١) وسائل: ج ١٢ ص ٢٠٦ باب ٨٤ حديث ٣.

٢- (٢) وسائل: ج ١٢ ص ٢٠٦ باب ٨٤ حديث ١.

لصرف المال فإنه لا يجوز للمتصدى أن يأخذ لنفسه و حمل المجوّزه على فرض أن لا يعين المالك للمال مواضع خاصه فإنه يجوز له الأخذ لنفسه و استشهد عليه بصحيحه (١) ابن الحجاج عن الرجل يعطى الرجل الدراهم يقسمها و يضعها فى مواضعها و هو ممن يحل الصدقه قال لا بأس أن يأخذ لنفسه كما يعطى غيره و لا يجوز له أن يأخذ إذا أمره أن يضعه فى مواضع مسماه إلاّ باذنه.

و فيه أن هذا الجمع أيضا بعيد عن ظاهر روايه المانعه أعنى صحيحه الأولى لابن الحجاج فإنها آبيه عن ذلك سؤالاً و جواباً فان قوله (عليه السلام) فى جواب السائل عن رجل أعطاه مالا ليصرفه فى محاويع أو مساكين و هو يحتاج أ يأخذ منه لنفسه و لا يعلمه هو قال لا يأخذ شيئاً حتى يأذن له صاحبه مطلق، و كك السؤال فيبعد حملهما على فرض تعيين المالك مواضع للمال المعطى.

و الصحيح أن يقال فى وجه الجمع هو حمل الروايات المانعه على فرض كون المال المعطى من ممتلكات شخص المعطى كما إذا ورد فى بلد فأراد أن يقسم مالا فى صنف من غير نظر الى كونهم فقراء أو أغنياء فأعطاه شخص أن يقسم بينهم فإنه لا يجوز للأخذ أن يأخذ منه لنفسه حتى مع اتصافه بما اتصف به المبدول لهم فإنه مال لشخص الباذل فلا يجوز التصرف فيه إلاّ باذنه.

و ربما يورد على ما ذكرناه من الجمع بين الروايات بحمل المانعه على الأموال الشخصيه و حمل المجوّزه على الأموال النوعيه بأن مقتضى صحيحه ابن الحجاج (٢) فى رجل أعطاه مالا ليقسمه فى المساكين و له عيال محتاجون

ص: ٤٩١

---

١-١) وسائل: ج ٦ ص ٢٠٠ حديث ٣ من باب ٤.

٢-٢) وسائل: ج ١٢ ص ٢٠٦ حديث ٢.

أ يعطهم منه من غير أن يستأذن (يستأمر خ ل) صاحبه، قال: نعم، هو جواز أخذ المعطى له لنفسه سواء كان من مال نفسه أو من الأموال النوعية و بهذا الاسناد ما يدل على عدم الجواز إلا بالإذن عن صاحبه فيقع بينهما المعارضه فتسقطان لذلك فيرجع الى العمومات الداله على عدم الجواز فإنه يقال أن مقتضى روايه (١) أخرى لابن الحجاج المذكور فى باب الزكاه هو الجواز فى الصدقه فإنه قال سألت أبا الحسن (عليه السلام) عن الرجل يعطى الدراهم ليقسمها و يضعها فى مواضعها و هو ممن تحل له الصدقه، قال لا- بأس أن يأخذ لنفسه كما يعطى لغيره، إلخ، فبهذا نقيده الصحيحه الثانيه الداله على عدم الجواز مطلقا فتكون الصحيحه الثانيه أخص من الصحيحه الأولى، كان بمقتضى انقلاب النسبه فنخصص بها الصحيحه الأولى فتكون النتيجة أن فى الأموال الشخصيه لا- يجوز إلا بإذن المالك و فى الأموال النوعيه يجوز و حمل الروايات المجوزه على الأموال النوعيه كالوجوه الشرعيه المنطبقه على الآخذ و غيره كالزكاه و الخمس و الصدقات و ردّ المظالم كما إذا أعطاها أحد لعالم أن يصرفه فى محله فإنه جاز له الآخذ منه بمقدار حاجته و ان لم يكن لكلام المعطى ظهور فى أخذه لنفسه إذا قال المعطى أعطه لصنف فلان ظهوره فى الإعطاء للغير و نفس الآخذ منصرف عن ذلك، و على هذا فيجوز للأخذ أن يأخذ لنفسه بمقدار احتياجه خصوصا إذا كان ممن يجوز تصرفه فيه كالعلماء و المجتهدين فإن ولايه الوجوه الشرعيه لهم فى حال الغيبه.

و يدل على ذلك أن المذكور فى روايات الجواز هو الزكاه و الصدقات

ص: ٤٩٢

١- ١) وسائل: ج ٦ ص ٢٠٠ حديث ٣.

و أما المذكور فى روايه المنع هو المال الشخصى بقريته قوله (عليه السلام) (لا يأخذ شيئا حتى يأذن له صاحبه) حيث فرض صاحبا للمال المبدول و اعتبر اذنه فى دفع المال المبدول لغير من عينهم فتكون كلتا الطائفتين من الروايات وارده على طبق القاعده فإن مقتضى القاعده فى الأموال الشخصيه عدم جواز التصرف إلا بإذن صاحبه و مقتضى القاعده فى الأموال النوعيه هو جواز بذله لمن انطبق عليه سواء اذن المعطى لذلك أم لا، و على هذا فيبقى فى المقام شىء و هو أنه على هذا فلا وجه لسؤال السائل فنقول أن الوجه فى ذلك هو احتمال أن يجوز للمتصدى بذلك أن يأخذ منه مع الاحتياج حيث ان صاحب المال قال اصرفه فى محاويع و مساكين فاحتمل الآخذ جواز أخذه منه لأنه أيضا محتاج فأجاب الإمام (عليه السلام) أنه لا يجوز إلا بإذن صاحبه.

و فيما كان المال نوعيا كالزكاه و غيرها احتمال السائل عدم جواز أخذه حيث يحتمل أن يكون اذن المعطى دخيلا فى جواز التصرف فيه أيضا كأموال شخصه فأجاب الإمام (عليه السلام) بأنه لا بأس بذلك مع الاحتياج، فيجوز المتصدى أن يأخذ منه لنفسه بمقدارها ببذله لغيره فافهم.

## الكلام فى احتكار الطعام

### اشاره

قوله: مسأله: احتكار الطعام و هو كما فى الصحاح و عن المصباح جمع الطعام و حبسه يتربص به الغلاء لا خلاف فى مرجوحيته.

أقول: يقع الكلام فى جهات:

### الاولى: فى حكم الاحتكار

الظاهر أنه لا خلاف فى مرجوحيته فى الجملة أعم من الحرمة و الكراهه، و لكن اختلفت كلماتهم فى ذلك فذهب المشهور إلى الحرمة مع عدم وجود البازل و ذهب جمع آخر إلى الكراهه مطلقا لكون الناس مسطين على أموالهم، فلا وجه

لحرمة إلاّ إذا عرض عليه عنوان آخر يقتضى حرمة كما إذا حكم الحاكم فى المخصه بالبيع فإنه يحرم الاحتكار ح لحكم الحاكم، و الأ فلا وجه لحرمة لنفس الاحتكار.

و الظاهر ان الاحتكار حرام مع عدم وجود باذل فى البلد و أما مع وجوده فيجوز الاحتكار لكون الناس مسلمين على أموالهم و هذا القول قد اختاره المصنف.

و قد استدل المصنف على ذلك بروايات منها صحيحه (١) سالم الحناط فإنها ظاهره فى الحرمة مع عدم وجود البازل حيث استفصل الامام (عليه السلام) فى ذلك و قال الحناط ما أبيع أنا من ألف جزء جزء يعنى أن الحنطه الموجوده عندى كجزء واحد من ألف جزء من الحنطه الموجوده فى البلد احتكاره، فإنه لا- يوجب ظهور الغلاء فى البلد نظير أن نشترى وزنه من الأرز فتحتكره فإنه لا يوجب ظهور الغلاء أصلا و قال الامام (عليه السلام) فلا بأس ثم قال أن المحتكر هو حكيم بن حذام حيث كان يحتكر الطعام المجلوب إلى المدينه فمر به رسول الله صلى الله عليه و آله و سلم قال يا حكيم إياك أن تحتكر، فان كلمه أيا تحذير فتفيد الحرمة.

و منها (٢) صحيحه الحلبي عن ابى عبد الله عليه السلام أنه سئل عن الحكره، فقال إنما الحكره أن يشتري طعاما و ليس فى المصر طعام غيره فتحتكره فان كان فى المصر طعاما غيره فلا بأس أن يلتمس سلعتك الفضل فان مفهوم ذيل الروايه هو حرمة الاحتكار مع عدم وجود طعام فى البلد،

ص: ٤٩٤

١-١) و سائل: ج ١٢ ص ٣١٤ باب ٢٨ حديث ٣.

٢-٢) و سائل: ج ١٢ ص ٣١٥ باب ٢٨ حديث ١١.

غيره بحيث يظهر في البلد لأجل احتكاره غلاء واضح.

و منها (١) ما عن أمير المؤمنين عليه السلام في ما كتبه الى مالك الأشرع على ما في نهج البلاغه و كان فيما كتبه فامنع من الاحتكار فان رسول الله (صلى الله عليه و آله) منع منه الى أن قال فمن قارف حكره بعد نهيك إِيَّاه فنكل و عاقب في غير إسراف فإنه لو كان الاحتكار مكروها لما جاز أن يأمر الإمام (عليه السلام) الأشرع بان يعاقب المحتكر.

و منها صحيحه (٢) أخرى للحلي حيث سأل عن صلاحية الاحتكار، فأجاب الإمام عليه السلام بأنه يكره و الكراهه في كلمات الامام عليه السلام أعم من الحرمة و الكراهه المصطلحه و ليس لها ظهور في الثانى، و قد ورد في روايات الربا أن عليا عليه السلام كان يكره الربا فلا تكون هذه الروايه موجبه لصرف الروايات الأخرى الظاهر في الحرمة.

و منها ما في مجالس المفيد عن أبي مريم الأنصارى (٣) عن ابى جعفر عليه السلام قال: قال رسول الله (صلى الله عليه و آله) أيما رجل اشترى طعاما فحبسه أربعين صباحا يريد به الغلاء للمسلمين ثم باعه و تصدق بثمانه لم يكن كفاره لما صنع، و في هذه الروايه مناقشه من حيث السند و الدلاله، أما المناقشه في الدلاله فلأنه لو كان احتياج الى الطعام كان احتكاره حراما حتى في ثلاثه أيام و ان لم يكن احتياج اليه لم يكن حراما حتى في ستين يوما، فلا موضوعه للأربعين.

ص: ٤٩٥

١-١) و سائل: ج ١٢ ص ٣١٥ حديث ١٣.

٢-٢) و سائل: ج ١٢ ص ٣١٣ حديث ٢.

٣-٣) و سائل: ج ١٢ ص ٣١٤ حديث ٦.

و الظاهر أن الروايه راجعه إلى بيان جهه اخلاقيه تعبدا حيث أن الظاهر منها أن المحتكر انما حبس الطعام بنيه السوء فهى الغلاء من غير أن يكون نظره الاسترباح و قد حكم الامام(عليه السلام)تعبدا أن من كان على هذه النيه و لم يرجع الى أربعين يوما فتصدق مجموع الطعام لا يكون ذلك كفاره لما فعل فتكون الروايه خارجه عن المقام أصلا و ناظره إلى قباحه نيه السوء و أما من حيث السند فقال المصنف فى كتاب الصلاه و فى هنا ان اشتمال سند الروايه بينى فضال لا يوجب الوهن فيها،فان الظاهر إنما أخذت من كتبهم،و قد قال العسكرى عليه السلام عند السؤال عنها خذوا بما رووا و ذروا ما رأوا ثم ازداد فى المقام على ما فى الصلاه ان كلام العسكرى عليه السلام دليل على اعتبار جميع ما فى كتب بنى فضال فيستغن بذلك من ملاحظه من قبلهم فى السند فان كلامه عليه السلام أولى بعدم ملاحظه ما قبلهم فى السند من كلام الكشى من ادعاء الإجماع على تصحيح ما يصح عن جماعه.

و فيه أما الكلام فى اعتبار الإجماع المدعى تصحيح ما يصح عن جماعه فهو مخدوش فى نفسه فإنه نرى أنهم ينقلون فى رواياتهم المسنده عن الضعفاء فنعلم بذلك أنهم ينقلون عنهم أيضا مراسليهم فلا يكون مراسليهم بأجمعها حجه لكون كل مرسله داخله فى أطراف الشبهه.

على أن هذا الإجماع ليس حجه فى نفسه لعدم كونه إجماعا تعبديا كاشفا عن رأى المعصوم فغايه الأمر فمفاده أن جماعه من الرواه قد ثبت نقلهم عن الثقات فلا يلاحظ ما قبلهم من السند فى مراسليهم و مسنداتهم و قد عرفت اشتمال مسنداتهم على ضعف فى السند و أما ما ذكره فى حق كتب بنى فضال فكلام الامام(عليه السلام)ناظر الى أن انقلاب عقيدتهم لا يوجب الوهن



فى روايتهم و أن فساد عقيدتهم لا تضرّ باعتبار روايتهم بل ما نقلوا من الروايات فهو باقى على الحاله الأولى فلا يناقش فيها من جهه فساد عقيدتهم و أما أن جميع كتبهم معتبره و لو كان بعضها مشتملا على ضعف السند من غير ناحيه بنى فضال بان نقلوا عن الضعفاء فلا يظهر من الروايه، فإن هذا الاحتمال لم يكن فى حقهم قبل فساد عقيدتهم، بل كان قبل ذلك يلاحظ أسانيد ما نقوله من الأحاديث ان كان صحيحا أخذ به و الآ فلا، فهلا أتى فساد عقيدتهم مقاما لهم بحيث صار جميع ما فى كتبهم معتبرا حتى لا- ينظر الى ما قبلهم من السند الذى كان ينظر اليه قبل فساد عقيدتهم فما افاده المصنف هنا لا يمكن المساعده عليه و كيف كان فلا شبهه فى حرمه الاحتكار فكان الشارع أراد كون الأرزاق بين الناس و ليس لأحد حق منعها عنهم و دليل سلطنتهم قاصره عن ذلك بحكم الشارع كما ذكرنا فى بحث الأراضى أنه ليس لأحد منع الأراضى زائدا عن المقدار المتعارف فان الشارع يريد ان تكون الأراضى معموره لا خربه فكذلك الحال هنا.

ثم انه بعد الفراغ عن حرمه الاحتكار يقع الكلام فى جهات الاولى: فى موارد الحكره فى أنها فى أى شىء تتحقق و الذى يستفاد من المطلقات المتقدمه أن موضوع الاحتكار هو الطعام فكل ما يصدق عليه الطعام عرفا بحيث كان فى عرف البلد قوام الناس و حياتهم نوعا بهذا الطعام فمنعه عن الناس احتكار و هذا يختلف باختلاف البلدان و العادات فمثل قشر اللوز طعام فى بعض البلدان، و من الحطب فى بعضها الآخر و مثل الشعير ليس بطعام فى بلاد الهند حتى قيل لا يوجد فيها شعير إلا بمقدار الدواء و نحوه، و لكنه طعام فى بلاد العراق و الايران و الأزر طعام فى نوع البلاد خصوصا الرشت و مازندران و هكذا الزبيب و التمر و ليس بطعام

فى بعضها الأخر، بل مثل الزبيب فى العراق و التمر فى بعض نقاط الايران يعد من الفواكه و على الإجمال أن هذا شىء يختلف بحسب اختلاف الأمكنه و الأزمنه و العادات فكلما يصدق عليه الطعام فاحتكاره مع عدم وجود فى السوق حرام و الآ فلا وجه للحرمة كما إذا احتكر احد الزبيب فى النجف أو التمر فى بعض نقاط الايران فلا يقال انه فعل حراما، نعم قد يكون حراما لأجل طرؤ عنوان آخر عليه كما إذا احتاج أحد الى ما احتكره آخر للدواء و نحوه بحيث إذا لم يبعه منه لمات فإنه يحرم الاحتكار و المنع عن البيع و الإعطاء هنا و لكن لا لحرمة الاحتكار بنفسه، بل لأجل طرؤ عنوان محرم عليه بمقتضى العنوان الثانوى.

و أما الروايات الحاصره للاحتكار بأمر خاصه فهى مختلفه و فى بعضها حصره فى أربع الحنطه و الشعير و الزبيب و التمر، و عن الفقيه زياده الزيت و فى روايه قرب الاسناد بإضافه السمن أيضا، و فى روايه السكونى بإضافه السمن و الزيت و لكن كلها متفقه فى نفي الاحتكار بمفهومها فى غير الأمور المذكوره فيها و لكن الذى يسهل الخطب أن كلها ضعيفه السند فلا يمكن رفع اليد بها عن المطلقات الثابت حجيتها و الا لزم رفع اليد عن الحججه بغير الحججه الشرعيه.

فالمناطق فى حرمة الاحتكار هو صدق احتكار الطعام على ما أخذه المحتكر و حبسه فلا يبعد شمولها مثل الزيت و السمن و الملح فان المراد من الطعام ما يطعم به الإنسان و تقوم به حياه البشر، و من الواضح أن هذا ليس مجرد الحنطه و الشعير و الأرز فإنها ليس بنفسها ما يطعم به فى الخارج، بل انما قوام طعاميته بالمقارنات من السمن و الزيت و اللحم و الملح و المقدمات من النار و نحوها، و على هذا فلا يبعد أن يكون منع النفث عن

الناس و احتكاره عنهم حراما فان قوام اطعمه النوع بذلك و يدل على ذلك ذكر الصنف فى بعض الروايات (١) و كذلك السمن و ان كانت الروايه ضعيفه فإن من الواضح ان الزيت و السمن ليسا من الطعام بل انما هما من مقومات الطعام كما لا يخفى، و يدل على ذلك أيضا قوله (عليه السلام) فى صحيحه (٢) الحلبي فإنه يكره أن يحتكر و يترك الناس و ليس لهم طعام فان ترك الناس بغير طعام ليس لمنع الحنطه و الشعير فقط، بل بمنع كلما يكون دخيلا فى تحقق الطعام من المقدمات و المقارنات فإن العله و المنع واقعا فى حرمه الاحتكار ترك الناس بغير طعام كما لا يخفى.

و بالجمله فكل ما يكون دخيلا فى قوام طعام البشر بحسب عاده نوع الناس بحيث يلزم من منعه ضيق النوع فى الحرج و المشقه و الضرر و العسره فيكون احتكاره حراما و قد قلنا ليس لأحد السلطنه على حبس طعام الناس و احتكاره و ان كان مالا لنفسه كما قلنا ليس لأحد حبس الأراضى و منعها عن العماره كما تقدم فى محله.

### الجهه الثانيه: أنه ذكر فى روايه السكونى إن الحكره فى الرخصه

أربعين يوما و فى الغلاء و الشده ثلاثه أيام

و الظاهر أنه لا- يمكن تصديقه فإنه ان كان للناس احتياج الى ذلك بحيث كان فيهم غلاء و مخمسه فلا يجوز الحبس ساعه واحده و إلا فيجوز الحبس سته أشهر، بل سنه بل أكثر على ان الروايه ضعيفه، و نعم ما صنع الشهيد حيث حمل الروايه على فرض أن يكون الشده و الاحتياج الى ما حبسه المحتكر فى الغلاء بثلاثه أيام و فى الرخصه

ص: ٤٩٩

١- (١) وسائل: ج ١٢ ص ٣١٤ حديث ٧.

٢- (٢) وسائل: ج ١٢ ص ٣١٥ باب ٢٨ حديث ١.

بأربعين يوماً و إن كان الحمل بعيداً و لكنه أولى من الطرح.

### الجهة الثالثة: هل يختص مورد الاحتكار بشراء الطعام فقط أو يتحقق

بكل ما يقع في يده

و لو كانت الغله حاصله من الزرع أو الإبرث أو الهبه، الظاهر هو الثاني فإن المناطق في حرمه الاحتكار هو جمع الغله، و ترك الناس بغير طعام و لا يفرق في ذلك بين الشراء و غيره.

ثم الظاهر أن الاحتكار اما حرام أو مباح بناء على حرمة مع عدم الباذل و أما بناء على كراهته فاما مكروه أو مباح في نفسه فلا يتصف بالأحكام الخمسه كما ذكره المصنف نعم يمكن ان يتصف بالأحكام الخمسه بلحاظ العناوين الثانويه.

### الجهة الرابعة: أن الاحتكار حرام إذا كان يترك الناس بغير طعام

مع احتياجهم اليه

و أما لو كان غرضه جمع الطعام و بيعه في وقت نزول العسكر أو الزوار لثلا يقعوا في مضيقه فلا يكون الاحتكار حراماً و باعتبار هذه العناوين الطارويه يكون الاحتكار متصفاً بالأحكام الخمسه و لكن الاحتكار في نفسه، اما حرام أو مباح، كما لا يخفى.

### الخامس: الظاهر أنه لا إشكال في جواز إجبار المحتكر على البيع

حتى بناء على كراهه الاحتكار و لكن ليس للحاكم إلا الإجبار على البيع فقط، و اما التسعير فليس له ذلك، بل للمالك أن يعين ذلك لادن الناس مسلطون على أموالهم و قد ورد في بعض الأحاديث (١) أنه سئل النبي (صلى الله عليه و آله) عن الشعير فقال (صلى الله عليه و آله) انه في يد الله، نعم لو أجحف في القيمه بحيث كان ازديادتها نحواً من الاحتكار يمنع الحاكم عن ذلك بحيث يبيع المالك بقيمه

ص: ٥٠٠

السوق، أو أكثر منه، بمقدار لا يمنع الناس عن الشراء، بأن تكون قيمه كل حقه من الحنطه مائه فلس و يبيع المحتكر بدينارين فإنه أيضا احتكار، كما لا يخفى.

الحمد لله أولا و آخر و ظاهرا و باطنا، وقد وقع الفراغ عن كتاب البيع فى يوم الأحد ٢٤ شهر جمادى الأولى سنة ١٣٧٥ هـ، و يتلوه ان شاء الله تعالى المجلد السادس بتوفيق الملك العلام، و الحمد لله وحده و صلى الله على محمد و آله الطاهرين و سلم تسليما.

ص: ٥٠١

سرشناسه: خوئی، ابوالقاسم، ۱۳۷۱ - ۱۲۷۸

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

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

مشخصات ظاهری: ۷ ج. نمونه

یادداشت: کتابنامه

موضوع: معاملات (فقه)

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

رده بندی کنگره: BP۱۹۰/خ ۹ م ۶ ۱۳۷۵

رده بندی دیویی: ۲۹۷/۳۷۲

شماره کتابشناسی ملی: م ۷۵-۷۰۸۹

ص: ۱

مصباح الفقاهه

من تقرير بحث... ابوالقاسم الموسوي الخوئي

لمولفه محمدعلي التوحيدى التبريزى

ص: ٢

## كتاب الخيارات

الحمد لله رب العالمين و الصلاة و السلام على محمد و آله الطاهرين و لعنه الله على أعدائهم أجمعين.

و بعد فيقع الكلام فى الخيارات و أحكامها.

### مقدمتان

#### الأولى فى معنى الخيار

قوله الخيار لغه اسم مصدر من الاختيار.

أقول:الاختيار مصدر و الاسم منه الخيار و معنى الاختيار لغه هو طلب الخير من أى شىء فيصحّ تعلّقه بالأمر التكوينيّه و الاعتباريه نظير الكسب و الاكتساب و ح يكون و صفا لنفس الأفعال الخارجيه و الأمور الاعتباريه حسب اختلاف متعلقه من الأفعال و الأعيان و الاعتباريات و يقال اختار أحدهما لمصاحبتة أى طلبه خيرا لنفسه و اختار بيع أمواله أى جعله خيرا لشخصه فالاختيار صفة لنفس ما أخذه خيرا و عنوان له من دون أن يكون من الأوصاف النفسانيه المعبر عنه بالإرادة تاره و بالاختيار أخرى و لا من الأفعال الخارجيه و الاختيار كالانتفاع و الاصطفاء و الانتقاء و منه أيضا استخاره المنزل.

و الظاهر أنه بهذا المعنى اللغوى استعمل فى الخيارات المختصه بالمعاملات من خيارى المجلس و الحيوان و غيرهما فان من



له الخيار يتخذ ما يختاره من الإمضاء أو الفسخ خيرا لنفسه و طلب كونه خيرا له و اتصف كل منهما بالاختيار و أصبح خيرا على سبيل البدليه و معنى اليبعان بالخيار أى لكل منهما أن يأخذ ما يختاره خيرا لنفسه و ليس المراد من الخيار هنا هو القدره على الفسخ التى من الأوصاف النفسانيه و لا السلطنه و المالكيه على الفسخ و لا غيرهما من المعانى التى ذكروها فى المقام.

نعم تستفاد السلطنه و المالكيه من موارد أخذ الخير لنفسه و اتخاذه لشخصه مثلا إذا قيل له الخيار فتدل اللام على الاختصاص و الملكيه، و كل أن القدره ليست من معنى الخيار فى شىء و انما هى من مقدمات اتخاذ الخير فان من ليست له هذه القدره لا يتمكن من جعل شىء خيرا لنفسه.

و على هذا فلا نحتاج فى استعمال كلمه الخيار فى الخيارات المصطلحه فى أبواب المعاملات إلى عناية زائده غير ملاحظه المعنى اللغوى الأء أن يكون هنا اصطلاح خاص فلا مشاحه فيه و بهذا للحاظ أيضا استعمل فى مقابل الالتجاء و الاضطرار فان المضطر لا يتمكن من الاستخاره لنفسه و اتخاذ الخير لشخصه كالأعرج و الأشل و الأصم فإنهم لا يقدرون أن يتخذوا المشى أو الحركات الصادره من اليد أو الكلام خيرا لأنفسهم، فجعل الاختيار بمعنى القدره فى مقابل الاختيار انما هو بحسب الاصطلاح فقط و الا فهو خارج عن القدره كما عرفت و الا فنفس الاختيار يقع فى مقابل الاضطرار و يعدّ قسيما له.

ثم ان موارد استعمال كلمه الخيار و ما اشتق منها و ان كانت كلها بحسب لحاظ المعنى اللغوى و لكن الذى فى أبواب المعاملات

تمتاز بخصوصيه ليست في غيرها من موارد الاستعمالات بداهه أنه فرق واضح بين الاختيار المتعلق بالأكل و الشرب و النوم و بين تعلقه بالفسخ و الإمضاء فإن المراد بالأول هو جعل الفعل الخارجى أو العين الخارجيه خيرا لنفسه من غير أن يكون فى البين ما يتصل بالمختار بصيغه الفاعل بخلاف ما إذا تعلق بالعقود باعتبار الفسخ و عدمه فان معناه أن هنا شىء ثابت قابل لان يتعلق به الفسخ أو الإبقاء فى حاله و الاستمرار عليه، و نظير ذلك ما قلناه فى أدله الاستصحاب من أن مفهوم النقص انما يتحقق إذا كان هناك أمر مبرم و الا- فلا- يقال للحجر أنه نقض الحجر فبهذه الخصوصيه ينهاض الخيار المتعلقه بالعقود عن غيره من موارد استعمالاته، و أيضا خرج بهذه الخصوصيه الخيار الثابت للعمه و الخاله فى العقد على بنت الأخت و بنت الأخ فإنه لم يثبت فيها شىء للعمه و الخاله حتى ترفعه العمه أو الخاله بالفسخ بل هى تدفع ما يتصل إليها بالرضا و كك الحال فى العقود الفضوليه فى البيع و غيره و لكن بقيت العقود الجائزه بحسب الطبع وارده عليه أيضا فإن فيها أيضا شىء ثابت لذى الخيار له الفسخ و له الإبقاء.

الآن فى الخيارات المصطلحه خصوصيه ليست موجوده فى العقود الجائزه بحسب الطبع فهى أن ذى الخيار فى موارد الخيارات المصطلحه إنما ملك الفسخ و الإمضاء أى له اتخاذ الفسخ خيرا لنفسه و له إبقاء العقد على حاله أو إمضائه و أيضا فله مالكيه على أصل الاختيار و الخيار بحيث له السلطنه على إعدام اختياره و رفع موضوعه بحيث لا يبقى هنا موضوع للفسخ و الإمضاء و لإعمال الخيار بان يسقط سلطنته على اتخاذ كل من طرفى الاختيار خيرا لنفسه.

و بعبارة اخرى أن لذى الخيار فى موارد الخيارات المصطلحه سلطنتان إحداهما السلطنه المتعلقه بإعمال الخيار أى اتخاذ الفسخ أو الإبقاء خيرا لنفسه و ثانيتهما السلطنه على إعدام السلطنه على اعمال الخيار و اتخاذ شىء منهما خيرا لنفسه فإنها من الحقوق فهى قابله للإسقاط.

و هذا بخلاف العقود الجائزه فإن فيها لكل من المتعاملين فسخ العقد أو إبقائه على حاله و لكن ليس لهما السلطنه على إعدام سلطنتهما على الفسخ أو الإبقاء فإن الجواز فيها من الأحكام فهى غير قابله للإسقاط و لو أسقطه المتعاملان ألف مره و قد عرفت أن الجواز و التزلزل فى موارد الخيارات المصطلحه من الحقوق فهى قابله للإسقاط، و بهذه الخصوصيه لا يدخل شىء من غير الخيارات المصطلحه فى حدودها كما لا يخفى و أيضا صح القول بأن الخيارات المصطلحه هو اتخاذ الفسخ أو الإمضاء خيرا لنفسه فى العقود اللازمه بالطبع كالبيع و الإجاره و النكاح و غيرها.

و الحاصل أن المراد من الخيار هو المعنى اللغوى فى جميع موارد الاستعمالات حتى فى باب العقود و هو اتخاذ الخير لنفسه و الانتفاء و الاصطفاء كما صرح بذلك فى اللغه و ليس بمعنى الملك فى المقام بل انما يستفاد الملكيه من موارد الاستعمال بحسب اقتران ماده الخيار بكلمه اللام أو ذو أو صاحب أو الباء أو بالهيئه المفيده لهذا المعنى كهيئه المختار كما سنشير اليه.

و عليه فيكون الاختيار و الخيار فى مقابل الاضطرار و الالتجاء بحسب الحقيقه فى جميع الموارد فان المضطر لا يقدر على اتخاذ الخير

لنفسه فيما اضطر اليه.

ثم لا يبعد أن يكون المراد من كون المكلف مختاراً في الفعل أو الترك في مقابل التكليف الإلزامية الملجأ إلى الفعل شرعاً هو هذا المعنى أيضاً غاية الأمر أن الاختيار والالغاء هنا شرعي وما ذكرناه فيما سبق تكويني و من هنا يتضح ان إطلاق المختار على الفاعل المختار على هذا المنهج أيضاً و من هنا ظهر أن استعمال المتكلمين الخيار في مقابل الاضطرار ليس اصطلاحاً آخر كما ذهب اليه شيخنا المحقق بل باعتبار المعنى اللغوي كما عرفت.

ثم ان المشتقات قد استعمل في الاتصالات الفعلية كما هو الغالب و قد تستعمل في الشائيه و الاقتضاء و هذا أيضاً كثير في نفسه كما يتضح ذلك لمن سيروا استقرأ موارد استعمالها و منه يقال سمّ قاتل و سيف سيار و أدويه مسهله و أشربه مبرده و أغذيه مسخنه أو قابضه فان اتصاف الذات بالمبدء في أشباه هذه الموارد ليس فعلياً و إنما هو بحسب الشائيه و الاقتضاء.

و من هنا يمكن توجيه كلمات القائلين بأن الخيار بمعنى القدره على الفسخ بدعوى المختار بصيغه الفاعل له فسخ العقد مع ثبوت الخيار له و له إبقائه على حاله و له إسقاط أصل سلطنه أيضاً فتكون القدره و السلطنه على الفسخ و الإبقاء مستفاده من هيئه المختار.

إذا كان اتصاف الذات فيه بالمبدء بحسب الشأن و الاقتضاء فان في موارد ثبوت الخيار فصاحب الخيار مختار في أمر العقد من حيث الفسخ و الإبقاء شأناً بأن يأخذ الفسخ خيراً لنفسه أو الإبقاء فإن له الانتقاء و الاصطفاء في ذلك و الهيئه المستفاده من الهيئه عباره

ص:٧

أخرى عن قدره بل الأمر كذلك فى جميع الموارد التى يتمكن الإنسان من إيجاد فعلى بحسب طول الزّمان فإنه يقال أنه مختار فى ذلك اى له القدره على أن يأخذ هذا الفعل خيرا لنفسه أو يتركه و يأخذ تركه خيرا لنفسه فلا- يكون تعريف الخيار بأنه القدره على فسخ العقد و إبقائه منافيا لما ذكرناه.

ثم أنّك قد عرفت أن الخيار فى اللغه هو اتّخاذ الخير و الاصطفاء و الانتقاء و بهذا اللحاظ قد استعمل فى جميع الموارد غايه الأمر أنه تختلف متعلقاته فإنه قد يتعلّق بالأكل و قد يتعلّق بالشرب و قد يتعلّق بالأعيان الخارجيه كاختيار الدار و الرفيق و المركوب و قد يتعلّق بالأمر بالاعتباريه و قد يتعلّق بفسخ العقد و إبقائه و قد يتعلّق برفع سلطنه على الفسخ و يسقط خياره، و عليه فلا خصوصيه لماده الخيار فى شىء من موارد الاستعمال.

و لكن المراد من الخيار المصطلحه هو اختيار فسخ العقد أو إبقائه أو اختيار إقرار العقد فخرج بتعلّقه بالفسخ جميع ما يتعلّق بغير العقود من الافعال و الأعيان الخارجيه و كل خرج به عقد بنت الأخ و بنت الأخت على العمه و الخاله و كك جميع العقود الفضوليه فان فى جميع تلك الموارد لم ينتسب الى المختار شىء حتى يتعلّق به الفسخ و يكون الفسخ فيه متعلقا للخيار اما فى غير العقود المذكوره فواضح فان الخيار فيه ليس الا اختيار أحد الأمرين الذين هما طرفا الخيار من الأكل و تركه و الشرب و تركه و هكذا و أما فى العقود المذكوره فلائنه و ان ثبت هنا شىء و لكنه لم ينتسب إلى العمه و الخاله و الى المالك بل مع الإجازة و الإمضاء ينتسب العقد إليهم و لكن و إذا اختاروا الرّد

يرفعون ما ثبت بإنشاء الغير لا أنهم يفسخونه فإنه ليس هنا عقد حتى يتعلّق به الفسخ بل ثبت لهم بعد الانتساب إليهم و الفرض انه لم ينتسب إليهم بعد فبالردّ يرتفع و لا يبقى شيء حتى يفسخ.

و خرج بكون ذى الخيار مختاراً فى إقرار العقد و تثبيته العقود الجائزه بحسب الطبع و توضيح ذلك أن ذا الخيار فى موارد الخيارات المصطلحه كما له اختيار فسخ العقد و إبقائه على حاله و كك له ازاله مالكيته على اختيار الفسخ و الإبقاء و على الانتقاء و الاصطفاء بان يقر العقد بإسقاط الخيار و بجعله لازماً و غير قابل الفسخ فى الحقيقه له خيار ان أحدهما يتعلّق بالفسخ و الإبقاء و الأخر يتعلّق بالسلطنه على الفسخ و الإبقاء بخلاف العقود الجائزه فإن فيها خيار واحد لكل من له الخيار و ليس له خيار آخر يتعلّق بأصل السلطنه على اختيار الفسخ أو الإبقاء و لو أسقطه ألف مره لم يسقط كما تقدم فإنه من الأحكام فهى غير قابله للإسقاط.

و من هنا ظهر أن ما ذهب اليه بعضهم من أن الخيار المصطلحه ملك إقرار العقد و ازالته هو الصحيح فان المراد من إقرار العقد هو إسقاط الخيار و جعل العقد لازماً و غير قابل للانساح من ناحيه الخيار و هو ما ذكرناه من تعلّق الخيار بإزاله السلطنه على الفسخ و الإبقاء، و المراد من ازالته هو ازاله العقد بالفسخ و إعدامه نعم التعبير بملك فسخ العقد مسامحه فإن الخيار كما عرفت ليس ملك فسخ العقد و انما الملكيه مستفاده من اللام و كلمه الصاحب و الذو أو من الهيئه كما عرفت فإن هيئه كلمه المختار تدل على ذلك لما عرفت أن المشتق انما هو باعتبار الشأنيه و لاقتضاء و أن ذى الخيار بما أن له مقتضى

للفسخ و قادر عليه بان يأخذه خيرا لنفسه و له شأنه الاختيار و الانتقاء فينتزع من ذلك عنوان المالكه كما لا يخفى.

و قد أشكل المصنف على هذا التعريف بوجهين الأول أنه ان أريد من إقرار العقد إبقائه على حالته الأوليه بترك الفسخ فذكره مستدرک لأنّ القدره على الفسخ عين القدره على الترك فإنها لا تتعلق بأحد الطرفين فقط و الا فلا تكون قدره.

و فيه أنه ظهر جوابه ممّا تقدّم فان المراد من ملك إقرار العقد ليس هو تركه على حاله و عدم فسحه مع جواز ان يفسحه كيف ما يشاء بل المراد منه هو إقرار العقد و إثباته و جعله لازما بحيث لا يقبل - الفسخ بالخيار فهو إشاره الى احد الاختيارين الذين تقدمت الإشاره إليهما و قوله و ازالته فالمراد منه ازاله العقد بالفسخ فهو إشاره إلى الاختيار الثانى.

و على الإجمال أن الخيارات المصطلحه منحلّه إلى خيارين و مركب منهما أحدهما ما يكون متعلقا بالفسخ و الآخر ما يتعلق بأصل إعدام الخيار اى اتخاذ إعدامه الذى عباره أخرى عن إقرار العقد خيرا لنفسه (ما شئت فعبر) فكل واحد من خيار الحيوان و المجلس و العيب و الشرط و غيرها مركب من خيارين المذكورين فقد أشير إليهما فى التعريف المذكور فذى الخيار مختار فيهما نعم أخذ الملكيه فى التعريف ليس من جهه اعتباره فى مفهوم الخيار و تعريفه بل هى مستفاده من الهيئه أو من كلمه اخرى كما عرفت.

الثانى أن أريد منه إلزام العقد و جعله غير قابل لان يفسخ فيه أن مرجعه إلى إسقاط حق الخيار فلا يؤخذ فى تعريف نفس

الخيار لكونه مستلزما للدور فإنه ح يكون مفاد التعريف أن الخيار هو ملك إزام العقد بإسقاط الخيار فهذا أخذ بالخيار فى تعريف نفسه فهو دورى.

و فيه قد ظهر جوابه مما مر و توضيح الاندفاع أن الخيار و أن أخذ فى التعريف و لكن المأخوذ فيه ليس نفس المعرف بل هو غيره اعنى الخيار الثانى لما عرفت من كون الخيار المصطلح مركبا من خيارين فقول القائل الخيار ملك إقرار العقد أى الخيار المتعلق بإعدام السلطنة على الفسخ هو إقرار العقد إسقاط فالمراد من الخيار الساقط هو المتعلق بالفسخ فالمعرف غير المعرف فلا يلزم الدور و بقوله و إزالته أشار الى الخيار الثانى.

ثم أورد المصنف نقضا على التعريف المذكور بأنه ينتقض بالخيار المشترك فان لكل منهما إزامه من طرفه لا مطلقا فلا يكون العقد لازما بإسقاط أحد الشركاء خيارهم.

و فيه أنه أيضا ظهر جوابه مما تقدم فان المراد من الإقرار هو إقرار العقد من قبله لا من قبل غيره و لا يقاس ذلك بالفسخ فان فيه خصوصيه لا يعقل بها أن يفسخ احد المتعاملين دون الآخر فإنه بالفسخ ينتقل مال كل شخص الى ملكه و لا معنى لان يفسخ العقد من طرف واحد فقط دون الآخر و لكن الإقرار و الإثبات ليس كذلك فإنه قابل لان يكون العقد لازما من طرف و جائزا من طرف آخر و إذا كان ممكنا ثبوتا فلا نحتاج فى مقام الإثبات إلى شىء آخر غير ما يصدر من الشركاء فى الخيار حيث أن أحدهم يسقط خياره و الآخر لا يسقطه.



و ما نحن فيه نظير رفع الحجر الثقيل بعشره رجال حيث ان ترك الرفع يستند الى ترك واحد منهم و لكن رفعه مستند الى جميعهم ففي المقام أيضا رفع العقد يحصل بفسخ واحد و لكن الإقرار التام يحصل بالمجموع و مع ذلك فكل واحد يجعله من قبله لازما و ان شئت فمثل بترك كل واحد من عشره رجال قتل شخص فإنه يصدق ح ان كل واحد منهم ترك قتله من قبله و قد مثل الأستاذ بهذا المثال دون الأول.

و على الإجمال فالأحسن أن يقال في تعريف مطلق الخيار هو ما يرجح به أحد طرفي الممكن على الآخر سواء كان هناك مرجح آخر أم لم يكن و يكون في مقابل الاضطرار فان الفاعل المضطر مجبور الى اختيار أحد طرفي الممكن الذي اضطرار اليه و لا يبقى معه اختيار في الترك و الانتقاء و الاصطفاء و بهذا المعنى الواحد يستعمل في جميع الموارد و ان كان هنا اختلاف فإنما هو من ناحيه المتعلق و بيان ذلك أن الخيار قد يتعلق بالأنفعال الخارجيه كالأكل و الشرب و غيرهما فيختار الفاعل اما الترك أو الفعل فيرجح باختياره احد الطرفين على الطرف الآخر.

و قد يتعلق بالأعيان الخارجيه فيرجح المختار أحد الشيئين أو الأشياء على الآخر فيأخذه خيرا لنفسه.

و قد يتعلق بدفع العقود عن الانتساب الى نفسه و ردّه عن الاتصال اليه من غير ان ينضم اليه قبل ذلك شيء و هذا كاختيار المالك ردّ عقد الفضولي و اختيار العمه و الخاله عقد بنت الأخ و بنت الأخت.

و قد يتعلّق بفسخ العقد و إبقائه و هو على قسمين فإنه تارة يجتمع مع الخيار الآخر المتعلّق بإقرار العقد و عدمه و أخرى لا يجتمع معه بل لا يمكن ان يقترنه لحكم الشارع بعدم لزوم العقد إلى الأبد.

و الثانى هو الخيار فى العقود الجائزه التى كانت جائزه بحسب الطبع و الأول هو المراد من الخيارات المصطلحه فان فى مواردنا قد ثبت لذى الخيار خيار ان أحدهما ملك فسخ العقد و إبقائه على حاله و الثانى ملك إقرار العقد بإسقاط الخيار و عدم إقراره فيسمى مجمع هذين الخيارين خيارا اصطلاحيا و لهذا لا تسمى العقود الجائزه عقودا خياريه مع تحقق الخيار فيه أيضا و لكنه ليس مركبا من خيارين نعم التعبير بالملك ليس من جهة أخذ الملك فى مفهوم الخيار و لعل النكات فى تعبير ملك فسخ العقد فى تعريف الخيار هو ان معنى الخيار هنا هو ترجح أحد الطرفين من الفسخ أو عدمه و ترجيح احد طرفين ازاله العقد و إبقائه لما عرفت أن الخيار المصطلح مجمع الخيارين.

و من الواضح أن الترجيح انما يكون مع القدره على الترجيح فالخيار عباره عن القدره على الترجيح و القدره ليست إلا عباره عن السلطنه فيصح أن يقال أن الخيار ملك ازاله العقد و لكن هذا المعنى منتف فى غير خيار المصطلح فان فى الهبه مثلا و ان كان الواهب قادرا على الفسخ أو الإبقاء و لكن كون الجواز فيه ضرورى فليس له ازالته عنها و كك إذا كان متعلق الخيار الأمور الخارجيه كالأكل و الشرب فإن أحد طرفى الفعل و ان كان فى اختياره و لكن أصل كونه مختارا فى ذلك ضرورى و لا يقدر ان يسلب اختياره عن نفسه بل هو مستفاد

من شيء آخر و منه الهيئه فان هيئه المختار أيضا تدل على الملكيه فإنه قد أخذ فيها الهيئه و هذه الهيئه و ان كانت ظاهره فى الهيئه الفعلية و منه ما فى قضيه الصديقه الطاهره و هو المختار لها لسرعه الإلحاق.

و لكن قد يكون المراد منهما الهيئه الشأنيه و لكن بواسطة القرائن فيكون المشتق ح مستعمله فى الشأنيه كسيف قاطع و سم قاتل و مسهل نافع و أشربه مبرده أو مسخنه فان القرينه قائمه فى أمثالها على أن الاستعمال بلحاظ التلبس الشأنى دون الفعلية كما لا يخفى.

و من هنا ظهر ما فى كلام شيخنا الأستاذ حيث قال أن الخيار المتعلق بإقرار العقد و إلزامه أنما هو أيضا اعمال الخيار فإنه أحد طرفى ما تعلق به الخيار و ليس مرجعه إلى إسقاط الحق الذى فوق اعمال الخيار و وجه الاندفاع هو ما تقدم من أن ما تعلق بإقرار العقد خيار آخر غير ما تعلق بالفسخ و الإبقاء.

و تحصيل من جميع ما ذكرناه أن ما ذكره بعض الأصحاب من أن الخيار ملك إقرار العقد و ازالته هو المتعين و أحسن منه ما تقدمت الإشارة إليه من أن الخيار المصطلح اختيار فسخ العقد و إبقائه و اختيار إقرار العقد و عدمه (ما شئت فعبر).

و قد عرفت أنه لا يرد عليه ما أورده المصنف من الإيراد الأول و الثانى و كك نقضه بالخيارات المشتركة كما عرفت.

لا- يتوهم أن المراد من الخيار المشترك هو الخيار الثابت للمجموع كما فى توارث الخيار عن المورث بناء على عدم ثبوته لكل واحد من الورثه و على عدم ثبوته على الطبيعى من حيث هو على ما هو أقوال المسأله.

و الوجه فى ذلك هو ان أحد الشركاء لو اعمل خياره بان يفسخ العقد أو ألزم العقد بأن أسقط خياره لا يضرّ بخيار الشريك الآخر بوجه مع أن المصنف فرض أن الفسخ يوجب انهدام العقد من طرف الشريك الآخر و يؤثر تأثيره بخلاف الإقرار فإنه من احد الشركاء لا- يوجب إقرار العقد من الشريك الآخر فيعلم من ذلك أن المراد من الخيار المشترك فى كلام المصنف هو الخيار الثابت لكل من البائع و المشتري حين الثبوت كخيار المجلس مثلا كما هو الحق فإن الظاهر من قوله (عليه السلام) البيعان بالخيار ما لم يفترقا هو ذلك و ان لكل منهما خيار و إذا أراد أحدهما أن يفسخ العقد ففسخ من الطرف الآخر أيضا لخصوصيه فى الفسخ و هى أنه لا- يعقل انفساخ العقد من طرف واحد و هذا بخلاف الإقرار فإنه يعقل إلزام العقد من طرف واحد كما عرفت هذه هى المقدمه الأولى

## المقدمه الثانيه وقع الكلام فى تأسيس الأصل فى المقام ليرجع اليه

### اشاره

عند الشك، فى الجواز أو الزوم

و قد وقع الكلام فى أن الأصل فى العقود هو اللزوم الا ما خرج بالدليل أو الأصل فيها هو الجواز الا ما خرج بالدليل فإذا علم من الخارج أن العقد الفلانى لازم أو جائز فلا- كلام لنا فيه فان كل واحد منهما يترتب عليه حكمه و انما الكلام فى الموارد المشكوكه بالشبهه الحكيمه كما إذا شككنا فى ان العقد الفلانى (كالتسبيق و الزمايه جائز أو لازم أو بالشبهه الموضوعيه كما إذا وقع عقد فى الخارج و شككنا فى كونه من القسم الجائز أو من القسم اللازم فان فى جميع ذلك يرجع الى ما أسس من الأصل.

فنقول ذكر غير واحد تبعا للعلامه فى كتبه الأصل فى البيع اللزوم

## و قد وقع الكلام فى بيان المراد من هذا الأصل

### اشاره

فذكر المصنف وجوها

ص: ١٥

أربعة فى بىآن ذكك.

### الأول أخذه بمعنى الغلبه

فإن أغلب أفراد العقد هو اللزوم و الجائر منه قليل فإذا شككنا فى عقد أنه جائز أو لازم فالظن يلحق الشئ بالأعم الأغلب.

و فىه أنه مخدوش صغره و كبرى و المصنف لم يتعرض لفساد الكبرى لوضوحه أما الوجه فى فساد الكبرى فلان قاعده إلحاق المشكوك بالأعم الأغلب أدون من الاستقراء الناقص فحيث أن الاستقراء الناقص ليس بحجه فالقاعده المذكوره أولى بان لا تكون حجه بىآن ذلك أن الاستقراء الناقص عباره عن تتبع أفراد الطبيعه بقدر الطاقه و التمكن بحيث يحصل الظن من ذلك أن بقيه الأفراد أيضا على هذا النسق ثم يتشكّل من ذلك القياس فىوصل بالنتيجه و يقال أن ما صادفنا من افراد هذه الطبيعه كالحىوان مثلا يتحرك فكه الأسفل عند المضغ و كل حىوان ككك فالحيوانات المشكوكه أيضا ككك ظنا و هذا القياس بما أنه يفيد الظن فقط لا يكون حجه فان الظن لا يعنى من الحق شيئا.

و القاعده المذكوره أدون من ذلك فان جميع ما صودف به من افراد الطبيعه ليس على نسق واحد لان الفرض أنها على قسمين غايه الأمر أن قسم منهما أقل من القسم الآخر فلا يمكن هنا تشكيل القياس بان كل أفراد الطبيعه كل حتى و هما فضلا عن الظن به للعلم بان قسم منها على غير النسق الذى عليه القسم الآخر، كما لا يخفى.

و بالجمله أن كبرى هذه القاعده باطله لعدم الدليل على صدقها و أما الوجه فى بطلان الصغرى ما ذكره المصنف ان أريد غلبه

الافراد فغالبا ينعقد جائزا لأجل خيار المجلس أو الحيوان أو الشرط و ان أراد غلبه الأزمان فهي لا تنفع في الافراد المشكوكه و ذلك فإن مده اللزوم و ان كانت طويله و زائده و لكن لا يوجب إلحاق المشكوك إليه الذي لا ندرى أنه تحقق لازما أو جائزا فإن الأغلبه من حيث الأزمان لا يرتبط بالأغلب من حيث الافراد.

و بعبارة اخرى أن بناء على تسليم الكبرى أن الظن انما يلحق الشيء بالأعم الأغلب من صنف نفس هذه الطبيعه لا من الأعم الأغلب من طبيعه أخرى مثلا أن الغلبه في سادات الكاظميه هي الطوال فلو شككنا في فرد منهم أنه طويل أو قصير فالظن يلحقه بالأغلب من هذه الطائفة لا بالأغلب من جميع البشر و كك أن الأغلب في المسلم أو في أهل العلم الثقي و إذا شك و في فرد منهم فالظن يلحقه بالأغلب من المسلمين أو من أهل العلم لا بالأغلب من جماهير العالم و لو من غير المسلمين و في المقام إذا شك في عقد أنه جائز أو لازم فالظن يلحقه بالأعم الأغلب من صنفه و هو غلبه الأفراد بحيث يتصف حين الوجود بوصف من اللزوم أو الجواز لا بالأغلب من صنف آخر اعنى غلبه الازمان و من الواضح أن الغلبه في الافراد هو الجواز فإن أغلب أفراد العقد يوجد جائزا لخيار المجلس أو الحيوان أو الشرط الا ان يشترط اللزوم في ضمن العقد و من هنا ظهر أن ما ذكره غير واحد من الاعلام من عدم الفرق في إلحاق المشكوك بالأعم الأغلب بين غلبه الافراد و غلبه الزمان لا يرجع الى محصل و انما هو ناشئ من عدم الوصول الى مراد المصنف.

**و أما الأصل بمعنى القاعده**

فسيأتى التكلم فيه من أوفوا بالعقود

ص: ١٧

وَأَحْبَلُ اللَّهُ الْبَيْعَ وَتِجَارَةً عَنْ تَرَاوُضٍ وَكَكَّ سَيَأْتِي التَّكَلُّمُ فِي الْأَصْلِ بِمَعْنَى الْأَسْتِصْحَابِ وَان تَكَلَّمْنَا فِيهِمَا فِي الْمَعَاوَاهِ وَ لَكِنْ إِذَا تَمَّ الْأَسْتِصْحَابُ وَ قَلْنَا بِجَرِيَانِهِ فِي الشَّبَهَاتِ الْحَكْمِيَّةِ وَ الْأَحْكَامِ الْكَلِيَّةِ يَجْرِي فِي مَوَارِدِ الشَّبَهَاتِ الْحَكْمِيَّةِ وَ الْمَوْضُوعِيَّةِ وَ أَمَا الْعُمُومَاتُ فَلَا تَجْرِي فِي الشَّبَهَاتِ الْمَوْضُوعِيَّةِ كَمَا إِذَا شَكَّ فِي أَنَّ هَذَا الْعَقْدَ وَجَدَ لِأَمْرًا أَوْ -جَائِزًا لِكُونِهِ تَمَسُّكَ بِالْعُمُومَاتِ فِي الشَّبَهَاتِ الْمَصْدَاقِيَّةِ كَمَا لَا يَخْفَى.

### و أما الأصل بالمعنى اللغوي

بأن يكون وضع البيع و بنائه عرفا و شرعا على اللزوم فهو الظاهر من كلام العلامة (ره) حيث قال و الفرض تمكن كل من المتعاقدين إلخ فإن هذا وجه آخر غير الاستصحاب و انه هو الوجه الرابع ظاهرا بل هذا هو الصيحيح لقيام بناء العقلاء من المتدينين و غيرهم على ذلك، و عليه فالشرط الضمني في كل عقد البيع موجود على بقاء المعاقده على حالها و لا يفسخ العقد بفسخ كل منهما كيف شاء و في أي وقت أراد و ليس لأحد من المتبايعين أن يرجع الى الآخر بعد مده و يسترجع العوض منه بفسخ العقد و إلا لما استقرّ نظام المعاملات و لا أظنّ أحد ببقاء أمواله تحت يده و ان مضى على بيعه و شرائه سنين متماديه و قرون متواليه فإن العقد الجائز قابل الانهدام و لو بعد سنين و ح لا يستقر تملك الملاك في مستملكاتهم المبتاعه من الغير و اختلف تجاره التجار و نظام الاكتساب كما هو واضح نعم هذا يتم في البيع فقط و أما في غيره كعقد السبق و الرمايه مثلا فلا يتم فيه ذلك مع الشك في جوازه و لزومه إذ لم نحرز كونه بناء العقلاء في غير البيع و نحوه كالكاح مثلا على اللزوم حتى يعتبر اللزوم بالشرط الضمني كما لا يخفى.

و لذا ذكر المصنف أن الأصل بهذا المعنى انما ينفع مع الشك فى ثبوت خيار فى خصوص البيع لان الخيار حق خارجى يحتاج ثبوته الى الدليل أما لو شك فى عقد آخر من حيث اللزوم و الجواز فلا يقتضى ذلك الأصل لزومه.

ثم ذكر المصنف(ره) و من هنا ظهر أن ثبوت خيار المجلس فى أول أزمته انعقاد البيع لا ينافى كونه فى حد ذاته مبينا على اللزوم لان الخيار حق خارجى قابل للانفكاك نعم لو كان فى أول انعقاده محكوما شرعا بجواز الرجوع بحيث يكون حكما فيه لا حقا مجعولا قابلا للسقوط كان منافيا لبنائه على اللزوم.

و فيه أنه بعد ما تم بناء العقلاء على عدم جواز رجوع كل من المتبايعين على الآخر و صار بنائهم على صيروره كل منهما أجنبيا عن ما له بعد تماميه العقد فكما لا ينافى ذلك ثبوت خيار المجلس أو الحيوان فى أول البيع لكونه تخصيصا للقاعده الثانيه ببناء العقلاء فكذلك لا ينافيه ثبوت الجواز الحكمى لعقد الهبه فإنه أيضا يكون تخصيصا للقاعده و لا يفرق فى ذلك بين كون الجواز من الحقوق أو من الاحكام و انما يظهر الفرق بينهما من حيث إمكان الإسقاط و عدمه فان الجواز فى الهبه لا ينفك عنها و لو أسقطه الواهب ألف مره فإنه بعد ذلك أيضا بالخيار و هذا بخلاف الجواز الحقى فإنه يسقط بالإسقاط كما عرفته فى أول البيع

### و أما الأصل بمعنى الاستصحاب

فهو انما يتم إذا شك فى لزوم عقد و جوازه بعد إحراز أنه تحقق لازما و ثبت اللزوم له و لو فى ان قبل الشك فإنه حينئذ لا بأس بالتمسك للاستصحاب لإثبات اللزوم و أما إذا كان العقد حين التحقيق جائزا و لم يطرء عليه اللزوم بعده



ثم شككنا في جوازه و لزومه فحينئذ نستصحب الجواز فيثبت عكس المقصود.

على أن الاستصحاب انما يتم في الشبهات الموضوعيه و أما الشبهات الحكميه فقد حققنا في محله أنه لا يجرى فيها الاستصحاب لكونه مبتلا بالمعارضه دائما، و عليه فإذا شككنا في أن عقد السبق و الرمايه جائز أو لازم فلا- يمكن إحراز اللزوم فيه بالاستصحاب كما هو واضح

### قوله بقى الكلام فى معنى قول العلامة فى القواعد و التذكرة

أقول: اختلفت الكلمات فى بيان مراد العلامة (ره) حيث قال انه لا يخرج من هذا الأصل إلا بأمرين ثبوت خيار أو ظهور عيب مع ان العيب من أسباب الخيار فعن جامع المقاصد أنه من قبيل عطف الخاص على العام و هو كثير فى كلمات الفصحاء و فى الكتاب العزيز (و فيها فاكهه و نخل و رمان مع ان الفاكهه شامله لما ذكر بعدها).

و فيه أنه انما يتم إذا ذكر فى المعطوف عليه أسباب الخيار فان العيب منها دون نفس الخيار و هما متباينان لا أن المعطوف عليه أخص من المعطوف.

و وجهه المصنف بتوجيه آخر و حاصله: أن العيب سبب مستقل لتزلزل العقد فى مقابل الخيار، لان الخيار انما يتعلق بتمام العقد بحيث إذا اختار ذو الخيار الفسخ فينعدم العقد من أصله فيصير كأن لم يكن، و أما إذا ظهر نقص فى أحد العوضين فان نفس ظهوره موجب لثبوت الأرش و ثبوت الخيار و لمالك العوض الناقص فى استرداد جزء من الثمن أو المثلن فالعقد بالنسبه إلى الجزء الناقص متزلزل قابل للإبقاء فى ملك المالك الأول و إبقائه فيه فهذا خيار متعلق

بالمجموع من حيث المجموع لا بالجميع.

و فيه أولا- ما ذكره المصنف(ره) من أنه مبنى على كون الأرش جزء حقيقيا من الثمن كما عن بعض العامه ليتحقق انفساخ العقد بالنسبه إليه عند استرداده و قد صرح العلامة في كتبه بأنه لا يعتبر فى الأرش كونه جزء من الثمن بل له ابداء له لأن الأرش غرامه و ح فثبوت الأرش لا يوجب تزلزلا فى العقد.

و ثانيا ما ذكره السيد(ره) فى حاشيه من أنه لا- يعقل الفسخ بالنسبه إلى الجزء الا- برد ما يقابله من العوض إذ مقتضى مقابله المجموع بالمجموع كون بعض المبيع فى مقابله هذا الجزء من الثمن فإذا رجع الى المشتري يرجع ما يقابله إلى البائع فلا بد من التزام أن هذا الفسخ و الاسترداد ابطال و ازاله للعقد بتمامه و جعله واقعا على مجموع المبيع و ما بقى من الثمن و على هذا فالتزلزل أنما هو بالنسبه إلى الكل لا خصوص جزء الثمن.

و وجهه شيخنا الأستاذ بوجه ثالث و حاصله أن ما ثبت ببناء العقلاء أو غيره من اللزوم انما ينحل إلى أمرين الأول انه ثبت بناء العقلاء مثلا على لزوم العقد بحيث ليس لكل واحد من المتعاملين أن يرجع الى الآخر بعد العقد بان يفسخ المعامله و يرجع الى ماله.

الثانى أنه ثبت بناء العقلاء على عدم مجواز مطالبه كل من المتعاملين من الآخر زائدا عن حقه الذى جرى عليه العقد و لكن يخرج من الأصل الأول بالخيار و من الأصل الثانى بظهور العيب فإنه يوجب مطالبه الأرش فقول العلامة إنما يخرج من هذا الأصل بالخيار ناظرا الى الأصل الأول و قوله أو بظهور العيب ناظر الى الأصل الثانى و هذا الذى ذكره شيخنا الأستاذ توجيهه و جيهه لا بأس به.

قوله فمنها قوله تعالى أَوْفُوا بِالْعُقُودِ أقول

## قد استدل المصنف

### إشاره

على اللزوم بوجوه

### منها قوله تعالى أَوْفُوا بِالْعُقُودِ

فذكر أن الآيه دلت على وجوب الوفاء بكل عقد و ادعى ان المراد بالعقد مطلق العهد كما فسّر به فى صحيحه ابن سنان المرويه فى تفسير على بن إبراهيم أو المراد منه ما يسمّى عقدا لغه و المراد بالوفاء بالعقد هو العمل بمقتضاه و الجرى العملى على طبقه نظير الوفاء بالنذر فإذا باع احد ماله من شخص فبمقتضى الآيه وجب العمل بما يقتضيه التمليك من ترتيب آثار الملكيه عليه و عدم جواز التصرف فيه و يحرم العمل بجميع ما يكون نقضا للعقد

### و منها التصرفات بعد الفسخ

فحرمه التصرف لانه مساو للزوم العقد و عدم انفساخه بمجرد فسخ احد المتعاملين فيستدل بالحكم التكليفى أعنى حرمه التصرف فى المبيع على الحكم الوضعى أعنى عدم نفوذ الفسخ و تأثيره فى العقد فيكون العقد باقيا بعد الفسخ أيضا فى كل زمان و لا ينعدم بأى زمانى و قد تحقق فى الأصول ان الحكم الوضعى منتزع من الحكم التكليفى على مذهبه.

و أشكل عليه بأن وجوب الوفاء فرع وجود العقد و بعد الفسخ نشك فى بقاءه فلا يتم الا بالاستصحاب الى أن قال نعم لو كان الموضوع صدور العقد و لو لم يكن باقيا كان كما ذكر لكنه مقطوع العدم إذ مع فرض زوال العقد لا يجب الوفاء قطعا.

و فيه أن موضوع وجوب الوفاء إلى الأبد انما هو العقد حدوثا فإنه به مجرد حدوثه يثبت له وجوب الوفاء إلى الأبد فيكون العقد حدوثا موضوعا لوجوب الوفاء المستمر بقاء فلا يكون مشكوكا فى نفسه لكونه مقطوعا فى ظرفه فيتمسك بالإطلاق بعد الفسخ أيضا فإن مقتضى ما ذكره المصنف

من جرى العمل على طبق ذلك العقد الحادث لا يؤثر الفسخ فى شىء و لا يوجب كون العقد مشكوكا حتى تصل النوبه إلى الاستصحاب من جهه الشك فى بقاء الموضوع و عدمه.

نعم الملكيه تكون مشكوكه بعد الفسخ و لكنها أجنبيه عما ذكرناه و دعوا أن العقد بعد الفسخ يكون مشكوكا فى نفسه فلا يكون العقد محرزاً حتى نتمسك بالإطلاق و اوضح الدفع بما ذكرناه و يدفع ما ذكرناه بملاحظه الوقف و نحوه من كون العقد حدوداً موضوعاً لوجوب الوفاء بقاء و على الإجمال أن العقد حدوداً يكون موضوعاً لوجوب الوفاء بقاء و هو ليس بمشكوك أصلاً حتى لا يفيد التمسك بالإطلاق و يلتجأ الى الاستصحاب بل هو مقطوع بعد الفسخ و قبله نعم بعد تحقيق الفسخ تكون الملكيه مشكوكه و لكنها لا- ترتبط لما نحن فيه و على هذا فكلما نشك فى ارتفاع ذلك اى و جوب الجرى على طبق العقد السابق فيتمسك بالإطلاق فكلام المصنف سليم عن هذا الاشكال.

نعم يرد على ما ذكره المصنف و جهان:الأول أن حرمه التصرف انما هى من الأحكام الشرعيه المترتبه على الملكيه فلا ربط لها بالعقد الذى هو عبارته عن الالتزام النفسانى فلا دلالة فى الآيه بناء على ما ذكره المصنف على لزوم العقد.

و توضيح ذلك أن الالتزام على شىء قد يكون متعلقاً بالأمر الخارجيه كالنذر و العهد بأن يتعهد بالالتزام النذرى أو العهدى على فعل شىء فى الخارج أو على تركه فيه و قد يكون متعلقاً بأمر اعتبارى نفسانى أما الأول فيكون نقضه بالفعل الخارجى لكونه التزاماً خارجياً بأن يترك ما التزم بفعله أو يفعل ما التزم بتركه و على هذا

فيكون التصرف الخارجى نقضا للالتزام و العقد فتدل حرمه التصرف على حرمه الفسخ كما ذكره المصنف.

و أما الثانى فرفعه بنقضه فى عالم الاعتبار و رفع المعاقده النفسانيه فلا ربط له بالتصرف الخارجى حتى لو التزم بشىء و تعاهد عليه فى عالم الاعتبار و أوجد المعاقده الاعتباريه فى ذهنه و مع ذلك التزم و بنا على التصرف الخارجى و عدم ترتب الحكم عليه فلا يكون ذلك مخلا بالتزامه العقد أصلا، مثلا لو باع داره من زيد و بنى أن يأخذها منه بعد الإقباض أو تزوج امرأه و بنى أن لا يعطى لها نفقتها فإن بنائه هذا لا يضر بالالتزام العقدى بوجه و عليه فالآيه الشريفه ناظره إلى الوفاء بالمعاقده الاعتباريه التى نقضها برفع تلك الاعتبار النفسانى لا بالتصرف الخارجى فلا تدل الآيه على حرمه التصرف أصلا حتى لو لم يكن دليل على حرمه التصرف فى مال غيره لم يظهر ذلك من الآيه و لجاز أن يبيع أحد أمواله ثم يتصرف فيها تصرفا خارجيا و هذا واضح جدا.

و ثانيا لو سلمنا كون التصرف نقضا للعقد فلما ذا يحرم التصرف بعد ذلك التصرف الأولى فإن لازمه جواز التصرف الثانى و الوجه فيه هو الموجود فى مقام البيع و النكاح و الإجاره و غيرها من العقود هو الأمر الوجدانى المستمر فإذا انقطع ذلك فى آن فيرتفع العقد بارتفاع الاستمرار و بعده لا يبقى موضوع لوجوب الوفاء أصلا.

نعم لو كان هنا أمور متعدده و التزامات و عقود متكرره حسب تعدد الآنات و الساعات و الأيام كان هنا أيضا وجوب متعدد منحل إلى الأزمنه المتعدده فلا يكون عدم الوفاء بواحد موجبا لرفع الحكم

عن الآخر و لكنه بديهى البطلان فان ما نحن فيه نظير النذر أو العهد أو اليمين على القعود فى مكان من أول الصبح الى المغرب فإذا تخلف أنا واحدا و لم يجلس فيه فيرتفع وجوب النذر و لا- يجب بعده- الجلوس فى ذلك المكان و يترتب عليه حكم مخالفه النذر و العهد و اليمين.

و ليس المقام من قبيل النذر على إيجاد أمور عديده بحيث لا يستلزم الخلف فى واحد الخلف فى الآخر كأن ينذر أن يزور الحسين عليه السلام فى كل ليله الجمعه و لكن تخلف و لم يزر ليله واحده فإنه لا يوجب الحث فى الليالى الآخر أيضا بل النذر فى مثل هذا ينحل الى نذور متعدده و يترتب على كل واحد منها حكمه.

و التحقيق هو ما ذكرناه فى بحث المعاطاه من أن الوفاء عباره عن انتهاء الشىء و إتمامه و منه الدرهم الوافى أى التمام فالمراد من الأمر بالوفاء عباره عن الأمر بالتمام العقد الذى عباره عن المعاقده و المعاهده فتدل الآيه على وجوب إتمام العقد و عدم جواز فسخه و لكن حيث أنه ليس الفسخ من المحرّمات قطعا فان رفع الالتزام النفسانى و الاعتبار النفسى و عدم الوقوف على الالتزام الاولى ليس من المحرّمات قطعا الا بعنوان التشريع و النسبه إلى الشارع فيكون الأمر للإرشاد الى عدم تأثير الفسخ فى رفع الالتزام نظير عدم صحه الصلاه عن الحائض و كون الأمر بتركها إرشادا الى ذلك فتدل الآيه بالمطابقه على اللزوم.

و بعباره أخرى الظهور الأولى للأمر هو الوجوب المولوى كما حقق فى محلّه و لكن نرفع اليد عنه بالقرائن الخارجيه و يحمل على

الإرشاد و في المقام أن الأمر بالوفاء على العقد و أن كان ظاهرا في المولويه في نفسه و لكن بما أن الفسخ المتعلق به ليس من المحرّمات بحيث يحرم لأحد المتعاملين ان يفسخ التزامه و ينقضه و لا ينهيه الى الآخر فيكشف من ذلك عدم كونه ظاهرا في الوجوب المولوي و يحمل على الإرشاد فتكون الآيه ابتداء داله على اللزوم بالمطابقه و ان العقد لا ينقض و يفسخ بالنقض و الفسخ فلا نحتاج في استفاده اللزوم الى الالتجاء بكون الحكم الوضعي منتزعا من الحكم التكليفي كما صنعه المصنف على أنه لا يمكن المساعدة عليه في نفسه كما حققناه في علم الأصول و قلنا أن الاحكام الوضعيه بنفسها مجعوله للشارع.

و قد أشكل على الاستدلال بآيه أَوْفُوا بِالْعُقُودِ على اللزوم بناء على ما ذكرناه من دلالتها على اللزوم بالمطابقه بأن مبنى الاستدلال بهذه الآيه على اللزوم هو أن الأمر في الآيه انما هو إرشاد إلى اللزوم لان رفع العقد و فسخه و هدم كل من المتبايعين التزامه بدون رضا الآخر ليس حراما في الشريعة غايه الأمر أنه لا يؤثر في رفع العقد و لا يوجب نقضه و رفعه إلا مع رضا الآخر ليكون اقاله فيكون الأمر بهذه القرينه إرشادا الى أن العقد لا ينحل و لا يفسخ بالفسخ و لا ينقض بالنقض فتدل الآيه بالمطابقه على اللزوم.

و أشكل عليه بأن الأمر في المقام يدور بين رفع اليد عن ظهور الأمر في المولويه و حملة على الإرشاد كما ذكرتم و بين رفع اليد عن ظهور أَوْفُوا بِالْعُقُودِ في جميع العقود حتى الالتزامات الخارجيه من النذر و العهد و غيرها و الالتزامات النفسيه كالعقود من البيع و نحوه فتخصيصها بالالتزاميه الخارجيه فقط حتى لا يقال أن الفسخ ليس

من المحرمات بل تختص الحكم بالوفاء فى الآيه بالنذر و العهد و نحو هما من الالتزامات الخارجيه فلا مرجع لرفع اليد عن ظهور الأمر فى المولويه و حمله على الإرشاد دون الثانى فتكون الآيه مجمله فلا يمكن الاستدلال بها على اللزوم. و فيه أن هذا الدوران ممنوع جدا فان معنى رفع اليد عن ظهور الأمر و حمله على الإرشاد ليس هو ذلك بل معناه انا نرفع اليد عن ظهور الأمر فى الوجوب التكليفى و نحمله على الإرشاد و هذا لا ينافى المولويه فالأمر على كل حال باق على مولويته سواء حملناه على الإرشاد به أم لا- و لكن بمقتضى القرينه المتقدمه نحمله على- الإرشادى المولوى و الوجه فى ذلك هو أن المعنى الإرشادى غير ما ذكره من حمل الأمر على الإرشاد مقابل المولوى فإنه إرشاد إلى حكم العقل كما فى أطيعوا الله و أطيعوا الرسول فإنه فى موارد حكم العقل لا مجال للمولويه فلا بدّ من حمل الأوامر الوارده فى تلك المقامات على الإرشاديه و كونها إرشادا إلى حكم العقل فقط و هذا بخلاف حمل الأمر على الإرشاد مقابل الوجوب و التكليف فإنه مع كون الأمر إرشاديا فهو باق على مولويته أيضا فإن إمضاء العقد و جعله لازما بحيث لم يفسخ بالفسخ هذا أيضا حكم مولوى و ثابت بجعل الشارع كما أن الأمر بالوضوء عقيب الأحداث الناقضه للوضوء إرشاد إلى بطلان الوضوء بها و الأوامر و النواهي المتعلقة بأجزاء الصلاه إرشاده إلى المانعيه أو الجزئيه و مع ذلك كلها أحكام مولويه فإن أجزاء الصلوه و موانعها كلها مجعوله للشارع فالأمر بها مولوى محض غايه الأمر ليس تكليفيا و على هذا فإذا حملنا الأمر بالوفاء بالعقود على الإرشاد فلا يكون رفعا لليد عن ظهور الأمر فى المولويه بل رفع اليد عن ظهوره



فى الوجوب.

و على هذا فتدل الآيه على لزوم الوفاء بكل عقد حتى العقود و الالتزامات الخارجيه و ليس دائرا بين رفع اليد عن ظهور الأمر فى المولويه أو عن ظهور المعقود فى الأعم من الالتزامات النفسيه و الالتزامات الخارجيه بل أريد من الأمر المولويه و هو عبارته عن إظهار ما فى النفس من اعتبار الفعل على ذمه المكلف سواء كان على سبيل التكليف أو لا فهذا المعنى يختلف بحسب الموارد ففى مورد يكون إمضاء محضا فقط كما فى البيع و نحوه فإنه إمضاء لما عقده المتعاملان بعنوان المولويه و فى العهد و النذر على نحو التكليف و على هذا فمعنى أَوْفُوا بِالْعُقُودِ أى أوفوا بجميع عهودكم و عقودكم و التزاماتكم النفسيه و الخارجيه فىشمل ذلك عهد الله على العباد الذى عهد عليهم فى عالم الدر بقوله جل و على أَلَمْ أَعْهَدْ إِلَيْكُمْ يَا بَنِي آدَمَ أَنْ لَا تَعْبُدُوا الشَّيْطَانَ إِنَّهُ لَكُمْ عَدُوٌّ مُّبِينٌ.

و أيضا يشمل عهد العباد على الله تعالى كالنذر و العهد و اليمين و يشمل عهد العباد بعضهم بعضا كما فى موارد العقود.

و على الاجمال فالآيه وافية الدلاله على اللزوم دلالة مطابقه كما عرفت.

قوله و من ذلك يظهر لك الوجه فى دلالة قوله تعالى أَحَلَّ اللَّهُ الْبَيْعَ عَلَى اللزوم.

أقول حاصل كلامه أن المراد من حليه البيع هو حليه جميع التصرفات التى تترتب على البيع و يجوز لكل من المتبايعين أن يتصرف فيما انتقل اليه جوازا تكليفيا مطلقا فهو يشمل ما بعد الفسخ أيضا

ص: ٢٨

فيدل على عدم تأثير الفسخ في العقد و كونه لغوا و الا لكان التصرف بعد الفسخ تصرفا محرما لكونه في مال الغير فهذا المعنى يستلزم لزوم فتدل الآيه على أن الأصل في العقود هو اللزوم بالالتزام و قد حقق في محلّه أن الدلالات الالتزاميه حجه في باب الألفاظ و منه يظهر وجه الاستدلال على اللزوم بإطلاق حليه أكل المال بالتجاره عن تراض فإنه يدل على أن التجاره سبب لحليه التصرف بقول مطلق حتى بعد الفسخ فتدل هذه الآيه أيضا على أصاله اللزوم بالالتزام فان لازم جواز التصرف حتى بعد فسخ أحد المتعاملين هو لزوم العقد و عدم انحلاله بالفسخ و الا لكان التصرف بعد الفسخ حراما كما لا يخفى.

و قد أشكل المصنف(ره)على الاستدلال بالآيتين على أصاله اللزوم و أوضحه شيخنا الأستاذ و حاصله أن التمسك بالإطلاق إنما يفيد إذا كان الشك في قيود الموضوع و حالته و أنحاءه مثلا إذا قال المولى جئنى بالماء فتمسك بإطلاق كلامه بالنسبه إلى حالات الماء و نحكم بجواز إتيان أى ماء بحيث صدق عليه الماء كما يمكن أن يكون الحكم بالنسبه إلى حالات الموضوع مقيدا أيضا فالمقصود أن الإطلاق و التقييد فى الحكم انما هو بالنسبه إلى حالات الموضوع فقط.

و أما بالنسبه إلى حالات الحكم أو رافعه فلا يمكن أن يكون الحكم مطلقا أو مقيدا كما أن الاحكام الثابته على الأشياء بعناوينها الأوليه لا إطلاق لها بالنسبه إلى العناوين الثانويه.

و السر فى ذلك أن المحكوم عليه ليس ناظرا الى نفسه فضلا عن أن يكون مطلقا بالنسبه إلى حاكمه.

و فى المقام إذا كان الفسخ مؤثرا فإنما هو يؤثر فى رفع نفس الحليه و عليه فلا إطلاق فى الحليه إلى رافعها فان الحكم ليس له إطلاق إلى حالات نفسه فضلا عن أن يكون له إطلاق إلى رافعه و حينئذ فلا- يمكن التمسك بالآيتين لإثبات أصالة اللزوم و عدم تأثير الفسخ فى رفعه نعم لا بأس بجريان الاستصحاب فى صورته الشك ثم وجه شيخنا الأستاذ جهه تخصيص المصنف هذا الاشكال بالآيتين و عدم جريانه فى الآيه السابقه عليهما أى آيه أوفوا.

و حاصله أن موضوع وجوب الوفاء كما ذكرناه هو المعنى المصدري من العقد الذى يعبر عنه فى لغه الفرس بلفظ (گره زدن) دون الاسم المصدري أعنى العقده الحاصله من المعنى المصدري الذى يعبر عنه فى لغه الفارس بلفظ (گره) فإذا تحقق الفسخ فلا- يكون مانعا عن التمسك بالإطلاق فتمسك بإطلاق أوفوا و نحكم بعدم تأثيره فى رفع العقد فإنه لا يكون ما هو موضوع وجوب الوفاء أعنى العقد بمعنى المصدري مشكوكا بالفسخ كما تقدم و انما يكون المشكوك هو العقد أى العقد بمعنى الاسم المصدري فيجوز التمسك بالإطلاق كما لا يخفى.

أقول الظاهر أنه لا- يتم الاستدلال بالآيتين على أصالة اللزوم و على تقدير تماميته لا يرد عليه الاشكال المذكور و على تقدير وروده فلا فارق بين الآيتين و بين آيه أَوْفُوا بِالْعُقُودِ .

قلنا فى المقام ثلاث دعاوى الدعوى الاولى أنه لا يتم الاستدلال بالآيتين على أصالة اللزوم و الوجه فى ذلك هو أن المراد من الحليه إما الحليه الوضعيه أو الحليه التكليفيه أو الأعم منهما و على كل حال لا دلالة فى الآيه على أصالة اللزوم بوجه.

أما إذا كان المراد من الحليه هي الوضعيه فلان معنى ذلك ليس الا نفوذ البيع فى مقابل استناد الحرمة و عدم النفوذ الى الربا فلا تعرض فيها لارتفاعه أو عدم ارتفاعه بالفسخ أصلا كما أن قوله تعالى وَ حَرَّمَ الرِّبَا لا يدل على أزيد من حرمة المعامله الربويه فقريته المقابله تكون الحليه وارده على أصل البيع من حيث الحدوث أى أن البيع جائز و نافذ فى الشريعه المقدسه و ليس مثل الربا كما زعمه أهل الجاهليه فلا دلالة فيها إلى حليه التصرفات المرتبه على البيع.

و على الاجمال ليست الآيه متعرضه لبقاء البيع و عدم بقائه بعد التحقق و أن الفسخ يؤثر فيه أم لا و انما هي ناظره إلى أصل ثبوت البيع و نفوذه فى الشريعه المقدسه.

و أما إذا كان المراد من الحليه هي الحليه التكليفيه فلان الآيه أيضا ناظره إلى استناد الجواز و الإباحه إلى البيع و كونه غير محرم فى الشريعه بقريته مقابله بحرمة الربا فان غرضه تعالى استناد الحرمة فقط الى الربا و بيان كونه حراما فى الشريعه كسرب الخمر بل بعاقب كاتبه و شاهده و البائع و المشتري فليست الآيه ناظره إلى جواز التصرف أصلا أى التصرفات المترته على البيع بل ناظره إلى حليه نفس البيع كما أن قوله تعالى وَ حَرَّمَ الرِّبَا ناظر إلى حرمة نفسى فإنه من المحرمات الشرعيه حتى يقتل منكر حرمة و تباؤ زوجته و تقسم أمواله و ليس البيع و الربوى مثل بيع الغررى أو بيع أو ما ليس عندك أو بيع ما لا يقدر على تسليمه و غير ذلك من البيوع الفاسده فإنها فاسده فقط و ليس بحرام تكليفا الا بالتشريع فلو باع احد بالبيع الفاسد لا يكون فاسقا بخلاف البيع الربوى و مقابل هذا اى البيع

الربوى الحرام تكليفا هو البيع الحلال الذى رخص فيه الشارع تكليفا و أما التصرفات المترتبة عليه فاجنبه عنه فلا دلالة فى آيه حليه البيع على اللزوم.

و من هنا ظهر الحال لو أريد من الحليه الحليه الوضعيه و التكليفه معا كما لا يبعد ان يكون هو المراد من الآيه فان معنى الحَلِّ فى اللغه هو الإِطلاق و يعبر عنه فى الفارسيه بكلمه (گرده زدن و باز نمودن) و هو أعم من الحليه الوضعيه و التكليفه لأنه لم يكن استعمال الحليه تاره فى الوضعيه و أخرى فى التكليفه مرسوما فى اللغه و زمان النبى (صلى الله عليه و آله) و الأئمه عليهم السلام و انما هو اصطلاح جديد فى السنه الفقهاء رضوان الله عليهم فلا يلزم من استعمال كلمه الحل فيهما استعمال اللفظ فى أكثر من معنى واحده.

و على الجملة فالحليه عبارته عن الإِطلاق فهو يختلف بحسب المصداق لأنه تاره تكون وضعيه بمعنى نفوذ المعامله و أخرى تكليفيه بمعنى الجواز و عدم المنع عنه شرعا.

و على كل حال فالآيه ناظره و الى ثبوتها للبيع و كونه حلالا فى الشريعه المقدسه وضعا و تكليفا و أما انه لا يرفع بالفسخ أو يرفع به فالآيه أجنبه عن ذلك بالمره فتحصل أن الآيه لا تعرض فيها عن حليه التصرفات المترتبة على البيع فضلا عن استفادته اللزوم من ذلك بالالتزام.

و من هنا ظهر الحال فى قوله تعالى إِلَّا أَنْ تَكُونَ تِجَارَةً عَنْ تَرَاضٍ بِلِ الْأَمْرِ فِيهِ أَوْضَحُ فَإِنَّ الْمُرَادَ مِنْ قَوْلِهِ تَعَالَى فِي الْمُسْتَثْنَى مِنْهُ لَا تَأْكُلُوا أَمْوَالَكُمْ بَيْنَكُمْ بِالْبَاطِلِ لَيْسَ هُوَ الْأَكْلُ بِمَعْنَى الْإِزْدِرَادِ لِأَنَّهُ

إنما أضيف إلى الأموال و من الواضح أن المأكولات بالنسبة إلى غيرها كقطره من البحر فيمناسبه الحكم و الموضوع فلا بد و أن يراد منه التملك بأخذ الأكل كناية عنه كما هو المستعمل في ذلك كثيرا حتى في العرف الحاضر و قد استعمل الأكل بمعنى التملك في الكتاب الكريم في غير هذا المورد أيضا كقوله تعالى وَ تَدُلُّوا بِهَا إِلَى الْحُكَّامِ لِتَأْكُلُوا فَرِيقًا مِّنْ أَمْوَالِ النَّاسِ بِالْإِثْمِ.

و على هذا فمعنى الآية أن تملك أموال الناس بأى سبب من الأسباب حرام و غير جائز شرعا الا ان يكون التملك بسبب و هو التجاره عن تراض فإنه جائز و حلال في الآية ناظره إلى أصل جواز التملك و أما التصرفات المترتبة على التملك فخارجه عن حدود الآية بالكلية فضلا عن دلالتها على أصالة لزوم.

و الحاصل أنه استدل المصنف بأية حلّ البيع على لزوم العقد بدعوى أنها تدل بالمطابقه على حليه مطلق التصرفات حتى التصرفات الواقعه بعد الفسخ و من الواضح أنه لو كان الفسخ مؤثرا في حلّ العقد و إعدامه لكانت التصرفات الواقعه بعد الفسخ محرّمه فتدل الآية بالملازمه على لزوم البيع و عدم انفساخه بالفسخ و بهذا يظهر دلالة آيه التجاره عن تراض اعنى قطعه المستثنى فإنها تدل بالمطابقه على حليه الأكل بالتجاره عن تراض مطلقا.

و بعباره اخرى انها ظاهره في أن التجاره عن تراض سبب لحليه التصرف بقول مطلق حتى بعد الفسخ من أحدهما من دون رضى الآخر. ثم أشكل على الآيتين بان الفسخ رافع للحليه فلا يكون الحكم شاملا بإطلاقه لرفع نفسه و أوضحه شيخنا الأستاذ بأن

الحكم انما له إطلاق بالنسبه إلى حالات الموضوع و قيوداته و اما حالات نفس الحكم فضلا عن رافعه فلا إطلاق له بالنسبه إليها فإنه لا يعقل أن يؤخذ الحكم مطلقا بالنسبه الى حاله نفسه و روافعه ثم فرق بين هاتين الآيتين و بين آيه أوفوا بدعوى أن موضوع الوفاء فى آيه أوفوا هو العقد بمعنى المصدري فهو قطعى الوقوع فلا يكون مشكوكا بالفسخ و انما المشكوك بعد تحقق الفسخ هو العقد بمعنى الاسم المصدري فتدل الآيه على حليه التصرفات المترتبه على العقد بمعنى المصدري مطلقا حتى بعد الفسخ كما هو مبنى استدلال المصنف فشك فى رافعه الفسخ العقده لئلا يجوز التصرفات بعد الفسخ فتمسك بإطلاق الآيه و نحكم بعدم تأثير الفسخ بوجه فليس الفسخ رافعا لنفس الحليه حتى لا يمكن التمسك بإطلاق فتدل الآيه على اللزوم بالالتزام كما هو واضح و هذا بخلاف الآيتين كما عرفت الحال فيهما.

و لكن قلنا أنه لا- يمكن التمسك بالآيتين على إثبات اللزوم فى العقود و على تقدير تماميه الاستدلال بهما على اللزوم فلا يرد عليه ما أورده المصنف و لو تم الاشكال فهو مشترك المورد للآيتين و آيه أوفوا بالعقود كما ذكره السيد و لكن بيان آخر و لنا فى المقام ثلث دعاوى الاولى فى عدم صحه الاستدلال بالآيتين على أصاله اللزوم فنقول ان المراد من الحليه إما وضعيه أو تكليفيه أو الأعم منهما و على كل حال لا دلالة فى الآيتين على المقصود أما إذا كان المراد منها الحليه الوضعيه فلان معناه نفوذ البيع و صحته فى الشريعه الإسلاميه و قد تدل آيه حل البيع على كونها مستنده الى البيع فلا دلالة فيها على مزيد من استناد الحليه الوضعيه إلى البيع و تدل على ذلك مقابله

باستناد الحرمة إلى الربا فإن معنى حرمة الربا بناء على أخذ الحرمة أيضا وضعيه بقرينه المقابله هو عدم نفوذ الربا و أنه فاسد في الشريعة من غير تعرض إلى حرمة التصرفات و على الإجمال فالآية ناظره إلى استناد الحليه إلى البيع و استناد الحرمة إلى الربا فقط فلا دلالة فيها على حليه التصرفات المترتبة على العقد حتى بعد الفسخ ليستفاد منه اللزوم فان مقابله حليه البيع مع حرمة الربا تقتضى استنادهما إليها فقط فان الغرض من قوله تعالى وَ حَرَّمَ الرَّبَا هُوَ ذَلِكَ فَيَكُونُ هَذَا قَرِينَهُ لَا يَرَادُ مِنْ حَلِيهِ الْبَيْعُ أَيْضًا هَذَا الْمَعْنَى.

و أما إذا كان المراد من الحليه هي التكليفيه فالآية ناظره أيضا الى استناد الحليه التكليفيه فقط الى البيع بقرينه مقابلته مع حرمة الربا فإنها ناظره إلى استناد الحرمة التكليفيه فقط الى الربا و أما جواز التصرفات المترتبة على العقد حتى بعد التصرف فلا يستفاد من الآية لخروجها عن مفادها بالكليه فيكون الغرض إثبات إباحه البيع في الشريعة المقدسه حتى البيع الفاسد لعدم كونه حراما كما ان حرمة الربا ناظره إلى إثبات حرمة في الشريعة و هكذا الكلام إذا كان المراد من الحليه أعم من الوضعيه و التكليفيه كما هو الظاهر بحسب لحاظ المعنى اللغوى كما عرفت.

و من هنا ظهر الجواب عن الاستدلال بآيه التجاره عن تراض أيضا فإنها جمله استثنيت عن حرمة أكل المال بالباطل و من الواضح أن المراد من حرمة الأكل بالباطل انما هو حرمة التملك كما هو المستعمل بهذا المعنى في القرآن و في محاوره اليوم فيقال ان فلانا أكل دار فلان مثلا.



فتكون الآيه ناظره الى عدم جواز تملك مال الغير بغير التجاره عن تراض أو عدم نفوذه و أما حرمه التصرفات أو جوازها المترتبه على الأكل بالباطل أو التجاره عن تراض فخارجه عن الآيه.

و بعباره اخرى أن الآيتين ناظرتان الى حكم البيع و التملك من حيث الوضع أو التكليف حدوثا فقط لا- بقاء حتى يتمسك بالإطلاق حتى لو لم يكن عندنا ما دل على حرمه التصرف فى مال الغير لقلنا بحرمه التملك بهذه الآيه و بجواز التصرف بالأصل و كان لأحد أن يبيع ماله ثم لا يسلمه بل يتصرف فيه كيف يشاء فإن الآيه لا تدل على ذلك كما ذكره السيد(ره) أيضا فراجع.

و أما الإشكال الذى ذكره المصنف و قربه و أوضحه شيخنا الأستاذ فلا يرد عليها بوجه و ذلك فلانه و ان لم يكن للحكم إطلاق بالنسبه إلى حالات نفسه و رافعه فإنه حكم مسلم و قاعده مبرمه فان ملاحظه الإطلاق فرع ورود الحكم على الشىء فلا يعقل أن يلحظ الإطلاق أو التقييد إلا بالنسبه إلى موضوع الحكم أو متعلقه كما هو واضح.

و لكن المقام ليس كك فان رافع الحليه ليس من حالات الحكم و توضيح ذلك أنا ذكرنا فى محله مرارا أن الإطلاق ليس الا ما يمكن للمتكلّم أن يصرح به كما أن التقييد كك مثلا إذا قال المولى أعتق رقبه فمعناه أعتق رقبه سواء كانت مؤمنه أم غير مؤمنه كما أن معنى أعتق رقبه مؤمنه معناه أعتق رقبه ان كانت مؤمنه فما للمولى أن يصرح به من الإطلاق و التقييد يطويه فى كلامه على سبيل الإطلاق أو التقييد ففى المقام له أن يأخذ الحليه مطلقه بالنسبه إلى رافعها و يقول أحل الله البيع سواء فسخ أحد المتبايعين أم لا و له أن يصرح بالتقييد

و يقول أحل الله البيع ان لم يفسخ أحدهما و لكن لم يصرح بالإطلاق و انما سكت عنه و لكن اكتفى منه بعدم التقييد فبمقدمات الحكمه نستفيد الإطلاق و نحكم بحليه البيع و التصرفات المترتبه عليه حتى بعد الفسخ.

و السير في ذلك أن للجاعل أن يأخذ حكمه مطلقا أو مقيدا بالنسبه إلى رفع شخص آخر لذلك الحكم فيقول أمضيت البيع أن لم يرفعه فلان أو أمضيته سواء رفعه فلان أم لا أو يقول أكرم العلماء ان رضى فلان أو يقول أكرمهم سواء رضى فلان أم لا فرفع شخص آخر الحكم ليس من قبيل حالات الحكم حتى لا- يمكن تكفل الحكم بالطلاقه شموله لما بعد تحقق الرفع كما هو واضح.

و على تقدير ورود الاشكال على الآيتين فلا- تختص الاشكال بهما بل يجرى في آيه أَوْفُوا بِالْعُقُودِ أيضا فإنه بناء على مسلك المصنف انها تدل على حليه التصرفات المترتبه على العقد على وجه الإطلاق حتى بعد التصرف و من الواضح أن الفسخ رافع لها فكيف يؤخذ الحكم مطلقا بالنسبه إلى رافعه فالمقصود أن ميزان الاستدلال بالآيات الثلثه واحده عند المصنف فما ذكره من الإشكال أيضا مشترك الورد بالنسبه إليها.

و قد عرفت دلالة آيه الوفاء على لزوم بالمطابقه و عرفت أيضا عدم دلالة آيه أحل الله البيع عليه و قلنا أن الآيه ناظره إلى استناد الحليه إلى البيع و انها مستنده إليه في الشريعه سواء كانت وضعيه أو تكليفيه أو كليهما بقريته قوله تعالى وَ حَرَّمَ الرِّبَا فَإِنَّهُ نَاطِرُ إِلَى اسْتِنَادِ الْحَرَمِ إِلَى الرِّبَا وَ أَمَا حَلِيهِ التَّصَرُّفَاتُ فَضَلَا عَنْ كَوْنِهَا مُطْلَقَةً

حتى بعد الفسخ فليست الآية متعرضه لها بوجه كما لا يخفى.

و كذلك قوله تعالى تِجَارَةً عَنْ تَرَاضٍ فَإِنَّهُ نَاطِرٌ إِلَى جَوَازِ التَّمْلِكِ بِالتِّجَارَةِ عَنْ تَرَاضٍ لِكُونِهِ اسْتِثْنَاءً عَنْ حَرْمِهِ أَكْلَ الْمَالِ بِالْبَاطِلِ وَ هُوَ التَّمْلِكُ بِالْبَاطِلِ فَلَيْسَ فِيهِ أَيْضًا التَّعَرُّضُ بِحَلِيهِ التَّصَرُّفِ بِوَجْهِهِ وَ إِنْ كَانَ التَّمْلِكُ يَتَرْتَبُ عَلَيْهِ جَوَازُ التَّصَرُّفَاتِ وَ لَكِنَّهُ بِدَلِيلٍ آخَرَ وَ لَيْسَ مُسْتَفَادًا مِنَ الْآيَةِ كَمَا لَا يَخْفَى فَافْهَمُ.

نعم قد الاستدلال بالآيتين بوجه آخر و حاصله أن معنى الخيار فى البيع و نحوه هو كون التمليك مقيدا بوجهه خاصة لا من حيث الأمد و المدّة بأن يكون الى زمان خاص بل من حيث خاص و هو أن ذى الخيار مالك لإرجاع العين بحلّ العقد و فسخه فإذا باع شيئا مع الخيار فمعناه أنه مالك لإرجاعه الى ملكه ثانيا و هذا بخلاف ما لم يكن له الخيار فإنه يملك ماله من المشتري على نحو الإطلاق و غير مقيد بوجهه خاصة و هذا القيد الذى نسميه خيارا لا يجعل الملك مقيدا كما عرفت بأن يكون التمليك الى وقت و لا أنه يقوم بالملكه فإنه باق على حاله مع التلف أيضا فلو كان قائما بالملكه لما بقى بعد تلف العين مع أنه غير باق كما قلنا فإن لذى الخيار أيضا أعمال خياره بعد تلف العين و يترتب عليه حكمه بل متعلقه هو العقد فقط ليس الآ.

و لا- ينافى هذا الخيار بالملكه الأبدية أصلا فإن شأنه شأن رافع العقود و الإيقاعات فكما أن إطلاق رافع للنكاح و الإقالة رافع للعقد فكك الخيار فمالكيه ذى الخيار على رفع العقد و إرجاع المبيع على ملكه ليس تناقضا بوجه و ليس معنى بعث مع الخيار أن الملكيه

باقية بعد اعمال الخيار فلو كان معنى جعل الخيار و القدره و المالكيه على إرجاع المال إلى الحاله الأوليه هو أن الملكيه باقيه بعد اعمال الخيار أيضا لكان هذا تناقضا فتحصل ان مرجع جعل الخيار هو إبقاء المالكيه على ذى الخيار فيما انتقل عنه فى جهه خاصه و هى إرجاع العين الى ملكه ثانيا و ثبوت القدره له على رفع العقد و هدمه كما أن الطلاق أو الإقاله يرفع العقد.

و على هذا فقوله تعالى أَحَلَّ اللَّهُ الْبَيْعَ هو جعل البيع ثابتا فى محله فأن معنى أحل هو إقرار الشىء فى محله أحله أى أمره فى محله و كونه ممضى فى نظرا الشارع و أن المتبايعين فى حل فى ذلك و مرخصون فى فعله و إيجاده و ليس لهم منع عن ذلك و ليس البيع ممنوعا عنه فى نظره و خارجا عن مقره فى نظر الشارع بل واقع فى محله و مقره فان الشارع أحله و أقره فى مقره.

و لا شبهه أن هذا الكلام من الشارع المقدس إمضاء لما أنشأه المتبايعين و من الواضح أن المنشأ فى البيوع المطلقه أى فيما باع المالك ماله مطلقا و يبقى لنفسه جهه خاصه هو مطلق التمليك الغير المقيد بشىء خاص و هو إبقاء المالكيه لنفسه فى جهه خاصه فإمضاء هذا يكون إمضاء مطلقا فلو كان الإمضاء مقيدا لحصل التناقض ح فقوله تعالى أَحَلَّ اللَّهُ الْبَيْعَ هو إقراره فى مقره و محله و الموضوع فى مقره هو هذا العقد المطلق بحيث ليس للمالك السابق فيه مالكيه على جهه خاصه كما لا يخفى و هكذا تجاره عن تراض فتدل الآيتين على اللزوم بهذا البيان.

**قوله و منها قوله تعالى وَ لَا تَأْكُلُوا أَمْوَالَكُمْ بَيْنَكُمْ بِالْبَاطِلِ**

أقول

ص: ٣٩

حاصل كلامه أن الآيه دلت على حرمة الأكل و التملك بكل وجه باطل عرفا الا موارد ترخيص الشارع فإنه ليس باطلا عرفا و من الواضح جدا ان أخذ مال الغير و تملكه بالفسخ من دون اذن صاحبه باطل عرفا و فيه منع الكبرى فإنه من أين علم أن المراد من الباطل هو الباطل العرفي و من أخبر بذلك بل الباطل هو مقابل الحق فما سوى الله باطل في مقابل الحق جلّ و علا و من هنا قيل أن أصدق شعر صدر في الجاهلية هو قول الشاعر (ألا كل شيء ما خلا الله باطل) و البيع حق و مقابله الرّبا باطل و هكذا فالمقصود أن الألفاظ موضوعه للمعاني الواقعية و المفاهيم العامّة فلا وجه لتخصيصه بوجه خاصّه بل ينطبق ذلك الكلّي على المصاديق و كذلك الباطل فإنه موضوع لمقابل الحقّ و هذا يختلف باختلاف الموارد فلا وجه لتخصيصه بالباطل العرفي و عليه فالتمسّك به لكون الفسخ من الباطل من قبيل التمسّك بالعام في الشّبهه المصادقيه و أيضا نمنع الصغرى فإنه من أين علم أن الفسخ باطل عرفي بل نشك في ذلك فلا يمكن التمسّك بالمطلق في الفرد المشكوك و إثبات كونه فردا للمطلق.

نعم يمكن التمسّك بالآيه لإثبات اللزوم بمجموع المستثنى و المستثنى منه فإن الآيه الشّريفه في مقام حصر التملك الشرعي بالتجاره عن تراض و من الواضح جدا أن التملك بالفسخ مع عدم رض الآخر ليس منها فتدل على اللزوم.

استدل المصنف(ره) أيضا بهذه الآيه على اللزوم بدعوى أن المراد من الباطل هو الباطل العرفي و أن الفسخ من ذلك.

أقول أن المراد من الباطل ما هو مقابل الحق فإن الألفاظ

موضوعه للمفاهيم العامه فينطبق ذلك على موارد فلا- وجه لتخصيص الموضوع له بالباطل العرفي و من هنا أطلق الباطل على مقابل الحق في تعدد جنود العقل و الجهل في روايه الكافي، و عليه فالتمسك بالآيه من قبيل التمسك بالعام في الشبهه المصداقيه لأننا نشك في أن الفسخ مصداق للباطل أم لا.

و لو سلمنا أن المراد من الباطل الباطل العرفي و لكن يصح الاستدلال بالآيه إذا كان خروج الموارد التي رخص الشارع في التصرف فيها كالشفعه و حق الماره و نحوهما بالتخصيص فإنه ح يمكن أن يقال أن الفسخ ليس من الموارد التي خرجت عن الآيه بالتخصيص فيكون التملك به أكلا للمال بالباطل لكونه باقيا تحت الآيه.

و ان قلنا ان خروجها بالتخصص كما ذكره المصنف فحينئذ لا- ندرى أن الفسخ من افراد الخارج أو من افراد الباقي فيكون التمسك بالآيه من قبيل التمسك بالعام في الشبهات المصداقيه فهو لا يجوز، نعم يجوز التمسك بالاستصحاب و لكنه خروج عن الفرض نعم يجوز التمسك بمجموع المستثنى و المستثنى منه الإثبات اللزوم كما تقدم.

**قوله (ره) و مما ذكر يظهر وجه الاستدلال بقوله عليه السلام لا-**

يحل مال امرء إلخ.

أقول: ان كان المراد من الحليه هي الحليه التكليفية فلا- تدل الروايه على اللزوم لأن التقدير أنه لا يحل التصرفات في مال امرء مسلم الا بطيب نفسه و نشك في أن التصرف بعد الفسخ من التصرف في مال امرء مسلم بدون إذنه أم لا لأننا نحتمل أن يكون ذلك تصرفا في مال نفسه فيكون حلالا فلا يمكن التمسك بإطلاق الروايه في إثبات

أن هذا الفرد المشكوك مصداق للتصرف المحرم.

و ان كان المراد من الحليه هي الوضعيه فيكون المعنى أنه لا ينفذ التصرف في مال امرء مسلم إلا بطيب نفسه فتدل الروايه على اللزوم بدعوى أن نفوذ التصرف في مال الغير منحصر بكونه عن طيب نفسه و من الواضح أن التصرفات الواقعه بعد الفسخ ليس عن طيب نفس من المالك فلا تكون نافذه.

و أما الجامع من الحليه التكليفيه و الحليه الوضعيه و ان ذكرنا إمكان إرادته الجامع في قوله تعالى أَحَلَّ اللَّهُ الْبَيْعَ بَلْ قُلْنَا أَنَّهُ الظاهر فان الحل بمعنى الترخيص و في لغة الفارس (باز كردن و رها كردن) و من الواضح أنه أعم من الوضع و التكليف و لم يكن التفكيك بينهما مرسوما في السابق بل جرى عليه الاصطلاح بين الفقهاء كما ذكرناه في أَوْفُوا بِالْعُقُودِ .

و لكن لا يمكن إرادته الجامع في الروايه فإنه لو أريد من الحليه التكليفيه فمعنى الروايه كما عرفت أن التصرفات الواقعه على مال امرء مسلم حرام بدون اذنه فهذا يتوقف على أن يكون التصرف التصرف في حال كون المال لامرء مسلم و الا فلا وجه للحرمة لأن كون المال لشخص آخر في زمان سابق لا يدل على حرمة التصرف في زمان المتأخر و لو مع كونه ملكا لشخص آخر أى منتقلا اليه.

و بعبارة أخرى لو أريد من الحليه التكليفيه فظهور الروايه أن التصرف حين كون المال لامرء مسلم حرام بدون اذنه و أما التصرف في ماله كان لامرء مسلم سابقا فلا دلالة في الروايه على حرمة فتح لا دلالة فيها على حرمة التصرف بعد الفسخ لاحتمال كونه تصرفا في مال نفسه

لا في مال امرء مسلم نعم كان مالا لامرء مسلم قبل الفسخ و التمسك بالاستصحاب خروج عن الفرض فان كلامنا في التمسك بالدليل الفقاهي و أما إذا أريد من الحلية الوضعيه فمعناه كما عرفت أنه لا ينفذ التصرف في مال امرء مسلم الا بطيب نفسه فاراده هذا المعنى لا يتوقف ارادته على إحراز كون المال لامرء مسلم و لذا يشمل بعد الفسخ أيضا فهذا ان المعينان لا يجتمعان في الروايه أى لا يمكن إرادتهما من الروايه معا.

و بعبارته اخرى أن اراده الحلية التكليفية في الروايه متوقفه على إحراز كون المال للغير لكي يحرم التصرف فيه و هذا لا يشمل بعد الفسخ لاحتمال خروج المال عن كونه مال امرء مسلم بالفسخ و اراده الحلية الوضعيه لا تتوقف عليه بل هي تعم بعد الفسخ أيضا كما عرفت و من الواضح أن شموله بعدد الفسخ يعدم موضوع حليه التكليفية فكيف يمكن ارادتها كما لا يخفى.

### قوله و منها قوله الناس مسلطون على أموالهم

أقول ذكر المصنّف أن مقتضى السلطنة التي أمضاها الشارع أن لا- يجوز أخذه من يده و تملكه عليه من دون رضاه و من هنا استدل المحقق في الشرائع و العلامه في بعض كتبه على عدم جواز رجوع المقرض فيما أقرضه بأن فائده الملك التسلط.

و بالجمله رجوع الفاسخ الى ما انتقل عنه الى غيره بالعقد تملك لمال غيره و منافع لسلطنته فتدل الروايه على اللزوم.

و فيه أولا أنها ضعيفه السند كما تقدم و ثانيا أنها ناظره إلى ثبوت السلطنة للمالك في جميع تصرفاته في ماله من الأكل و البيع



و البذل و غيرها و أنه ليس لأحد أن يمنع من هذه التصرفات و هذا لا ينافي ثبوت جواز التصرف لغيره أيضا بالفسخ كما وقع نظيره في الشريعة المقدسه فإن لكل من الأب و الجد سلطنه على التصرف في مال الصغير سلطنه مطلقه و ليس لكل منهما أن يمنع الآخر من التصرفات و كك في المقام فلا دلالة في النبوى على اللزوم بوجه كما هو واضح على أن الروايه ناظره إلى إثبات السلطنه لكل أحد على ماله كما هو مقتضى اضافته المال الى الملاك فتفيد الروايه ثبوت السلطنه لكل أحد على ماله و هذا لا يعارض ما يرفع موضوع تلك السلطنه أى ما يكون رافعا لها كالفسخ و بعبارة اخرى أن دليل السلطنه يثبتها في فرض تحقق الماليه و كون الشيء مالا- للشخص و هذا لا- ينافي بما يكون رافعا لموضوعها فان الحكم لا يثبت موضوعا لنفسه نعم لو كان النظر في الحديث الى مفهوم القلب بان يكون المفهوم من قوله الناس مسلطون على أموالهم يعنى غير المالك ليس مسلطا على أموال غيره لصح به الاستدلال و لكن مفهوم اللقب ليس بحجه كما حقق في محله.

### **و منها قوله عليه السلام لا يحل مال امرء مسلم الا بطيب نفسه**

و فيه أولا- أن كان المراد من الحليه هى التكليفيه فلا تشمل الروايه التصرفات بعد الفسخ للشك في أنها محرمة أم لا لاحتمال كون الفسخ مملكا فلا- يجوز التمسك به فى الفرد المشكوك و ان كان المراد بها الحليه الوضعيه كما هو الظاهر من كلام المصنف حيث جعل سبيل الروايه سبيل الآيه و من الواضح أنه أراد من الآيه الحليه الوضعيه حيث أخذ الأكل بمعنى التملك لجاز التمسك بها لإثبات اللزوم فإنها تقيد حصر نفوذ التصرف بما إذا كان بطيب النفس من المالك و من الواضح

أن الفسخ ليس منه و أما الجامع فلا يمكن ارادته كما تقدم و بالجمله لو أريد من الحليه الحليه التكليفيه لا يمكن الاستدلال بالآيه على اللزوم.

و ثانيا: أن المراد من عدم حلّ مال امرء مسلم الا- باذنه و بطيب نفسه هو عدم حليه التصرفات المتعلقة به و جميع التقلبات الخارجيه فإن الحل أو الحرمة إذا تعلّقا بالعين الخارجيه فحيث لا معنى لحرمتها و حليتها فلا بدّ و ان يقدر في أمثال ذلك ما يناسب الحليه أو الحرمة و المناسب لها بمناسبه الحكم و الموضوع أما جميع الآثار أو الآثار المناسبه فالمناسب للحرمة المتعلقة على الخمر و على المسكر هو تقدير الشرب فلا يتوهم أحد من قوله عليه السلام ما أسكر كثيره فقليله حرام أو غيره من الأدله الداله على حرمة الخمر هو البيع حتى لو لم يكن هنا دليل على حرمة بيع الخمر لما أمكن استفادتها منها، و المناسب لحرمة الأمهات في قوله تعالى تقدير التزويج فإنه لا يحتمل أن نظره أو خدمته أو شيء آخر يتعلّق بها حرام و على هذا فلا بدّ هنا أيضا من تقدير ما يصحّ تعلق عدم الحل به و المناسب للمقام هو تقدير جميع التصرفات الخارجيه و التقلبات في الخارج و ح فمعنى الآيه لا- يحل جميع التصرفات و التقلبات الخارجيه في مال امرء مسلم الا بطيب نفسه و عليه فلا تشمل التصرفات الاعتباريه كاعتبار ملكيه مال الغير لنفسه و هكذا بالفسخ و نحوه فلا تدل الروايه على عدم تأثير الفسخ في حل العقد كما هو واضح.

و توهم أن الروايه شامله على التصرفات بعد الفسخ و تدل على حرمتها أيضا بإطلاقها فتفيد اللزوم بالدلاله الالتزاميه توهم فاسد لما عرفت من عدم شمولها التصرفات بعد الفسخ لاحتمال كون

الفسخ مملكا كما تقدّم فيكون التمسك بها في التصرفات بعد الفسخ من قبيل التصرف بالمطلق في الفرد المشكوك و الحاصل إن كان نظر المصنف في الاستدلال بالرواية بأنه لا يحل تملك مال الغير إلا بإذنه بأن يقدر التملك فقط بعد الحل اى لا يحل تملك مال غيره بالبيع و نحوه إلا بإذنه فالرواية و ان كانت تدل على اللزوم و لكنه خلاف الظاهر من الرواية فلا يمكن ان يراد من الحلّيه الحلّيه الوضعيه لمكان خلاف الظهور و ان كان النظر بتقدير جميع التصرفات كما هو الظاهر و المناسب بان يراد من الحلّيه الحلّيه التكليفيه اى يحرم جميع التصرفات في مال غيره الا بإذنه.

### قوله و منها قوله المؤمنون عند شروطهم

أقول قد استدل به على اللزوم غير واحد من المحققين بدعوى أن المراد من الشرط مطلق الالتزام فيشمل الشروط الابتدائية أيضا كالبيع و نحوه.

و فيه أن الاستدلال به على اللزوم ممنوع صغرى و كبرى أما الوجه في منع الصغرى فلانا لو سلمنا إطلاق الشرط على الشروط الابتدائية في كلمات البلغاء و الفصحاء كما أطلق في قوله عليه السلام ما الشرط في الحيوان قال(عليه السلام)ثلثه أيام مع أنه يمكن إرجاعه إلى الشرط في ضمن الالتزام الآخر بان يقال أن إمضاء البيع مشروط بكون صاحب الحيوان ذى الخيار الى ثلثه أيام و لكن إطلاق الشرط على البيع و نحوه من الالتزامات يعد في العرف من الأغلاط فإنه لا يقال لمن باع داره أنه شرط داره و كك لا يقال لمن باع ماله أنه شرط ماله و هكذا بل لو أطلقه أحد على أمثال ذلك فيضحك منه و إن كان الإطلاق صحيحا في الواقع و عليه فالرواية منصرفه عن البيع و نحوه

من الالتزامات الابتدائية وقد ناقش المصنف أيضا في صدق الصغرى و أما الوجه في منع الكبرى فلانا لو سلمنا أن الشرط يطلق على الالتزامات الابتدائية أيضا و لكن نمنع وجوب الوفاء بكل شرط فإن الرواية لا دلالة فيها على ذلك لان الظاهر من قوله عليه السلام المؤمنون عند شروطهم هو الدلالة على الحكم التكليفي بدعوى أنه و ان كان في مقام الإنشاء و جعل الحكم و لكن النكته في إتيان الجملة الخبرية لبيان ذلك هي بيان أن مقتضى الايمان هو كون المؤمن عند شرطه و عدم تخلفه عنه نظير قوله (عليه السلام) المؤمن عند عدته أى أن مقتضى الايمان هو أن يفى المؤمن بوعده كما أن مقتضى الايمان أن لا يكذب و قد ورد في باب الكذب أن المؤمن قد يزنى و قد يسرق و لكنه لا- يكذب و إِنَّمَا يَفْتَرِي الكَذِبَ الَّذِينَ لا- يُؤْمِنُونَ بالله و على الإجمال فالرواية الشريفة اخبار عن كون المؤمن عند شرطه و انه لا يتخلف منه و عن وعده لان ايمانه مانع عن التخلف و عليه فتكون راجعه إلى الحكم التكليفي أى يجب لكل مؤمن أن يفى بشرطه و يحرم التخلف عنه فتكون غريبه عن الدلالة على اللزوم كما هو واضح.

و توهم أن الحال كك في أَوْفُوا بِالْعُقُودِ أيضا لأنه خطاب إلى المؤمنين بقوله عز من قائل يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا أَوْفُوا بِالْعُقُودِ فيكون دالا على الحكم التكليفي توهم فاسد فإنه إنشاء من الأول فليس إنشاء بالجملة الخبرية لتكون النكته هي الإشارة إلى عله الحكم نعم مقتض الخطاب إلى المؤمن يقتضى خروج غير المؤمن عن الآيه كما هو كك في بقيه الخطابات و لكن مقتض الاشتراك في التكليف يقتضى التعميم فلا وجه للاختصاص هنا و في بقيه الخطابات كما لا يخفى.

و أنه إذا افترقا وجب البيع

أقول استدل بها المصنف على اللزوم في البيع وقد أشكل عليه المحقق الخراساني و تبعه غير واحد ممن تأخر عنه بأن المستفيضة ناظره إلى لزوم البيع في نفسه و ليست ناظره إلى لزومه من جميع الجهات كالغبن و العيب فلا تفيد اللزوم و من هنا أن أدله سائر الخيارات لا تكون مخصصه لها.

و قد أجاب شيخنا الأستاذ عن ذلك و نعم ما أجاب و حاصله بتوضيح منا أن الروايات المذكوره انما تدل بإطلاقها على اللزوم بلا-شبهه و ان البيعان انما لهما الخيار في المجلس فقط و إذا افترقا وجب البيع بل نفس تعرض الامام عليه السلام لثبوت خيار الحيوان مع تعرضه لثبوت خيار المجلس كالصريح في دلاله المستفيضة على اللزوم فإنه(عليه السلام)بعد ما بين حكم خيار الحيوان قال في جواب السائل عن الشرط في غير الحيوان بأن البيعان بالخيار ما لم يفترقا و أنه إذا افترقا وجب البيع و أنها لا خيار لهما بعد الرضا فهو كالصريح في دلاله المستفيضة بإطلاقها على اللزوم في خصوص البيع.

و على هذا فتكون أدله سائر الخيارات مخصصه لها و من الغرائب ما افاده المحقق الخراساني من عدم كون أدله سائر الخيارات مخصصه لها.

فتحصل من جميع ما تلوناه عليك أن الأصل في جميع العقود معاوضه كانت أم لا و سواء كانت الملكيه حاصله من الأول أم لا أما إذا كانت الملكيه حاصله من حين العقد و كان فيه تمليك و تملك من الأول بأن حصل شيء لأحد المتعاملين من الأول أم غير معاوضيه

مثل الهبة و نحوها هو اللزوم فتدلّ على لزومها آية حرمه أكل المال بالباطل الا أن تكون تجاره عن تراض فإنه لو ملك أحد ماله لغيره و لو بعنوان الهبة المجانية بحيث حصل التمليك و التملك فلا يجوز الرجوع إليه فإنه تملك لمال الغير بدون التجاره عن تراض فهو حرام فلو لم يثبت من الخارج ما يدلّ على جواز الرجوع فى الهبة المجانية لقلنا بعدم جواز الرجوع فيها أيضا بمقتضى الآيه و كك يدل على اللزوم هنا آيه أَوْفُوا بِالْعُقُودِ كما هو واضح.

و أما العقود التى لم تحصل الملكيه فيها من الأوّل كعقد السبق و الزمايه و المضاربه و المساقاه فإنه لم يحصل النقل و الانتقال فيها من الأوّل و لا- يحصل لأحد المتعاملين فيها من الأوّل مال فلا تدلّ آيه التجاره فيها على اللزوم من الأوّل لعدم حصول المعاوضه و النقل و الانتقال و التمليك و التملك من الأوّل حتى يكون إرجاعه تملكاً لمال الغير بدون الرضا و لا يكون تجاره عن تراض و انما يحصل النقل و الانتقال بعد تحقق الشرائط كما هو واضح نعم يدلّ على اللزوم هنا أيضا آيه أَوْفُوا بِالْعُقُودِ لتحقيق العقد كما هو واضح.

### فى عدم جريان الاستصحاب فى المقام

قوله و قد عرفت أن ذلك مقتضى الاستصحاب أيضا أقول قد عرفت أن الاستصحاب لا تجرى فى المقام لكونه من الشبهات الحكميه و قد منعنا جريانه فيها فى علم الأصول.

قوله و ربما يقال ان مقتضى الاستصحاب عدم انقطاع علاقه المالك عن العين أقول حاصل كلامه أن الظاهر من كلمات بعضهم أنا نشك فى أنّ المالك هل انقطع علاقه من ملكه أم لا فنستصحب بقاء علاقه فيكون هذا الاستصحاب حاكما على استصحاب اللزوم و ردّ بأنّه ان

أريد من تلك العلاقة علاقة الملكيه أو ما يتفرّع على الملكيه فهي انقطعت جزماً و ان أريد منها سلطنه إعاده العين فما دام لم ينتقل المال من ملكه الى غيره فتلك السلطنه مقطوعه العدم فإنّه لا معنى لسلطنه الإنسان على اعاده ماله الى ملكه و انما تحصل تلك السلطنه بعد خروجه عن ملكه و من الواضح جدا أنها مشكوكه بعد ذلك فالأصل عدمه.

قوله و ان أريد بها العلاقة التي كانت في مجلس البيع فإنها تستصحب عند الشك أقول غرضه ان أريد بها العلاقة التي كانت تحدث في مجلس البيع فإنها تستصحب عند الشك فيصير الأصل في البيع بقاء الخيار كما يقول الأصل في الهبه بقاء جوازها بعد التصرف في مقابل من جعلها لازمه بالتصرف.

ثمّ أجاب عنه أولاً- بأن الدليل أخص من المدعى فإنّه انما يتم في موارد ثبوت خيار المجلس و كلامنا أعم من ذلك و ثانيا يرجع الى عموم أَوْفُوا بِالْعُقُودِ في ظرف الشك لا الى الاستصحاب.

و ثالثاً أن الاخبار قد تواتر بانقطاع السلطنه و الخيار بعد الافتراق فلا مجال مع ذلك للرجوع الى الاستصحاب ثمّ أمر بالتأمل.

أقول قد عرفت بالكلام في دلاله الأخبار المستفيضة البيعان بالخيار ما لم يفترقا على اللزوم بناء على تماميه إطلاقها كما هو كك كما اختاره المصنف و عليه فلا- وجه للتمسك بها لبيان ارتفاع خيار المجلس فإنّه مع تماميه دلالتها على اللزوم كما لا مجال للتمسك باستصحاب الخيار و كك لا وجه للتمسك باستصحاب اللزوم فإنّه مع وجود الأصل اللفظي لا تصل التوبه الى الأصل العملي الا أن يكون غرضه من

التمسّيك بالاخبار مع الإغماض عن دلالتها على اللزوم من جميع الجهات كما عليه صاحب الكفايه فإنه حينئذ يتم نفى خيار المجلس بها و ثبوت اللزوم فى البيع من جهه خيار المجلس و يبقى العقد مشكوكا من الجهات الأخر فح نتمسك فى إثبات اللزوم للعقد من سائر الجهات باستصحاب اللزوم كما لا يخفى.

و من هنا ظهرت المناقشه فى تمسّيكه بآيه أَوْفُوا بِالْعُقُودِ فَإِنَّهُ مع وجود العموم لا مجال للاستصحاب لا استصحاب اللزوم و لا استصحاب الخيار، و لعله الى ما ذكرناه أشار المصنف بالأمر بالتأمل.

قوله ثم أنه يظهر من المختلف فى مسأله أن المسابقه لازمه أو جائزه أقول ذكر المصنف أن العلامه ذكر فى المختلف أن المسابقه لازمه أو جائزه بأن الأصل عدم اللزوم و لم يرد من تأخر عنه الا بعموم قوله تعالى أَوْفُوا بِالْعُقُودِ و لم يكن وجه صحيح لتقرير هذا الأصل نعم هو حسن فى خصوص المسابقه و شبهه ممّا لا يتضمن تمليكا أو تسليطا ليكون الأصل بقاء ذلك الأثر و عدم زواله بدون رضا الطرفين و محصل مراده أن استصحاب الملكيه إنّما تجرى فيما إذا كانت الملكيه فعليه أى ثابتة حين العقد أى تثبت الملكيه فيما ينشأ العقد و حينئذ كلما شككنا فى جواز العقد و لزومه نستصحب الملكيه و نحكم باللزوم بواسطه الاستصحاب الحكمى فلا مجال ح لدعوى أن الأصل عدم اللزوم بل لا بدّ و أن يقال أن الأصل هو اللزوم لمكان استصحاب الملكيه.

نعم لا بأس بهذا الأصل فى مثل عقد المسابقه حيث لم تثبت فيها الملكيه الفعلية و أنّما الملكيه فيها تقديرية أى تحصل الملكيه لأحد



المتسابقين على تقدير سبقه فى المسابقه فحينئذ يقال أن الأصل عدم اللزوم هنا و ذلك لعدم حصول الملكيه الفعلية حتى نستصحبه فى مورد الشك فى أن العقد جائز أو لازم و نحكم باللزوم بل نتمسك بأصالة عدم اللزوم و نحكم بكون العقد جائزا هذا كله مع قطع النظر عن أَوْفُوا بِالْعُقُودِ و الا فمقتضاه هو اللزوم.

أقول كأن المصنف لم يبين المسأله على ما حرره فى الأصول من جريان الاستصحاب التعليق مع أن المقام ليس منه بل من قبيل الاستصحاب التنجيزى و ذلك لان ما نحن فيه يشبه القضيئه الحقيقيه فإن الحكم فيها ثبت على الموضوعات المقدره فعلا و لكن ينتج الحكم فيها بفعليه الموضوع أى كلما وجد الموضوع ثبت عليه الحكم بحيث أن الحكم فيها فعلى و لكن الموضوع تقديرى و كك فى المقام أن الالتزام فعلى و الملتزم به تقديرى فان المتعاملين التزما فعلا على أن كل من سبق فله كذا و ليس الحكم هنا تعليقا كما فى العصور العنبى فإن الحكم بالنجاسه أو الحرمة فيه تعليقى أن إذا غلى ينجس لا مطلقا فلو كان ينعكس المطلب لكان أحسن بأن يقول بجريان الاستصحاب هنا و لم يقل بجريانه فى التعليقات فان الحكم هنا كما عرفت فعلى و الملتزم به تقديرى.

نعم لا- نقول بجريان الاستصحاب هنا من جهه عدم جريانه فى الشبهات الحكميه لكونه دائما معارضا بأصالة عدم الجعل أو باستصحاب الحكميه لكونه دائما معارضا بأصالة عدم الجعل أو باستصحاب المجعول و لكن مع قطع النظر عن هذا الإشكال فلا محذور فيه كما لا يخفى.

فتحصل أن استصحاب الملكيه جاريه فى عقد المسابقه أيضا

كالبيع فيكون الأصل فيه أيضا هو اللزوم كما أن الأمر كك في البيع فلا وجه للمصنف لاستثنائه خصوصا على مسلكه نعم على مسلكنا من منع الاستصحاب في الشبهات الحكميه فهو لا يجرى فافهم.

### قوله ثم ان ما ذكرنا من العمومات المثبتة لأصله اللزوم إنما

هو في الشك في حكم الشارع باللزوم

أقول حاصل كلامه أن ما تقدم من التمسك بالعمومات إنما هو في الشبهات الحكميه و أما الشبهات الموضوعيه بأن يقع العقد في الخارج و لا ندري أنه من القسم اللازم أو من القسم الجائز فإنه قلنا بجواز التمسك بالعمومات في الشبهات المصادقيه أيضا لا- بأس بالتمسك بالعمومات في الفرد المردد و الا فلا بد من الرجوع الى الأصل العملي و هو استصحاب الأثر أى الملكيه و يسمى باستصحاب الحكمي.

أقول تاره يكون في موارد الشبهات الموضوعيه أصل موضوعي يقتض الجواز فلا كلام لنا فيه كما إذا وقعت هبه في الخارج فلا ندري أنها من القسم اللازم أو من القسم الجائز بان نشك في كونها على وجه قربي ليدخل تحت قولهم عليهم السلام ما كان لله لا- يرجع أو ليس على وجه قربي ليكون في حق الرجوع فإن الأصل هنا عدم كونه على وجه قربي فيثبت الجواز و كذا إذا شكنا في كونها لذى رحم أو لغيره فنقول ان الأصل عدم كونها لذى رحم فتكون الهبه جائزه و هكذا إذا شكنا في اللزوم و الجواز مع كونه مسبوqa بالخيار فإنه نستصحب الخيار فنحكم بالجواز و في جميع ذلك مقتضى الأصل الموضوعي هو الجواز.

و اخرى يكون في تلك الموارد أصل موضوعي يقتض اللزوم كما

إذا علم بأن العقد الصادر بيع و شك في جعل الخيار فيه فالأصل أنه لم يجعل الخيار فيه فيكون لازماً و هكذا لو شك بعد سقوط خيار المجلس بتفرق هل هنا خيار آخر أم لا فنستصحب عدمه فيحكم باللزوم.

و أنما الكلام فيما إذا لم يكن فيه أصل موضوعي يقتضى اللزوم أو يقتضى الجواز فهل هنا ما يقتضى اللزوم أو يقتضى الجواز أم لا.

فالتزم المصنف (ره) باللزوم تمسكاً باستصحاب الملكية و لكن جريانه هنا موقوف على جريان الاستصحاب فى الأحكام الإلهية و قد قلنا بعدم جريانه فيها حتى فى الشبهات الموضوعية لابتلائه بأصله عدم الجعل دائماً و لم يحتمل فى حقه البداء حتى يتوهم أنه جعل فى زمان و بداله الخطاء العياذ بالله و نسخه فى زمان آخر بل لو كان مجعولاً فهو مجعول مطلق و الا فلا و على هذا فلا يجرى استصحاب الملكية فى المقام لأننا نشك فى أن الملكية هل جعلت بعد الفسخ أم لا فلتتزم بعدم كونها مجعولة بعد الفسخ كما هو واضح لا ستره فيه و كلّمنا نتأمل فى عدم جريان الاستصحاب فى الأحكام يزداد لنا وضوحاً.

و على مسلكنا هذا فينحصر الجواب عن هذا الاشكال بما حَقَّقناه فى محلّه من أصله العدم الأزلى و توضيح ذلك انا إذا شكنا فى العقد الذى وقع فى الخارج أنه من القسم الجائز أو من القسم اللازم فنقول ان الأصل عدم كونه هبه مثلاً ليكون للواهب حق الرجوع و لا يعارض هذا الأصل بأصله عدم كونه من البيع أو الصلح أيضاً و ذلك لأن الأثر أى اللزوم أنما ترتب على عدم كون العقد هبه لا على إحراز

العناوين الوجوديه من الصلح و البيع فأصاله عدم كونه هبه ينقح موضوع وجوب الوفاء بالعقد فيكون شاملا عليه أيضا.

و بعبارة اخرى أن مقتضى أَوْفُوا بِالْعُقُودِ هو لزوم جميع العقود و الخارج عنه ليس الا عناوين وجوديه و إذا نفينا العنوان الوجودى القائم بالعقد الجائز عن الفرد المردد بين كونه من الجائز أو من اللازم بأصل العدم الأزلى و قلنا انه ليس بهبه مثلا يثبت موضوع وجوب الوفاء بالعقد فنحكم له باللزوم كما لا يخفى.

و على الاجمال فعنوان العقدية تحقق بالوجدان و عدم كونه هبه يتحقق بالأصل فيحصل موضوع وجوب الوفاء بالعقود فى الخارج فيحكم بكون الفرد المشكوك من العقد بين الجواز و اللزوم لازما هذا من جملة ثمرات القول بالعدم الأزلى.

و إذا لم نقل بهذا الأصل فلا- أصل يتمسك به لإثبات اللزوم أو الجواز فى الفرد المشكوك و عليه فتكون العين بعد رجوع المالك الأول مرددا بين كونها للمالك الأول على تقدير الهبه و بين كونها للمشتري على تقدير البيع و لا بدّ فى بيان حكم تلك العين فى مرحله الترافع أو فى غير مقام الترافع كما إذا مات المالك للعين بعد نقله الى شخص آخر و شك فى أن ما أوجده بيع أو هبه و فسخت الورثة فإن كان يباعا فيطالب الورثة العين ممّن انتقل اليه الثمن و الا فنطالب نفس العين و هكذا لو نسيا المتبايعان عنوان العقد من الرجوع الى الصلح أو القرعه و الا فلا أصل هنا حتى يبين حالها.

### فى بيان تعيين العقد بأنه جائز أو لازم

قوله بل يرجع فى أثر كل عقد الى ما يقتضيه الأصل بالنسبه إليه أقول جميع ما ذكرناه انما يفيد فى إثبات صفة اللزوم و أما تعيين

العقد بأنه جائز أو لازم حتى يترتب عليه جميع آثار العقد اللازم فلا و عليه فلا بدّ و ان يرجع في أثر كل عقد الى ما يقتضيه الأصل بالنسبه إليه الا انه فيما لم تلزم مخالفه عمليه من اجزاء الأصليين مع إجراء أصاله اللزوم و ان كان كلام المصنف مطلقا من هذه الجبهه حيث حكم بالبراءه تاره و بالضمان اخرى و لم يتعرّض لصوره لزوم المخالفه القطعيّه.

و لكن لا- بدّ في فرض لزوم المخالفه القطعيّه من اجراء قواعد العلم الإجمالي مثلا إذا شككنا في كون العقد هبه أو بيعا و لم يتصرف من انتقل اليه العين فيها و ترجع مالك العين و فسخ العقد فإنه ان كان العقد هبه تنفسخ بالفسخ و ترجع العين الى مالکها الأوّل و ان كان بيعا لا يؤثر الفسخ و حيث لا يمكن الرجوع في ضمان المشتري لو كان المحقق بيعا و ضمان الموهوب له على تقدير كون المحقق هبه أن يرجع الى البراءه كما هو ظاهر كلام المصنف بل يحصل العلم الإجمالي بأنه اما أن المالك الأول مستحق للعين على تقدير كون العقد هبه أو مستحق للثمن على تقدير كونه عقد فلا بدّ حيث لا يمكن اجراء قواعد العلم الإجمالي و الا فيلزم من إجراء الأصل مخالفه قطعيه

## القول في أقسام الخيار

### اشاره

(في خيار المجلس) قوله قدّس سرّه

## الأول في خيار المجلس

### اشاره

أقول ذكر المصنّف أن الخيارات كثيره و قد أنها ها بعضهم إلى السبعه و بعضهم إلى أزيد من ذلك بل المذكور في اللعمه أربعه عشره مع عدم ذكر بعضها و لكن المناسب جعلها سبعه لأن البقيه تدرج في خيار الشرط و يقع الكلام فعلا في خيار المجلس و إضافته إلى المجلس من جهه الغلبه

كما ذكره المصنف لعدم اختصاص ثبوته بالمجلس بل يثبت في حال قيام المتعاملين أيضا بل لا يختص بالمكان الذي يوقع فيه البيع كما ذكره المصنف بل يثبت هذا الخيار في حال مشيهم أيضا كما إذا تعاملوا في مكان ثم مشيا و لكن لم يفترقا حال المشي فإنه ح أيضا يثبت الخيار.

و بعبارة اخرى أن غايه هذا الخيار و هو الافتراق فما لم يتحقق في الخارج فلا وجه لسقوطه و لو سمي هذا الخيار بخيار الاجتماع كان حسنا موافقا للاخبار، و لا شبهه و لا خلاف في ثبوت هذا الخيار للمتبايعين بين الإماميه و النصوص به مستفيضه ففي بعضها البيعان بالخيار ما لم يفترقا و في بعضها التاجر بالخيار و أما الموثق الحاكي لقول امام عليه السلام إذا صفق الرجل على البيع فقد وجب فذكر المصنف أنه اما مطروح و ان كان موثقا لكونه منافيا للضروره و الاخبار المستفيضه أو يحمل على التقيه أو يؤل و لكن الظاهر أنه لا يحتاج على التأويل و لا على الطرح أو الحمل على التقيه بل هو وارد على طبق القاعده و ذلك لان التصفيق هو ضرب احدي اليمين على الآخر و هو كناية عن اللزوم و بهذا فسر في اللغة و على هذا فقوله (عليه السلام) إذا صفق الرجل على البيع كناية عن إلزام البيع بإسقاط الخيار و من الواضح أن لزوم البيع بإسقاط خيار المجلس موافق القاعده فلا نحتاج الى طرح الموثقه أو تأويلها.

**قوله مسأله لا إشكال في ثبوته للمتبايعين إذا كان اصليين**

**اشاره**

أقول لا شبهه في ثبوته للمتبايعين و للموكلين في الجملة و أنما الكلام في ثبوته لهم على وجه الإطلاق

**و يقع الكلام أولا في ثبوته للوكيل**

ص: ٥٧

و تفصيل الكلام فيه أن الوكيل على ثلثة أقسام الأول ان يكون وكيلا فى إجراء الصيغه فقط من غير أن يكون له حق التصرف فى جهه من جهات العوضين كما هو المرسوم فى إجراء عقد النكاح و إجراء صيغه البيوع الخطيره كثيرا حيث يوكلون أحدا فى إجراء الصيغه بحيث ليس له شأن من ذلك المعامله إلا ان يكون كلسان الوكيل فقط و لا يكون وكيلا فى أزيد من مجرد كونه آله لإجراء العقد فقط كما هو واضح.

الثانى أن يكون وكيلا- مفوضا فى أمر البيع الى أن يتم و تتحقق المعامله فى الخارج و لا يكون وكيلا بعد ذلك بل ينتهى أمد و كالتة بعد تماميّه البيع و وجوده فى صفحه الوجود كأكثر الدلائل.

الثالث أن يكون وكيلا مفوضا حتى بعد تماميّه البيع بان كان له التصرف فى العوضين و كان مسلّطا على قلبه و انقلابه بأثناء التصرفات و التقلبات من البيع ثانيا أو الإيجار أو غيرهما من التصرفات الخارجيه و الاعتباريه و هذا كعامل المضاربه فإنّه وكيل مفوض على وجه الإطلاق بعد البيع و قبله و بعباره اخرى أن يكون وكيلا فى التجاره بأى نحو كان.

أما القسم الأول فظاهر الحدائق ثبوته للوكيلين فى إجراء الصيغه بل يظهر منه تعميم الحكم لصوره منع الموكل بزعم أن الخيار حق ثبت للعاقده بمجرد إجرائه العقد فلا يبطل بمنع المالك

### و لكن المشهور عدم

ثبوت الخيار له فما اختاره المصنف

و استدل عليه بوجوه

### الأول: أن

أدله الخيار منصرفه عن الوكيل فى إجراء الصيغه

لأن المتبادر من النص غيره.

و فيه نمنع الانصراف إذا لا نجد منشأ لذلك فان منشئه ان كان هو الماده فلا شبهه أنها صادقه عليه أيضا لما عرفت فى أول البيع

أن البيع هو مبادله مال بمال فلا شبهه في صدق هذا المفهوم عليه إذ لم يقيد هذا بكون المال للبائع بحيث يكون التبدل بين ماله و مال شخص آخر ضروره عدم اعتباره في مفهوم البيع بوجه أصل و لذا لم يستشكل أحد في صحه بيع الولى مال المولى عليه مع أن المال ليس للبائع و كك في صحه بيع الوقف و بيع ثمرته و كك في صحه بيع الوكيل المفوض مع أن المال في تلك الموارد ليس للبائع و من الضروري أنه لا- يشك أحد في صدق البائع على الأشخاص المتصددين للبيوع المذكوره و على الاجمال لا وجه لدعوى انصراف ماده البيع الى غير الوكيل في إجراء الصيغه.

و ان كان منشأ الانصراف دعوى انصراف هيئه البيع الذى هو الفعل عن الوكيل في إجراء الصيغه ففيه أن الهيئه لا تدل على أزيد من انتساب ماده إلى ذاتها و أما دلالتها على خصوصيه أخرى فلا كما لا يخفى.

### **الثانى أن حكمه ثبوت خيار المجلس هو إرفاق المالك**

لكى يتروى و يلاحظ صلاحه حتى يختار ما هو الأصلح لحاله أو الفسخ أم الإمضاء و من البديهي أن هذه الحكمه غير جاريه فى الوكيل المذكور و الحكمه و ان لم تكن مطرده و لكن نعلم بأن جعل هذا الخيار شرعا ليس لمن له اختيار البيع بلا موجب.

و فيه انها لا تزيد عن العله المستنبطه و قد حقق فى محله أنها ليست بحجه و إنما هى من القيام الذى يحرم العمل به نعم لو كانت عليه منصوصه لزم العمل بها قطعاً فلا تكون مانعه عن شمول الإطلاقات للوكيل فى إجراء الصيغه أيضاً،على أنها غير داريه فى جميع الموارد



كما إذا كان إبقاء البيع أصلح لهم بأن باع ما يحازى بدينار بخمسين دينارا مع علم المشتري بالغبن فإنه لا شبهه أن إبقاء البيع على حاله و عدم فسخه أصلح لحال البائع من الفسخ و مع ذلك فله خيار المجلس و على الجملة فلا- وجه لرفع اليد عن المطلقات و عن شمولها للوكيل المذكور بمثل هذه الحكمة العليه نعم لهذه الحكمة وجه فيما كان دليل الخيار هو قاعده نفى الضرر و نحوها كما إذا فرضنا أن دليل خيار الغبن هو دليل نفى الضرر فإنها تقتضى ثبوته للمالك فقط لا لمجرى الصيغه.

### الثالث أن بعض أدله خيار المجلس قد تقارن بخيار الحيوان

و كونه مجعولا للبائع

و من الواضح أن خيار الحيوان مجعول للمالك فاتحاد السياق يقتضى أن يكون خيار المجلس أيضا كذلك.

و ليس هذا من باب حمل المطلقات الوارده فى جعل خيار المجلس بلا تقارن بجعل خيار الحيوان على المقيد حتى يقال أنه لا يجرى فى الأحكام الانحلاليه كقوله أكرم العلماء و أكرم زيد العالم لعدم التنافى بل من جهة عدم الإطلاق للأخيار المطلقة لأن الموضوع فيها من كان له خيار الحيوان أعنى المالك و بعبارة أخرى نستكشف من تقارن خيار المجلس بخيار الحيوان أن موضوع خيار المجلس من كان له خيار الحيوان فأى ربط لذلك بحمل المطلق على المقيد.

و فيه أن هذا من العجائب فإنه لا- ربط لخيار الحيوان بخيار المجلس أصلا فإن الموضوع فى خيار الحيوان هو عنوان المالك لقوله (عليه السلام) و صاحب الحيوان بالخيار الى ثلثه أيام و موضوع خيار المجلس هو عنوان البيع و أى ربط لأحدهما بالآخر و مجرد ذكرهما فى روايه واحده لا يقتضى

اتحاد الموضوع فهل يتوهم أحد أنه لو ذكر في روايه أن خيار الحيوان ثابت لابن البائع أو أخيه وقد ذكر فيها أيضا البيعان بالخيار فهل يتوهم أن موضوع خيار المجلس أيضا هو ابن البائع باتحاد السياق.

و من هنا ظهر الجواب من قوله مضافا الى أدله سائر الخيارات فان القول بثبوتها لموقع الصيغه لا ينبغي من الفقيه فتحصل أنه لا يمكن رفع اليد عن الإطلاقات بمثل هذه الوجوه.

### و الرابع ما هو العمده و حاصله أن المستفاد من أدله هذا الخيار

أنه حق و سلطنه

انما ثبت لكل من المتعاقدين على ما انتقل الى الآخر بأن يرجعه الى ملكه و يملكه جديدا بالفسخ بعد الفراغ عن تسلطه على ما انتقل إليه بأن يتصرف فيه كيف يشاء و من الواضح أن الوكيل في إجراء العقد ليس له التسلط على التصرفات فيما انتقل إلى البائع أو المشتري فليس له التسلط على ما انتقل من أحدهما إلى الآخر بأن يرجعه بالفسخ.

و من هنا لا يثبت بأدله خيار المجلس هذا التسلط لو لم يكن مفروغا عنه في الخارج فإنه لا يمكن التمسك بإطلاق قولهم عليهم السلام البيعان بالخيار ما لم يفترقا لإثبات التسلط على إرجاع العين من الشخص الآخر بالفسخ ألا ترى أنه أو شك المشتري في كون المبيع مّمن ينعق عليه لقرابه فلا يجوز أن يتمسك بأدله خيار المجلس لإثبات السّلطنه و كك لو نذر أن يعتقه أو يصرف المبيع في محلّ خاصّ فليس له أن يتمسك لرفع الوجوب و جواز الرجوع بأدله الخيار.

و فيه أن هذا الوجه بظاهره لا يترقّب صدوره من المصنّف لكونه منافيا لمبناه فإنه التزم بكون مورد الخيار هو العقد دون العين

بمعنى أن معنى الخيار هو فسخ العقد لا استرداد العين ابتداء نعم لازم فسخ العقد هو استرجاع العين كما هو واضح.

و أما ما ذكره من الأمثلة فأجبنى عن المقام أما ما ذكره من النذر فان مقتضى الإطلاقات هو ثبوت الخيار حتى فيما كان المبيع مندورا لأن يصرف في مورد خاص غايه الأمر ان اعمال الخيار و إرجاع العين الموجب لانهدام العمل بالنذر فعل محرم فيكون مخالفه لحكم تكليفي و أما عدم ثبوت الخيار هنا و عدم جواز التمسك بالمطلقات فيه فخال عن الوجه.

و أما ما ذكره من مسأله كون المبيع مَمَّن يعتق عليه فأیضا لا محذور في ثبوت الخيار هنا غايه الأمر لا يرد العبد إلى البائع لعدم جواز صيروره الحر عبدا بل يرد بدله اليه و على الجملة فمثل هذه الأمثلة لا تكون مانعه عن التمسك بإطلاق أدله خيار المجلس كما هو واضح.

و حاصل الكلام أنه استدل المصنف على عدم ثبوت خيار المجلس للوكيل في إجراء الصيغه بوجوه قد عرفتها مع جوابها و عمدتها وجهان الأول ما أشار إليه بقوله مضافا الى ملاحظه بعض أخبار هذا الخيار المقرون فيه بينه و بين خيار الحيوان الذي لا يرضى الفقيه بالتزام ثبوته للوكيل في إجراء الصيغه أقول حاصل كلامه أن بعض اخبار خيار المجلس قد تقارن بخيار الحيوان كقوله (عليه السلام) في الصحيحه في جواب السائل ما الشرط في الحيوان قال: ثلثه أيام و قال: ما الشرط في غير الحيوان قال (عليه السلام): البيعان بالخيار ما لم يفترقا و هذه الروايه و ان كانت مطلقه و غير مقيده بكون من له الخيار في بيع الحيوان هو

صاحب الحيوان فقط كما أن ثبوت خيار المجلس للبيع أيضا مطلق من غير أن يكون مقيدا بثبوته للمالك أو الموكل أو لهما و لكن ورد في روايه أخرى أيضا معتبره أن صاحب الحيوان بالخيار الى ثلثه أيام حيث ثبت الحكم لخصوص صاحب الحيوان فقط و بحسب القواعد و ان لم يكن بينهما تناف و تعاند ليلزم منه حمل المطلق على المقيد لكون كل منهما مثبتين و لكن نعلم من الخارج علما جزميا أن موضوع الحكم فى كلتا الروايتين هو شىء واحد و أن قوله عليه السلام صاحب الحيوان بالخيار الى ثلثه أيام فى مقام التحديد فبمقتضى هذه المقدمه الخارجيه نحمل المطلق على المقيد و نلتزم بثبوت لخصوص المالك و ان كانت الروايه المطلقه مع قطع النظر عن الروايه المقيده تقتض ثبوت خيار الحيوان لمطلق البائع و ان كان غير المالك و على هذا فأتحد السياق يقتضى أن لا يثبت خيار المجلس أيضا لغير المالك.

و فيه أن اختصاص خيار الحيوان لصاحب الحيوان لا يقتض اختصاص خيار المجلس به و الوجه فيه أن البيعان أو المتبايعان و ان استعملا فى خيارى المجلس و الحيوان فى معنى واحد و لم يختلف المستعمل فيه فيهما و لم يرد منهما المالك بل عنوان المتبايعان بحيث لو كنا و هاتان العبارتان لقلنا بثبوت كلا الخيارين لعنوان البيع و المتبايع و لكن اختلفت الإراده الجديه بالنسبه إلى خيار المجلس و خيار الحيوان حيث أريد من البيعان و المتبايعان المذكورين فى أدله خيار المجلس عنوان البيع و المتبايع الشامل للوكيل و الموكل معا و أريد منهما فى خيار الحيوان المالك و صاحب الحيوان من غير تخلف فى الإراده الاستعماليه، و الدليل على هذا التقييد هو القرينه

الخارجيه حيث علم من الخارج أن قوله (عليه السلام) صاحب الحيوان بالخيار وارد مورد التحديد و أن الموضوع فى قوله أنّ البيعان بالخيار فى الحيوان الى ثلثه أيام و الشرط فيه هذا هو الموضوع فى قوله صاحب الحيوان بالخيار فقهرما يقيد الحكم بتقيد الموضوع و من الواضح أنه لا بعد فى اختلاف الإراده الجديه بالنسبه إلى حكمين الثابتين بعبارته واحده و باستعمال واحده أى بأن يكون الاستعمال فى أحدهما على نسق الاستعمال فى الآخر و نظير ذلك ما إذا قال الخمر حرام و نجس و يحرم بيعها و إمساكها و جميع التقلب فيها ثم ثبت التقييد فى أحدهما و قال يجوز بيعها من الكافر فهل فيه محذور عقلا أو شرعا أو عرفا و كذلك فى جميع المقامات و السير فى ذلك ما قلنا من جواز اختلاف الإراده الجديه فى الحكمين الثابتين على موضوع واحد بحيث يكون فى أحدهما مطلقا و فى الآخر مقيدا و يكون الموضوع أيضا مطلقا و مقيدا و يتعدّد الموضوع بذلك الاختلاف و ان كانت الإراده الاستعماليه متحده فى كليهما و ذلك لأن التقييد أنما يثبت من الخارج و على الاجمال ثبوت خيار الحيوان لصاحبه لا- يدل على ثبوت خيار المجلس للمالك فإن قرينه الاختصاص موجوده فى الأوّل دون الثانى و من هنا ظهر أن خيار الحيوان مختص بالصاحب الحيوان و لم يثبت للمتابعين مع أن خيار المجلس ثابت لهما و ان قلنا بعدم ثبوته للوكيلين فى إجراء الصيغه مع اتحاد السياق يقتضى اختصاص خيار المجلس أيضا بواحد منهما.

على أنه لو كان مقتضى السياق اختصاص خيار المجلس بمن له خيار الحيوان لزم له الالتزام بعدم ثبوت خيار المجلس للوكيل

المفوض أيضا مع أنه لم يستشكل احد حتى هو قدّس سرّه كما سيأتي.

### **و أما الوجه الثانى فحاصله أن خيار المجلس انما ثبت للمتبايعين**

بعد الفراغ عن جواز تصرف كل منهما فيما انتقل الى نفسه

و قد أثبتت أدله الخيار المجلس لمن له هذا الشأن و من الواضح أن الوكيل فى إجراء الصيغه ليس له ذلك و لا يجوز له التصرف فى شىء من العوضين من قبل الموكل.

و من هنا لو شك الباع أن المبيع هل هو مّمن ينعق عليه أو يجب صرفه فى نفقه من يجب إنفاقه أو يجب عتقه لنذر و نحوه لا يجوز أن يتمسك بأدله الخيار فيحكم بعدم الوجوب لأن الحكم لا يثبت الموضوع لنفسه و قد عرفت أنها تثبت الخيار فى فرض تمكن ذى الخيار من التصرف فى المال الذى انتقل إلى ذى الخيار و هذا المعنى موضوع للخيار و مشكوك فيه فلا يمكن إثبات الموضوع بذلك.

### **و يرد على ما ذكره أصلا و فرعا.**

### **أما الأصل**

مضافا الى أن ما ذكره خلاف ظواهر الأدله أنه مخالف لمسلكه فإنه ذكر فى مواضع متعدده من كتابه أن الخيار انما يتعلّق بالعقد دون العين الخارجى و لذا لا يدور الخيار وجودا و عدما مدار بقاء العين و عدمه بل يجوز اعماله لذى الخيار حتى مع تلف العين و قد تقدم منه قدّس سرّه فى بعض تنبيهات المعاطاه أن الجواز الثابت فيها غير الجواز الثابت فى غيرها بالخيار فان متعلّق الجواز فى المعاطاه هو العين فلكل من المتبايعين ردّ العين و لذا سقط مع التصرف كما قيل و لكن جواز الفسخ فى العقد الخيارى متعلق بالعقد و لذا يبقى مع التلف أيضا. و أيضا ذكر فى تعريف الخيار أنه

ملك فسخ العقد و قد كرر ذكر ذلك في خلال كلماته كثيرا فلا وجه لجعل متعلق الخيار هو العوضين.

## و أما الفرع

الذى رتبته على الأصل المذكور فقد ظهر جوابه فما ذكرناه فان متعلق الخيار هو العقد فهو لا يرتبط بحكم آخر ثابت للعين المبيعه و لا مساس لأحدهما بالآخر أصلا فله اى لذى الخيار أن يفسخ العقد فى الموارد المذكوره و بعده يتبع فى كل مورد حكمه على ما تقتضيه القواعد الشرعيه فإن كان فيه ما يرفع التكليف المشكوك فيها و الا فلا بد من الامتثال.

مثلا لو اشترى عبدا و شكك فى قرابته و أنه هل مّمن ينعق على البائع أم لا فيجوز أن يتمسك بأصالة عدم النسبه بينه و بين العبد و يردّه الى مالكه الأول بعد فسخ العقد و ان علم بكونه مّمن ينعق عليه فحينئذ ينعق بمجرّد البيع و بما عرفت أن الفسخ لا يتوقف على بقاء العين و لما عرفت ان الخيار متعلق بالعين فيجوز له الفسخ و يعطى بدل العبد على مالكه و أما إذا كان المبيع مّمن يجب عتقه لنذر فإذا لم يعتقه فعل حراما فهو لا يزاحم و لا يعارض بأدله الخيار لعدم تعلقه بالعين حتى يصحّ التمانع بينهما و هكذا إذا كان المبيع مّما يجب صرفه فى نفقه من يجب إنفاقه عليه فان فى شىء من المذكورات لا يلزم ما ذكره المصنف فجواز التصرف فى المبيع ليس موضوعات لأدله الخيار أصلا و لا له مساس بأصل الخيار بوجه نعم لو كان الخيار منعلقا بالعين لكان لهذا البحث مجال واسع.

و قد ذكر شيخنا الأستاذ هنا وجهها آخر و جعله محتمل كلام المصنف و حاصله أن موضوع خيار المجلس هو الذى يكون مالكا للترام

نفسه بحيث له أن يقيه و له أن يرفعه بالإقاله إذا رضى الطرف الآخر بذلك و بعد الفراغ عن سلطنه كل من المتبايعين على ذلك يثبت له الخيار و جواز الفسخ فجواز الفسخ لهما متوقف على إمكان الإقاله لهما و حيث ان الوكيل فى إجراء الصيغه ليس له ذلك فإنه لا يقدر على حل العقد بالإقاله فلا يثبت جواز الفسخ بخيار المجلس أيضا.

و فيه أولا- النقص بالنكاح حيث أن الخيار لأجل العيوب المعلومه ثابت فيه و لكن لا تجوز الإقاله للزوجين فلا وجه لجعل ثبوت الخيار متوقفا على جواز الإقاله.

و ثانيا بالحل بان يقال ان كان نظره الى توقف الفسخ بالإقاله حقيقه و أنه لا يؤثر الفسخ فى مورد لا اقاله فيه ففيه أن العقد شىء واحد و أنما حصل بالالتزامين من الطرفين نظير الحبيلين المشدود أحدهما بالأخر فإنه صار حبلا واحدا و هذا الشىء الواحد و ان كان فى حصوله متوقفا على التزامين من شخصين و لكن فى مقام الانحلال ينحل بانحلال من الطرفين كما فى الإقاله و من طرف واحد كما فى الفسخ و قد عرفت سابقا ان إمضاء أحدهما العقد لا يستلزم الإمضاء و الالتزام من الطرف الآخر و لكن الفسخ من طرف يستلزم الفسخ من الطرفين لانه لا يبقى مجالا- للوفاء و الوجه فيه أن الفسخ هو الحل و يعبر فى لغه الفارس بكلمه (وا كردن و باز نمودن) و هذا المعنى شىء واحد و معنى بسيط لا يعقل أن يحصل من طرف و لم يحصل من طرف آخر بل إذا تحقق الحل تحقق من الطرفين.

و بالجمله العقد هو الالتزام من الطرفين نظير البيعه و ضم احدى اليدين بالأخرى و هذا لا يتحقق حصولا الا من الطرفين و



لكن انحلاله لا- يتوقف عليهما بل يحصل بحل واحد و قد يكون ذلك هو الإقالة أى المراضاه بالحل من الطرفين و قد يكون بالفسخ و لا- يعقل تحقق من طرف و توقفه على أن يتحقق من الآخر و ليس الفسخ فى طول الإقالة و لا- متوقفا عليها و لا أن بينهما تلازم بل قد يتحقق أحدهما بدون الآخر و قد يجتمعان فى النكاح يتحقق الفسخ دون الإقالة و بعد سقوط جميع الخيارات فى العقود اللازمة يتحقق الإقالة دون الفسخ و فى البيوع الخياريه يمكن الفسخ بكل من الإقالة و الفسخ.

فلا معنى لهذا الوجه أيضا و ان كان نظره الانصراف و ان أدله الخيار منصرفه الى هذا القسم فلا تثبت الخيار لغير ذلك فله وجه و لكن عرفت جوابه من أنه لا منشأ للانصراف أيضا.

و ذكر بعض مشايخنا المحققين من أن الوكيل فى إجراء الصيغه فقط نادر فى باب المعاملات جدا لأنه لا يكون إلا فى غير العربى مع لحاظ صدور البيع عن صيغه لا عن التعاطى لترتيب آثار البيع بالصيغه و على هذا ينصرف دليل الخيار الى غير الوكيل فى إجراء الصيغه لكون ذلك للغير غالبا من حيث الموجود و فيه أولا- أن غلبه الوجود لا- توجب الانصراف و قد اعترف هو بذلك مرارا عديده فى كلماته السابقه و ثانيا أن الوكيل فى إجراء الصيغه و ان كان قليلا بالنسبه إلى غيره و لكنه كثير فى نفسه كما هو المتعارف فى النكاح فان المتعارف فيه كون العاقد غير الزوجين و فى البيع أن التوكيل فى إجراء الصيغه خصوصا فى البيوع الخطيره كثير جدا.

فتحصل أن عمده الوجه لعدم ثبوت الخيار للوكيل في إجراء الصيغه هو ما ذكره المصنف قدس سره من كونه موقوفا على جواز تصرف كل من المتبايعين فيما انتقل اليه و ما ذكره شيخنا الأستاذ من توقف الفسخ على الإقالة و قد عرفت أن ما افاده المصنف لا دليل عليه في نفسه و أنه مخالف لمذهبه و ما افاده الأستاذ مضافا الى عدم الدليل عليه و بطلانه في نفسه و الجواب الحلّي عنه أنّه منقوض بباب النكاح فإنه ثبت الخيار فيه و لم يتوقف على الإقالة لعدم جريانها في النكاح.

ثم أنّ لشيخنا الأستاذ وجه آخر في المقام و حاصله أن أدله الخيار انما أثبتت سلطنه على الفسخ لمن هو مأمور بالوفاء بالعقد و من الواضح أن الوكيل في إجراء الصيغه لم يشمل دليل الوفاء بالعقد و بعبارة أخرى أن أدله الخيار انما هي مخصّصه لقوله تعالى أَوْفُوا بِالْعُقُودِ و حيث أن الآيه لم تشمل الوكيل في إجراء الصيغه و لم يكن هو مأمورا بالوفاء بالعقد فيكون دليل التخصص أيضا غير شامل له.

و فيه أن هذا الوجه لا بأس به بناء على ما ذكره المصنف قدس سره في معنى الوفاء حيث جعل الأمر ظاهرا في الوجوب التكليفي بالذي يدلّ على اللزوم بالدلاله الالتزاميه فإن لقائل أن يقول أن وجوب الوفاء انما هو حكم ثابت على ذمه الملاك أو من يقوم مقامهم و أما الوكيل في مجرّد إجراء الصيغه فليس مأمورا بذلك فإنه من الأوّل لم يجر له التصرف في المبيع و لا في الثمن و كك في حال العقد و بعده فلا معنى لان يقال يحرم عليك التصرف في العوضين ليكون هذا الحكم شاملا لما بعد الفسخ أيضا حتى يتمسك به لإثبات اللزوم.

و أما بناء على ما ذكرناه من دلالة الآيه على اللزوم بالمطابقه و كونها إرشادا إلى لزوم العقود من غير أن تدلّ على حكم التكليفى فلا مانع من شمولها على الوكيل فى إجراء الصيغه أيضا فإنه ليس له فسخ العقد بعد إيجاده كما لا يخفى لما عرفت أن الآيه ناظره الى أن كل من أوجد عقدا يجب عليه الوفاء به و من جمله الموجودين للعقد هو الوكيل فى إجراء الصيغه كما هو واضح فهذا الوجه أيضا لا يتم و التحقيق أن يقال أنّ الوكيل فى مجرّد إجراء الصيغه و ان صدق عليه البائع و لكن ما دلّ على ثبوت خيار المجلس أنّما هو ناظر الى ثبوته للبيع الذى كان أو البيع بيده و هو المالك أو من يقوم مقامه و ذلك لأنّ أحلّ الله البيع أنّما هو ناظرا إلى إمضاء البيع فيكون دالا على حليه البيع الصحيح و هو بيع المالك الموكل و من الواضح ان البيع من غير المالك أو من يقوم مقامه غير صحيح من حيث انتسابه الى المالك لا من حيث صدوره من العاقد و الوكيل فى إجراء الصيغه ليس مالكا و لا قائما مقامه فيكون خارجا عن تحت الآيه لأنه لم تمض البيع من حيث جهه الصدور أيضا و هذا لا ينافى صدق البائع على الوكيل فى إجراء الصيغه، و عليه فأدله خيار المجلس أنّما تثبت الخيار للبيع فى البيع الصحيح فلا تكون شامله للوكيل فى إجراء الصيغه.

و ثانيا أن الوجوه المذكوره حتى الوجه الذى ذكرناه و ان لم تتم فى نفسها و لا تكون داله على عدم ثبوت الخيار للوكيل فى إجراء الصيغه و لكنها توجب عدم تماميه مقدمات التمسك بإطلاق قولهم عليهم السلام البيعان بالخيار.

و توضيح ذلك أن دليل خيار المجلس من قوله (عليه السلام) المتبايعان

بالخيار و قوله البيعان بالخيار أنما يدلّ على ثبوت الخيار لمطلق البيع بالإطلاق دون العموم فان ما يدل على السريان هنا هو المحلى باللام و من الواضح أن دلالة على السريان ليس بالوضع بل بمقدمات الحكمه فالوجه المذكوره توجب الشك في التمسك بالوضع بل و تماميه مقدماته و على الاجمال لا نظمن بشمول أدله خيار المجلس للوكيل في إجراء الصيغه فلا أقل من الشك على أنه لو كان مجرد إجراء الصيغه موجه لثبوت الخيار للمجرى لها فكان ثابتا للفضولي أيضا بل أولى مع أنه لم يقل به احد فتحصل أنه لا يكون للوكيل في إجراء الصيغه خيار المجلس.

و أما الوكيل المفوض فلا- شبهه في ثبوت الخيار له لكونه يبع حقيقه و ان أمر البيع بيده نظيره الأولياء للأطفال و المجانين و غيرهما كما لا يخفى و هذا كعامل القراض و نحوه.

و أما الوكيل المفوض في الشراء فقط أو في البيع فقط من غير أن يكون و كيلا مفوضا في مطلق التصرف و لا أن تكون وكالته منحصره في إجراء العقد فقط بل واسطه بين الشقين فذكر المصنف(ره) أن خيار المجلس لا يثبت لهذا القسم من الوكيل أيضا لأننا ذكرنا أن الميزان في ثبوت الخيار هو كون ذى الخيار متمكنا من التصرف فيما انتقل اليه قبل ثبوت حق الفسخ له و من الواضح أن الوكيل في أمر البيع فقط أو أمر الشراء فقط ليس متمكنا من التصرف فيما انتقل إلى البائع المالك أو المشتري المالك لتماويه أمد و كالتة بعد البيع و الشراء فيكون خارجا عن موضوع خيار المجلس و تبعه شيخنا الأستاذ على الوجه الذى تقدم

بيانه فى القسم الأوّل من الوكّاله و لكن عرفت عدم تماميّتها بوجه.

و أما بقيه الوجوه لا- تجرى هنا حتى ما ذكرناه من الوجهين لكونه أى هذا القسم من الوكيل بيّعا حقيقه فلا- وجه لدعوى الانصراف أو غيره من الوجوه.

و الظاهر هو ثبوت الخيار لمثل هذا الوكيل لأن أمد وكالته و أن كان يتم بتماميه البيع أو الشراء و لكن ثبوت الخيار للمتبايعين لا يدور مدار عنوان الوكّاله بقاء بل المناط فى تحقق الخيار هو صدق البيّع و من الواضح أن الوكيل المفوض فى البيع أو الشراء بيّع و ان خلص أمد و كالته بعد البيع أو الشراء فنتمسك بإطلاق البيعان بالخيار فنحكم بثبوت الخيار له و ان منعه المالك عن الفسخ فكونه و كيدا مفوضا عند البيّع أو الشراء و صدق عنوان البيّع عليه فى تلك الحاله واسطه لثبوت الخيار له حتى بعد تماميه و كالته.

و أما الفضولين فلا شبهه فى ثبوت خيار المجلس لهما لما عرفت أنه انما ثبت لمن كان البيع مستندا اليه و كان أمر البيع بيده و أنه من لوازم البيع الصحيح و قلنا أن بيع غير المالك ليس بصحيح فان الممضى بقوله تعالى **أَحَلَّ اللَّهُ الْبَيْعَ** هو جهه انتساب البيع الى المالك لا من حيث صدوره من العاقد و من البديهي أن الفضولى أجنبى عن هذه المزاي و ان صدق عليه عنوان البيّع بل هو مجرد إله فى إنشاء البيع كالوكيل فى إجراء الصيغه و أنه كلسان الموكل و الأصيل فلا وجه لثبوت الخيار للفضولين أيضا.

كان الكلام فى ثبوت خيار المجلس للوكيل و عدم ثبوته له و قلنا أنه لا- يثبت للوكيل فى إجراء العقد فقط لأحد الأمرين المتقدمين.

و أما الوكيل المفوض فلا شبهه في ثبوت الخيار له فإنه لا شبهه في صدق البيع عليه و أن أمر البيع بيده و لا يجرى فيه شيء من الوجوه المانعه عن ثبوت خيار المجلس للوكيل في إجراء الصيغه غير ما ذكره المصنف (ره) من أن مقتضى اقتران خيار المجلس في بعض الروايات بخيار الحيوان يقتضى عدم ثبوت خيار المجلس لغير المالك كما هو الشأن في خيار الحيوان فاتحاد السياق يقتضى أن يثبت خيار المجلس لمن ثبت له خيار الحيوان دون غيره و ان كان وكيلا مفوضا و لا يكون له خيار المجلس بما أنه بائع و أما ثبوته له بما انه وكيل مفوض من قبل المالك و أن جميع أموره في يده حتى أمر المعاملات من الفسخ و الإمضاء فإن ذلك من جهه كونه وكيلا مفوضا لا من جهه كونه بائعا.

و على الجملة فلازم كلام المصنف من تخصيص موضوع خيار المجلس بمن له خيار الحيوان هو عدم ثبوته للوكيل المفوض أيضا بما من المتبايعين و من البيع لا بما هو وكيل من قبل البائع و يفسخ البيع أو يمضه بأمر الموكل و توكيله كما هو واضح.

بعبارة أخرى هذا نقض على المصنف حيث التزم بعدم ثبوت خيار المجلس للوكيل في إجراء الصيغه من جهه اختصاصه بمن له خيار الحيوان و مع ذلك التزم بثبوته للوكيل المفوض مع أنه لم يثبت له خيار الحيوان.

و لكن قد عرفت أن مجرد ذكر خيار الحيوان فيما ذكر فيه خيار المجلس لا يقتضى الاتحاد من جميع الجهات و على الاجمال فلا شبهه في ثبوت هذا الخيار للوكيل المفوض بل هو كالولي فإن معنى الوكاله كما ذكروا تفويض الأمر إلى الوكيل و جعله مسلطا على ما و كل لأجله

نظير السلطنة المجمعوله للأولياء غايته أن سلطنه الأولياء من قبل الله تعالى و سلطنه الوكلاء من قبل الموكلين و ليس الأمر كذلك في الوكيل في إجراء الصيغه.

و أما الوكيل في أمر البيع أو الشراء فقط بحيث يكون وكيلا مفوضا في جهه خاصه فقط و ينتهى أمد و كالتة بعد البيع فهو واسطه بين الوكيلين المتقدمين و هو من جهه يشبهه الوكيل في إجراء الصيغه و من جهه يشبهه الوكيل المفوض أما من حيث انه شبيه بالوكيل المفوض من جهه كونه مستقلا في أمر البيع أو الشراء و من حيث أنه شبيه بالوكيل في إجراء الصيغه هو تماميه أمد الخيار بتماميه العقد كما أن الوكيل في إجراء العقد كك و أما الوجوه التي ذكروها في عدم جريان الخيار للوكيل في إجراء الصيغه فبعضها لا يجرى في المقام كدعوى انصراف البيع أو المتبايع عن هذا القسم من الوكيل فإنه بيع حقيقه و أما ما ذكروا من أن جعل الخيار الى خيار المجلس إرفاق للمالك فلا يجرى في حق الوكيل فهو جار في المقام و لكن قد عرفت عدم تماميته و هذا لا يجرى في المفوض بالمعنى الأول فإنه لا بدّ و ان يلاحظ مصلحه المالك و كك يجرى في المقام ما ذكره المصنف من أن هذا الخيار أتمما جعل لمن يكون قادرا على الرد و الوكيل المجرى للصيغه و كك الوكيل في البيع و الشراء ليس قادرا على رد العين و كك ما ذكره شيخنا الأستاذ من خيار المجلس مجعول لمن يكون قادرا على الإقاله فإن من الواضح أن هذا الوكيل أيضا كالقسم الأول من الوكيل لا يقدر على الإقاله إذا رضى بها الطرف الآخر.

و لكن قد عرفت أن هذا الوجه أيضا لم يتم في القسم الأول

فكيف فى المقام وقد عرفت أن الوجه فى عدم ثبوت هذا الخيار للوكيل فى إجراء الصيغه فقط هو أحد الأمرين المذكورين و هما أيضا لا يجريان فى المقام و اذن فلا مانع من ثبوت خيار المجلس هنا لا طلاق قوله عليه السلام المتبايعان أو البيعان بالخيار ما لم يفترقا لأنه لا شبهه فى صدق البيع عليه حدوثا فيكون ذلك موضوعا لثبوت الخيار له حدوثا و بقاء و ان منعه المالك عن اعمال الخيار كما ذكره صاحب الحدائق إذ لم يقيد إطلاق الروايه بكون البيع هو المالك أو باقيا على و كالتة لو كان هو غير المالك.

و على الجملة فكونه وكيلا عند البيع أو الشراء فى أمرهما يوجب صدق البيع عليهما و إذا صدق عليهما البيع فى أن حدوث البيع يثبت الخيار مطلقا سواء زالت الوكالة بعد ذلك التى كانت واسطه لثبوت الخيار له أم بقيت على حالها. و على هذا فليس للمصنف نفي الخيار عن مثل هذا الوكيل أيضا.

و أما ثبوته للموكل فذكر المصنف و على المختار فهل يثبت للموكلين فيه اشكال و الظاهر أن القول بثبوت خيار المجلس للموكل و عدمه لا يتوقف على القول بثبوته للوكيل أصلا فلا نعرف وجهها صحيحا لتعليق المصنف وقوع النزاع فى ثبوت خيار المجلس للموكل أو عدمه بثبوته للوكيل و عدمه بل كل منهما أمر مستقل و بحث خاص لا يرتبط بالآخر و قد يتوهم أن لأدله الداله على ثبوت خيار المجلس للمتبايعان أو للبيع منصرفه إلى المالك العاقد فإذا انتفى أحد الجزئين ينتفى موضوع الخيار، و أيضا قيل ان الموكل لو حلف على أن لا يبيع داره مثلا فباعها و كيلها لم يحنث فلو كان يصدق عليه عنوان البائع لحصل الحنث.



و فيه أما دعوى الانصراف فلا وجه له لما ذكرنا أن البائع يصدق على الوكيل في إجراء العقد فكيف لا يصدق بالموكل فلو كان الموكل حاضرا في مجلس العقد و وكل أحدا في إجراء العقد لبيع داره كما هو المتعارف في النكاح و في المعاملات الخطيره حقيقه يصدق أن الموكل باع داره فلا عنايه فيه أصلا و من هنا ظهر ما عن بعض مشايخنا المحققين من استناد الانصراف الى غلبه الوجود.

و أما مسأله عدم الحنث إذا حلف الموكل أن لا يبيع داره فباع و كيله فان كان قصد الموكل حيث الحلف أن لا يبيع مباشره فلا شبهه في عدم حصول الحنث ببيع الوكيل قطعا و ان كان غرضه من ذلك أن لا يبيع على وجه الإطلاق أعم من بيع نفسه و بيع و كيله بان لا يستند اليه البيع أصلا فلا شبهه حينئذ في حصول الحنث بكل واحد من بيع و كيله و بيع نفسه لاستناد البيع الى الموكل حقيقه و ان كان المباشر له هو الوكيل نعم لو حلف مطلقا على أن لا يبيع داره مثلا و كان غافلا عن توكيل شخص آخر في بيع داره أو ناسيا فلا يحث ببيع الوكيل في تلك الحاله و ان كان صدور البيع في حضوره أيضا لأن ظهور الحلف على عدم البيع في العمل الاختيارى ففي هنا غير اختيارى لعدم التفاته بكون الوكيل في البيع و كيلا عنه لغفلته عن ذلك فعدم الحنث من هذه الجهه و الا فصدق عليه البائع حقيقه و ان كان غافلا عن وقوع البيع.

ثم انه لا بدّ و أن يتكلم في ثبوت هذا الخيار و عدمه لأصناف الموكل في مقابل أصناف الوكلاء على الترتيب الذى ذكرناه في ثبوت و عدمه لكل واحد من الوكلاء فنقول ان كان الموكل و كل أحدا في

إجراء الصيغه فهل يثبت له الخيار أم لا فنقول تاره يكون الموكلان حاضرين فى مجلس العقد و أخرى لا يكون حاضرين فى مجلس العقد و على الثانى قد يكونان حاضرين فى مجلس واحد حين تحقق العقد بين الموكلين فى مجلس آخر و قد يكونان متفرقين.

أما الأول فلا شبهه فى ثبوت الخيار للموكلين لاستناد البيع إليهما حقيقه و ان الوكيلان المجريان للعقد ليسا إلا كآله المحضه و كونهما كاللسانين للموكلين و دعوى انصراف أدله الخيار عن المالك غير العاقد و لذا لا يحث لو حلف على عدم البيع ببيع الوكيل قد تقدم جوابهما.

و أما إذا كان الموكلان مجتمعين فى محل آخر غير مجلس العقد بان جمعتهما هيئه اجتماعيه فى محل واحد و كان بين الوكيلين و بينهما و أصل الصوت بحيث علما بوقوع العقد فيصدق عليهما عنوان البيع و لا يعتبر حضورهما فى مجلس العقد كما يظهر من شيخنا الأستاذ و أما الثالث بان لا تجمعهما هيئه اجتماعيه أصلا بل كانا متفرقين حال العقد فلا شبهه حينئذ فى عدم ثبوت الخيار لا للوكيل و لا للموكل أما عدم ثبوته للوكيل فقد تقدم لكونه وكيلا فى إجراء الصيغه فقط و ليس أمر البيع بيده و قد قلنا ان الخيار انما يثبت لمن كان أمر البيع فى يده و الوكيل فى إجراء الصيغه ليس كك.

و أما عدم ثبوته للموكل فلان الخيار انما يثبت للبيعان فى حاله اجتماعهما الى أن يتفرقا و من الواضح انهما متفرقان من الأول فلا يكون ثابتا لهما.

وقد عرفت أن الوكيل على ثلثة أقسام الأول أن يكون وكيلا فى إجراء الصيغه فقط و حينئذ يكون أمر البيع بتمام المعنى فى يد الموكل و حينئذ قد يكون الموكلين أو أحدهما حاضرا فى مجلس العقد و أخرى لا يكونان حاضرين فى مجلس العقد و على الثانى فتارة تجمعان هيئه اجتماعيه فى مجلس آخر غير مجلس العقد و أخرى لا يجتمعان فى محل واحد بل كانا متفرقين فى الخارج.

أما الأول فلا شبهه فى ثبوت الخيار للموكلين الحاضرين فى مجلس العقد لاستناد البيع إليهما حقيقه و توهم انصراف البيع عنهما الى المالك العاقد فاسد كما عرفت، كما أن توهم استناد الانصراف إلى ندره الوجود فاسد هنا أيضا و ان قلنا بصحته فى الوكيل فى إجراء الصيغه لأن هذا القسم من الموكل كثير جدا و لا فرق فى ذلك بين كونها ملتفتين بصدور العقد و عدم التفاتهما اليه.

و أما الثانى فهو أن يكون الوكيلان مجتمعين فى مجلس آخر غير مجلس العقد و وصل إليهما أن الوكيلين من قبلكما على اجراء العقد قد أوجدا العقد فإنه ح يثبت لهما الخيار بلا شبهه فإنهما حقيقه متبايعان و يصدق عليهما عنوان البيع أو المتبايع و التاجر الوارده فى الاخبار التى جعلت بهذه العناوين موضوعه لخيار المجلس و دعوى أن ثبوت الخيار لهما مشروط بحضورهما فى مجلس العقد كما عن ظاهر شيخنا الأستاذ لا وجه له فإن الإطلاقات محكمه عليه.

و أما الثالث فهو أن يكونا خارجين عن مجلس العقد و كانا متفرقين فى الخارج فالظاهر أنه لا خيار لهما ح و ذلك فان خيار

المجلس أنما هو مغتيا بغايه و هى الافتراق و من الواضح أن تلك الغايه حاصله هنا من الأول فكيف يثبت لهما الخيار ح و هذا لا ينافى صدق البائع عليهما و استناد البيع إليهما فإن مجرد صدق البائع لا- يصحح ثبوت الخيار عليه بل لا بدّ مع ذلك من اجتماعهما فى مجلس واحد.

و بعباره أخرى الافتراق رافع لخيار المجلس حين التحقيق فلا يعقل ثبوت الحكم مع وجود الرافع من الأول و الا يلزم التنافى و لا يثبت للوكيل أيضا كما عرفت لكونه وكيلا فى إجراء العقد على هذا الخيار بان فوضا أمره الى الوكيلين ليثبت لهما الخيار عن قبل الموكلين أم لا الظاهر لا فإنه لم يثبت لهما فكيف يؤكلان الغير على ذلك و ان فاقد الشيء لا يكون معطيا له.

و أما الوكيل المفوض من جميع الجهات فهل يثبت معه الخيار للموكل أم لا فهو أيضا على ثلثة أقسام: الأول أن يكون الموكلان حاضرين فى مجلس العقد فهذا لا شبهه أيضا فى ثبوت الخيار لهما كما ثبت للوكيلين حينئذ فإنه يصدق عليهما البيع حقيقه كما تقدم فى القسم الأول و توهم الانصراف هنا قد تقدم جوابه كما تقدم الجواب أيضا عن انه لو حلف على عدم البيع فبايع الوكيل لم يحنث.

و أما القسم الثانى فهو أن يكون الموكلان فى خارج مجلس العقد و لكن تجمعهما الهيئه الاجتماعيه فى محل واحد و معامل الوكيلان المفوضان فى محل و أخبر الموكلين بصدور العقد فإنه ح حقيقه يصدق عليهما عنوان البيع و المتبايع و التاجر التى هو موضوع

خيار المجلس و لا- وجه لاعتبار حضورهما في مجلس العقد كما عرفت في القسم الأول أما القسم الثالث فهو أن يكون الموكلان خارجين عن مجلس العقد و لم يجتمعا في محل واحد و لم تجمعهما هيئه اجتماعيه في مكان واحد و حينئذ لا يثبت لهما الخيار كما تقدم لتحقق البيع حال التفرق و هذا نظير ما كتب كتابا الى أحد و أنشأ فيه بيع داره مثلا و وصل الكتاب إلى المشتري بعد مده و قلنا بعدم اعتبار الموالاه بين الإيجاب و القبول فقبل المشتري البيع فإنه لا يثبت الخيار في أمثال ذلك فان البيع قد تحقق في حال التفرق فلا يكون لهما الخيار.

### **قوله: ثم على المختار من ثبوته للموكلين فهل العبره فيه**

بتفرقهما عن مجلسهما حال العقد.

أقول: بناء على ثبوت الخيار للموكل أيضا فإذا كانا الموكلين موجودين في مجلس المعقد مع الموكلين المفوضين فهل المناط في سقوط خيارهما تفرقهما عن مجلس العقد بان يكون ثبوت خيار المجلس دائرا مدار اجتماعهما في مجلس العقد و تفرقهما عنه و إذا تفرقا عنه يسقط الخيار عنهما و عن وكيلهما و الوجه في جعل الميزان في الثبوت الخيار و عدمه هو تفرق الموكلين و عدمه من جهة أنهما اصليين في المعامله و حقيقه هما بائعان فيكون المناط هو الأصلان.

و يحتمل أن يكون المناط هو تفرق الوكيلين لأنهما أو جدا المعامله و هما المناطان في ثبوت خيار المجلس و عدمه لأنهما أو جدا البيع و لو عنه و كاله.

و يحتمل أن يكون المناط هو تفرق الكل فيكفي في بقاء الخيار

بقاء احد الاصيلين مع أحد الوكيلين في مجلس العقد في بقاء خيار المجلس و هذا الوجه الأخير قد قواه المصنف.

و أشكل عليه شيخنا الأستاذ بأن كفايه بقاء أصيل مع وكيل آخر في مجلس العقد مع اعتباره قدس سره حضور الموكلين في المجلس حيث قال آنفاً فالأقوى ثبوته لهما و لكن مع حضورهما في مجلس العقد متناحيان لأنه لو لم يعتبر استدامه الحضور ممّن له الخيار لم يعتبر في الابتداء أيضاً لأن استفادته الاجتماع في المجلس أنّما هو من قوله عليه السلام ما لم يفترقا فلو صدق عدم تفرق الموكل ببقاء وكيله في المجلس صدق اجتماعه أيضاً ابتداء و ان لم يكن نفس الموكل حاضراً في المجلس رأساً.

و فيه أن هذا من غرائب الكلام شيخنا الأستاذ فإن اعتبار المصنف حضور الموكلين في مجلس العقد في ثبوت الخيار لهما من جهة عدم تحقق موضوع الخيار بدونه فإنّه أنّما ثبت على الهيئة الاجتماعية و مع انتفائها ينتفى الخيار و ليس غرضه نفى الخيار عن الأصيل مع الوكيل بل من هذا جهة أعم.

و أما الالتزام بثبوت الخيار لكل واحد من الوكيل و الموكل مع بقائهما في مجلس العقد و ان ذهب أحد الوكيلين مع الموكل الآخر بل يكفي وجود الأصيل مع الوكيل الآخر في ثبوت الخيار حدوثاً أيضاً فلا ينافي هذا بالكلام السابق أصلاً فإن ما هو موضوع الخيار متحقق هنا أيضاً أعنى الهيئة الاجتماعية غايه الأمر هو الاجتماع بين الوكيل و الموكل الآخر.

و بعبارة أخرى أن المصنف اعتبر الاجتماع في ثبوت خيار

المجلس ابتداء و استدامه غايه الأمر أن الاجتماع أعم من اجتماع الوكيلين و الموكلين واحد الوكيلين مع أحد الموكلين حدوثا و بقاء.

و ما ذكره المصنف من جعل المناط في سقوط الخيار هو تفرق الكل بحيث يكفي في ثبوت الخيار و بقاءه بقاء الأصل مع وكيل آخر فهو الأقوى و ذلك لأن ظاهر قوله عليه السلام المتبايعان أو البيعان أو التاجر بالخيار ما لم يفترقا هو ثبوت الخيار الطبيعي البيع و المتبايع و جنسهما من غير اعتبار التقييد في ذلك بان يكون المراد اجتماع الوكيلين معا أو الموكلين كك و عليه فيكفي في ثبوت الخيار وجود الأصل مع الوكيل الآخر حدوثا و بقاء لصدق الطبيعه عليهما بلا شبهه.

كان الكلام في ثبوت خيار المجلس للوكيل و قلنا بعدم ثبوته للوكيل في إجراء الصيغه و بثبوته للوكيل المفوض في البيع فقط خلافا للمصنف و لشيخنا الأستاذ لاعتبارهما في ثبوت الخيار قدره ذى الخيار مشروط بالتصرف فيما انتقل اليه على سلك المصنف و بقدرته على حل العقد بالإقاله على مسلك شيخنا الأستاذ و الوكيل المفوض في أمر البيع ليس له ذلك و قد تقدم جوابهما و قلنا ان المناط في ثبوت الخيار صدق البيع و هو حاصل و ان تم أمد الوكاله كما تقدم خلافا لصوره السابقه و أما الوكيل المفوض فثبوت الخيار له أوضح من أن يخفى و ان كان فيه شيء بناء على ما ذكره المصنف من تقييد ثبوت خيار المجلس بمن يثبت له خيار الحيوان.

ثم انتقلنا من ذلك الى ثبوت الخيار للموكل و قلنا لا شبهه في ثبوته للموكل الحاضر في مجلس العقد مع كون الوكيل وكيلا في

إجراء العقد و كذا لا- شبهه فى ثبوته للموكلين إذا اجتمعوا فى مجلس غير مجلس العقد فإنه لم يعتبر فى ثبوته حضورهما فى مجلس العقد كما اعتبره شيخنا الأستاذ نعم إذا كانا متفرقين فى الخارج فلا- يثبت لهما الخيار لأن البيع استند إليهما فى حال التفرق و لا يثبت للوكيل أيضا لأن المفروض أنه وكيلا فى إجراء الصيغه فقط.

و أما ثبوت الخيار للموكلين مع كون الوكيل مفوضا سواء كان وكيلا- مفوضا فى البيع و الشراء أو وكيلا- مفوضا على وجه الإطلاق، و نفرض الكلام فى الوكيل المفوض على وجه الإطلاق و يظهر حكم الوكيل المفوض فى خصوص البيع و الشراء من ذلك أيضا.

فقول لا شبهه فى ثبوته للموكلين حينئذ مع حضورهما فى مجلس العقد فإنه لا شبهه فى صدق التاجر أو المتبايعين أو البيعين على كل منهما و من الواضح أن خيار المجلس ثابت لهما بالأدله الخاصه.

و توهم انصرافها عن ذلك الى المالك المجرى للعقد فاسد كما تقدم و كك تقدم جواب الإشكال بأنه لو حلف أن لا يبيع داره فباع وكيلا لم يحث فيعلم من ذلك أنه لا يثبت له الخيار لعدم صدق البائع عليه.

و كذلك لا- شبهه فى ثبوته لهما إذا اجتمعوا فى مجلس آخر غير مجلس العقد بأن جمعتهما الهيئه الاجتماعيه فإنهما أيضا من المتبايعين فيثبت لهما الخيار فلو أخبرهما أحد أن الوكيلين من قبلكما قد أجريا العقد على السلعه الفلانيه و علما بثبوت الخيار لهما فلهما الإمضاء و الفسخ.

و لا وجه أيضا لاعتبار الحضور فى مجلس العقد كما يظهر من



شيخنا الأستاذ و أما لو كانا متفرقين فلا يثبت لهما الخيار كما تقدم تفصيله في القسم الأول و لا يفرق في ذلك كله بين كون الوكيلان من قبلهما مَفْوضين في البيع و الشراء فقط أو على وجه الإطلاق أو مختلفين.

### و قد بقى الكلام في أمرين

### الأول أنه إذا اجتمع الموكلان و

الوكيلان في مجلس العقد

فإنه لا شبهه في ثبوت الخيار لهما كما عرفت و انما الكلام في انه إذا عمل كل منهما الخيار من الفسخ أو الإمضاء فهل يوجب ذلك لزوم البيع أو انفساخه من قبل الجميع سواء في ذلك الموكلان و الوكيلان أم لا.

### أما الفسخ

فإنه إذا تحقق من أى من الوكيلان أو الموكلين من طرف البائع أو من طرف المشتري فإنه يوجب هدم البيع و انفساخه بلا شبهه و الوجه فيه هو ما ذكرناه في تعريف الخيار من أنه ملك فسخ العقد أو إقراره و قلنا هناك انه فرق بين الفسخ و الإقرار فإن الإمضاء و الالتزام إذا تحقق من طرف واحد سواء كان من طرف المشتري أو من طرف البائع لا يستلزم الإمضاء من طرف الآخر فإنه معنى قائم بالطرفين فيمكن الإقرار و الإثبات من احد الطرفين بان يلزم أن يفسخ العقد و لا يرفع اليد من التزامه و لكن يكون جائزا من الطرف الآخر بأن يكون مختارا في الفسخ أو الإمضاء.

و هذا بخلاف الفسخ فإنه لا يعقل أن يتحقق فسخ العقد من طرف و بقائه من طرف آخر بل بمجرد تحققه من أحد الطرفين يفسخ العقد من أصله و هذا الخصوصية في الفسخ فإنه ليس إلا عبارته عن حلّ العقد و هدمه فلا معنى لان ينحلّ العقد من أحد الطرفين و يبقى من الطرف الآخر كما هو واضح.

و عليه فإذا فسخ أحدهم من الوكيلين أو الموكلين من طرف البائع أو من طرف المشتري فينحل البيع من الطرفين و يفسخ من أصله فلا يبقى موقوفا من الطرف الآخر على الفسخ أيضا كما كان لزوم العقد من الطرفين موقوفا على إمضاء كلا الطرفين كما هو واضح.

### و أما الإمضاء و إسقاط الخيار

فهل يوجب الإلزام من احد الطرفين الإلزام من الطرف الآخر أيضا كما ذكره المصنف و التزم به أم لا بل يبقى الطرف الآخر باقيا على خياره.

و تنقيح ذلك يحتاج الى تحقيق معنى قوله عليه السلام البيعان بالخيار ما لم يفترقا من أن المراد من البيع هو الطبعه أو أريد منها القضية الحقيقيه.

و قد يقال ان المراد من قوله المتبايعان أو البيعان بالخيار ما لم يفترقا هو جنس المتبايع و البيع أى الطبعه الكليه بحيث اثبت الامام عليه السلام الخيار لهذه الطبعه إنما سرت و قد تكون قائمه بفرد واحد و قد تكون قائمه بأفراد عديده و لكن الثابت هو الخيار الواحد فقط القائم بالطبعه و لا يتعدد بتعدد الافراد فكل من سبق من افراد هذه الطبعه إلى إعماله نفذ و سقط خيار الباقيين بلزوم العقد كما كان الأمر كك في الانفساخ أيضا غايه الأمر إتيان البيع أو المتبايع بكلمه التثنيه فى قوله (عليه السلام) المتبايعان بالخيار أو البيعان بالخيار ما لم يفترقا قرينه على أن الثابت للمتبايعين هو خياران أحدهما لطرف البائع و الثانى لطرف المشتري و إطلاق البيعين على البائع و المشتري أو من جهه التغليب كإطلاق الشمسين على القمر و الشمس من باب المشاكلة و المشابهه أو من جهه صحه إطلاق البائع

على المشتري حقيقه فإنه بمعنى ترك شيء و أخذ شيء آخر بدله كما فى القاموس و الراغب و أما أن الثابت لكل طرف أيضا متعدّد حسب تعدّد اشخاص هذا الطرف و ذلك الطرف فلا بل ثبت الخيار لصرف الوجود.

و على الاجمال فظهور الروايات الداله على ثبوت خيار المجلس للمتبايعين هو أن هنا خياران قد ثبتا على طبيعين أحدهما قد ثبت على طبيعى البائع و الثانى قد ثبت على طبيعى المشتري و الإتيان بكلمه التثنيه أما من جهه المشاكلة أو من جهه الحقيقه كما تقدّم و هاتان الطبيعتان سواء تعددت افرادهما أو اتحدت لكل منهما خيار واحد فأى من افراد هذه الطبيعه سبق على اعمال الخيار بأن أمضى العقد فسقط الخيار عن الباقيين لأن المفروض أنه كان هنا خيار واحد قائم بهذه الطبيعه فبمجرد اعمال فرد من هذه الطبيعه ذلك الخيار سقط عن الباقيين فإن الطبيعى يحصل بصرف الوجود فقط و كك الكلام فى الطرف الآخر من الطبيعى.

و على هذا فللكلام المصنف مجال واسع حيث قال و ح فقد يتحقق فى عقد واحد الخيار لأشخاص كثيره من طرف واحد أو من الطرفين فكل من سبق من أهل الطرف الواحد إلى إعماله نفذ و سقط أخيار الباقيين بلزوم العقد أو بانفساخه فان ذلك المسأله فيما إذا ثبت للجانيين و هذا فرض من جانب واحد و ليس المقام من تقديم الفاسخ على المجيز.

فإنه على هذا قد اتضح الفرق بين هذه المسأله و مسأله تقديم الفاسخ على المجيز فان مورد المسأله الثانيه هو أن يكون

الفسخ أو الإمضاء من أحد طرفي العقد لا- من طرف واحد فقط فإنه لا شبهه ح انه إذا فسخ أحد الطرفين انفسخ العقد من الطرفين و أما إذا أمضى أحدهما دون الآخر لا يكون العقد لازما من الطرفين و هذا هو الفارق بين المسألتين كما لا يخفى.

و لكن الظاهر ليس كك فالظاهر من الروايات الداله على ثبوت خيار المجلس للمتبايعين على سبيل القضييه الحقيقيه كما هو كك فى جعل سائر الأحكام التكليفيه و الوضعيه فإنها جعلت على الموضوعات المقدره المفروضه وجودها و هكذا فى المقام و على هذا فظهور الروايات ان خيار المجلس انما ثبت على كل من صدق عليه المتبايع و البئع و التاجر فكل من صدق عليه شىء من هذا العناوين فله خيار المجلس و عليه فان سبق الوكيل المفوض من جميع الجهات إلى اعمال الخيار بأن أمضى العقد فيكون إمضاء من قبل الموكل أيضا و ان كان لكل منهما خيار مستقل و لكن حيث كان الوكيل و كيلا مفوضا فله أن يفسخ معامله من قبل المالك حتى فيما له خيار المجلس كما إذا حضر مجلس العقد بعد تحقق معامله بين موكله و شخص آخر فان له الفسخ من قبل الموكل فإذا كان الوكيل المفوض الوارد بعد العقد له ذلك فالمفوض الحاضر فى مجلس و الموجد للعقد أو بان يفسخ من قبل الموكل أيضا فيكون إمضاءه استقلالا من قبل نفسه و وكاله من قبل الموكل فيسقط خيارهما معا حتى لو كان غافلا عن ثبوت الخيار للموكل فإن الوكاله ليست من الأمور التى اعتبر فيها قصد الوجه و لذا لو وكل احد شخصا فى معامله و عامل الوكيل تلك معامله بقصد الفضوليه لعدم علمه بالوكاله فإنه ليس للموكل أن يرد تلك معامله و معامله معها

معامله الفضوليه كما لا يخفى.

نعم لو قصد الموكل فى إمضائه العقد و إسقاطه الخيار الحصة الخاصه من الخيار المختص لنفسه أو لموكله فلا يسقط من كليهما و أما فى غير هذه الصوره فيسقط خيار الجميع بإمضاء الوكيل العقد و بهذا يمتاز الوكيل المفوض من جميع الجهات عن الوكيل المفوض فى خصوص البيع و الشراء فقط فإنه ليس له إسقاط الخيار الا من قبله لانه ليس له التصرف فى الأمور الراجعه إلى الموكل فى غير البيع أو الشراء اللذان قد حصلوا و خلصت و كالتة.

نعم لو كان الخيار ثابتا لطبيعته البيع و المتبايع لكان هذا القسم من الوكيل المفوض كالمفوض المطلق و نفس الموكل فيما ثبت له الخيار لكونه فردا من طبيعته المتبايع و البيع أيضا.

**قوله: ثم على المختار من ثبوته للموكلين فهل العبره فيه**

إلخ

أقول: هذا هو الأمر الثانى و حاصله ان الغايه فى خيار المجلس الثابت للموكلين و الوكيلين معا فى مجلس العقد أى شىء هل هى تفرق الموكلين لكونهما أصلا فى المعامله أو هى تفرق الوكيلين لأنهما السبب فى ثبوت الخيار للموكلين لأنهما أوجدا المعامله أو بتفرق الكل فيكفى بقاء وكيل مع أصيل آخر فى مجلس العقد وجوه كما ذكره المصنف أو المناط فى حصول الغايه هو تفرق واحد منهم أى منهم كان كما احتمله السيد (ره) فى حاشيته وجوه.

و تحقيق الكلام أنه تاره نقول بثبوت الخيار للطبيعته أى طبيعته المتبايعين و البيعين و أخرى نقول أنه حكم انحلالى الى كل ما يصدق عليه عنوان المتبايع و البيع على سبيل القضييه الحقيقيه.

ص: ٨٨

فلا يرتفع الخيار بتفرّق بعضهم ما لم يتفرّق مجموعهم بان كان فى المجلس من يصدق عليه عنوان المتبايع و طبيعه البيع و يصدق ذلك ببقاء أحد الوكيلين مع الأصيل الآخر بان يبقى فى المجلس أحد الوكيلين من طرف و أحد الاصيلين من طرف آخر و ببقاء الاصيلين و بقاء الوكيلين و على هذا فكلام المصنف متين و لكن قد عرفت أن اراده الطبيعه من البيع و المتبايع و جعلها موضوع الحكم فى المقام خلاف ظواهر الأدله فإن الظاهر منها أن الخيار ثابت لبيع على نحو القضييه الحقيقيه و المتبايع الذى يكون مفروض الوجود على أنه لو كان المراد من الأدله هو ذلك فلازمه القول بثبوت الخيار للموكل و ان لم يكونا مجتمعين فى مجلس واحد بل متفرقين فى الخارج فإن طبيعى البيع و المتبايع لم يحصل التفرّق فيه و مقتضى الإطلاق أن طبيعى البيع بالخيار ما لم يحصل التفرّق بينهما و من الواضح أن الموكلين أيضا يصدق عليهم طبيعى البيع فيكون لهما الخيار ما لم يحصل التفرّق من الوكيلين الحاضرين فى مجلس العقد و هذا مما لم يلتزم به المصنف و لا أنه ينبغي أن يلزم به احد فيعلم من ذلك أى من عدم التزام المصنف بهذا النقض أنه لم يقل بثبوت الخيار للطبيعه و دعوى أن صدر الروايه و هو ثبوت الخيار للطبيعى البيع معارض مع ذيله و هو ما لم يفترقا فإنه يصدق على المتفرقين انهم بيع تفرّقوا فلازم الصدر ثبوت الخيار لمن صدق عليه البيع حتى المتفرّقون و لازم الذيل عدم ثبوته للمتفرقين فيعارض الصدر الذيل دعوى جزايفه فإن انتفاء الطبيعه بانتفاء جميع افراده و لكن ثبوتها بثبوت فرد واحد منها.

و على الجملة أن ما التزم به المصنف من كون المناط في التفرق هو تفرق الكل صحيح بناء على ثبوت الخيار للطبيعه و لكنه يلزم بما لم يلتزم به أحد.

### و أما على الثانى أعنى ثبوت الخيار على الموضوع المفروض الوجود

الذى عبارته عن القضية الحقيقيه

فإن كان الموكلا من مجتمعين فى مجلس غير مجلس العقد بان جمعتهما الهيئه الاجتماعيه فى مجلس واحد فلا شبهه فى أن المناط فى التفرق الذى هو غايه للخيار هو تفرق الموكلين عن مجلسهما كما أن المناط فى سقوط الخيار عن الوكيلين تفرقهما عن مجلس العقد فلا ربط لتفريق الموكلين بالوكيلين و بالعكس.

و ان كان المجموع من الموكلين و الوكيلين حاضرون فى مجلس العقد فالمناط فى بقاء الخيار و سقوطه هو تفرق أى منهم و بقاء الآخرين فكل من خرج عن مجلس العقد سقط خياره و كل من بقى فى المجلس فهو مختار بشرط أن يكون الباقيين بعضهم من طرف البائع و بعضهم من طرف المشتري.

و بعباره أخرى أن الخيار ثابت لكل ما يصدق عليه المتبايع أو التاجر أو البئع على نحو الانحلال و الغايه فى سقوط ذلك هو التفرق فإذا بقى الوكيلين و خرج الموكلين فالخيار باق بالنسبه إلى الوكيلين و ساقط عن الموكلين و ان كان العكس فالأمر بالعكس و ان اختلف الأمر بأن بقى أحد الوكيلين من طرف مع الأصيل الأخر من طرف آخر و خرج أحد الوكيلين مع أحد الاصيلين فيبقى الخيار فى الباقيين و يسقط عن الخارجين.

و الحاصل أنه بناء على الانحلال فكل من صدق عليه البيع من أحد الطرفين مع ما يصدق عليه البيع من الطرف الآخر اجتمعا في مجلس العقد أى بقيا و ان تفرق غيرهما فهما بالخيار و يسقط الخيار عن المتفرقين لأن الغايه قد حصلت بالنسبه إلى المتفرقين و لكنها بعد لم تحصل بالنسبه إلى الباقيين كما هو واضح.و من هنا ظهر بطلان سائر الوجوه المذكوره فى المقام.

### قوله: و ممّا ذكرنا اتضح عدم ثبوت الخيار للفضوليين و ان جعلنا

الإجازة كاشفه

أقول:قد ظهر من مطاوى ما ذكرناه عدم ثبوت الخيار للفضوليين و ان صدق عليهما عنوان البائع و المشتري فإنك قد عرفت ان المناط فى ثبوت خيار المجلس للبائع هو كون أمر البيع فى يده و من الواضح أن الفضوليين ليسا ككك و من هنا ذكر المصنف أنه إذا لم يثبت الخيار للوكيلين الغير المستقلين فى التصرف فعدم ثبوته للفضوليين أولى كما لا يخفى و أما دعوى أنه لا يصدق عليهما المتبايع فقد اتضح جوابه ممّا تقدم و ممّا ذكره المصنف(ره)من ان البيع هو النقل العرفى و هو موجود هنا فيصدق عليهما المتبايع و أما ثبوته للمالكين فذكر المصنف أن له وجه بعد الإجازة مع حضورهما فى مجلس العقد و اعتبار مجلس الإجازة على القول بالنقل له وجه خصوصا على القول بأن الإجازة عقد مستأنف جديد على ما تقدم توضيحه فى مسأله عقد الفضولى.

و قد أمر شيخنا الأستاذ على عدم ثبوته للمالكين فى المعامله الفضوليه إذا لم يحضرا فى مجلس العقد و حضورهما فى مجلس الإجازة لا يكفى فى ثبوت الخيار لهما لان الانتقال و ان حصل حال الإجازة

ص: ٩١



الا أنه لو احتتمل خصوصيه الاجتماع حال العقد فلا مانع لهذا الاحتمال و إطلاق البيعان بالخيار ليس بصدد البيان من هذه الجهه.

أقول قد عرفت أن قوله عليه السلام البيعان بالخيار حكم انحلالى ثابت لكل من صدق عليه المتبايع مع حضورهما فى مجلس واحد عند العقد حتى صدق البيع و المتبايع عليهما و من الواضح فإذا أجاز المالكين البيع فيستند البيع إليهما و يصدق عليهما عنوان البيع ح فيثبت لهما الخيار لتحقق موضوعه و لا- يفرق فى ذلك بين الكشف و النقل فى ذلك فإنه على كل حال فزمان الإجازة زمان استناد البيع الى المالكين و زمان الاستناد هو زمان صدق البيع عليهما و هو موضوع الخيار فيثبت لهما الخيار حين الإجازة و العجب من شيخنا الأستاذ كيف استشكل فى إطلاق البيعان بالخيار مع صدق البيع على المالكين هنا لا يقصر عن صدقه على سائر البياعين فلا نعرف الفرق بين المقام و بين سائر الموارد الا من حيث مادة البيع و لا من حيث هيئته.

**(فى حكم ثبوت الخيار لشخص واحد من حيث كونه بائعا و مشتريا).**

**اشاره**

قوله مسأله لو كان العاقد واحدا لنفسه أو غيره أقول قد عرفت حكم ثبوت الخيار للبائع و المشتري فى صورته التعدد سواء كانا وكيلين أو موكلين أو مختلفين، و كك لا- شبهه فى ثبوت الخيار فيما إذا كان المنشئ واحدا و كان الموكلين من البائع و المشتري متعددا و حاضرا فى مجلس العقد فإنه يثبت الخيار لكل منهم ما لم يتفرقا و إنما الإشكال فيما إذا كان شخص واحد و كيلا من قبل كل من البائع و المشتري فإنه لا تعدد فى هذه الصوره من الطرفين و مفروض المسأله على ثلثه أقسام لأن الوكيل المذكور قد يبيع من الموكل لنفسه و قد يبيع

ص: ٩٢

من نفسه لموكله و قد يبيع من احد الموكلين للآخر. و هل يثبت له الخيار ح من كل من الطرفين أولا يثبت الخيار له أصلا و قد وقع الخلاف في ذلك و الظاهر أن المعروف هو عدم ثبوت الخيار له من الطرفين و ذهب بعضهم الى ثبوته و منهم السيد(ره) في حاشيته و استدلوا على ثبوته بالإطلاقات الداله على ثبوت الخيار للمتبايعين ما لم يفترقا أو حتى يفترقا. و من الواضح أن الشخص الواحد يصدق على البائع و المشتري باعتبارين.

### **و لكن الكلام في ثبوت المانع عن ذلك في المقام**

و ذكروا وجوها للمانعيه

### **الأول أن المذكور في الروايات هو المتبايعان أو البيعان**

و من الواضح ان الشخص الواحد لا يصدق عليه الاثنييه فانّ الثنييه في حكم تكرار المفرد و مجرد صدق العناوين المتعدده على شيء واحد لا يصح إطلاق الثنييه عليه الا باعتبار هذا العنوان الانتزاعي مثلا فيقال ان له عنوانين أو عناوين.

و يمكن الجواب عنه بأن المراد من الروايات المشتمله على ذكر الثنييه هو ثبوت الخيار للبائع بعنوانه و للمشتري بعنوانه فكأنه(عليه السلام) قال البائع بالخيار و المشتري بالخيار ما لم يفترق أحدهما عن الآخر و هذا لا ينافي ثبوته لشخص واحد يكون مجمعا للعنوانين فالنكته في الإتيان بلفظ الثنييه هي كون الغالب في البيوع تعدد المتعاملين و كون البائع غير المشتري بداهه عدم موضوعيه الثنييه و الاثنييه في ثبوت الخيار و عليه فلا مانع من التمسك بالإطلاقات الداله على ثبوت الخيار للمتبايعين في المقام أيضا.

### **الوجه الثاني أن الحكم أعنى الخيار مغيا بالافتراق أو الموضوع و هو المتعاملين مغيا بالافتراق**

كما ذهب اليه شيخنا الأستاذ و قلنا فى بعض المباحث الأصوليه أن جميع الشروط فى القضايا الشرطيه ترجع الى الموضوع و على كل حال فهذه الغايه مستحيله فى شخص واحد فإنه لا يعقل الافتراق هنا و من الواضح أنه لا معنى لكون الحكم مغيا بغايه مستحيله كما إذا قال أحد أن هذا الحكم ثابت حتى يلزم الدور أو التسلسل أو اجتماع النقيضين أو الضدين، و هذا الوجه هو الظاهر من المصنف.

و فيه أولا ما اجابه السيد نقضا من أن الغايه المذكوره قد تكون مستحيله فى شخصين كما إذا كانا متلاصقين فإنه لا شبهه فى ثبوت الخيار لهما مع أن الافتراق فيه مستحيل أيضا. و هذا النقض لا بأس به و كك يصحّ النقض بما إذا كانا متعددين غير متلاصقين و لكن كان الافتراق مستحيلا عاده كما إذا كانا فى السجن المخلد فإنه لم يتوهم أحد عدم ثبوت الخيار فى أمثال ذلك و عليه فيثبت له الخيار و لا يسقط الا بمسقط غير الافتراق.

و ثانيا بالحل بان يقال ان الحكم و ان كان مستحيل ان يكون مغيا بغايه مستحيله كان يجعل على موضوع معلقا باجتماع النقيضين و لكن المقام ليس كك فإنه لا بأس بأن يكون مغيا بغايه هى المجامع بين الممكن و المستحيل كما إذا كان قال المولى لا- تجوز الصلاه فى الثبوت النجس حتى يغسل أو الى أن يغسل و كقوله مثلا- لا تجوز أكل المتنجس الى أن يغسل أو حتى يغسل فان الغسل قد يكون مستحيل فى بعض أفراد المتنجس لكونه موجبا لانتفاء العين المغسوله و من الواضح أن الاستحاله فى خصوص فرد لا يوجب بطلان الحكم المجعول إلى

غايه جامعه بين الفرد الممكن و المستحيل و كك في المقام فان الخيار و ان كان مغيبى بغايه و هي الافتراق و لكن هذه الغايه ليست مستحيله دائما بل هي مستحيله في بعض الافراد كما عرفت في الفروض المتقدمه فمثل هذا لا يمنع عن جعل الحكم مغيبى بغايه فكما لا يمنع استحاله الغسل في مثل السِّكر و القند و الصنع عن كون الغسل غايه لجواز أكل المتنجس أو لبسه و كك الافتراق المستحيل في فرد خاص لا يمنع عن جعل ثبوت الخيار للمتبايعين مغيبى بغايه و هي الافتراق و هل يتوهم أحد أنه يجوز أكل السكر المتنجس و الحليب المتنجس من جهه ان استحاله الغسل فيها أوجبت سقوط الحكم بوجوب الغسل نعم فيما كانت الغايه مستحيله من جميع الجهات فلا معنى لكون الحكم مغيبى بتلك الغايه.

كان الكلام في ثبوت خيار المجلس لشخص واحد الذى كان وكيلا من قبل البائع و المشتري و هو قد يبيع مال نفسه من احد الموكلين أو مشتري من أحدهما لنفسه أو يبيع من أحد الموكلين للآخر و بناء على ثبوت الخيار له لا يسقط الا بمسقط آخر و قد تقدّم أن المانعين عن ثبوت خيار المجلس له من الطرفين تمسكوا بوجوه الأول:

عدم شمول الإطلاقات الداله على ثبوت خيار المجلس للمتبايعين لما نحن فيه فإنّها تدل على ثبوته للمتبايعين و البيعين بحيث يكونان متعددا و الشخص الواحد لا يكون متعددا.

و بعبارة أخرى أن الإطلاقات تدل على ثبوت خيار المجلس للثنيه بحيث يكون أحدهما بائعا و الآخر مشتريا و الشخص الواحد و ان كان يصدق عليه عنوان البائع و عنوان المشتري و لكنه لا يصدق

عليه عنوان التثنيه فإنها في حكم تكرار المفرد و المفرد لا يصدق عليه التكرار نعم يصدق عليه العناوين المتعدده.

و فيه أن الإتيان بالتثنيه من جهة الغلبه فإن الغالب أن المتصدى للبيع و الشراء هو شخصان و هذا لا ينافى ثبوت الخيار للشخص الواحد أيضا إذا تصدى للبيع و الشراء بوحده كما يثبت له بقيه أحكام البائع و المشتري و الإتيان بالتثنيه في حكم أن البائع له خيار ما لم يفترق عن المشتري و المشتري له الخيار ما لم يفترق عن البائع و القرينه على هذا هو ثبوت الخيار لكل من البائع و المشتري مستقلا من غير أن يتوقف اعماله على اعمال الطرف الآخر فالإتيان بكلمه التثنيه ليس له موضوعيته أصلا كما هو واضح.

الثاني ما ذكره بعضهم من أن ما يكون غايه للحكم الشرعى لا يمكن أن يكون مستحيلا بل لا بدّ و أن يكون أمرا ممكنا و من الواضح أنّ التفرّق الذى غايه لثبوت الخيار للمتبايعين مستحيل فى شخص واحد فلا يكون غايه لثبوت خيار المجلس له فيرتفع الخيار فى حقه نعم قد يكون الغايه المستحيله غايه لحكم مستحيل كقوله تعالى حَتَّى يَلِجَ الْجَمَلُ فِي سَمِّ الْخِيَاطِ، و كقولك لا تقدر على الحركة و سكون معا حتى يجتمع النقيضان و هذا هو الظاهر من كلام المصنف.

و فيه حلا- و نقضا اما النقض فيما ذكره السيّد قدس سرّه من فرض المتبايعين متلاصقين فإنه مع كونهما شخصين يستحيل انفكاك أحدهما عن الآخر فلازم الاشكال المذكور أن لا يثبت الخيار لهما أيضا مع انه بديهى البطلان بل لازم ذلك عدم ثبوت الخيار لشخصين مع استحاله الافتراق بينهما عادة كما إذا كانا فى السجن الذى لا يخرجان منه عادة.

و ثانيا بالحل و هو أن الحكم الشرعى و ان لم يكن مغيبى بغايه مستحيله و لكن لا شبهه فى جواز كونه مغيبى بغايه ممكنه و لكن بعض أفرادها ممتنع كما مثلناه كما إذا فرضنا أن الشارع حكم بحرمه أكل المتنجس أو لبسه حتى يغسل فان تلك الغايه ممكنه فى نفسها و لكن قد تكون مستحيله لاستحاله الغسل فى بعض المواد لزوالها بالغسل و هذا لا يوجب ارتفاع حرمه الأكل أو اللبس عن تلك المورد مثلا.

و هكذا إذا كان ثبوت الحكم للحيوان مغيبى بغايه و هى الطيران فان استحاله فى الإنسان لعدم وجود الجناح له لا يوجب رفع الحكم، و ما نحن فيه من هذا القبيل فان الافتراق الجامع بين المستحيل و الممكن ممكن و لكن قد استحال ذلك فى بعض أفراد البائع و المشتري و هو ما إذا كانا المتصدى للبيع و الشراء شخص واحد الا انه لا يوجب رفع الحكم الشرعى أعنى الخيار و المجلس الثابت للمتبايعين و البيعين.

### **الوجه الثالث أن الغايه التى عباره عن الافتراق غير متحقق**

فى الشخص الواحد

لا من جهة ما تقدم من عدم جواز كون الحكم الشرعى مغيبى بغايه مستحيله بل من جهة إباء ماده الافتراق عن ذلك و توضيح ذلك أن الروايات الوارده فى إثبات خيار المجلس على طائفتين الأولى ما كان مقيدا بقيد عدمى كقوله (عليه السلام) البيعان بالخيار بما لم يفترقا و الثانيه ما كان مغيبى بغايه و هو قوله (عليه السلام) البيعان بالخيار حتى يفترقا كما أشرنا إلى هاتين الطائفتين فى مطاوى ما ذكرناه و لا فرق بين هاتين الطائفتين فإن قوله (عليه السلام) حتى يفترقا أيضا راجع

الى القيد العدمى من حيث المفهوم فان مفهوم حتى يفترقا ان عدم الافتراق شرط فى ثبوت الخيار فتكون كلتا الطائفتين ناظرتين الى اشتراط الموضوع بعدم الافتراق و قهرا يكون الحكم أيضا مقيدا بذلك ثم انّ التقابل بين الافتراق و عدم الافتراق و ان كان هو الإيجاب و السلب كما هو الشأن فى كل عدم مضاف إلى شىء و بدله و ليسا هما كتقابل الافتراق و الاجتماع فإنهما أنّما يكونان فى موضوع قابل فيكون التقابل بينهما هو العدم و الملكة فالتقابل المستفاد من الاخبار الواقع بين الافتراق و عدمه فيكون من تقابل السلب و الإيجاب، و لكن المتفاهم من القضييه السالبه بحسب العرف هو أن الانتفاء أنّما هو بحسب المحمول و ان كانت صادقه فى نظر العقل بانتفاء الموضوع أيضا فإنه إذا قيل انّ فلانا ليس بوسيع الدار أو ليست زوجته جميله أو ليس له ابن يفهم أهل العرف أن له دار غير وسيعه و أن له زوجة غير جميله و أن له زوجة و ليس له ابن لا انه ليس له هذا الأمور أصلا و ان كان ذلك أيضا صادقا و عليه فيكون التقابل بين الافتراق و مقابله من العدم و الملكة.

و على هذا فكلمه عدم الافتراق أنّما تحقّق و تصدق فى مورد يكون قابلا للافتراق و لكن لم يتحقق الافتراق لكى يكون السلب بانتفاء المحمول كما هو مقتضى الفهم العرفى حيثئذ فيكون السلب مساوقا لثبوت الخيار للمتبايعين مع عدم التفرق فى موضوع قابل للتفرق و لو عممنا السلب الى السلب بانتفاء الموضوع لثبت الخيار بمقتضى الاخبار فى صورته السلب بانتفاء الموضوع لثبت الخيار بمقتضى الاخبار فى صورته السلب بانتفاء الموضوع أيضا بحيث يكون التقابل ح بين الافتراق و عدمه هو التقابل فى السلب و الإيجاب و لكن قلنا

هو خلاف المتفاهم العرفي من القضييه السالبه.

و اذن فمحط الروايات و موضعها هو ما كان الافتراق فيه ممكنا مع حفظ الموضوع بحيث يكون الموضوع قابلا له حتى يكون الخيار مع عدم الافتراق ثابتا للمتبايعين فتكون النتيجة ح أن الخيار غير ثابت في صورته اتحاد البائع و المشتري إذ ليس المورد قابلا لتفرق فيكون المورد من باب السلب بانتفاء الموضوع و قد عرفت أنه بعيد عن المتعارف فلا يكون مشمولاً للاخبار نعم لو عممنا مورد الاخبار للسلب بانتفاء الموضوع أيضا لكانت شامله لما نحن فيه أيضا.

و الحاصل أن مورد الاخبار ما يكون التقابل بين الافتراق و عدمه تقابل العدم و الملكه بحيث يكون المتبايعين قابلين لذلك و ما نحن فيه من قبيل السلب و الإيجاب و إذا عممنا الاخبار الى السلب بانتفاء الموضوع أيضا فيكون المقام مشمولاً لهما و لكنه خلاف متفاهم العرف و من هنا ظهر الجواب عن نقض السيد ره فان الشخصين المتلاصقين و ان كانا غير متفرقين و مستحيل افتراقهما و لكن عدم افتراقهما من قبيل العدم و الملكه لكونها بحسب نوعهما قابلين للافتراق و ان كانا لا يقبلان ذلك بحسب التصادف فيكون الخيار ثابتا لهما لكون الأخبار شامله لهما كما عرفت.

نعم لو كان الغرض من ثبوت الخيار للمتبايعين هو التروى حتى يلاحظ كل منهما صلاح نفسه بحيث يكون ذلك هو الحكمه فى جعل خيار المجلس لكان لثبوتها لشخص واحد إذا كان و كيلا من الجانبين وجه وجهه و لكن لا دليل على هذا الحكمه و قد تقدم الكلام فيه و لا يمكن رفع اليد بها عن عموم الأدله و إطلاقاتها الداله



على صحة العقود و الإيقاعات فإن مثل ذلك من الوجوه الاستحسانيه التي لا يمكن الاعتماد عليهما.

**(مسأله في استثناء بعض اشخاص المبيع عن ثبوت خيار المجلس).**

**اشاره**

قوله مسأله قد يستثنى بعض اشخاص المبيع عن عموم ثبوت هذا الخيار أقول

**منها من ينعق على أحد المتبايعين**

فان المشهور ذهبوا الى سقوط خيار المجلس في ذلك بل الظاهر من كلام بعضهم انه موضع وفاق و قد استدل عليه بوجوه

**الأول أن البيع و الشراء**

المتعلقين بالعمودين ليسا من البيع و الشراء الحقيقيين

بل هما في الحقيقة عتق فيكون البيع من البائع إيجادا للعتق بصيغه البيع مع الضمان من المشتري و عليه فلا يترتب عليه أحكام البيع أصلا و هذا الوجه هو محتمل كلام المصنف حيث عتبر عنه بالملك التقدير و الملك الفرضي فإن الظاهر من ذلك أن ما يوجب حصول الملكيه أعنى البيع منتف.

و فيه أنه لا-وجه للالتزام به و أنه خلاف البداهه فإنه لما ذا يترتب العتق على قصد المتبايعين الملكيه خصوصا إذا كانا جاهلين بالحكم أو بالموضوع فأبى دليل يحكم بترتب العتق على البيع فإنه و ان كان ممكنا و لكنه لا دليل عليه فإنه لو ترتب العتق على البيع يلزم أن يقع ما لم يقصد و لم يقع ما قصد نعم لو قام الدليل عليه لما كان به بأس كما هو كك في المعاطاه كما تقدم فإنك قد عرفت ان مقتضى الجمع بين الأدله هو الحكم بالإباحه الشرعيه على ما ذهب اليه بعضهم.

**الوجه الثاني ما ذكره المصنف في آخر كلامه**

و حاصله أن

ص: ١٠٠

سقوط الخيار بالتصرف الشامل للإتلاف معللا في أخباره بأنه رضا منه يقتضى بالفحوى والأولويه على عدم ثبوته في المقام لان بيع من ينعق على المشتري إتلاف له من البائع و المشتري له فإذا كان الإتلاف رافعا للخيار بعد ثبوته فبالأخرى أن يكون دافعا له.

و يرد عليه أولا ما اعترف به المصنف قبل كلامه هذا من اختصاص ذلك بصورة العلم منهما و لا يجرى ذلك في فرض الجهل منهما على الحكم و الكبرى أو الجهل بالصغرى و الموضوع.

و ثانيا أن لازم ذلك هو سقوط الخيار من المشتري فإنه أتلّف المبيع و أما البائع فلا وجه لسقوط خياره و اقدمه على البيع في صورته العلم ليس اقداما على التلف عنه بل إقدام على التلف عن المشتري.

و ثالثا أنّ ما سيأتى الكلام فيه من كون التلف بل أدنى التصرف مسقط للخيار انما هو بعد تماميه البيع و النقل و الانتقال لا التلف الذى يلزم من قبل القبول فإنه لا دليل على كونه مسقطا للخيار بل هو مقوم للبيع الذى موضوع الخيار فإنه لا يتقوم بدون القبول.

و بعباره اخرى أنّ التلف بل التصرف و لو كان قليلا و ان كان يوجب سقوط الخيار و لكنه واقع بعد تحقق البيع و حصوله النقل و الانتقال و اما التصرف الحاصل بإيجاد أحد ركنى البيع كما يتحقق هنا بالقبول فلا يوجب سقوط الخيار و عليه فإذا فسخ كل من البائع أو المشتري العقد فيردّ بدل العين التى فى حكم التالف كما هو واضح.

### **الوجه الثالث أن فى شراء العمودين و ان كان يحصل النقل**

و لا انتقال حقيقه الا أنه آنى فلا يقبل الآ العتق

فلا يقبل المورد تعلق

ص: ١٠١

الفسخ و الردّ به فان الحر لا يصير عبدا و على هذا فأدله الخيار تكون منصرفه عن المقام.

و بعباره أخرى أن منصرف أدله الخيار صورته بقاء العوضين فإذا تلف أحدهما أو كلاهما تلفا حقيقيا أو تلفا حكما و شرعا كالانتقال الى الغير بالبيع و نحوه أو كالتق كذا في المقام خرج المورد عن منصرف الأدله.

و الحاصل أن المستفاد من دليل الخيار تقوم حق الخيار بقيام العوضين أما بتعلق الحق بهما ابتداء أو كان الحق قائما بالعقد و لكن ذلك لغرض استرجاع العوضين فلا يكون حيث لا يكوننا العوضان قائمين.

و فيه أن متعلق الفسخ هو العقد كما تقدم بيانه سابقا دون العين كما هو كك في المعاطاه حيث أنّ معنى تزلزل العقد هو جواز تراد العينين و على هذا فيجوز اعمال الخيار حتى بعد تلف أحد العوضين أو كليهما بحيث لا يكون مستندا الى تصرف أحدهما و عليه فان كانت العين باقيه فتسترجع العين و الأ فبدلها و دعوى انصراف الأدله الداله على ثبوت الخيار إلى صورته بقاء العين دعوى جزافيه فإنه لا منشأ له بوجه و ان كانت نتيجة فسخ العقد أيضا هو استرجاع العين.

### **الوجه الرابع أن معنى الفسخ هو فرض كون العين تالفه في ملك**

البائع في فرض التلف

بأن يفرض أن المبيع لم يكن منتقلا إلى المشتري أصلا لأن الفسخ يجعل العقد كأن لم يكن و كان التصرف وقع في ملك البائع و فرض العقد كأن لم يكن مثلا إذا اشترى أحد من البائع

ص: ١٠٢

خبزاً فأكله ثم فسخ العقد فمعناه أن الأكل قد وقع في ملك البائع و عليه فلا يجرى ذلك في شراء الشخص عموديه فإنه بمجرد  
الاشتراف ينعتق عليه بعد حصول الملكيه له آنا ما و إذا انعتق فلا يمكن أن يفرض بالفسخ كون العتق واقعا في ملك البائع فإن  
العبد ليس من عمودى البائع حتى ينعتق عليه بل هو من عمودى المشتري فلا- يعقل جريان الفسخ هنا أصلا فلا يجرى خيار  
المجلس في شراء الشخص عموديه كما هو واضح.

و بالجمله حيث لا يمكن فرض كون العتق في ملك البائع لعدم كون العبد أبا له مثلا فلا يمكن فرض الفسخ هنا لعدم تحقق  
معناه الذى كان عباره عن فرض كون التلف في ملك البائع و إذا لم يجر معنى الفسخ هنا فلا يجرى فيه الخيار أيضا.

و فيه أولا أن لا داعى لهذا الفرض فإنه التزام به بلا ملزم و شعر بلا ضروره فلما ذا نفرض كون الفسخ هو فرض تلف المبيع في  
ملك البائع كما لا يخفى.

و ثانيا لازم ذلك عدم الخيار في صورته التلف الحكمى بأن يبيع المشتري ما اشتراه من البائع الى الثالث فإنه لا يمكن هنا أيضا  
فرض كون البيع في ملك البائع فإنه مضافا الى أنه لا يبيع إلا في ملك لانه وقع في ملك المشتري أن لازم ذلك رجوع الثمن  
إلى البائع و ليس كك قطعاً فإنه مال للمشتري فلا مساس له بالبائع كما هو واضح و أما في صورته التلف الحقيقى فلا يجرى  
النقض لا مكان فرض كون التلف في ملك البائع فلا يقاس بالتلف الحكمى مثل البيع و نحوه.

### **الوجه الخامس ما ذكره صاحب المقابيس**

و حاصله أن ثبوت

ص: ١٠٣

الخيار لمن انتقل عنه مبنى على أن الخيار و الانعتاق هل يحصلان بمجرد البيع أو بعد ثبوت الملك أنا ما أو أن الخيار مبنى على البيع و الانعتاق مبنى على ثبوت الملك أو العكس فعلى القول بحصول الخيار و الانعتاق بمجرد البيع أو القول بحصول الملك أو القول بكون الخيار مبنيًا على الملك و الانعتاق على البيع فيقوى القول بعدم الخيار و الوجه فيه أن أخبار العتق النص في مفاده و القول بالرجوع إلى قيمه بعد اعمال الخيار فاسد فإن قيمه بدل للعين فيمتنع استحقاقها من دون المبدل و لان حق العتق سابق لتعلقه قبل تعلق الخيار فيكون مقدما.

ثم قرب ثبوت الخيار على الوجه الأخر جمعًا بين الحقين و دفعا للمنافاه من البين و عملا- بكلا النصين و الإجماع على عدم إمكان زوال يد البائع عن العوضين و تنزيلا للفسخ منزله الأرش مع ظهور عيب في أحدهما و العتق بمنزله تلف العين فكما أنه مع ظهور العيب في أحدهما يؤخذ الأرش و في هنا يؤخذ البديل إذ لا- يمكن عود الحر عبدا ثم وجه ثبوت الخيار بأنه يثبت بمجرد العقد و أن العقد عله له كما أن الملك عله للعتق فلمكان عدم الانفكاك بين العله و- المعلول فيتعين القول بثبوت الخيار بمجرد البيع كما هو واضح.

و فيه أنه لا- يترتب ثمر على هذا التشقيق بوجه و لا- طائل تحته أصلا فإنه ان كان المراد من تقدم الخيار على العتق هو التقدم الطبعي فلا فائده فيه.

و ان كان المراد به هو التقدم الزماني فهو خارج عن المقام أما الأول فتوضيح ذلك ان كان البيع متقدما رتبه على الملك و كان

الخيار أيضا مترتبا على البيع فيكون مقدما على الانعتاق رتبه لان الفرض أن الانعتاق انما ترتب على الملك و ان كان الملك متقدما على البيع رتبه و ترتب الخيار على الملك و ان كان الملك متقدما على البيع رتبه و ترتب الخيار على الملك و الانعتاق على البيع كان الخيار أيضا متقدما على الانعتاق و ان كان العكس فالانعتاق مقدّم على الخيار رتبه.

و بعبارة أخرى قد يكون الخيار مقدما على الانعتاق رتبه و قد يكون الانعتاق مقدما على الخيار رتبه و على كل حال سواء كان الخيار مقدما على الانعتاق أو الانعتاق مقدما على الخيار فلا- يترتب عليه ثمر أصلا لأننا ذكرنا مرارا في كثير من الأبحاث أن المدار في اجتماع الحكّمين و عدمه و تقدم أحدهما على الآخر و بالعكس هو ملاحظه الاتحاد في الزمان فبمجرد الاختلاف بحسب الرتبه لا يفيدنا بوجه و من الواضح سواء قلنا بتقدم الخيار على الانعتاق رتبه أو بالعكس و على كل حال فموضوع كليهما اعنى البيع و الانعتاق انما تحققا في زمان واحد فيترتب عليهما بالخيار و الانعتاق أيضا في زمان واحد و ان كان ترتب أحد الحكّمين مقدما على الآخر من حيث الرتبه لتقدم موضوع أحدهما على الآخر كك.

و أما على الثاني بأن يكون موضوع أحد الحكّمين مقدما على الآخر من حيث الزمان فيكون أحد الحكّمين أيضا مقدما على الآخر من حيث الزمان كما إذا فرضنا في مورد قد حصل البيع و لم يحصل الملك بعد كما في بيع السلم فان البيع قد حصل عند إجراء الصيغه و لكن الملكيه مشروطه بالقبض و عليه فان قلنا بكون الانعتاق مترتبا على البيع و الخيار مترتبا على الملك فبمجرد تحقق البيع يترتب الانعتاق

على البيع كما إذا كان الثمن عبدا فإنه ينعقد على البائع الذى هو ابنه و عليه فلا يبقى موضوع للخيار أصلا فإنه كان مترتبا على الملكيه و هى لم تحصل بعد و لكن هذا مجرد فرض فإنه لا- دليل على الانعقاد بمجرد البيع كما هو واضح و ان كان الخيار مترتبا على البيع و كان العتق مترتبا على الملك كما هو كك فح لو فسخ ذى الخيار العقد فإنه لا يبقى موضوع للانعقاد و هذا الفرض صحيح و لكن كلام صاحب المقابس فى البيع المتعارف لا فى البيع السلم و قد ذكرناه من أن الفرض خارج عن مورد كلامه على ان مفروض الكلام هو اجتماع الخيار و الانعقاد فى محل واحد و ملاحظه دليلهما و تقدم أحدهما على الآخر لا نصيه و فى المقام لم يجتمعا فى آن واحد بل كان الخيار مقدما على العتق موضوعا و كان ثبوته أيضا مقدما عليه فأعماله لا يبقى مجالاً- للعتق فضلا عن الاجتماع و على كل حال لم نتحصل من كلامه و تشقيقه ما يفيدنا بوجه أصلا و على الجملة لم نعرف وجهها صحيحا و فائده لما تشققه و قسمه الى شقوق و أقسام و الحق أنه لا وجه لسقوط الخيار هنا لما ذكرناه من تعلق الفسخ بالعقد دون العين كما اعترف به صاحب المقابيس أخيرا فيكون ذلك مثل الأرش.

### **قوله و منها العبد المسلم المشتري من الكافر**

بناء على عدم تملك الكافر المسلم اختيارا أقول من جملة الموارد التى ذكر عدم ثبوت الخيار فيها هو بيع العبد المسلم من الكافر جبرا فإنه لا خيار للبائع و ح و الأ يلزم أن يكون مثل الأول، و قد يقال فى وجه ذلك أن هذا ليس ببيع أصلا بل هو صورته بيع نظير الوجه الأول الذى تقدم فى بيع العبد ممن ينعقد عليه فكأن هذا شيء لا استخلاص

العبد المسلم من الكافر و إعطاء ثمنه إياه من أى شىء كان من بيت المال و نحوه.

و الحاصل أن خيار المجلس أنّما ثبت فى البيع للمتبايعين فبيع العبد المسلم من الكافر ليس بيعا لكى يثبت فيه الخيار بل هو استنقاذ له من الكافر و إعطاء بدله إياه بأى نحو كان فلا يثبت ح خيار المجلس كما هو واضح كما أن فى المسأله الأولى كان بيع العبد مّمن ينعقد عليه صوره بيع لكونه فى المواقع إنشاء لصيغه العتق كما لا يخفى.

هذا و ان كان ممكنا و لكنّه خلاف ظواهر الأدله فإن قوله (عليه السلام) فى عبد المسلم عند مولاه الكافر قال بيع مّمن ينعقد عليه أن الظاهر منه أنه يباع عليه حقيقه لا أنه يستنقذ منه و يعطى عليه قيمته كما توهم.

و قد يقال بأنّ ثبوت الخيار للبائع الكافر إثبات سبيل له على المؤمن و هو منفى بنصّ الآيه الشريفه هنا فلا يثبت خيار المجلس فى مثل هذا البيع.

و لكنك قد عرفت فى شرائط العوضين من الآيه لا دلالة فيها على عدم جواز تملك الكافر العبد المسلم فان مجرد التملك ليس سبيلا- و أنّما السبيل هو بقاء العبد تحت سلطنه الكافر و أما إذا ملكه ثم اجبر بالبيع فلا سبيل فيه و على تقدير دلالتها على عدم جواز تملك الكافر العبد المسلم أنّما هو فى الملك الابتدائى بأن يشتري عبدا مسلما من شخص و أمّا الملك الاستمرارى فلا يكون مشمولا للآيه بأن يبيع ما عنده من العبد ثم يرجعه الى ملكه بالفسخ و هذا و ان كان نحوا



من التملك و لكنه ليس مشمولاً للآية و ذلك فقد عرفت مرارا أن الفسخ انما يتعلق بالعقد و يرفع الالتزام الحاصل من المتبايعين و يترتب عليه استرداد العين ان كانت باقيه و ردّ البدل ان كانت العين تالفه و عليه فرد العين الى ملكه ليس تملكاً جديداً كالتملك الابتدائي بل هي مملوكة للمولى بعين الملكيه السابقه غايه الأمر قد كانت منقطعه بالبيع و ممنوعاً عنه به و قد ارتفع المانع بالفسخ و رجع الى حاله الاولى و صار أيضاً مملوكاً لمولاه بالملكيه الأوليه كما هو واضح و من هنا قال الشافعي أن الزائل العائد كأنه لم يزل و ما ذكره موافق للاعتبار و ان لم يكن عليه دليل و على هذا فلا مانع من ثبوت الخيار هنا فإذا أعمل الكافر خياره و فسخ العقد و أرجع العبد الى ملكه ثم يجبر على البيع أيضاً و على الجملة لا نعرف وجهاً لسقوط الخيار هنا فلا يكون هذا المورد من المستثنيات كما لا يخفى لإطلاق أدله الخيارات.

و قد يقال أن رجوع العين بالفسخ الى ملك الكافر ثانياً أيضاً مثل التملك الابتدائي فيكون سبيلاً للكافر على المؤمن فلا يجوز فلا يرجع العبد المسلم الذي بيع على الكافر اليه ثانياً بالفسخ أيضاً. و قد ظهر جوابه ممّا تقدم فان الفسخ ليس من المملكات ليكون إرجاع العين به تملكاً جديداً بل هو يرفع المانع عن استمرار الملك الأول.

و على تقدير صحه هذا الوجه مع القول بثبوت الخيار للكافر أيضاً كما هو مقتضى الوجه الأول لإطلاق أدله خيار المجلس فلا بدّ من الالتزام بثبوت الخيار و عدم رجوع العبد الى ملك الكافر ثانياً بل يرجع اليه بدله و الحاصل أن ضم الوجه الثاني بالوجه الأول ينتج ان الكافر البائع له الخيار و لكن لا يرتب على فسخه إرجاع العين

أعنى العبد بل إرجاع بدله. و الحق أن هذا أيضا ليس من المستثنيات كالمورد السابق بل أدله خيار المجلس في كلا الموردين محكمه.

و على الجملة فإننا نقول بعدم ثبوت الخيار أصلا فهو مناف لأدله الخيار أو نقول بثبوتها و لكن لا يترتب على أعماله إلا رد البدل فقط حفظا لكلا الوجهين و جمعا بينهما فان الفسخ لم يتعلّق برّد العين حتى لا يمكن الجمع بين الوجهين بل تعلق بالعقد و هو في الحقيقه يرفع الالتزام العقدي كما لا يخفى.

### **قوله و منها شراء العبد نفسه بناء على جوازه**

فإنّ الظاهر عدم الخيار فيه أقول قد ذكروا من جمله موارد سقوط خيار المجلس شراء العبد نفسه من سيّده فإنّه بناء على جوازه كما هو الظاهر لا يثبت له الخيار لعدم شمول أدله الخيار له.

و الوجه في ذلك الفارق بين هذا و بين بيع العبد على من ينعقد عليه هو أن المانع هناك انما هو الشرع فإن الإنسان لا يملك عموديه شرعا و لذا يملك آن ما لتصحيح موضوع العتق ثم ينعقد عليه بحيث لو لم يكن هنا مانع شرعي لملكه دائما و لكن لمانع شرعي ينعقد على المشتري الاّ أنه ينعقد البيع و لا يمنع ذلك عن انعقاده و بقانون حكم المعاوضات إذا عمل البائع الخيار فيرجع الى البدل كما أنه لو كان فيه عيب فيرجع المشتري الى الأرش و هذا بخلاف ما نحن فيه فان المانع هنا عقلي بداهه أن المولى انما هو مالك للعبد بالإضافة الاعتباريه كملكه لبقية أمواله ملكيه اعتباريه و إذا ارتفع هذا الاعتبار فيكون العبد مالكا لنفسه و كذا لجميع أفعاله و أعماله ملكيه ذاتيه

بحيث لا يكون لأحد التسلط عليه و هذا عين الحريه و ليس شيئا آخر ورائه و مع هذا لا معنى لاعتبار ملكيته على نفسه لكونه لغوا محضا كما أن اعتبار الملكيه لكل أحد على نفسه أو على أعماله و ذممه لغو لوجود إضافه الملكيه فى جميع ذلك ملكيه ذاتيه و السلطنه الحقيقيه من غير أن تقارنها سلطنه اعتباريه أصلا و هذه السلطنه هى التى أشار إليها عزّ من قائل لا أملك إلا نَفْسِي وَ أَخِي و عليه فلا- معنى فى هذه الصوره شراء العبد نفسه بل هو صوره بيع و أنما حقيقته العتق فيكون ذلك نظير العبد المكاتب فإنه ليس إلا عتقا و إطلاق البيع أنما هو بالمشابهه و المشاكلة كما لا يخفى.

بل نظير ذلك موجود فى هذا الزمان أيضا فإنه إذا كان شخص محكوما بالأعدام فى المحكمه الاختصاصيه و أعطى مالا و نجى عن القتل فإنه يقال انه اشترى نفسه ممن كان حاكما على قتله و كك المقام و عليه فلا معنى لحصول البيع من الأول أبدا حتى أنا ما فإنه لا يقاس بالمانع الشرعى فإنه قلنا هناك بحصول الملكيه أنا ما بمقتضى الجميع بين الأدله الشرعيه و هذا بخلاف المقام فان المانع عقلى فهو مانع من الأول.

و الا فلو كانت الملكيه حاصله أنا ما لم يكن وجه للسقوط بل كان باقيا إلى الأبد لعدم الدليل عليه و على هذا فليس المقام من المستثنيات حتى موضوعا لعدم كونه يباع أصلا كما لا يخفى.

أقول الظاهر أنه لا- مانع من الالتزام بصحة البيع هنا فإن الشأن هنا هو الشأن فى أعمال الإنسان و الكلى فى الذمه فإنه يصح أن يشتري و يبيع ما فى ذمته للغير و من الغير غايه الأمر تبدل

الملكيه الاعتباريه بالملكيه الحقيقيه لكونه لغوا و اما عدم جواز بيع نفسه فمن جهه ما دلّ على حرمه بيع الحر فيصح بيع المولى عبده من نفسه بالملكيه الاعتباريه و بعد الشراء يكون العبد مالكا بالملكيه الذاتيه كما انه مالك لعمله و فعله و ذمته كك.

قوله و فيها أيضا أنه لو اشترى جمدا في شده الحر ففي الخيار إشكال أقول قد وجه المصنف بان هذا لعله من جهه احتمال اعتبار قابليه العين للبقاء بعد العقد ليتعلق بها الخيار الا انه لا يوجب رفع اليد عن إطلاق أدله الخيار فإنه لم يؤخذ فيها كون المبيع قابلا للبقاء و عليه فلا بأس بالحكم لثبوت الخيار بعد التلف أيضا غايه الأمر أنه إذا تحقق الفسخ فينتقل المبيع الى البدل كما هو قانون المعاوضه و لذا ذكر المحقق الثاني في جامع المقاصد ان الخيار لا يسقط بالتلف لانه لا يسقط به إذا ثبت قبله على أنه لو كان عدم كون العين قابله للبقاء لزم منه ما لم يلتزم به أحد من المتفقه فضلا عن الفقيه و هو إذا كانت العاده جاريه بعدم بقاء المبيع أزيد من ساعه أو نصف ساعه كالمأكولات و المشروبات بل في غير ذلك أيضا إذا علم المتبايعان بعدم بقاء المبيع الا زمانا قليلا- فإن المشتري بمجرد الشراء يبيعه من غيره كما هو واضح مع أنه لم يلتزم به أحد بل و لا يمكن الالتزام به فلا مناص من القول بثبوت الخيار لإطلاق الأدله و لكن تنتقل العين بعد الفسخ الى البدل.

و قد أشار شيخنا الأستاذ على ثبوت الخيار هنا و حاصله أن خيار المجلس انما يثبت فيما لم يكن بناء المتعاقدين على الاعتراض عن العوضين و مع علمهما بخروج المال عن الماليه بمجرد البيع اما حقيقه

أو شرعا فقد أقدم على ذهاب مالهما و من الواضح أن في بيع العبد ممن ينعقد عليه أو في شراء العبد نفسه أو في بيع الجمد في شدة الحر قد علما المتبايعان بأن المبيع تلتف غايه الأمر أن التلتف في الأولين شرعى و في الأخير مستند الى الحر فالتلتف عادى و على كل حال فلا يثبت الخيار فى أمثال ذلك.

و فيه أولا أن أدله الخيار غير مقيده بما ذكر بل هى تدل على ثبوت الخيار على وجه الإطلاق.

و ثانيا أن متعلق الخيار و الفسخ هو العقد فهذا لا يتوقف على البناء على اعراض المتبايعين عن العوضين و عدم اعراضهما عنهما.

و ثالثا فلازم كلامه عدم ثبوت الخيار فيما جرت العاده بتلف المبيع أو علما بذلك بعد ساعه أو ساعتين كما إذا كان المبيع طعاما كالخبز و نحوه فان من يشتري الخبز فيأكله بعد زمان قليل فالبائع يعلم ذلك و كك أمثاله و لم يتوهم أحد سقوط الخيار هنا كما لا يخفى.

و على كل فلا نعرف وجهها صحيحا لما ذكره العلامة (ره) من عدم ثبوت الخيار فى بيع الجمد و نحوه.

**قوله مسأله لا يثبت خيار المجلس فى شىء من العقود سوى**

**اشاره**

البيع عند علمائنا

أقول لا- شبهه أن مورد خيار المجلس انما هو البيع لاختصاص الأدله به فلا يجرى فى غيره و لكن ذكر الشيخ (ره) فى المبسوط بعد ذكر جمله من العقود التى يدخلها الخيار و التى لا يدخلها قال و أما الوكاله و الوديعه و العاريه و القراض و الجعاله فلا يمنع من دخول الخيار فيها مانع انتهى و مراده من الخيارين

ص: ١١٢

هو خيار المجلس و الشرط و حكي نحوه عن القاضى و لكن لا نعرف وجهها لثبوت الخيار هنا و من هنا ذكر العلامة فى التذكرة أن الخيار فى أمثال هذه العقود أبدى، و احتمال فى الدروس من أن يراد من الخيار هنا عدم جواز التصرف قبل انقضاء الخيار و لعل مراده التصرف المرخص فيه شرعا للقابل فى هذا العقود كما ذكره المصنف لا الموجب إذ لا معنى لتوقف جواز تصرف المالك فى هذه العقود على انقضاء الخيار لأن أثر هذه العقود تمكن غير المالك عن التصرف فهو الذى يمكن توقيفه على انقضاء الخيار.

### **و الذى ينبغى أن يقال ان غير البيع من العقود لا يخلو اما**

لازمه أو جائزه

### **أما الاولى**

ان كان لثبوت الخيار فيها معنى وجيه فإنها عقود لازمه فليس لأحد المتعاملين فسخها فإذا ثبت الخيار لهما يتمكن كل منهما من الفسخ و لكنه الدليل فى مقام الإثبات قاصر فإن دليل ثبوت خيار المجلس هو المطلقات الداله على أن البيعين أو المتبايعين بالخيار ما لم يفترقا أو حتى يفترقا و من الواضح أن هذه الأدله مختصه بالبيع فلا تشمل غيره.

### **و أما العقود الجائزه**

فهى جائزه بطبعها كما ذكره العلامة فلا- وجه لثبوت الجواز فيها ثانيا فجعل الخيار فيها لغو محض فإنه مضافا الى أنها فى مقام الإثبات لا دليل عليه لما عرفت من اختصاص الأدله بالبيع ففى مقام الثبوت أيضا غير معقول فإنه بعد كون الشىء جائزا بطبعه و ذاته لا- معنى لثبوت الخيار له ثانيا فإنه لغو محض و دعوى أن الثابت بالعرض هو الحق و الثابت بالذات دعوى جزافيه فإنه سواء كان هنا أمر عرضى يكون من قبيل الحق أم لا فان الواهب له

ص: ١١٣

أن يفسخ العقد و له الإبقاء ففي هذه الجهة لا ثمره و اما من جهة إسقاط الخيار و حق الفسخ فهو لا يسقط و لو أسقطه ألف مره و معه أى فائده فى ثبوت الخيار و بالجمله انا لا نعقل بمعنى لثبوت الخيار فى العقود الجائزه لأنه لا دليل عليه فى مقام الإثبات.

و أما ما ذكره فى المبسوط فاما نحمله على ما ذكره المصنف(ره) من اشتراطها فى ضمن معامله فإنها ح تكون لازمه و لكن إذا فسخ أصل معامله بخيار المجلس مثلا كالبيع أو بخيار الشرط كمطلق العقود اللازمه التى اشترط فيها لزوم عقد جائز فتكون تلك العقود الجائزه التى الشرط لزومها فيها أيضا جائزه أى ترجع الى الحال الاوليّه.

و أما نقول لا نفهم معن كلامه و اما يحمل على سهو القلم.

**(مبدء هذا الخيار من حين العقد).**

**اشاره**

قوله مسأله مبدء هذا الخيار من حين العقد أقول وقع الكلام فى أن خيار المجلس مختص ببعض افراد البيع أو يجرى فى جميعها فعلى القول بوجوب التقابض فى الصرف فلجريان الخيار فائده واضحه و على القول بالعدم فالظاهر أنه لا ثمره للخيار و من هنا

**فلا بد من**

التكلم فى المقامين

الأول فى وجوب التقابض فى الصرف و الثانى فى ثبوت الخيار و عدمه.

**أما المقام الأول فى وجوب التقابض فى الصرف**

فقد استدل عليه بوجوه الأول بقوله تعالى أَوْفُوا بِالْعُقُودِ بدعوى أن الوفاء بالعقد واجب فعدم الإقباض مخالف للوفاء بالعقد فيجب الإقباض لذلك و هذا هو العمده فى المقام.

و فيه أولا قد ذكرنا سابقا أن معنى الوفاء هو الإنهاء و الإتمام

ص: ١١٤

فالأمر بذلك إرشاد الى أن هذا الالتزام الحاصل بين المتبايعين لا ينحد ولا ينعدم فيدل على اللزوم بالمطابقه كما تقدم فلا دلالة فيه على الوجوب التكليفي حتى يدل على وجوب المتقابض تكليفا.

و بعباره اخرى أن وجوب التقابض على القول به وجوب تكليفي فالايه الشريفه إرشاد إلى لزوم العقد فلا تدل على ذلك.

و ثانيا:على القول بكون وجوب الوفاء تكليفا و لكنه انما يفيد إذا ترتب عليه أثر فأى أثر يترتب على بيع الصرف و السلم قبل التقابض فإن أثر البيع هو الملكيه و هى بعد لم تحصل و على هذا فيبيع الصرف و السلم خارجا عن حدود وجوب الوفاء تكليفا و عليه فلا يدل على وجوب التقابض كما لا يخفى.

و ثالثا:على القول بترتب الأثر أيضا فالعقد هنا لم يتم فإنه يتم إذا كان موجبا لحصول الملكيه و من الواضح أنه موقوف على التقابض و هو بعد لم يحصل فلا يكون العقد حاصلًا.

و بعباره اخرى العقد هو الالتزام الحاصل من الطرفين بان التزم كل منهما بأن يكون ماله للآخر فى مقابل مال الآخر و هذا المعنى بعد لم يحصل فكيف يكون هذا واجب الوفاء كما لا يخفى.

و اما وجوب التقابض فى بقيه فليس من جهه أو فُوا بِالْعُقُودِ بل من جهه حرمة التصرف فى مال غيره بدون اذنه فان كل من العوضين صار مالا للآخر فلا بد من دفعه الى صاحبه و أما فى بيع الصرف و السلم فليس كك.

### **الوجه الثانى ما ذكره العلامة من أو وجوب التقابض فى**

الصرف و السلم من جهه شباهه ذلك بالربا

فإنه مع التأخير يكون



الأجل أيضا قسطا من الثمن فيكون زائدا على الثمن تقريبا فيشبه الربا.

و فيه أن هذا الوجه عجيب من العلامه بل هو شبيه بالوجوه التي تذكر في كتب العامه فإنه يرد عليه أولا: أن الدليل أخص من المدعى حيث ان ذلك لو تم انما يتم فيما إذا كان العوضين كلاهما من جنس واحد و أما لو كان أحدهما ذهباً و الآخر فضه فلا يلزم ذلك.

و ثانيا أيضا ذلك أى كون الدليل أخص من المدعى أن هذا انما يتم فى الطرف الذى لم يقبض بعد لا من الطرفين حتى من طرف من أقبضه كما لا يخفى.

و ثالثا: أن الشبيه بالربا ليس بحرام ما لم يكن بنفسه ربا و الا يلزم أن يكون كل ما يكون شبيها بالحرام حراما فالخمر حرام و لكن للشبيه بالخمر ليس بحرام و الزنا حرام و الشبيه بالزنا ليس بحرام و هكذا فان دليل الحرمة لا يدل الا على حرمة الشئ بنفسه لا على حرمة مشابهاهته.

### الوجه الثالث الاخبار الوارد فى بيع الصرف و السلم

الظاهره فى وجوب التقابض فى المجلس كقوله عليه السلام (1) و ان نزى حائطا فانز معه و كذلك غيره من الاخبار كقوله (عليه السلام) يدا بيد، فيعلم من ذلك أن التقابض فى المجلس واجب و الا لم يقل عليه السلام فان نزى حائطا فانز معه فكأن وجوب تعقيب أحدهما الآخر من جهه التقابض

ص: ١١٤

لا من جهة وجوب النزو فى نفسه.

و فبه أن الأمر بالنز و إرشاد إلى اعتبار الاجتماع فى المجلس و أنه يبطل العقد بدونه قبل القبض و الا لكان النزو على الحائظ واجبا مع أنه لم يتوهم أحد ذلك فيعلم أن ذلك إرشاد إلى انحلال العقد بالترقق قبل التقابض و أن من يريد بقاء العقد و عدم بطلانه فلا بد و أن يصاحب رفيقه حتى لو نزي هو على الحائظ فينزو صاحبه عليه أيضا فيدل الحديث على مبطله التفرق قبل القبض.

### **و أما المقام الثانى أعنى ثبوت الخيار فى بيع الصرف و السلم**

فيقع الكلام هنا أيضا فى مقامين الأول فى مقام الثبوت و الثانى فى مقام الإثبات

### **أما المقام الأول فى مقام الثبوت**

فقد ذكر المصنف أنه بناء على القول بوجوب التقابض فى المجلس تكليفا فأثر الخيار واضح فإنه بعد اعمال الخيار لا يبقى مجال لوجوب التقابض فإنه لا يبقى مجال لذلك.

و أما على القول بعدم وجوب التقابض فى المجلس فأثر الخيار و ان كان خفيا لأن سلطنه كل من المتعاقدين باقيه على حالها و أنه لا حق لأحدهما فى مال الآخر و لكن مع ذلك يمكن تصوير الفائده و الأثر للخيار بان يكون أثره خروج العقد بفسخ ذى الخيار عن قابليه لحق القبض الملك فلو فرض اشتراط سقوط الخيار فى العقد أو أسقطه بنفسه لم يخرج العقد بفسخ المشروط عليه عن ذلك.

و على الجملة فأثره الخيار بناء على وجوب التقابض هو فسخ العقد و عدم بقاء الموضوع لوجوب التقابض و على القول بعدم وجوب التقابض هو إخراج العقد عن قابليه لحق التقابض المملك كما هو واضح و على القول بوجوب التقابض فهو واضح

### **و أما فى مقام الإثبات**

فقد

ص: ١١٧

يتوهم شمول الأدله الوارده فى باب خيار المجلس و خيار الحيوان الداله على ثبوت خيار المجلس للبيع و المتبايع لما نحن فيه و من الواضح أنه يصدق البيع و المتبايع على المتبايعين فى الصرف و السلم فلا وجه لاجراجهما عنها.

و فيه أن الموضوع فى تلك الأدله هو المتبايعان أو البيعان و من الواضح انهما لا يصدقان على المتعاضين و المتبايعين فى باب الصرف و السلم قبل التقابض لعدم حصول البيع و الشراء و عدم حصول التمليك و التملك فكيف يصدق عليهما عنوان البيعان أو عنوان المتبايعين كما لا يخفى.

على أن خيار المجلس انما يثبت فى مورد يكون التفرق موجبا للزوم العقد كما هو مذكور فى الروايات الداله على ثبوت خيار مجلس و من المقطوع به أن التفرق هنا يبطل البيع لكونه قبل القبض كما لا يخفى.

و من هنا اتضح أنه لا يثبت خيار المجلس و كك خيار الحيوان قبل الإجازة للمالكين الحاضرين فى مجلس العقد على الأول و مطلقا على الثانى فإنه ما لم يستند العقد إليهما فلا يصدق عليهما عنوان البائع و لا عنوان المشتري و من الواضح أن استناد العقد انما يكون بالإجازة لا قبلها و لا يفرق فى ذلك بين القول بالكشف و النقل فإنه على كل حال فاستناد البيع و الشراء إليهما من حين الإجازة فصدق البيع و المتبايع عليهما من زمان الإجازة و ان حصلت الملكيه من حين العقد على الكشف فلا يمكن المساعده على ما ذكره المصنف من الفرق بين الكشف و النقل.

## إشارة

فى التذكرة

أقول

## من جملة مسقطات الخيار المجلس اشتراط سقوطه

فى ضمن العقد

ذكر المصنف قدس سره أنه لا خلاف ظاهرا فى سقوط هذا الخيار باشتراط سقوطه فى ضمن العقد و عن الغنية الإجماع عليه، و قد استدل عليه بوجوه

## الأول دعوى الإجماع على ذلك

و فيه قد مر مرارا أن دعوى الإجماع فى مثل هذه المسائل التى نعلم فلا أقل نحتمل أن مدركها جهه كشفه عن قول المعصوم دعوى جزافيه فإن الإجماع ليس بنفسه حجه و انما حجه لكشفه عن قول المعصوم فلا يكشف عنه الام مع القطع به.

## الثانى المستفيضه و هى المؤمنون عند شروطهم

و قد يقال:انها معارضه بعموم أدله الخيار و يرجح على أدله الخيار بمرجع و لكنه بديهى البطلان فإنه على تقدير تماميه دلالة المستفيضه فيه تكون حاكمه على أدله الخيار لكونها مأخوذه فى موضوعها كحكمه أدله الحرج و الضرر على سائر الأحكام الإلهيه كما ذكره المصنف(ره)فجهه المعارضه و أجاب عنه بان هذا الشرط مخالف لمقتضى العقد فيكون فاسدا فان مقتضاه على ما هو ظاهر قوله(عليه السلام)البيعان بالخيار هو ثبوت الخيار و هذا الاشتراط مخالف له و فيه أن هذا شرط ليس مخالفا لمقتضى العقد فان مقتضاه هو حصول الملكيه و ليس هذا مخالفا له بل هو مخالف لثبوت الخيار و من الواضح أن ثبوته من أحكام العقد لا من مقتضياته بل الوجه ليست هى هذه كما لا يخفى.

و لكن الظاهر أن الروايه لا تدل على المقصود لا من جهه ما ذكره المصنف و ذلك هو ما ذكرنا سابقا من أن الظاهر من هذه الجملة

المباركة هو الحكم التكليفي فإن قوله عليه السلام المؤمنون عند شروطهم كقوله (عليه السلام) المؤمن عند عدته يعنى أن مقتضى الايمان هو أن يجب للمؤمن أن يفي بما التزمه و بما وعده و هذا الاستعمال من الاستعمالات المتعارفه أيضا فيقال المرء عند كلامه و عند رأيه و هكذا.

و عليه فلا- دلالة في ذلك على المقصود هنا فان اشتراط سقوط الخيار عند المعاملة غير قابل لتعلق الحكم التكليفي به فان اشتراط سقوط الخيار بمعنى أن لا يكون له الخيار في هذا العقد غير مقدور له بل هو من فعل الله تعالى فان الله تعالى جعله ذا خيار و اشتراط عدمه أيضا راجع اليه و ليس من أفعال المتعاملين حتى يقدر على إسقاطه.

و مع الإغماض عن ذلك فهي مخالفة للسنه المعتره الداله على ثبوت الخيار للمتبايعين فإنه ورد في ذيل بعض هذه الروايات الا شرطا مخالفا للكتاب و السنه و بيان ذلك أن الشارع قد حكم بثبوت هذا الخيار للمتبايعين و اشتراط عدمه مخالف للسنه و هذا غير اشتراط إسقاط الخيار فإنه من قبيل شرط الفعل و ليس من قبيل شرط النتيجة و فرق بين اشتراط إسقاط الخيار و بين ان لا يكون له خيار أصلا فإن الثاني مخالف للسنه دون الأول.

نعم الظاهر من بعض الروايات أن الامام عليه السلام طبق هذه الجملة المباركة على بعض الشروط التي من قبيل ما ذكر أي أن الاشتراط فيه راجع الى شرط السقوط و عدم الخيار و لو كان ما ذكرناه من الاشكال واردا عليه اي على جملة المؤمنون عند شروطهم لما طبقها الامام على ما ذكره.

و ذلك كما فى صحيحه مالك بن عطيه (١) قال سألت أبا عبد الله (عليه السلام) عن رجل كان له أب مملوك و كان تحت أبيه جاريه مكاتبه قد أدت بعض ما عليها فقال لها ابن العبد هل لك أن أعينك فى مكاتبتك حتى تؤدى ما يملكك بشرط أن لا يكون لك الخيار بعدد ذلك على أبى إذا أنت ملكت نفسك قالت نعم فأعطاها فى مكاتبتها على ان لا يكون لها الخيار بعد ذلك قال عليه السلام لا يكون لها الخيار المسلمون عند شروطهم.

فان الظاهر من هذه الروايه هو اشتراط عدم الخيار مع انه كان ثابتا للأمه بعد ما صارت حره فيعلم من ذلك أن هذا الشرط ليس مخالفا للسنة و إلا لما طبقها عليه الامام عليه السلام.

و فيه أولا- أن مورد الروايه أجنبى عما نحن فيه فان موردها هو من قبيل اشتراط سقوط الخيار مما يقتضى الخيار فى عقد ليس مقتضيا له فان عقد المكاتبه ليست مقتضيه للخيار بحيث انه بمجرد ذلك يحكم بكون الأمه ذا خيار و انما المقتضى له هو الحره الحاصله بعد أداء مال الكتابه و من الواضح أنه لم يلتزم بذلك أحد فلا بد من الاقتصار بمورد الروايه و من هنا لا وجه لتوهم الأولويه أيضا بدعوى ان اشتراط سقوط الخيار فى عقد هو مقتضى لذلك بطريق أولى فإنه لم يثبت فى الأول الخيار فى جميع الموارد بل فى مورد الروايه فقط فكيف يمكن إثباته فى المقتضى للخيار بطريق الأولويه كما هو واضح.

و ثانيا قد ذكرنا فى أول الخيارات أن اشتهاار استعمال كلمه

ص: ١٢١

الخيار فى الخيار المصطلح انما هو من جهه ما جرى عليه اصطلاح الفقهاء و الا فليس ذلك من معناه اللغوى و لا من مقتضيات الدليل و قلنا أن معنى الخيار لغه هو اختيار الخير لنفسه و أما القدره على الفسخ انما هو استفاد من اللام الظاهر فى الملكيه و الاختصاص فيقال له الخيار اى له القدره على الفسخ و الإبقاء بل قلنا أن كلمه الخيار و ما اشتق منها يستعمل فى هذا المعنى حتى فى هذا اليوم.

و عليه فقوله عليه السلام لا- يكون له الخيار المسلمون عند شروطهم هو بمعنى اللغوى أى ليس له اختيار الفسخ فى الخارج بمعنى أنها ملزمه فى شرطها و لا توجد الفسخ الخارجى و لا يكون هذا ح مخالفا للسنة فإنها تدل على ثبوت القدره للمتبايعين على فسخ العقد و إمضائه و هذه القدره باقيه للمتبايعين و للمتعاملين و فى المكاتبه أنه إذا صارت حره فله القدره على فسخ عقد الزوجيه الواقعه بينهما و بين العبد و هذه القدره باقيه على حالها و لكن الامام(عليه السلام) طبق جملة المسلمون عند شروطهم على اشتراط عدم الخيار للأمه على الشرط الذى وقع بينهما و بين ابن زوجها من جهه أن تكون الأمه ملزمه بإبقاء العقد و لا تفسخ فى الخارج و لا- نختر فيه لنفسها الفسخ بل بقى عقد النكاح على حاله لا أنه بمعنى أن لا يكون لها خيار و قدره على الفسخ ليكون على خلاف السنه فان هذا موافق للظواهر و الاستعمالات فليس فيه ما يوجب خلاف ظهور كلمات المتحاورين كما لا يخفى.

و الشرط انما يكون مخالفا للكتاب و السنه إذا كان مفاده على خلاف الحكم الشرعى الثابت بالكتاب و السنه و نظير ذلك ما سيأتى

فى الشروط من أن الرجل يتزوج على امرأه و تشتط الإمره عليه أن لا- يأخذ سريره أو امرأه أخرى فإن هذا الشرط مخالف للكتاب و السنه فإنه ثبت بهما جواز أخذ السيره و المرأه على الزوجه و شرط خلافه مخالف للكتاب و السنه فلا يكون متبعاً.

اذن فلم يبقى فى الروايه ما يوجب الاشكال عليها الا توهم أن هذا الإسقاط إسقاط لما لم يجب فان مقتضى الخيار ليس هو عقد المكاتبه ليكون حاصلًا عند الاشتراط بل هو الحريه و من الواضح انها لم تحصل حتى تكون الأمه الحره ذا خيار فى فسخ عقد النكاح و عدمه فيكون الاسقاط عند الاشتراط فى ضمن الإعانه إسقاطا لما لم يجب و قد ذكر ذلك بعض الشافعيه.

و فيه أن هذا صحيح فإنه يلزم أن يكون الإسقاط فى ضمن الإعانه أن لا يكون لها خيار فى فسخ عقد الزوجيه و لكنه لا دليل على عدم جواز إسقاط ما لم يجب فإنه بلا- دليل فأى مانع أن يسقط الإنسان ما لم يجب عليه بعد كما هو واضح فيكفى فى صحه ذلك تحقق ما يترتب فيه حصول ذلك الأمر الساقط فعلاً.

غايه الأمر فللمدعى أن يدعى الإجماع على بطلان إسقاط ما لم يجب بدعوى كونه تعليقا و فيه مضافا الى أنه دليل لبي يقتصر فيه على المورد المتيقن و هو صورته التعليق فى العقود أن الإجماع هنا على خلافه كما تقدم فلا وجه للمناقشه من هذه الجهه.

و بالجمله فلا دليل على بطلان إسقاط ما لم يجب بوجه.

و الذى ينبغى أن يقال أن الخيار الثابت للمتبايعين فى المجلس ما لم يفترقا من قبيل الحقوق التى تقبل السقوط و قد قلنا



فى أول الببع أنه و ان كان لا- فارق بين الحق و الحكم فان جميع ذلك حكم الهى مجعول لله تعالى و لكن بعض أقسام الحكم اختياره تحت يد المكلف فله إسقاطه أو إبقائه و نسمى ذلك القسم و من الحكم حقا و لا يسقط حكما كالجواز فى الهبه.

و من الواضح أن خيار المجلس مما يقبل الإسقاط و أوضح شىء يدل على أنه يسقط بالإسقاط ما فى ذيل الأخبار الداله على خيار المجلس و الحيوان فان فى ذلك قال عليه السلام فذلك رضا بالبيع فان الظاهر من ذلك أن أمره بيده و ليس ذلك مثل الهبه فإن الجواز فى ذلك حكى لا يسقط بالإسقاط بل و لو أسقطه ألف مره فأبضا يبقى الجواز على حاله و إذا خالف و لم يسقط قد فعل فلا محرما و مع ذلك لو فسخ كان فسخه مؤثرا لعموم أدله الخيار.

و على هذا فشرط السقوط فى العقد بان يشترط احد المتبايعين على الآخر عند البيع سقوط خياره فمرجهه الى أن المشروط عليه يسقط خيار الذى يثبت له بعد البيع عند العقد و قد عرفت أنه من قبيل الحق يقبل بالإسقاط فليس لهذا البيان إشكال إلا ما ذكره بعض الشافعيه من أنه إسقاط لما لم يجب و هو و ان كان صحيحا و لكنه لا دليل عليه بوجه غير دعوى أنه من التعليق و الإجماع قائم على بطلانه و هو أيضا فاسد لقيام الإجماع هنا على السقوط كما عرفت فإنه ادعى بعضهم الإجماع فى المقام.

و قد ظهر من مطاوى ما ذكرناه أن اشتراط سقوط الخيار موافق للقواعد و لا يحتاج الى عموم المؤمنون عند شروطهم.

**قوله (ره) ثم ان هذا الشرط يتصور على وجوه:**

**أحدها أن يشترط عدم الخيار**

ص: ١٢٤

أقول شرط سقوط الخيار في ضمن العقد يتصور على وجه الأول شرط عدم الخيار و هذا الشرط هو المراد من اشتراط الخيار و قد تقدم في ذلك و أن توهم كونه مخالفا لمقتضى العقد تاره و لمقتضى الكتاب أخرى توهم فاسد كما عرفت.

و قد عرفت أن الخيار من قبيل الحقوق فيسقط بالإسقاط بعد التحقق و كك قبله فليس فيه عيب الا سقوطه قبل الثبوت الذي هو من قبيل إسقاط ما لم يجب و لو خالف المشروط عليه فلم يسقط فيكون للمشروط له الخيار و لو فسخ المشروط عليه كان فسخه مؤثرا لعموم البيعان بالخيار ما لم يفترقا.

### **الثاني: أن يشترط عدم الفسخ**

فيقول بعث بشرط أن لا- أفسخ في المجلس و هل يجب الوفاء بهذا الشرط أم لا و قد يقال بالثاني فإنه من قبيل اشتراط في العقد الجائر فلا يزيد الشرط على أصل العقد فان معنى أن لا يفسخ أن له خيار في العقد و لكن لا يفسخ فاشتراط عدم الفسخ انما هو في عقد خيارى فلا- يجب الوفاء به كما إذا شرط في الهبة أو في الوكالة أو غيرهما من العقود الجائزة شرطا فان هذا الشرط لا يكون واجب الوفاء.

و فيه أن جواز العقد في ذاته لا ينافى وجوب الوفاء بالشرط الواقع في ضمنه فان مقتضى وجوب الوفاء بالشرط هو لزوم العمل بمقتضاه ما دام العقد باقيا و بعد زوال موضوعه يرتفع وجوب الوفاء بالعقد أيضا لارتفاع موضوعه فالجواز انما هو ثابت لموضوع وجوب الوفاء بالشرط فيكون وجوب الوفاء بالشرط قضيه ما داميه و قضيه حقيقه يعنى أن كلما وجد موضوع وجوب الوفاء بالشرط وجب الوفاء به.

و بعبارة اخرى أن عقد الهبه و عقد الوكالة و نحوهما من العقود و ان كان بذاتها جائزه بحيث لكل من الموجب و القابل أن يفسخ العقد فى أى وقت شاء الا ان اشتراط الشرط فى ضمن هذه العقود الجائزه فى لا يكون جائزا تبعا لها فان معنى الاشتراط فيها أن المشروط.

له يشترط على المشروط عليه فى ضمنها الشرط المعين فهذا الشرط الواقع فى ضمن العقود الجائزه انما يكون مصداقا لقوله (عليه السلام) المؤمنون عند شروطهم فيكون واجب الوفاء و لكن مقيدا ببقاء ذلك العقد الجائز فإذا فسخ العقد الجائز يرتفع موضوع وجوب الوفاء فكون الإنسان مخيرا فى رفع موضوع الوجوب لا- يدل على استحاله ثبوت الوجوب على ذلك الموضوع. و عليه فيمكن أن يشترط احد الطرفين فى العقد الجائز على الطرف الآخر شرطا و يكون الشرط واجب الوفاء بدليل الشرط دون العقد.

فاشترط عدم الفسخ بخيار المجلس من هذا القبيل فيكون الشرط واجب الوفاء بدليل وجوب الوفاء بالشرط نعم فرق بين ما نحن فيه و بين سائر العقود الجائزه التى يشترط فيها شىء و هو أنك قد عرفت أن فى سائر العقود الجائزه يجوز لأحد الطرفين فسخ العقد الجائز و إعدام وجوب الوفاء بالشرط و لكنه لا- يجرى فى المقام فان الشرط اعنى عدم الفسخ انما تعلق بنفس العقد فوجوب الوفاء بالشرط لا يمكن الا بعدم الفسخ و حفظ العقد فلو فسخ العقد يلزم من ذلك عدم الوفاء بالشرط و بعبارة اخرى أن مفاد الشرط هو لزوم حفظ موضوعه و أيضا فيحرم الفسخ أبدا.

لا يقال انه لا معنى للاشترط أصلا فى ضمن العقود الجائزه فإن

معنى الشرط هو كون الالتزام الشرطى منوطا بالالتزام بإبقاء العقدى و من الواضح أنه ليس هنا التزام بالبقاء لفرض كون العقد جائزا فيكون شرطا ابتدائيه فإنه يقال أن الجواز و عدمه من الأحكام الشرعيه فهو لا ينافى بالتزام المشروط عليه بإبقاء العقد مع بقاء الشرط كما هو واضح.

قوله فلو خالف الشرط و فسخ فيحتمل قويا عدم نفوذ الفسخ أقول لا شبهه أن وجوب الوفاء بالشرط وجوب تكليفي فمخالفته توجب العصيان فهل يوجب الفسخ التأثير وضعا أيضا أم لا قد احتمل المصنف عدم تأثير الفسخ ح تاره و تأثيره أخرى و قرب الثانى لعموم دليل الخيار و قرب الأول لأن وجوب الوفاء بالشرط مستلزم لوجوب إجباره عليه و عدم سلطنته على تركه. ثم اختياره و قال انه أوفق بعموم وجوب الوفاء بالشرط الدال على وجوب ترتب آثار الشرط و هو عدم الفسخ فى جميع الأحوال حتى بعد الفسخ فيستلزم ذلك كون الفسخ الواقع لغوا كما تقدم نظيره فى الاستدلال بعموم وجوب الوفاء بالعقد على كون فسخ أحدهما منفردا لغوا لا يرفع وجوب الوفاء.

و قد اختار شيخنا الأستاذ أيضا عدم الفسخ و ان الحكم التكليفي و الوضعى لا يجتمعان هنا و لكن قربه بوجه آخر و قد ذكر ذلك الوجه فى كثير من الموارد و أجبنا عنه فى غير واحد من المباحث و حاصل هذا الوجه أن النهى تاره يتعلق بالسبب و أخرى بالمسبب أما الأول فلا يوجب حرمة المعامله المسببه عن ذلك السبب فإن حرمة السبب لا تستلزم حرمة المسبب كما لا يخفى.

و على الثانى فيستلزم الفساد لان الشرط يوجب سلب قدره

المالك على البيع من زيد و في المقام حيث أن المشروط له قد اشترط على المشروط عليه عدم فسخ فيكون الوفاء به واجبا تكليفا و إذا خالف ذلك و فسخ و قد فعل فعلا محرما و لكن لا يترتب عليه الحكم الوضعي فإن التكليف كما هو مشروط بالقدره العقليه فكذلك مشروط بالقدره الشرعيه فنهى الشارع عن شيء يوجب عجز المكلف عن اقدمه ففي هنا أن نهى الشارع عن الفسخ بمقتضى وجوب الوفاء بالشرط يوجب عجز المكلف عن الفسخ شرعا بمعنى أنه لا يكون مؤثرا في الفسخ على تقدير وقوعه.

و فيه قد ذكرنا مرارا أن الحرمة التكليفية عن الشيء لا- يستلزم الحرمة الوضعيه و كون ذلك الشيء فاسدا وضعا فإنه يحرم التصرف في مال الغير بدون اذنه مع أنه لو غضب أحد ماء الغير و طهر به ثوبه فإنه يكون مؤثرا في الطهاره و في هنا و ان كان النهى متعلقا بالسبب و لكن الأمر كذلك لو كان متعلقا بالمسبب أيضا فلو كانت الطهاره الخبثيه بالماء المغصوب مبغوضا للشارع مع عدم كون الفعل عباديا و كان يغضب أحد ماء من الغير و طهر به ثوبه فإنه لا يتوهم احد عدم حصول الطهاره هنا إذا لم يكن الفعل مما يعتبر فيه قصد التقرب.

و معنى أن النهى التكليفى يسلب القدره عن المكلف شرعا يعنى أنه قبل تعلق النهى بالفعل كان مرخصا في الفعل و الترك و بعده ليس له هذه السلطنه و لا يكون مرخصا في ذلك بل لا بد من الترك و أما أن هذه الحرمة مستلزمه للحرمة التكليفية أم لا فهو أول الكلام و تظهر الثمره فيما إذا صدر منه الفعل في حال المغفله

و النسيان فإنه لا يكون حراما أيضا.

نعم انما يدل النهى على الفساد إذا كان إرشادا إليه كما فى النهى عن بيع الخمر و عن بيع ما ليس عنده و نحوهما نعم انما يدل النهى التكليفى على الفساد أيضا مع قيام القرينه عليه كما فى بيع الخمر فإن النهى انما عن جميع شؤنه و أنه يعلم من لسان الشرع أن جميع جهاتها مبغوضه للشارع حتى التمليك و التملك فلا تحصل فيها ذلك.

و أما الجواب عما ذكره المصنف أنا لو سلمنا أن معنى الوفاء بالعقد هو ترتيب آثار العقد عليه من حرمة التصرف فى المثلن و الثمن و لو بعد الفسخ بحيث تدل الآيه بالملازمه إلى لزوم العقد و لكنه لا يجرى فى وجوب الوفاء بالشرط كما فى المقام فان معنى الوفاء بالشرط هنا هو عدم الفسخ و من الواضح انه لا إطلاق له لما بعد الفسخ أيضا بيان ذلك أن المشروط عليه إذا خالف الشرط و فسخ العقد فاما أن يكون فسخه مؤثرا أولا فعلى الثانى فلا وجه للتمسك بإطلاق وجوب الوفاء بالشرط بما بعد الفسخ أيضا و على الأول فلا يبقى متعلق وجوب الوفاء حتى يجب الوفاء به فإنه بعد الفسخ ينحل العقد و لا يبقى شىء حتى يجب الوفاء بالشرط و لا يفسخ العقد و على الجملة فإذا خالف المشروط عليه بالشرط و فسخ فينعدم موضوع الشرط و لا يبقى شىء حتى لا يفسخ و يبقى على حاله.

و على هذا فأدله الخيار محكمه فكل من المتبايعين فسخ العقد و ان كان فسخ من شرط عليه أن لا يفسخ محرما.

ثم ان المعروف بين الفقهاء أن هذا الشرط صحيح و ان وقع

ص: ١٢٩

الكلام بينهم أن الفسخ يؤثر وضعا أو لا يؤثر و لكن لنا مناقشه فى صحه هذا الشرط قد ذكرناه فى باب المزارعه فى حاشيه العروه و حاصله أنا ذكرنا مرارا أن معنى الشرط فى العقد لا يخلوا عن معانى ثلثه بالسير و التقسيم الأول أن يكون التزاما أخرى فى ضمن العقد مستقلا و غير مربوط بالالتزام العقدى بأن يلتزم كل من المتبايعين بمبادله مال بمال و يلتزم أحدهما أيضا مقارنا لهذا الالتزام بان يخطط ثوبا لصاحبه فليس بينهما ربط الا صرف المقارنه الزمانيه و لا شبهه أن هذا النحو من الشرط لا يجب الوفاء به بالاتفاق لكونه من الشروط الابتدائيه فليس المراد من الشرط التى حكموا بوجوب الوفاء بها هو ذلك.

الثانى أن يكون الشرط مربوطا بالعقد و هو على قسمين الأول أن يكون الالتزام العقدى مربوطا بالالتزام الشرطى بحيث أن الالتزام العقدى منتف مع انتفاء الالتزام العقدى مثلا معنى اشتراط الخياطه فى ضمن بيع الدار هو أن الالتزام بيع الدار انما هو فى فرض الالتزام بالخياطه و العمل به و إنهائه و الا فلا بيع هنا أصلا.

و فيه أنه قام الإجماع على بطلان التعليق فى العقود فيكون هذا باطلا حتى إذا كان المشروط عليه يفى بالشرط كما لا يخفى.

الثالث أن يكون الالتزام العقدى غير مربوط بالالتزام الشرطى ليكون تعليقا و لكن كان الالتزام ببقاء العقد و إبقائه منوطا بالتزام المشروط عليه بانتهاء الشرط و إبقائه فيكون الالتزام بإبقاء العقد و عدم قدرته على الفسخ و الحل منوطا بكون المشروط عليه وافيا بالشرط و الا فللمشروط له خيار الفسخ كما لا يخفى.

إذا عرفت ذلك فنقول ان معنى الشرط فى العقود بحيث

يجب الوفاء به بالسير و التقسيم ليس الآ- هو الثالث و عليه فلا يعقل و لا تتصوّر اشتراط عدم الفسخ فى العقود بحيث لا يكون للمشروط عليه حق الفسخ و ذلك فإنك لما عرفت أن معنى الاشتراط هو ثبوت الخيار للمشروط له مع تخلف المشروط عليه الشرط و من الواضح أنه بعد ما فسخ المشروط عليه لفرض تأثير فسخه لعموم أدله الخيار لا يبقى موضوع ليكون للمشروط له الخيار بان كان مختاراً فى فسخ العقد و إبقائه و مع عدم الفسخ فالعقد أيضاً باق على حاله سواء كان هنا شرط أم لا فلا نعقل معنى محصلاً لهذا الشرط فيكون لغوا و يدخل فى الشروط الفاسده و يأتي الكلام فيه من أن الشرط الفاسد مفسد للعقد أم لا.

نعم لو اشترط فى ضمن عقد عدم فسخ عقد آخر فيكون صحيحاً كسائر الشروط الصحيحه كاشتراط الخياطه أو البنايه أو النجاره أو نحوها كما لا يخفى.

### **الثالث أن يكون المراد من شرط سقوط الخيار فى العقد أن**

يشترط إسقاط الخيار

بأن يكون هذا الفعل صادراً من المشروط عليه و لا شبهه فى صحه هذا الشرط لعدم ترتب المحذور عليه إلا إسقاط ما لم يجب و قد عرفت ان الإجماع على تقدير تحققه بعدم جواز ذلك لكونه تعليقاً فلا يجرى فى المقام لقيام الإجماع على الصحه كما ادعاه بعضهم فيكون مشمولاً لعموم وجوب الوفاء بالشرط و عليه فلو أخل المشروط عليه الشرط كله و لم يسقط الخيار و لم يف بالشرط فيكون للمشروط له خيار تخلف الشرط كما هو واضح.

ثم إذا فسخ المشروط عليه العقد فهل يكون فسخه مؤثراً أم لا الظاهر هو الأول لعموم الأدله الداله على ثبوت خيار المجلس



للمتبايعين كما تقدّم و قد اختار المصنف أنه لا يؤثر الفسخ كما ذكره في الوجه الثاني و قد عرفت جوابه.

ثمّ أنّه إذا تخلّف المشروط عليه و لم يفسخ العقد قد عرفت أنه يثبت الخيار للمشروط له و لا يفرق في ذلك بين كون الفسخ مؤثرا أم لا فان نفس بقاء العقد مترلزلا مخالف لغرض المشروط له فيكون له الخيار لا جلّ التخلّف بالشرط و ان لم يكن فسخ المشروط عليه مؤثرا على تقدير الفسخ إذا يكون البيع لازما و عدم كونه مترلزلا- مما هو محط غرض للعقلاء فلا أقلّ لنفس المشروط له.

و لا- ينافى ذلك لزوم العقد شرعا فإنه من الأحكام الشرعيه و التزلزل انما هو مع قطع النظر عنه و في نظر المتبايعين الحكومه العرفيه مع قطع النظر عن الشرع و الشريعة كما إذا كان المتبايعين غير ملتزمين بالشرع و الشريعة.

### **قوله قدس سره بقى الكلام فى أنّ المشهور أنّ تأثير الشرط**

أنّما هو مع ذكره فى متن العقد

أقول ما ذكره المصنف و ان كان له مناسبه لما نحن فيه و لكنه من مسائل مبحث الشرط التى سنتكلم فيها و تفصيل الكلام هنا على نحو الإجمال

### **أن اعتبار الشرط فى المعامله**

على أنحاء

### **الأول أن لا يكون مذكورا لا فى ضمن المعامله و لا قبلها**

و لا بعدها

و لم ينشأ المعامله بانها عليها أيضا و هذا على قسمين لان الوصف ان كان ممّا يعتبر بحسب الارتكاز العقلائي سواء ذكر أم لا كاعتبار التسليم و التسلم و أوصاف الصحه كظهور المبيع على ما وقعت المعامله عليه فلا شبهه فى صحه ذلك الشرط و وجوب الوفاء به فان مثل ذلك الشروط كالمذكور و الارتكاز العقلائي و الارتكاز من المتبايعين قائم

مقام الذكر فيكون واجب الوفاء لعموم المؤمنون عند شروطهم بل في تخلف أوصاف الصحة تفسده المعامله.

و ان كان من قبيل الأوصاف الكماله كوصف الخياطه و البنايه و النجاره و نحوها فلا يكون واجب الوفاء إذ ليس هنا شرط حتى يجب الوفاء به كما سنذكر معنى الشرط و لم يبرز هنا شيء يجب الوفاء به.

و

قد يكون الشرط مذكورا في ضمن العقد

اما تفصيلا كقوله بعتك العبد الكاتب أو على أن يكون كاتباً و اما إجمالاً كما إذا ذكرت الشروط كلها قبل العقد و عند إجراء صيغته العقد يقول بعتك الشيء الفلاني على ما ذكر من الشروط فيشير بهذه الكلمه المبهمه إلى الشروط المذكوره قبل العقد فإنه أيضا مذكور في ضمن العقد فيكون مشمولاً لعموم و جوب الوفاء بالشرط فان الغرض ارتباط الشرط بالعقد و هو حاصل بمثل هذه الكلمات المبهمه.

و على الجملة الإشارة في ضمن العقد إلى الشرائط المذكوره قبل العقد و المعامله بانها عليها مع إظهار تلك الشروط بمثل ما ذكر كقوله بعتك العبد على ما ذكر لا يقصر عن الشرط المذكور في ضمن العقد صريحا في وجوب الوفاء بها فإنه ح يبرز البائع بقوله بع كذا تبديل ما له على هذا الشرط فيكون ما بنى عليه من الشرط مبرزا مع حقيقه المعامله كما لا يخفى فكما يكون الالتزام العقدي المظهر بكلمه بع و واجب الوفاء و كذلك الالتزام الشرطي المبرز بهذه الإشارة.

**و قد يكون الشرط مذكورا قبل العقد**

و لكن لا يشار إليها في ضمن العقد لا تصريحاً و لا إجمالاً فهو على قسمين الأول أن يكون ذلك مغفولاً عنه عند البيع و غير ملتفت إليه من مقام المعامله أو

ص: ١٣٣

نسيه أو كان ملتفت اليه و لكن لم يظهروا عند البيع و لم ينشأه مبنيًا على الشرط المذكور قبل العقد فان هذا كله لا حق بالقسم الأول و لا- يجب الوفاء به و الثانى أن يكون ملتفتا اليه عند المعامله و كان بنائها على ذلك حتى فى مرحله إنشاء و إظهار المعامله و لكن لم يظهروا الشرط عند الإنشاء و بعبارة أخرى الشرط موجود فى مقام الثبوت و لكن ليس له دال فى مقام الإثبات و الظاهر أنه شرط حقيقه و يجب الوفاء به و لكن المشهور ذهبوا الى بطلان الشرط المذكور قبل العقد و ان كان العقد بانيا عليه و لكن الظاهر من بعضهم هو كون مثل هذا الشرط أيضا واجب الوفاء كالشيخ و غيره قال الشيخ فى محكى الخلاف أنه لو شرطا قبل العقد أن لا يثبت بينهما خيار بعد العقد صحّ الشرط و لزم العقد بنفس الإيجاب و القبول ثم نقل الخلاف عن بعض أصحاب الشافعى إلخ و قد منع المصنف عن كون مثل هذا الشرط واجب الوفاء كما ذكره فى المتن بل منع نسبه ذلك الى الشيخ أيضا و لذا حاول أن يوجه كلامه بأنه أراد من قوله قبل العقد أى قبل تمام العقد و استشهاد عليه بملاحظه عنوان المسأله فى الخلاف و التذكرة و باستدلال الشيخ على الجواز و بعض الشافعية على المنع و قال أن ذاك كله يكاد يورث القطع بأن مراد الشيخ ليس هو ظاهر كلامه بل مراده ما ذكرناه و لكن الظاهر أن ما يستفاد من ظاهر كلامه هو مراد الشيخ و لذا أشكل عليه العلامة بأنه لا يكون الشرط المذكور قبل العقد واجب الوفاء إلا إذا كان إيقاع العقد بانيا عليه فإنه يكون العقد مشروطا به و كيف كان فلا يهمننا كشف مراد الشيخ أنه أى شىء أراد و أنّما المهم أنّما هو بيان أن هذا الشرط واجب الوفاء أم لا و الظاهر أنه لا قصور

فى صدق مفهوم الشرط عليه و كونه واجب الوفاء أيضا بمقتضى دليل وجوب الوفاء بالشرط.

و الوجه فى أن الثانى يجب الوفاء به دون الا هو ان معنى الشرط هو الربط بين الشئين كما فى القاموس حيث ذكر ان الشرط هو الالتزام و الالتزام فى البيع و نحوه فائما يكون الالتزام بالشرط مربوطا بالالتزام العقدى إذا كان الالتزام العقدى و إبرازه باقيا على الشرط و مربوطا اليه بحيث يكون بين الالتزامين ربط و عقده ليتحقق معنى الشرط الذى ذكره أهل اللغة و هذا المعنى هو المتفاهم عرفا و كذلك هو المستفاد من قوله (عليه السلام) كل شرط سانع و لازم الأ شرط خالف الكتاب و السنه و على الجملة المستفاد من كلمه الشرط الذى يجب الوفاء به و الا شرطا خالف الكتاب و السنه هو المربوط بالعقد لا ما يكون خارجا عنه فإنه مجرد و عد فيجرى عليه حكمه من وجوب الوفاء و عدمه.

و من الواضح أن المذكور قبل العقد إذا كان مغفولا عنه حين إنشاء البيع أو منسيا أو متروكا عمدا بحيث أنشأ البيع غير مبنى على الشرط فلا يجب الوفاء به لا- من جهة القصور فى أدله وجوب الوفاء بالشرط و لا من جهة التمسك بالإجماع على عدم وجوب الوفاء به حتى يقال انّ المسألة مختلف فيها فليس فى المقام إجماع بل من جهة منع صدق الشرط عليه إذ هو بالنسبه إلى العقد المنشأ خاليا عن ذكره و خاليا عن البناء عليه أن إنشاء المعامله بانيا على هذا الشرط كسائر الأمور الأجنبيه عن العقد فلا يكون واجب الوفاء و انما هو كسائر المواعيد التى أجنبيه عن هذا العقد فيكون عدم وجوب الوفاء

به من جهة عدم الموضوع و عدم صدق الشرط عليه كما هو واضح فلا- يكون هذا كالمحذوف النحوى ليكون فى حكم المذكور.

و أما إذا كان الشرط مذكورا قبل العقد و كان العقد المنشأ مبتئا عليه من غير أن يكون مغفولا عنه عند البيع فيصدق عليه الشرط حقيقه فى مقام الثبوت غاية الأمر أن الدلالة عليه فى مقام الإثبات منفيه بحيث لو سمع أحد الكلام الذى أنشأ به البيع خاليا عن ذلك الشرط حسب أنه مطلق و المعامله المنشئه بهذا الإنشاء خاليه عن الشرط و الوجه فى ذلك هو ما عرفت من أن الاستفادة من معنى الشرط بحسب المتبادر من كلمته فى الاخبار و من العرف و من تصريح أهل اللغه هو ما يكون مربوطا بشىء و ليس إظهاره بمظهر فى مقام الإنشاء من مقومات ذلك فإذا كان إبراز المعامله باينا عليه فيكون مربوطا بها فيكون الالتزامين أى العقدى و الشرطى مرتبطين أى أحدهما بالآخر و لا يقاس ذلك بحقيقه المعاملات التى لا يترتب عليه الأثر إلا بعد الإظهار و الإبراز لا- بمجرد الاعتبار و ذلك لأننا ذكرنا فى أول البيع أن حقيقته عباره عن اعتبار الكليه لكل من العوضين من كل من المالكين للآخر و إظهاره بمبرز فى الخارج و كك سائر المعاملات فإنها ليست مجرد اعتبار نفسانى و الا للزم أن يكون بمجرد الاعتبار النفسانى أن يملك الآخر و ليس كك حتى مع العلم بالاعتبار كما إذا علم كل من المتبايعين بعلم الإشراق أن الأخير اعتبر ملكيه ماله له و كذا العكس فإنه لا- يكون هذا بيعا ما دام لم يقترن بالإظهار فحقيقه البيع و كذلك ان حقيقه سائر المعاملات متقومه بالاعتبار النفسانى و بالإظهار الخارجى كما لا يخفى.

و هذا بخلاف حقيقه الشرط فإنه ليس متقوماً بالاعتبار و بالإظهار الخارجى معا بل معناه كما ذكرناه هو الرّبط بين الشئيين و هو حاصل بمجرد البناء و القصد و إظهار المعامله و ابرازها و إنشائها بانبا عليه فإنه بمجرد ذلك يحصل الرّبط كما لا يخفى فلا يحتاج الى اللفظ بوجه و قد ذكر ذلك المحقق الايروانى أيضا فيجب الوفاء به للعموم على أن التزامهما مقيد فى نفس الأمر فلا يعقل التفكيك بينهما لكى يكون أحدهما واجب الوفاء دون الآخر.

و أما ما ذكره المصنف من ان الشرط المذكور قبل العقد إذا لم يذكر فى العقد و لو بالإشارة كان لغوا و ان وقع العقد بانبا عليه و أما ما ذكره فقد ظهر جوابه ممّا حققناه فكأن المصنف حسب أن قوام الرّبط و الشرط كقوام المعاملات بالإظهار و الإبراز و قد عرفت أنه ليس كك و الحاصل أن الشرط المذكور قبل العقد الذى يقع العقد فى الخارج باينا عليه كالمحذوف المقدر فإنه فى حكم المذكور.

و من هنا ظهر بطلان ما ذهب اليه شيخنا الأستاذ أيضا من أن القصور و الدواعى غير معتبره فى العقود ما لم ينشأ لفظ على طبقها فمجرد وقوع العقد مبني على شرط مع عدم ذكره فى متن العقد لا يؤثر فى سقوط الخيار و ذلك لان الشرط إلتزام مستقل لا يرتبط بالعقد فارتباطه به يتوقف على الإلتزام به فى العقد و مجرد البناء ليس التزاما به و لا- يقاس ذلك على أوصاف المبيع المعتره فيه بالارتكاز و وجه الظهور أن الغرض من الشرط هو ارتباط الإلتزام العقدى بالإلتزام الشرطى فى نظر المتعاملين بحيث يكون أحدهما مربوط بالآخر و لا يلزم أن يكون على نحو معرفه غيرهما أيضا فإن تحقق

حقيقه الشرط لا يتوقف على الإظهار كما يتوقف البيع عليه فلو كان تحققه محتاجا الى فهم الغير أيضا لزم ان لا تحقق المعاملات الواقعه فى الخفاء التى لا يطلع عليها غير المتعاملين.

### قوله فرع ذكر العلامة فى التذكرة موردا لعدم جواز اشتراط.

نفى الخيار

أقول كان كلامنا فى سقوط الخيار بالشرط وقد ذكر العلامة فى التذكرة أنه قد لا يجوز اشتراط إسقاط الخيار لا من جهة إسقاط ما لم يجب فإنه لو كان صحيحا لكان جاريا فى جميع موارد اشتراط إسقاط الخيار بل من جهة أخرى كما إذا نذر المولى أن يعتق عبده إذا باعه بأن قال لله على ان أعتقك إذا بعتهك و قال لو باعه بشرط نفى الخيار لم يصح البيع لصحة النذر و يجب الوفاء به و لا يتم ذلك برفع الخيار لرفع موضوع النذر وقد ذكر المصنف أن ما ذكره العلامة مبنى على أن النذر المعلق بالعين يوجب عدم تسلط الناذر على التصرفات المنافية له ثم قال وقد مرّ أن الأقوى فى الشرط أيضا كونه كك.

أقول لا يتم ما ذكره العلامة و ارتضاه المصنف و أضاف إليه الشرط صغرى و كبرى و أما الوجه فى عدم تماميه الصغرى فلان عتق العبد لا ينحصر بفسخ العقد بخيار المجلس ثم عتقه بل يمكن بوجه آخر كالشراء ثانيا أو تملكه بغير الشراء كالاتهاب أو التوارث فإنه مع الاطمئنان برجوعه الى ملكه ثانيا لا مانع من عدم الفسخ فعتقه لا ينحصر بصوره الفسخ فقط بل يمكن بغيره أيضا كما هو واضح.

و أما الوجه فى عدم تماميه الكبرى أن وجوب الوفاء بالنذر و كذا وجوب الوفاء بالشرط وجوب تكليفى كما تقدم قريبا و قد عرفت أنه لا ملازمه بين الحكم التكليفى و الحكم الوضعى بأن تكون المخالفه

ص: ١٣٨

بالحكم التكليفي موجب لبطلان المعامله المنهيه عنها أيضا فلأدله للنهي عن شيء تكليفا على فساده وضعا إلا بالقرائن كما في الخمر نعم لو كان النهي إرشاديا فيدل على الفساد كما في نهى النبي (صلى الله عليه وآله) عن بيع الغرر ونحوه وعلى هذا فمخالفة الناذر و نذره أو مخالفه الشارط شرطه حرام تكليفا فإذا نذر أن يعتق عبده إذا باعه أو شرط ذلك على نفسه في ضمن معاملة ثم باعه يبيعا لازما و خالف نذره فلم يعتق فلا تدل مخالفته هذه على بطلان البيع و قد تقدم في المكاسب المحرمه كثيرا أن الحرمة التكليفية لا يلزم الحرمة الوضعيه بل هي تدل على مبعوضيه الفعل فقط لا على عدم نفوذه.

و تظهر الثمره فيما إذا باعه في حال الغفله و النسيان عن نذره فإنه لا يكون حراما أيضا تكليفا لكونه مرفوعا عند الغفله و النسيان كما هو واضح و أما ما ذكره شيخنا الأستاذ من أن الحكم الشرعي يجعل الإنسان مسلوب القدره فقد تقدم جوابه و تقريب كلامه.

### **قوله:مسأله و من المسقطات إسقاط هذا الخيار بعد العقد**

بل هذا هو المسقط الحقيقي أقول لا- شبهه في جواز إسقاط خيار المجلس بعد العقد بل هو المسقط الحقيقي كما ذكره المصنف و أما الكلام في دليل ذلك.

### **و قد استدل عليه المصنف بوجوه**

### **الأول:دعوى الإجماع عليه**

و لكنه تقدم غير مرّه أن الإجماع في مثل هذه المسأله ليس تعديا بل هو مبني على الوجوه المذكوره في المسأله.

### **الثاني القاعده المسلمه بين الفقهاء أن لكل ذي حق إسقاط**

حقه

و لعل الوجه في ذلك قوله(عليه السلام)الناس مسلطون على أموالهم

ص: ١٣٩



فإن مقتضى ذلك هو تسلط ذى الحق بحقه فيفعل فيه ما يشاء بالفحوى و بالطريق الأولويه فإن الإنسان إذا كان مسلطا لما له الذى من قبيل الأعيان فهو مسلط على حقه أيضا.

و فيه اما لمن له الخيار حق لإسقاطه أو لا أى أن هذا الخيار الثابت له اما من قبيل الحقوق أو من قبيل الحكم فان كان منه قبيل الحقوق فلا- يحتاج الى التمسك بفحوى دليل السلطنة أو بمنطوقه فان معنى الحق هو كون ذى الحق مسلطا على حقه بحيث يفعل فيه ما يشاء.

و ان لم يكن من قبيل الحقوق بل من قبيل الحكم فلا يقبل الاسقاط سواء كان هنا دليل السلطنة أم لا.

و بعبارة واضحة قد ذكرنا فى أول البيع أنه لا فرق بين الحق و الحكم من حيث كونهما مجعولين للشارع بل كلاهما من الأحكام الشرعية التى جعلها الشارع و لكن بعض هذه الاحكام قد فوضه الى المكلف و جعل اختياره بيده فله أن يتصرف فيه كيف يشاء و نسمى ذلك حقا فى الاصطلاح و ان كان حكما فى الحقيقة أيضا و هذا لا يكون إلا إذا ثبت بالدليل فبدونه لا يمكن أن يقال ان هذا الحكم اختياره بيد المكلف. و لذا كلمات شككنا فى مورد أنه يسقط بإسقاط من له ذلك أو لا فالأصل بقائه و عدم سقوطه بالإسقاط تمسكا بدليله.

و على هذا فلا- يمكن إثبات الحقيقة بدليل السلطنة فإنه ناظر الى الكبرى و أن كل من له السلطنة على شىء فله التصرف فى متعلق سلطنته كيف يشاء و بالفحوى يثبت جواز التصرف فى الحق و متعلقه و لكن لا- يثبت بذلك أن الحكم الفلانى حق و الحكم الفلانى

ليس بحق.

### **الثالث قوله (عليه السلام) المؤمنون عند شروطهم**

بدعوى أنه إذا شمل الشروط الابتدائية لكان شاملا لذلك أيضا فإن إسقاط الخيار بعد العقد التزم بأن لا يكون له خيار فيكون من الشروط الابتدائية.

و فيه أولا أنه لا تشمل الشروط الابتدائية للاتفاق بعدم كونها واجب الوفاء بل ليست من الشروط وقد تقدم من القاموس أن الشرط هو الإلزام والالتزام في بيع و نحوه.

و ثانيا على تقدير كونه شاملا للشروط الابتدائية فلا شبهه لعدم شموله لإسقاط الخيار بعد العقد الذي هو محل كلامنا و ذلك فان معنى إسقاط الخيار هو الالتزام بأن لا يكون له خيار و لا شبهه ان ثبوت الخيار له و عدم ثبوته له من الأحكام الشرعية فلا يكون تحت اختيار المكلف كما لا يخفى، فلا يعقل شمول المؤمنون عند شروطهم لذلك.

### **الرابع فهو العمده و حاصله أنا استفدنا من النص الدال على**

سقوط الخيار بالتصرف

معللا بأنه رضا بالبيع فيدل ذلك على أن الرضى بالبيع و بسقوط الخيار يوجب السقوط بأي كاشف كان ذلك الدال فكلما دل على رضا ذى الخيار بسقوط الخيار فيكون ذلك موجبا للسقوط كما لا يخفى فان المناط هو الرضا لا أن للفظ خاص موضوعيه بحيث يكون سببا للسقوط تعبدا كما لا يخفى.

### **و يترتب على ذلك المسألتان اللتان ذكرهما المصنف بعد ذلك**

### **الاولى أنه لا يعتبر في إسقاط الخيار لفظ خاص**

كما يعتبر ذلك في العقود و الإيقاعات على المشهور من العرييه و الماضويه و غيرهما بل يسقط الخيار بكل ما يكون كاشفا عن الرضا عن ذى الخيار على ذلك

ص: ١٤١

لما عرفت أن المناط هو الرضا بالبيع و كونه لازما و هو يحصل و لو بالإشارة بالحواس و نحوه و على هذا فيجربى فى الإسقاط ما يكون شبيها بالبيع الفضولى كما إذا قال أحد غير ذى الخيار أسقط خيار الفلانى ثم يقول صاحب الخيار أمضيت فإنه يكون ذلك إسقاطا فإن الإمضاء مصداق لسقوط الخيار و مصداق للرضا به كما لا يخفى فلا يعتبر هنا لفظ خاص لتحقق المناط المذكور بأى كاشف.

### المسألة الثانية ما ورد فى بعض الروايات و إن كانت غير جامعته

لشرائط الحجية

أنه لو قال أحدهما لصاحبه اختر فهل يكون هذا إسقاطا للخيار أم لا و قد وقع ذلك محل الكلام بين الاعلام.

لا شبهه أن كلمه اختر ليس من مسقطات الخيار تعبدا فيقع الكلام فى دلالة على ذلك و قد يقال أن كلمه اختر معناه إسقاط خياره عن نفسه و إرجاع أمر العقد الى الطرف الآخر و اما إذا لم يكن له خيار فمعناه تمليك خياره اليه و الحاصل أن قول القائل لصاحبه اختر هذا العقد معناه إرجاع أمر العقد و تفويضه اليه بحيث لا يكون للقائل اختيار فى العقد أصلا و عليه فان كان للطرف الآخر خيار أيضا فيسقط خيار القائل و الا فيكون تمليكا لخيار نفسه الى الطرف الآخر.

و قد يقال: ان معنى كلمه اختر تفويض الخيار الى الطرف الآخر بحيث يكون هو المفوض إليه فى ذلك امام يعمل أو لا يعمل دون الاسقاط و قد يقال ان معنى كلمه اختر هو استكشاف حال الطرف بالنسبة إلى العقد أنه أى شىء يختار فى العقد الفسخ أو الإمضاء.

و على الثالث لا يكون التكلم به موجبا لسقوط الخيار لكونه مسوقا للتجربة و الامتحان بل قيل على الثانى أيضا لا يدل على سقوط الخيار

ص: ١٤٢

فان تفويض الأمر الى صاحبه فى أمر خيار المجلس لا يدل على سقوط خيار نفسه غايه الأمر أنه يكون مثل الموكل الذى فوض أمر شىء إلى الوكيل المفوض فإنه مع كونه وكيلا مفوضا للموكل أيضا أن يتصرف فى ذلك الشىء الذى و كل غيره فيه.

وقال شيخنا الأنصارى و هو الحق أن كلمه اختر لا يدلّ الآ على كشف حال الطرف و امتحانه و أما أزيد من ذلك فلا شىء من الدلالات المطابقه و غيرهما الا- أن تكون هناك قرينه حاله أو مقالیه تدل على كون مراد المتكلم هو إسقاط الخيار و هو كذلك فإن ماده كلمه اختر هي لا تدلّ على أزيد من الاختيار و هيئتها هي صيغه الأمر فلا دلالة فى شىء من ماده و الهيئه على ذلك أى سقوط الخيار بل لا يستفاد منها الا امتحان الطرف و كشف حاله أنه يمضى العقد و يسقط خياره أم لا بدّ يريد الفسخ.

قوله ثم أنه لا- إشكال فى ان إسقاط أحدهما خياره لا- يوجب سقوط خيار الأخر أقول قد تقدم فى أوائل الخيار أن إمضاء أحدهما العقد لا يوجب سقوط خيار الأخر و كون العقد لازما من قبله بل هو باق على خياره نعم أن فسخ أحدهما يوجب فسخ الآخر كما ذكره المصنف ثم تصدى المصنف لبيان صورته معارضه الفسخ و الإمضاء و قال: لو اقتضت الإجازة لزوم العقد من الطرفين كما لو فرض ثبوت الخيار من طرف أحد المتعاقدين أو من طرفهما لمتعدد كالأصيل و الوكيل فأجاز أحدهما و فسخ الأخر دفعه واحده أو تصرف ذو الخيار فى العوضين دفعه واحده كما لو باع عبدا بجاريه ثم أعتقهما جميعا حيث ان إعتاق العبد فسخ و إعتاق الجاريه إجازة أو اختلف الورثه فى الفسخ

و الإجازة تحقق التعارض و ظاهر العلامة فى جميع هذا الصور تقديم الفسخ و لم يظهر وجه تام و سيجىء الإشاره الى ذلك فى موضعه إنشاء الله تعالى.

و التحقيق فى بيان الكبرى فى المقام أنه قد يقال بثبوت الخيار للطبيعى بحيث كُلمن سبق إلى اعمال الخيار من الفسخ أو الإمضاء لا- يبقى مجال للآخر أصلا كما أن الشخص الواحد ليس له الأ خيار واحد من الفسخ أو الإمضاء فالطبيعى أيضا فى حكمه فكأنه فرد واحد و قد احتمل هذا الوجه فى ثبوت الخيار للورثه بموت المورث و قالوا بان هنا ح خيار واحد فأى من الورثه سبق إلى إعماله فيسقط عن الباقيين.

و قد يقال بكونه ثابتا لكل واحد و لكن يكون الخيار الثابت للثانى فى طول الخيار الثابت للأول أى من فروعه و شؤونه سواء كان خياره فى طول خيار الأول متعددا أو واحدا و هذا كخيار الوكيل الواحد أو المتعدد من الموكل فى اعمال الخيار.

و قد يقال بثبوتة لكل واحد واحد من الأشخاص على نحو الاستقلال من غير أن يرتبط بالآخر أصلا.

أما على الأول فلا شبهه فى سقوط الخيار عن البقيه بسبق أحد أفراد الطبيعه إلى إعماله إما بالفسخ أو بالإمضاء كما عرفت فإنه حينئذ ليس هنا الأ خيار واحد فلا يعقل بقاءه بعد سقوطه بالإعمال إسقاطا أو أعمالا فلا يبقى لخيار الثانى موضوع أصلا لارتفاعه بفسخ السابق أو إمضاءه.

و على هذا فلو تقارن فسخ أحد أفراد الطّبيعه مع إمضاء الفرد

الآخر فلا- مناص عن التسايط حينئذ و لا يكون شىء من الفسخ أو الإمضاء مؤثرا فى العقد فىكون الخيار باقيا على حاله فان سقوطه و عدمه معا مستحيل للتناقض لما عرفت أن ثبوت الخيار للطبيعه كتبوته لفرد واحد فكما لا يعقل تأثير صدور الفسخ و الإمضاء من شخص واحد بأن يكتب بإحدى يده الفسخ و بالآخر الإمضاء و يبرز هما معا أو يفسخ بلسانه و يمضى بكتابه أو بإشارته فان شىء من ذلك لا يعقل لانه مستلزم لتناقض و ترجيح أحدهما على الآخر ترجيح بلا مرجح فيلغو كلاهما و كك فى هذه الصوره فإنه حينئذ ليس هنا إلا خيار واحد فهذا الخيار الواحد لا يعقل أن يؤثر فى العقد الفسخ و الإمضاء معا. و على هذا الفرض لا وجه لكلام العلامه أصلا لانه لم يظهر له وجه تام كما ذكره المصنف لما عرفت أنه غير معقول و انه مستحيل كما لا يخفى.

و أما على الثانى بأن يكون خيار أحدهما فى طول خيار الآخر فقد عرفت أنه على قسمين الأول أن يكون الثانى الذى خياره فى طول خيار الأول واحدا كما إذا و كل أحد شخصا آخر فى أمر الخيار فان خيار الوكيل فى طول خيار الموكل أى من فروع و شؤونه.

الثانى أن يكون الوكيل فى اعمال خيار الموكل متعددا كأن و كلّ نفرين فى اعمال خيار المجلس الثابت فان هذا الخيار الثابت للوكيل فى طول خيار الموكل.

و على كلّ حال فكلّ من سبق من الوكيل أو من الموكل إلى اعمال الخيار فيرتفع الخيار و لا يبقى للآخر مجال أصلا فإن سبق الموكل فلا يبق مجال لخيار الوكيل و ان سبق الوكيل فلا يبقى مجال لخيار الموكل و كك الحال فى سبق أحد الموكلين على الوكيل الآخر و الموكل

و الوجه فى ذلك أن هنا خيار واحد ثابت للموكل و للوكيل فى طوله فبعد اعمال كل منهم ذلك لا يبقى مجال لخيار الأخر أصلا.

و ان تقارنا بان فسخ الوكيل و أمضى الموكل أو فسخ أحد الوكيلين و أمضى الآخر فإنه حينئذ لا مناص من التساقت أيضا و من عدم تأثير شىء من الفسخ و الإمضاء لما عرفت من انه ليس هنا الأ خيار واحد فلا يعقل أن يعمل هذا الخيار الواحد بالفسخ تاره و بالإمضاء أخرى معا فقها يحكم بالتساقت كما عرفت فى ثبوته على الطبعى فهذان- الاحتمالان أى احتمال ثبوته للطبعه و احتمال ثبوته للمتعدد طولا متحدان من حيث النتيجة فلا مجال لكلام العلامة فى هاتين الصورتين و أما على الثالث: فللكل منهما خيار مستقل فله اعماله من غير أن يرتبط بالآخر كما تقدم نظيره فى ثبوت خيار المجلس للوكيل و الموكل معا على نحو الاستقلال مع اجتماعهم فى مجلس واحد أو مع كون الوكيلين فى مجلس و الموكلين فى مجلس آخر مجتمعين كما تقدم و حينئذ فكل يترتب حكم خيار نفسه على حده من دون ربط بالآخر.

و على هذا فلو فسخ أحدهما سواء كان قبل إمضاء الآخر أو مقارنا بإمضائه أو بعده فيبطل العقد و ينحل فلا يبقى شىء أصلا فإن الفسخ يقدم على الإمضاء حتى بعد إمضاء الآخر و قد تقدم وجهه سابقا من أن فى الفسخ خصوصيه يوجب انحلال المعامله لأنه عباره عن الحل و الحل انما يكون من الطرفين بخلاف الإمضاء فإنه إقرار العقد فهو تحصل من قبله أيضا وحده.

و على هذا الفرض فمع التقارن يقدم الفاسخ و مع التأخر عن الإمضاء يقدم على الإمضاء فمع التقارن يقدم أيضا بطريق الأولويه

و لو كان مراد العلامه من تقديم الفاسخ على المجيز هذا فله وجه وجيه و على الجملة فكلما كان الفسخ مقدما على الإمضاء فى فرض تأخره عنه فيقدم فى فرض التقارن بالأولويه أيضا و كلما وقع التعارض بينهما فى صورته المقارنه فلا يكون الفسخ مقدما فى صورته التأخر أيضا بالأولويه لعدم بقاء الموضوع له ح.

### قوله من جمله مسقطات الخيار افتراق المتبايعين

أقول: يقع الكلام فى جهتين الأولى فى أن المدار فى الافتراق الموجب لسقوط الخيار أى شىء هل هو طبيعى الافتراق و لو بمقدار إصبع أو بمقدار شعره أو المناط هو الافتراق بمقدار خطوه أو المناط هو الافتراق العرفى وجوه ثلثة التى ذكرها المصنف.

الجهة الثانية فى أن ما يوجب لسقوط الخيار من الافتراق و أن موضوع الحكم هو الافتراق بما هو افتراق أو ان الموضوع هو الافتراق الكاشف عن الرضا و أما ما كان عن اكراه لا يوجب سقوط الخيار.

أما الكلام فى الجهة الأولى فذكر المصنف أن الافتراق بما هو افتراق موجب لسقوط الخيار قليلا كان أم كثيرا فان الظاهر من الأدله هو حصول الخيار بمجرد الافتراق و انفصال الهيئه الاجتماعيه الحاصله لهما حين العقد، فإذا حصل مسمى الافتراق و صدق الطبيعى سقط الخيار. و الذى يصرح أن مراد المصنف هو ذلك ما ذكره فى ذيل كلامه من قوله فلو تبايعا فى سفينتين متلاصقتين كفى مجرد افتراقهما.

الوجه الثانى اعتبار الخطوه فى الافتراق المسقط للخيار فقد



ذكره جماعه اغترارا بالتمثيل بالخطوه الواقعه فى كلمات جماعه و لكنه لا دليل عليه بوجه و انما ذكره جماعه من باب المثال و على تقدير أنهم ذكروا ذلك من باب التحديد فلا دليل عليه لانه لم يرد من الشرع ما يوجب التحديد كما ورد ذلك فى تعيين الكر و النصاب فى الزكاه و نحوهما.

الثالث أن يقال بأن المناط فى ذلك هو الافتراق العرفى و أما الوجهان الأولان فلا- دليل عليهما و بيان ذلك أن المراد من الافتراق ليس هو مجرد الانفصال بأى نحو كان و لو كان طبيعى الانفصال بين المتبايعين لحصوله من الأول بالبديهيته فإنه قلما يتفق أن يكون إمضاء أحد المتبايعين متلاصقا بالآخر باليد أو بشيء آخر من أعضاء بدنهما و عليه فالمراد من الافتراق ليس هو افتراق بدن كل منهما عن الآخر فلا بدّ و أن يراد من ذلك هو الافتراق عن مجلس العقد سواء كانا- جالسين أو قاعدين أو مضطجعين أى عن مجلس العقد للمعامله و لو كان فى حاله المشى فلو كانا فى قبه و اجتمعا فى تلك القبه للمعامله الخاصه فالاجتماع فيها اجتماع للمعامله فيكون هذا المجلس مجلس المعامله فلا يحصل التفرق حينئذ إلا بالتفرق من هذا القبه و انقضاء مجلس البيع عرفا فإنه ما دام هذا الاجتماع فى هذه القبه باق لا يصدق التفرق عن مجلس المعامله كما لا يخفى.

فلو قام أحدهما لشرب الماء فى الزاويه أخرى من القبه أو للتوضى لا يحصل الافتراق عرفا و ان حصل التفرق بالدقه العقليه و هكذا ان التفرق فى كل مجلس اجتماعا للمعامله بحسب حال ذلك المجلس عرفا و على هذا لا يضر التفرق بمقدار عشره خطأ فضلا عن الخطوه الواحده

كما ذكره جماعة بل فضلا عن التفرق بالمسمى كما ذكره المصنف بل المناط هو الصدق العرفي و انههدام الهيئه الاجتماعيه لأجل المعامله عرفا هذا بحسب ما يستفاد من الروايات.

و لكن ورد فى روايه صحيحه أنه عليه السلام قال فلما أوجب البيع قمت فمشيت خطأ ليجب البيع فان الظاهر من هذه الروايه الشريفه أن المشى خطأ يوجب سقوط الخيار و ان المشى لا جل إسقاط الخيار لا لغرض آخر و عليه فالمناط فى سقوط الخيار هو ذلك و أقله بثلثه خطوات فإنه لو لم يكن المشى خطأ موجبا لسقوط الخيار لكان ذكره فى الحديث لغوا فإنه ليس من باب الصدقه فإن الحالات الموجوده حال البيع و بعده كثيره فلو لم يكن لذكر ذلك موضوعيته لم يذكره الامام عليه السلام و لذكر غيره فيعلم من ذلك ان المناط فى سقوط الخيار و بالتفرق هو ذلك و ان الامام(عليه السلام)طبق الكبرى الكليه على المورد الخاص لا أن القضييه شخصيه فى مورد خاص كما لا يخفى فتحصل أن ما يظهر من هذه الروايه الشريفه هو الميزان فى سقوط الخيار بالتفرق.

ثم أنه هل يحصل التفرق بحصوله بالاختيار من أحد الطرفين و بالاضطرار عن الآخر أو بالاضطرار من الطرفين أو لا بدّ و أن يكون اختياريًا من كلا الطرفين و بعباره أخرى هل يعتبر فى التفرق أن يكون اختياريًا من كلا الطرفين أو يكفى من احد الطرفين أو لا يعتبر الاختيار فى شيء من الطرفين أصلا.

الظاهر أنه لا يعتبر الاختيار فى حصول مفهوم التفرق أصلا فإنه أمر تكوينى يحصل بمجرد انفصال أحد المجسمين عن الآخر و بعباره

أخرى أن التفرق و الانفصال من الأمور النسيه و هو يتحقق من الطرفين بمجرد تباعد أحد الجسمين عن الآخر و إذا انفصل أحدهما عن الآخر بأي نحو كان يحصل التفرق من الطرفين حقيقه و أما سقوط الخيار بمطلق التفرق و عدم سقوطه فهو مطلق آخر و غير مربوط بالمقام.

و أما ما ذكره المصنف من قوله فذات الافتراق من المتحرك و اتصافها بكونها افتراقا من الساكن فلا معنى له فان الافتراق حقيقه يحصل من الطرفين بمجرد تفرق أحدهما عن الآخر كما لا يخفى فلا نعقل معنى لكون ذات الافتراق من المتحرك و اتصافها بكونها افتراقا من الساكن كما هو واضح لا- يخفى و يدل على تحقق الافتراق بمجرد تفرق أحدهما قوله (عليه السلام) قمت فمشيت خطأ ليجب البيع حين افترقنا حيث اثبت افتراقهما بمجرد انفصاله عليه السلام عن الآخر من غير أن يكون الآخر متحركا بل كان جالسا.

### (فيما لو أكره أحدهما على التفرق)

قوله مسأله المعروف أنه لا- اعتبار بالافتراق عن إكراه إذا منع من التخاير، أقول: لا شبهه أن موضوع عدم الفسخ هنا مركب من أمرين أحدهما التفرق و الثاني عدم الفسخ و عليه قد يكون كل منهما اختياريا بأن يكون متمكنا من الفسخ و لا يكون مكرها عليه و يكون مختارا في التفرق و عدمه و هذا هو القدر المتيقن من مورد سقوط خيار المجلس بالتفرق أى إذا كان متمكنا من الفسخ و كان مختارا في التفرق و مع ذلك تفرّق باختياره و لم يفسخ كك باختياره يسقط خياره.

و قد يكون مختارا في الفسخ و عدمه متمكنا عنه و مع ذلك كان

مكرها على التفرق و قد يكون عكس ذلك بأن يكون مكرها على عدم الفسخ و لكن كان مختارا فى التفرق فالمعروف المشهور فى هذين الفرضين أيضا سقوط الخيار و الوجه فيه ما سيأتى من أنه مع كون أحد جزئى الموضوع. المركب إكراهيا و الجزء الأخر غير اكراهى لا. يوجب رفع الحكم المتعلق به أو المترتب عليه لكونه اختياريا كما لا يخفى فافهم قد يكون مكرها على كليهما بأن يكون مكرها على التفرق و غير متمكن من الفسخ اى مكرها على عدم الفسخ فالمشهور هنا هو عدم سقوط الخيار

**و قد استدل على هذا بوجوه**

كما يظهر من كلام المصنف

**الأول الإجماع المنقول المنجبر بفتوى المشهور.**

و فيه أن كلا- من الإجماع المنقول و الشهره ليس بحجه فلا- يكون ضم غير الحجه بمثله مفيدا للحجه أما عدم حجيه الشهره الفتوائيه فواضح و أما عدم حجيه الإجماع المنقول فمن جهه أن المظنون أن مدركه هو الوجوه المذكوره فى المقام فلا يكون هنا إجماع تعبدى كاشف عن رأى المعصوم(عليه السلام).

**الثانى أن المتبادر من الفعل هو الاختيارى**

فالحكم المترتب على فعل يكون مترتبا على فعل اختيارى لا على فعل غير اختيارى فالمناط فى التفرق الموجب لسقوط الخيار هو التفرق الصادر عن المتفرق باختياره لا- الصادر بالإكراه فإنه حينئذ لا يسقط الخيار بل يتمسك بأصالة بقاء الخيار و يحكم بعدم سقوطه.

و قد أشكل عليه المصنف بأنه يمكن منع التبادر فان المتبادر هو الاختيارى فى مقابل الاضطرارى الذى لا يعد فلا حقيقيا قائما بنفس الفاعل بل يكون صورته فعل قائمه بجسم المضطر لا فى مقابل

المكره الفاعل بالاختيار لدفع الضرر المتوقع على تركه فان التبادر ممنوع.

ثم ذكر ثانياً أنه لو تم هذا انما يتم في صورته الإكراه و الاضطرار على التفرق مع التمكن من الفسخ مع أن المشهور ذهب في هذه الصوره إلى سقوط الخيار.

أقول أما جوابه الثاني أى النقض بصوره الإكراه على التفرق مع تمكنه من الفسخ فهو متين و أما جوابه الأول فلا- يمكن المساعده عليه فإنه لا- فرق بين الاضطرار و الإكراه بل الظاهر أن المتبادر من الفعل هو الأعم من الاختيارى و غير الاختيارى الشامل لصوره الاضطرار أيضا فإن الاختيار لم يؤخذ في الأفعال لا بموادها و لا لهيئاتها أما موادها فواضح فلان مثل التفرق و القعود و القيام و الجلوس و النوم و نحوها من مواد الأفعال أعم من الاختياريه و غيرها فتخصيصها بحصه خاصه و هى كونها اختياريه مجازفه.

و أما الهيئات فهى مختلفه بحسب المشتقات فإنها قد تدل على صدور الفعل و قد تدل على حلوله و وقوعه على المواد و هكذا فليس فيها اختيار أصلا نعم قد يكون الاختيار مأخوذاً في مفهوم المواد لعنوان التعظيم و الإهانه و الصوم و الصلاه و نحوها من الأمور التى من العناوين القصديه فان الاختياريه مأخوذه فيها بحسب المفهوم كما هو واضح.

و على الجملة لا- وجه للقول بأن المتبادر من الأفعال هو كونها اختياريه سواء كان الاختيار فى مقابل الإكراه أو فى مقابل الاضطرار فإن الأفعال غير ما يكون الاختيار مأخوذاً فى مفهومه أعم من الاختياريه

و غيرها و من هنا ترى أنهما تنقسم إلى الاختيارى و غير الاختيارى فيقال قيام اختيارى و قيام غير اختيارى و موت اختيارى و موت غير اختيارى و قعود و اضطجاع اختياريين و غير اختياريين و هكذا.

### الوجه الثالث: الاستدلال بحديث الرفع

فان ما اكره عليه أو- اضطر عليه الإنسان مرفوع فى الشريعة المقدسه بمقتضى حديث الرفع.

و قد أجاب عنه المصنف بأنه لا يمكن أن يجعل التفرق كلا تفرق بمقتضى حديث الرفع لان المفروض أن التفرق الاضطرارى أيضا مسقط مع وقوعه فى حال التمكن من التخيير فلو كان حديث رفع الإكراه رافعا لحكم التفرق مع عدم التمكن من التخيير لكان حديث رفع الاضطرار رافعا لحكم التفرق أيضا مع التمكن من التخيير.

و لكن يرد عليه أنه لا- مجال لهذا النقص لما عرفت أن موضوع عدم الخيار هو التفرق و عدم الفسخ و هو انما يكون حكما إكراهيا إذا كان كلا الجزئين من موضوعه المركب إكراهيا و أما إذا كان أحد الجزئين اختياريا و الآخر إكراهيا فيكون الحكم أيضا حكما غير اكرهى و حينئذ لا يترتب عليه حكم الإكراه مثلا إذا كان شخص مكرها على التكلم بكلمه بع و تكلم المكره بكلمه بعث منشأ بها بيع داره مثلا، فإنه لا يتوهم أحد أن هذا الإنشاء غير مؤثر باعتبار كون بعض أجزاء ما أنشأ به البيع صادرا عن إكراه. و هكذا فى جميع الموضوعات المركبه ففى المقام كك فإن الإكراه. بأحد الجزئين لا يجعل الحكم إكراهيا مع كون الجزء الآخر من الموضوع باقيا على اختياريته بحيث يكون الحكم غير الكراهيى به فإذا كان البائع مثلا مكرها على التفرق و لكن كان مختارا فى الفسخ و عدمه فله أن يفسخ ذلك فلا يكون مجبورا و مكرها على عدم الفسخ فلا

وجه لهذا النقض.

وقد أجاب شيخنا الأستاذ عن حديث الرفع أولا- أن النسيان مرفوع فيه أيضا مع ان القائل باعتبار الاختيار مقابل الإكراه يلتزم بسقوط الخيار مع النسيان والغفلة فيستكشف من السقوط في مورد النسيان ان ذات الافتراق بما انه فعل لا بما هو صادر عن اختيار جعل من المسقطات.

و ثانيا أن حديث الرفع و ان لم يختص بالحكم التكليفي و لكن لا- يمكن التعدى منه الى غير الحكم التكليفي الا الى متعلقاته أى يكون المرفوع به وراء الحكم التكليفي متعلقا التكليف لا موضوعاته لان مورد بعض المرفوعات منحصر فى متعلق التكليف كالحسد و الوسوسة و الطيره فتعميم الرفع لموضوعات التكليف كالسفر و الحضر و التفرق مع عدم الجامع بين المتعلق و موضوع التكليف لا وجه له فيجب أن يراد منه أنه لو شرب المكلف نسيانا أو كرها أو أفطر ككك فشربه كالعدم لا انه لو تحقق السفر أو الإقامة أو التفرق عن كره فوجوده كالعدم و لذا لا يلتزم أحد بأنه لو أقام مثلا عن كره يجب عليه القصر.

أما نقضه بالنسيان فهو متين و لكن لا وجه لجوابه الثانى بل لم يلتزم به فى الأصول و انه التزم فبه بعدم الفرق فى شمول حديث الرفع بين الموضوع و المتعلق لأن المرفوع بحديث الرفع هو الحكم المتعلق بفعل المكلف و هو قد يكون متعلقا للتكليف و المراد به ما يكون مطلوبا أو منهيًا عنه و قد يكون موضوعا له و يكون الحكم مترتب عليه و المراد به ما كان شرطا للتكليف لا مطلوبا بنفسه فالأول مثل الشرب الذى هو متعلق النهى فى شرب الخمر و نحو ذلك و الثانى كالتفرق

ص: ١٥٤

الذى موضوع لسقوط الخيار فإنه على كل تقدير يرتفع بحديث الرفع كما هو واضح وقد عرفت أنه لم يلتزم بذلك فى الأصول.

و الحاصل أن المرفوع انما هو فعل المكلف الذى يقع عليه الإكراه و هذه قضيه حقيقه فأىما تحققت يتحقق الحكم بمعنى أنه انما وجد الفعل و تعلق به الإكراه يكون هذا الفعل كعدمه بارتفاع الحكم بل لا يمكن الالتزام به أصلا فإن لازم ذلك أن يلتزم بثبوت الكفاره للإفطار فى شهر رمضان إذا كان عن إكراه بأن يقال أن المرفوع انما هو الحريه لأن إفطاره كعدمه و أما الكفارات فهى تترتب عليه فان حديث الرفع لا يجعل الإفطار المتحقق الذى هو موضوع الكفاره كعدم الإفطار مع انه لم يلتزم به و كك لازم الفرق بين المتعلقات و الموضوعات فى مفاد حديث الرفع أن يلتزم بثبوت الكفارات للمحرمات فى باب الحج التى حكم الشارع بثبوت الكفارات على ارتكابها عن العمد إذا صدرت عن إكراه و نسيان و غفله أيضا بأن يقال أنه لو أكره أحد على الصيد فى حال الإحرام أو نسى فاصطاد فتثبت له الكفاره لأن حديث الرفع لا يرفع موضوع الحكم فالصيد الذى موضوع لثبوت الكفاره غير مرفوع بل المرفوع انما هو الحكم التكليفى و متعلقاته أى جعل الصيد كعدمه بالنسبه إلى الحكم التكليفى و لم يلتزم المشهور بذلك.

و أما ما ذكره من الاستشهاد على عدم شمول حديث الرفع لموضوعات الاحكام بعدم كون الإقامة و السفر عن إكراه كغير الإقامة و كغير السفر حيث ان وظيفه المكلف فى الأول هو الإتمام و فى الثانى هو القصر مع أن لازم القول شمول حديث الرفع لموضوعات الاحكام هو الالتزام بكون الإقامة و السفر هنا كعدمهما.



فهو محض اشتباه حيث ان المستفاد من الاخبار أن موضوع القصر و الإتمام انما هو علم المكلف بالإقامة و عدم علمه بذلك لا الإقامة الخارجيه و عدمها و أن العلم هنا تمام الموضوع لا جزئه و لذا لو علم بأنه يقيم فى مكان عشره أيام فصلى تماما ثم تبين انه لا يبقى إلا أربعه أيام صحت صلوته فلا معنى للنقض بأنه لو كان حديث الرفع شاملا لموضوعات الاحكام و رافعا لها أيضا للزوم القول بوجود القصر مع الإكراه على الإقامة أو السفر و لذلك لا يرتفع النجاسه بالملاقاه عن نسيان أو عن إكراه لأن موضوع الحكم فيها هو الإصابه كما يظهر من الروايات و من هنا ذكرنا فى محله أن شرائط التكاليف قد تكون أمورا غير اختياريه كالوقت نعم التقيد بها أمر اختياري أى تحت اختيار المكلف.

و الحاصل أنه لا يمكن التمسك هنا بحديث الرفع لوجهين:

الأول أن الظاهر من حديث الرفع هو الإكراه يوجب رفع الحكم الثابت على ما اكراه عليه من موضوع الحكم الذى ترتب عليه الحكم و من متعلقه الذى ترتب تعلق به الحكم و أما ترتب الحكم على الإكراه بعدم شىء فلا يستفاد من حديث الرفع و توضيح ذلك انه إذا كان احد مضطرا إلى شىء أو مكرها عليه أو ناسيا فكان الحكم المتعلق به أو المترتب عليه حراما فى الواقع مثلا فان حديث الرفع يرفع هذا الحكم كما هو الظاهر.

و أما لو كان الشىء متروكا عن اكراه أو نسيان فلا يوجب حديث الرفع ترتب الحكم على العمد أى ليس الإكراه على عدم شىء موردا لحديث الرفع و موجبا لثبوت الحكم الذى كان ثابتا مع عدم الإكراه مثلا إذا كان أحد يختار صلاه الجماعه لأن يستريح من المشكوك الطارئه

عليه أو يستريح من قراءه الفاتحه فإذا أكرهه أحد على ترك الجماعه فلا يوجب الإكراه ترتب أحكام الجماعه عليه من عدم الاعتناء بشكته لانه حين ما كان يصلى الجماعه لا يعتنى بشكته لحفظ الامام و كك لو كان أحد متجهزا الى الجهاد و متلبسا بلباس الحرير لانه يجوز لبسه فى الحرب و لكن منعه شخص عن ذلك إكراه فإن الإكراه حينئذ لا يجوز لبس الحرير و الحاصل أن دليل الإكراه يرفع الحكم المترتب على الموضوع الذى أكره عليه أو المتعلق الذى تعلق به الحكم و لا يكون ناظرا أبدا إلى إثبات الحكم مع الإكراه على ترك موضوع ترتب عليه الحكم أو متعلق تعلق به الحكم أى لا يكون حديث الرفع متكفلا لإثبات الحكم الذى ترتب على الموضوع أو تعلق بالمتعلق حين الإكراه بترك المتعلق و الموضوع.

نعم لو كان حديث الرفع شاملا- للمباحات لكان الإكراه على البقاء موجبا لرفع جواز الفسخ و لكنه فرض غير واقع فان حديث الرفع يرفع الإلزام لا- الجواز و على هذا فلا- يمكن الحكم ببقاء الخيار مع الإكراه على التفرق بدعوى أنه قد اكره على التفرق فيكون الإكراه موجبا لإثبات حكم عدم التفرق و الاجتماع.

و اما توهم أن حديث الرفع يرفع لزوم العقد مع الإكراه على التفرق فهو توهم فاسد فان التفرق ليس موضوعا لوجوب العقد و لزومه و لا- أنه مما تعلق به لزوم العقد بل هو غايه للجواز و الخيار الثابت فى المجلس تخصيصا لعموم وجوب الوفاء بالعقد بمقتضى أَوْفُوا بِالْعُقُودِ فمع التفرق ينتهى أمد الجواز.

و بعباره أخرى أن العقد كان لازما من الأول بدليل وجوب الوفاء

بالعقد و قد خرجنا عن ذلك في زمن خيار المجلس أى بالجواز الثابت في المجلس و قد كان هذا الجواز مغيا بالافتراق و إذا افترقا حصلت الغايه لا- أنه وجب البيع فان وجوب البيع كان من الأول كما لا يخفى فالجواز انما هو ثابت مع انحفاظ أمرين أحدهما عدم الفسخ و الثاني عدم حصول الافتراق فافهم و اغتتم.فليس اللزوم مترتبا بالافتراق أو متعلقا به ليرتفع مع الإكراه على التفرق و يبقى الجواز على حاله.

الثاني أنه على تقدير شمول حديث الرفع لما ذكر و كونه موجبا لإثبات الحكم و لكنه وارد في مقام الامتتان و من الواضح أنه شموله للمقام على خلاف الامتتان فإنه يوجب أن ينتزع مال الغير منه بالفسخ و هو على خلاف الامتتان.

و الحاصل أنه ذكرت وجوه سته على عدم سقوط الخيار بالتفرق عن اكراه مع عدم التمكن من الفسخ و قد عرفت أن شيئا منها لا يرجع الى محصل و قد عرفت أن من جمله ما استدل به على عدم سقوط الخيار و قد عرفت ما أجاب عنه المصنف و شيخنا الأستاذ و عرفت أيضا أن شيئا من المذكورات لا تصلح للجواب عن ذلك.

و قد عرفت أنا أجبنا عنه بجوابين الأول أن حديث الرفع لا يثبت الحكم على نقيض ما اكراه عليه الشخص كالأمثله المتقدمه فلو اكراه على التفرق فلا يوجب حديث الرفع إثبات الحكم اعنى عدم سقوط الخيار على عدم التفرق الذى هو نقيض التفرق.

الثاني أن حديث الرفع انما ورد في مقام الامتتان و من الواضح أن الحكم بعدم سقوط الخيار لحديث الرفع على خلاف الامتتان لانه يوجب انتزاع مال الغير من ملكه فإنه بعد الحكم بعدم سقوط

الخيار فإذا أعمل الشخص خياره فيكون ذلك سببا لرد ما كان تملك المشتري مال البائع بالبيع و الشراء الى ملك البائع بالفسخ و رد الثمن الى ملك المشتري كك و هو على خلاف الامتتان.

ثم أجبنا عن أن حديث الرفع يرفع اللزوم المترتب على التفرق بأن التفرق غاية لسقوط الخيار و ليس موضوعا للزوم العقد و انما الموضوع له هو العقد و الموجب للزومه هو دليل الوفاء بالعقد و أما التفرق فليس سببا للزومه و انما هو غاية جواز الفسخ اعنى الخيار فى المجلس و لكن الظاهر أن هذا الجواب لا يفيد بيان ذلك قد تقدم فى جواب شيخنا الأستاذ أن فى الموضوعات المركبه لا- يكون حديث الرفع رافعا للحكم المترتب عليها إلا- بالإكراه على كلا جزئى الموضوع كما إذا كان التكلم فى حال القيام حراما فإنه إذا أكره أحد على التكلم فى حال القيام فيرتفع الحكم بالحرمة عند الإكراه بحديث الرفع و هكذا و اما إذا كان أحد الأجزاء مقدورا و الآخر غير مقدور فلا موجب لرفع الحكم بحديث الرفع لعدم كون المترتب على الموضوع هما يترتب على موضوع اكراه أو متعلقا بما لمتعلق الإكراهى كما لا يخفى فافهم.

و لذا قلنا فى محله انه لا مانع من كون التكليف مشروطا بشروط غير مقدوره إذا كان متعلق التكليف أو المشروط بهذا الشرط الغير المقدور أمرا مقدورا و كان ذلك الأمر المقدور مقيدا بهذا الشرط الغير المقدور بحيث يكون التقييد مقدورا أى إتيان العمل مقيدا بهذا الشرط و هذه الكبرى و ان كانت مسلمه و لذا عرفت كون التكليف مشروطا بشرط غير مقدور و لكنه و لا يصح فى المقام و ليس ما نحن فيه من صغريات هذه الكبرى و ذلك من جهة أو أحد جزئى الحكم باللزوم هو العقد

و قد تحقق على الفرض و الجزء الآخر التفرق و هو انما تحقق بالإكراه فلا يكون الموضوع الذى ترتب عليه الحكم اختياريا فعليا بل الكراهيا فيرتفع الحكم باللزوم بحديث الرفع نظير ما إذا كان موضوع الحرمة التكلم فى حال القيام كما تقدم و قد تحقق القيام باختياره و بعد تحققه بالاختيار فأكره القائم على التكلم فإنه ترتفع الحرمة حينئذ و ما ذكرناه من الكبرى فمورده قبل تحقق أحد جزئى الموضوع المركب فإنه ح الإكراه بأحد الأجزاء لا يوجب كون الموضوع إكراهيا ليوجب رفع الحكم بل المكلف بعد على اختياره بالنسبة إلى إيجاد الجزء الآخر فلا يكون الموضوع إكراهيا حتى يوجب رفع الحكم كما لا يخفى.

ففى المقام أن موضوع اللزوم هو العقد و التفرق على الفرض كما عرفت فان دليل الوفاء بالعقد و ان كان تمام الموضوع للزوم حين تحقق العقد و لكن بعد التخصيص بأدله الخيار صار مقيدا بالافتراق عن مجلس العقد لان الخاص يوجب تعنون العام به فيكون الموضوع هما معا أى العقد و التفرق و قد تحقق العقد على الفرض و هو لا ينقلب عما هو عليه فهو أمر لا مناص عنه و مما لا بد منه و لكن التفرق أمر اختيارى فيدور سقوط الخيار و عدمه على الفسخ و عدمه و على التفرق و عدمه و لكن إذا أكره أحد المتبايعين أو كلاهما على التفرق فيكون موضوع اللزوم متحققا فى الخارج بالإكراه فيكون ذلك مشمولاً لحديث الرفع فيرتفع الحكم المترتب على الموضوع بحديث الرفع كما لا يخفى فافهم فلا يتوهم أن الجزء الآخر و هو العقد قد تحقق بالاختيار فإنه بعد تحققه لا ينقلب عما هو عليه نعم قبل العقد فموضوع اللزوم هو العقد و التفرق فإذا أكره على أحدهما أوجد الآخر بالاختيار لا يكون مترتبا

على موضوع اكرهى كما لا يخفى.

و التحقيق فى الجواب أن يقال أن الافعال قد يكون ظاهرا فى الاختياريه و قد يكون أعم من الاختياريه و غيرها أما الأول فلا شبهه فى كون الحكم المترتب عليها أو المتعلق بها مرتفعا عند الإكراه و أما الثانى فلا يرتفع بذلك لكونه أعم و بعبارة أخرى قد يراد من الفعل هو الفعل النحوى من الماضى و المضارع و الأمر و نحوها فان ذلك إذا نسب الى الفاعل يكون أعم من الاختياريه و غيرها كقولنا مات زيد أو قعد و تفرق و نحو ذلك و قد يكون المراد من الفعل ما يصدر من الفاعل - بالإرادة و الاختيار فهذا ظاهر فى الاختياريه.

و عليه فان كان الفعل الاختيارى الصادر من المكلف بالإرادة و الاختيار متعلقا للتكليف كقوله لا تشرب الخمر أو من موضوعاته كقوله من أفطر فى شهر رمضان فله كذا كفاره فلا شبهه أن الحكم المتعلق به أو المترتب عليه يرتفع عند الإكراه بلا شبهه و أما الفعل الجامع بين الاختيارى و غيره فلا يرتفع عند الإكراه كالتفرق فيما نحن فيه حيث ان قوله (عليه السلام) ما لم يتفرقا فعل أعم من الاختيارى و غيره فيكون مع هذا العموم موضوعا للحكم فلا- يكون الحكم المترتب عليه مرفوعا عند الإكراه و عليه فكما يسقط الخيار و بالتفرق بالإرادة و الاختيار فكذلك يسقط الخيار بمطلق التفرق و ان كان بالإكراه و الاضطرار هذا كله فالنقض المذكور أى النقض بالنسيان كانفى فى الجوابيه عن عدم شمول حديث الرفع لما نحن فيه و الفرق و بين الإكراه و النسيان كما صنعه شيخنا الأستاذ لا يرجع الى محصل لعدم النص فى المقام فافهم.

**و الوجه الرابع ما أشار إليه شيخنا الأنصارى (ره)**

أن الظاهر من

ص: ١٤١

المطلقات الواردة في جعل الخيار ما لم يفترقا هو ما كان التفرق عن رضا بالعقد سواء وقع اختيارا أو اضطرارا فإذا كان عن غير اختيار لا يكشف عن الرضا فلا يوجب سقوط الخيار.

و فيه أولا أنه لا موجب لذلك و لا منشأ لهذا التبادر و بأى وجه نستكشف عن كاشفيه التفرق الذى يوجب سقوط الخيار عن الرضا كما لا يخفى.

و ثانيا أنه يلزم الالتزام بذلك فى صورته النسيان أيضا فإنه ليس التفرق نسيانا أو غفله كاشفا عن الرضا بالعقد مع ان المشهور التزموا بسقوط الخيار بالتفرق مع النسيان و الغفله كما لا يخفى فافهم.

### الوجه الخامس ما ذكره المصنف أيضا من صححه الفضيل

(١)

فإذا افترقا فلا- خيار بعد الرضا منهما دل على أن الشرط فى السقوط الخيار الافتراق و الرضا منهما و لا ريب أن الرضا المعتبر ليس الا- المتصل بالتفرق بحيث يكون التفرق عنه إذا لا يعتبر الرضا فى زمان آخر إجماعا و الحاصل أن النص انما يدل باعتبار التفرق مع الرضا فى سقوط خيار المجلس و من الواضح أنه منتف فى صورته التفرق مع الإكراه فلا يكون الخيار ساقطا مع عدم التمكن من الفسخ.

و فيه أن الرواية و ان كانت صحيحة و لكن لازم من ذكره المصنف ان يكون الحال كك فى صورته النسيان أيضا و ليس كك على ما ذكره المشهور و أما معنى الرواية و الله العالم أن المراد من قوله (عليه السلام) فلا خيار بعد الرضا منهما هو الرضا الجديد بالعقد ليكون الحديث دالا على اعتبار كون التفرق كاشفا عن الرضا بالعقد بكون التفرق و عدم الفسخ عن الرضا

ص: ١٤٢

بل المراد من هذا الرضا هو الرضا الاولي المتعلق بالعقد حين البيع غايه الأمر أنا خرجنا من ذلك في زمن الخيار و مع التفرق يكون الرضا الاولي باقيا على حاله أيضا لا- أن هنا رضا جديدا متصلا بالتفرق و بعبارة اخرى أن المراد من الرضا في الروايه الرضا الذى ثبت عليه لزوم العقد لا- الرضا بالعقد و بعدم الفسخ عند التفرق لكونه هو الذى وقعت المعامله عليه كما هو المفروض فان البيع لم يقع عن اكراه.

### **الوجه السادس ما ذكره المصنف أيضا في ذيل الصحيحه**

فكأنه ره طبق الصحيحه عليه و قال أو يقال أنّ قوله بعد الرضا إشاره إلى إناطه السقوط بالرضا بالعقد المستكشف عن افتراقهما فيكون الافتراق مسقطا لكونه كاشفا نوعا عن رضاهما بالعقد و اعراضهما عن الفسخ.

و فيه أيضا انه ظهر جوابه ممّا ذكرناه بدعوى أنه من اين علم كون التفرق مسقطا للخيار لكونه كاشفا نوعا عن الرضا بالعقد.

و فيه انه ظهر جوابه ممّا تقدم من أنه على تقدير تماميته يجرى فى صوره النسيان أيضا فإنه ليس التفرق هنا كاشفا عن الرضا نوعا مع أن المشهور التزموا بسقوط الخيار عنده كما عرفته. و من هن ظهر انه لا وجه لما ذكره شيخنا الأستاذ من أن الفارق بين الإكراه و النسيان هو النص حيث قال ان النص دل على سقوط الخيار مع الافتراق نسيانا و وجه الاندفاع أنه لم نجد نصا يدل على ذلك و أما صحيحه الفضيل فهى أجنبه عن المقام فتحصل ان الخيار يسقط بجميع أقسام التفرق كما لا يخفى.

### **قوله مسأله لو أكره أحد على التفرق و منع عن التخايير و بقى الآخر**

فى المجلس

أقول بناء على أن التفرق يوجب سقوط الخيار مطلقا سواء

ص: ١٦٣



كان بالإكراه أو بغيره و سواء كان عن التفاوت أو بغيره فلا مجال للبحث على هذه المسألة فإنه بجميع اقسامه يوجب سقوط الخيار و أمّا بناء على أن التفرق الحاصل عن اكراه لا يوجب سقوط الخيار فنقول: قد يكون تفرق كل من المتبايعين عن الاختيار و قد يكون احد هما عن اختيار و الآخر بغير اختيار و على الأول فقد يكون كل منهما أيضا متمكنا عن الفسخ أيضا و قد لا يكون كلاهما أو أحدهما ككك و على الثاني فقد يكون أحدهما مكرها على التفرق و ترك التبايع أيضا و بقاء الآخر في المجلس مختارا في المصاحبه أو التبايع و أخرى بالعكس بإبقاء أحدهما في المجلس كرها مع المنع من التبايع و ذهاب الآخر اختيارا فذكر المصنف أن محل الاختيار في التفرق فهل لا بدّ من كون كل من المتبايعين مختارا في التفرق بحيث أن الغايه لسقوط الخيار هو التفرق منهما اختيارا أو يكون في سقوط خيار المجلس كون أحدهما مختارا في التفرق فقط و ان لم يكن الآخر ككك و على الأول فهل التفرق الموجب لسقوط الخيار بعنوان الاستغراق بمعنى أن تفرق كل منها يوجب سقوط خيار نفسه أو بعنوان المجموع بمعنى أن تفرقهما مجموعا عن اختيار يوجب سقوط خيارهما و على الثاني فهل يكون مجرد كون أحدهما متفرقا بالاختيار موجبا لسقوط الخيار عن الآخر الذي كان باقيا في المجلس أو يفصل بين بقاء المختار في المجلس فالثبوت لهما و بين مفارقتة فالسقوط عنهما و قد اختار القول بهذا التفصيل العلامة (ره) في التحرير اذن فالأقوال في المسألة أربعة.

و التحقيق أنه لا بدّ من ملاحظه مدرك الحكم باعتبار الاختيار في

التفرق و ترك التخايير فى المسأله السابقيه فإن كان مدركه هو الإجماع فبناء على حجيته و انجباره بالشهره الفتوائيه كما فى المتن فلا- يشمل المقام فان المتيقن منه ما إذا كان كل من التفرق و ترك التخايير إكراهيا من الطرفين فلا يشمل ما إذا كان أحدهما مختارا فى ذلك فإنه دليل لبي فلا بد من أخذ المتيقن منه.

و أما إذا كان مدرك اعتبار الاختيار فى التفرق الموجب لسقوط الخيار هو غير الإجماع فالظاهر أنه لا يسقط الخيار الا بحصول التفرق بالرضا و الاختيار من الطرفين و انه لا يمكن الاكتفاء بتفرق واحد منهما عن اختياره مع كون التفرق من الأخرى عن غير اختياره و الوجه فى ذلك أن التفرق من الأمور الإضافيه و من المقولات النسبيه كعنوان الأبوه و و البنوه و الاخوه و العمومه و السببيه و المسببيه و العليه و المعلوليه و غيرها من المقولات الإضافيه و من الواضح أن شيئا من المقولات الإضافيه لا توجد فى الخارج و لا تحقق الا بالطرفين فلا يعقل الأبوه بدون الابن و لا البنوه بدون الأب و هكذا سائر المقولات الإضافيه.

و مفهوم التفرق أيضا كك فإنه لا يتحقق الا بالطرفين فإنه عباره عن انفصال شىء عن شىء و افتراق جسم عن جسم فلا يعقل أن يصدق هذا العنوان على شىء واحد فقها يعتبر افتراقه عن شىء آخر و يلاحظ باعتباره و عليه فلا يسقط الخيار المجلس الذى كان مغيا بالافتراق الا بافتراقهما ثم نقول أن هذا المفهوم و ان لم يعتبر فى تحققه الاختيار كما تقدم لا من حيث ماده و لا من حيث الهيئه لصدقه على الجمادات أيضا فضلا عن اعتبار الاختيار فيه فإنه يصح أن يقال أن الجدار افترق بعضه عن بعض و كك يصح نسبه الى كل جماد و غيره باعتبار انفصال

بعض أجزائه عن بعض فإنه بمعنى الانفصال فكما لا يعتبر فيه ذلك فلا يعتبر في الافتراق أيضا ذلك.

و لكن مع لحاظ تلك الداله على اعتبار الاختيار في التفرق فيكون التفرق الحاصل من الإكراه و بعدم الرضا من أحدهما كعدم التفرق فلا يكون موجبا لسقوط الخيار فتكون النتيجة هو سقوط الخيار بمجموع التفرق منهما باختيار كليهما مع عدم المنع من التخاير.

أما إذا كان دليل اعتبار الاختيار هو تبادر اختياريه التفرق بدعوى أن المتبادر من الفعل المسند الى الفاعل المختار هو اختياريته فلا بد ما يكون صادرا عن غير اختيار لا يكون تفرقا أصلا كما هو المفروض و عليه فلا يكون خروج أحدهما و لو باختياره عن المجلس تفرقا.

و أما إذا كان دليل اعتبار الاختيار هو صحيحه الفضيل من كون التفرق الحاصل برضاها موجبا لسقوط الخيار فلانه مع كون أحدهما مكرها على التفرق لا يكون التفرق منهما كاشفا عن رضاها فلا يكون موجبا لسقوط الخيار و من هنا ظهر أنه بناء على كون التفرق كاشفا عن الرضا النوعى كما ذكره المصنف فى ذيل الصحيحه فلا يكون التفرق الحاصل باختيار من أحدهما دون الآخر موجبا لسقوط الخيار لعدم كشفه عن الرضا نوعا.

و أما لو كان دليل اعتبار الاختيار فى التفرق هو حديث الرفع كما هو العمده فلان التفرق الحاصل بالإكراه من أحدهما كعدم التفرق و حينئذ فيكون ما يتحرك و يخرج باختياره فى حكم العدم بحديث الرفع فقد عرفت أن التفرق من المقولات الإضافيه فلا يتحقق من شخص واحد أو فى شىء واحد بل لا بدّ و أن يتحقق بين شيئين فحيث كان

تفرق المكره فى حكم العدم بحديث الرفع فلا يصدق عنوان التفرق على خروج الأخر أيضا و ان كان خروجه بالاختيار كما هو واضح.

و بالجمله فلا نعرف وجهها صحيحا بناء على اعتبار الاختيار فى التفرق المسقط للخيار لسقوط الخيار إذا كان أحدهما مختارا فى التفرق و الأخر مكرها فى ذلك.

و لكن هنا شىء و هو أنه ورد فى الصحيحه على ما تقدم أنه قال (عليه السلام) فلما استوجبت البيع قمت فمشيت خطأ ليجب البيع فان الظاهر منه أن التفرق من طرف واحد يوجب سقوط الخيار و وجوب البيع فإنه (عليه السلام) لم يتعرض بكون تفرقه كان مع التفاوت الأخر و اختياره فيكون إطلاق كلامه شاملا لكون الطرف الأخر مكرها فى البقاء أو غافلا عن تفرقه (عليه السلام) فيكون دالا على كفايه التفرق من طرف واحد عن رضا و اختيار و لكن ذلك لا يزيد عن حكاية فعل المعصوم (عليه السلام) فلا إطلاق فيه فلعله مشى مع التفات الأخر و عدم متابعه الأخر مع التفاتة و اختياره فلا يكون دليلا لكفايه التفرق الاختيارى من طرف واحد مع كون الطرف الأخر مكرها فى ذلك.

### قوله مسأله لو زال الإكراه فالمحكى عن الشيخ و جماعه امتداد

الخيار بامتداد مجلس

أقول: إذا ارتفع الإكراه بعد التفرق عن كره فهل يكون خياره فورياً كما زعمه بعض أو يكون ممتداً الى أن يطرئه المزيل الأخر غير التفرق لحصول التفرق أو المناطق فى التفرق هو التفرق بعد زوال الإكراه عن الهيئة التى كان المتعاملان عليها فكأنهما بعد مجتمعان فى مجلس العقد.

أما الوجه الأخير فذكر المصنف أن الهيئة الاجتماعية الحاصلة

حين العقد قد ارتفعت حسيًا غايه الأمر عدم ارتفاع حكمها و هو الخيار بسبب الإكراه و لم يجعل مجلس زوال الإكراه بمنزله مجلس زوال العقد و الحاصل أن الباقي بحكم الشرع هو الخيار لا مجلس العقد فالنص ساكت عن غايه هذا الخيار فلا بدّ اما من القول بالفور كما عن التذكرة و لعله لان المقدار الثابت يقينا لاستدراك حق المتبايعين و اما من القول بالتراخي الى ان يحصل المسقطات لاستصحاب الخيار و الوجهان جاريان في كل خيار لم يظهر حاله من الأدله.

و بالجمله فالقول بامتداد الخيار بامتداد مجلس الزوال لا وجه له لعدم كونه خارجا عن ظهور الأدله فيدور الأمر بين القول بفوريه الخيار و بين القول باستمراره ما لم يطرئه مزيل غير التفرق لان المورد من موارد دوران الأمر بين التمسك بالعام و هو هنا ما دلّ على اللزوم و بين استصحاب حكم المخصص لانه لم يدل دليل على ثبوته بالخصوص بعد زوال الإكراه.

أقول قد تعرض المصنف فيما يأتي لحكم الخيار فيما لم يدل عليه دليل بالخصوص و دار الأمر فيه بين التمسك بالعام فيكون الخيار فورياً و بين استصحاب حكم المخصص و يكون الخيار مستمرا و تعرّضه في خيار الغبن.

و لكن المورد ليس من هذا القبيل و الوجه فيه هو أن التفرق قد حصل بين المتبايعين و لو كان بالإكراه و بعدم الرضا و لا ينقلب الشيء عمياً هو عليه فان التفرق هو افتراق جسم عن جسم و انفصال كل منهما عن الآخر فهو حاصل لا محاله بل قد عرفت فيما سبق أنه لا يعتبر الاختيار لا في ماده التفرق و لا في هيئه الا أنه مع ذلك فهذا التفرق كعدمه

من حيث عدم ترتب الأثر عليه في نظر الشارع و ذلك لانه قد دلت الأدله السابقه على عدم كون التفرق بنفسه غايه لسقوط الخيار بل هو مع القيد الآخر الوجودى كما هو مقتضى بعض الوجوه السابقه و العدمى كما هو مقتضى بعض الوجوه الآخر فإنه على تقدير انصراف الفعل الى الفعل الصادر عن الفاعل المختار كما هو مقتضى بعض الوجوه السابقه أو على فرض اعتبار الرضا فى التفرق لصحيحه فضيل أو لكشف التفرق عن الرضا نوعا فيكون التفرق المقيد بالرضا موجبا لسقوط الخيار فحيث كان التفرق عن كره عادما للرضا و حاصلا بدونه فيكون لغوا و لا- يترتب عليه تمر أصلا فيكون أدله الخيار محكمه لعدم حصول الغايه و بعد ذلك لا تحصل تلك الغايه أيضا فإن التفرق قد حصل بالإكراه قطعا و قد عرفت أن الشىء لا ينقلب عما هو عليه و بعده لا- يعقل حصول التفرق عن الرضا فإنه ذكر المصنف أن المراد من الرضا المقارن بالتفرق و بعد حصول التفرق بلا رضا كيف يمكن حصول التفرق ثانيا مع الرضا كما لا يخفى.

و على تقدير أن يكون دليل عدم تأثير التفرق عن اكراه و ثبوت الخيار معه هو دليل رفع الإكراه فتكون الغايه لارتفاع الخيار هو التفرق عن غير كره فيكون القيد عدميا فلا يرتفع الخيار بالتفرق الخالى عن عدم الإكراه فبعده لا يمكن حصول التفرق عن غير كره لحصول التفرق مستقلا فلا- ينقلب الشىء عما هو عليه و على هذا فيكون الخيار باقيا و ممتدا ما لم يطرئه المسقط الآخر بمقتضى أدله الخيار لكونها مغياه بغايه اما الوجودى أو العدمى فإذا حصل التفرق بغير تلك الغايه فيكون الخيار باقيا على حاله الى الأبد فلا يمكن أن يكون التفرق بعد

ذلك مسقطا له و اعتبار التفرق عن مجلس زوال الإكراه كما توهمه بعضهم خارج عن مفاد أدله الخيار كما ذكره المصنف فان الاعتبار فى تلك الأدله على التفرق عن مجلس العقد عن كل مجلس و على كل حاله فالحق أنه بناء على اعتبار الاختيار فى التفرق فالخيار باق مع التفرق الإكراهى حتى بعد ارتفاع الإكراه الى أن يطرئه المسقط الآخر غير التفرق كما لا يخفى فافهم.

و الحاصل أنه إذا قلنا بعدم سقوط الخيار بالتفرق الإكراهى فإذا زال الإكراه فهل الخيار فورى أو مستمر كما هو مورد النزاع فى كل مورد ثبت الخيار بغير دليل اجتهادى من الامارات فإنه يدور الأمر بين التمسك بعموم أدله اللزوم فيكون الخيار فوريا و بين التمسك باستصحاب حكم المخصّص فيكون الخيار مستمرا ذكر المصنف(ره) أنه ذكر بعضهم أنّ المناط على التفرق بعد زوال الإكراه فالمناط هو مجلس زوال الإكراه و ذكر أنه لا وجه لذلك لانه ليس لنا ما يدل على جعل مجلس زوال الإكراه مجلس العقد بحيث يكون التفرق عن ذلك المجلس مسقطا للخيار و أنّما الأدله دلّت على أن الخيار باق و لم يرتفع بالتفرق و أما التفرق فهو حسى لا- شك فيه و أدله الخيار ساكت عن غايه هذا الخيار أى الأدله الداله على ثبوت الخيار مع التفرق عن إكراه ساكته عن بيان أمد الخيار بل هى ناظره إلى أصل ثبوت الخيار و عدم سقوطه بالإكراه كما لا يخفى و أما بيان الأمد فخارج عنها فافهم فيكون هذا الخيار من مصاديق ما سيأتى فى خيار الغبن من ثبوته بغير نص فيدور الأمر فيه بين القول بفوريه الخيار و بين استصحاب حكم المخصّص و القول بثبوته مستمرا.

أقول: أما ما افاده من عدم دلالة الدليل على جعل التفريق كعدم التفريق فهو متين جدا فان التفريق حاصل تكويننا فلا يمكن أن بعد ذلك غايه للخيار فإن الشيء لا ينقلب عمّا هو عليه و الحاصل أنه لا يمكن القول بأن المناط هو التفريق عن مجلس زوال الإكراه فى سقوط خيار المجلس فإنه كما ذكر المصنف لم يدل دليل على تنزيل مجلس الزوال منزله مجلس العقد و لا على بقاء التفريق و أن الحاصل منه كعدم بحيث يلاحظ ذلك جديدا بعد زوال الإكراه فإنه كما عرفت قد حصل التفريق حسا فلا يمكن أن يكون ذلك غايه للخيار بعد و لكن ما ذكره من جعل الأمر دائرا مدار فوريه الخيار للتمسك بعموم أدله اللزوم فإنه يقتصر فيما لم يدل دليل خاص على ثبوت الخيار على المتيقن و هو الفور و اما من الرجوع الى استصحاب حكم المخصّص و الحكم بثبوت الخيار على الدوام و وجه الضعف هو أنا نحكم بثبوت الخيار هنا تمسكا بعموم أدله الخيار و لا يسقط ذلك الا بمسقط آخر غير التفريق فان التفريق الحاصل بالإكراه لا يكون غايه لسقوطه فإنه لم يكن بما هو تفريق غايه لسقوط الخيار بل الغايه انما هو التفريق المقيد بعدم الكره بناء على أن دليل الدال على اعتبار الاختيار هو دليل رفع الإكراه و المقيد بقيد وجودى و هو الرضا بناء على أن دليل اعتبار الإكراه هو صحيحه الفضيل أو انصراف الفعل الى الفعل الصادر من الفاعل المختار فالحاصل على كل تقدير هو التفريق و هو بنفسه ليس غايه و ما هو غايه أعنى التفريق المقيد فلم تحصيل فيكون المورد مشمولاً لأدله الخيار فتكون أدله الخيار دالا على ثبوته من غير أن يكون مغيا بغايه إذا الغايه كما عرفت هو التفريق المقيد بأحد القيدين المذكورين و من الواضح أنه حصل بغير ذلك



القيد فلا يمكن أن يحصل بعد ذلك فتكون داله على بقاء الخيار إلى الأبد ما لم يطرء عليه مسقط آخر غير التفريق.

و على الجملة فالخيار ثابت هنا بإطلاق أدله الخيار فلا يقاس ذلك بما يأتي في خيار الغبن من أنه مع عدم ثبوت الخيار بالنص مع ثبوته قطعاً فلا بدّ اما من القول بالفوريه تمسكا بعموم أدله اللزوم أو القول باستصحاب حكم المخصص تمسكا بالاستصحاب.

قوله و من مسقطات هذا الخيار التصرف أقول لم يرد في نصّ و لا في روايه ان التصرف يوجب سقوط خيار المجلس أو خيار الشرط الا- أن يدعى بقيام الإجماع عليه و هو كما ترى نعم ذلك في خيار الحيوان و قد تمسك المصنف و جعل التصرف مسقطاً للخيار و التعليل المذكور في بعض أدله خيار الحيوان حيث قال فإن أحدث المشتري فيما اشترى حدثاً قبل ثلثه أيام فذلك رضا منه فلا شرط فإن المنفى يشمل شرط المجلس و الحيوان ثم عقب قوله هذا بالتأمل و هو في محله بيان ذلك أنه لا يمكن التعدي عن مورد الروايه و هو خيار الحيوان الى غيره فان سقوط الخيار فيه انما هو بالتعبد و التعليل وارد في مورد التعبد فلا يمكن تسريته الى غيره لأنه لا شبهه أن التصرف مسقط لخيار الحيوان سواء كان مقارناً بالرضا أم لا حتى لو صدر مع الغفله عن حكمه فيكون أيضاً مسقطاً كما إذا اشترى الجاريه فقبلها بتخيل انها مملوكه له مع عدم كونه راضياً بالبيع أى رضا جديداً غير الرضا بأصل العقد بل يريد التروى و مع ذلك ليكون مسقطاً كما في روايه أخرى أريت ان لا مس أو قبل فذلك رضى فيه بالبيع و على هذا فكيف يمكن التعدي الى غير مورده مع ما نرى بالعيان و نشاهد-

بالوجدان أن التصرف لا يكشف عن الرضا بالبيع.

نعم لا نضائق باستفاده الكبرى الكليه من هذه الروايه و هى أنه يسقط الخيار بإسقاط ذى الخيار لكونه راضيا بالبيع كما أشرنا الى ذلك فى التكلم على أن إسقاط الخيار يوجب سقوطه أم لا.

و أما الزائد عن ذلك فلا اذن فالحق أن تصرف المتبايعين أحدهما أو كلاهما فيما انتقل إليهما لا يوجب سقوط الخيار كما لا يخفى إلا أن يدعى فى المقام إجماع على مسقطيه التصرف فهو كما ترى.

(فى خيار الحيوان) قوله

## الثانى خيار الحيوان،

### اشاره

أقول: لا خلاف بين الفرقين فى ثبوته فى الجملة فى بيع الحيوان و انما الكلام فى خصوصيه ذلك

### و يقع

### اشاره

الكلام فى ذلك فى جهات عديده.

## الاولى أن المراد بالحيوان هل هو مطلق الحيوان أو ما لم يقصد

منه الا لحمه

فظاهر النص و الفتوى هو العموم فيشمل كل حيوان حتى الزنبور و الجراد و السمك و نحوها.

و لكن ذكر المصنف أنه لا- يبعد اختصاصه بما كان المقصود منه حياته فى الجملة فبمثل السمك المخرج من الماء و الجراد المحرز فى الإناء خارج عن مورد هذا الأدله لأنها لا تتبع من حيث انها حيوان بل من حيث انه لحم ثم أشكل على نفسه بالصيد المشرف على الموت بإصابه السهم أو بجرح الكلب.

و ان كان مراده من ذلك الكلام أن ما يقصد لحمه بشخصه فلا خيار فيه فلا بدّ و أن يلتزم بما لم يلتزم به أحد بأن يقول بسقوط الخيار

فيما كان الشراء للحمه أو لأجل الهدى و نحوه ثم بدئ فلم يذبح فإنه لم يقل أحد و لم يتوهم متفقه بسقوط الخيار هنا و ان كان غرضه أن ما كان بنوعه مقصودا منه اللحم فلا خيار فيه.

و فيه أولا أنه من اين استفيد هذا الحكم مع كون الأدله مطلقا و ثانيا أنه أمر لا ينضبط إذ يمكن أن يكون غرضه المشتري فيما كان الغرض النوعى منه اللحم أن يكون هو الإبقاء كالسمك مثلا نعم فى مثل الجراد لا يكون غرض للإبقاء و ثالثا قد لا يمكن ان يكون الغرض فى بعض الحيوانات الحياه من النوع الذى قصد منه الحياه كما إذا أصابه جرح من السهم أو من الكلب كالغزال مثلا بحيث لا يعيش مع أن الغرض تعلق بحياته و بالجمله أن هذا الحكم لا يمكن تصديقه نعم قد يتعلق الغرض بكون المراد من الحيوان هو اللحم فقط حتى لو ذبحه البائع ثم أعطاه لا- يضمن بشىء أصلا و قد ذكرناه فى البحث عن بيع هياكل العباده المتبدعه أنه قد يكون الغرض الأصيل من المبيع هو ماده فقط كبيع الصليب للحطب و عليه فلا تلاحظ الهيئه أصلا و لو كان فيها عيب و كك فى المقام فإذا كان المقصود بالذات هو اللحم فلا يلاحظ الهيئه أصلا.

ثم انه فيما ثبت الخيار فظاهر الإطلاقات أن الخيار يمتد الى ثلثه أيام فلا يكون فوريا.

### **ثم ذكر المصنف أنه هل يختص هذا الخيار بالمبيع الشخصى أو**

يعم الكلى أيضا

ثم قرب اختصاصه بالشخصى و لكن لا- ندرى من اين جاء هذا الاحتمال و دعوى أن الحكمه من جعل الخيار و هو التروى مختصه بالمبيع الشخصى لعدم جريانه فى الكلى مجازفه لعدم لزوم الاطراد

ص: ١٧٤

فى الحكمة أو لا و لأن المراد من التروى فى أصل البيع لا فى المبيع و هو جار فيما إذا كان المبيع كلياً و هذا ثانياً فلا مجال لهذا الاحتمال أصلاً قوله ثم أنه هل يختص هذا الخيار بالمبيع كما هو المنساق فى النظر من الإطلاقات مع الاستدلال به فى بعض معاهد الإجماع أقول قد يكون الكلى فى المعين و قد يكون فى الذمه و على الثانى قد يكون حالاً و قد يكون مؤجلاً كالسلم و قد تقدم أقسامه فى بيع صاع من صبره أما الأول فلا شبهه فى ثبوت خيار الحيوان فيه و الشيخ أيضاً لم يستشكل فيه بل كلامه ناظر الى القسمين الأخيرين فإن القسم الأول نظير البيع الشخصى كما إذا كان عنده حيوانان متماثلان فيبيع أحدهما أو انسانان متماثلان فيبيع أحدهما فإنه يكون الخيار ح ثابتاً للمشتري أولاً و للبائع معاً.

و أما القسم الثالث من الكلى فذكر شيخنا الأستاذ أنه يختص بالبيع الشخصى بدعوى أن المشتري لا يملك مطالبه الكلى فى باب السلم قبل موسم قبضه فلا يمكن جعل مبدء الخيار قبل حلول الأجل و أما بعد القبض فلا دليل على أن مبدء الثلاثه من حين القبض فهذا القسم لو لم يمكن الالتزام بثبوت الخيار فيه لا يمكن الالتزام بثبوتها فى الكلى الحالى لعدم الفرق بينهما.

ثم ذكروا أن أدله الخيار منصرفه عن بيع الكلى و أن حكمه ثبوتها هى النظره و التروى فى مده ثلثه أيام حتى يبين أن الحيوان الذى اشتراه هل فيه نقص أم لا و أنه صلاح له أم لا و من الواضح أن هذه الحكمة غير جاريه فى الكلى فى الذمه إذ لم يسلم المبيع فيه بعد حتى يتروى المشتري فيه و يرى أنه صلاح له أولاً.

أقول:الظاهر ثبوت الخيار فى بيع الحيوان فى البيع الشخصى و الكلى أيضا بأقسامها الثلثة أما ما ذكره من الانصراف فلا وجه له بوجه بعد ما كانت الأدله مطلقه و لا نعرف منشأ للانصراف خصوصا بعد ملاحظه أن خيار الحيوان قد ذكر فى بعض الأحاديث مع خيار المجلس و من الواضح أنه لو يستشكل أحد فى ثبوت خيار المجلس فى البيع الكلى و ليس بينهما فرق و لا فى أحدهما خصوصيته الا- أن أمد خيار الحيوان الى ثلثه أيام و أمد خيار المجلس الى حين الافتراق فلا- وجه لتخصيص خيار الحيوان بخصوصيته دون خيار المجلس.

و أما ما ذكره من أن حكمه خيار الحيوان هو التروى و ملاحظه ان الحيوان صلاح للمشتري أم لا- و فيه أولا أن الحكمه غير ساريه الى جميع الافراد بل قد توجد فى بعض الافراد و قد لا توجد كما هو شأن الحكمه فى كل مورد.

و ثانيا أن ثبوت خيار الحيوان و ان كان هو التروى الا- أنه لا بدّ من التروى فى البيع و ملاحظه أنه صلاح للمشتري أو لا دون التروى فى المبيع و من الواضح أنه بناء على هذا فللمشتري أن يتروى فى البيع لكى يرى أنه صلاح له أم لا و أما ما ذكره شيخنا الأستاذ فيرد عليه أن بيع السلم ليس ببيع قبل القبض بل هو قبله نظير الإيجاب الخالى عن القبول فكما أن الإيجاب الخالى عن القبول ليس ببيع فكك بيع السلم فإنه قبل القبض ليس ببيع و إنما يتم و يكون بيعا بعد القبض كما أن الإيجاب يكون بيعا مع القبول و عليه فلا بأس من القول بثبوت الخيار فى بيع السلم و يكون مبدئه حين تحقق القبض كما لا يخفى فيكون مشمولا لأدله خيار الحيوان و على الجملة لا نرى مانعا عن شمول أدله

خيار الحيوان لكل بيع حيوان سواء كان البيع شخصيًا أم كليًا و سواء كان الكلى فى المعين أم فى الذمه مؤجلا أم حالا فدعوى انصرافها عن القسمين الأخيرين من الكلى دعوى جزافيه كما لا يخفى.

### قوله المشهور اختصاص هذا الخيار بالمشتري

أقول فى المسأله ثلثه أقوال الأول اختصاص الخيار بالمشتري و هو المشهور بين الأصحاب حديثا و قديما الثانى ثبوته للبائع و المشتري معا و هو المنسوب الى السيد المرتضى و هو أول من ذهب الى هذا القول و لعل مراده فيما كان المبيع حيوانا دون ما كان الثمن حيوان.

الثالث ثبوته لصاحب الحيوان سواء كان هو البائع أم المشتري و أما مدارك الأقوال فمدرك القول الأول هو جمله من الروايات (١)الداله على اختصاص خيار الحيوان بالمشتري و فى بعضها تصريح بذلك و فى بعضها نظره ثلثه أيام أى مهله ثلثه أيام و لا شبهه أن جمله منها صحيحه و بعضها موثقه.

و مدرك القول الثانى صحيحه (٢)محمّد بن مسلم المتبايعان بالخيار ثلثه أيام فى الحيوان و فيما سوى ذلك من بيع حتى يفترقا: فإنها قريب من الصراحه فى كون الخيار ثابتا لكل من البائع و المشتري.

و مدرك القول الثالث صحيحه محمد بن مسلم أيضا المتبايعان بالخيار ما لم يفترقا و صاحب الحيوان بالخيار ثلثه أيام و فى بعضها قيد صاحب الحيوان بالمشتري كما فى موثقه بن فضال (٣).

ص: ١٧٧

١-١) وسائل ج ١٢ ص ٣٥٠ باب ٤ حد ١ و حد ٩ من باب ٣ و ٥.

٢-٢) وسائل ج ١٢ باب ٣ و ٣٤ حد ٣.

٣-٣) وسائل ج ١٢ ص ٣٤٩ حد ٢.

أما الطائفة الأولى من الروايات فلا شبهة في دلالتها على اختصاص الحكم بالمشتري بل قد عرفت أن بعضها صريح في ذلك فتدل بمفهومها على نفي الخيار عن غير المشتري لا- من جهة القول بمفهوم الوصف بل هي مسوقة لبيان التحديد و أن خيار الحيوان لا يثبت في غير المشتري و هذا هو صريح الأسئلة في بعضها و صريح الجواب في بعضها الآخر و أصرح من الكل روايه (١) قرب الاسناد حيث فصل فيها ثبوت الخيار للمشتري أو البائع أو لهما و هذا واضح.

و نظير ذلك التحديد ما ورد في بعض روايات عدم تنجس الماء الكر حيث سئل (عليه السلام) أي مقدار لا ينجس و لا ينفعل من الماء قال (عليه السلام) كر من الماء فان الجواب حيث كان في مقام التحديد فيدل على المفهوم و كذلك ما ورد في قصر الصلاة حيث سئل في كم يقصر المسافر قال في أربعة فراسخ ذهابا و إيابا أو ثمانية فراسخ ذهابا على ما هو مضمون الروايه.

و على هذا فتقع المعارضه بين هذه الطائفة و صحيحه محمد بن مسلم و عليه فان كان مجرد تعدد الروايه موجبا للترجيح فنأخذ الروايات الداله على اختصاص الخيار بالمشتري و لكن قد ذكرنا في مبحث التعادل و الترجيح أن الشهره على تقدير كونها مرجحه ليس معناها أن يكون احد المتعارضين أكثر من حيث العدد من الآخر بل كون الروايه ظاهرا في نفسها لكونها منقوله في الأصول و لم يكن نادرا و لذا جعلها في الروايه من الأمر البين رشده و من الواضح أن كل من الطائفة الداله على

ص: ١٧٨

اختصاص الخيار بالمشتري و صحِيحه محمد بن مسلم من الأمور البينه رشدها كما لا يخفى.

و عليه فلا بدّ من أخذ مرجح آخر و من الواضح أن ما دل على اختصاص الخيار بالمشتري موافق لعموم الكتاب و السنه دون الصحيحه فإن العمومات كقوله تعالى أَوْفُوا بِالْعُقُودِ - وَ أَحَلَّ اللَّهُ الْبَيْعَ وَ تِجَارَةً عَنْ تَرَاضٍ وَ قوله (صلى الله عليه و آله) المؤمنون عند شروطهم و قوله (عليه السلام) البيعان بالخيار ما لم يفترقا فإذا افترقا وجب البيع و غير ذلك من العمومات الداله على لزوم فلو لا المعارضه بين الروايات لأخذنا بصحيحه محمد بن مسلم و نخصص بها العمومات و لقلنا بعدم لزوم البيع و بالنسبه إلى المتبايعين فى بيع الحيوان لثبوت الخيار للمتبايعين كما أنها خصصت بثبوت خيار المجلس لهما كما لا يخفى.

و لكن لأجل المعارضه لا يمكن الأخذ بها فلا بدّ من الأخذ بما هو موافق للكتاب كما لا يخفى و اذن فلا بدّ من رفع اليد عن صحيحه محمد بن مسلم مع جلالته و عظمته لقانون المعارضه و يؤيد ذلك اعتضاد ما دل على اختصاص الحكم بالمشتري بالشهره بل قيل ان روايه محمد بن مسلم قد اعرض عنها الأصحاب و لم يعمل بها إلا السيد المرتضى.

و قد يقال بتأويل روايه محمد بن مسلم بأن المراد منها هو ثبوت الخيار للمشتري و حيث أن البائع طرف له و يقع الخيار بينهما و لذا قيل المتبايعان بالخيار.

و لكنه تأويل بارد و على خلاف الظاهر بل خلاف الصراحه منها فلا يمكن حمل الصحيحه عليه فإنه حمل بلا وجه.

و قد يقال بأن المراد من الصحيحه هو صورته كون العوضين حيوانا



بأن يكون كل من الثمن و المثلن حيوانا فإنه حينئذ يكون كل منهما ذى خيار.

و لكن يرد عليه أولا أنه خلاف ظاهرها بل خلاف صراحتها.

و ثانيا إن حملنا الصحيحه على هذا الاحتمال لزم أن يهمل الامام(عليه السلام)حكم ما هو الغالب فإن الصحيحه على هذا يتعرض حكم بيع غير الحيوان بقوله و فى غير الحيوان حتى يفترقا و أيضا تعرض حكم البيع الذى اشتمل على كون كل من العوض و المعوض حيوانا و لكن أهمل ما هو الغالب اعنى ما يكون المبيع حيوان فهو بعيد غايته و قد يتوهم أن التعليل فى بعض الروايات من الطائفة الأولى يدل على اختصاص الحكم بالمشتري فيما كان المبيع حيوانا لان قوله (عليه السلام)نظره ثلثه أيام هو منطبق على المشتري فله أن ينظر ثلثه أيام و فيه أن النظره بمعنى المهله فليس هنا تعليل أصلا فهو اشتباه محض و أما الطائفة الثالثه الداله على أن صاحب الحيوان بالخيار سواء كان هو البائع أو المشتري فقد يقال باختصاص هذه الطائفة بالمشتري بدعوى أنه ذكر فى بعضها صاحب الحيوان المشتري بالخيار فيكون مطلق مقيدا بذلك و فيه أنه لا معنى لحمل المطلق على المقيد فى الأحكام الانحلاليه الغير المتنافيه فلا تنافى بين كون الخيار لمطلق صاحب الحيوان و بين كونه للمشتري أيضا.

و عليه فيدور الأمر بين رفع اليد عن إطلاق هذه الطائفة من الروايات و حملها على صاحب الحيوان المشتري اعنى من انتقل اليه المبيع و بين رفع يد عن ظهور الطائفة الاولى من الروايه فى التقييد و اختصاص الحكم بالمشتري و نفيه عن البائع بل يحمل على الفرد

الغالب لأن الأغلِب أن الحيوان يكون مبيعا في بيع الحيوان فحيث أن الطائفة الأولى ظهورها في التقييد أقوى من ظهور الطائفة الثالثة في الإطلاق فترفع اليد عن ظهور الطائفة الثالثة و مع الإغماض عن ذلك فإنه لا بد من رفع اليد عن الطائفة الثالثة و العمل بالطائفة الأولى لأن الطائفة الأولى موافقه للكتاب و السنه بخلاف الطائفة الثالثة فإنه قد ثبت بالعمومات من السنه و الكتاب لزوم و العقد و القدر المتيقن من رفع اليد عن هذا اللزوم هو ثبوت الخيار للمشتري و أما ما دل على ثبوته للبائع فمع قطع النظر عن ابتلائه بالمعارضه كان مخصصا للعمومات و حيث ابتليت بالمعارضه فإنه لا بدّ من رفع اليد عن ذلك لكونها مخالفه للعمومات الكتاب و السنه.

### قوله:مسأله لا فرق بين الأمه و غيرها في مده الخيار

أقول:قد ذكر في الغنيه أن مده خيار الأمه مده استبرائها و حكم غير واحد من القدماء بضمان البائع لها مده الاستبراء و توهم بعضهم ملازمه ذلك مع ثبوت الخيار للمشتري و لكن لا- نعرف وجهها صحيحا لكلا الحكمين أى الحكم بثبوت الخيار مده الاستبراء و الحكم بضمان البائع أما الأوّل فلانه لا ملازمه بين القول بثبوت الخيار للمشتري و بين كون ضمان الأمه على البائع في مده الاستبراء إذا لم تثبت الملازمه بين ضمان شخص و بين ثبوت الخيار لطرفه بل الملازمه بالعكس فإنه ثبت أن من له الخيار ضمان ماله على من لا خيار له و أما في كل مورد ثبت الضمان نحكم بثبوت الخيار لطرفه فهو بلا وجه أصلا فإن كثيرا ما يثبت الضمان و لا- يكون خيار لطرفه كما إذا كان المنشأ للتلف شيئا آخر.و على الجملة فلا يمكن كشف الخيار للمشتري من ثبوت الضمان على البائع.

و أما الحكم بثبوت ضمان الأمه فى مده الاستبراء على البائع فأىضا لا دليل عليه فإنه لم يثبت لنا ضمان البائع على الأمه فى مده الاستبراء و كيف كان فالحكم فى الأمه هو الحكم فى بقيه الحيوانات من غير فرق بينهما فأدله خيار الحيوان محمه فى جميعها.

**قوله:مسأله مبدء هذا الخيار من حين العقد**

**اشاره**

أقول:الظاهر من الروايات الداله على ثبوت خيار الحيوان ظاهره فى أن ثبوت خيار الحيوان كثبوت خيار المجلس فان قوله(عليه السلام)الشرط فى الحيوان ثلثه أيام و فى غيره حتى يتفرقا أن خيار الحيوان أنما يثبت من حين خيار المجلس و ان خيار المجلس انما يثبت من حين العقد كما هو واضح.

و عليه فلو انقض ثلثه أيام انقض به خيار الحيوان سواء حصل التفرق أم لا.

**و لكن قد استدل على أن مبدئه بعد حصول التفرق بوجوه:**

**الأول الأصل العملى**

بأن يقال ان الأصل بقاء الخيار الى ثلثه أيام مثلا إذا فرضنا أنه حصل التفرق بعد مضى ساعه من حين العقد و مضى ثلثه أيام من حين التفرق و ثلثه أيام و ساعه من حين العقد فنشكك ح فى أنه هل الخيار ثابت فى هذه الساعه الأخيره أم لا فنستصحب بقاءه.

و بتقريب آخر فنشكك فى ثبوت خيار الحيوان من حين العقد و عدم ثبوته فالأصل عدم ثبوته من حين العقد الى زمان التفرق.

و كلا-الأصلين لا-وجه له اما الأول فيرد عليه أولا أن الاستصحاب لا يجرى فى الأحكام الكليه كما حققناه فى محله.و ثانيا ان هذا المورد من قبيل الشك فى المقتضى بمعنى أنا نشكك فى ثبوت الحكم فى عمود الزمان من جهه حصول الغايه و امتداد المقتضى و عدمهما و قد ذهب

ص:١٨٢

المصنف الى جريانه فى ذلك و منع شيخنا الأستاذ عنه و خص جريان الاستصحاب بموارد الشك فى الرفع مثلا إذا شككنا فى تحقق الطلاق و عدمه فى العقد الدائم فنجرى الاستصحاب و نقول: ان الأصل عدم تحقق الطلاق و بقاء الزوجيه كما كانت و أما إذا شككنا فى ارتفاع العقد المنقطع فلا يمكن اجراء الاستصحاب فيه بل نشك فى أن المقتضى موجود أم لا فنشك فى امتداد المقتضى حسب عمود الزمان فحيث لا يقين لنا بأن المقتضى لبقاء العقد المنقطع أى مقدار من الزمان فنحكم بعدم جريانه كما ذهب إليه الأستاذ و على الجملة أن الشك فى المقتضى بهذا المعنى أى بمعنى أن المقتضى أ هو أمر ممتد أم لا لا يجرى فيه الاستصحاب و ان ذهب المصنف الى جريانه فمقامنا من هذا القبيل لأننا نشك أن أمد خيار الحيوان و المقتضى لثبوتيه هل هو ثلثه أيام من حين العقد أو من حين التفرق فإذا شككنا فى ساعه أن الخيار باق أم لا من جهه الشك فى مبدء الخيار فلا يجرى فيه الاستصحاب من جهه الشك فى المقتضى لعدم جريانه فيه.

و أما الأصل الثانى فجوابه واضح فان عدم حدوث خيار الحيوان قبل انقضاء المجلس لا يثبت الخيار بعد انقضاء ثلثه أيام من حين العقد فى الساعه المشكوكه كما فى المثال المذكور الا- على القول بالأصل المثبت فان ثبوت الخيار فى ذلك الساعه بأصالة عدم حدوثه الى انقضاء المجلس من اللوازم العقليه كما هو واضح.

و مع الإغماض عن جميع ذلك فالأصل لا مجال له لأن الأدله الداله على ثبوت خيار الحيوان ظاهره فى ثبوتيه للمشتري من حين العقد و أنه على نسق خيار المجلس الثابت للمتبايعين من حين

## الوجه الثاني: الاخبار الداله على أن تلف الحيوان في الثلاثه

ممن انتقل عنه

أى ممن ليس له الخيار و بضميمه ما دل على أن التلف فى الخيار المشترك ممن انتقل اليه يستكشف أن مبدء خيار الحيوان بعد التفرق لانه لو كان مبدئه أول زمان العقد الذى يشترك فيه البائع و المشتري فى الخيار لما كان التلف على البائع.

أقول تنقيح المقام أن مقتضى القاعده الأوليه هو أن تلف كل مال من مالكة و لا يكون محسوبا من كيس شخص آخر بل من كيسه إلا إذا ثبت بالدليل الخارجى و عليه فكلما حوسب التلف على المالك فهو موافق للقاعده.

و عليه فإذا دل الدليل على أن التلف فى زمان الخيار ممن لا خيار له يكون ذلك تخصيصا للقاعده المذكوره كما أن التلف قبل القبض كك أى تخصيص للقاعده المذكوره فكك أن كون التلف فى زمن خيار المشترك أى عند اجتماع خيار الحيوان مع خيار المجلس من مال البائع تخصيص بهذه القاعده فى المورد المذكور فان كون التلف على مالك فى زمن خيار المشترك لم يرد عليه دليل خاص بل هو مما تقتضيه القاعده الأوليه.

و بعباره أخرى فلا تنافى بين كون خيار الحيوان مبدئه من حين العقد و مع ذلك يكون التلف محسوبا من البائع فإن أدله خيار الحيوان كما يكون تخصيصا للقاعده الأوليه القائمه على أن تلف كل مال على صاحبه فكك يكون تخصيصا لها فى زمن خيار المشترك فيحكم بكون التلف من البائع فإن زمان خيار المشتري من مصاديق القاعده

المذكوره لا أنه ورد نص خاص على كون التلف على المالك كما لا يخفى و قد ذكر المصنف أن أدله التلف من البائع يمكن أن يكون محموله على الغالب حيث يكون التلف غالبا بعد التفرق و ان كان قد يكون قبله أيضا و لكنه نادر.

و فيه مضافا الى أن التلف غالبا بعد التفرق و ان كان قد يكون قبله أيضا و لكنه نادر.

و فيه مضافا الى أن التلف قبل التفرق ليس بقليل فى نفسه و ان كان قليلا بالنسبه إلى التلف بعد التفرق و أن غلبه الافراد لا يكون موجبه لصرف المطلق الى الفرد الغالب و قد ذكرناه مرارا كثيره.

### **الوجه الثالث أنه لو كان مبدء خيار الحيوان من حين العقد لزم**

أن يجتمع سببان على مسبب واحد

فهو كما لا يمكن فى الأسباب التكوينية فكذلك لا يمكن فى الأسباب الشرعيه.

و فيه أن هذا الوجه لا يحتاج الى الجواب فان اجتماع خيارين فى عقد واحد كثير كاجتماع خيار الغبن مع خيار العيب و اجتماع خيار العيب مع خيار الشرط و هكذا فلا يكون هذا إشكالا فى المسأله.

### **و الحاصل أنه قد استدل على أن مبدء خيار الحيوان هو زمان**

العقد بوجوه:

#### **الأول بالأصل العملى.**

و يرد عليه أن مقتضى الأدله الداله على ثبوت خيار الحيوان للمشتري هو ثبوته له من حين العقد و مع ذلك فلا مجال للأصل كما لا يخفى.

### **الوجه الثانى: الاخبار الداله على أن التلف فى ثلاثه أيام ممتن**

لا خيار له

مع ضميمه أن التلف فى زمان خيار المشترك من مال المالك فإنه لو كان خيار الحيوان ثابتا من حين العقد لكان التلف على البائع دون المشتري.

و فيه أنه لم يرد في آيه و لا- روايه أن التلف في زمان خيار المشتري من مال البائع ليؤخذ بإطلاقه و يحصل التنافي بل هو حكم على طبق القاعده الأوليه لأن القاعده الأوليه أن تلف مال كل أحد على مالكة فكما ثبت التخصيص لهذه القاعده الأوليه في موارد خيار الحيوان و كون التلف على البائع و كذلك ثبت التخصيص لذلك في مورد خيار المشترك أى مع اجتماع خيار الحيوان مع خيار المجلس الذى هو مشترك بين البائع و المشتري و حمل ما دل على كون التلف بعد التفرق لكونه هو الغالب كما صنعه المصنف لا يمكن الالتزام به فإنه مضافا الى أن غلبه الافراد لا يوجب الانصراف أن إخراج الساعه الاولى أعنى ساعه عدم التفرق و ملاحظته نادره بالنسبه إلى البقيه من ثلثه أيام لا وجه له فان كل ساعه من ثلثه أيام نادره بالنسبه إلى مجموع ثلثه أيام و عليه فلما ذا لا- نخرج الساعه الأ-خيريه من ثلثه أيام و نقول بعدم كون التلف فيها من البائع بل من المالك فان الغالب أن التلف يكون في غيرها فتكون الإطلاقات منصرفه إلى غيرها و هكذا فترجيح احدى الساعات على غيرها بلا مرجح.

### **الوجه الثالث: أن الخيار مسبب واحد فلا يعقل أن يكون له**

أسباب عديده

و الا لزم تأثير علتين في معلول واحد و هو محال فلا بد و أن يكون مبدء خيار الحيوان من حين التفرق و انقضاء خيار المجلس و قد عبر بعضهم عن ذلك باجتماع المثليين.

أقول لا- شبهه في أن الخيار حكم شرعى كسائر الأحكام الشرعيه و الأمور الخارجيه أجنبيه عن ذلك بالكلية لا انها من قبيل الأسباب و لا أنها من قبيل المعارف بل هي أجنبيات في ذلك بل الحكم الشرعى

ص: ١٨٤

من حيث أنه فعل للشارع و هو حكيم فلا بدّ و أن يكون تابعا للمصلحه و المفسده و أنها ناشئه عن ذلك فليس للأمر الخارجيه تماس بالأحكام الشرعيه أصلا.

و على الجملة فلو كان غرضهم من كون الأمر الخارجى سببا اصطلاحيا أو معرضا فهو باطل من أصله.

و ان كان غرضهم من كون الأمور الخارجيه سببا للحكم الشرعى هو أن يكون موضوعا له تمام الموضوع كالنجاسه و الطهاره بأن يكون نسبه الحكم الى الموضوع كنسبه العله الى المعلول بان لا- ينفك الحكم عن ذلك الأمر الخارجى كما لا ينفك المعلول عن علته و ان كان مرادهم ذلك فلا شبهه أن الأمور الخارجيه حينئذ حقيقه أسباب للأحكام الشرعيه لا أنها معرفات.

و عليه فان كان موضوع كل واحد من خيار الحيوان و خيار المجلس امرا مستقلا فيثبت له الحكم اى الخيار مستقلا من غير أن يرتبط أحدهما بالآخر كما هو كذلك فى باب الكفارات حيث ان كل سبب خاص من موجبات الكفاره موضوع لوجوب الكفاره فلا يرتبط أحدهما بالآخر و ان لم يكن كذلك بأن لا يكون المورد قابلا لتعدد الحكم فيحكم بالتداخل ان لم يمكن التأكد كما فى باب النجاسه و فى المقام نحكم بالتداخل لما عرفت سابقا أن الخيار ملك فسخ العقد فهو حكم وضعى اعتبارى و من الواضح أنه لا معنى لتعدد ملك فسخ العقد و كذلك فى بقيه المملوكات فإن الشىء الواحد لا يملك مرتين كما هو واضح فلا يعقل أن يملك الإنسان بفسخ العقد مرتين كما لا معنى لذلك فى غير هذا المورد لأن الأمور الاعتباريه لا تعدد فيها بل يمكن أن يقال انّ هذا الاشكال مدفوع



من أصله حيث انه ليس هنا خياران حتى يقال بكونهما مسبيين عن سبيين و لا يمكن اجتماعهما في محل واحد، بل هنا خيار واحد و تقسيمه الى خيار المجلس تاره و الى خيار الحيوان أخرى اصطلاح من الفقهاء و الا فالظاهر من الاخبار هو أن هنا خيار واحد ثابت للمتبايعين ما لم يفترقا و للمشتري إلى ثلثه أيام و بيان ذلك أنه ثبت في طائفة من الروايات أن المتبايعين بالخيار ما لم يفترقا و إذا افترقا وجب البيع.

و دلت صحيحه محمد بن مسلم على أن المتبايعين بالخيار في الحيوان ثلثه أيام و في غير الحيوان ما لم يفترقا و لكن رفعنا اليد عن ذلك لمعارضتها بالروايات الداله على اختصاص خيار الحيوان بالمشتري و دلت صحيحه أخرى لمحمد بن مسلم على أن المتبايعين بالخيار و ما لم يفترقا و صاحب الحيوان بالخيار الى ثلثه أيام مع حمل صاحب الحيوان على المشتري و يكون الاستفادة أن المتبايعين بالخيار ما لم يفترقا سواء كان في الحيوان أم في غيره و أن صاحب الحيوان الذي هو المشتري بالخيار الى ثلثه أيام فملاحظه هذه الروايه مع الروايات الداله على ثبوت خيار المجلس للمتبايعين ما لم يفترقا و مع ما دل على ثبوت خيار الحيوان للمشتري إلى ثلثه أيام تنتج أن هنا خيار واحد ثابت للمتبايعين الى حين التفرق و للمشتري إلى ثلثه أيام فعلم أن هنا خيار واحد و ليس هنا خياران حتى يقال انه لا يمكن أن يجتمع سببان على مسبب واحد لاستحاله صدور الواحد عن الكثير.

**قوله ثم ان المراد بزمان العقد هل زمان مجرد الصيغه كعقد**

الفضولي على القول بكون الإجازة ناقله أو زمان الملك

أقول إذا كان زمان العقد غير زمان الملك كما في العقد الفضولي بناء على النقل

و كعقد الصرف و السلم قبل القبض فهل خيار الحيوان ثابت فى مثل ذلك من حين العقد أو من حين حصول الملك و اختار المصنف الثانى تبعا لما استظهره بعض معاصريه و هو صاحب الجواهر.

أقول الظاهر أن الخيار انما يثبت فى زمان حصول الملك سواء فى العقد الفضولى أم فى عقد الصرف و السلم و فى الفضولى أيضا سواء قلنا بالنقل أو بالكشف و الوجه فى ذلك أما العقد الفضولى فقد تقدم الكلام أن البيع انما ينسب الى المالك و يكون بيعا له و مستندا اليه بعد الإجازة و قبلها ليس بيعا للعاقد و هو واضح و لا يبيعا للمالك إذا المفروض أن البيع لا يستند اليه الا بعد الإجازة.

و قد عرفت أن الأمر كذلك على القول بالكشف أيضا حيث انه يحكم من زمان الإجازة أن البيع بيع للمالك من الأول أى يحكم بحصول الملكيه للمالك فى زمان الإجازة من الأول و هذا أمر موافق للعرف أيضا فإن العرف يبعد أن يحكم بحصول الملكيه من الأول عند الإجازة و ترتيب آثار الملك على العقد من الأول و قد تقدم ذلك.

و قد عرفت فى هذا البحث أى بحث الخيار أن الظاهر من الأدله أن خيار المجلس و خيار الحيوان أنما يثبتان للبيع و ما يصدق عليه البائع و قد عرفت فى صحيحه محمد بن مسلم قال(عليه السلام)المتبايعان بالخيار ما لم يفترقا و صاحب الحيوان بالخيار الى ثلثه أيام.

و حيث ان زمان الإجازة زمان صدق البيع على البائع و المشتري فيحكم فى زمان الإجازة بترتب آثار العقد عليه من الأول حتى على الكشف لا بمعنى أن كل أثر يترتب عليه و يحكم بكون النماءات الحاصله له بل من الآن يحكم بحصول الملكيه من زمان العقد و ترتب الأثر عليه.

و هذا الذى يساعده العرف اذن فتشمل عليه أدله خيار الحيوان من زمان الإجازة كما هو واضح سواء قلنا بالكشف أو النقل.

و أما بيع الصرف و السلم فقد ظهر الحال فيهما من بيع الفضولى حيث ان الخيار انما يترتب على العقد الصحيح و بيع الصرف و السلم قبل القبض ليسا بعقدين صحيحين فإنهما مع فقدهما القبض كالإيجاب الخالى عن القبول فكما ان الإيجاب ليس موضوعا للخيار و كذلك الإيجاب و القبول فيهما بدون القبض فان القبض بمنزلة الإيجاب و بعبارة اخرى أن أدله الخيار انما هى تخصيص لأدله الزوم الوفاء بالعقد و اللزوم انما هو ثابت للعقد الصحيح دون الفاسد فعقد الصرف و السلم بدون القبض ليسا بصحيحين فكيف تشملهما أدله اللزوم حتى تخصّصها بأدله الخيار.

فمبدء ثبوت خيار الحيوان فى الصرف و السلم انما هو زمان القبض.

ثم انك قد عرفت أن خيار الحيوان يثبت فى المبيع الشخصى و فى المبيع الكلى أيضا و عليه فلا وجه لتخصيص المثل فى بيع السلم بما إذا كان الثمن حيوانا بعنوان السلم كما صنعه صاحب الجواهر حيث قال فعلى هذا لو أسلم حيوانا فى طعام و قلنا بثبوت الخيار لصاحب الحيوان و ان كان بائعا كان مبدئه بعد القبض تخصيص و تمثيله بما ذكر مبنى على اختصاص الخيار المعين بالحيوان.

### قوله مسألة لا إشكال فى دخول الليلتين المتوسطتين فى الثلثة

أيام

لا لدخول الليل فى مفهوم اليوم بل للاستمرار المستفاد من الخارج أقول وقع الكلام بين الأصحاب فى ان المراد من ثلثة أيام هل هو النهار

ص: ١٩٠

فقط و الليل خارج عنه أو المراد من اليوم هو مجموع أربع و عشرين ساعه و هذا البحث جار فى المقام و فى أيام الحيض و فى إقامه عشره أيام و ربّما يقال أن اليوم اسم لمجموع اليوم و الليل و ان مجموع اربع و عشرين ساعه يسمى يوما و لكنه بديهي البطلان لعدم إطلاق اليوم على ذلك المجموع و انما اليوم اسم لما هو بين طلوع الشمس و بين غروبها فالقوس النهارى يوم و القوس الليلي يسمى ليلا و دائره نصف النهار منصفه للقوس النهارى الى نصفين و نصف الليل منصف لليل الى نصفين و ليس أحدهما داخلا- فى الآخر الا- بالدليل الخارجى كما فى الصوم حيث ان الشارع اعتبر كونه من أول الفجر الى زوال الحمزه عن قمه الرأس و أما فى غير ما اعتبر الشارع دخول أحد القوسين فى الآخر فلا يطلق أحدهما على الآخر.

و عليه فلا- تكون الليالى داخله فى الأيام فيما كانت الأيام موضوعه للحكم بحسب المفهوم الا من جهة عنايه أخرى من اعتبار الاستمرار فى الحكم مثلا.

و عليه فلو عامل أحد مع غيره و باعه حيوانا فى أول طلوع الشمس فيمتد خياره الى غروب الشمس من يوم الثالث و لا تكون الليله الأخيره داخله و لا- يثبت له الخيار فيها بخلاف ما لو قلنا بدخول الليل فى مفهوم اليوم فإنه يمتد الخيار الى صبيحته يوم الثالث و يكون له- الخيار فى الليل أيضا و أما الليلتان المتوسطتان فهما داخلتان بلا شبهه لا من جهة أن الليل داخل فى مفهوم اليوم بل من جهة ان الخيار حكم ثابت لذى الخيار الى ثلثه أيام مستمرا فلو لم تكن الليلتان المتوسطتان داخلتين فى الموضوع لانقطع الخيار فهو خلاف الظاهر

من الأدله و هكذا الحال فى إقامه عشره أيام و أيام حيض المرأه و نحوهما و اما الليله الأخيره فهى خارجة عن حريم الخيار فإنها غير داخله لا من حيث صدق اليوم عليها و لا من حيث الاستمرار.

و أما ليله الأولى فيما إذا وقعت المعامله فى أول الليله أو نصفها فهى أيضا داخله بلا شبهه لما عرفت من أن الأدله ظاهره فى اتصال مبدء الخيار بالعقد فإذا تحقق العقد تحقق الخيار فيستمر الى ثلثه أيام فدخول الليله الأولى من جهة اتصال مبدء خيار الحيوان بالعقد و استمراره الى ثلثه أيام.

و قد يتوهم أن الليله الأخيره أيضا داخله لدخول الليلتين أصاله فتدخل الثالثه و الا لاختلفت مفردات الجمع فى استعمال واحد و لكن قد ظهر جوابه فيما ذكرناه حيث ان دخول الليلتين المتوسطتين أيضا ليس من جهة الأصاله بل من جهة استمرار الخيار الى ثلثه أيام و اتصال الخيار بالعقد فلا مجال لهذا الاشكال.

و اما مسأله التلفيق فيما إذا كان وقع العقد فى نصف اليوم أو ورد المسافر فى بلد فى نصف اليوم أو خاص المرأه فى وسط النهار فهل يجوز أن يحسب نصف هذا اليوم و النصف من اليوم الثالث و جعلهما يوما واحدا أم لا الظاهر هو التلفيق كما هو الموافق للعرف و يؤيد ذلك أنه قل ما يتفق أن المرأه تحيض فى أول طلوع الشمس و المسافر لا يرد البلد الذى يقيم فيه فى أول طلوع الشمس و هكذا فلو لم يعتبر التلفيق فى اليوم و لم يكن موضوعا للحكم لتعرض له الامام عليه السلام و هذا المعنى موافق للعرف فلو قال أحد بقيت فى محل كذا يوما مع أنه بقى فى نصفين من يومين صح ذلك و لو بقى نصف يوم لا يصدق عليه أنه بقى يوما

و كل ذلك لا شبهه فيه و ما افاده المصنف هنا متين جدا.

## (في مسقطات خيار الحيوان)

### اشاره

قوله مسأله يسقط هذا الخيار بأمر

### أحدهما اشتراط سقوطه في

#### العقد

أقول قد تقدم في خيار المجلس اشتراط عدم الخيار أو اشتراط إسقاطه في ضمن العقد و لا نحتاج إلى الإعادة و لكن ذكر المصنف هنا شيئاً يجرى في خيار المجلس أيضاً فلا بأس بالتعرض له و حاصله أنه لا شبهه في جواز إسقاط الخيار من مجموع المبيع بان يقول أسقط خيارى من مجموع هذا الحيوان و هل يجوز إسقاط الخيار من نصفه أم لا فالظاهر هو عدم الجواز لان نصف الحيوان ليس بحيوان فلا يثبت خيار الحيوان الا فيما إذا كان المبيع حيواناً.

و أما إسقاط بعضه من حيث الزمان بأن أسقط خياره يوماً أو يومين أو أقل أو أكثر فالظاهر هو الجواز لأنه ملك فسخ العقد فدى الخيار مالك لذلك فله أن يسقط حقه بأجمعه أو ببعضه و لا يلزم المحذور المذكور هنا لأن إطلاق الأدله تشمله حتى في الان القليل من الزمان و بعباره أخرى فأدله الخيار تشمل المبيع إذا كان حيواناً في كل آن و زمان.

### و الثانى

إسقاطه بعد العقد.

### قوله الثالث التصرف

و لا خلاف في إسقاطه في الجملة، أقول:

قد اضطربت كلمات الفقهاء في مسقطيه التصرف غايه الاضطراب و لعل مثل هذه المسأله قليله في الفقه و منشأ الاختلاف اختلاف الروايات و القواعد.

والتحقيق أنك قد عرفت في مبحث المعاطاه أن مقتضى القاعده كفايه كل ما يكون مصداقا للإنشاء في مقام إنشاء العقد و نحوه فان المناط في ذلك صلاحيه ما يتحقق به الإنشاء لإظهار ما في النفس و إبرازه سواء كان من قبيل الفعل أو من قبيل القول و اللفظ و من أفراد ما يظهر به ما في الضمير و ينشأ به المعامله و الا فلا خصوصيه له الا إذا قام الدليل على عدم كفايه غير اللفظ في مقام الإنشاء كما في الطلاق.

و عليه فكما أنه يكتفى في إنشاء العقد بكل ما يصلح أن ينشأ به العقد و كذلك يكتفى بكل ما يبرز ما في الضمير في إسقاط الخيار هذا ممّا لا- شبهه فيه و أنه أمر تقتضيه القواعد و لكن الكلام في الصغرى و انه أى شىء يكون صالحا لان يتحقق به إسقاط الخيار من الافعال فهل هو مطلق الفعل و التصرف أو التصرف الخاص فليس هنا قاعده تتكفل لبيان ذلك المقدار المتيقن كون التصرف مصداقا للإسقاط و الا- فلا دليل على كونه مسقطا للخيار حتى التصرفات الجليله فضلا عن التصرفات الحقيقه فإنه ربما لا يكون المتصرف عالما بالموضوع أو الحكم أو يكون غافلا عن ثبوت الخيار له و يتصرف فيه و حينئذ كيف يمكن الحكم بأن التصرف مصداق للإسقاط فلو وطأ الجاريه التى اشتراها لا يكون ذلك مسقطا للخيار و أن أصر عليه شيخنا الأستاذ و قال بكون مثل الوطى مصداقا للإسقاط حتى مع الجهل بالحكم أو الموضوع هذا ما تقتضيه القاعده.

و أما الاخبار فقد ذكر فيها أن احداث الحدث في الحيوان يوجب سقوط الخيار فكل تصرف أو جب حدوث الحدث فيوجب سقوط الخيار بلا شبهه للتعبد الشرعى و أما ما لا يوجب الأحداث فقد ذكرت أمور

فى الروايه التى سئل فيها عن تفسير الحديث:إنها إحداء حدث مع انه ليس بحدث فى العرف و ذلك كالنظر إلى الجارىه و اللمس و التقبيل و نحوها مع أنها ليس بحدث فىكون مثل ذلك داخلًا فى الحدث بدليل الحاكم و بالتعبد الشرعى فنحكم بسقوط الخيار بمثل هذه التصرفات أيضا هذا ما يتحصل من الاخبار.

و تحصل أن لنا ضابطتان لسقوط الخيار بالتصرف أحدهما ما تقتضيه القاعده من كون التصرف مصداقا لسقوط الخيار و الثانى التصرف الذى يوجب أحداث الحدث فى الحيوان المبيع أو ما جعله الشارع مصداقا للحدث تعبدا و حكمه فإن هذا أيضا يوجب سقوط الخيار و أما فى هذه الموارد فلا دليل على كون التصرف مسقطا للخيار و لو كان التصرف من التصرفات الجليله كما تقدم فضلا عن التصرفات الخفيفه كيف فإنك عرفت أن أى تصرف كان لا يوجب لسقوط الخيار ما لم يكن مصداقا للتصرف فأى معنى لسقوط الخيار بالتصرفات الصادره حال الغفله أو النسيان أو الجهل بالحكم أو الموضوع فىكون الخيار باقيا على حاله و لو كان التصرف مثل وطى الأمه كما عرفت بل الظاهر من صحيحه الصفار أن مطلق التصرف لا يكون مسقطا للخيار حيث سأل فيها عن أمرين أحدهما الحدث و الثانى ركوب الدابه و سئل بكلمه أو أنهما يسقطان الخيار أم لا فوقع الامام(عليه السلام)إذا أحدث فيها حدثا فقد وجب الشراء إنشاء الله فلو كان مثل الركوب أيضا مسقطا للخيار لإجابته أيضا بأنه يسقط الخيار بل يمكن أن يقال أن بعض التصرفات فى الحيوان المشتري مما لا بد منه فلو كان كل تصرف موجبا لسقوط الخيار لكان جعل الخيار و تشريعه لغوا محضا كقود الحيوان إلى



القبه و ركوبه من مكان المعامله إلى منزله للتجربه و الامتحان و الأمر بمشى الأمه أو العبد للتجربه و الامتحان و أمرهما بسقى الماء و نحوه بل النظر الى شعر الأمه ليرى أنها شابه أو كبيره قد بيض شعره الى غير ذلك من التصرفات التى مما لا بدّ منه عاده فى مده ثلثه أيام و على الجملة مقتضى أدله لزوم من الايات و الروايات هو لزوم العقد و قد خصصت بأدله خيار الحيوان كما خصصت بغيرها فلا بدّ من رفع اليد عن إطلاق أدله الخيار و عمومه بما يدلّ على التخصيص و التقييد و ليس لنا تخصيص الا ما ذكرناه من الضابطين ففى أى مورد تحقق واحده من هذه الضابطه نحكم بسقوط الخيار و الا فلا فافهم.

و الحاصل أن كلمات الفقهاء فى أن التصرف مسقط أم لا مضطربه غايه الاضطراب فذكر بعضهم أن التصرف لكونه كاشفا عن الرضا الشخصى مسقط للخيار و ذكر بعضهم كشيخنا الأنصارى و غيره أن التصرف كاشف عن الرضا النوعى فيكون مسقطا للخيار و لذلك و ذكر بعضهم أن مطلق التصرف حتى مثل ناولنى الماء و نحوه مسقطا للخيار و منشأ الاختلاف هو اختلاف الاخبار و تفصيل الكلام فيه أن الروايات فى المقام متعدده منها صحيحه (1) ابن رثاب فإن أحدث المشتري فيما اشترى حدثا قبل ثلثه أيام فذلك رضا منه و لا شرط له قيل له: و ما الحدث قال ان لامس أو قبل أو نظر منها الى ما كان محرما عليه قبل الشراء.

فان الظاهر من هذه الروايه ان الحدث مسقط للخيار فإذا أحدث المشتري حدثا فذلك رضا بالبيع فيكون الخيار ساقطا ثم سأل ابن رثاب عن الحدث و أنه أى شىء فقال (عليه السلام) أن لا مس أو قبل أو

ص: ١٩٤

نظر منها الى ما يحرم على غيره فقد انتضى الشرط و لزم البيع فهذا الكلام الصادر من الامام(عليه السلام)من جعل اللبس أو التقييل أو النظر الى ما يحرم النظر اليه ليس احداث حدث قطعاً و اذن فيدور الأمر بين أن يكون ذلك حاكماً بتوسعه دائره الحدث و جعل كل واحد من الأمور المذكوره من أقسام الحدث أو يجعلها مثلاً لمطلق التصرف بحيث يكون مطلق التصرف مسقطاً للخيار فإذا لم تكن الروايه ظاهره فيما ذكرناه من جعل الأمور المذكوره مصداقاً للحدث تعبداً فليس لها ظهور في جعلها أمثله لمسقطيه التصرف ليكون مطلق التصرف موجبا لسقوط الخيار و كيف كان فلا دلالة فيها على كون التصرف على إطلاقها موجبا للسقوط.

و منها صحيحه (1) الصّيفار قال: كتبت الى أبي محمد(عليه السلام)في الرجل اشترى من رجل دابه فأحدث فيها حدثاً من أخذ الحافر أو نعلها أو ركب ظهرها فراسخ إله أن يردها في الثلاثه الأيام التي له فيها الخيار بعد الحدث الذي يحدث فيها أو الركوب الذي يركبها في فراسخ فوقه عليه السلام إذا أحدث فيها حدثاً فقد وجب الشراء إنشاء الله.

فهذه الروايه صريحه في أن احداث الحدث يوجب سقوط الخيار و أما دلالتها على أن التصرف موجب لسقوط الخيار أم لا فإما ممنوعه لعدم تعرض الامام(عليه السلام)لذلك أو هي تدل على أن التصرف لا يسقط الخيار ما لم يكن بعنوان أنه مصداق للمسقط أو مصداق للحدث فإن السائل إنما سأل عن أمرين أحدهما إحداث الحدث

ص: ١٩٧

فى المبيع و الثانى الركوب فقد أجاب الإمام (عليه السلام) عن الحدث و أنه مسقط للخيار و سكت عن الركوب الذى هو من أظهر أفراد التصرف فهذا السكوت لو لم يدل على عدم كون التصرف مسقطا للخيار فلا دلالة فيها على كون التصرف مسقطا.

و على الجملة فإما لا دلالة فى الرواية على كون التصرف مسقطا أو فيها دلالة على عدم كونه مسقطا.

و منها صحيحه (١) قرب الاسناد قال: قلت له أرايت ان قبلها المشتري أو لامس فقال إذا قبل أو لامس أو نظر منها الى ما يحرم على غيره فقد انقض الشرط و لزم البيع فقد جعل الامام (عليه السلام) فى هذه الرواية نفس الأمور المذكوره موجبا لسقوط الخيار من غير تعرض للتصرف و الحدث أصلا.

و المتحصل أن ما يكون مسقطا للخيار من التصرف أمور ثلثه من غير أن يكون لعنوان التصرف موضوعيه أصلا الأول: ما يكون مصداقا للإسقاط و مبرزا لما فى ضمير المتكلم من كونه موجبا لسقوط الخيار و هو ما تقتضيه القاعده الأوليه و لا شبهه فيه.

الثانى ان يكون التصرف احداث حدث فى الحيوان فإنه أيضا يكون موجبا لسقوط الخيار فقد ثبت ذلك بصحيحه على بن رئاب و صحيحه الصّفار و إطلاق الحدث شامل لكل حدث و لو كان بمثل جز الشعر و نحوه.

الثالث أن يكون المشتري لا- مس أو قبل أو نظر منها ما يحرم النظر إليه فإنه أيضا موجب لسقوط الخيار و أما غير هذه الأمور  
الثله

ص: ١٩٨

فلا يكون التصرف موجبا لسقوط الخيار بوجه فإنه لا دليل عليه من الروايات كما عرفت.

ثم انه بقى الكلام فى أن المراد من قوله (عليه السلام) فذلك رضا منه بالبيع فى صحيحه ابن رئاب أى شىء فذكر المصنف احتمالات أربعة الأول أن يكون المراد من ذلك الرضا الشخصى فىكون المعنى ان التصرف-الموجب لإحداث الحدث فى المبيع يكون كاشفا عن الرضا الشخصى وهذا واضح الدفع فان كثيرا ما لا يلتفت المشتري الى ثبوته الخيار له فيحدث حدثا فى المبيع فكيف يكون ذلك كاشفا عن الرضا الشخصى بالبيع و بسقوط الخيار مثلا لو اشترى أحد دجاجة و قص جناحها لثلا يطير الى مكان آخر من غير ان يلتفت الى ثبوت الخيار له فى ذلك كما هو كذلك فى نوع الناس حتى من أهل العلم حيث انهم لا يلتفتون بثبوت الخيار لهم فى مثل الدجاجة و نحوها و فى مثل ذلك فلا وجه لدعوى كون التصرف كاشفا عن الرضا الشخصى كما هو واضح.

الثانى أن يكون كاشفا نوعيا عن الرضا بالبيع و سقوط الخيار كما ذكره المصنف و هذا أيضا لا يمكن المساعدة عليه فإنك قد عرفت أن نوع الناس لا يلتفتون بخيار الحيوان فكيف يكون تصرفهم كاشفا عن الرضا النوعى بحيث يكون المناط فى كون التصرف مسقطا للخيار هو الرضا النوعى فإنه لا وجه لدعوى أن فى أغلب الناس يكون التصرف كاشفا عن الرضا النوعى فإن أغلب الناس و لا يلتفتون الى ذلك كيف فان خيار الحيوان لا يختص بطائفة خاصه من الشيعة ليكون الغالب فيهم الالتفات الى الخيار عند التصرف بل يثبت لكل شخص حتى اليهود و النصارى و المخالفين و غيرهم و من الواضح أنه مع ذلك فالغلبه فى غير

الملتفتين بالخيار عند التصرف فكيف يكون التصرف كاشفا عن الرضا النوعي من جهة التفات أغلب الناس بالخيار عند التصرف.

و كيف كان فلا وجه لجعل التصرف كاشفا نوعيا عن الرضا بالبيع.

الثالث أن يكون ذلك بنفسه جوابا للشرط و حكما ثابتا للموضوع فيكون ذلك إشاره إلى نفس ذلك التصرف الذى هو الحدث.

الرابع أن يكون توطئه للجواب و هو قوله و لا شرط له لكنه توطئه لحكمه الحكم و تمهيد لها لا عله حقيقه فيكون إشاره الى أن الحكمه فى سقوط الخيار بالتصرف دلالتة غالبا على الرضا نظير كون الرضا حكمه فى سقوط خيار المجلس بالتصرف و مرجع هذين الاحتمالين إلى شىء واحد و ان كان البيان فيهما مختلفا.

و قد ذكر المصنف أن لازم أخذ هذين الاحتمالين هو الالتزام بكون مطلق التصرف مسقطا للخيار و لكن الأمر ليس كذلك فان قوله (عليه السلام) فذلك رضا منه بالبيع هو أن نفس هذا التصرف الذى يوجب احداث الحدث رضا بالبيع لا كل تصرف كما هو واضح فان الموضوع هو الحدث حيث قال: ان أحداث حدثا فذلك رضا منه بالبيع.

### (الثالث من الخيارات خيار الشرط)

#### إشاره

قوله الثالث خيار الشرط اعنى الثابت بسبب اشتراطه فى العقد أقول لا شبهه فى جواز جعل الشرط فى العقود و لا خلاف فيه بين الأصحاب سواء كان متصلا بالعقد أو منفصلا عنه

#### و يمكن الاستدلال

#### إشاره

على جواز ذلك بطائفتين من الروايه

#### الأولى صحيحه ابن سنان

(١)

عن ابى عبد الله عليه السلام فى حديث قال: و ان كان بينهما شرط



أياماً معدوده فهلك في يد المشتري قبل ان يمضى الشرط فهو من مال البائع و في روايه السكوني ان أمير المؤمنين عليه السلام قضى في رجل اشترى ثوباً بالشرط الى نصف النهار فإنها تدل على جواز جعل الخيار في هذين الموردين الخاصين.

### و الطائفة الثانيه الأخبار المستفيضه الوارده في اشتراط الفسخ

برد الثمن

كما سيأتى نقلها فإنها أيضاً تدل على جواز جعل الخيار في موردها فان جاز التعدي عن موردها فبها لدعوى الضروره أنه لا خصوصيه لموردها و الا فلا بدّ من التماس دليل آخر و ح تأتي إلى العمومات.

و قد استدل على مشروعيه هذا الخيار و جواز جعله و اشتراطه بالأدله المستفيضه بل المتواتره بين الفريقين المؤمنون عند شروطهم الا- شرطا خالف كتاب الله و سنه نيّيه فإنها تدل بإطلاقها على لزوم الوفاء بكل شرط غايه الأمر خرج عنها الشروط الابتدائيه و بقى الباقي و من جملة اشتراط الخيار في العقود.

و قد أشكل عليه في المستند بأن الأدله العامه لا تكفى لإثبات صحه اشتراط الخيار لاستثناء الشرط المخالف للكتاب و السنه لأن السنه تدل على أنه بالافتراق يجب البيع فاشترط عدم وجوبه بعد الافتراق مخالف لها و على الجملة فلا يمكن الاستدلال بهذا الأدله على جواز جعل الخيار.

و قد أجيب عنه بجوابين الأول ما ذكره شيخنا الأستاذ من أن الجواز و كذلك اللزوم على قسمين الأول الجواز و اللزوم الحكمي و الثاني اللزوم و الجواز الحقي. أما الأول فلا يتبدل بفسخ المتبايعين

ص: ٢٠١

أصلاً أما الجواز فكالهبة حيث ان جوازها حكمى فلا يتغير أصلاً و لو قال الواهب أسقط حق الرجوع ألف مرّه.

و أما اللزوم فكعقد النكاح حيث لا يتغير عما هو عليه بإقاله و نحوه فيعلم من ذلك أن اللزوم هنا حكمى لا حقى.

و أما الثانى فالجواز الحقى مثل الوكاله و نحوها و اللزوم الحقى كجميع العقود التى تجرى فيها الإقاله حيث انه يستكشف من ذلك أن اللزوم فيها حقى و الا- لم يرتفع بالإقاله فما يكون مخالفاً للكتاب و السنه هو الخيار فى العقود التى أن اللزوم فيها حكمى كالنكاح لا فى مطلق العقود حتى فيما يكون اللزوم فيها حقياً.

و فيه أنه قد عرفت فى أول البيع أنه لا- فرق بين الحق و الحكم أصلاً فإن كلاهما بحكم الشارع و جعله غايه الأمر قد سموا الفقهاء الحكم الذى اختياره بيد المتبايعين حقاً و هذا لا- يوجب اختلافهما فى الحقيقة و عليه فكما ان الجواز حقيقه واحده مجعوله بجعل الشارع و كذلك اللزوم فهو حقيقه واحده و الاختلاف بحسب الحكم الطارئ عليه لا أن هنا حقيقتان إحداهما حقى و الأخر حكمى كما لا- يخفى و عليه فيبقى اشكال صاحب المستند على حاله فان جعل الخيار فى العقد مخالف لحكم الشارع بلزومه.

و بعبارة اخرى أن اللزوم فى جميع العقود انما هو حكم الشارع و ثابت بدليل واحد غايه الأمر أنه مطلق فى بعض الموارد كما فى النكاح و مشروط بعدم الإقاله فى بعض الموارد الأخر كما فى البيع و نحوه على ان النكاح أيضاً قد يطرئه حق الفسخ لبعض الأمور كما هو واضح.

و الجواب الثانى ما يظهر من السيد ره من أن جعل الخيار



مخالف لإطلاق العقد لا- لمقتضاه فإن إطلاق العقد يقتضى الملكيه على وجه الإطلاق فاشتراط الخيار مخالف لإطلاقه لا لمقتضى أصل العقد. وهذا الجواب من العجائب فان كلامنا فى الشروط المخالف للكتاب و السنه لا فى الشروط المخالفه لمقتضى العقد أو لإطلاقه.

و توضيح الكلام أن الشرط قد يكون مخالفا لمقتضى العقد بأن يشترط البائع على المشتري أن لا يملك أو يقول الواهب و هبتك هذه على أن تبقى العين الموهوبه فى ملكى و هكذا فان هذه الشروط كلها مخالفه لمقتضى العقد و لكن لا دليل على بطلانه الا- لزوم المناقضه و التناقض فان معنى البيع هو تمليك العين المبيعه و كونها ملكا للمشتري و معنى اشتراط عدم كونه ملكا للمشتري هو أن لا يكون المبيع ملكا للمشتري و هما متناقضان و كذلك فى الهبه.

و أما إذا كان الشرط مخالفا لإطلاق العقد فلا محذور فيه أصلا لعدم الزوم التناقض و محذور آخر فيه كما ذكره السيد فإنه أن محذور فى أن يقول البائع بعتك هذا الثوب و شرط عليك أن تخيط لى ثوبا آخر فإن إطلاق العقد لا يقتضى كون المبيع ملكا للمشتري على وجه الإطلاق و الشرط مخالف له.

و أما الشروط المخالفه للكتاب و السنه فهى أمر آخر غير مربوط بالشروط المخالفه للعقد أو لإطلاقه فإنه لا يفرق فى الشروط المخالفه للكتاب و السنه بين أن تكون مخالفه لأصل الكتاب و السنه أو لاطلاقهما مثلا لو باع حيوانا و اشترط أحدهما على الآخر فى ضمن العقد أن يشرب الخمر فى حال المرض تنزها لا دواء فإنه هل يتوهم أحد جواز ذلك

لكونه مخالفا لإطلاق الكتاب لا أصله.

و الحق فى الجواب أن يقال: أن هذه الروايات انما وردت لجعل خيار الشرط فى مورد لزوم العقد فتكون مخصصه للأدله الداله على اللزوم لا منافيه لها لتكون مطروحه أو مأوله و توضيح ذلك أن معنى اشتراط شىء فى العقد هو توقف لزوم العقد على وفاء المشروط عليه بالشرط و الا- فلا- يلزم عليه أن يتوقف على اللزوم و معنى عدم وجوب التوقف على اللزوم هو ثبوت الخيار له بحيث ان شاء يفسخ و ان يشاء يمضى و ان شاء يبقى العقد على حاله غايه الأمر أن اشتراط شىء على البائع أو المشتري فى العقد جعل خيار بالدلاله الالتزاميه و جعل الخيار لأحدهما أو كلاهما فى العقد جعل خيار بالدلاله المطابقه و قد تقدم ذلك فيما سبق و قلنا و بان مرجع الاشتراط الى جعل الخيار و الحاصل أن الأدله على أن المؤمنين عند شروطهم وارده فى مورد جعل الخيار بناء على أن كل شرط يرجع الى جعل الخيار بالبيان المتقدم فلا يكون الشرط مخالفا للكتاب و السنه و بعباره أخرى أن هذا الروايات الداله على لزوم الوفاء بالشروط وارد فى مورد جعل الخيار بناء على أن مرجع جعل الشروط الى ثبوت الخيار بالالتزام فان بقاء الالتزام على العقد منوط على بقاء الالتزام على الشرط و مع التخلف يثبت الخيار و عليه فلا يكون جعل الشرط مخالفا للكتاب و السنه الا أن الشرط مخالفا لهما و الحال أن فى العالم شروط صحيحه غير منافيه للكتاب و السنه فهذه الروايات وارده فى هذه الموارد الى مرجعها الى جعل الخيار.

و يمكن الجواب عن صاحب المستند بناء على المشهور أيضا من

ص: ٢٠٤

عدم رجوع الشرط الى جعل الخيار. بدعوى عدم مخالفه الشرط الخيار للكتاب و السنه. أما عدم مخالفته للكتاب من جهة أن أَوْفُوا بِالْعُقُودِ ناظر إلى إفاده اللزوم للعقد المنشأ على النحو الذى أنشأه المنشئ و هذا المنشأ اما هو مطلق فى الواقع أو مقيد لما ذكرناه مرارا أن الإهمال فى الواقعيات من الأمور مستحيله و عليه فهذا العقد الذى اشترط فيه الخيار لا يعقل أن يكون منشأ على وجه الإطلاق فلا بدّ و أن يكون منشأ على وجه التقييد فيكون الملكيه المنشئه بقيد خاص موردا للأمر بالوفاء بالعقد فلا يكون الشرط مخالفا للكتاب بل دليل اللزوم من الأول لا يشمل الا هذه الملكيه الخاصه المقيده بحد خاص.

و بعبارة أخرى أن دائره الملكيه من الأول محدوده و مقيده بعدم الفسخ فان الحاصل من البيع قد يكون ملكيه مطلقه و يكون المنشأ هو ذلك و قد يكون المنشأ ملكيه مقيده بحصه خاصه و بحد خاص أى المقيده بعدم الفسخ و حينئذ أن منافاه لهذا الشرط للكتاب بل الكتاب لا يشمل من الأول الملكيه المطلقه بل يشمل الملكيه المقيده و هو واضح.

لا- يقال أن الملكيه المنشئه مطلقه حتى بعد الفسخ فإنه لا معنى للبيع الى وقت خاص كسنه أو سنتين لكونه باطلا إجماعا فإنه يقال لا شبهه فى أن المنشأ مطلق من حيث الزمان و أن البائع أنشأ ملكيه مطلقه للمشتري و أبدية و لكن كلامنا ليس فى الإطلاق و التقييد من حيث الزمان بل من حيث الحالات و لا شبهه أن المنشأ بالنسبه إلى الفسخ و عدمه الذان من الحالات الطارئه لعقد اما مطلق أو مقيد و ذكرنا أنه مقيد فالملكيه المنشئه محدوده بالنسبه إلى الفسخ

و عدمه الى الزمان فتشملها أدله اللزوم مع هذه الحثيه المقيده فيكون لازما الى أن لا يفسخ و الا فلا لزوم لعدم شمول أدلته له. و دعوى أن المنشأ مطلق بالنسبه إلى الفسخ و عدمه أن أنه أنشأ الملكيه سواء فسخ أم لا مع اشتراط الخيار فى العقد دعوى متناقضه كما هو واضح فان هذه الدعوى تشبه دعوى أن يقصد أحد الإقامه فى بلد و كان عالما بمسافرتة أو شاكا فيه فان هذا ليس الا التناقض الواضح.

و لا يقاس كون المنشأ ملكيه محدوده بالفسخ بالبيع إلى سنه فان الثانى باطل بالضروره بخلاف الأول فإنه كان متعارفا فى جميع الأزمنه فيكون مشمو لا لوجوب الوفاء بالعقد.

و كيف كان بناء على المشهور أيضا لا يكون شرط الخيار مخالفا للكتاب بوجه لقصور دليل اللزوم عن ذلك فلا يكون الأمر بالوفاء بالعقود شاملا الا ما أنشأ بأى كيفيه أنشأ. فاللازم بدليل وجوب الوفاء بالعقد هو الملكيه المحدوده بعدم الفسخ.

و أما السنه فقد ظهر جواب توهم مخالفه الشرط للسنه من ذلك أيضا فإن قولهم البيعان بالخيار ما لم يفترقا و إذا افترقا وجب البيع ليس المراد من الوجوب على كل حال بحيث يكون المنشأ ملكيه المحدوده لازمه على وجه الإطلاق بعد انقضاء المجلس بل الملكيه المحدوده بعدم الفسخ فلا تكون هذه الاخبار شامله من الأول الى ما بعد الفسخ حتى يتوهم كون الاشتراط مخالفا لمقتضى الكتاب.

### **ثم انه لا شبهه فى جواز جعل الخيار مداه خاصه معينه**

إما متصلا بالعقد أو منفصلا عنه لإطلاق الأدله نعم ذكر بعض الشافعيه أنه لا يجوز جعل الخيار بعد لزوم العقد فإنه لا ينقلب الى الجواز بعد

اللزوم و لكنه بديهي البطلان فان كثيرا ما يطرد الجواز على العقد بعد اللزوم كما في موارد خيار تأخير الثمن و موارد خيار الرؤيه و موارد تخلف الشرط فان جميع ذلك و أشباهه يطرد الجواز على العقد بعد اللزوم فلا يمكن الالتزام بكلام هذا القائل أيضا.

### و هل يجوز جعل الخيار إلى الأبد و مدته العمر نظير الوقف

بحسب العمر أم لا

فلم يستشكل أحد في جوازه الا شيخنا الأستاذ حيث منع عن جواز مثل هذا الشرط لوجهين الأول أنه يوجب كون العقد غرّيا و ذلك لانه لا يعلم المتبايعان أن عمر المشروط له أى مقدار فيوجب البيع غرّيا فيبطل لذلك.

و فيه أنه الغرر هو الخطر و لا- نرى في ذلك خطرا أصلا غايه الأمر أنه يكون مثل العقود الجائزه فهل يتوهم أحد أن الهبه أو الوكاله أو نحوهما من العقود الجائزه غرريه. و سيأتى الكلام في نفس الغرر مع الجهل بالشرط.

الوجه الثانى ما ذكره(ره) من أن جعل الخيار إلى الأبد مخالف لمقتضى العقد فان للعقد دلالة مطابقه أعنى حصول الملكيه للمشتري فالبيع يقيد بالمطابقه حصول الملكيه للمشتري على وجه الإطلاق و دلالة التزاميه أعنى كون المتبايعين ملتزمين بمفاد العقد و أنه لا- يختص التزامهما بزمان خاص بل هو ثابت إلى الأبد فاشترط الخيار إلى الأبد و ان لم يكن مخالفا لمقتضى العقد بحسب الدلاله المطابقه أعنى حصول الملكيه المطلقه و لكنه مناف لمقتضى العقد بحسب الدلاله الالتزاميه أعنى لزوم العقد إلى الأبد و أما جعل الخيار في زمان خاص فلا بأس به لعدم كونه مخالفا لمقتضى العقد من الجهتين غايه الأمر

ص: ٢٠٧

أنه شرط الخيار في زمان خاص.

و فيه قد عرفت أنه لا- دليل على بطلان الشروط المخالفه لمقتضى العقد الا من جهه المناقضه و من الواضح أن اشتراط عدم حصول الملكيه للمشتري مثلا- مناقض لمقتضى العقد بأن يبيع بشرط أن لا- يملك المشتري أو يهب بشرط أن يبقى العين الموهوبه في ملك الواهب و أما جعل الخيار في البيع إلى الأبد فلا- يستلزم التناقض لمقتضى العقد كما هو واضح فإنه أى مناقضه لبيع متاع أو دار بشرط أن يكون للبائع أو للمشتري خيار مده العمر فيكون نظير العقد الجائر نعم لو كان هنا دليل التعبدى يدل على أن الشروط لا بدّ و أن لا يكون مخالفه لمقتضى العقد لأخذنا بإطلاقه و بالنسبه إلى الدلاله المطابقه و الالتزاميه.

و الحاصل قد علم أن المنشأ في موارد جعل الخيار بالشرط ملكيه محدوده فأدله اللزوم من الأول قاصره عن الشمول لذلك فضلا عن أن يلزم من جعل الخيار مخالفه الكتاب أو السنه.

و مع الإغماض عن ذلك فنقول: ان الظاهر من السنه الداله على لزوم العقد هو الحصره الخاصه من العقد الذى لم يجعل فيه الخيار و أما ما جعل فيه الخيار فلا يكون مشمولاً لها.

و توضيح ذلك أن الأدله على ثبوت خيار المجلس و ان دلت على لزوم البيع بمجرد الافتراق و كونه واجبا على وجه الإطلاق و لكن لا بدّ من تقييدها بما ذكرناه من أنه ورد في بعضها أن اللزوم و الوجوب انما هو بعد الرضا بالعقد كقوله (عليه السلام) فلا خيار لهما بعد الرضا و قد ذكر أن المراد من هذه العبارة الشريفه أنه لا خيار لمجلس لهما بعد ما أقدم على المعامله و رضيا بها و عليه فهى صريحه فى عدم شمول السنه

لعقد جعل فيه الخيار فان المتبايعين لم يقدموا و لم يرضيا على المعامله الأعلى النحو الذى أنشأها و من الواضح أنهما أنشأ ذلك بحيث يكون لهما أو لأحدهما حق الفسخ بعد شهر مثلا أو الى شهر من زمان العقد فلا يشمل قوله (عليه السلام) فإذا افترقا وجب البيع بعد الرضا إذا لم يحصل الرضا بدون الشرط المعلوم.

ثم انه قد عرفت أنه لا شبهه

### فى جواز اشتراط الشرط فى العقد

من دون أن يلزم فيه محذور أصلا

و قد عرفت أنه يجوز أن يشترط فيه الخيار مده معينه بل ما دام العمر و قد عرفت مناقشه شيخنا الأستاذ فى ذلك و عرفت الجواب عنه.

### و هل يجوز اشتراط الخيار فى مده مجهوله فى الظاهر و معينه

#### اشاره

فى الواقع

(كأن يجعل البائع المشتري لنفسه الخيار الى قدوم الحاج أو نزول المطر و نحوهما) أو لا يجوز و الظاهر هو الجواز لعموم الأدله المتقدمه الداله على أن المؤمنين عند شروطهم.

### و الذى يمكن أن يكون مانعا عن ذلك أحد الأمور الثلثه

#### الأول

ما أرسله علامه

من أنه نهى النبى (صلى الله عليه و آله) عن الغرر فان هذا الشرط غررى فيكون منها عنه و يكون المشروط به أيضا منها عنه.

و فيه مضافا الى عدم ثبوته إذ الثالث المنقول هو نهى النبى (صلى الله عليه و آله) عن بيع الغرر أنه لا دلالة فيها على فساد المعامله المشروط بهذا الشرط الفاسد إلا بناء على سرايته الى المشروط و هو فاسد و سيأتى الكلام منه.

### الثانى: أن هذا الشرط أن شرط الخيار فى مده مجهوله

مخالف للسنه فيكون فاسدا

و ذلك فإنه ورد النهى عن بيع الغرر

ص: ٢٠٩



فى الشرىعه المقدسه فاشترط الشرط الغرى مخالف له فىكون فاسدا و هذا هو الذى ذكره المصنف و ذكر أنه أكل من القفاء فان له أن يستدل من الأول بفساد هذا الشرط بدليل النهى عن البىع الغرى.

و كىف كان هذا الوجه أيضا لا يتم فإنه ان كان المراد من الشرط المخالف للكتاب هو نفس الالتزام بحيث يكون نفس الالتزام بما يكون مخالفا للكتاب و السنه أيضا مخالفا لهما فىرد علیه أنه مبنى على سرايه فساد الشرط الفاسد الى المشروط و بعباره أخرى فالصغرى مسلم و لكن الإشكال فى الكبرى من أن الشرط الفاسد يوجب بطلان العقد أم لا.

و ان كان المراد به نفس الملتزم به لىكون هو بنفسه مخالفا للكتاب و السنه فلا شبهه أن الملتزم به لىس مخالفا للكتاب و السنه فان جعل الخيار و لىس فىه مخالفه لهما و الا لكان كل خيار فى كل عقد مخالفا للكتاب و السنه و على الجملة فإن كان المراد من الشرط نفس الملتزم به فلىس فىه مخالفه للكتاب و السنه و ان كان المراد به نفس الالتزام و هو و إنكار مخالفا للكتاب و السنه لكونه حراما على الفرض و لكن لا- يرى كونه موجبا لبطلان العقد لانه متوقف على كون الشرط الفاسد موجبا لبطلان العقد أم لا.

الثالث: النبوى المعروف من أنه نهى النبى (صلى الله علیه و آله) عن بىع الغرر بدعوى أن اشترط الخيار فى البىع مده مجهوله غرى فىسرى إلى البىع فىكون البىع أيضا غرىا. و على هذا فلا يتوقف الاستدلال على جعل الشرط مخالفا للكتاب و السنه يحتج إلى إرجاع الشرط الى نفس الملتزم به و لا إلى النهى عن المطلق الغرر لىحتاج الى البحث عن ثبوتة و عدمه.

و لكن يرد عليه أنه ان كان المراد من الغرر هو الجهالة فلا- جهالة فى المبيع و ان كان الشرط مجهولا فإنه أى جهالة فى المبيع المعلوم من جميع الجهات الذى وقع عليه البيع إذ لا تسرى الجهالة من ناحيه الشرط الى المبيع أصلا.

و بعبارة أخرى بناء على تماميه ما دل على النهى عن الغرر من حيث السند و كون الغرر بمعنى الجهالة فما يكون موجبا للبطلان هو جهالة ما يرجع الى الثمن و المثلن لا جهالة الخارجيه و من الواضح أن العوضين هنا معلوم فلا تسرى الجهالة إليهما من ناحيه الشرط المجهول كما هو واضح على أن الروايه ضعيفه السند و الغرر ليس بمعنى الجهاله.

و ان كان المراد من الغرر هو الخطر كما هو الظاهر على ما قربناه سابقا فلا خطر هنا أيضا فإن الخطر انما يكون فيما لم يعلم أن ما بذله البائع أو المشتري أن مقدار وقع فى مقابله من المال بحيث تكون المالىه التى تحصله فى مقابل ما يعطيه مجهوله فان هذا خطر.

و أما إذا كان ما يساوى ماله معلوما فان فسخ يملك ما بذله نفسه و الا يملك ما بيده الذى أخذه من طرفه فأى خطر فى ذلك و لو لم يعلم أن العقد يفسخ أولا- و أنه فى أى وقت يفسخ فان هذا لا يضر بمالىه المبيع أن الثمن فلا يجعلها خطريه و الا فهذا يجرى فى جميع موارد الخيارات إذ لا يعلم أن ذى الخيار يفسخ أو لا فهذا بنفسه لا يوجب الغرر.

نعم فالمالىه فى الثمن أو المثلن تكون خطريه باعتبار ترق القيمة السوقيه أو تنزلها الى زمان الخيار و الفسخ إذ لا يعلم أنه متى يجىء

الحاج أو ينزل المطر حتى يثبت الخيار لذى الخيار فيمكن أن تكون قيمه المبيع نازله بحيث لا يسوى شيئا فيكون البيع حينئذ خطريا من ناحيه هذا الشرط على أن دليل نفى الغرر ضعيف و غير منجبر بشيء و قد عرفته في البحث عن القدره على التسليم و لكن هذا يجرى في جميع موارد الخيارات فلا يختص بالمقام فإنه يمكن أن يطرأ هذه الحاله للمبيع في بقيه الخيارات أيضا فبيما ليس فيه خطر لا وجه لفساد الشرط و فيما فيه خطر فهو مشترك بين المقام و بين بقيه موارد الخيارات.

هذا كله إذا كانت المده مجهوله في الظاهر و معلومه في الواقع كأن قال بعتك هذا الشيء على أن يكون لي الخيار مده خاصه و لم يبين المده أو قال لي الخيار و أطلق فهذا باطل ثبوتا أيضا لاستحاله إمضاء أمر المجهول الا أن يقال أنه يحمل على ثلثه أيام. كما افتى به جمع من الأكابر و ذكر الشيخ الطوسي أن عليه أخبار الفرقه و قد عامل بعضهم معامله الروايه و لكن الظاهر أنه لا يكون دليلا في المقام إذ لم نجد روايه تدل على هذا الرأي و لم ينقله احد حتى الشيخ في كتابيه فلو كان هنا خبر يدل على ذلك لنقله هو أو غيره و الظاهر أنه استنبط ذلك من الروايات و ذكر أن عليه أخبار الفرقه و قد ذكر نظير ذلك في قصر الصلاه عند الخروج الى الصيد و وجدنا الموارد التي استنبط ذلك منها و عليه فان كان هنا إجماع أو تسالم على حمل مثل هذا الشرط على ثلثه أيام نأخذ به و الأفيحكم بالبطلان كما هو الظاهر.

### (في مبدء خيار الشرط)

قوله مبدء هذا الخيار من حين العقد أقول ان كان وقت خيار

الشرط معلوما بالنص كأن يجعل لنفسه الخيار في اليوم الفلاني فهو و الا بأن أطلق و قال بعتك على أن يكون لى الخيار الى خصمه أيام فإن ظاهر الإطلاق هو كون الخيار من حين العقد و الآ كان الإطلاق الغوا و لو جعل لأحدهما الخيار فى اليوم المعين فالإطلاق يقتضى أن يكون مبدء الخيار من أول ذلك اليوم و قال المصنف انه لو شرط خيار الغد كان مبدءه من طلوع الفجر و لكنه مبنى على أن يكون أول النهار من طلوع الفجر و لكنه فاسد بل النهار المقابل لليل أوله من طلوع الشمس و آخره غروبها و بعبارة أخرى قد ذكرنا فى مباحث الصلاة أن قوس النهار من طلوع الشمس فما دام أنها تحت الأرض لا يتحقق النهار و مقابل ذلك الليل.

و قد ذهب الشيخ و الحللى الى أن مبدءه من حين التفرق و وجه الشيخ فيما سبق بأنه لا معنى لتعدد السبب لخيار واحد و قد تقدم جوابه بأنه لا مانع من استناد الخيار الواحد إلى أسباب عديده و يترتب عليه الثمر فيما إذا سقط واحد فإنه يفسخ بالآخر و قد تقدم أيضا النقض بأنه قد يجتمع خيارات عديده فى محل واحد و كيف كان فلا محذور فيه على أنه يرد عليه بأن لازم كلامه هذا أن يكون خيار الشرط بعد خيار الحيوان أيضا.

ثم ان المصنف قد ادعى التبادر هنا أن المتعاقدين انما يجعلان الخيار فى زمان ليس لهما الخيار و الا لم يجعلاه لنفسهما و قد أشار الى ذلك فى السرائر.

و فيه أولا أن التبادر فى نفسه ممنوع و ثانيا ما ذكر المصنف انه لو تم هذا لاقتضى كونه فى الحيوان من حين انقضاء الثلثة و لم يلتزموا

بذلك على أنه انما يتم مع العلم بثبوت خيار المجلس و مع الجهل به لا يقصد من يجعله لنفسه الخيار الا جعل من حين العقد لعدم التفاته بخيار المجلس بل هذا هو الأغلِب إذ لا يلتفت نوع الناس بخيار المجلس ثم أورد المصنف على دعوى أنه بعد انقضاء المجلس الحكم على المتعاقدين بخلاف قصدهما و أورد عليه شيخنا الأستاذ بأن تبعيه العقود للقصود و وجوب عدم تخلفها عنها انما هو لو قصد عنوانا خاصا و ترتب عليه عنوان آخر مضاد له كما إذا قصد المتبايعين البيع و ترتب عليه الهبة أو الإجازة أو قصد المتعه و ترتب عليه الدوام بناء على كونهما حقيقتين و أما بيع ما يملك و ما لا يملك فحيث ان القصد فيه فى الحقيقه ينحل الى قصدين فهو ليس من تخلف القصد عن العقد و فى المقام و ان قصدا كون مبدء الخيار من حين العقد الا أنهما قصدا من حينه إلى سنه مثلا فلو حكم الشارع بأنهما ما دام فى المجلس ليس لهما خيار الشرط فهو ليس من تخلف العقد عن القصد.

أقول: ان كان مراد المصنف أنه يلزم التخلف إذا كان قصد المتبايعين ثبوت الخيار لهما من حين العقد إلى خمسة أيام فأمضى الشارع بعد التفرق إلى خمسة أيام و مقدار زمان قبل التفرق كخمسة أيام و نصف أو ساعه بحيث يضيف الناقص من الأول إلى الآخر فلا شبهه فى كون ذلك من تخلف العقد عن القصد فلا يرد عليه ما أورده شيخنا الأستاذ.

و ان كان مراده أن المتبايعين قصدا لنفسها الخيار من حين العقد إلى خمسة أيام و لكن الشارع ضيق دائره خيارهما و نقص من خمسة أيام بمقدار بقائهما فى مجلس فح لا يلزم التخلف فان المورد

ح من قبيل بيع ما يملك مع ما لا يملك و إمضاء البيع فى ما يملك و عدمه فيما لا يملك. و عليه فإشكال شيخنا الأستاذ متين و نظير ذلك كثير فى الشريعة كبيع الصرف و السلم فان الشارع امضاهما بعد القبض و كبيع الفضولى و نحو ذلك.

ثم انه ذكر المصنف أنه لو جعل مبدء الخيار من حين التفرق بطل لأدائه إلى جهاله مده الخيار و قد تقدم أن شرط إذا كان غرريا يفسد و يستلزم كون البيع فاسدا بناء على كون الشرط الفاسد مفسدا للعقد و الا فيكون الفاسد هو الشرط فقط و لا يسرى الغرر الى المبيع و قد تقدم و لكن يمكن عدم الغرر و الجهاله هنا فى هذا المثال كما إذا جعلنا الخيار من حين التفرق فان الشرط هنا لا يكون مجهولا لان آخره معلوم فهذه المده مده الخيار سواء كان بالمجلس أو بغيره فما دامنا فى المجلس فيه و بعده بخيار الشرط غايه الأمر سبب الخيار مجهول.

### (فى جعل الخيار للأجنبى)

#### اشاره

قوله مسأله يصح جعل الخيار لأجنبى أقول

#### يقع الكلام فى جهات

#### الاولى هل يشرع الخيار لاجنبى بعنوان أنه وكيل

لان جعل الخيار له فى قوه جعل الخيار لنفسه و لا شبهه أيضا فى احتياجه الى القبول و كيف كان فهذا خارج عن محل الكلام.

و انما الكلام فى جعله للأجنبى بغير عنوان الوكاله فقد يقال:

بعدم جوازه فان جعل الخيار فى العقد انما يشرع فى حق من كان طرفا للالتزام و يكون له الخيار فى حل التزامه و إبقائه على حاله و من الواضح أن الأجنبى خارج عن ذلك.

و يضاف الى ذلك أنه لا دليل على مشروعيه هذه الشرط فيكون مخالفا للمشروع فان الثابت في الشرع صحه الفسخ بالتفاسخ أو بد خول الخيار بالأصل كخيارى المجلس و الشرط أو بالعارض كخيار الفسخ برّد الثمن لنفس المتعاقدين.

أقول: لا وجه للتمسك في ذلك بالروايات المستفيضه المتقدمه الداله على أن المؤمنين عند شروطهم و ذلك لما عرفت سابقا أن هذه الروايات ناظره إلى الحكم التكليفى و أنه لا بدّ و أن يكون المؤمن عند شرطه كقوله (عليه السلام) المؤمن عند عهده بل فى بعضها و ليف بشرطه فتكون خارجه عن الأحكام الوضعيه و عن نفوذ الشرط وضعاً على أن هذه الروايات ناظره إلى الشروط التى سائغه شرعاً فيجوز جعلها فى العقود فى الشريعة المقدسه فلا تكون داله على تشريع الشروط و جعلها.

و بعبارة أخرى أنها مسوقه لتجوز جعل الشروط التى سائغه فى الشريعة فلا تكون مشرعه فى نفسها و موجه لجعل شرط لا نعلم مشروعيته قبل ذلك و عدمها و لذا قلنا أن هذه الروايات وارده فى مقام جعل الخيار لرجوع الشروط بالأخره إلى جعل الخيار بالالتزام و من الواضح أن مشروعيه الخيار ثابت فى الشريعة المقدسه و أما فى غير ذلك فالشروط مخالفه للكتاب و السنه فلا يجب الوفاء بها.

و الظاهر أنه لا دافع لهذا الإشكال إلا ما ذكرناه سابقاً من أن المنشأ هو الملكيه المحدوده بعدم الفسخ فان التزام المتعاقدين انما هو على هذا النحو الخاص و ليس على وجه الإطلاق فإنك قد عرفت أن الملكيه المنشأ قد يكون مطلقه و قد تكون مقيده لاستحاله الإهمال فى الواقعيات فالملكيه المنشئه هنا مقيده بعدم فسخ الأجنبى فيكون

ما هو يكون مشمولاً للعقد الملكي المقيد كما هو وبالجملة فكون الملكي محدوده يجعل الخيار للأجنبي كتحديد الملكي يجعل الخيار لنفسه.

فتكون أدله اللزوم من الأول داله على لزوم هذه الحصة فقط فيكون غير هذه الحصة خارجه بالتخصص و قلنا أن تملك المبيع و بيعه بالملكيه المحدوده من حيث الكيف لتقيده بعدم الفسخ لا بحسب الزمان متعارف في الخارج فيكون مشمولاً لأدله اللزوم بنفس أدله اللزوم تدل على نفوذ هذا النحو من الشروط فلا تكون هذا الشروط مخالفه للكتاب و السنه. و لا دافع لهذا الإشكال إلا هذا و الا فلا مقتضى لمشروعيه هذا النحو من الشرط.

### **الجهه الثانيه في أنه هل يحتاج هذا الشرط الى القبول**

بحيث ما لم يقبل الأجنبي هذا الشرط لا يثبت له الخيار و للمتبايعين الشرط كما أن توكيل الغير يحتاج الى قبول أو لا يشترط فيه ذلك و ربما يقال أن مقتضى كون كل شخص مسلطاً على نفسه هو أن يكون تملكه شيئاً باختياره و سلطنته فان هذا المضمون و ان لم يكن وارداً في الاخبار و انما الوارد الناس مسلطون على أموالهم و لكن هذا أمر وجداني بل ثابت بالأولويه فإن كون الإنسان مسلطاً على ماله يقتضى كونه مسلطاً على نفسه بالأولويه القطعيه- و قد قال موسى (عليه السلام) إني لا أملك إلا نفسي و أخي و حكاه سبحانه و تعالى في كتابه الكريم و على هذا فمقتضى القاعده عدم ثبوت الخيار للأجنبي الا بقبوله.

أقول: لا شبهه في أن تملك أي شيء انما هو بالأسباب الاختياريه التي جعلت في الشريعه المقدسه من الأسباب المملكه غايه الأمر ثبت على خلاف هذه القاعده تملك الورثه أموال المورث



بالأسباب القهريه و كذلك فى بعض الموارد من غير مسأله الإرث كالمصالحات القهريه و نحو ذلك فليس لأحد جبر غيره تملك شىء إلا باختياره و لذا أفتوا بعدم وجوب قبول البذل فى الحج ليكون مستطيعا و يجب عليه الحج.

و لكن الظاهر أن الخيار خارج عن حدود الملك و ان فسرناه بملك فسخ العقد و تحقيق ذلك أنه قد تقدم فى أول البيع فى بيان الفرق بين الحق و الحكم أن الجواز الثابت فى العقود الجائزه أو اللازمه بواسطه جعل الشارع أو جعل المتعاقدين حكم شرعى من ناحيه الشارع غايه الأمر أن ما ثبت فى العقود اللازمه يفترق عما ثبت فى العقود الجائزه بوجهين الأول أن الثابت فى العقود اللازمه اما بالجعل أو بواسطه جعل الشارع كخيارى المجلس و الحيوان يقبل السقوط بالإسقاط بخلاف العقود الجائزه فإن الجواز فيها أمر ثابت بجعل الشارع و لا يقبل السقوط حتى بإسقاط المتعاقدين و لو قالوا أسقطنا ألف مره.

و قد تقدم فى ما سبق فى أدله خيار المجلس و الحيوان قوله (عليه السلام) فذلك رضا بالبيع فعلم أنه سقط بالإسقاط و بعبارة اخرى أن فى ذيل تلك الأدله ما دل على سقوط الخيار بالرضا.

الثانى أن الخيار الثابت فى العقود اللازمه ينتقل الى الوارث بموت المورث و نحوه و الخيار الثابت فى العقود الجائزه بحسب المطيع بحكم الشارع لا- يقبل ذلك بوجه و لكن هذان الوجهان يرجعان الى الفرق من حيث الحكم الشرعى و لا- يوجب بينوتهما بحسب الحقيقه و الا فالجواز شىء واحد بحسب الحقيقه و لا ميز بينهما و لا بينونه بينهما

بحسب الحقيقة فالنتيجة أن الخيار و الجواز فى العقود الجائزه و العقود اللازمه شىء واحد و حكم شرعى جعله الشارع للمتعاقدین و كذلك ما جعله المتعاقدان فإنه أيضا من قبيل الحكم فقد اعطى الشارع اختيار جعله بيد المتعاقدین و على هذا المنهج فباب الخيارات بالكلية أجنبيه عن حدود الاملاك المصلحه و عليه فلا مانع من جعل الخيار للأجنبي من غير أن يكون ثبوته له محتاجا الى القبول فان هذا الحكم شرعى يثبت للأجنبي و كونه من قبيل الحقوق و الاملاك الحقيقه سالبه بانتفاء الموضوع كما هو واضح فيكون الالتزام بالعقد مقيدا بعدم فسخ الأجنبي فإذا فسخ بطل العقد و الا فيبقى على حاله و لا يكون لقبوله و عدمه أصلا مدخل فى ذلك فمعنى جعل الخيار له هو كون العقد مقيدا بعدم فسخه كما هو واضح.

غايتة بجعل المتعاقدین و من هنا يظهر أنه لا يسقط بإسقاط الأجنبي فإن الدليل على سقوط الخيار بإسقاط ذى الخيار انما هو فى المتعاقدین فان الظاهر من أدله ثبوت أنواع الخيار لهما هو ذلك و أما الأجنبي بعد قيام الدليل على جوازه فلا يكون قابلا للسقوط بإسقاطه. فلا يكون ساقطا كما لا يخفى.

### **الجهه الثالثه: أنه هل يجوز للمتعاقدین إسقاط هذه الخيار**

عن الأجنبي أم لا

فقد اختار السيد (ره) فى حاشيه الوجه الأول قال (أن شرطه كون الأجنبي ذا خيار فخيار الأجنبي حق للمشروط له فكما يجوز إسقاط خيار نفسه لو جعله لنفسه فكذلك فى الأجنبي و ليس الشرط حدوث الخيار للأجنبي بل دوامه فيكون كخيار نفسه فى جواز إسقاطه و لا يضر سقوط حق الأجنبي أيضا من غير اختياره كما أنه يجوز

ص: ٢١٩

للأجنبي إسقاطه فيسقط المشروط له أيضا قهرا عليه).

أقول أن ثبوت الخيار للأجنبي و ان كان حق للمتعاقدين و لكن ذلك في ناحيه الحدوث دون البقاء فثبوت الخيار للأجنبي حدوثا إنما هو بجعل المتعاقدين و حق لهما في أن يجعلوا الخيار في العقد لنفسهما أو لغيرهما و أما من حيث البقاء فلا دليل على قبوله السقوط بإسقاط المتعاقدين بل قلنا انه لا يسقط بإسقاط نفس الأجنبي أيضا فكون ثبوت الخيار للأجنبي حدوثا حقا للمشروط له لا يلزم كونه بيده أيضا بقاء بل لا بد بعد ثبوته للأجنبي ملاحظه ما دل على سقوط الخيار بالإسقاط و من الواضح أنه ليس لنا ما يدل على سقوطه بإسقاط المتعاقدين بل بإسقاط نفس الأجنبي فيكون نظير الجواز الثابت في الهبه و غيرها من العقود الجائزه فلا يعقل انفكاكه عن العقد ما دام العقد باقيا و لا شبهه أن سقوط الخيار بالإسقاط يحتاج الى دليل و قد دل الدليل على سقوطه بالإسقاط في الخيارات المجعوله لنفس المتعاقدين فان في ذيل أدله خيارى في المجلس و الحيوان ما يدل على سقوطه بالرضا و أما ما جعلاه للأجنبي فلا دليل على سقوطه بالإسقاط.

و بعبارة أخرى تاره يشترط المشروط له في العقد أن يخيط المشروط عليه له الثواب و لا شبهه أن مرجع ذلك الى جعل الخيار لنفسه على تقدير ان لا يخيط له الثوب و له حينئذ أن يسقط خياره على تقدير تخلف الشرط فان ذلك حق للمشروط له.

و أخرى يجعل الخيار و للأجنبي فلا شبهه حينئذ أن المشروط له له حق الجعل حدوثا و أما بعده فليس له فسخ ذلك لكونه حقا

ثابتا للأجنبي فلا دليل لسقوطه بإسقاط غيره.

وقد انتهى الكلام الى جعل الخيار للأجنبي وقد قلنا أن مرجعه الى تحديد الملكيه المنشأ و كون المنشأ من الأوّل مقيدا فتكون أدله اللزوم من الأوّل قاصره الشمول لما بعد الفسخ فضلا عن أن يكون الشرط مخالفا للكتاب و السنه.

## و بقى الكلام فى الجهتين الأخرتين

### الاولى فى أن خيار

الأجنبي هل هو مشروط بملاحظه الغبطه و المصلحه أم لا

فنقول قد يكون جعل الخيار للأجنبي مشروطا بمراعاة مصلحه من جعل الخيار له و حينئذ فلا شبهه فى كون خياره مقيدا بذلك فلا يكون فسخه نافذا بغير ملاحظه المصلحه و قد يجعل له الخيار على وجه الإطلاق سواء كان فى الفسخ مصلحه أم لا و حينئذ فيكون له الخيار على وجه الإطلاق هذا لا شبهه فيه مع التصريح بذلك فى مقام الإثبات و أما لو جعل الخيار للأجنبي مع عدم التصريح بكونه ذى خيار على وجه الإطلاق بل إطلاق فهل يثبت له الخيار أيضا على وجه الإطلاق أم ينصرف إلى صورته كون الفسخ مصلحه للمشروط له.

أقول ان كان جعل الخيار للأجنبي من كلاً المتبايعين فلا وجه لملاحظه المصلحه لهما ح فان الغالب أن البيع يكون مصلحه لأحدهما و غير مصلحه للآخر فان الغالب أما أن يكون فيه ربح المشتري أو ربح البائع و قلما يتفق أن يكون البيع مصلحه للبائع و المشتري معا و عليه فلا وجه لملاحظه المصلحه فهما و لو كان جعل الخيار و للأجنبي من أحدهما فقط دون الآخر و مع ذلك أطلق فى جعله فهل ينصرف ح إلى صورته وجود المصلحه فى الفسخ أم لا فنقول أن ثبوت الخيار للأجنبي

على وجه الإطلاق و ان كان ممكنا ثبوتا و لكنه ينصرف إلى صورته كون فسخ الأجنبي مصلحه للمشروط له فان الظاهر أن جعل الخيار له ليس على وجه يكون فى نفس الجعل غرض بل هو من جهه أن المشروط له ليس له بصيره على حال البيع و انه جاهل بخصوصيات البيع و المبيع و أن هذه المعامله مصلحه له أم لا لكونه غيريا مثلا فجعل الخيار له من جهه أن يلاحظ مصلحه هذا الشخص و الا فيكون نقضا للغرض كما لا يخفى.

و عليه فدعوى الانصراف إلى صورته وجود المصلحه ليست بدعوى جزافيه الا- أن يصرح على كون الخيار للأجنبي على وجه الإطلاق.

### **الجهه الثانيه: أنه لو جعل الخيار لشخصين أو لنفسه مع**

الأجنبي أو لعدده أشخاص فهل يكون الخيار لكل منهما أو على المجموع

أو غير ذلك

و قد عرفت فى خيار المجلس نظير ذلك فنقول إجمالا أنّ الخيار تاره يكون ثابتا للطبيعه على نحو الكلى الطبيعى بحيث كل من سبق إلى اعمال الخيار من الفسخ أو الإمضاء يتحقق الطبيعى فى ضمنه فلا يبقى خيار لفرد آخر من هذه الطبيعه أصلا و هذا لا شبهه فيه و قد يكون ثابتا لكل فرد بعنوان الفرديه لا- بما أنهم من مصاديق الطبيعه و على هذا فيكون كل واحد منهم ذى خيار و عليه فان سبق أحدهما إلى الفسخ فلا يبقى موضوع لخيار الثانى فإنه يوجب انهدام العقد و انحلاله من أصله فلا يبقى شىء حتى يكون الثانى يعمل خياره.

و ان كان أمضى العقد فيكون العقد ممضى من قبله فقط فلا يكون ذلك مضاء من قبل الآخرين و قد عرفت النكته بين الفسخ و الإمضاء فى خيار المجلس و قلنا أن الفسخ هو انحلال العقد فلا يعقل الا من الطرفين

ص: ٢٢٢

و هذا بخلاف الإمضاء فإن الإمضاء من أحد الطرفين لا يستلزم الإمضاء من الطرف الآخر.

و قد يكون الخيار ثابتا للمجموع من حيث المجموع فقد قربنا فى خيار الورثة و عليه فإمضاء كل من الطرفين أو فسخه لا يؤثر الا من قبله فقط فيكون خيار الآخرين باقيا على حاله فلهم الفسخ أو الإمضاء فإن اتفق جميع هؤلاء على الفسخ انفسخ العقد و الا يبقى العقد على حاله و كيف كان فالخيار تابع لجعل الجاعل كما هو واضح.

قوله مسأله يجوز لهما اشتراط الاستيمار بأن يستأمر المشروط عليه الأجنبى فى أمر العقد أقول

### حيث كان الكلام فى جعل الخيار

للأجنبى فلمناسبه ذلك ذكر مسأله الاستيمار فى أمر العقد

و ان لم يكن من جعل الخيار فى شىء.

ف نقول انه يمكن تصوير ذلك بوجوه و لكن المناسب للمقام اعنى مسأله جعل الخيار للأجنبى. وجهان الذان ذكرهما السيد(ره).

### الأول أن يكون مرجع ذلك الى جعل الخيار لنفسه على تقدير

أمر الأجنبى بالفسخ و الا فلا

و عليه فهل يجوز له أن يفسخ قبل الأمر و الاستيمار أم لا الظاهر بل المقطوع به هو العدم لأنه أنما جعل لنفسه الخيار على تقدير خاص فليس له أن يفسخ بغير هذا التقدير إذ لا خيار له بدونه و أما لو أمر الأجنبى الذى جعل لنفسه الاستيمار منه قبل الاستيمار فهل يجوز له الفسخ بذلك أم لا و الظاهر هو جواز الفسخ بهذا الأمر و ذلك لان الاستيمار ليس له موضوعيه فى ثبوت الخيار للمشروط له و أنما هو طريق الى تحصيل الأمر من الغير فإنه لا داعى لهذا الغير أن يأمر بالفسخ أو الإمضاء بدون

الاستيثار و لذا يستأمر منه و الا فالغرض هو تحصيل الأمر فقط و عليه فيجوز الفسخ ان أمر به الأجنبي بدون الاستيثار فإنه يثبت له الخيار بذلك الأمر.

ثم انه إذا استأمر من الشخص المعلوم فلم يأمر بالفسخ بل بارك له في معاملته فليس للمستأمر حق الفسخ أصلاً إذا كان له الخيار على تقدير أمره بالفسخ و ان أمر بالفسخ فيجوز له ان يفسخ و يجوز له أن لا يفسخ لأن الحق له نعم لو كان عنده أمر بالفسخ حق للطرف الآخر أيضاً بأن كان الطرف اشترط عليه أن يفسخ بأمر المستأمر بالفسخ و جب عليه الفسخ كما لا يخفى.

و أما وجوب الفسخ فلا يثبت له حكم تكليفي و جوبي لما عرفت أن الخيار حق لذى الخيار فيثبت به له حق في فسخ العقد أو إمضائه و أما الحكم التكليفي فلا يثبت هنا بوجه.

ثم انه بناء على ما تقدم من ذهاب المشهور الى بطلان الشرط بكونه مجهولاً كجعل الخيار لأحدهما على تقدير نزول المطر أو قدوم المسافر فلا شبهه في بطلان البيع لمجهوليه الخيار الناشئ من جعل الاستيثار من شخص لنفسه بناء على هذا الوجه الذي هو الظاهر و المناسب لمسأله جعل الخيار للأجنبي فإن الشرط ح يكون مجهولاً إذ لا فرق بين هذا و بين جعل الخيار على تقدير قدوم الحاج و من الواضح أن جعل الخيار على تقدير أمر الفلان بالفسخ إذا استأمره أمر مجهول فلا مناص لهم من القول بالبطلان لجهاله المعامله على مذاق المشهور و أما بناء على ما ذكرناه من عدم كون البيع غررياً بذلك مع كون ما يأخذ كل منهما أو يراجعه من الآخر بعد الفسخ معلوماً أعني العوضين. و قد

عرفت ذلك و هذا هو الوجه الأول و هذا هو المرتكز فى الأذهان و ينصرف إليه الإطلاق.

### الوجه الثانى: أن يشترط أحد الطرفين على الآخر عدم الفسخ

ما لم يأمر الأجنبى بذلك

بحيث يكون فى ذلك حق لكليهما معا بخلاف السابق فإنه كان الشرط لأحدهما فقط و هذا الوجه لا محصل له أصلا فإنه ان كان المراد به اشتراط عدم الفسخ ما لم يأمر به المستأجر بالفتح فلو فسخ قبل الأمر يفسخ العقد و لكن يثبت للطرف الآخر خيار تخلف الشرط كما هو الظاهر من الاشتراط و ح فلا يبقى مجال لثبوت الخيار للطرف الآخر مع التخلف إذ لا يبقى موضوع للخيار أصلا بعد انهدام العقد و توضيح ذلك أنه على المختار من رجوع الشرط الى جعل الخيار على تقدير التخلف فلا يبقى موضوع لذلك فإنه يكون فسخه مؤثرا فى العقد فلا يبقى هنا عقد حتى يفسخه الطرف الآخر بخيار تخلف الشرط من جهة عدم وفاء الطرف الآخر بالشرط أعنى به عدم الفسخ قبل الأمر و بالجمله فاشترط عدم الفسخ ح لا أثر له أصلا.

و على مسلك المشهور من كون الاشتراط موجبا لمجرد إثبات حكم تكليفى أعنى وجوب الوفاء بالشرط فلو خالف من له خيار الفسخ بالأمر بعد الاستيمار ففسخ قبل الأمر قد فعل فعلا محرما و أما عدم نفوذ فسخه فلا مانع منه فان ثبوت الحكم التكليفى لا يمنع عن تأثير الحكم الوضعى فيمكن أن يكون الفسخ حراما و مع ذلك يكون نافذا و أما على مسلك شيخنا الأستاذ من كون الشرط موجبا لعجز المكلف تكليفا عجزا شرعيا لكون المنع الشرعى كالمنع العقلى فلا يكون الفسخ مؤثرا و لكن قد عرفت عدم تماميته و يأتى التراضى بذلك فى باب الشروط إنشاء الله.



و ان كان المراد من اشتراط عدم الفعل اعنى عدم الفسخ ان لا يكون له حق الفسخ قبل الأمر فيكون ذلك عين الوجه الأول فلا يكون وجهاً آخر غيره فيكون معنا جعل الخيار على تقدير أمر الأجنبي به.

### **الثالث أن يكون المراد من الاستيمار اشتراط أحدهما الفسخ**

بعد أمر المستأمر بالفتح بذلك

بحيث يشترط الفعل الوجودى دون العدمى و هذا صحيح غير الوجه الأول و لكنه خلاف المرتكز و خلاف الانصراف و عليه فإذا أمر المستأمر بالفتح ففسخ المستأجر بالكسر فيها و الأي ثبت للطرف الآخر خيار تخلف الشرط فيفسخ هو بنفسه كما هو واضح.

### **قوله مسأله من افراد خيار الشرط ما يضاف البيع اليه و يقال**

#### **اشاره**

له بيع الخيار

و هو جائز عندنا أقول قد عرفت. أصل خيار الشرط و وجه ثبوته للمشروط له و يقع الكلام فى بعض أقسام الخيار و من أفرادها ما هو المعروف الذى يسمى ببيع الخيار فى العرف أى بيع فيه الخيار و معناه أن يبيع متاعاً على أن يكون له الخيار بعد رد الثمن و قد تعارف ذلك فى الخارج لعلاقه الناس بأموالهم و احتياجهم الى البيع و يريد أن يجمع بين الحقين و هذا لا خلاف فى جوازه بين الأصحاب و لكن العامه بنوا على خلافه و جرى عليه القانون الحكومى فى الخارج و لذا لا يمتصون مثل هذه المعامله بل بنوا على معاملة الرهون.

و كيف كان فلا شبهه فى مشروعيه هذه المعامله و يكفى فى مشروعيتها مضافاً الى التسالم بين الفقهاء الأدله المستفيضة المتقدمه الداله على أن المؤمنين عند شروطهم و أن القاعده تقتضى صحه ذلك لكون انشائهم على هذا النحو الخاص و يدل على صحه ذلك مضافاً

ص: ٢٢٤

الى ما ذكر من الروايات الكثيره بين صحيحه و موثقه و غيرهما فإنها صريحه فى صحه هذا النحو من البيع و أنما الكلام فى تصوير ذلك

### **فتوضيح المسأله يتحقق بالكلام فى أمور**

### **الأمر الأول أن اعتبار رد الثمن فى هذا الخيار يتصور على وجوه**

فقد ذكر المصنف هنا وجوها خمسه.

### **الأول أن يكون الخيار معلقا برد الثمن**

بحيث متى ردّ الثمن ان يكون له الخيار فى رد المبيع.

### **الثانى: أن يكون رد الثمن قيذا للفسخ**

بأن يشترط على الطرف أن يكون الرد قيذا للفسخ بمعنى أن له الخيار فى كل جزء فى المده من زمان العقد الى زمان ردّ الثمن و لكن ليس له أن يفسخ الآ بعد ردّ الثمن.

و الظاهر أن هذا الوجه ليس وجها آخر فى مقابل الوجه الأول فإنه إذا كان الفسخ مقيدا بردّ الثمن فمعناه أنه لا يقدر على الفسخ قبل ردّ الثمن و معنى عدم قدرته على الفسخ قبله أنه لا خيار له قبل ردّ الثمن فيكون الفرق بين الوجهين بحسب الصوره فقط و الا ففى الثانى أيضا نفس الخيار مقيد برد الثمن و قبله لا خيار له أصلا.

### **الوجه الثالث: أن يكون ردّ الثمن فسحا فعليا**

بأن يراد منه تمليك الثمن لىتملك منه المبيع. أقول الظاهر أن هذا الوجه أيضا عند التحقيق ليس وجها آخر فى مقابل الوجه الأول فإن معنى كون ردّ الثمن فسحا فعليا أنه لا خيار له قبل رد الثمن غايه الأمر أن فسحه مقيد بكونه بردّ الثمن و عدم تحققه بالقول فتكون دائره الفسخ مضيقه و هذا لا يوجب جعله قسما آخر فى مقابل الأول و الا فيمكن أن يكون هنا تقسيمات كثيره باعتبار القيام و القعود و لبس البياض و لبس السواد و غير ذلك من الاعتبارات و لا شبهه ان المراد بكون ردّ الثمن فسحا ليس

رده على وجه الإطلاع و لو كان الرد بعنوان الوديعه أو العاربه أو غير ذلك من العناوين بل بعنوان أن يكون فسخا و يتحقق به الفسخ و اذن فيكون معناه أن له الخيار بعد رد الثمن بشرط أن يكون الفسخ برد الثمن دون غيره و ليس هذا الا كون أصل ثبوت الخيار مقيدا بقيد خاص.

#### **الرابع أن يؤخذ رد الثمن قيدا لانفساخ العقد.**

و الظاهر أن هذا أيضا ليس في مقابل الوجه الأول وجها آخر في المقام و ذلك لا مرجع هذا الى ان العقد يفسخ بحصول سبب الفسخ و إيجاد ما يتحقق به الفسخ و هو عين الوجه الأول فإنه عليه أيضا يفسخ العقد بإيجاد ما يتحقق به الفسخ من الفسخ القولى أو الفعلى كما هو واضح.

#### **الخامس: أن يكون رد الثمن شرطا لوجوب الإقالة على المشتري**

بأن يلتزم المشتري على نفسه أن يقبله إذا جاء الثمن و استقاله و هذا الوجه مغاير للوجه الأول فإن المشتري يشترط على البائع أن يقبله إذا جاء بالثمن فليس هذا اشتراط خيار على تقدير بل معناه أنه يشترط الإقالة و ح فإذا جاء بالثمن فاستقاله البائع فأقاله فيها و الا كان للمشتري خيار تخلف الشرط كما هو واضح فيفسخ هو بنفسه. و على الجملة فمرجع الوجوه الخمسه إلى الوجه الأول الا هذا الوجه الأخير.

#### **قوله (ره) الأمر الثانى الثمن المشروط رده**

أقول قد عرفت أنه لا شبهه فى جواز جعل الخيار برد الثمن ثم ان الثمن الذى كان الخيار مشروطا برده قد يكون كلياً فى ذمه البائع قبل البيع و قد يكون عند المشتري أما الأول فكما إذا كان البيع مقروضا لزيد عشره دنانير فباع

منه كتابا بعشره أيضا فإنه لا شبهه ح في سقوطه عن البائع فلا يعقل هنا اشتراط الخيار برّد الثمن و هذا خارج عما نحن فيه نعم لو تفاسخا و ردّ المشتري المبيع إلى البائع يكون ذمه البائع أيضا مشغوله بما كان مشغوله به أولا كما هو واضح.

و أما إذا كان الثمن عند المشتري كليًا أو شخصيًا أو في ذمه شخص آخر على نحو الكلي في الذمه أو في المعين فنقول ح أن الكلام تاره يقع قبل القبض و أخرى بعده أما إذا كان قبل القبض فقد يكون كليًا و قد يكون شخصيا أما الأول فالظاهر ثبوت الخيار للبائع فإنه و ان كان الخيار مشروطا برد الثمن إلى المشتري و كان المتفاهم العرفي من الرد كونه بعد القبض فان معنى الرد هو رد المأخوذ و لكن الردّ بنفسه ليس له موضوعيه بل الغرض وصول الثمن إلى المشتري و كونه عنده و من الواضح أن هذا النتيجة حاصله قبل القبض و الإقباض فما لم يقبض المشتري الثمن من البائع فله الخيار الى الوقت الذي جعل فيه الخيار مشروطا برد الثمن و لا شبهه أن هذا مما عليه الارتكاز العرفي و هل له الخيار بعد انقضاء المده و قبل الإقباض بأن اشترط البائع على المشتري ثبوت الخيار له إذا رد الثمن الى ثلثه أشهر و تم ثلثه أشهر فلم يقبض المشتري الثمن حتى انقضت المده فقد احتمل المصنف هنا وجهان الأول لزوم البيع لانقضاء المده التي اشترط فيها الخيار برّد الثمن.

و الثاني عدم اللزوم بناء على أن اشتراط الرد بمنزله اشتراط القبض قبله فان الردّ بدون القبض لا معنى له فحيث لم يحصل الشرط فلم يكن البيع لازما بل يكون مترلزا كما هو واضح.

و فيه أن الرد بحسب المتعارف و المتفاهم و إن كان منوطا بالقبض و لكن ارتفاع الخيار المشروط بالرد ليس متوقفا على تحقق القبض فليس له موضوعيه فما لم يخرج أمد الزمان الذى فيه الخيار مشروطا بالرد الثمن فللمشروط له الخيار قبل القبض و بعد انقضاء المده يتم أمد زمان الخيار المعجول لعدم الاشتراط وراء هذا الزمان فليس هنا شرط آخر أيضا يدور مداره الخيار و لا يفرق فى ذلك حصول القبض و عدمه نعم قبل انتهاء زمان الخيار فعدم القبض يفيد فائده الرد كما عرفت و الحاصل أن ردّ الثمن و ان كان موجبا لثبوت الخيار و ان عدم القبض يفيد فائدته و لكن فى زمان خاص و المفروض أنه تم هذا الزمان كما لا يخفى فافهم.

نعم يثبت للبائع الخيار لكن لا- بهذا الشرط بل لتخلف الشرط الضمنى حيث أن من المرتكزات الضرورية أن كل من يعامل فيشترط فى ضمن العقد وصول بدل ماله إليه فى أى وقت يطالبه الا- مع اشتراط التأخر فإذا تخلف الشرط و تأخر الثمن ثبت للمشروط له خيار تخلف الشرط الضمنى.

و أما إذا كان الثمن شخصيا.

فتاره يشترط البائع على المشتري ثبوت الخيار برّد عين الثمن.

و أخرى برد بدله مع التلف و الا فيرد عينه.

و ثالثه يشترط لنفسه ثبوت الخيار برّد بدل الثمن سواء كانت عين الثمن موجوده أو تالفه.

و رابعا يشترط لنفسه الخيار بشرط رد الثمن و يطلق و لم يصرح برد بدله و عدمه أما الأول فلا شبهه فى ثبوت الخيار له برد نفس الثمن

ص: ٢٣٠

و مع التلف يسقط الشرط و يكون البيع لازما لاستحاله رد عين الثمن بعد التلف و أما الثانى فهو واضح أيضا فإن ثبوت الخيار تابع للشرط فإذا سقط الشرط ثبت الخيار برد عينه مع البقاء و رد بدله مع التلف ثبت له الخيار بحسب هذا الاشتراط إذا كان الرد فى زمن الشرط.

و أما الثالث فهو اشتراط الخيار برد مثل الثمن و لو مع بقاء العين فقد أشكل المصنف فى ذلك فان قانون الفسخ يقتضى رجوع كل من العوض و المعوض الى صاحبه فردّ بدله مخالف لذلك.

أقول تاره يشترط البائع على المشتري ثبوت الخيار لنفسه برد مثل الثمن لا من جهه أن يكون الثمن باقيا فى ملك البائع و يعطى بدله للمشتري بل غرضه أن يكون بدل الثمن نظير الوثيقه عند المشتري ليطمئن من رد أصل الثمن و يرّد بدله الى نفس البائع و هذا لا شبهه فيه بوجه فلا يكون البدل ملكا للبائع إلا إذا حصلت مرضاه جديده و مبادله جديده.

و ان كان غرضه كون المثل عوضا عن الثمن فح يرد عليه ما ذكره المصنف من أن قانون الفسخ يقتضى رجوع كل من العوضين الى صاحبه و لكن الظاهر أنه لا- مانع من ذلك فان معنى ثبوت الخيار برد مثل الثمن ليس هو ما ذكره المصنف ليرد عليه الاشكال المذكور بل معناه أن البائع عند اشتراط هذا الشرط يفعل أمرين أحدهما أنه يجعل لنفسه الخيار بحيث يقدر على الفسخ و الثانى يشترط على المشتري المبادله بين الثمن و بدله على تقدير الفسخ و لو كان الشرط الثانى بحسب الارتكاز و عليه فإذا فسخ المعامله برد بدل العين يفعل أمرين أحدهما فسخ المعامله و الثانى تبديل بدل الثمن

بأصله بمراضاه جديده و لا شبهه فى صحه مبادله مال بمال و ان لم يكن أحدهما ثمنا و الآخر مئنا فان نفس عنوان المبادله عن تراض من المعاملات المشروعه فى الشريعه المقدسه.

و بعباره أخرى أن تبديل الثمن بغيره و لو كان ذلك الغير مثله من جميع الجهات و ان كان يحتاج الى مرضاه جديده و لكن البائع قد اشترط ذلك فى ضمن العقد و قد اشترط فسخ المعامله بالرد و اشترط أيضا تبديل بدل الثمن بالمئمن فافهم. و أما إذا كان البائع اشترط ثبوت الخيار له برد الثمن مطلقا فقد استظهر المصنف من ظاهر اللفظ كون الخيار مشروطا برد نفس الثمن دون مثله فان المرتكز من الثمن هو نفسه لا بدله و هذا الذى أفاده و ان كان متينا فى غير هذا المورد و لكنه لا يمكن المساعده عليه فى خصوص المقام فان من الواضح بحسب مرتكزات العرفيه و متفاهم أن من يبيع داره بهذا الشرط معناه أن له احتياج الى الثمن ليصرفه فى محواجه و لكن حيث كان له رغبه إلى ماله فلا يريد أن يخرج من تحت تصرفه فيبيعه بهذا الشرط ليكون جمعا بين الحقين فإذا لاحظ العرف هذا المعنى يقطع أن اشترط ثبوت الخيار برد الثمن هو رد بدله مع التلف و ان أطلق البائع فى مقام الاشتراط و هذا واضح جدا.

و بعباره أخرى قد ذكر المصنف أنه إذ اشترط البائع على المشتري الخيار على تقدير رد الثمن فيحمل على رد الثمن فقط دون بدله فان الظاهر من الثمن بحسب الارتكاز هو ذلك فلا يطلق على بدله فاشترط رد الثمن يكون منصرفا الى ما هو الظاهر و الغالب

أعنى نفس الثمن دون بدله.

و ذكرنا أن هذا الذى ذكره المصنف انما هو متين فى غير هذا المورد فان الظاهر من إطلاق الثمن هو نفسه و أما فى المقام فلا لخصوصيه تقتضى أن يراد من اشتراط ردّ الثمن ردّ الأعم منه و من بدله و هذه الخصوصية أعنى قيام القرينه الخارجيه على ذلك فان كون المشتري فى مقام صرف الثمن و احتياجه الى ذلك مع اشتراط الخيار على تقدير رد الثمن يقتضى إرادته الأعم من رد نفس الثمن و ردّ بدله و هذه القرينه تقتضى رفع اليد عما ذكره المصنف فى خصوص المقام. و لكن لا بدّ من تخصيص ذلك بما إذا كان الثمن الذى احتاج الى صرفه من النقود أو ما يشبه النقود كالحنطه و نحوها بحيث إذا صرف فى المحاوج لا يبقى له موضوع أصلا و أما إذا كان مما لا يكون كذلك بحيث يبقى مع رفع الاحتياج كأن أخذ كتاب الجواهر للمطالع بعنوان جعله ثمنا لمتاع فاشترط ثبوت الخيار على تقدير ردّ الثمن فإنه لا يمكن رفع اليد عما ذكره المصنف و حمل كلامه على الأعم من رد الثمن و رد بدله.

هذا كله إذا كان الثمن شخصيا و أما إذا كان كليا فان كان كليا فى ذمه البائع فقد عرفت خروجه عن مورد الكلام فإنه بمجرد تحقق البيع يسقط و لا يبقى شىء فلا يعقل رد الثمن حينئذ غايه الأمر إذا تفاسخا تكون ذمه البائع أيضا مشغوله بالثمن ثانيا.

و ان كان كليا فى ذمه المشتري أو شخص آخر بحيث يكون ما يعطيه المشتري للبائع مصداقا من ذلك الكلى لا عين الثمن فان المفروض أن الثمن هو الكلى و حينئذ ان اشتراط المشتري أن يكون

ص: ٢٣٣



المردود عند الرد هو نفس ما يعطيه المشتري للبائع و الا فلا خيار له فهذا الاشكال فيه فان ردّ البائع نفس ما أخذه ثبت له الخيار نظير ما تقدم في الثمن الشخصي و ان اشتراط البائع ثبوت الخيار له برد الثمن أعم من رد عينه أو بدله و هذا أيضا لا شبهه فيه فيكون الشرط متبعا كما تقدم في الثمن الشخصي و أما إذا اشترط البائع على المشتري ذلك و أطلق فهذا هو محل الكلام بين الاعلام فذكر المصنف أن المتبادر بحكم الغلبه في هذا القسم من البيع المشتهر ببيع الخيار و هو رد ما يعلم البدل اما مطلقا أو مع فقد العين و يدل عليه صريحا بعض الاخبار المتقدمه الا أن المتيقن منها صورته فقد العين.

أقول لا- شبهه في أنه إذا كان الثمن كليًا فلا- يكون المدفوع بعينه ثمن بل ممّا ينطبق عليه الثمن الكلي و على هذا فلو اشتراط البائع ثبوت الخيار له مع رد الثمن مطلقا فلا- يعقل رد نفس الثمن على كليته لانه غير قابل لذلك مع أنه لم يؤخذ حتى يرد و عليه فيكون مقتضى الإطلاق هو رد ما يكون مصداقا للكلي و مما ينطبق عليه الثمن و من الواضح أن صدق هذا المعنى بالنسبه إلى المأخوذ و الى بدله سيان فان كليهما ليس بثمن حقيقه و ان كليهما مما ينطبق عليه الثمن الكلي فدعوى انصرافه إلى المأخوذ و بدله يحتاج إلى عنايه زائده و هي منتفيه كما هو واضح إلا إذا اشترط رد خصوص المأخوذ الشخصي و هو خارج عن الفرض.

و عليه فالإطلاق هنا متعاكس مع الإطلاق في صورته كون الثمن شخصيا فإن الإطلاق هنا كما عرفت منصرفه إلى رد خصوص نفس الثمن و لكنه في المقام يعم المأخوذ و بدله على حسب القاعده من غير

احتياج الى دعوى الغلبه أصلا كما كان كذلك فى السابق.

### قوله الأمر الثالث قيل ظاهر الأصحاب إلخ

أقول: قد ذكر أن ظاهر الأصحاب على ما تقدم من أن رد الثمن فى هذا البيع عندهم مقدمه لفسخ البائع أنه لا يكفى مجرد الرد فى الفسخ و عللوا ذلك أيضا بأن الرد من حيث هو لا يدل على الفسخ أصلا و ذكر المصنف ان هذا حسن مع عدم الدلاله أما مع فرض الدلاله عرفا بكون رد الثمن تمليكا للمشتري و أخذ للمبيع على وجه المعاطاه فلا- وجه لعدم الكفايه مع تصريحهم بتحقيق الفسخ فيما هو أخفى من ذلك دلاله.

أقول قد يقال أن الوجه فى قولهم هذا هو اشتراط كون الفسخ بلفظ كما اشترطوا ذلك فى العقود و إيقاعات و من الواضح أنهم لم يشترطوا فى الفسخ ذلك بل اكتفوا بمطلق ما يكفى فيه إظهار الفسخ و لو كان برد الثمن بل بما هو أخفى منه كما ذكره المصنف.

و ذكر شيخنا الأستاذ أن رد الثمن مقدمه للخيار أو للفسخ أو للإقاله فيجب بعده إنشاء الفسخ أو اعمال الخيار أو الإقاله بغير هذا الرد الذى به يتحقق ملك الخيار أو الفسخ أو الإقاله.

و فيه أن رد الثمن ان كان بعنوان التمليك أو تمليكه للمشتري ليأخذ المبيع لا تمليكا مجانا فلا شبهه فى تحقق الفسخ بذلك و كونه مبرزا للفسخ فلا يكون الرد مقدمه للخيار أو الفسخ بل يكون الفسخ بنفس الرد بل بما هو أخفى منه كما ذكره المصنف و غيره.

و ان كان بعنوان أن يبقى فى ملكه و لكن يكون عند المشتري وديعه أو عاريه على نحو الوثيقه العرفيه ليضمن بأنه يرد الثمن بعد ما فسخ العقد فلا شبهه حينئذ أن كون ما عند المشتري بدلا عما بذله

للبيع يحتاج إلى مرضاه و معامله جديده كما عرفت و هو خلاف الظاهر و خلاف المرتكز العرفي و بدون ذلك فلكل منهما مطالبه حقه من الآخر و بعبارة أخرى أن ما رده البائع إلى المشتري اما بعنوان التمليك أو بعنوان العاربه يبقى في ملك البائع أو مجهول المالك فلا سبيل الى غير الشق الأول و قد عرفت أنه عين الفسخ كما هو واضح.

### قوله الأمر الرابع يسقط هذا الخيار بإسقاط

أقول ذكروا أن من جملة مسقطات هذا الخيار هو الإسقاط و لا شبهه في سقوطه بالإسقاط و لكن مقتضى ما ذكره العلامة في التذكرة من أنه لا يجوز إسقاط خيارى الحيوان و الشرط بعد العقد بناء على أن مبدء خيارى الحيوان و الشرط بعد انقضاء المجلس لا بعد العقد فان ذلك إسقاط لما لم يجب فإنه عليه لا يجوز إسقاط هذا الخيار أيضا بناء على أنه أنما يثبت بعد رد الثمن أو برده كما هو واضح.

و قد أجاب عنه المصنف بأنه بناء على عدم جواز إسقاط ما لم يجب بأنه فرق بين المقام و بين ما فى التذكرة من أن المشروط له هنا متمكن من الفسخ و لو بإيجاد سببه حيث ان له أن يعطى الثمن و يفسخ و لكن الأمر ليس كذلك فى خيارى الحيوان و الشرط بناء على كون مبدئهما بعد انقضاء المجلس.

و لكن يرد عليه وجهان: الأول: أن الدليل أخص من المدعى فإنه قد لا يكون المشروط له متمكنا من الرد فلا يكون ما ذكره المصنف جاريا هنا و ثانيا: أن المتمكن من إيجاد الخيار برد ثمنه لا يثبت الحق الفعلى له ليسقطه حتى يخرج عن إسقاط ما لم يجب بل هو باق بعد على تقدير بته.

و التحقيق أنه لا- دليل لفظى على عدم جواز إسقاط ما لم يجب غير أنه ذكره جمع من الفقهاء بل فى بعض الموارد لا يساعده العرف أيضا كما إذا إسقاط خياره المجلس قبل البيع مثلا.

و عليه ففى كل مورد قامت السيره على عدم الجواز تأخذ به و فى غيره لا بأس من الالتزام بجواز إسقاط ما لم يجب كما هو واضح إذ لا يلزم منه محذور عقلى و لا شرعى أصلا.

ثم انه يسقط هذا الخيار بانقضاء المده مع عدم رد الثمن أو بدله مع الشرط فإنه لا شبهه فى سقوط هذا الخيار حينئذ لأنه بعد خروج المده لا- مورد للخيار بل هو رضا بالبيع كما فى خيارى المجلس و الحيوان ثم انه إذ ردّ البائع الثمن فتبين بعد انقضاء المده أن المردود من غير جنس الثمن الذى أخذه فلا شبهه فى عدم تأثير الفسخ حينئذ حتى لو كان ردّ غير الجنس غفله فإن ما رده غير ما اشترط الخيار برده و ما اشترط الخيار برده لم يرد إلى المشتري فلا يكون فسخه برد غير الجنس مؤثر فى الفسخ و ليس له حق الفسخ بعد ذلك و لو رد عين الثمن أيضا لا لانقضاء المده كما هو المفروض.

ثم انه إذا ظهر الثمن المردود معينا فهل يكون الفسخ مؤثرا حينئذ أم لا و الظاهر أن تأثير الفسخ حينئذ و عدم تأثيره منبى على ما ذكر فى بيع الكلى من انصراف الثمن أو المثلن الى العوضين الصحيحين اى فيما إذا كان كل من الثمن أو المثلن كليا فإنه لو أعطى كل منهما الآخر عينا شخصيه معيبه بعنوان الثمن و المثلن فهل يحسب هذا ثمنا أو مثلنا بحيث ليس للبائع مطالبه ذلك لو رضى به المشتري أو لا يكون ذلك من الثمن و المثلن فى شىء بل لكل منهما مطالبه ماله من

الأخر غاية الأمر لو رضيا يكون المعيب بدلا عن الثمن أو المثلن فإنما هو بمعامله جديده.

و الظاهر أنه لا- شبهه فى انصراف العوضين فى البيع الكلى إلى الصحيح و مع ذلك لو رضى كل منهما بالمعيب يكفى عن العوض الصحيح من غير احتياج إلى المبادله الجديده و توضيح ذلك أنه إذا باع أحد داره بالثلن الكلى فإنه يكون ذلك منصرفا بحسب الشرط الضمنى إلى الثمن الصحيح فإذا طبقه المشتري فى مقام الإعطاء و الإقباض بثلن معيب فللبائع استبداله بثلن آخر صحيح و له إسقاط وصف الصحه أيضا و الرضا بالمعيب و ليس للبائع مطالبه هذا المعيب بدعوى أنه ليس بثلن كما كان له ذلك إذا ظهر من غير جنسه و الوجه فيه ان المعيب حقيقه مصداق لكلى الثمن غاية الأمر قد فقد وصفا من الأوصاف المعتره فيه.

و بعبارة أخرى أن هنا معاملتان أحدهما بيع المتاع المعين أو الكلى بثلن كلى و هذا قد تم بالإيجاب و القبول و لا شبهه فى انصراف الثمن فى هذه المعامله إلى الثمن الصحيح بحسب الشرط الضمنى الارتكازى.

ثم ان الثمن بعد ما كان كليا فيحتاج تطبيقه على أى فرد من أفراد ذلك الى معاملة و مرضاه جديده حيث ان ما انطبق عليه الكلى ليس بثلن واقعا بل الثمن هو الكلى فتطبيقه على أى فرد يحتاج إلى المرضاه فإذا طبقوه بفرد فظهر معينا للربائع فقط هنا استبدال لأنه إنما رضى بتطبيقه على هذا الفرد بشرط كونه صحيحا فإذا تخلف فله هدم هذه المعامله الثانيه و مطالبه الثمن الصحيح و تطبيق الكلى

على غيره ثانياً و هكذا و له أيضا إسقاط هذا الشرط و القيد الذى اعتبره فى الثمن من الصحة و ليس للبائع دعوى مطالبته كما كان له ذلك عند ظهوره بغير جنسه و للمشتري مطالبه ثمنه و كان جعل غير الجنس عوضا عنه محتاجا إلى معاملة جديده بخلافه إذا ظهر معينا كما لا يخفى.

و لكن هذا الكلام لا- يجرى فى المقام أعنى ما إذا كان الخيار مشروطا برد الثمن أو الفسخ كان مشروطا برده و ان قلنا أن مرجعهما عند التحقيق إلى شىء واحد و ان كان الثمن منصرفا إلى الفرد الصحيح و توضيح ذلك أنه بعد البناء على انصراف الثمن إلى الثمن الكلى لا- يجرى هنا ما ذكرناه فى البيع الكلى فإنك قد عرفت أن الثمن قابل الانطباق على الصحيح و المعيب فى بيع الكلى غاية الأمر قد اعتبر بحسب الارتكاز و الشرط الضمنى فى الثمن الكلى قيد و هو وصف الصحة فإذا تخلف للبائع استبداله و الرضا به بأن يرفع اليد عن القيد المعبر فى الثمن.

و لكنه لا- يجرى فى المقام فان هنا قد ترتب شرط الخيار على رد الثمن و اشترط البائع على المشتري أنى متى رددت الثمن أو بدله مثلا- فى الخيار أو يفسخ العقد فإذا انصرف الثمن أو بدله إلى الصحيح فمعناه أنه متى رددت الثمن الصحيح أو بدله الصحيح فلى الخيار فكأنه قد صرح بذلك فإنه حينئذ يكون رد غير الصحيح خارجا عن حدود الشرط فكأنه قد رد غير الجنس من الثمن فهل يتوهم أحد أنه مع التصريح برد الثمن الصحيح لو رد الثمن المعيب يفسخ فكك إذا لم يصرح بذلك فينصرف الثمن الكلى إلى الثمن الصحيح كما لا يخفى.

و بالجمله أن انصراف الثمن إلى الصحيح و ان كان صحيحا فى

بيع الكلى و فى المقام و لكن المقام من حيث ظهور الثمن المردود إلى المشتري معينا كظهوره من غير جنسه فيكون باطلا فلا يقاس بالكلى كما عرفت.

نعم إذا رضى المشتري بهذا المعيب بمعامله جديده عن عوض ثمنه الصحيح و رد المبيع إلى البائع فيكون ذلك اقاله للبيع و فسخا له بغير عنوان رد الثمن و هذا واضح جدا.

قوله و يسقط أيضا بالتصرف فى الثمن المعين مع اشتراط ردّ العين أقول المعروف بين الأصحاب سقوط الخيار بالتصرف فى الثمن هنا و فى المثلن فى خيار الحيوان و فى العوضين فى خيار المجلس سواء كان الثمن شخصيا أو كليا و لكن اشترط رد عين هذا المأخوذ و ذلك لإطلاق ما دل على أن تصرف ذى الخيار فيما انتقل إليه رضى بالعقد و لا خيار و قد عمل الأصحاب بذلك فى غير مورد النص كخيارى المجلس و الشرط و المحكى عن المحقق الأردبيلي و صاحب الكفايه أى سبزواري أن الظاهر عدم سقوط هذا الخيار بالتصرف فى الثمن، لان المدار فى هذا الخيار عليه لانه شرع لانتفاع البائع بالثمن فلو سقط الخيار سقط الفائده و للموثق المتقدم المفروض فى مورده تصرف البائع فى الثمن و بيع الدار لأجل ذلك.

و أشكل عليه السيد بحر العلوم صاحب المصاييح بأن ذهاب المشهور إلى مسقطيه التصرف أنما هو فى التصرفات الى فى زمن الخيار دون غيره و من الواضح أن التصرف قبل الرد ليس تصرفا فى زمان الخيار لان الخيار انما هو بعد الرد كما هو واضح فلا تكون التصرفات قبل الرد تصرفا مسقطا و بعبارة اخرى أن صاحب المصاييح تسلم كلام





و عليه فلا يكون التصرف في عين الثمن المدفوع موجبا لسقوط الخيار و دليلا على الرضا بالعقد نعم لو كان الثمن شخصيا أو كان كليا و و لكن اشترط المشتري على البائع رد عين المأخوذ لكان لهذا الكلام مجالا واسعا: و كيف كان فلا منافاه بين فسخ العقد و صحه هذا التصرف و استمراره و هو مورد الموثق المتقدم أو منصرف إطلاقه أو من جهة تواطى المتعاقدين على ثبوت الخيار مع التصرف أيضا أو للعلم بعدم الالتزام بالعقد بمجرد التصرف لانه ليس مسقطا تعديا بل لكونه كاشفا عن الرضا بالعقد.

و أما ما ذكره صاحب المصابيح من كون التصرفات قبل الرد خارجا عن عنوان التصرف المسقط تخصصا يرد عليه أنه لا شبهه أن الإسقاط القولى قبل الرد مسقط لهذا الخيار و كذلك لا شبهه أن التصرف يسقط الخيار كالقول و عليه فنكشف من ذلك أن الخيار ثابت قبل الرد و لا شبهه أن الظاهر من كون القول مسقطا هو المسقوط الفعلى فيكون التصرف مثله.

و بالجمله أن الظاهر كون التصرف مسقطا فعليا في كل زمان يكون القول مسقطا بحيث أن القول مسقط فعلى قيل الرد فيكون التصرف أيضا كذلك و ان ذكر المصنف أنه يصح إسقاط الخيار الثالث بعد الرد إذا كان ذى الخيار متمكنا من إثباته برد الثمن و عدمه و لكنه خلاف الظاهر فان الظاهر من الإسقاط هو الإسقاط الفعلى.

و أما ما ذكره صاحب الجواهر من المناقشه في كون الخيار مجهولا لو كان مبدئه بعد الرد و فيه أنها لا تقدم مع تجديد زمان

التسلط على الرد و الفسخ بعد إنشائه و فرق واضح بين المقام الذى اختياره من حيث الرد و عدمه ليكون له الخيار و بين ما ذكره فى التذكرة من أنه لا يجوز اشتراط الخيار من حين التفرق إذا جعلنا مبدئه عند الإطلاق من حين العقد و وجه الفرق أن التصرف هناك ليس فى اختيار أحدهما فإنه إذا أراد التفرق يتبعه الآخر بخلافه فى المقام فلا تكون هنا جهاله تضر بالعقد.

و قد تقدم منا أنه ليس هنا جهاله أصلا غايه الأمر لا يعلم سبب الخيار و قلنا أيضا أن جهاله الشرط لا تضرّ بالعقد بعد عدم وجود الخطر هنا إذ يرجع مع الفسخ أيضا مال كان من المتعاملين الى صاحبه.

و أما ما ذكره من فهم العرف و حكمهم بكون الخيار من الأول و قبل الرد ففيه أن زمان الخيار اما بجعل الشارع أو بجعل المتعاقدين فى المقام هو الثانى و من الواضح أن المتعاقدين شاكان فى ثبوته قبل الرد فكيف يفهم العرف من ذلك ثبوته من الأول.

و أما ما ذكره بعض الأصحاب فى ردّ الشيخ من بعض أخبار المسألة فلعلهم فهموا من مذهبه توقف الملك على انقضاء زمان الخيار مطلقا حتى المنفصل كما لا يبعد عن إطلاق كلامه و إطلاق ما استدل به من الاخبار.

و ما أفاده المصنف متين جدا و لكن لنا كلام فى أصل مسقطيه التصرف كما تقدم فى خيار المجلس و أى إطلاق دل على ذلك حتى يقول المصنف و إطلاقات أدله مسقطيه التصرف يقتضى سقوطه بالتصرف مطلقا غير أن التصرف انما يكون مسقطا إذا كان مصداقا للإسقاط أو

موجبا للحدث و قد ثبت في غير هذين الموردين سقوطه بالتقبيل و اللمس بدليل الحاكم و في غير ذلك فلا دليل عليه فيتمسك بعموم أدلّه الشّروط كما لا يخفى.

و بعبارة اخرى أن هنا تصرّفات ثلث الأوّل ما يكون نفسه مصداقا للإسقاط و هذا لا شبهه فيه الثّانى: أن يكون موجبا لإحداث الحدث حقيقه أو نازلا بمنزلته بدليل الحاكم كالتقبيل و نحوه الثالث ما لا يكون كذلك أما القسم الأول فلا إشكال في كونه مسقطا للخيار في جميع الموارد و أما الثّانى فهو و ان كان يوجب سقوطه و لكنّه أمر تعيّد يقتصّر به في خيار الحيوان فقط و أما في المقام فلو اشترى جاريه و شرط أن يردها متى شاء (فان بيع الخيار ليس مخصوصا بالبائع فقط) فتصرّف فيها بما شاء من غير أن يكون التصرف مصداقا للتصرف بل مع العلم بأنه يردها حتى قبلها و لمسها فإنّه لا دليل على كون التصرف مسقطا هنا و أما القسم الثالث فلا دليل على كونه مسقطا للخيار لا في المقام و لا في غير هذا المقام اعنى بيع الحيوان و كيف كان فلا دليل على مسقطيه التصرف بوجه كما هو واضح.

### **قوله الأمر الخامس لو تلف المبيع كان من المشتري سواء كان**

قبل الرد أو بعده

أقول مقتضى القاعده الأوليه أن تلف مال كل احد عليه و لا يحسب على غيره و هذا ممّا عليه السيره القطعيه و قد ذكر ذلك في بعض التّروايات المذكوره في أحكام الخيار و سيأتى من أنه سئل (عليه السلام) من أنه إذا تلف المبيع ممّن يكون قال (عليه السلام) ان نفعه على من قال من المالك فقال (عليه السلام) فهو على مالكة و كيف كان فهذه القاعده لا شبهه فيها.

ص: ٢٤٤

وقد ورد عليها مخصّصان:الأوّل أن التلف قبل القبض من مال البائع مع انه من ملك المشتري و يحتمل أن يكون هذا مورد السيره أيضا.

و الثاني أن التلف فى زمن الخيار ممّن لا خيار له و هذا لم تقم عليه السيره بل هو صرف التعبد فإنه مع قطع النظر عن التعبد لم يكن معنى لأن يحسب تلف مال زيد مع كونه عنده من زيد و لا يساعده فهم العرفى أصلا فضلا عن قيام السيره عليه و لكن التعبد يقتضى ذلك.

ثم انه لا- معنى لكون التلف محسوبا على البائع قبل القبض أو على من لا- خيار له الا أن يفرض كما له فكما أن ماله إذا تلف عنده يذهب هدرا و كذلك تلف المبيع قبل القبض أو فى زمن الخيار و لا يعقل ذلك الا بانفساخ العقد بأن يحكم قبل التلف بدخوله فى ملكه أناما و يتلف و يرجع الثمن إلى المشتري أيضا كما هو قانون الانفساخ لا أن معنى كون التلف على البائع أو من لا خيار له ان يضمن مثل العين فيجب عليه رد مثله فإنه لو لم نحكم بالانفساخ لكان ضامنا بالمثل مع انه لم يقل به احد كما هو واضح.

و الوجه فى ذلك أنه فرق فى الروايه أن التلف فى زمن الخيار من مال من الأختيار له فإنه لا يعقل أن يكون التالف من ماله الا بالالتزام بانفساخ العقد و الا نحكم بالضمن بالمثل كما عرفت.

إذا عرفت ذلك فنقول فى المقام أنه إذا باع شخص داره بشرط أن يكون له الخيار متى رد الثمن فتلف الثمن أو المبيع فهل يحسب ممن لا خيار له أم لا فيقع الكلام فى مقامين الأول فيما إذا تلف المبيع

فهل هو من المشتري إذ لا- خيار له أو من البائع فنقول انه لا- شبهه في كون التلف من المشتري و لكن لا- من جهة القاعده المذكوره من أن كل تلف في زمن الخيار مَمَّن لا خيار له التي تثبت على خلاف القاعده و كونها مخصَّصه للقاعده الأوليه من أن تلف مال كل أحد على مالكه و ذلك لأن كون تلف مال شخص على شخص آخر مخالف لهذه القاعده الأوليه كما قلنا بأن التَّلف في زمن الخيار مَمَّن لا خيار له كما إذا تلف الحيوان عند المشتري في ضمن ثلثه أيام فإن مقتضى التعبد حكم بكونه على البائع مع أن الحيوان ملك للمشتري و كانت القاعده الأوليه تقتضى كون التلف من المشتري و كذلك التلف قبل القبض.

و أما في المقام و ان كانت التلف في زمن الخيار و لكن قد تلف مال المشتري عند نفسه فكونه على نفسه موافق للقاعده الأوليه لا- مخالف لها و عليه فلا وجه للانفساخ هنا كما قلنا بالانفساخ في الموردين الأولين و على الجملة فكون تلف مال كل شخص على نفسه ليس أمرا مخالفا للقاعده بل موافق لها كما عرفت فتلف المبيع عند المشتري تلف من ماله فيكون من ماله على ما تقتضيه القاعده.

و عليه فلا يمكن الحكم بانفساخ العقد من هذه الجبهه ليكون ضمان المبيع على المشتري.

و هل في هذه الصوره يبقى خيار البائع على حاله بحيث له أن يفسخ العقد و يسترد مثل المبيع أم لا و قد يقال انه لا خيار له من جهه أن غرضه قد تعلق باسترداد العين و إذا تلف ينتفى هذا الغرض فلا وجه لثبوت الخيار له حينئذ.

و فيه أن هذا الكلام و ان كان صحيحا حيث تعلق غرض البائع

بحفظ العين و لكن لا يلزم من ذلك سقوط خياره أيضا إذ قد عرفت في أوّل الخيارات أن الخيار ليس متعلقه رد العين بل أنّما متعلقه العقد نعم أنّما جعل له الخيار مشروطا ببقاء العين بحيث أن العين متعلق أمد الخيار و قد اشترط البائع عدم إتلافه و وجوب بقاءه و مع هذا الشرط فقد اشترط لنفسه الخيار بعد رد الثمن و قد تعلق الغرض بحفظ العين على هذا النحو و بلحاظ أن الخيار مقيد ببقائها و الحاصل قد اشترط بقاء العين لشرط الخيار و هذا لا ينافي بماليه العين بل كما تعلق غرضه بحفظ العين و كذلك تعلق غرضه بحفظ الماليه أيضا و انما باعه بأقل من ثمن المثل لأجل جعل الخيار إذ لا يرغب المشتري اشتراؤه بثمن المثل مع جعل الخيار للبائع و لو كان البائع قد أغمض نظره عن ماليه العين لكان باعه في السوق بثمن المثل و انما إقدامه على البيع بأقل من ثمن المثل من جهه أن تبقى العين له مع هذه الماليه و الا ليست الخصوصيات العينيه الغير الدخليه في الماليه مورده للربحه غالبا و عليه فيبقى خيار البائع على حاله.

و من جميع ذلك ظهر حكم الجهه الثانيه أيضا من أنه ليس للمشتري أن يتلف العين بل لا بدّ له من إبقائه فإن البائع اشترط له ذلك و لو بالشرط الضمني و عليه فإذا تخلف و أتلف فهل فعل فعلا- محرما فقط لمخالفه الحكم التكليفي كما هو المختار عندنا أو خالف الحكم الوضعي كما ذهب اليه شيخنا الأستاذ و سيأتي الكلام في ذلك في أحكام الخيار بإنشاء الله تعالى.

و أما إذا كان التالف هو الثمن فهل يكون ذلك على البائع أو

على المشتري وقد يفرض الكلام بعد رد الثمن إلى المشتري و أخرى قبل رده.

و لا بدّ و ان يعلم قبل ذلك أن الثمن أو المثلن إذا كان كليًا فتلف هو خارج عن موضوع بحثنا فان كلامنا فيما يكون التالف هو المبيع أو الثمن و نتكلّم فى أنه من البائع أو المشتري أى ممن لا خيار له أم لا و من الواضح أن هذا أنّما يجرى فيما كان التالف هو المبيع أن الثمن لا غير و الا يلزم أن يكون تلف مال آخر لأحد المتبايعين الذى له خيار من صاحبه الذى لا خيار له و بديهي أن المدفوع إلى المشتري إذا كان المبيع كليًا أو المدفوع إلى البائع إذا كان الثمن كليًا ليس مبيعا و ثمنًا فان المبيع و الثمن ما جرى عليه العقد و أن تلف ما جرى عليه العقد ممّن لا خيار له و هذان الفردان لم يجر عليهما العقد بل العقد انما جرى على الكلى و المدفوع مصداق له فمع تلفه يبقى الثمن أو المثلن على حالهما أيضا إذا فالكلى خارج عن المقام.

(و اما إذا كان شخصيًا و كان التلف بعد الرد) انتهى الكلام الى أن التلف فى زمن هذا الخيار من البائع أو المشتري و قد عرفت أن كون تلف المبيع من مال المشتري حكم على طبق القاعده و لا يحتاج الى التمسك بأن التلف فى زمن الخيار ممّن لا خيار له و أمّا ثبوت الخيار للبائع حينئذ فقد عرفت كما تقدم.

و أما لو كان التالف هو الثمن فتاره نفرضه كليًا و أخرى شخصيا أما إذا كان كليًا فلا شبهه فى خروجه عن مورد الكلام فان ما يدفع الى البائع من العين عوضا عن الثمن ليس هو نفس الثمن بل هو ما ينطبق عليه الثمن الكلى و لا فرق بين هذا و بين ما يردده البائع بدلا عن ذلك

فان كلا منهما مما ينطبق عليه الكلّي كما لا يخفى.

و أما إذا كان الثمن شخصيًا فتاره يكون التلف قبل رده الى المشتري و أخرى بعد رده و أما إذا كان التلف بعد رده فان كان الرّد بعنوان الفسخ فلا- شبهه في انفساخ العقد و عليه فلا يبقى مجال للبحث عن أنه من مال البائع أو من مال المشتري إذ لا موضوع حينئذ للخيار أصلا فهذا خارج أيضا عن موضوع البحث و اما إذا كان الرّد لا بعنوان الفسخ بل بعنوان الوديعة أو نحوها ليفسخ بعد ذلك و تلف الثمن عند المشتري فيقع الكلام حينئذ في أن تلفه من البائع أو المشتري فمقتضى القاعده الأوليه تقتضى كونه من البائع لكونه مالكا له و تلف مال كل مالك عليه و مقتضى العلم بقاعده أن التلف في زمن الخيار ممّن لا خيار له أن يكون من المشتري فإنّه لا خيار له في هذا الزمان بل الخيار للبائع و تنقيح المقام أن يقال أنه لم يرد نص بالخصوص بلفظ أن التلف أو كل مبيع تلف في زمن الخيار فهو ممّن لا خيار له و لا أنّه ورد نص بهذا المضمون بل ورد هنا روايتان تدلان على كون تلف المبيع من مال من لا خيار له في الموردين الخاصين.

الاولى ما في الصحيحه المتقدمه في خيار الحيوان من أنه إذا تلف الحيوان في ضمن ثلثه أيام فهو من مال البائع الذي لا خيار له و الثانيه في خيار الشرط و هي صحيحه ابن سنان من أن التلف في زمن خيار الشرط من مال من لا خيار له و الحقوا بذلك خيار المجلس أيضا لاستفاده العموم من اخبار الخيار فان ذيل بعضها حتّى ينقضى الشرط و قد استفاد ذلك العموم المصنّف من تلك الاخبار و يأتي في أحكام الخيار.

ص: ٢٤٩



و أما إذا كان التالف هو الثمن فلا دليل يدل على كون التالف مّمن لا خيار له بحيث يفسخ العقد بذلك كما عرفت سابقا من أن كون تلف مال احد من الآخر بقانون أن التالف في زمن الخيار مّمن لا- خيار له يوجب انفساخ العقد إذ لا يعقل أن يكون تلف مال أحد من شخص آخر بدون انفساخ العقد فيكون حكم الشارع بكون التالف مّمن لا خيار له حكما بانفساخ العقد كما لا يخفى.

و على الجملة لا دليل على كون تلف الثمن في زمن الخيار من مال من لا خيار له ليكون ذلك تخصيصا للقاعده الأوليه و حكما بانفساخ العقد كما لا يخفى.

ثم انه استظهر صاحب الجواهر من روايه (1) معاويه ابن ميسره أن التالف من المالك و لا- يكون ذلك لمن لا خيار له فيكون تلف الثمن من البائع المالك بالثمن عند التالف فتدل الروايه على أن تلف الثمن حينئذ من البائع و إن كان له خيار. و قد منع المصنف عن ذلك الاستظهار و حكم بعدم ظهور روايه معاويه ابن ميسره في ما ذكر صاحب الجواهر و هو كذلك لأننا بعد التأمل لم نفهم وجه الاستظهار و ذلك لان روايه معاويه بن ميسره كما تقدم اشتمل على حكيمين أحدهما أن رجلا باع دارا من رجل، و كان بينه و بين الرجل العدي اشترى منه الدار حاصر فشرط انك ان أتيتني بمالي ما بين ثلاث سنين فالدار دارك فأتاه بماله، قال (عليه السلام): له شرطه، قال أبو الجارود: فان ذلك الرجل قد أصاب في ذلك المال في ثلاث سنين، قال: هو ماله و قال أبو عبد الله عليه السلام أ رأيت لو أن الدار احترقت من مال من كانت تكون الدار

ص: ٢٥٠

و لا- شبهه انه لا اشعار فيها على كون التلف من المالك فى زمان الخيار أما لزوم الوفاء بالشرط الذى كان فى العقد فهو على طبق القواعد المتصيده من لزوم الوفاء بالشرط و أما كون منفعه الثمن للبائع فهو أيضا موافق للقاعده فإن منفعه مال كل أحد له و من الواضح أن الثمن ملك للبائع كما هو واضح و كذلك كون تلف الدار من المشتري أيضا موافق للقاعده فإنك قد عرفت أن تلف مال كل أحد على نفسه إلا إذا ثبت نصّ خاص على خلافه كما فى تلف المبيع فى زمن الخيار فإنك قد عرفت كونه ممّن لا خيار له بدليل خاص و يكون العقد منفسخا كما لا يخفى.

و على الجملة فلا إشعار فى شىء من الأحكام المزبوره بكون التلف فى زمن الخيار من المالك كما استظهره صاحب الجواهر، و لذا ذكر المصنّف أنه ليس فى الروايه الا- أن نماء الثمن للبائع و تلف المبيع من المشتري و هما إجماعيان حتى فى مورد كون التلف ممّن لا- خيار له فلا- حاجه لهما الى تلك الروايه أى الروايه اشتملت على هذين الحكمين كما ذكرناه فشىء منهما لا مساس بما ذكره صاحب الجواهر. فان ما اشتمل عليه الروايه حكم موافق للقاعده الأوليه كما ذكره المصنّف فلا يحتاج إلى الروايه. فلا- تكون الروايه مخالفه للقاعده نعم يمكن ان يكون نظر صاحب الجواهر على ما ذكره المصنّف إلى قاعده الخراج بالصّمان بدعوى أن منافع الثمن ملك للبائع فيكون ضمانه عليه أقول ان هذه القاعده ليس له أساس صحيح بل هى المذكوره فى النبوى الضعيف المنقول من طرق العامه و قد عملوا بها حتى أن أبا حنيفه

عمتها الى موارد الغصب و قال ان منفعه للغاصب لكون الضمان عليه و قد وقع النكير عليه في صحيحه أبي ولاد في كراء البغل الى قصر بنى هبيرة و مخالفته ذلك و ركوبه الى بغداد فلا يمكن العمل بهذه القاعده.

نعم لو كان معنى القاعده هو أن منفعه مال كل مالك كما هو مقتضى القاعده و كذلك تلفه أيضا عليه إذ لا معنى لكون تلف مال شخص على شخص آخر و قد عرفت أن هذا حكم موافق للقاعده فلا يحتاج الى هذه القاعده و في المقام نحكم بكون تلف الثمن من البائع لكونه مالكا له و منفعته له فيكون غرامته أيضا عليه.

و على هذا لو كانت تلك القاعده أى قاعده كل التلف في زمن الخيار مَمَّن لا خيار له ثابتا في جميع موارد تلف المبيع و الثمن لكان تخصيصا لقاعده الخراج بالضمان على المعنى الذى ذكرناه لورودها في مورد قاعده الخراج بالضمان و لكن قد عرفت أنه لا- دليل على كليه تلك القاعده في جميع موارد تلف المبيع فضلا عن الثمن بل هي مختصه بموردين بحسب النص اعنى مورد خيار الحيوان و مورد خيار الشَّروط و تفصيل الكلام في أحكام الخيار فتحصل أنه لا يكون تلف الثمن من المشتري بل من البائع و لو قلنا بكون تلف المبيع في زمن الخيار من المشتري إذ لا دليل على التَّعدى و الحكم بكون تلف مال الغير على شخص آخر كما لا يخفى.

و ان كان التلف قبل الرَّد فيجرب فيه جميع ما ذكرناه في صورته كون التلف بعد الرَّد و لكن في المورد خصوصيه و هو أن التلف قبل الرَّد لا يحسب الا من البائع بناء على عدم ثبوت الخيار قبل الرَّد و

أشكل عليه المصنّف أولاً- بمنع المبنى فإنه لا- نسلم كون الخيار بعد الرّد بل يكون قبل الرّد كما تقدّم في جواب صاحب المصاييح ثمّ أشكل بمنع البناء بدعوى أن دليل ضمان من لا- خيار له مال صاحبه هو تنزيل البيع سواء كان بخيار متصل أن منفصل كما يقتضيه اخبار تلك المسأله فان في ذيل بعضها حتى ينقضى و هو يجرى في خيار المنفصل فلا وجه لبناء المسأله على كون الخيار بعد الرّد و سيأتى الكلام في جميع ذلك.

ثمّ ان المصنّف أشار الى ثمره البحث و حاصله انه بناء على كون تلف الثمن من المشتري انفسخ العقد و ان قلنا بكونه من البائع و ان كان الشرط أعم من رد عين المأخوذ أو بدله فيرد البائع مثل الثمن و يرتجع العين المبيعه و الا فلا خيار فلزم البيع كما هو واضح.

### قوله الأمر السادس لا إشكال في القدره على الفسخ

أقول لا- إشكال في انه إذا باع عمرو متاعاً من زيد و اشترط عليه أن يكون له الخيار متى ردّ الثمن الى شخص المشتري فلا بدّ من ردّه الى شخصه و الآ- فلا يثبت له الخيار برده الى غيره و إذا اشترط ردّه الى أعمّ منه و من وكيله أو الحاكم أو شخص آخر فيتبع شرطه و على كل حال فهذا الخيار خيار جعلى فيتبع الشرط فإذا حصل فيكون له الخيار و الا فلا خيار له كما لا يخفى.

و انما الكلام في صورته إطلاق الشرط بأن جعل لنفسه الخيار مع رد الثمن فهل تختص ردّه الى شخص المشتري أو يكفي ردّه الى وكيله أيضاً أو الى الحاكم كما إذا كان المشتري غائباً أو مريضاً أو مجنوناً و ذكر المصنّف في حصول الشرط برده الى الحاكم كما اختاره المحقق

القسمى فى بعض أجوبه مسائله و عدمه كما اختاره سيّد مشايخنا فى مناهله قولان.

و ظهر من صاحب الحدائق على ما ذكره المصنّف الاتفاق على عدم لزوم رد الثمن إلى المشتري مع غيبته حيث أنّه وقع الخلاف فى أنّه هل يعتبر فى فسخ العقد حضور المفسوخ عليه أو الإشهاد عليه أم لا- فذهب العامه و بعض الشيعه إلى اعتبار حضور المفسوخ عليه أو الإشهاد على الفسخ و المشهور من علمائنا إلى عدمه و بعد ما ذكر صاحب الحدائق ذلك قال: ان ظاهر الروايه اعتبار حضور المشتري ليفسخ البائع بعد دفع الثمن اليه فما ذكروه من جواز الفسخ مع عدم حضور المشتري و جعل الثمن أمانه الى أن يجيء المشتري و ان كان ظاهرهم الاتفاق عليه الا انه بعيد عن مساق الأخبار المذكوره.

و هذا الكلام عجيب من صاحب الحدائق كما يظهر الاستصحاب منه من المصنّف أيضا و ذلك لان هنا مسألتان إحداهما مسأله حضور المفسوخ عليه عند الفسخ أو الإشهاد عليه بل بعض من اعتبر هنا حضور المفسوخ عليه أو الإشهاد على الفسخ حكم بعدم نفوذ الفسخ بغير ذلك نظير الطلاق الّذى لا ينفذ بدون حضور العدلين و مع عدم الاعتبار يفسخ فى عالم نفسه و فى مرحله الإثبات يحتاج الى الترافع و على كل حال ليس هنا من مسأله رد الثمن عين و لا اثر حتى لو كان الفسخ بنفس الرّد فان اعتبار حضور المشتري و رده اليه ليس من جهه اعتبار حضور بالمشتري فى الفسخ بل من جهه اعتبار رده اليه.

و الثانيه مسأله ردّ الثمن إلى المشتري و أنّه مع شرط الخيار برّد الثمن هل يكفى الرّد الى الوكيل أو الحاكم أو لا بدّ من الرد الى

نفس المشتري و من الواضح أن احدى المسألتين غير الأخرى فلا- ترتبط إحداهما بالأخرى فما ذكره صاحب الحقائق من الخلاف فى حضور المفسوخ عليه أو الإشهاد على الفسخ أنّما هو فى المسأله الاولى دون الثانيه فإن المسأله الثانيه كما ذكره المصنّف غير مفروض فى كلمات القوم و لم نجد من يتعرّض لها الا- ما أشار إليها المحقّق القمى فى أجوبه المسائل و كيف يمكن دعوى الاتفاق على اعتبار حضور المشتري و كيف قد خلط صاحب الحقائق إحدى المسألتين على الأخرى و أما أصل مسألتنا هذه غير مذكور فى كلمات الأصحاب فنقول انه ليس هذا الخيار من الأمور المجعوله شرعا حتى نتمسك بظهوره و نحكم بثبوت الخيار له بل هذا خيار جعلى أنّما جعل بجعل المتعاقدين فبأى نحو جعلاه فيتبع رأيهم فى ذلك و إذا شكّ فى مورد فلا بدّ فى كشف المراد الى الارتكازات العرفيه و الذى نفهم من الرجوع الى الارتكازات العرفيه أن العرف لا يرى فرقا بين رد الثمن الى نفس المشتري و بين رده الى وكيله فإنّه بعد العلم بأن غرض البائع هو انحفاظ المبيع له و عدم جواز أن يتلفه المشتري و أنه لا- موضوعيه لردّ الثمن الى نفس المشتري إلا- وصول ماله اليه و عليه فان المشتري حيّا و كان الوصول اليه ممكنا فيرد الثمن اليه و يفسخ معامله و الا فيردّه الى وكيله أو الحاكم أو من يرده اليه بحيث يصل الثمن إلى المشتري و يفسخ ذلك بملا-حظه أنّه لو كان المشتري محبوسا أو مريضا أو غائبا و كان له وكيل فالظاهر انه لا يشكّ أحد فى جواز ردّه الى الوكيل و نحوه فان معنى رد الثمن إلى المشتري ليس هو ردّه الى نفسه بل معناه وصول الثمن إليه بأن يكون من جملة أمواله اللهم إلا أن يشترط الرد الى شخصه فهو أمر آخر.

و كذلك الكلام فى طرف البائع فإنه لو لم يتمكن أن يرد الثمن إلى المشتري لمرض أو موت فيرد وكيله أو ورثته إلى المشتري أو الى وكيله أو ورثته مع عدمه أو موته و ليس رد الثمن من ورثه البائع إلى المشتري أو الى وكيله من باب ارث الخيار بل من جهة عدم الفرق فى نظر العرف فى الرد بين كونه من نفس البائع أو من ورثته فان الغرض كون المال عند المشتري أو عند من يقوم مقامه كما لا يخفى.

و على الجملة فالارتكاز العرفى يقتضى أن المناط فى جعل الخيار برّد الثمن أنّما هو رجوع كل من العوض و المعوّض الى حالتها الأولى و هو يحصل و لو برده الى من يقوم مقام المشتري كما يحصل برد من يقوم مقام البائع و هو واضح كما ذكره المصنّف.

ثمّ أنّه لو اشترى الأب أو الجد شيئاً للطفل و اشترط البائع عليه أن يكون له الخيار متى رد الثمن فهل يكفى الردّ هنا الى الجد مع كون المشتري هو الأب أو الى الأب مع كون المشتري هو الجد أم لا و الظاهر هو الأول لأن لكل من الأب و الجد ولاية مطلقه على الطفل الثابتة بالأدلة اللفظية فيكفى الردّ الى أى منهما يشاء و هو واضح.

ثمّ إذا اقتضت المصلحه حتى اشترى الحاكم بولايته على الطفل مالا- له بيع الخيار فهل يجوز رده الى حاكم آخر أم لا فذكر المصنّف أنّه يجوز للحاكم الثانى أخذه إذ ليس فى أخذ الحاكم الثانى ذلك مزاحمه للحاكم الأول فبناء على عدم جواز مزاحمه الحاكم لا- بدّ له أن يردّه الى الحاكم الأول مع احتمال عدم الوجوب فإنه مال آخر للصّيغ غير يتملكه بالفسخ الذى هو معامله جديده و ليس له ربط بالمعامله الأولى التى وضع الحاكم عليها اليد حتى تحصل المزاحمه.

و لكن قد ذكرنا فى باب الولاية أنه لا دليل على ولاية الحاكم للصغير الا من باب الحسبه و معنى الحسبه إتيان الأمر من باب كونه أمرا قريبا بحيث ان الشارع يرضى بذلك و لا يرض بحيفه فيؤتى ذلك حسبه الى قربه الى الله و من باب كونه مطلوبيا للشارع و يكون حفظه محبوبا.

و عليه فولايه الحاكم من باب القدر المتيقن فإنه لا نحتمل أن علمه مانعا عن التصرف فى مال الصيغير مع الاحتياج و كذلك لا تحتمل أن عدالته مانعه و إذا كان مال الصيغير و نفسه محتاجا الى الحفظ و الى النقل و الانتقال و الى التصرف فيه و كان الأمر دائرا بين أن يباشره الحاكم أو غيره فالمتيقن هو الحاكم كما هو واضح و عليه فلا يجوز أن يتصرف فيه الحاكم الثانى بعين هذا الملاك فإنه نشك فى أنه بعد وضع الحاكم الأول يده عليه أن لا يجوز للثانى أن يتصرف فيه فحيث أن المورد ممّا لا بدّ من أخذ القدر المتيقن لعدم وجود الدليل اللفظى على ولاية الحاكم كما عرفت إذا فلا يجوز للثانى أن يتصرف فيما وضع الحاكم الأول يده عليه نعم لو شككنا فى جواز تصرف الحاكم الأول بعد التصرف فمقتضى أخذ القدر المتيقن هو المنع عن تصرفه و لكنه بديهى البطلان فإنه غير محتمل قطعا. و كيف كان فليس المورد من موارد مزاحمه الحاكم حتى يقال لا تجوز مزاحمته.

### قوله: الأمر السابع إذا أطلق اشتراط الفسخ برد الثمن لم

يكن له ذلك الا بردّ الجميع

فلو ردّ بعضه لم يكن له الفسخ أقول الظاهر من اشتراط الخيار برد الثمن إلى المشتري أنه ردّ جميع الثمن و عليه فلو ردّ بعض الثمن فهو كمن لم يرد شيئا أصلا فلا يثبت له الخيار



فان هذا خيار جعلى تابع لما جعله المشروط له و على هذا ليس للمشتري التصرف فى ذلك فإنه باق على ملك مالكة و هو البائع و تصرف المشتري تصرف فى مال الغير بدون اذنه فهو حرام بل يكون ذلك وديعه عنده.

و توهم أن هذا يكون إقاله فإن المشتري إذا أخذ بعض الثمن المردود اليه كشف ذلك عن رضاه بالفسخ فيكون إقاله و فيه أنه مضافا الى منع كشفه عن رضا بالانفساخ فإنّ الأخذ أعم من ذلك و من كونه إقاله ثم ان الإقاله غريبه عن ذلك فان كلامنا فى تحقق الفسخ بالردّ أو ثبوت الخيار للبائع بذلك على النحو الذى تقدّم سواء رضى المشتري بالفسخ أم لم يرض و أى ربط له برضاهما بالإقاله و الفسخ كما هو أوضح.

قوله و الظاهر أنه ضامن له لو تلف إذا دفعه اليه على وجه الثمنيه أقول حاصل كلامه إذا دفع البائع بعض الثمن إلى المشتري على وجه الثمنيه كان ضامنا له إذا تلف الا أن يصرح البائع بكونه أمانه عنده فإنه حينئذ لو تلف لا يكون ضامنا.

أقول لا- وجه لهذا الكلام فإنه إذا كان الخيار مشروطا برد تمام الثمن فلا معنى لرد بعضه بعنوان الثمنيه بحيث يكون ثمنا بالفعل فان كونه ثمنا بالفعل ملازم لانفساخ العقد كونه داخلا فى ملك المشتري و المفروض أن العقد لا يفسخ الا برد الجميع و لا يثبت له الخيار برد البعض و عليه فلا معنى لكون ردّ البعض بعنوان الثمنيه بل يكون ذلك أمانه مالكيه عند المشتري ليكون ثمنا عند الفسخ بعد ردّ تمام الثمن فيكون ثمنا بالقوه كما لا يخفى.

نعم إذا اشترط في مقام الرد أن يكون المشتري ضامنا عند التلف و قبل المشتري فيكون شرط لازم الوفاء.

و قد يتوهم الضمان بدعوى أنه نظير المقبوض بالسوم الذي ذهب المشهور الى الضمان في تلفه في يد من أخذه أى المشتري.

و فيه أنه فرق واضح بين المقامين فان المقبوض بالسوم على تقدير الضمان في تلفه إنما أخذه المشتري لصالح نفسه و ملاحظه أنه مصلحة له أم لا فيكون ضامنا إذا تلف المقبوض بالسوم في يده.

و هذا بخلاف المقام فإن البائع إنما قبض بعض الثمن لصالح نفسه لا لصالح المشتري بل كثيرا أن المشتري لا يرض بالفسخ أصلا فإن الغالب بل الدائم في مثل هذا البيع أى البيع بالخيار أن المبيع يكون ثمنه أقل من البيع بدون الخيار فان غرض البائع كان هو رد عينه فلذا باعه كذلك لرفع احتياجه فلو كانت قيمته مساويه لقيمه المبيع الذى يشتري بالقيمه السوقيه بلا خيار لم يقدم المشتري بذلك و كيف كان لا نعرف وجهها للقول بضمان المشتري إذا تلف بعض الثمن عنده كما لا يخفى فافهم.

قوله و لو شرط البائع الفسخ في كل جزء برد ما يخصه من الثمن جاز الفسخ فيما قابل المدفوع و للمشتري خيار التبويض إذا لم يفسخ البائع بقيه المبيع أقول قد عرفت أن هذا الخيار خيار جعلى من المتعاقدين فيتبع الشرط على النحو الذى شرطاه فلو شرط البائع على المشتري ثبوت الخيار له برد بعض الثمن يثبت له ذلك إذا رد ما يصدق عليه بعض الثمن المقصود فى العرف لا بمقدار يكون خارجا عن الصدق العرفى أو عن كونه مقصودا لهما و لا يقاس ذلك بخيارى

المجلس و الحيوان فإنه لا- يجوز الفسخ فيهما في بعض المبيع دون- بعض فإنهما إنما ثبتا بجعل الشارع بالنسبة إلى مجموع الثمن و المثلن فإذا فسخ من له الخيار البيع لا بدّ له أن يفسخ في المجموع دون البعض و أما في المقام فالخيار بجعل المتعاقدين فيتبع جعلهما على النحو الذي جعلاه كما لا يخفى فافهم.

و قد ذكر المصنف ره و لو شرط البائع الفسخ في كلّ جزء برّد ما يخصّه من الثمن جاز الفسخ فيما قابل المدفوع و للمشتري خيار التبعض إذا لم يفسخ البائع بقيه المبيع و خرجت المده و هل له ذلك قبل خروجها الوجه ذلك.

أقول الظاهر انه لا وجه لهذا الكلام و انه لا نتعلل مورد في هذا المقام يثبت فيه للمشتري خيار تبعض الصفقه و بيان ذلك أنه قد عرفت أن هذا الخيار انما بجعل المتعاقدين فبأى كيفية جعلاه كان متبعا و عليه فشرط الخيار و فسخ العقد برّد بعض الثمن لا يخلو عن وجوه: الأول: أن يشترط على المشتري فسخ مجموع العقد برّد جزء معيّن من الثمن أو جزء غير معيّن و لكن فسحا متدرجا بأنّه يفسخ المجموع برّد الثمن تدريجا بأنّه كلّما أدى من الثمن جزء يفسخ في مقابله الى أن يفسخ المجموع ففي الحقيقيه يكون ذلك توسعه للبائع في رد الثمن كما لا يخفى إذ ردّ مجموعاه دفعه واحده كلفه عظيمه عليه.

و عليه فلو فسخ في بعض و بقى بعض الآخر حتى خرجت المده كشف ذلك عن بطلان الفسخ من الأول فإن كلّ جزء جزء من الفسخ كان مشروطا بفسخ الجزء الآخر حتى يتم فسخ مجموع العقد فإذا فسخ و لكن بقى جزء واحد كان الفسخ باطلا من الأول لعدم حصول شرطه

و هذا نظير مشروطيه عتق المكاتب برّد مجموع مال الكتابه و نظير اشتراط صحه الصلاه بالتشهد و السلام و نظير اشتراط الصوم بالجزء الأخير من الوقت فيكون العمل صحيحا بشرط حصول هذا الشرط و الا يبطل كما هو واضح.

الثانى انه أن يشترط البائع على المشتري فسخ كل جزء برد جزء من الثمن من غير أن يكون الفسخ أو ثبوت الخيار بالرد(اى سواء قلنا بحصول الفسخ بالرد أو كان الرد من مقدمات الفسخ)مشروطا بالفسخ فى الجزء الأخير و هذا على قسمين فإنه تاره يشترط ان يكون ردّ كلّ جزء من الثمن فسحا للعقد أو مقدمه للفسخ على التقريب المتقدم من غير أن يكون منوطا برّد جزء آخر و فسخ العقد فى ذلك الجزء الآخر و أخرى يكون هذه الصوره و لكن يشترط المشتري أيضا على البائع أنه إذا فسخ فلا بدّ له أن يفسخ فى الكل و الا فلم يفسخ أصلا اما الأول فمقتضى وجوب الوفاء بالشرط هو العمل بطبق الشرط على النحو المقرّر عند العقد لما عرفت: أن هذا خيار جعلى فيتبع فيه جعل المتعاقدين على النحو الذى جعلاه و لا- يقاس ذلك بخيارى المجلس و الحيوان كما عرفت.

و عليه فلو فسخ البعض و لم يفسخ البقيه حتى خرجت المدّه فليس على البائع شىء أصلا فإن المؤمنون عند شروطهم فلازم الوفاء به هو ذلك و لا- يثبت هنا شىء للمشتري و يكون ذلك نظير المعاملتين التين ثبت فيهما الخيار فهل يتوهم أحد أنه إذا فسخ البائع هذه المعامله و ذلك يستلزم الفسخ فى معاملته الأخرى أيضا و كذلك المقام كما لا يخفى.

و أما الثانى فإن كان مقتضى الوفاء بالشرط هو نفوذ فسخ البائع العقد فى كل جزء جزء من المبيع برّد كلّ جزء جزء من الثمن سواء فسخ فى البقيه أيضا أم لا كما عرفت فى سابقه و لكنه حيث اشترط المشتري أيضا عليه أنه إذا فسخ فى جزء فلا بدّ له أن يفسخ فى البقيه أيضا فإذا لم يفسخ البائع فى البقيه ألزمه المشتري بذلك على حسب اشتراطه و الا فيثبت له خيار تخلف الشرط و كذلك لو لم يفسخ حتى خرجت المده كما هو واضح.

و فى جميع هذه الاقسام لا نرى موردا لتبعض الصفقه أصلا كما هو واضح و أعجب من ذلك أن المصنف ره ذكر بعد ما حكم بثبوت خيار تخلف الشرط بأنه لا يبعد ثبوت خيار تخلف الشرط قبل خروج المده و وجه العجب مضافا الى ما ذكرناه من عدم الوجه و التعقل الخيار تبعض الصفقه أصلا أنه كيف يثبت ذلك للمشتري قبل خروج المده فإنه فى ضمن هذه المده لعمل البائع برّد الثمن و يفسخ البيع فثبوت خيار تبعض الصفقه ينافى ذلك.

و بعبارة اخرى أنه لم يتم أمد خيار البائع و مع ذلك كيف يثبت للمشتري خيار تبعض الصفقه و قد كان جعلهما هذا الشرط للمشتري على هذا النحو بأن يرّد الثمن و يفسخ البيع الى وقت معنى و الفرض أنه لم يخرج الوقت و المده بعد كما لا يخفى و لعل هذه العبارة من غلط النسخه و لم نر من الحواشى من يتعرّض لذلك.

### **قوله الثامن كما يجوز للبائع اشتراط الفسخ برّد الثمن كذلك يجوز**

للمشتري اشتراط الفسخ برّد المثل

أقول قد عرفت: أنه لا شبهه فى جواز البيع و اشتراط الخيار فيه برّد الثمن و أنه مقتضى القاعده

و كذلك يجوز للمشتري أن يشترط لنفسه الخيار متى ردّ المبيع فان الروايات و ان وردت في اشتراط الخيار برّد الثمن و لكن قد عرفت أن مشروعيه هذا الشرط لا تحتاج الى الروايات لكونه موافقا للقواعد فإن القاعده الأوليه تقتضى مشروعيه هذا الشرط في الثمن و المثلن اما على النحو الذى ذكرناه من كون إنشاء المملكه من الأوّل مضيقه أو بمقتضى المؤمنون عند شروطهم كما هو واضح و كيف كان لا شبهه في جواز اشتراط الخيار للمشتري برّد المبيع.

نعم فرق بين المقام و بين اشتراط الخيار برّد الثمن و هو انك عرفت قيام القرينه العرفيه و الارتكاز العرفى على أن اشتراط رد الثمن أعم من رد شخصه أو بدله فان ما أوجب البائع ان يبيع داره مثلا من زيد على هذا النحو هو احتياجه الى ثمنه و اشتراط الخيار برّد نفس الثمن لا يفيد و لا يرفع حوائجه كما هو واضح.

و لكن تلك القرينه العامه فى المقام على العكس حيث أنه قد تعلق غرض البائع بحفظ المبيع كما عرفت و الا لباع متاعه بأكثر من ذلك فان اشتراط الخيار يوجب نقص القيمه كما عرفت و عليه فاشتراط المشتري الخيار لنفسه متى ردّ المبيع أنّما هو ظاهر بحسب الارتكاز العرفى فى ردّ عين المبيع كما هو واضح.

و عليه فلو تلف المبيع سقط خيار المشتري و أما البائع فسقوط خياره و عدمه تابع لشرطه كما لا يخفى نعم لو اشتراط المشتري على البائع ثبوت الخيار لنفسه متى ردّ المبيع أو بدله فلا يسقط خياره بتلف المبيع بل له الخيار برّد بدله كما هو واضح.

ثم انه هل يجوز اشتراط الخيار بالرد أعم من أن يكون برد المبيع أو بدله حتى مع عدم تلف العين أو لا وقد استشكل المصنف في ذلك هنا كاستشكاله في اشتراط الخيار برّد الثمن أعم من ردّ العين أو البدل حتى مع بقاء الثمن والوجه فيه ما ذكره هناك من أنه مخالف القانون الفسخ فيكون غير مشروع وذلك لان مقتضى قانون الفسخ أن يرّد كلّ مال الى صاحبه بالفسخ و يكون الثمن راجعا إلى المشتري و يرجع المبيع إلى البائع فإن معنى الفسخ هو كون البيع كعدمه و اشتراط رد بدله مع الانفساخ مخالف لذلك كما هو واضح.

و قد ذكرنا سابقا أن ما ذكره المصنف و ان كان متينا و لكن يمكن أن يكون ذلك بشرط آخر و لو كان ضمينا بأن يشترط في نفس هذا البيع بأن يشترط الفسخ برد المبيع و يشترط أيضا أن يبادل المبيع بعين آخر بحيث أنّ المشتري بفعل فعلين بحسب الاشتراط أحدهما فسخ العقد و الثانى تبديل المبيع بعين آخر و لو كان هذا التّبديل بالوكالة من قبل البائع كما عرفت ذلك في السابقه.

و على الجملة فاشترط الخيار برّد المبيع أو بدله حتى مع البقاء ينحل الى شرطين أحدهما ثبوت الخيار للمشتري أو فسخ العقد بالردّ و الثانى تبديل كونه و كيلا في تبديل المبيع بعين آخر فرد البدل من جهة المبادله المستقله الجديده الحاصله بعد الفسخ فلا يكون الشرط مخالفا لقانون الفسخ و دعوى أنه لو كان التبديل بعنوان المبادله الخاصه لكون المشتري و كيلا في ذلك لكان باطلا بعزل الموكل الوكيل قلنا هذا مبنى على جواز عزل الوكيل الذى اشترطت وكالته في ضمن العقد اللازم و عدمه فإنه بناء على الجواز فلا مانع منه هذا فيما إذا كان

الشرط شرط الفعل و أما إذا كان الشرط شرط النتيجة بأن يشترط المبادله بعد الفسخ فالأمر أوضح فإنه بمجرد انفساخ العقد يتبدل المبيع ببديل آخر كما هو واضح.

و الأمر أوضح إذا اشترط ردّ التّاليف بالمثل فى القيمى و بالقيمه فى المثلئ فىإنه حيثئذ تكون المبادله فى الذّمه بين القيمى و المثلئ و تكون الذّمه مشغوله بالقيمه بعد ما كانت مشغوله بالمثل و حيث ان الأمر هنا أوضح و لذا لم يستشكل المصنف هنا بعد منع الجواز فى العين الخارجيه بدعوى أن اشترط التبديل هنا بمنزله اشترط إبقاء ما فى الذّمه بغير جنسه الا- اشترط ضمان التالف المثلئ بالقيمه و بالعكس و هذا بخلافه فى السابق فان اشترط البديل هناك اشترط للفسخ على وجه غير مشروع لكونه مخالفا لقانون الفسخ فيكون مخالفا للكتاب و السنّه ثم أمر بالتأمل.

و لكن على ما ذكرناه لا فارق بين المسئلتين الا ان التبديل فى الاولى فى العين الخارجيه و فى الثانيه فى الذّمه و هو واضح.

ثم انه يجوز اشترط الفسخ لكل منهما برد ما انتقل اليه أو بدله و يجرى فى كل من الطرفين كل واحده على حده الذى ذكرناه مفصلا

### قوله مسأله لا اشكال و لا خلاف فى عدم اختصاص خيار الشرط

#### اشاره

بالبيع و جريانه فى كلّ معاوضه لازمه

أقول هل يجرى خيار الشرط فى غير المبيع من العقود أم لا الظاهر أنه لا خلاف فى عدم اختصاصه بالبيع و جريانه فى غيره أيضا لا من جهة الروايات الخاصه الوارده فى هذه المسأله فإنها مختصه بموارد خاصه كما عرفت بل لان خيار الشرط موافق لمقتضى القاعده فيجرى فى غيره أيضا و لذا تعدوا من موارد



الروايات فان موردها صورته ردّ تمام الثمن و تعدوا و التزموا بجوازه أى بجواز اشتراط الخيار برّد بعض الثمن كما عرفت و هذه القاعده أما لعموم المؤمنون عند شروطهم أو لما ذكرناه فى كون الشرط مرجعه إلى إنشاء الملكيه المحدوده أو غير ذلك و هذا فى الجمله مما لا شبهه و لا خلاف فيه و انما الكلام فى جريان هذا الخيار فى جميع افراد المعاملات حتى الإيقاعات أم لا.

### و قد يقال: بمنع جريانه فى الإيقاعات

بدعوى أن المفهوم من الشرط ما كان بين اثنين كما ينبه عليه جملة من الاخبار و الإيقاع إنّما تقوم بواحد.

و فيه ما ذكره المصنّف من أن المستفاد من الاخبار كون الشرط قائما بشخصين المشروط له و المشروط عليه لا كونه متوقفا على الإيجاب و القبول ألا ترى أنهم جوزوا ان يشترط فى إعتاق العبد اشتراط خدمه مده متمسكا بعموم المؤمنون عند شروطهم و هذا لا شبهه فيه و عليه فلا مانع من اشتراط شىء فى الطلاق و العتاق تمسكا بعموم القاعده الدّاله على جواز الشرط كما هو واضح.

و قد يظهر من المصنّف وجه آخر فى المنع عن جريانه فى الإيقاعات و قد أصر عليه شيخنا الأستاذ فى عده موارد و حاصله أن الخيار إنّما يجرى فى مورد يكون العقد قابلا للإقاله و الانفساخ بها فإنه يستكشف من ذلك أن اللزوم لزوم حقى فكل ما يكون اللزوم فيه حقيا يدخل فيه الشرط أيضا و أما ما لا تدخل فيه الإقاله فيستكشف من ذلك كون اللزوم حكما فلا يمكن رفع اللزوم بجعل الخيار فى العقد و حيث ان الإيقاعات ما لا تدخل فيه الإقاله فيستكشف من ذلك كون اللزوم حكما

فلا يدخل فيه خيار الشرط و هذا هو الكبرى الكلى فى كل عقد يدخل فيه خيار الشرط و ما لا يدخل فيه خيار الشرط.

أقول: قد عرفت فى أول البيع أنه لا- فارق بين الحكم و الحق من حيث الحقيقة بل كلاهما من حقيقة واحده و من مجعولات الشارع غايه الأمر أن الشارع قد اعطى الاختيار بيد المتعاملين فيقبل الحل و الفسخ و كذلك فى الجواز و سمي ذلك بحسب الاصطلاح حقا و فى الآخر لم يجعل فيه لأحد سلطنه أصلا و لا يقبل الفسخ أصلا كما أن الجواز الحكمى كذلك فإنه لا يقبل النقل و الاسقاط و سمي ذلك بحسب الاصطلاح حكما كما هو واضح.

و عليه فلا بدّ فى تمييز لزوم الذى لا يقبل الفسخ عما يقبل الفسخ و كذلك فى الجواز من الرجوع الى الأدله كما هو واضح و من هنا نرى أن النكاح لا تدخل فيه الإقالة و لكن يدخل فيه الخيار من بعض الجهات كما فى موارد العيوب الخاصه و لا يدخل فيه الخيار من غير هذه الجهه و على الجملة فدخول الإقالة فى العقد و عدم دخوله ليس ميزانا فى المقام و عليه فكما دلّ الدليل بعد الرجوع اليه من عدم دخول الشرط و الخيار بعقد أو إيقاع و كونه لازما من جميع الجهات أخذ به و الا فعمومات وجوب الوفاء بالشرط متبع و عليه فيجرب الخيار فى كل عقد و إيقاع حتى الطلاق ما لم يدل دليل على خلافه.

و قد يستدل فى ذلك بدليل لزوم الوفاء بالشرط و قد منع- بعضهم جريانه فى الإيقاعات بدعوى أن مفهوم الشرط ما كان بين اثنين و الإيقاعات لا تقوم الا بواحد و فيه أن الاستفادة من الشروط ما كان بين شخصين لا كونها متوقفه على الإيجاب و القبول كما هو واضح.

ثم منع المصنف عن جريان شرط الخيار في الإيقاعات بدعوى منع صدق الشرط في الإيقاعات و انصرافه الى العقود خصوصا على ما في القاموس من تفسير الشرط بما كان في العقود ثم ذكر وجها آخر لمنع جريانه في الإيقاعات و أسر عليه شيخنا الأستاذ في موارد عديده و حاصله ما أشرنا اليه من أن الخيار إنما يجرى في عقد كان اللزوم فيه حقا بحيث يتمكن المتعاقدان عن فسخ العقد بالإقاله و أما فيما كان اللزوم فيه حكما فلا يجرى فيه ذلك و من الواضح أن الإيقاعات لا تدخل فيها الإقاله فنكشف من ذلك عدم جريانه في الإيقاعات كما هو واضح.

و قد عرفت الجواب عنه و قلنا أن اللزوم حكم الهى قد جعل في العقود و فى أن مورد دلّ دليل على جواز دخول الخيار فيه نأخذ به و الا فلا فدخول الإقاله فى بعض العقود و عدم دخولها فى بعض ليس ميزانا لجريان الخيار فيها و عدم جريانه فيها فلا يوجب ذلك كون حقيقه اللزوم متعددا حقا تاره و حكما أخرى بل الحقيقه فى جميعها على نسق واحد و من هنا ترى جريان الخيار فى عقد النكاح من بعض الجهات دون بعض مع عدم جريان الإقاله فيه و على الجملة جواز جعل الخيار فى العقود و عدم جواز جعله فيه تابع للدليل ففى كلّ مورد دلّ الدليل على جواز نأخذ به و الا فنحكم باللزوم للعمومات الداله على اللزوم.

و التحقيق أن يقال انه بناء على كون دليل الشرط الخيار فى العقود هو دليل الوفاء بالشرط اعنى المؤمنون عند شروطهم الذى ورد فى الروايات المستفيضه لا يمكن التمسك بها لوجه آخر بل دليل الشرط هو شىء آخر قد أشرنا إليه فيما سبق و حاصله أن المنشئ الذى يشترط

الخيار فى العقود أنما ينشئ من الأول ملكيه محدوده بعدم الفسخ فيكون ما التزمه كلّ منهما فى مقام الإنشاء مشمولاً لأدله الوفاء بالعقد و لا- تكون تلك الأدله شامله لها من الأول حتى يتنازع فى خروجها عنها و عليه فيجوز لكل من المتعاقدين فى العقود و لخصوص المنشئ فى الإيقاعات أن ينشئ من الأول حصه خاصه و ملكيه محدوده و زوجيه محدوده و طلاقاً محدوداً من الأول فلا يكون المشمول لأدله اللزوم الا خصوص هذه الحصه الخاصه فقط فإن أدله اللزوم تدلّ على لزوم ما التزمه العاقد لا غيره و الا لتخلف العقد عن القصد.

و أما ان كان المدرك لجعل الخيار فى العقود و الإيقاعات هو دليل الوفاء بالشرط و هو لا يشمل الإيقاعات أصلاً لوجهين الأول أنك قد عرفت فيما سبق أن معنى المؤمنون عند شروطهم هو الحكم التكليفي أن أن المؤمن لا بدّ و ان يقف عند شرطه و لا يتجاوز عنه بالتخلف نظير المؤمن عند عهده و وعده و فى بعض الروايات و ليفى بشرطه و نظير ذلك و ليس للمؤمن أن يتخلف من شرطه و عهده بعد ما عهد و اشترط على نفسه فعلاً- فان من لوازم الايمان هو ذلك كما ان من لوازم الايمان هو إتيان الواجبات و ترك المحرّمات و كذلك من لوازم الايمان أن يفى المؤمن بشرطه.

الوجه الثانى أن مقتضى الظاهر من قولهم (عليه السلام) المؤمنون عند شروطهم هو أن من التزم بشرط و اعتبر على نفسه فى عقد فلا- بدّ من الوفاء عليه و من الواضح أن هذا لا يتمّ فى الإيقاعات فإن المطلق مثلاً هو الذى يشترط على الزوجه شرطاً من غير إطلاق منها فلا يكون شرطاً عليها ليشملها المؤمنون عند شروطهم إذ ليس عندها شرط أصلاً حتى

يفيها ومع الغرض عن الإشكال الأول فأیضا لا يشمل الحديث الإيقاعات.

و علیه فیختص بمورد كان متعلق الشرط هو الفعل لیكون العمل به ممكنا و علیه فشرط الخيار خارج عن مفاده لعدم كونه فعلا و هذا هو الظاهر من قضیه المؤمنون عند شروطهم و ان قلنا أن مرجع الشرط- بالأخره إلى جعل الخيار و لكن بالالتزام لا بالمطابقه، و أمّا إذا كان المدرك لجعل الخيار فی العقود ما ذكرناه فهل يمكن جعله فی جميع العقود و الإيقاعات بأن يكون المنشئ قد إنشاء الطلاق المضيق و مقيدا بعدم الفسخ مثلا أم لا و الظاهر هو الثاني فإن المتفاهم من جعل الشرط أن يكون للمشروط له خيار تخلف الشرط و يكون له خيار فی إعدام الأمر الثابت بالإنشاء و فی الإيقاعات مثل الطلاق و المعتاق و الإبراء لیس الأمر كذلك فإنها أمور عدمیه و توضیح ذلك أنه لو أغمضنا عن عدم شمول دلیل الوفاء بالشرط لجعل الخيار و قلنا بشمول الروایه لشرط الخيار أيضا و لكن الظاهر من الشرط ما يكون المشروط فيه إثباتا لشيء و إيجادا له فی مقام الاعتبار بحيث لو تخلف المشروط علیه لثبت للمشروط له الخيار و الإيقاعات المسلمه مثل الطلاق و العتق و الإبراء خارجه عن ذلك بحسب الارتكاز العرفی فإنها عباره عن رفع شيء و إزالته فإن الطلاق رفع الزوجیه و العتاق رفع العبودیه و الإبراء إعدام اشتغال الذمه و هكذا فلیس هنا إثبات شيء و إيجاده للطرف الآخر بحيث إذا تخلف بالشرط فیفسخ المشروط له ذلك و یعدم ما أثبتته للمشروط علیه و یحله فان الطلاق یعدم الزوجیه و لذا ورد فی بعض الروایات یلقى حبلها علیها. أى یقطع العلاقه بینهما و من الواضح لو ثبت فی الخيار فلازم ذلك أن یرجع إليها من التخلف و لو بعد سنین

و اختياره زوجا آخر فبناء على عدم اختصاص دليل الوفاء بالشرط بالافعال فالارتكاز العرفي مانع عن جريانه فى الإيقاعات أيضا حتى على ما ذكرنا أيضا من المبني فان المتفاهم من الأمور المذكوره إعدام الموضوع على وجه الإطلاق فالتوقيت ينافى ذلك كما هو واضح.

و أما ما ورد من جواز عتق العبد و الأمه مع الشرط عليها فليس ذلك فى الحقيقه اشتراطها الخيار أو الشرط فى الإيقاع بل العبد و جميع شؤونه من الأول ملك لمالكه و المالك انما رفع اليد عن مقدار عن ملكه و أبقي مقدارا آخر لا أنه يعتق العبد على وجه الإطلاق ثم يشترط عليه شرطا كما هو واضح.

و الحاصل أنه بناء على ما ذكرناه من أن مرجع الاشتراط هو إنشاء المنشأ مقيدا و مضيقا بحدّ خاص ليكون المشمول لأدله اللزوم هو هذه الحصه الخاصه أيضا لا- يمكن جعل الخيار فى الطلاق و العتق و الإبراء لأنها أمور عدميه فالطلاق إعدام الزوجيه و العتاق إعدام الرقيه و الإبراء إعدام اشتغال الذمه و الظاهر من مفهوم هذا الأمور بحسب الارتكاز اعتبار الشرط و الخيار فيها منافيا لمفهومها فان معنى الطلاق هو الإطلاق و الإرسال المعبر عنه فى الفارسيه (رها كردن) و من الواضح أن شرط الخيار بحيث أن يكون له الفسخ و لو كانت المرأه المتزوجه ليضرها مناف لهذا المفهوم كما هو واضح و كذا مفهوم العتق و مفهوم الإبراء.

و أمّا الوقف و الإيصاء فبناء على كونهما من الإيقاعات كما هو الظاهر فليسا من الأمور العدميه فيكونا مثل العقود فلا بدّ أيضا من التكلم فيها بأنه هل يجرى فيهما و فى جميع أقسام العقود أم لا.

فنعول أمّا النكاح فقد ادعوا الإجماع على عدم جريان الخيار و شرطه

فيه و ذكر السيد ره أن عدم جريانه فيه و كونه مفسدا للنكاح على تقدير الاشتراط من جهة الإجماع و الا فمقتضى القاعده هو جواز الاشتراط فيه و عدم كون الشرط مفسدا له.

و لكن الظاهر أنه لا يجرى فيه الشرط و على تقديره يكون مفسدا و ليس ذلك مثل بقيه الشروط التي لا تكون مفسده للعقد. و الوجه في ذلك هو ما ذكرناه من أن مرجع الاشتراط في العقود هو تضيق دائره المنشأ و جعله على قسم خاص و كونه مقيدا بعدم الفسخ و عليه فإذا اشترط الخيار في عقد النكاح فمعناه أن للمشروط له الفسخ متى أراد و عليه فلا يعلم انه يفسخ النكاح أو لا يفسخ و على تقدير انه يفسخ فلا يعلم أنه متى يفسخ و عليه فيكون وقت الفسخ مجهولا و حيث أنه لم يرد النكاح في الشريعة الا على قسمين دائمي و موقت و هذا العقد خارج عن كلاهما فإنه ليس بدائمي لكون الزواج مقيدا بعد الفسخ كما عرفت إذا لا معنى لاعتبار الزواج بعد الفسخ أيضا ليكون دائميًا لكونه تناقضا واضحا و لغوا محضا و أما الموقت فلأنه مشروط بكون الوقت معلوما و مسما كما ورد في الروايات الكثيره بل في قراءه بن عباس إلى أجل مسمى حيث أضاف لفظ المسمى و حيث ليس الأجل هنا معلوما فيكون باطلا فلا يقاس ذلك بقيه الشروط الفاسده الغير المبطله للعقد و اذن فاشترط الخيار في النكاح فاسد و مفسد للعقد.

نعم لو كان التوقيت بما وقت به الشارع كالطلاق و العيوب الخمسه فلا مانع منه فإنه أمر تعديدي حتى لو صرحا الزوج و الزوجه من الأوّل بذلك لكان صحيحا أيضا بأن قال زوجت الى أن أطلق أو الى أن يظهر شيء من العيوب.

و أما الوقف سواء كان من العقود أو الإيقاعات فقد ذكرنا في بيع

الوقف أنه على قسمين الأوّل أن يكون تحريرا و فكا للملك كالمساجد و نحوها فهو مثل العتق فيكون من الأمور العدميه فبالوقف بعدم الملكيه و يفكها و يجعلها محرره و يجرى فيه جميع ما ذكرناه فى الطلاق و العتق و الإبراء فلا يمكن فيه جعل الخيار لكونه منافيا لمفهوم التّحرير بحسب الارتكاز العرفى.

فإنّه لا- معنى للتّحرير مع كونه مختارا فى إرجاعه إلى ملكه، نعم لو كان كذلك لم يكن وقفا بل يكون من قبيل السكنى و العمرى و الرقبى.

و القسم الثّانى و هو ما كان من قبيل التّملك كالأوقاف الخاصّه و كالوقف على المسجد بناء على كونه ملكا للمسجد لا أنّه يكون مثل المسجد محرّرا فالظاهر أنّه مبنى على أن التّأييد مأخوذ فى حقيقه الوقف أم لا فإنّه بناء على أخذه فيه لا يجوز هذا الاشتراط لأنّه يكون الاشتراط بالنسبه إلى الوقف متناقضا لان اعتبار الوقف مقتضى التّأييد و الاشتراط يقتضى التّوقيت بناء على ما ذكرناه من رجوع الشّروط الى تضييق دائره المنشأ و هما لا يجتمعان و اعتبار التّأييد حتّى ما بعد الفسخ لغو ظاهر كما هو واضح و أمّا بناء على عدم أخذ التّأييد فى الوقف و القول بجوازه سنه نظير التّيكنى و الرقبى فلا بدّ من تنقيح هذه الكبرى و أن التّأييد مأخوذ فى الوقف أم لا.

و أما ما فى الموثّقه من قوله (عليه السلام) من أوقف أرضا ثمّ قال ان احتجت إليها فأنا أحقّ بها ثمّ مات الرّجل فإنّها ترجع فى الميراث فلا دلالة فيها على المدّعى حيث ان محلّ كلامنا فى شرط الخيار و الرّوايه راجعه إلى شرط النتيجه و رجوع الوقف الى ملك الواقف مع الاحتياج فأحدهما أجنبى عن الآخر.



و ربّما علل على عدم جريان الخيار فى الوقف باشتراط القربه فى الوقف و هو ممنوع صغىرى و كبرى أمّا الكبرى فلعدم الدليل على اعتبار القربه فى الوقف و أمّا الصغرى فكذلك فإنّه لا- دليل على أن القربه مانعه عن الاشتراط مع وجود الدليل على الاشتراط أمّا دليل الوفاء بالشّروط أو ما ذكرناه فى الوقف كما هو واضح فالظاهر أن شرط الخيار و عدمه متوقّف على ما ذكرناه من اعتبار من التأييد فى الوقف و عدمه.

و الحاصل أنّه قسم المصنّف العقود على ثلثه أقسام الأوّل ما لا يدخل فيه الخيار اتّفاقا كالنكاح و نحوه الثانى ما يدخل فيه الخيار كالبيع و نحوه من أقسام المعاملات الثالث ما يكون مختلف فيه كالوقف و نحوه.

أقول التّحقيق أن يقال: أن فى كلّ مورد نعلم بجواز شرط الخيار فى عقد نحكم بصحّه أخذه فيه و فى كلّ مورد نعلم بعدم جواز أخذ الخيار فى عقد نحكم بعدم صحه أخذه فيه و فى مورد الشك نرجع الى الأصل و من الواضح أن مقتضاه هو جواز أخذه فيه و عدم ترتّب الأثر على غير ما أخذه المتبايعان فى العقد.

بيان ذلك أنّك قد عرفت أنّما أن معنى جعل الخيار فى العقد هو تحديد المنشأ بحدّ خاص بحيث ينشئ البائع مثلا بيع داره مقيّدا بعدم فسخه و قلنا أن التملك الموقّت و ان كان لا معنى له فان معنى بيع الدار هو تملكها مؤبدا من حيث الزّمان و غير مقيّد بزمان و لكن ينافى ذلك تحديده من حيث الزّمانيات فبيع داره مقيدا بعدم فسخه أى ينشئ ملكيه داره لزيد مقيدا بالقيّد المذكور لا على وجه الإطلاق و عليه فيكون أدله اللزوم و الصّحّه شامله لذلك فإذا شككنا فى جواز ذلك فبمقتضى القاعده نحكم بجوازه و بعدم كون غير ذلك منشئا و عدم كون التملك على وجه

الإطلاق فإن القدر المتيقن هو التمليك الخاص فالزائد عنه مشكوك فالأصل عدمه.

و بعبارة اخرى أن الحكم بكون مال شخص لشخص آخر يحتاج الى سبب و الفرض أن المالك لم ينشئ إلا ملكيه محدوده فإن أمضى الشارع ذلك فهو و الأ-اى و ان امضى ملكيه مطلقه يلزم أن يمضى الشارع ما لم ينشئ فيكون المنشأ غير ممضى و الممضى غير منشئ و عليه فكلما شككنا فى نفوذ شرط و خيار فالأصل يقتضى نفوذه فان مقتضى عدم النفوذ هو الحكم بما نشك فى إنشائه فالأصل عدمه كما لا يخفى.

هذا ما يقتضيه الأصل الذى لا بد من الرجوع اليه عند الشك ثم ان الشرط قد يرجع الى الخيار و قد لا يرجع و يتضح ذلك بما سنذكره و إذا عرفت ذلك فنقول لا بد من تحقيق معنى الشرط و ما يجوز جعله فى العقود و ما لا يجوز ليتضح ما هو الضابط فى المقام اعنى ما يدخل فيه الخيار و ما لا يدخل فيه الخيار حتى نرجع فى غيره الى الأصل.

اما الشرط الذى اشترط فى العقود قد يكون راجعا الى اشتراط أمر غير اختياري و اخرى يرجع الى اشتراط أمر غير اختياري و على كل حال قد يرجع الاشتراط الى جعل الخيار و قد لا يرجع.

اما إذا كان الاشتراط اشتراط أمر غير اختياريه كما إذا اشترى عبدا فشرط كونه كاتباً أو اشترى متاعاً آخر فشرط كونه على وصف خاص فإنه لا شبهه فى ان كون العبد كاتباً أو كون المبيع على وصف خاص من - الأوصاف التى ليس فى اختيار البائع غير اختياري للبائع و عليه فلا معنى للاشتراط الا توقف الالتزام البيعى على الالتزام الشرطى فإنه لا يتصور لهذا الاشتراط معنى الا ان يكون العقد معلقا عليه ان أبيع على هذا

الشرط و الا فلا أبيع مثلا معنى بيع العبد بشرط كونه كاتباً انه أبيع ذلك على ان يكون كاتباً و الا فلا أبيع فيكون باطلاً للتعليق.

و اما ان يكون المراد من الالتزام الشرطى التزام آخر فى ضمن الالتزام البيعى من غير ان يرتب أحدهما بالآخر و اما ان يراد ما ذكرناه من توقف الالتزام البيعى على الالتزام الشرطى من غير ان يكون البيع متوقفاً على ظهور المبيع بوصف خاص بل الالتزام على البيع و الوقوف عليه موقوف على الشرط كما هو واضح.

و على هذا فلو تخلف الوصف فيكون المشروط له مخيراً فى بقائه على التزامه و عدم بقائه فيكون له الخيار.

و اما إذا كان الشرط فى العقود من الأمور الاختيارية فهو على قسمين: الأول: ان لا يكون العقد مما يجرى فيه الخيار كمثل النكاح مثلاً- فان معنى الشرط حينئذ هو مجرد توقف الالتزام العقدى على الالتزام الشرطى من خير ان يكون مرجعه الى جعل الخيار أصلاً بل فائدته ليس إلا إلزام المشروط عليه تكليفاً على الوفاء و الوقوف على التزامه فان المشروط له انما أنشأ العقد على هذا الالتزام بحيث لو كان المشروط عليه لقبول الإيجاب المنشأ على هذا النحو لقبول مقيداً لكان باطلاً لعدم المطابقه بينهما و قد ذكرنا فى أوائل البيع انه لو أنشأ الموجب عقداً مشروطاً بشرط فقبل القابل بلا شرط لبطل فان ما أنشأه البائع لم يقبله المشتري و ما قبله القابل لم ينشأه الموجب و على كل حال فهذا الاشتراط ليس له فائده إلا إلزام المشروط عليه و لا بأس بذلك أيضاً و يترتب عليه الأثر من حكم النشوز و نحوه فى النكاح و لا- يضر تعليق العقد بذلك فان بطلان التعليق فى العقود ليس الا- من جهه الإجماع و من الواضح ان المتيقن

منه صورته كون المعلق عليه مشكوكا لا- فيما يكون منجزا و لذا قالوا يعتبر التنجز في العقود و هذا المعنى متعارف في العرف أيضا فإنه يقول بعضهم لبعض بعثك هذا المتاع لك بشرط ان تلتزم بذلك الشرط أو يقول احد الزوجين للآخر زوجتك نفسي بشرط ان تلتزم بالشرط الفلاني من تعيين المكان و نحو ذلك و من هذا القبيل اشتراط الشرط الفاسد في العقد من شرب الخمر و نحوه فان الشرط اعنى الالتزام حاصل بالنسبه إلى المشروط عليه و لكن لم يمضه الشارع فمورد الشروط الفاسده هو ذلك فيصح العقد لان شرطه و هو التزام الطرف حاصل و ان لم يمضه الشارع.

الثاني ان يكون الشرط مرجعا لكلا الأمرين بأن يكون الشرط امرا اختياريا و يكون معناه التزام الموجب بالبيع و نحوه مثلا مقيدا بالتزام الطرف الآخر بالشرط فيكون منحلا إلى أمرين أحدهما إلزام الطرف اى المشروط عليه أو لا بالوفاء بالشرط و مع عدم الوفاء يثبت للمشروط له خيار تخلف الشرط و سيأتى تفصيل ذلك في باب الشروط.

و بعبارة اخرى ان الشروط على ثلثة أقسام: الأول: ان يكون مرجعه الى جعل الخيار للمشروط له كاشتراط الأوصاف في المبيع مثلا الخارجة عن قدره كما إذا باع عبدا فشرط المشتري على البائع كونه كاتباً فان كونه كاتباً ليس في قدره البائع فإذا ظهر غير كاتب فليس - للمشتري إلزامه بكونه كاتباً و هكذا في جميع الأوصاف الغير الاختيارية غايه الأمر فيثبت للمشروط له خيار تخلف الشرط فله ان يرضى بالمبيع الفاقد للوصف و له ان يفسخ العقد و يرجع الثمن.

الثاني: ان يكون متعلق الشرط امرا اختياريا كما إذا اشترى

أحد شيئاً و شرط فى ضمنه امراً مقدوراً للبائع كخياطه ثوبه و بنائه داره أو نجارته بابه و نحو ذلك من الأمر المقدوره للبائع و فى مثل ذلك فالشروط مجمع للأمرين إلزام المشروط عليه بالوفاء بالشرط و مع عدم الوفاء ثبت له خيار تخلف الشرط فله ان يرضى بالعقد بدون الشرط و له ان يفسخ العقد.

الثالث: ان يشرط احد المتعاقدين على الآخر شرطاً فى العقد الذى لا يجرى فيه الخيار الا فيما عينه الشارع بدليل خاص كعقد النكاح فإنه لا يجرى فيه الخيار إلا بالأسباب التى عينها الشارع بدليل خاص فمقتضى الشرط هنا ليس الا تعليق الالتزام العقدى على الالتزام الشرطى فلا شبهه فى جواز التعليق حينئذ فإن المعلق عليه و هو التزام المشروط عليه حاصل و التعليق انما يضر إذا كان متعلقه مشكوكاً و ليس كذلك فما هو باطل هو الثانى دون الأول فإن مورد المتيقن من الإجماع هو الثانى و اما الأول فالتعليق على نفس وجود المبيع مثلاً.

و عليه فلو تخلف المشروط عليه عن شرطه فلا يثبت للمشروط له الخيار فإن فائده هذا الشرط ليس إلا إلزام المشروط عليه على الوفاء و مع عدمه لا يثبت الخيار نعم يمكن ترتب بعض الآثار عليه فى مثل عقد النكاح من عدم تحقق النشوز و نحوه مثلاً كما اشترط الزوجه مكاناً خاصاً لزوج فلم يف فذهب الزوجه الى ذلك المكان لا يوجب النشوز و لا يضر ذلك بصحة العقد فان المعلق عليه حاصل جزماً اعنى التزام المشروط عليه و كذلك إذا كان الشرط فاسداً فان تعليق العقد بالوفاء بالشرط الفاسد من هذا القبيل أى الشرط حاصل و هو الالتزام بالوفاء بالحرام غاية الأمر لم يمضه الشارع و من هنا نقول ان الشرط الفاسد لا يفسد

العقد كما سيأتى فى باب الشروط.

نعم مع عدم الالتزام فى جميع الصور المتقدمه من الأول لم يبطل العقد من الأول لأن ما أنشأه البائع لم يقبله المشتري و ما قبله المشتري لم ينشئه البائع كما لا يخفى.

ثم انك عرفت من جميع ما تقدم فى معنى الخيار ان معناه ليس الا تحديد الملكيه المنشئه بزمانين و معنى التحديد ان البائع مثلا يعتبر ملكيه داره لزيد إلى الأبد من حيث الزمان و يلزم بذلك على وجه الإطلاق و لم يقيد أصل التزامه بشيء فإن الإطلاق و التقييد فى أصل الالتزام غير معقول و لكن يقيد ذلك بحسب الطوارى و الكيفيات من حيث الزمانيات و نتيجه ذلك ان المشتري له التصرف فى المبيع بأى كيفيه يريد حتى بالأعدام و نحوه فان له ذلك على وجه الإطلاق و لكنه ملكيته و سلطنته اعنى الواجديه هى محدوده بحد خاص و هو عدم الفسخ فإذا فسخ ترتفع هذه السلطنه و ما يجوز له من التصرفات و تنقطع سلطنته عن العين و نظير ذلك كثير فى العرف فإنه يكون شخص سلطانا إلى سنه كما هو كذلك فى الرئاسه الجمهوريه و لكن تصرفاته فى الاملاك مطلقه فله ان يتصرف فى زمان سلطنته تصرفا مطلقه و تصرف خمسين سنه بأن يوجر أرضا إلى خمسين سنه و هكذا و كذلك المتصرفين المنصوبين فى البلاد من قبل الملك فان سلطنتهم و ان كانت مقيده بأمد خاص و لكن تصرفاتهم مطلقه و لذا تنفذ أمورهم بعد انزالهم أيضا كالطرق و الشوارع و كذلك رئيس الوزراء و نحوهم و كك الأمر فى كل معامله خياريه فان معناه تحديد المنشأ فيكون نفس السلطنه خاصه و لكن نفوذ التصرف بجميع أنحاء مطلقا.

و الحاصل ان أصل الالتزام و ان كان غير قابل للإطلاق و التقييد

فإنه كالإنشاء إما يوجد أولاً و إنما الإطلاق و التقييد باعتبار المتعلق و لكن تقييد استمراره باعتبار متعلقه شيء ممكن بأن يقيد الوقوف عليه و استمراره بشرط و عليه فلا مانع من تحديد الالتزام البيعى بحسب- الاستمرار بالالتزام الشرطى فتكون النتيجة من المجموع كون الملكيه مقيده بحد خاص كما هو واضح.

ثم انه كما يوجب الفسخ انقطاع سلطنه المشتري عن العين بالكلية و كذلك التلف فإنه إذا تلف مال احد تنقطع سلطنته عن العين و عن ماليتها بالكلية إلا إذا كان التلف مستندا الى شخص يكون إتلافه موجبا للضمان فإنه ح تكون سلطنته باقيه فى المالىه فإن ذمه المتلف تكون مشغوله بذلك و اما إذا لم يكن مستند الى شخص فتكون سلطنه المالك منقطعه عن العين و عن ماليتها بالمره كما كان تنقطع بالفسخ فإذا تلف المبيع عند المشتري فى غير زمان الخيار فتكون سلطنته منقطعه عنه.

و لكن مع ذلك هنا فرق بين التلف و بين الفسخ و ان كانا مشتركين فى أصل انقطاع سلطنه المالك عن العين فإنه فى صوره التلف فالمعاقده باقيه على حالها بحيث ان المتبايعين و كذلك العرف و العقلاء يعتبرون ملكيه العين التالفه للمشتري فى هذا الزمان أيضا قبل التلف فيعتبرون ان المشتري كان مالكا قبل التلف بخلافه فى الفسخ فإنه بالفسخ تنفسخ المعامله من الأول و لذا لو ادعى البائع ملكيه المبيع و ضمان المشتري عليه بالمثل بحيث ان يرد ثمنه و يأخذ مثل ماله فيقول المشتري كان التلف فى ملكى و انا كنت مالكا بالعين قبل التلف بالمعاقده التى تبقى و المقام شبيه بالحجه حيث ان الفاعل إذا اتى بعمل مستندا الى حجه شرعيه ففى أى وقت سئل عن وجه إتيانه فيقول كانت الحجه عندى فلو قيل: أعد

فيقول الحجج تقتضى عدم الإعادة و كذلك بعد الوقت ففي كل وقت يدعى بقاء الحجج و استناد عمله اليه و كذلك في المقام فإن المشتري في كل وقت يدعى كون التلف في ملكه و عدم الضمان لبدل المبيع لبقاء المعاقده معه فيقول أنا لست ضامنا بمثله أو قيمته فاني عاملت عليه و يدعى في كل وقت بقاء المعاقده و استناد عدم الضمان على مثله أو قيمته إلى المعاقده و من هنا تجوز الإقاله بعد التلف فح يرجع البائع إلى مثل العين أو قيمته و يرد الثمن إلى المشتري ان كانت عينه باقيه و الا فمثله أو قيمته.

فحال الفسخ و رفع الملكيه و قطعها عن العين حال الإقاله بعد تلف العين فمع الفسخ أيضا ان كانت العين باقيه فترد إلى البائع و الا فيرد المثل ان كان له الخيار حتى بعد تلف العين و من هنا ظهر أنه لا وجه لقياس الفسخ و انقطاع السلطنه به بالتلف و انقطاع السلطنه به من جميع الجهات بل القياس في انقطاع السلطنه بهما فقط ليس الا فافهم.

إذا عرفت ذلك كله فاعلم أن الميزان الكلي و الضابطه الكليه في جعل الخيار في العقود و الإيقاعات هو أن لا يلزم من جعله ما ينافي مفهوم العقد بأن ينافي التحديد مفهوم نفس العقد أو الإيقاع كما إذا طلق مع جعل الخيار لنفسه أو إبراء ذمه المديون موقتا أو أعتقه كذلك فان المتبادر من مفهومها هو الأبدية و التوقيت ينافيها فمعنى الإبراء إفراغ الذمه إلى الأبد و التوقيت إمهال لا إبراء و معنى الطلاق الإرسال و الإطلاق و التوقيت ينافيه و كذلك العتق.

أو كان هنا إطلاق أو عموم يقتضى صحه العقد الذي يجعل فيه



الخيار ففي البيع و نحوه من المعاملات مقتضى أَوْفُوا بِالْعُقُودِ و سائر الأدله هو صحه المعامله التى جعل فيه الخيار فيكون شمولها عليها بهذا المقدار و أما بعد الفسخ فلا فتكون المعامله المنشئه بقيد أى المنشئ المحدود بحد مشمولاً لأدله لزوم المعامله فالزائد عن ذلك يكون خارجاً عن حدود الأدله الداله على اللزوم من الأوّل.

و أما فى مثل النكاح فليس هنا إطلاق أو عموم تقتضى صحه عقد النكاح المقيد بوقت و المحدود بحدّ بعد ما كان ممكناً ثبوتاً مع العلم من الخارج بان عقد النكاح لا بد اما و ان يكون دائماً أو مؤقتاً و لكن إلى أجل معلوم اى مسمى كما فى بعض الروايات و فى قراءه ابن عباس.

و عليه فجعل الخيار فى عقد النكاح لا يدل دليل على صحه هذا القسم من النكاح اى المحدود بحد خاص لو لم يكن من الخارج يدل على كونه منحصرًا بقسمين لكانت العمومات الداله على لزوم مطلق العقد محكمه و لكن قد عرفت جوابه.

ثم انك عرفت عدم جواز جعل الخيار فى النكاح بل الخيار فيه منحصرًا بالأسباب الخاصه و قد عرفت عدم جريانه فى الإيقاعات المذكوره من الطلاق و العقد و الإبراء و عرفت أيضاً ان جريانه فى الوقف مبنى على اعتبار التأييد فى الوقف و عدمه فإنه بناء على الأول لا يجرى فيه الخيار لكونه منافياً لمفهوم الوقف كما عرفت فى الطلاق و العتق و الإبراء و هذا هو المشهور بين الفقهاء و هذا هو الظاهر من الروايه التى ذكرها المصنف هنا من انه وقف الواقف شيئاً و اشترط عوده الى ملكه مع الاحتياج فحكم الامام (عليه السلام) بعوده ميراثاً و بطلان الوقف بل هو الظاهر من غير واحد من الروايات المذكوره فى باب الوقف بل فى بعضها ذكر

الامام(عليه السلام)انه وقف الى ان يرث الله الأرض و من عليها.

و اما الصدقه فالظاهر عدم جريان الخيار فيه فإنها لله فما كان لله لا يرجع بل هو كك في اعتبار العرف أيضا فإنه لا يجوز العرف جواز رجوع المصدق إلى الصدقه بعد مده فهي نظير الوقف بناء على اعتبار التأييد فيه بل قسم من الوقف و على الجملة فالصدقه حيث كانت امرا قريبا فلا ترد و اما الوصيه سواء كانت إيقاعا أو عقدا فان كان قبل الموت فهو جائز بطبعه فلا يدخل فيه الخيار بل كلما أراد الفسخ يفسخ و ان كان بعد الموت فهو لازم فيجوز فيه جعل الخيار إذ لا نرى فيه ما ينافى مفهوم الإيصاء و انه موافق لما دل بإطلاقه على صحه الوصيه و لكن في جعل الخيار فيها استبعادا محضا و ذلك فان مقتضى جعل الخيار فيه انه بالفسخ من المورث أو من له الخيار ان المال يرجع الى ملك الميت فإنه الذى إنشاء العقد و جعل فيه الخيار و كان المال فى ملكه ثم بتوسط الميت ينتقل إلى الورثه فان فى هذا استبعادا محضا بأنه كيف يملك الميت بعد موته و لكنه مجرد استبعاد فلا محذور فيه.

و اما الهبه المعوضه التى لا تكون لذى رحم أو على وجه قريبي أو من الزوج للزوجه فلا شبهه فى جعل الخيار فيه فإنه من العقود التى لا محذور فيها لجعل الخيار بوجه كما لا يخفى فافهم.

و الحاصل انك قد عرفت ان معنى جعل الخيار فى العقد هو جعل المنشأ مقيدا بقيد خاص و بحد خاص فيكون مفاد العقد هى الملكيه المحدوده بعدم الفسخ ثم انك قد عرفت أيضا ان معنى جعل الشرط فى العقد هو كون البيع اى الملتزم به معلقا بذلك الالتزام الشرطى بحيث انه لو لا ذلك الالتزام الشرطى المعلق عليه لما باع البائع ما له

أصلاً و قلنا ان التعليق فى أمثال ذلك لا- يضر فإنه إنما يضر ان كان لأمر مشكوك الحصول لا لأمر منجز كما لا يخفى و لا يفرق فى ذلك أى صحه العقد المعلق على الالتزام الشرطى بين كون الشرط فاسدا كسرب الخمر و نحوه و بين كونه سائغا فإن ما علق عليه العقد و هو الالتزام قد حصل تكويننا و ان لم يمضه الشارع كما لا يخفى فافهم.

ثم انك قد عرفت ان العقد إذا توقف على شىء بحيث قد حصل مقيدا بذلك الشرط و الالتزام كان المنشأ محدودا بحد خاص و بقيد خاص بحيث ان المنشأ قد أنشأ هكذا فيكون المشمول لعموم أوفوا بالعقود و سائر أدله اللزوم هذه الحصه الخاصه من المنشأ المحدود و لا شبهه انه مع تخلف هذا الشرط فللمشروط له خيار تخلف الشرط فيكون هنا التزام آخر من المشتري على انه إذا خالف الشرط فيكون للمشروط له خيار تخلف الشرط فيما إذا كان مرجع الشرط الى الخيار كما ذكرناه سابقا و يكون ذلك فى العقود التى يجرى فيه الخيار فافهم فيكون دليل الوفاء شاملا للعقد المقيد و المحدود بالتزامين و العقد بجميع هذه الشؤون يكون مشمولا له.

و الحاصل إذا كان البيع مثلا معلقا على شرط كالخياطه و نحوها و التزم المشتري بالوفاء بها فيكون البيع مقيدا بهذا الشرط بحيث يكون المنشأ محدودا بذلك فيكون مشمولا لما دل على اللزوم على هذا النحو الخاص ثم ان معنى جعل الشرط فى العقد هو كون المشروط له مخيرا فى حل ذلك العقد على تقدير مخالفه المشروط عليه بالشرط و عليه فالعقد معلق على التزامين أحدهما التزام المشتري بالشرط و الثانى التزامه بأن للمشتري حل العقد على تقدير مخالفته و حينئذ فيكون المنشأ

مقيدا و محدودا بكلام الالتزامين و معلقا عليهما و يكون العقد المقيد و المحدود بهما مشمولاً لا وفوا بالعقود و سائر أدله اللزوم و عليه فلا- مجال لتوهم ان حل العقد على تقدير تخلف الشرط مناف لأوفوا بالعقود بل هو مأخوذ فيه فان أوفوا يشمل العقود بجميع شؤونها كما هو واضح و مع تخلف الشرط ينتفى المشروط اعنى اللزوم فثبت للمشروط له خيار تخلف الشرط و هذا معنى ما ذكر من أنه ينتفى المشروط مع تخلف الشرط كما هو واضح فان من التزم بالبيع التزمه على تقدير و لا شبهه فى عدم جواز قبوله بدون ذلك التقدير بدهاه تفاوت قيمه المبيع مع الخيار و بدونه فإذا كانت قيمه المبيع خمسين بلا شرط و باعه عشرين مع الشرط فلو لم يكن للشرط دخل فى نقصان الثمن لم يقدم بهذه المعامله إلا السفیه كما هو واضح هذا فاغتنم.

### **ثم انه وقع الخلاف فى جريان الخيار و عدمه فى بعض العقود**

و قد عرفت عدم جريانه فى النكاح و ما عن السيد فى العروه انه لا- يجرى فى النكاح للإجماع فى غير محله بل لا يجرى لما ذكرناه و قد عرفت أيضا عدم جريانه فى الوقف أيضا بناء على اعتبار التأييد فيه كما هو الظاهر من الروايه التى ذكرها المصنف فى المقام و من بقيه الروايات الداله على كون الموقوف وقفا الى ان يرث الله الأرض و من عليها و عليه فيكون جعل الخيار فى الوقف منافيا لمفهومه.

### **و اما الصدقه**

فلا- يجرى الخيار فيه أيضا لأنه كالوقف فى اعتبار التأييد فيها و انها وقعت لله و ما كان لله لا يرجع كما ذكر المصنف بل فى بعض الروايات ان أخذ الصدقه هو الله تعالى فإذا كان الطرف هو الله فكيف ترجع الصدقه و ربما يتوهم كما توهم بعض المحشين من ان ما

ذكره المصنف هنا من كون الصدقه لله تعالى و ما كان لله لا يرجع مناف لما ذكره فى الوقف من الإشكال فى الكبرى فى عدم اعتبار القربه ان عدم الدليل على ذلك و لكن قد ظهر جوابه مما ذكرناه و بيانه ان الروايات الكثيره قد دلت على اعتبار القربه فى الصدقه و كونها على وجه قربى و معنى اعتبار القربه هنا ان طرف الصدقه هو الله و الآخذ هو كما فى بعض الروايات فكأن المصدق يعطى الصدقه لله تعالى و ما أخذه الله تبارك و تعالى لا يرجع.

و هذا غير كون الفعل قريبا اى مأتيا به على وجه قربى لا- جل ابتغاء الثواب و هذا لا ينافى جواز حل ذلك العقد و إرجاع ما اعطى على وجه قربى و لو قلنا بكون المعامله مستحبه بذاتها و ان أنكرنا ذلك فى المكاسب المحرمه و قلنا ان الاستحباب من جهه الفعل فلا يكون ذلك موجبا للزوم البيع كما هو واضح هنا لو باع احد داره من عالم أو سيد قربه الى الله تعالى و قصد فى معاملته التقرب بها الى الله تعالى فهل يتوهم احد ان ذلك مانع عن جريان خيار المجلس فى ذلك فالكبرى الذى تسلمها المصنف هنا غير الكبرى الذى منعها فى الوقف فان الآخذ هنا هو الله فلا معنى لإرجاع ما أخذه بل هذا كك فى العرف أيضا فإن من اعطى شيئا للسلطان ليس له ان يدق بابه بعد مده و يطلب ذلك بل يعد العقلاء من المجانين لو فعل ذلك و على تقدير تسليم اعتبار القربه فى الوقف فهو من القبيل الثانى دون الأول و عليه فلا مانع من جعل الخيار فى الوقف مع قطع النظر عن كون التأييد فيه مانعا عن جريان الخيار فيه على انا قد استشكلنا فى اعتبار القربه فى الوقف تبعا للمصنف و قلنا انه لا دليل عليه كما عرفت.

## و اما الصلح

فان كان لقطع الخصومه فلا- بأس لجعل الخيار فيه فان مرجع جعل الخيار فيه هو تقييد المنشأ و تحديده بعدم الفسخ و من الواضح انه لا بأس لقطع الخصومه إلى زمان خاص و لو صرح احد المتخاصمين أو كليهما بذلك فهل فيه محذور.

و ان كان الصلح لإسقاط الدعوى فيكون ذلك مثل الإبراء فلان لكل شخص ان يدعى على أخيه المسلم و غيره من حقه و يحضره عند الحاكم للمحاكمه و له حق الإحضار عنده و ليس للمدعى عليه الإبراء عن ذلك بوجه فإذا أسقط حقه هذا بالمصالحه فيكون ذلك مثل الإبراء و عليه فيكون جعل الخيار فيه منافيا لمقتضى الصلح كما هو واضح فان معنى الاسقاط هو عدم بقاء حق للمدعى على المدعى عليه فيما ادعاه و انه سقط إلا إذا ادعى حقا آخر غير الساقط و الشيء بعد سقوطه لا يرجع الى حالته الأوليه و الحاصل معنى السقوط و الإبراء هو فراغ ذمه من عليه الحق من الحق إلى الأبد فاشترط التوقيت في ذلك مناف لذلك فلا يكون إسقاطا و إبراء كما لا يخفى.

## و اما الضمان

و هو عند الخاصه عباره عن انتقال الدين من ذمه المديون إلى ذمه الضامن فيكون ذمه المديون بريئا و يكون ذلك أيضا مثل الإبراء كما هو واضح.

## و اما الرهن

فقد يقال بكون جعل الخيار فيه منافيا لمقتضى الرهنه فإن الرهن وثيقه و كون المرتهن على اطمينان من دينه فجعل الخيار فيه ينافى الاطمئنان.

و فيه ان الرهن و ان كان وثيقه الا انه وثيقه للدين و معنى كونه وثيقه للدين هو وصله به اي ان الرهن متصل به و لذا يقال وثيقه للدين

ای مشدود به فيحل عند أداء الدين و أخذ الوثيقه بمعنى الاطمئنان لسهول بل الاطمئنان من لوازم الوثيقه و الا فمعنى الوثاقه فى اللغه هو الشد و منه قوله تعالى فَشُدُّوا الْوُثَاقَ فَإِمَّا مَنَّا بَعْدُ وَإِمَّا فِدَاءً اى شدوا وصالكم و عهدكم و من هنا يقال للشخص الذى أمين أنه موثق اى انه لا- تجر فى اخبار و لا ترد بل خبره متصل باعتقاده و ليس كاذبا فيه و لذا يطلق الاعتقاد على وثاقه القلب بشىء و يقال اعتقد عليه و ليس له تردد ليقدم رجلا و يؤخر أخرى كما هو واضح و عليه فلا مانع فى جعل الخيار فى الرهن فيه أيضا إذ لا تنافى فيه بمقتضى الرهن أصلا فإنه مع جعل الخيار فيه أيضا فالرهن متصل بالدين و بعد الفسخ يبقى الدين كحال لا رهن فيه فلا مانع فى ذلك مع اقدام المرتهن عليه بنفسه.

و كيف كان فالضابط الكلى فى جعل الخيار فى عقد أو إيقاع هو عدم منافاه الخيار بمفهوم العقد و عدم كونه مخالفا لعموم دليل ذلك العقد أو إطلاقه كما عرفت فى النكاح بل و كونه موافقا للعموم أو الإطلاق الدال على صحه هذا العقد كما عرفت.

### **ثم انه ذكر المصنف عدم جريان الخيار فى المعاطاه**

بدعوى ان المعاطاه إنما هى بالتراضى الفعلى و من الواضح ان الشرط الذكري لا يرتبط بالتراضى الفعلى و هو واضح.

و لكن يرد عليه ان التراضى أمر قلبى و انما يحصل فى أفق النفس و يحصل ارتباط كل من الشرط و المشروط فى ذلك الصقع و انما المبرز مختلف و مع اختلاف يبرز شيئا واحدا فعدم ارتباط اجزاء المرز بعضها ببعض لا يستلزم عدم ارتباط بعض اجزاء المبرز بعضه ببعض و على الجملة فالبيع مثلا عباره عن إظهار ما فى النفس من الاعتبار بأى مبرز كان فكما

لا يفرق في كون أصل ميرزا المعبر النفساني بين اى ميرز و كذلك لا يفرق بين ما كان ميرز أصل الاعتبار النفساني فعلا و بين ما كان ميرز ما يعتبر في أصل المعبر النفساني من الشروط قولاً كما هو واضح.

فما ذكره المصنف من عدم ربط الشرط القولى بالمراضه الفعلية لا يمكن المساعدة عليه فإنك قد عرفت ان المناط في ارتباط الشرط بالمشروط هو في عالم الاعتبار و اما في عالم الإبراز فلا يلزم ربط جميع اجزاء المبرز بعضه ببعض و هذا واضح جدا كما لا يخفى فافهم.

(في خيار الغبن) قوله

## الرابع خيار الغبن:

### اشاره

أقول: من جمله الخيارات الثابته في المعاملات خيار الغبن و هو بمعنى الخديعه، و لكن تحقق خيار الغبن في البيع و نحوه لا يتوقف على صدق الخديعه بل يجرى ذلك في بعض الموارد مع عدم تحقق الخديعه كما إذا كان البائع و المشتري كلاهما جاهلين بالغبن اى التفاوت.

ثم انه انما يلاحظ الغبن بالنسبه الى جميع القيود و الشرائط التي اعتبرت في العقد فإنه لا شبهه ان قيمه المبيع تختلف باعتبار الطوارئ و العوارض و القيود و الشروط و قد يكون ثمن شىء خمسين دينار و يكون مع الشرط ثلثين ديناراً فهذا التفاوت لا يكون غبناً و خديعه بدهاه تفاوت قيمه بالخيار و عدمه نعم يلاحظ النقصان و الزيادة بالنسبه إلى مجموع المبيع و الشروط و القيود و هو واضح.

**ثم انه قد اعتبر الفقهاء رضوان الله عليهم شرطين في تحقق الغبن**

**الأول: ان يكون المشتري جاهلاً بالقيمه السوقيه و اشترى المبيع بأكثر**

ما يسوى في السوق

و اما علم البائع فإنها هو شرط في تحقق الخديعه

ص: ٢٨٩



والا- فالغبن يتحقق بجهل المتبايعين أيضا ثم انه قد يكون الغبن فى الثمن فيشترط فيه جهل البائع بقيمه الثمن إذا كان من غير النقد و هذا نادر و الغالب هو الأول.

### **الشرط الثانى: ان يكون ما أخذه الغابن ما زياده القيمه بما**

يتسامح

كأن كانت قيمه العين خمسين دينارا فباعها من المشتري بمائه دينار فإنه لا شبهه فى تحقق الغبن هنا فإن الزيادة ح ليس بما يتسامح و اما إذا كان الإقدام بالزيادة بعلم من المتبايعين معا أو كانت الزيادة بما يتسامح بأن باع ما يسوى بخمسين دينارا بأحد و خمسين دينار فإنه لا- خيار للمشتري إذ لا يتحقق الغبن بزياده الدينار فيما يسوى بخمسين فى السوق و لعل هذا المقدم من التفاوت كان من جهه التفاوت فى الأسواق فإن قل متاع يكون قيمته فى جميع الأسواق و فى جميع الدكاكين واحده بل المتاع واحد تختلف قيمه بحسب الدكاكين و الأسواق مع كون المتاع واحد فى جميع الخصوصيات من حيث الجوده و نحوها كما لا يخفى، و نتعرض لوجه هذين الشرطين قريبا.

**فى أدله التى يذكر فى إثبات هذا الخيار و نفيه**

### **اشاره**

ثم انه لا- شبهه فى ثبوت هذا الخيار فى الجمله بل ادعى بعضهم الإجماع عليه، و لكن أنكر المحقق هذا الخيار لعدم كونه منصوبا

### **وقد**

استدل العلامة فى التذكرة على ثبوت هذا الخيار بقوله تعالى **إِلَّا أَنْ تَكُونَ تِجَارَةً عَنْ تَرَاضٍ**

بدعوى ان المعامله الغبنه ليست تجاره عن تراض إذا علم المغبون بالحال لم يرض بها أصلا و حيث ان ما كان مفقودا اعنى التساوى فى المالىه انما هو وصف من أوصاف المبيع الذى هو قيد له و ليس من الأركان ففقده انه لا يوجب البطلان بل يوجب الخيار كما هو واضح.

وقد ناقش المصنف في ذلك صغرى و كبرى أما الصغرى فلان كون العوضين متساويين في المالىه ليس الا من قبيل الدّاعى و لا شبهه ان تخلف الدّاعى لا يوجب الخيار.

ثمّ ناقش في الكبرى بأنّه لو سلّمنا أن أخذ ذلك في المبيع على وجه التقييد و لكن تخلفه لا- يوجب الخيار فإنّه ليس من الأوصاف المذكوره في ضمن العقد فلا يوجب تخلفه الخيار بوجه أصلا.

أما الأول فيرد عليه أن تخلف الدّاعى و ان كان لا يوجب الخيار أصلا كما إذا اشترى متاعا بداعى الضّيفه فلم يفعل الضّيفه فإن تخلفه لا يوجب الخيار أصلا لكون الدواعى كلها غريبه عن العقد فتخلفها لا يستتبع شيئا، و لكن المقام ليس كك إذ الدواعى هي تصور الغايات ليعتد إلى إيجاد العمل في الخارج و لا- يعقل ان يكون ذلك قيّدا في العمل الموجود في الخيار و هذا بخلاف المقام فان البناء على تساوى العوضين في المالىه مأخوذ في العقد أخذ وصفا ضمّنيا في العقد فيكون على وجه التقييد فإنّ تعين بين آدم موقوف على تبادل الأموال و بناء المتعاقدين على تساوى العوضين في المالىه فينط التبادل بالتساوى و حيث كان هذا البناء نوعيا بحسب العرف و العاده جرى نفس اجراء العقد بين العوضين مجرى اشتراط تساويهما في المالىه فلا يكون ذلك الا كالشرط المذكور صريحا و كيف يكون من قبيل الدواعى.

و اما ما ذكره من المناقشه في الكبرى من ان الشرط إذا لم يذكر في متن العقد فلا يكون تخلفه موجبا للخيار ففيه ان عدم الذكر انما يوجب عدم الخيار مع التخلف إذا لم يكن في حكم الذكر و اما إذا كان مأخوذا فيه ضمّنا و بالدلاله الالتزاميه فلا شبهه في انه بمنزله أخذه في العقد

و بعبارة اخرى ان الشروط ابتدائية و ان لم تكن واجبه الوفاء و لا يكون تخلفها موجبا للخيار و لكن إذا قامت قرينه على اعتبار وصف فى المبيع و ان لم يكن مذكورا فى متن العقد فيكون ذلك مثل المذكور و من الواضح ان بناء العرف و العقلاء و ارتكازاتهم على اعتبار تساوى المالىة فى تبادل العوضين و هذا بمنزلة الصغرى و حيث ان ذلك من المقومات للعقد و من أركانه كما إذا باع عبد فطهر حرا أو باع ذهبا فظهر مذهبا فيكون تخلفه موجبا للخيار و هذا بمنزلة الكبرى فقد ثبت ان تخلف الشروط الضمنية موجب للخيار و من ذلك تساوى العوضين فى المالىة.

و قد ثبت فى بعض الموارد ان تخلف الشرط الضمنى الذى اعتبر فى العقد بحسب الارتكاز و بالقرائن الحالىة يوجب بالخيار منها اعتبار نقد البلد فلو باع و اعطى المشتري غير نقد البلد ثبت للبائع خيار تخلف الشرط الضمنى. و منها اعتبار التسليم فلو لم يسلم المشتري إلا فى وقت يشاء نفسه فلم يشك احد ثبوت الخيار للبائع و ليس للمشتري ان يقول ان العقد لازم لدليل الوفاء به و نعطى الثمن فى أى وقت نريد و نظائر ذلك كثيره فى الفقه و قد اعترف المصنف به أيضا و على هذا فما ذكره العلامة فى غايه الجوده و المتانه مع قطع النظر عن الآيه أيضا.

و الحاصل ان مقتضى بناء العقلاء و ارتكازاتهم هو تساوى المالىة فى العوضين بحسب العاده و لو كان التفاوت فى ذلك لا بد و ان يكون مما يتسامح و يكون اعتبار التساوى فى المالىة مشروطا فى ضمن العقد و منوطا به و هذا مما لا شبهه فيه بحسب الصغرى و اما الكبرى فهو ثبوت الخيار مع تخلف الشرط الضمنى و الذى يكون دليلا على ثبوت خيار

الغبن هذا ليس الا كما لا يخفى.

## و قد استدل على مشروعيه خيار الغبن و ثبوته بأيه النهى عن الكل

المال بالباطل بوجهين

### الأول: ما ذكره المصنف

و حاصله ان المعامله التى وقع فيها غبن قد لا- يلحق بها العلم بالتبين و لم يظهر الغبن فيها بعد و قد تبين الغبن فيها و هو على قسمين لانه قد يكون التبين قبل الرضا بالعقد و قد يكون التبين فيها بعد الرضا بالعقد: اما إذا كان راضيا بالمعامله بعد تبين الغبن فلا شبهه فى صحه المعامله ح فإنه لا يكون فيها ما يمنع عن صحته و لا يكون أكلا للمال بالباطل لأنه تجاره عن تراض و اما إذا كان التبين قبل الرضا بالعقد فتكون المعامله أكلا للمال بالباطل إذا المشتري لم يرض بذلك فيكون أكلا للمال بالباطل و اما إذا كان قبل تبين الخدع فى المعامله فذكره ان مقتضى الآيه و إن كان حرمة الأكل حتى قبل التبين الا انه خرج بالإجماع و بقى ما بعد اطلاع المغبون و رده للمعامله.

أقول يرد عليه أولا- ان مقتضى التمسك بالآيه فى المقام هو بطلان العقد و انفساخه بمجرد ظهور الغبن فيه من غير ان يثبت للمغبون خيار الفسخ فإنه بمجرد ظهور الغبن فيها قبل الرضا بذلك يشمل عليه قوله تعالى لا تَأْكُلُوا أَمْوَالَكُمْ بَيْنَكُمْ بِالْبَاطِلِ فيحكم ببطلانه لأن أكل المال بالباطل حرام وضعا و تكليفا و لا يحتاج بطلانه الى الفسخ مع ان الفقهاء رضوان الله عليهم ذكروا ان المغبون بعد ظهور الغبن فى المعامله مخير بين الفسخ و الإمضاء.

و ثانيا: انه لا- وجه لإخراج ما قبل تبين الخدع عن الآيه بالإجماع بحيث انه لو لا الإجماع كانت الآيه شامله له و لكن الإجماع أوجب-

ص: ٢٩٣

التخصيص و ذلك إذ بعد شمول الآيه بالمعامله و حكمها بكونها أكلا للمال بالباطل و حراما وضعا و تكليفا لا معنى للتخصيص فهل يتوهم احد ان أكل المال بالباطل حرام الا فى المورد الفلانى فإنه مع كونه أكلا للمال بالباطل جائز و هذا لم يلتزم به فقيه.

و ثالثا: انه لا يفرق فى شمول الآيه و حكمها بالبطلان بين ظهور الغبن و عدمه مع عدم الرضا بالمعامله الغبنه اى على كل تقدير فإن الآيه إنما فصلت بين الأسباب الصحيحه و الأسباب الباطله و نهى عن المعامله بالأسباب الباطله و فصل بينهما كما مر مرارا و تكون الآيه ناظره إلى أسباب المعاملات، و عليه فلا يفرق فيه بين تبين الغبن قبل الرضا أو بعده ففى جميع الصور الثلثه يحكم بصحة المعامله لكون سببها تجاره عن تراض كما هو واضح. و من هنا ظهر انه لا معارضه بين حرمه الأكل بالباطل و بين تجاره عن تراض.

### الوجه الثانى: ما ذكره شيخنا الأستاذ

بأن الرضا الحاصل من المتعاملين بالمعامله حين إيجادها انما هو الرضا بمعنى الاسم المصدرى الذى له بقاء فيكون رضى موجودا حدوثا و بقاء فما لم تبين الغبن تكون المعامله تجاره عن تراض و مشموله للمستثنى اعنى قوله تعالى إِلَّا أَنْ تَكُونَ تِجَارَةً، من غير ان نحتاج فى تصحيح ذلك الى الإجماع ليكون ذلك تخصيصا و بعد ظهور الغبن مع عدم رضى المغبون بالعقد يكون مشمولا للمستثنى منه فيحكم بالبطلان و هذا معنى ثبوت الخيار للمغبون.

و فيه انه يرد عليه ما أوردناه أولا على المصنف من ان لازم ذلك بطلان العقد نفسه من غير ان يحتاج الى الفسخ أصلا كما لا يخفى مع ان الفقهاء لم يلتزموا بذلك.

و ثانياً: ان المراد من التجاره هو المعنى المصدر الذى وجود حدوثا دون المعنى الاسم المصدرى الذى له بقاء و الا فلازم ذلك ان يكون له الفسخ فيما إذا ترقى قيمه السوقيه فإن البائع ليس براض يكون العين للمشتري بعد ما ترقى قيمه كما إذا باعها بدينار ثم صارت بدينارين.

### و قد استدل على ثبوت هذا الخيار أيضا بالنبوى الدال على ثبوت

خيار الغبن للبائع

فيما اشترى فى تلقى الركبان و ليس ذلك الا من جهه الغبن و لا يفرق فى ذلك بين الموارد أصلا فورود الروايه هنا لا يدل على الاختصاص بعد القطع بان الخيار للغبن و ان المكارى صار و مغبونين لعلم المتلقين بالسعر و عدم علم المكارين به.

و لكن يرد عليه انه لم يثبت هذا الحديث و لم يذكر فى الكتب المودعه للروايه و انما هو مذكور من طرف العامه فلا يعلم كونه روايه أصلا و عليه فلا يجبر ضعفه بالشهره لو قلنا بانجبار ضعف الخبر بالشهره كما لا يخفى.

### و قد استدل أيضا بقوله (صلى الله عليه و آله) لا ضرر و لإضرار فى الإسلام

بل ذكر المصنف ان أقوى ما يستدل به على ثبوت هذا الخيار حديث لا ضرر و لا ضرار فى الإسلام بدعوى ان لزوم هذه المعامله و عدم تسلط المغبون على الفسخ ضرر عليه و إضرار به فيكون منقيا لان الشارع لم يحكم بحكم ضررى أصلا و لم يسوغ إضرار بعض المسلمين ببعض.

و لكن أشكل عليه بوجهين الأول: عن صاحب الكفايه بأن غايه ما استدل عليه الروايه هو رفع اللزوم و اما ثبوت الخيار بحيث يكون للمغبون حق ثابت فى العقد فلا فلما لا يكون الجواز هنا جواز حكما نظير الجواز

فى الهبه و اما ثبوت الحق له بحيث يكون له حق الإسقاط أو انتقاله إلى الورثه بعد الموت و نحو ذلك فلا يستفاد من الروايه و الحاصل ان دليل نفى الضرر ناظر الى رفع اللزوم الذى نشأ منه الضرر منه و اما إثبات حق يترتب عليه حكمه فلا يتكلفه دليل نفى الضرر كما هو واضح و يكون الثابت خصوص الجواز الحكمى فقط نظير الجواز فى الهبه فلا يكون للمغبون حق الاسقاط و حق المصالحه عليه و لا ينتقل الى الوارث.

و فيه انك قد عرفت مرارا انه لا فرق بين الجواز الحكمى و الجواز الحقى بل هما من جنس واحد و حقيقه واحده و قد جعلها الشارع لأحد المتعاقدين أو كليهما فى موارد خاصه غايه الأمر قد اعطى السلطنه فى بعض الأحيان لأحدهما بحيث ترتب عليه جميع آثار الحق الأدمى من الانتقال و النقل بأى نحو كان و لم يترتب عليه ذلك فى بعض الموارد كما فى الهبه، حيث انه ليس للواهب غير حق الرجوع الى المتهب.

و عليه فان دليل نفى الضرر انما رفع اللزوم الذى يلزم الضرر من قبله فيكون المرفوع من اللزوم مقدارا يرتفع به الضرر و ح فيكون الخيار فوريا عرفيا بحيث لو لم يعمل خياره من الفسخ و الإمضاء لمسقط خياره فيعلم من ذلك انه من الحقوق فيسقط بإسقاط ذى الخيار أيضا و دعوى ثبوت الجواز الذى يكون ثابتا إلى الأبد نظير الجواز فى الهبه يحتاج إلى العناية الزائده فلا دلالة فى دليل نفى الضرر عليه.

و إذا ثبت كون الجواز الثابت هنا مما يكون اختياره بيد المغبون فله ان يصالح عليه بالمال، و اما انتقاله إلى الورثه فلا يتكلفه دليل نفى الضرر بل لا بد من مقدمه خارجيه لأن عدم انتقال مقدار من مال الموارث إلى الورثه ليس ضررا عليهم بل يقل نفعهم بذلك فلا يشمله دليل نفى

الضرر فنقول انه ورد في بعض روايات الوصيه انه لا يجوز للمورث الإيضاء على المال بأزيد من الثلث لأنه إضرار للورثه فيعلم من ذلك ان الورثه وجود تنزيل للمورث و قائم مقامه فيكون الغبن على المورث غبنا على الورثه فيكون الخيار الثابت له بدليل نفي الضرر ثابتا للورثه أيضا كما هو واضح.

و أيضا يرد على صاحب الكفايه ثانيا: انه إلا شبهه في جواز المعامله إسقاط جميع الخيارات بأنه اقدام على المعامله على متاع على اى نحو كان في الواقع بحيث لو كان المبيع يسوى في الواقع بدينار و أقدم المشتري على شرائه بخمسين دينار على ان نحو كان في الواقع بحيث غرضه نفس هذا الشىء لا شبهه في صحه هذه المعامله و عدم ثبوت الخيار له بوجه و أوضح من ذلك لو أقدم على ذلك مع العلم بأنه لا يسوى في الواقع الا بدينار فإذا صح إسقاط الخيار في الحدوث صح إسقاطه بقاء بالأولويه كما هو واضح لا يخفى.

و قد أجاب عن ذلك شيخنا الأستاذ بجواب آخر و هو انه لو كان اعتبار التساوى بين الأموال من الشروط الضمنيه فلا استدلال بلا ضرر في محله لان مفاده ان الحكم الذى ينشأ منه الضرر مرفوع و الحكم بلزوم العقد مع عدم التزام المغبون بالغبن ضررى عليه لانه و ان جهل بالغبن و أقدم بما فيه الضرر الا انه حيث شرط التساوى فهو بالشرط يملك على المشروط عليه حقا فإذا تخلف الشرط يكون كسائر الشروط المتخلفه التى يوجب تخلفها أو تعذرها الخيار.

و اما لو كان اعتبار التساوى من الأمور البنائيه أو الدواعى التى لا إشاره فى العقد إليها بنحو من الأنحاء لا مطابقه و لا التزاما فلا وجه



للاستدلال بلا ضرر لإثبات الخيار فان الضرر لم ينشأ من حكم الشارع باللزوم بل انما نشأ من إقدام المشتري أو البائع بذلك و لو كان اقدمه عن جهل فإنه حيث تخيل التساوى بين المالين فأقدم عليه فلا يكون ما اقدمه عليه مشمولاً لدليل نفي الضرر فلو كان مجرد الجهل يكون اقدمه ضرورياً لحكم بعدم الضمان بدليل نفي الضرر فيما لو أقدم احد على إتلاف مال غيره جهلاً مع انه لا- شبهه في الضمان ح لأنه أقدم على إتلاف مال غيره فيكون ضامناً والحاصل ان مجرد الجهل لا يكون مانعاً عن كون الاقدام على الضرر عن ثبوت الضمان و سبباً لشمول دليل نفي الضرر عليه فهو واضح.

و الجواب عن ذلك اما عن نقضه بباب الضمانات فهو أجنبي عن المقام فان دليل نفي الضرر لا يشمل ذلك فإنه على خلاف الامتنان فان شموله له يوجب الضرر على المالك و قد ذكرنا في محله ان حديث لا ضرر لا يشمل الموارد التي على خلاف الامتنان كما ان بقيه أدله الرفع لا تشمل الموارد التي على خلاف الامتنان و هو واضح.

و على الجملة نفي الضرر عن المتلف لمال الغير غفله بحديث لا ضرر يوجب الضرر على المالك فيكون على خلاف الامتنان و قد حقق في محله انه لا يشمل موارد خلاف الامتنان.

و اما المقام و لو قلنا بعدم الشرط الضمني بكون القيمتين متساويتين و مع ذلك لا يوجب الاقدام على هذه المعاملة التي معاملته غيبه إقدامه على الضرر حتى لا يثبت له خيار الغبن و ذلك لان المشتري مثلاً إنما أقدم عليها باعتقاد ان قيمه العين متساوية مع الثمن و ان لم يكن التساوى في قيمه مأخوذاً في ضمن العقد و عليه فلو لم يكن العقد لازماً لم يتضرر

المغبون فيفسخ العقد و لكن حيث حكم الشارع بلزوم العقد فيأتى الضرر من قبل حكم الشارع باللزوم و يكون مرتفعا بدليل نفي الضرر كما هو واضح.

و على الجملة فحيث ان المغبون إنما أقدم على المعامله باعتقاد التساوى مع عدم تساوى القيمتين فى الواقع فالزامه على ذلك ضررى عليه فيكون مرفوعا بحديث لا ضرر.

ثم انه ناقش المصنف فى الحديث بأنه يمكن رفع الضرر من غير ثبوت الخيار بوجهين الأول: ان انتفاء اللزوم و ثبوت التزلزل فى العقد لا- يستلزم ثبوت الخيار للمغبون بين الرد و الإمضاء بكل الثمن إذ يحتمل ان يتخير بين إمضاء العقد بكل الثمن و رده فى المقدار الزائد غايه الأمر ثبوت الخيار للغابن لتبعض المال عليه و يكون ذلك مثل ما اختاره العلامة فى التذكرة و احتمله فى القواعد من انه إذا ظهر كذب البائع مرابحه فى اخباره برأس المال فبذل المقدار الزائد مع ربحه فلا خيار للمشتري فإن مرجع هذا الى تخيير البائع بين رد التفاوت و بين الالتزام بفسخ المشتري.

و يرد عليه انه لا وجه لكون المغبون مخيرا بين إمضاء العقد بكل الثمن و رده فى المقدار الزائد فإن الالتزام بالتقسيط انما يصح إذا أمكن الالتزام بالانحلال و يقال بكون البيع الواحد منحلا الى بيوع عديده كبيع ما لا يملك مع ما يملك كالشاه مع الخنزير و كبيع مال نفسه مع مال غيره فان فى أمثال ذلك يلتزم بصحة البيع فيما يملك أو فى المملوك و بطلانه فى ما لا يملك و غير المملوك غايه الأمر يثبت للمشتري خيار تبعض الصفقه لو كانت الهيئه الاجتماعيه دخيله فى المالىه و الا فلا يلزم محذور أصلا و الوجه فيه هو ان البيع و ان كان واحدا و لكنه بحسب الحقيقه بيوع

متعدده حسب تعدد المبيع و هذا واضح.

و اما فى المقام لا يمكن ذلك لعدم الانحلال هنا حتى يلتزم برد بعضه و إمضاء بعضه الآخر لان المبيع هنا واحد و البيع واحد و قد وقع البيع على المثلن بثمان خاص و هو دينارين مثلا و قد كان ثمنه فى الواقع دينارا واحدا فلو التزمنا بما ذكره المصنف و قلنا بجواز رد التفاوت للزم القول بامضاء الشارع غير ما أنشأه المتعاقدان فإن البائع أنشأ بيع ماله بدينارين فإمضاء الشارع ذلك بدينار واحد كما هو معنى رد التفاوت و إمضاء لما لم ينشأه البائع فلا يكون ما إمضاء منشئا و ما يكون منشئا ليس بممضى و كم فرق بين المقامين.

و اما ما ذكره من تنظير المقام ببيع المرابحه من انه مع كذب البائع من اخباره برأس المال بأن أخبر أنه دينار اخبار بربح نصف دينار فظهر انه كان نصف دينار فربح دينارا أيضا لا يرتبط بالمقام و ذلك فان فى المقام قد إنشاء البيع على مبيع جعل ثمنه دينارين فالالتزام بكونه دينارا التزام يكون ما إنشاء الشارع غير منشأ كما عرفت و ليس كذلك فى بيع المرابحه فإن المعامله قد جرى على المتاع بثمان اشتراه البائع واقعا مع ربح معلوم فظهر كذب البائع فى اخباره برأس المال و جواز رجوع المشتري الى التفاوت لا- يوجب الالتزام بكون الممضى غير المنشأ بل هو فى الحقيقه رجوع إلى الزائد من الثمن الذى أخذه البائع من المشتري.

و بعباره اخرى ان البيع فى بيع المرابحه انما وقع على الثمن الذى اشترى به البائع من شخص آخر مع ربح معلوم و هما ثمن من الواقع و تطبيقه على الزائد عن ذلك من جهه كذب البائع فى اخباره فيكون نظير خطائه فى الاخبار فيكون ذلك من باب الخطاء فى التطبيق فلا يجوز

ص: ٣٠٠

رجوعه بالتفاوت هنا بالبيع أصلاً نعم يكون المقام نظير بيع المرابحة لو قال البائع للمشتري أنما أبيعك هذا المتاع بالقيمة السوقية وهي دينارين مع كونها ديناراً واحداً.

ثم أنه ذكر المصنف احتمالاً آخر لعدم ثبوت الخيار بدليل نفي الضرر بدعوى أنه يمكن أن يكون نفي اللزوم بتسلط المغبون على إلزام الغابن بأحد الأمرين من الفسخ في الكل و من تدارك ما فات على المغبون برد القدر الزائد أو بدله و مرجعه الى أن للمغبون الفسخ إذا لم يبذل الغابن التفاوت فالمبذول غرامه لما فات على المغبون على تقدير إمضاء البيع لا هبه مستقلة كما في الإيضاح و جامع المقاصد.

و يرد عليه أنه لا ملزم لذلك فإنه بعد صحه البيع كما هو المشهور بل المجمع عليه حيث لم يستشكل أحد في هذا البيع فبأى ملزم يغرم البائع فهل هنا موجب للضمان و الغرامه من اليد و الإلتلاف غايه الأمر أن للمشتري مطالبه التفاوت من القيمة المتعارفه و أما قبل المطالبه فلا شيء للبائع أن الغابن أصلاً، افرض أن المغبون لم يلتفت بالغبن حتى مات فهل يتوهم أحد أن يكون البائع مشغول الذمه للمشتري المغبون أو يكون البيع باطلاً و كيف كان فلا نعرف وجهاً للغرامه أصلاً. و من هنا التزم الفخر و المحقق الثانى و شيخنا الأستاذ بكون المأخوذ هبه مستقلة لعدم ارتباطه بالمعامله أصلاً و على الجملة لا نعرف وجهاً لمنع التمسك بدليل نفي الضرر بشيء من هذين الوجهين الذين ذكرهما المصنف.

و الذى ينبغى أن يقال أنه لو جاز التمسك بحديث نفي الضرر فلازمه بطلان العقد لا ثبوت خيار الغبن و ذلك لان الضرر انما يلزم من جهة الحكم بصحه العقد و اللزوم انما هو لزوم الضرر لا أن الضرر يلزم من

ناحية اللزوم و من الواضح أن دليل نفي الضرر انما هو ناظر الى رفع الحكم الضررى فقط و لا يكون ناظرا إلى إثبات الخيار بدعوى أن الضرر يرتفع برفع اللزوم و ثبوت الخيار، فان حديث لا ضرر لا يتكفل بإثبات الحكم و انما هو يرفع الحكم الضررى و هو صحه العقد كما عرفت فيكون العقد باطلا.

و لكن ذلك مخالف للإجماع و الضروره فإنه لو كانت المعامله الغبنه باطله لبان و ظهر كظهور حرمه الربا فان وجود الغبن فى المعاملات بين المسلمين من الكثره بمكان مع أنه لم يسمع من فقيه أن يلتزم بذلك فيكون خروج المعامله الغبنه عن مورد الإجماع بالتخصيص.

على أن حديث نفي الضرر انما ورد فى مقام الامتنان و من الواضح أن شموله فى المقام بحيث يحكم ببطلان المعامله الغبنه خلاف الامتنان لأنه ورد فى مقام الامتنان لجميع الأمه و من الواضح أنه على خلاف الامتنان على البائع فإن الحكم بكون هذه المعامله باطله يوجب ضرره و لو من جهه فوت المنفعه من كيسه فتكون هذه المعامله خارجه عن حديث لا ضرر تخصصا و هو واضح.

### **ثم انه استدل على بطلان المعامله الغبنه بجمله من الروايات**

الناهيه عن حرمه الغبن

و فى بعضها الغبن من السحت و قد ذكرها المصنف فى المتن.

و فيه أن الظاهر من غير روايه عمار المتضمنه لكون غبن المسترسل سحتا هو التحريم التكليفى فلا- دلالة فيها على الحرمة الوضعيه و يمكن أن يراد منها حرمه الغبن بفتح الباء فيكون من الخيانه فى رأى و المشاوره فإنه من المحرمات فتكون مثل الروايات الداله على حرمه خيانه المؤمن.

و أما روايه عمار فذكر المصنف أنها و ان كانت ظاهره فيما يتعلق بالأموال لكن يحتمل حينئذ أن يراد كون الغابن بمنزله أكل السحت في استحقاق العقاب على أصل العمل و هي الخديعه في أخذ المال و يحتمل أن يراد المقدار الذي بأخذه زائد على ما يستحقه بمنزله السحت في الحرمه و الضمان و يحتمل اراده كون مجموع العوض المشتمل على الزيادة بمنزله السحت في تحريم الأكل في صورته خاصه و هي إطلاق المغبون و رده للمعامله المغبون فيها ثم ذكر أن الحمل على أحد الأولين أولى و لا أقل من المساواه للثالث و لكن ما ذكره المصنف من الحملين الأولين بعيد.

أقول: لا شبهه أن السحت يطلق على المال الحرم و على نفس الحرام أيضا في اللغه و من الأول ما ورد في الروايات الكثيره التي تقدمت في المكاسب المحرمه كقولهم (عليه السلام) ثمن الخمر سحت و ثمن العذره سحت و أجور الفواجر سحت و السحت أقسام كثيره منها الرشوه و هكذا.

و من الواضح أن كون الغبن من السحت إنما يلائم المعنى الثانى أعنى نفس الحرام فإنه هو الفعل أعنى أخذ الزيادة في المعامله و يمكن أن يراد منه الغبن بفتح الباء فيكون المراد منه الخيانه أى الخيانه سحت و قد ورد النهى عن خيانه المؤمن في روايات كثيره و كيف كان فتكون هذه الروايات كالروايات الأخرى فلا تكون لها خصوصيه.

### قوله مسأله يشترط في هذا الخيار أمران

#### إشاره

أقول: قد أشرنا فيما سبق إلى أنه يشترط في خيار الغبن أمران

### الأول جهل المغبون بالتفاوت

و الثانى عدم كون التفاوت مما يتسامح أما الأول فلا شبهه في أنه لا يثبت الخيار مع علم المغبون بتفاوت قيمه و كذا ما يقوم مقام العلم من الاطمئنان

فإنه مع ذلك قد أقدم على الضرر و لا يثبت الخيار له مع اقدمه عليه من دون فرق في ذلك بين ما إذا كان مدرك هذا الخيار هو دليل نفي الضرر أو الشرط الضمني فإنهما ينتفیان مع الاقدام على المعامله مع العلم بالتفاوت.

و كذلك لا شبهه في عدم ثبوت الخيار له إذا لم يعلم بالتفاوت و لم يكن مطمئنا بعدمه بل كان شاكا فيه و محتملا لذلك و لكن يقدم على المعامله على أى تقدير بمعنى أنه يشتري المتاع سواء كانت قيمته متساويه للقيمه السوقيه أم لا بحيث لا يتسامح فإنه ح لا يثبت الخيار له إذ هو قد أقدم على الضرر على تقدير تفاوت القيمه و ليس المراد من اقدامه على الضرر اقدامه على المعامله بأن يقال: حيث ان المشتري قد أقدم على البيع فقد أقدم على الضرر المتحقق فيه أيضا و ذلك لان الإقدام بالبيع لا يستلزم الاقدام على الضرر لانه يمكن أن يقدم على البيع الخيارى فإذا شاهد الضرر و الغبن فيه يفسخ المعامله بل المراد اقدامه على نفي الضرر اى يقدم على المعامله على تقدير الضرر فيه كما إذا صرح بأنى أقدم على هذه المعامله بأى قيمه كان المبيع فى السوق و لو كان التفاوت بمقدار لا- يتسامح فإنه لا- يكون هنا أيضا خيار للمغبون من الأول مع ظهور الغبن أنه كان له الخيار فيسقط و لا يفرق فى ذلك أيضا بين كون المدرك هو دليل نفي الضرر أو الشرط الضمنى.

و قد ذكرنا سابقا أن ثبوت الخيار فى موارد تخلف الشرط انما هو من جهه انتفاء الملتزم به حيث قلنا ان الوقوف على الالتزام من قبل المشروط له متوقف على وقوف المشروط عليه على التزامه بحيث لا يتخلف الملتزم به عن واقعه و إذا تخلف ثبت له الخيار و أما إذا لم يكن هنا

التزام و ملتزم بحيث يتوقف عليه التزام المشتري فلا- موضوع لتخلف الشرط أصلا فضلا عن ثبوت الخيار مع التخلف كما لا يخفى.

و في المقام بعد ما فرضنا أن المشتري إنما أقدم على المعاملة على أي نحو اتفق و بأي قيمة كان المبيع في السوق فقد أقدم عليها مطلقا بلا توقف وقوفه عليها على تحقق الملتزم به من البائع فلا يكون هنا خيار من ناحيه التخلف إذ ليس هنا شرط ضمنى حتى يقع التخلف فيه و هو واضح هذا كله لا شبهه فيه و انما الكلام في ثبوت الخيار و عدمه مع الشك في عدم تساوى قيمة المبيع مع الثمن مع الظن الغير المعتمد بالتساوى مع عدم اقدمه على المعاملة على أي تقدير بالمعنى الذى ذكرناه فهل يثبت الخيار حينئذ للمشتري أم لا الظاهر انه لا شبهه في ثبوت الخيار في جميع صور الشك من غير فرق بين كون المدرك هو دليل نفي الضرر أو الشرط الضمنى وفاقا للمصنف و لشيخنا الأستاذ.

و الوجه في ذلك ان المشتري لم يقدم على الضرر حتى مع الظن بالتساوى بل معتمدا على الشرط الضمنى و هو تساوى العوضين في قيمه و لذا ربما يبنى على الفسخ مع ظهور عدم التساوى فالإقدام على المعاملة مع ظن التساوى و الشك أو الاحتمال في عدم التساوى يثبت له خيار الغبن مع الغبن سواء كان المدرك هو دليل نفي الضرر أو الشرط الضمنى.

بل الأمر كذلك مع الظن بالتفاوت إذا لم يكن الظن معتبرا فان ذلك كله لا يوجب انه قد أقدم على الضرر فإنه مع ذلك يحتمل عدم الضرر و يقدم عليه و عليه فالشرط الضمنى أعنى اشتراط تساوى العوضين في المالىه موجود فيثبت الخيار مع التخلف و كذلك يجرى دليل لا ضرر



بناء على كونه دليل ذلك الخيار. ولا شبهه ان بناء العقلاء و ارتكازهم على هذا حتى من غير المتشرعه و لذا يثبت هذا الخيار فيما إذا عامل يهودى مع نصرانى فغبن أحدهما الآخر فإنه يثبت خيار الغبن فى ذلك فان بناء العقلاء كان موجودا على تساوى العوضين و ان لم يذكر صريحا فمع التخلف يثبت الخيار ما لم يقم دليل معتبر على خلاف بناء العقلاء و من الواضح ان الظن بالتفاوت أو احتماله أو الشك فيه لا يقاوم بناء العقلاء و لا يكون قرينه لرفع الشرط الضمنى و لا يصح اقدام هذا الشخص على الضرر بمجرد ظنه و شكه و وهمه و هو واضح لا شبهه فيه.

نعم قد يكون الاقدام على الفعل مع الشك و الاحتمال مصححا للوم و الذم بل الضامن و يحكم عليه بالمؤاخذة فى المحاكمات العرفيه فيما إذا كان الفعل مما اهتم الشارع بعدم وقوعه بحيث يكون المورد مورد الاحتياط لكثرة اهتمام الشارع بالحفظ كما إذا رئى احد شبعا من بعيد و شك فى كونه إنسانا أو غير إنسان أو احتمال كونه إنسانا فأرسل إليه بندقه فقتله فبان أنه إنسان محقون الدم فإنه يذم فى المحاكم العرفيه بلا شبهه بل يعزر لو لم يحد و يقتل قصاصا و يؤخذ منه الديه و كذا لو أوقع احد بالماء مزاحا بزعم انه ليس بعميق مع احتمال كونه عميقا يغرق الواقع فيه إذا لم يحسن السباحه و علم الموقع ان من أوقعه عليه لا يحسن السباحه فإنه لا شبهه فى كونه مؤاخذا ح فى المحاكم العرفيه و ان لم يؤخذ فى المحكمه الشرعيه نعم يترتب عليه حكم القتل الخطئى و الوجه فى ترتب الضرر على الاقدام مع الشك و الاحتمال فى أمثال ذلك كون الموارد مما اهتم الشارع بحفظه و كونه مما يجب فيه الاحتياط و لذا يترتب عليها الحكم مع الإقدام فى حال الشك أيضا و هذا بخلاف ما نحن فيه كما عرفت.

و الحاصل انه فرق بين المقام و بين الموارد المذكوره فان فى الموارد المذكوره قد تنجز الواقع فلا يجوز الاقدام عليها الا مع وجود المعذر و الحجه الشرعيه من الامارات و الأصول و الا- فمجرد احتمال ترتب قتل النفس المحترمه على الفعل يتنجز التكليف و يحكم بعدم الجواز و هذا بخلاف المقام فان الواقع لم يتنجز فالشرط الضمنى موجود ما لم يتم دليل على رفع اليد فمقامنا عكس الموارد المذكوره حيث ان الاقدام على الضرر لا يتحقق الا مع قيام دليل شرعى عليه فإذا أقدم على معامله و لو مع ظن عدم التساوى لا يوجب ذلك رفع اليد عن الشرط الضمنى لعدم كون الظن حجه شرعيه.

**ثم انه لو اعتقد المشتري عدم كونه قيمه هذا المتاع مساويا مع -**

القيمه السوقيه و مع ذلك قد أقدم عليه و ظهر التفاوت بأزيد مما اعتقده

فهل يتحقق خيار الغبن فى ذلك أم لا فصور المسأله أربعه

### **الاولى ان**

يكون ما اعتقده من زياده بما يتسامح و مع ذلك أقدم عليه

و لم يعرض عنه لزعم عدم اتحاد قيمه الأمتعه فى الأسواق فإنه فلما يوجد شىء تتحد قيمته فى الأسواق بل الدكاكين فى الأسواق مختلفه فإن بعض الناس يأخذ الربح الكثير و بعضهم يقنع بالقليل لقله مخارجه أو قله طمعه أو كثره منفعه و بعضهم لا يقنع بالقليل لعكس الأمور المذكوره فإذا عامل مع هذا الاعتقاد لعلمه هذا باختلاف قيم الأشياء فظهر التفاوت بأزيد مما اعتقده بما لا يتسامح بان اشترى شيئاً بدينار مع اعتقاده بكون قيمته أقل من الدينار بدرهم و مع ذلك ظهر التفاوت بأربع مائه فلس و من الواضح ان الدرهم فى الدينار مما يتسامح و لكن الثلث مائه و خمسين مما لا يتسامح.

**الصوره الثانيه: ان يعتقد التفاوت بما لا يتسامح**

فظهر التفاوت

ص: ٣٠٧

أزيد منه بما لا يتسامح أيضا كما إذا اعتقد ان قيمه المبيع عشره دنانير فى السوق و أقدم على شرائه بأربعة عشر دينار فظهر ان قيمته لا يسوى إلا سته دنانير فإنه لا شبهه فى ثبوت خيار الغبن فى هذين الصورتين بلا شبهه لان ما أقدم عليه من الضرر غير الضرر الذى لم يقدمه و من الواضح ان ما لم يقدمه ضرر غير متسامح فيوجب خيار الغبن و لا يفرق فى ذلك أيضا بين القول بان مدرك خيار الغبن هو الشرط الضمنى أو دليل نفي الضرر كما هو واضح.

### **الثالثه ان يقدم على ما يتسامح به فبان أزيد مما لا يتسامح بالمجموع**

منه

و من المعلوم و قد ذكر المصنف و شيخنا الأستاذ انه يثبت الخيار فى هذه الصورة أيضا فإن ما اقدمه المغبون و ان كان مما يتسامح كالدرهم فى الدينار و الوجه فيه ان ما اقدمه و ان كان مما يتسامح و به و لكن المجموع ليس مما يتسامح به و لم يقدم عليه المشتري فيكون التفاوت بذلك موجبا للخيار و بعبارة اخرى ان ما اقدمه من الضرر الذى يتسامح به لم يلاحظ بشرط لا بحيث يلاحظ ما يظهر من التفاوت الذى لم يقدم عليه مما يتسامح أيضا بشرط لا و هكذا حتى يجرى عليه حكم ما يتسامح بل المراد مما أقدم عليه مما يتسامح يلاحظ لا بشرط فإذا انضم الى تفاوت آخر الذى لم يقدم عليه مع كونه مما يتسامح يكون المجموع مما لا يتسامح و هو ضرر لم يقدم عليه المغبون فيثبت له الخيار من غير فرق بين كون المدرك هو دليل نفي الضرر أو الشرط الضمنى كما هو واضح و لو لا ذلك للزوم عدم ثبوت الخيار على هذا النحو.

### **الرابعة:الإقدام على ما لا يتسامح فبان أزيد بما يتسامح به**

منفردا

فذكر المصنف ثبوت الخيار هنا أيضا و لكن شيخنا الأستاذ قوى

ص: ٣٠٨

عدم ثبوت فى هذه الصورة و ذكر انه لا يقاس على الصورة الأولى لأن فى الصورة الأولى موجب الخيار و هو المجموع لم يقدم عليه و ما أقدم عليه لم يكن موجبا للخيار و فى المقام أقدم على ما يوجبه و ما لم يقدمه لا يكون موجبا للخيار.

و لكن الظاهر ثبوت الخيار فى هذه الصورة أيضا و ذلك لان ما اقدمه مما لا يتسامح لا يوجب على اقدمه على كل مرتبه من الضرر و من الواضح ان المرتبه التى ظهرت بعد الاقدام مما لا يتسامح و ان كان التفاوت بين ما اقدمه و ما لم يقدمه مما يتسامح.

و بعبارة أخرى بحيث يظهر وجه ثبوت الخيار هنا ان ظهور التفاوت بين ما اقدمه المتعامل و بين القيمة السوقية لا يوجب الخيار بلا شبهه و هو واضح فالمراد من التفاوت مما يتسامح هو هذا اى ما يكون تفاوت قيمه المبيع مما أقدم عليها المشتري من القيمة السوقية و اما فى غير المتسامح فالشرط الضمنى موجود بثبوت الخيار للمغبون و حيث انه أقدم على مرتبه من الضرر و هو لا يوجب الخيار و لكن لا يلزم منه الاقدام على مرتبه اخرى منه أيضا و ان كان التفاوت بين الضررين مما يتسامح فان التفاوت بما يتسامح انما يكون معفوا فى أصل ظهور التفاوت بين أصل قيمه المبيع و بين ما اقدمه المشتري لا بين ما اقدمه من الضرر و ما لم يقدمه فالشرط الضمنى باق على حاله فيثبت للمغبون الخيار.

ثم ان المراد من متساوى القيمة حال العقد أو بعده ذكر المصنف ان المعتبر القيمة حال العقد فلو زادت بعده و لو قبل اطلاع المغبون على النقصان حين العقد لم ينفع لأن الزيادة إنما حصلت فى ملكه و المعامله وقعت على الغبن.

ثم احتمال عدم الخيار بدعوى ان التدارك حصل قبل الرد فلا يثبت المراد المشروع لتدارك الضرر كما لو برء المعيوب قبل الاطلاع على عيبه بل مهما زال العيب قبل العلم أو بعده قبل الرد سقط حق الرد ثم ذكر وأشكل منه ما لو توقف الملك على القبض فارتفع الغبن قبله لائن الملك قد انتقل اليه ح من دون نقص فى قيمته نعم لو قلنا بوجود التقابض بمجرد العقد كما صرح به العلامة فى الصرف يثبت الخيار لثبوت الضرر بوجود إقباض الزائد فى مقابله الناقص.

أقول ان ما احتمله المصنف ثانيا من عدم ثبوت الخيار فهو متين بناء على كون مدرك خيار الغبن هو دليل نفي الضرر فى الإسلام فإنه قد ارتفع بزيادة قيمه أو بنقصانها و بعده لا خيار لأحدهما كما هو واضح لارتفاع الضرر الذى يدور الحكم بثبوت الخيار مداره.

و بعباره اخرى ان الحكم انما هو تابع لثبوت موضوعه فكلما ثبت الموضوع ثبت الحكم و الا فلا فاستمرار الحكم تابع لاستمرار الموضوع و حيث ان مدرك ثبوت خيار الغبن هو دليل نفي الضرر يقتضى دوران الحكم مدار الضرر وجودا و عدما فما دام هو موجود فيكون الخيار ثابتا و الا فيرتفع بارتفاعه سواء كان الارتفاع قبل العلم به أو بعده ما لم يرد العقد و لم يعمل خياره و هو واضح فيما ذكره المصنف فى بيع الصرف و السلم مما اعتبر القبض فى حصول الملكيه إذ لم يحصل الملك حتى يتحقق الضرر و يوجب ذلك شمول دليل الضرر عليه كما هو واضح الا على ما ذكره العلامة من وجوب الإقباض و هو كما ترى.

و اما إذا كان المدرك لخيار الغبن هو الشرط الضمنى كما هو الموافق للتحقيق فلا بد حينئذ و ان يلاحظ ان الشرط الذى اشترط فى

ضمن العقد أعنى تساوى القيمتين أى مقدار من التساوى من حيث الزمان فهل المراد منه التفاوت الموجب للخيار هو التفاوت المستمر أى يكون العوضين متفاوتين فى عمود الزمان و طوله بحيث لو حصل التساوى فى آن من الآنات لسقط الخيار أو المراد منه هو التفاوت حال القبض بحيث لا اعتبار بالتفاوت قبله أو بعده أو المراد من التفاوت الموجب لسقوط الخيار هو التفاوت حال العقد كما هو الظاهر.

ان كان المراد من التفاوت الموجب لسقوط الخيار هو الشق الأول فلا شبهه فى سقوط الخيار فى أن زمان حصل التساوى بين العوضين من حيث قيمه لحصول الشرط الذى هو تساوى القيمتين فى أى وقت من الأوقات فى عمود الزمان و طوله و هو واضح و بعبارة اخرى ان المتعاقدين أنما اشترطا التساوى بين العوضين فى المالىه فى أى وقت من الأوقات بحيث لو حصل ذلك و تحقق حال البيع أو بعده من أى وقت كان حصل الشرط و كفى ذلك فى صحه المعامله و أما لو لم يحصل ذلك بل كان التفاوت بين العوضين مستمرا إلى الأبد فهو يوجب الخيار كما هو واضح و لكن هذا مخالف للإجماع و الضروره و الارتكاز العقلانى و قد ادعى المصنف قيام الإجماع على عدم الاعتناء بالزيادة و النقصان بعد العقد و هذا الإجماع و ان كان يبعد كونه تعبدىاً و لكنّه موافق للارتكاز و خلاف بناء العقلاء فان هذا الشرط الذى ذكرناه أنما هو بحسب بناء العقلاء فلا يثبت البناء فى مثل ذلك كما هو واضح.

و أما التفاوت حال التقابض بأن كان ما يوجب الخيار هو التفاوت حال القبض دون غيره فلا خيار لو كان التفاوت بعد ذلك أو قبله و هذا مناف لما ذكره المصنف فى الفرع الآتى من أنه لو ثبتت الزيادة أو النقصان

بعد العقد فإنه لا عبره بما إجماعا كما فى التذكرة فإن الظاهر أن الفرعين من واد واحد كما ذكره المصنف و بيان ذلك أنه إذا كان التفاوت الذى يوجب الخيار و هو التفاوت حال العقد بحيث يكون الشرط الضمنى هو التساوى حال العقد فيكون التفاوت عنده موجبا لتخلف الشرط و ثبوت الخيار بالتخلف فلازم ذلك ان لا يفيد حصول التساوى بعد العقد و لو كان ذلك عند القبض فلا- يكون ذلك موجبا لسقوط خيار المغبون الثابت بتخلف شرط حين العقد و عليه فلا مجال لما ذكره المصنف من عدم ثبوت الخيار اى سقوط الخيار بالتدارك الحاصل بعد العقد سواء كان ذلك قبل العلم بالتفاوت أو بعده و هو واضح و ان كان المناط فى ثبوت الخيار هو التفاوت و التساوى حال القبض بحيث لو كان العوضان متفاوتين حال العقد و لكن حصل التساوى حال العقد أو كانا عند العقد متساويين و لكن حصل التفاوت حال القبض ثبت الخيار فى الثانى و ارتفع الخيار فى الأول كان لما ذكره المصنف فى الفرع الأول و هو ما كان العوضان عند العقد متفاوتين و حصل التساوى و بعد ذلك وجه و لكنه مخالف لما ذكره بعد ذلك فى الفرع الثانى و هو حصول الزيادة و النقصان بعد العقد بان كان التساوى حين العقد حاصلًا و حصلت الزيادة أو النقصان بعد ذلك حيث قال لا- عبره بهما إجماعا و كيف فلا يمكن التفريق بين الفرعين بل هما من واد واحد و عليه فلا وجه لما أسر به شيخنا الأستاذ من الفرق بين المقامين فراجع كلامه.

و الظاهر ان المناط فى الشرط الضمنى هو حال العقد و يتضح ذلك بضم احد الفرعين بالآخر و الإجماع الذى ذكره المصنف فى الفرع الثانى و ان لم يكن إجماعا تعبديا لبعده كما هو واضح و لكنه موافق للارتكاز

كما ذكرناه آنفا فان بناء العقلاء و ارتكازهم أنما قام على كون العوضين متساويين حال العقد و يتضح ذلك بملاحظه حال التجار حيث يربحون فى المعاملات أو يخسرون فيها بعد العقد و يغبن احد المتبايعين و يربح الآخر من غير ان يدعى أحدهما الغبن و يدعى ثبوت الخيار لنفسه و ليس ذلك الا من جهة عدم ثبوت الخيار له و عدم بناء العقلاء و ارتكازهم على ذلك بعد العقد بل هو كذلك عند العقد.

و الحاصل انه ان كان المراد مما هو شرط فى ضمن العقد من اشتراط تساوى القيمتين هو التساوى المستمر أو التساوى حال العقد و هو مخالف للإجماع فإنه قائم على عدم الاعتناء بالزيادة و النقصان بعد العقد فان الظاهر ان الفرعين من واد واحد فإنه لو كان التساوى المستمر شرطا أو التساوى حال القبض شرطا فحصلت الزيادة و النقصان بعد العقد يكون هذا داخلا تحت الإجماع بأنه لا اعتناء بالزيادة و النقصان بعد العقد اى ما يحصل بعده فيكون داخلا تحت هذا الإجماع مع ان المصنف تسلم عدم الاعتناء بالثانى مدعيا الإجماع عليه و التزم بجوازه حتى تدارك الضرر فى الأول و قد عرفت عدم الفرق بينهما و لا يفرق فى ذلك بين كون المدرك هو دليل نفي الضرر أو الشرط الضمنى العقدى و الظاهر ان المراد من التساوى و هو التساوى حال العقد و ما يوجب الخيار من التفاوت حاله و يدل على ذلك ما هو المرتكز بين العقلاء و يتضح ذلك من ضم الفرع الثانى إلى الأول و ملاحظه عدم الفرق بينهما و ان ما ادعى عليه الإجماع فى الفرق الثانى هو الارتكاز إذ من البعيد ان يكون المراد من ذلك الإجماع التبعدى و هو واضح.

و اما الوكيل فان كان و كيلا فى مجرّد إجراء الصيغه فهو خارج عن



المقام فإنه ليس الا آله محضه و ليس له شأن مّا يرجع الى البيع حتى يتكلّم فى ثبوت الخيار له و عدمه و أنّما البائع هو الموكل بلسان الوكيل الذى يجرى الصيغه كما هو واضح و قد تقدم تفصيل ذلك فى خيار المجلس و ان كان وكيلا فى أمر البيع أيضا بأن يكون وكيلا- مفوضا فى البيع بحيث له ان يبيع المتاع من اى شخص شاء و كيف يشاء و لكن ينتهى أمد وكالته إلى تماميه البيع و بعد ذلك ليس له وكاله و الظاهر انه لا يثبت له الخيار فى هذا الصوره أيضا لو ظهر غبن فى المعامله فإن الوكيل و ان كان بائعا حقيقه و لكن الخيار انما ثبت بدليل الشرط الضمنى لمن كان مغبونا فى المعامله و من الواضح ان المغبون أنّما هو الموكل و ليس للوكيل بشىء من أمر البيع بعد تماميه البيع فضلا عن ان يكون مغبونا أو غير مغبون و اما ثبوت خيار المجلس لمثل هذا الوكيل فى خيار المجلس فإنما هو من جهه النص الدّال على ان البيع بالخيار ما لم يفترق و من الواضح ان هذا القسم من الوكيل يصدق عليه البائع فلا يقاس بالمقام كما هو واضح.

نعم لو كان وكيلا- مفوضا حتى بعد البيع أيضا بحيث يكون أمر البيع راجعا اليه حتى بعد البيع و يكون أمر المال راجعا اليه كالعامل فى القراض مثلا- فلا- شبهه فى ثبوت خيار الغبن له ح بالشرط الضمن كما هو واضح و اما الوكيل فى خصوص أمر الخيار بان يكون وكيلا فى اعمال الخيار الثابت للمغبون فهو أمر آخر غير ما نحن فيه و كلا منا فى ثبوت الخيار له ابتداء بالشرط الضمنى كما هو واضح.

ثم انه لو اطلع الموكل على معاملة الوكيل و يرى انه يعامل بأقل من قيمه المثل فهل يكون اطلاعه تقريراً للبيع و لا يثبت الخيار له  
ح أم لا

فربما يظهر من المصنف و غيره عدمه و لكن الظاهر انه ليس كذلك و ذلك لأنه ان الوكيل وكيلا عن الموكل بالبيع على التساوى فقط دون غيره فلا شبهه انه كان البيع ح فصوليا لان الوكيل انما هو وكيل فى مجرد البيع مع تساوى العوضين دون غيره فإن أجاز الموكل صح البيع و الا فلا و ان كان وكيلا على نحو الإطلاق فلا شبهه فى ثبوت الخيار للموكل حيث ان اطلاعه على المعامله لا يوجب سقوط الخيار فإن اطلاعه عليه كاطلاعه على ان الوكيل يعامل معاملة و شرط فيه الخيار للموكل غاية الأمر ان الاشتراط فى المقام ضمنى فهل اطلاع الموكل على إيجاب الوكيل معاملة خياريه له يوجب سقوط خياره و هذا واضح جدا.

قوله ثم ان الجهل انما يثبت باعتراف الغابن أقول ان اعترف الغابن بالغبن أو ان المغبون اقام بينه عليه فلا شبهه فى ثبوت خيار الغبن ح و اما إذا لم يعترف الغابن بذلك أو لم يتمكن المغبون من اقامه البينه فهل لنا طريق إلى إثبات الخيار أم لا فشقوق المسأله ثلثه.

الأول ان يكون الاختلاف فى أصل زياده الثمن و نقصانها سواء المنشأ فى ذلك هو زياده الثمن و نقصانه أو الاختلاف فى التغير أو فى المكان أو فى زمان العقد بان يدعى المغبون ان العقد قد وقع على المتاع فى مكان فلانى الذى كانت قيمه فيه أقل من قيمه السوقيه و يقول الغابن بل وقع العقد عليه فى مكان فلانى فالقيمه فيه مساويه مع قيمه السوقيه فلا غبن فيه.

الثانى ان يكون الاختلاف فيه من جهه العلم و الجهل بان يدعى الغابن علم المغبون بالقيمه و ينكره المغبون مع الاتفاق بالتفاوت و هنا صورته ثالثه قد تعرض لها المصنف فى الأمر الثانى و سنتعرض لها هناك

اما الاختلاف فى العلم و الجهل فقد ذكر المصنف وجهين فى ثبوت الخيار للمغبون.

الوجه الأول أنه مع الجهل بأن المشتري عالم بذلك أو غير عالم فالأصل عدم العلم فحيث ان الغبن ثابت بالوجدان فيكون عدم العلم أيضا ثابتا بالأصل فيتم موضوع الخيار للمغبون فيحكم بثبوت الخيار له و هو واضح.

الوجه الثانى ما ذكره فى أثناء كلامه من ان كون المشتري عالما بقيمه المبيع أو غير عالم بها لا يعلم إلا من قبله فعليه و يعسر له إقامة البينه على ذلك اى على جهله مع انه لا- يمكن للغابن أيضا الحلف على علم المغبون بالحال لجهل الغابن بالحال ثم أمر بالتأمل.

و يمكن المناقشه فى كلا- الوجهين اما الثانى فباب المناقشه فيه واسع و ذلك إذ لا وجه لمنع انه لا يمكن إقامة البينه للمغبون على جهله فإنه كسائر الأوصاف النفسانية التى يمكن له إقامة البينه عليها و لو باعتبار آثارها و كذلك لا وجه لمنعه من حلف الغابن على علم المغبون بداهه أنه كثيرا ما يطلع عليه بالمجالسه و الممارسه كما هو واضح على انه لا وجه لهذه الكبرى اى ان كل ما يعسر إقامة البينه عليه فيقبل من المدعى إذ لا دليل عليه بوجه أصلا كما سيأتى.

و اما الوجه الأول فأصله عدم العلم لا- فائده لها إذ العلم أو الجهل ليسا موضوعين للخيار و عدمه فلو بدّل أصله عدم العلم بأصله عدم الاقدام على الضرر لكان حسنا فان الضرر إنما هو موضوع الخيار فالإقدام مزيل له فأصله عدم الاقدام على الضرر يثبت موضوع الخيار إذا الجزء الآخر و هو الغبن محرز بالوجدان و اما العلم و الجهل فلا

يترتب عليهما الأثر بوجه الآ من جهة ان العلم من مقدمات عدم الاقدام على الضرر و الجهل من مقدمات الاقدام على الضرر و لا يكون أصاله عدم الاقدام على الضرر مثبتا و توضيح ذلك ان الشرط الضمنى موجود فى كل معاملة بتساوى القيمتين سواء كانا ملتفتين بذلك أم لا و قد جرت المعامله على الأشياء بهذا الشرط و إذا شككنا فى ان المغبون هل أقدم على المعامله مع العلم بعدم التساوى بحيث يكون اقدامه على الضرر مزيلا لهذا الشرط فالأصل عدمه اى عدم اقدامه على ذلك فيكون الشرط باقيا على حاله مع كون الضرر وجدانيا فلا- يترتب ثبوت الشرط على الأصل بل الشرط ثابت ببناء العقلاء(على انا نشك فى اعتبار الملكيه بعد الفسخ للغابن فالأصل عدمه الآ ان يعارض بمثله و تحقيق الكلام فى الاستصحاب).

و على الجملة هذا الذى أفاده المصنف قدس سرّه متين لو بدل أصاله عدم العلم بأصاله عدم الإقدام فإن عدم العلم ليس موضوعا للخيار بل الموضوع هو الضرر مع عدم اقدامه عليه اى مقيدا بذلك فلا شبهه ان الضرر محرز بالوجدان و القيد محرز بالأصل فيثبت الحكم و هو الخيار للمغبون بالأصل الموضوعى الحاكم على أصاله اللزوم.

هذا كلّه إذا لم يكن المغبون من أهل الخبرة و الآ فالظاهر عدم الاعتناء بقوله فإنه لا معنى لكونه أهل الخبرة و مع ذلك يدعى الجهل بالقيمه فإنه يرجع الى التناقض أو يكون دعواه غير عقلائى أصلا فإن مقتضى الظاهر من كونه من أهل الخبرة هو صدور المعامله منه عن علم فان دعوى كونه جاهلا بالقيمه نظير ان يدعى أحد ليس له مال و لا صنعه بل يتعيش التسؤل ان لى على ذمه فلان خمسين ألف دينار فإنه لا يسمع منه أصلا

و لا- يترتب عليه أثر التداعى و المحاكمه الا ان يدعى الغفله على ذلك و كان دعواه الغفله عقلائيا فإنه حينئذ يسمع دعواه و لكن يكون قوله مخالفا للظاهر و يكون مدعىا لذلك فان الظاهر ان المعامله قد صدرت منه فى غير حال الغفله و انه أقدم على الغبن عن علم لكونه من أهل الخيره كما هو واضح و على هذا فلا بد له من اقامه البيئه على ذلك أو يحلف الآخر بأنه لا يعلم بكونه عافلا بالقيمه حال العقد أو انه كان غير غافل عن ذلك ان كان يعلم انه لم يكن غافلا عن القيمه حال العقد.

و قد يتوهم انه إذا ادعى الغفله يسمع دعواه فان ما لا يعلم الآ من قبله فيسمع دعواه فيه.

و قد أجاب عنه المصنف بما فيه من الخلط بين الكبريين إحداهما دعوى قبول قول المدعى فيما يتعسر عليه إقامه البيئه و الثانيه دعوى قبول قول المدعى فيما لا- يعلم الا من قبله و نقض عليه بان هذا يستلزم قبول دعوى مدعى الفساد مع تعسر إقامه البيئه عليه.

اما الكبرى الاولى فلا- دليل عليه أصلا و الا فيلتزم ان يقبل قول كل من يدعى شيئا و لكن على نحو يتعسر عليه إقامه البيئه و حينئذ فيلزم تأسيس فقه جديد على ان اليمين للمنكر دون المدعى و اما الكبرى الثانيه فلم يثبت إلا فى موارد خاصه اعنى دعوى المرأه كونها حاملا أو حائضا أو طاهره و انها خرجت عن العده و اما فى غيره هذه الموارد فلا دليل عليه بوجه على انا لو سلّمنا صدق الكبريين فلا نسلم كون المقام منهما أو من أحدهما فإنه لا يتعسر إقامه المدعى البيئه على غفلته حيث انه يقيم البيئه على انه كان مشغولا بأمور آخر أو كان مصابا من جهات قد وقع من اختلال الأفكار و لم يدر انه اى شىء فعل و كذلك لا نسلم كون المقام مما لا يعلم الآ

من قبله.

و بالجمله فاصل الغفله و ان كان امرا نفسيا لا يعلم الا من قبل الشخص و لكنها معلومه للغير أيضا بحسب الآثار كسائر الملكات و الافعال و الصفات النفسانيه كالعداله و العلم و نحوهما.

و هذا لا شبهه فيه و اين هذا مما يتعسر عليه إقامه البينه أو لا يعلم الا من قبله.

و اما إذا كان الاختلاف فى زياده القيمه و نقصانها و كان منشئه أى أمر من الأمور المذكوره من الزمان أو المكان أو التغير فنقول قد يكون الاختلاف فى زياده الثمن و نقصانه من حيث الاختلاف فى أصل قيمه الشئ مع اتفاقهما على ما وقع عليه العقد كما إذا اتفقا على ان العقد وقع على خمسين و لكن يدعى المشتري ان قيمته ثلثين فحصل فيه المغبن و يدعى البائع ان قيمته خمسين فلا غبن فيه مع اتفاقهما على ان العقد قد وقع على خمسين.

و هذا يكثر وقوعه فى الأشياء التى يقل وجودها فى السوق بحيث تخفى قيمته على المتبايعين كالجواهر و نحوها و الا فيعرضون المتاع للسوق و يكشفون عن قيمتها.

الصوره الثانيه: ان يكون الاختلاف فيما وقع على المعقد بان يدعى المغبون ان العقد قد وقع على خمسه و عشرين و العين تساوى عشره فله حق الفسخ فيفسخ العقد فى خمسه و عشرين و اما عشره فلم يقع عليه العقد و يدعى البائع ان العقد قد وقع على عشره فلا غبن حتى يثبت للمشتري خيار الغبن.

الصوره الثالثه ان يكون النزاع فى التغير و عدمه بان يدعى أحدهما

ص: ٣١٩

من الغابن أو المغبون التغير و يدعى الآخر عدمه و هذه الصورة الثالثة تنحل الى ثلثة أقسام:الأول ان يتفقا على ان قيمه العين كانت عشره قبل وقوع العقد عليه و قد اشتراه المشتري بثلاثين أو كان قيمه قبل العقد ثلثين و قد باعه من شخص بعشرين فالغابن فى الشق الأول يدعى التغير و كون قيمه حال وقوع العقد على العين بثلثين ديناراً و فى الثانى يدعى التغير و هو المشتري و يقول ان قيمه تغيرت و كانت عند وقوع العقد على العين بعشرين و لو كانت قبله ثلثين.

الثانى ان يقع الاختلاف فى حال وقوع العقد على المبيع مع اتفاقهما على القيمة الفعلية بان يدعى البائع ان المبيع حال العقد يسوى عشره و انما تنزلت قيمته فعلاً و صارت ثمانيه فلا غبن لكون التغير فى ملك المشتري و الحاصل ان البائع يدعى التغير و المشتري يدعى عدم التغير و كون المبيع فى حال وقوع العقد عليه يسوى بثمانيه فالمعامله غبنه فله الخيار.

الثالث:ان تكون قيمه العين قبل وقوع العقد عليها عشرين و بعده أيضاً كذلك و لكن يدعى البائع انها لم تتغير و انما وقع العقد على العين حال كون قيمتها عشرين كما انها تساوى عشرين بالفعل فيكون مغبونا و يدعى المشتري ان قيمتها و ان كانت قبل وقوع العقد عليها تساوى عشرين و كذلك بعده و لكن تغيرت عند وقوع العقد عليها و كانت تساوى بعشره فليس هنا غبن و قد ادعى المصنف فى جميع هذه الصور كما هو مقتضى إطلاق كلامه لزوم العقد لوجهين الأول أصاله عدم التغير و انه موافق للزوم و مرادف له.

و فيه أولاً انه لا يثبت الخيار الا على القول بالأصل المثبت فان

عدم التغيير ليس موضوعا للخيار كما هو واضح على أنه لا يعتم أصل عدم التغيير جميع صور الاختلاف فان فى الصوره الاولى اعنى ما كان الاختلاف فى أصل القيمه و فى الصوره الثانيه أعنى ما كان الاختلاف فيما وقع عليه العقد ليس الاختلاف و النزاع فى التغيير و عدمه حتى نجرى فيه أصاله عدم التغيير بل فيما وقع عليه العقد كما هو واضح.

و ثانيا أن أصاله عدم التغيير ليس موافقا للزوم العقد دائما بل قد يكون مفاده ثبوت الخيار مع قطع النظر عن المثبته كما عرفت فى الشق الأول و الثانى و هو واضح.

الوجه الثانى ممّا استدل المصنف على الزوم هو أصاله الزوم و فيه ان كان المراد من ذلك الزوم و المستفاد من أدله الزوم من أَوْفُوا بِالْعُقُودِ و أحل الله البيع و تجاره عن تراض و غير ذلك من أدله الزوم فلا شبهه فى عدم صحه ذلك فإنه قد خصصت تلك العمومات و شكك فى أن الفرد المشكوك من الخارج أن من الباقي تحت العام و من الواضح أن إثبات الزوم فيه من قبيل التمسك بالعام فى الشبهات المصداقيه فلا يجوز و ان كان المراد منه الأصل الحكيمى أعنى استصحاب بقاء الملكيه بعد الفسخ بحيث تكون النتيجة هى الزوم و هو و ان كان له وجه بناء على جريان الاستصحاب فى الشبهات الحكيميه و لكن يمكن المناقشه فيه أيضا من جهه أن الشك فى ان الملكيه المجعوله انما هى محدوده بما بعد الفسخ أو مطلق لا يرفعه الفسخ فلا يكون الاستصحاب جاريا للشك فى أصل الجعل فيكون معارضا بأصاله عدم الجعل و على الجملة فلا وجه لجريان الاستصحاب أى أصاله الزوم هنا.

و التحقيق أن يقال: أن المراد من الشرط الضمنى فى المعامله



الذى عليه يدور خيار الغبن وجودا و عدما ان كان هو تساوى قيمه أى تساوى الثمن و المثلث فحينئذ يكون الشرط عنوانا وجودا فلا شبهه فى أنه كلما شككنا فى هذا العنوان الوجودى فالأصل عدمه فتكون النتيجة هو الخيار لعدم حصول الشرط فى جميع تلك الصور المتقدمه كما هو واضح.

و ان كان المراد من الشرط هو عدم الخديعه و أن لا يخدع كل منهما الآخر و أن لا تكون قيمه زائده عن قيمه السوقيه و أن لا يشتري المشتري بأقل من قيمه السوقيه بحيث يكون الشرط عنوانا عدميا فح لا شبهه فى كون الأصل الجارى هنا موافقا للزوم العقد فإن أصاله عدم الزيادة عن قيمه السوقيه و أصاله عدم النقيصه هى أصل العدم الأزلى يوافق لزوم العقد فيكون الأصل الجارى ح موافق للزوم العقد كما هو واضح و يؤيد إطلاق القوم خيار الغبن على ذلك فإنه يلازم كون الشرط هو عدم الخديعه و بعبارة أخرى كلما شككنا فى الزيادة أو النقيصه فأصاله عدم الأزلى تحكم بعدمه فلا يترتب عليه محذور أصلا فيكون مفاد هذا الأصل موافقا للزوم العقد كما هو واضح و هذا من جمله الثمرات بين كون دليل خيار الغبن هو دليل نفي الضرر أو الشرط الضمنى و هذه نعمه الثمره.

### **الأمر الثانى: أن يكون التفاوت فاحشا**

و هذا الشرط مما لا ريب فيه فإنه لا شبهه فى تفاوت قيمه الأشياء بحسب الأسواق بل بحسب الدكاكين حتى الشئ الواحد و لو كان مطلق التفاوت موجبا للغبن لم تبق معاملته إلا و يكون فيه الغبن و لذا قيدوا التفاوت بكونه ممّا لا يتسامح.

و أنّما الكلام فى تعيين حدّ ما يتسامح فيه و ما لا يتسامح فعن بعض العامه أن التفاوت بالثلث ممّا يتسامح فيه و أشكل عليه المصنف

بان التفاوت بهذا المقدار ممّا لا يتسامح فيه قطعاً بل التفاوت بالربع بل بالخمس أيضاً ممّا لا يتسامح فيه و سكت عن التفاوت بما فوق الخمس أقول الظاهر أن ذلك يختلف باختلاف المعاملات فإنه قد يكون التفاوت بالخمس مما يتسامح فيه بل يكون التفاوت بأقل منه أيضاً ممّا يتسامح فيه كما إذا كانت المعاملة فى المحقرات كأن اشترى خضره من الخضراوات بخمس أفلس مع أنه يساوى بأربعة أفلس أو ثلثه و نصف فإنه لا- يعتنى على ذلك فى العرف و لا يقال انه معاملة غبنه و قد يكون التفاوت بالخمس بل العشر بل المائة غبنا كما إذا باع ما يساوى أربعة آلاف بخمسة آلاف أو باع ما يساوى مائة مليون بمائة و واحد مليون فإنه لا شبهه فى كون المعاملة حينئذ غبنه.

نعم الواحد فى ألف لا- يكون غبنا قطعاً و على الجملة قد يكون التفاوت غبنا بلا شبهه و قد لا يكون غبنا بلا شبهه لكونه مما يتسامح فيه و قد يشك فى كونه غبنا و عدم كونه غبنا و لا بدّ و أن يلاحظ فى أن مقتضى القاعدة حينئذ أى شىء يقتضى.

و قد يقال كما عن شيخنا الأستاذ إذا كان الشك فى المصداق فلا يمكن التمسك بقاعده نفي الضرر لان التخصيص و ان كان ليلى اعنى بناء العقلاء على عدم الاعتناء بضرر يتسامح فيه و وقع الاقدام عليه الا- أن الخارج إذا كان عنواناً كلياً كخروج يد المحسن عن قاعده على اليد يكون للبي كالفظى فى عدم جواز التمسك بعموم العلم فى الشبهه المصداقيه.

و لكن يرد عليه أن هذا الكلام أنّما يجرى فيما إذا كان هنا خارج معلوم و لكن يشك فى أن المشكوك من الخارج أو من الافراد الباقية تحت

العام و أما المقام فأجنى عن ذلك فان الضرر له مراتب فيصدق عليها على نحو التشكيل فمرتبه منها خارج قطعا و هي ما أقدم عليها المتبايعان و الباقي مشكوك فيتمسك بإطلاق الدليل كما هو واضح فالمقام لا ربط له بالشبهه المصدقيه أصلا و ذكر المصنف أو لا أن المرجع في ذلك أولا هو أصله ثبوت الخيار لانه ضرر لم يعلم تسامح الناس فيه فان الخارج من دليل لا ضرر هو الضرر الذى يتسامح و أما ما يشك في كونه مما يتسامح أو لا فيبقى تحت الإطلاق. ثم عدم عن ذلك و وجه اللزوم و ذكر أنه يحتمل الرجوع الى أصله اللزوم لان الخارج هو الضرر الذى يناقشون فيه و لا يكون موردا للتسامح بل يعد ضررا عند العقلاء و أما في غير فيشك في خروجه عن تحت الأدله الداله على لزوم العقد و عدمه فيرجع الى العمومات لعدم ثبوت مخصص هنا ليرفع اليد عن العمومات كما لا يخفى.

أقول ان كان دليل خيار الغبن هو دليل نفي الضرر فلا بدّ من اختيار الوجه الأول فلا مسوغ له لرفع اليد عن الأول و الميل الى الثانى و ذلك فان المخصص للعمومات الداله على لزوم العقد حينئذ هو دليل نفي الضرر و هو دليل لفظى يتمسك بإطلاقه فى كل مورد يصدق فيه الضرر إلا إذا ثبت التخصيص و من الواضح أن التخصيص انما هو اقدام المغبون بالضرر فيرفع اليد عنه بالمقدار الذى ثبت فيه الاقدام و فى البقيه يرجع الى دليل نفي الضرر حتى لو لم يكن دليل على خروج الضرر الذى يتسامح فيه أو أقدم عليه المغبون لشملة إطلاق دليل نفي الضرر و لكن خرج ذلك ببناء العقلاء ففى غيره نرجع إلى الإطلاق.

و توهم أن التمسك فى المورد المشكوك بدليل نفي الضرر تمسك بالعام فى الشبهه المصدقيه قد تقدم جوابه كما هو واضح و لكن قد عرفت أن دليل نفي الضرر لا يكون دليلا لخيار الغبن كما لا يخفى.

و أما إذا كان الدليل لخيار الغبن هو الشرط الضمنى و بناء العقلاء على أن المعامله مشروط بتساوى القيمتين فلو زاد الثمن على قيمه المثلن أو زادت قيمه المثلن على الثمن ثبت الخيار للآخر كما هو واضح.

و عليه فما ذكره من أصله اللزوم هو المتع و الوجه فى ذلك أن المعامله انما وقعت على المبيع مطلقا من غير تقييد بقيد بحسب اللفظ فمقتضى الإطلاق فى مقام الثبوت هو عدم تقيدها بقيد و بحسب تبعيه مقام الثبوت و نفس الأمر لمقام الإثبات فكشف الإطلاق فى مقام الثبوت أيضا فنحكم بكون العقد مطلقا فيكون مشمولا لأدله اللزوم و ليس فى المقام شىء يصلح للقرينيه إلا ما نذكره و ليس أزيد من ذلك شىء يصلح للقرينيه نعم قد ثبت التقييد بحسب الارتكاز و بناء العقلاء لنا فى صورته عدم تساوى القيمتين على نحو لا يتسامح فإنه قامت السيره القطعيه على اعتبار التساوى بين القيمتين و مع التخلف على نحو لا يتسامح الذى مورد الشرط قطعاً يثبت الخيار للمغبون و أما فى غير هذه الصوره ليس هنا دليل لفظى نتمسك به و نحكم بثبوت الخيار بل لا بد من أخذ إطلاق الكلام فى المعامله و التمسك بأدله اللزوم كما هو واضح و هذا هو الصحيح فى المقام كما لا يخفى.

### **قوله بقى هنا شىء و هو الفرق بين الضرر الشخصى و النوعى**

و هو أن ظاهر الأصحاب و غيرهم أقول قد ذكر المصنف بما حاصل كلامه أن دليل رفع الضرر فى الإسلام انما هو دليل واحد يشمل على أفراده على نسق واحد سواء كان المورد من المعاملات أو من العبادات و على هذا فما الفارق بين المعاملات حيث ان الفقهاء رضوان الله عليهم ذكروا فى باب المعاملات ان الضرر نوعى

فيلاحظ فيه نوع الناس مع قطع النظر عن ملاحظه حال الناس و لكن فى باب العبادات ذكروا أنه شخصى فيلاحظ فيه حال الأشخاص. و بعبارة أخرى ذكروا أن المناط فى باب المعاملات هو ملاحظه الضرر بالنسبه إلى المال بحيث يصدق عليه أنه ضرر مالى و لذا إذا تحقق فى مورد ثبت عليه حكمه سواء تضرر به صاحب المال أو لم يتضرر بأضعاف مقابله من المضرات و لكن المناط فى باب العبادات حال الأشخاص و لذا ذكروا أنه كان شراء ماء الوضوء لا يضر على حال شخص لا يرتفع و ان كان هنا ضرر مالى و بلغ ما بلغ و أما إذا كان مضرا لشخص فإنه يرتفع بدليل نفي الضرر و ما الفارق بين المقامين و كذلك الحال فى دليل نفي الحرج.

أقول و الذى ينبغى أن يقال أن نفي الضرر و نفي الحرج كسائر الأحكام تابع لموضوعهما ففى كل مورد تحقق ضرر أو حرج ثبت نفي الحرج و الضرر كما هو الحال فى سائر بالأحكام الثابته على الموضوعات على عنوان القضييه الحقيقيه كما أن بقيه الأحكام تدور مدار ثبوت الموضوع و عدمه نفيًا و إثباتًا و يلاحظ بحسب حال كل شخص شخص و هكذا الضرر و الحرج و نفيهما فأدله نفي الضرر و نفي الحرج ناظره إلى نفي الحرج و الضرر عن الموضوعات المحققه مثلاً قد ورد فى الشريعه أنه إذا زالت الشمس وجب الظهران و من الواضح أن هذا حكم كلى ثابت بعنوان القضييه الحقيقيه و يلاحظ بالنسبه الى كل شخص لكونه موضوعاً لهذا الحكم فزوال كل شخص يلاحظ بالنسبه فأى شخص أدرك الزوال صار موضوعاً لوجوب الصلاه مع دركه بقيه الشرائط فيلاحظ زواله بالنسبه اليه و لا- يقال زال أى نقطه من النقاط بالنسبه إليه بحيث إذا تحقق فى نقطه وجب الظهران على

شخص و ان لم يكن فى هذه النقطة بل فى نقطه كانت ليلا حين الزوال فى تلك النقطة كما هو واضح. و على هذا فدلليل نفى الحرج و الضرر حكمان وارد ان على موضوع مقدار الوجود أى بعنوان قضيه الحقيقه ففى أى مورد تحقق الضرر فى أى نحو كان سواء كان مالياً أو عرضياً أو نفسياً أو غير ذلك لشملة حكمه سواء كان المورد عباده أم معامله فان الضرر المالى أيضاً ضرر فلا وجه أصلاً لملاحظه الضرر و الحرج نوعياً بل لا أساس له و إنما هما كبقية القضايا الحقيقه كما هو واضح و عليه فلا يفرق بين المعاملات و العبادات أصلاً نعم قد يكون نفس الضرر و الحرج موضوعاً للحكم أو حكمه للتشريع كما ان اختلاط المياه حكمه لتشريع العده و هو مطلب آخر غير مربوط بنفس لا ضرر و لا حرج الذين كبقية الأحكام الشرعيه كما هو واضح و هذا كما فى قوله (صلى الله عليه و آله) لو لا أشق على أمتى لا مرتهم بالسواك و لو لم يكن حرج على الأمة لحكم بنجاسه الحديد، و أما ملاحظه الضرر بحسب الأحوال فى باب الوضوء فهو بنص خاص فى باب الوضوء و أنه لا بدّ و أن يشتري الماء للوضوء و ان بلغ ما بلغ إلا أن يكون مضراً بحاله بحيث له عيال يموتون جوعاً لو اعطى ماله و أخذ ماء للوضوء و يكون الضرر مجحفاً عليه أى لا يبقى له مال يمون به عياله فباب الوضوء انما خصص لهذا النص الخاص و من هنا يلتزم الفقهاء رضوان الله عليهم بذلك فى غير باب الوضوء من العبادات كما إذا صلى فى مكان فلانى لسرق السارق ماله فافهم و هكذا.

ثم انه ذكر المصنف فى آخر كلامه أنه يمكن الالتزام بعدم الضرر أصلاً فى باب العبادات لان ما يصل اليه من الأجر أعظم مما يفوت عنه من المال و قد وقع فى مقابل ماله أجر كما أنه لا يقال أن فلانا تضرر إذا

باع ماله و أخذ الدينار فان فى مقابل ماله وصل اليه الدينار فلما ذا يكون ضرر عليه.

و فيه أولا- النقض بسائر أبواب العبادات فإنهم لم يلتزموا بذلك فى غير باب الوضوء كما أشرنا اليه و ثانيا أن وصول الأجر إليه غير معلوم فإنه مع نفي الحكم بأدله نفي الضرر و حكمه أدلته على الأحكام الأوليه لا يبقى هنا أمر بالوضوء حتى يوجر و يصل اليه الثواب فان الثواب إنما يترتب على امتثال الأمر لا على مجرد الحركات الخارجيه.

و الحاصل أنه ذكر المصنف أن الضرر المالى فى باب الوضوء لا يتحقق فإنه يحصل فى مقابله أجر له فلا يكون ضررا عليه و قد ذكر وجه ذلك فى قاعده لا ضرر حيث قال أن المنفى بدليل نفي الضرر إنما هو الضرر الغير المتدارك و الضرر هنا متدارك بالثواب أو أن هنا ليس ضرر أصلا حتى يكون متداركا فان ذلك نظير إعطاء الفليس و أخذ المتاع كما لا يخفى.

فافهم و عليه فلا يكون الضرر المالى فى باب الوضوء ضررا.

أقول: أما تفصيل نفي الضرر بالضرر الغير المتدارك مما لا وجه له أصلا لعدم الدليل عليه و أما أن القول بأنه ليس هنا ضرر لوصول الأجر عليه فهو يشبه العرفان بداهه أن هذا ضرر بلا شبهه على أنه لو كان وصول الأجر فى مقابل المال فى باب الوضوء موجبا لتدارك الضرر أو أن لا- يكون هنا ضررا أصلا فلازم ذلك أن نقول بذلك فى جميع أبواب العبادات مثلا لو توقف تحصيل الماء على بذل مال كثير لا بد من بذله لعدم الضرر فيه مع أنه لم يقل به فقيه على أنك قد عرفت أن وصول الأجر إليه غير معلوم كما لا يخفى.

قوله فيقع الإشكال فى تصوير غبن كل من المتبايعين معا أقول

قد وقع الكلام في تصوير الغبن من الطرفين البائع و المشتري في المعامله و ذكروا في تصوير ذلك وجوها: الأول ما ذكره صاحب القوانين عند السؤال عن عباده اللمعه في تصوير الغبن من الطرفين و حاصله أنه لو باع متاعه بأربعة توأمين على أن يعطيه ثمانيه دنانير يزعم أن ثمانيه دنانير يسوى أربعة توأمين و الحال أن المتاع يسوى بخمسه توأمين و أن ثمانيه دنانير تسوى بخمسه توأمين فإنه حينئذ يكون البائع مغبوناً لأنه باع ما يسوى بخمسه توأمين بأربعة توأمين و المشتري مغبون لأن أعطى ثمانيه دنانير بزعم أنه يسوى بأربعة دنانير مع أنه يسوى في الواقع بخمسه و قد اشكال عليه المصنف بأنه انما يلاحظ الغبن في المعامله بالنسبه إلى مجموع ما يرجع إليها من الشرائط و العوض و المعوض و من الواضح أنها ليست بمعامله غبنيه من حيث المجموع فلا يكون هذا وجهاً لتصوير الغبن من الطرفين لأن هذه المعامله مع ملاحظه الشرائط مجموعاً من حيث المجموع ليست بمعامله غبنيه و بعبارة أخرى ان كان الشرط و المشروط ملحوظاً معاً و لو حظ معامله و أخذه مستقله فلا شبهه أنها ليست بغبنيه و ان كان الشرط أجنبياً عن المشروط و لم يكن له تماس بالمعامله بل لو حظته مستقلاً فيكون هنا معاملتان فيكون المغبون في أحد هما المشتري و في الآخر البائع كما لا يخفى و من هنا ظهر الجواب عما نقله المصنف عن بعض معاصيره من فرض المسأله فيما إذا باع شيئين في عقد واحد بثمانين مثلاً بأن باع كتاب المكاسب و كتاب الرسائل صفقه واحده و لو حظ كتاب الرسائل نصف دينار مع أنه يسوى بدينار و كتاب المكاسب بدينارين و نصف مع أنه يسوى بدينارين ففي هذه المعامله يكون كل من البائع و المشتري مغبوناً كما هو واضح.



و وجه الظهور أنه ان لو حظ مجموع الكتابين مبيعا واحدا فيلاحظ المجموع من حيث المجموع و من الواضح أن المجموع من حيث المجموع ليس بمعامله غيبه و ان لو حظ كل من الكتابين مبيعا واحدا مستقلا فيكون البائع مغبونا في أحد هما و المشتري مغبونا في الآخر فلم تكن هنا معاملة يتصور فيها الغبن من الطرفين كما هو واضح.

و منها ما ذكره بعض من فرض المتعاملين وقت العقد في مكانين مع كون قيمه المثلث مختلفا بحسب المكانين كما إذا فرضنا أن المبيع هو الحنطه و كان ثمن كل من منها في خارج البلد ديناراً لنزول العسكر فيه مثلا- و لكن في داخل البلد نصف دينار فاشترى البلدى من أهل الخارج بكل من بثلته أرباع دينار فإنه يكون البائع مغبونا في هذه المعامله فإن الفرض أن كل من الحنطه كان ديناراً فقد باعها بثلته أرباع دينار و المشتري أيضا مغبون فان المفروض أن قيمه الحنطه في البلد كانت كل من بنصف دينار و قد صار مغبونا بربع دينار.

و فيه أن المراد من الغبن في المعامله هو ملاحظه مكان تحققها فان كان بيع الحنطه في خارج البلد مع كون التسليم فيه و من الواضح ان البائع مغبون فإن قيمه كل من الحنطه في ذلك المكان دينار فقد باعه بثلته أرباع دينار و ان كان البيع في البلد أو بشرط أن يسلم المبيع في البلد فيكون المشتري مغبونا كما لا يخفى فلا يلاحظ المكانين في معاملة واحده كما هو واضح لا يخفى فافهم.

و قد نقل المصنف عن مفتاح الكرامه تصوير كون الغبن من الطرفين بحسب الحكم الظاهري دون الواقعي كما إذا ادعى كل من المتبايعين الغبن كما إذا باع ثوبا بفرس بطن المساواه ثم ادعى كل منهما نقص

ما فى يده عما فى يد الآخر و لم يوجد المقوم ليرجع اليه فتخالفا فيثبت الغبن لكل منهما فيما وصل اليه،مع أن فى الواقع المغبون أحدهما لا كلاهما.

أقول هذا انما يبتنى على ان كل من يدعى شيئا و يتعسر عليه إقامه البينه فإنه يقبل قوله مع يمينه كما تقدم و عليه فكل من البائع و المشتري إنما يتعسر عليه إقامه البينه فيقبل قوله مع يمينه فيثبت ما يدعيه من الغبن و لكن قد عرفت انه لا دليل عليه خصوصا إذا كانت الدعوى مما يطلع عليه كل احد و انما لم يطلع عليه من جهة العوارض كعدم وجود من يطلع عليهما فى مقام البيع ليكون بينه للواقعه و قلنا فى السابق ان الحلف انما هو للمنكر و ليس منه وظيفه المدعى الحلف.

و اما بناء على فساد هذا المبني كما هو كذلك فيكون من يدعى الغبن مدعيًا و الآخر منكرًا فللمدعى البينه و للمنكر اليمين و مع كون كل منهما مدعيًا للغبن و منكرًا لكون الآخر مغبونا فيتخالفان فيحكم بعدم غبن كل منهما لا بغبن كليهما فلا يكون لأى منهما خيارا أصلا كما عرفت على ان مقتضى التحالف ان يحلف كل منهما على انه لم يغبن الآخر فيكون مقتضى ذلك ان لا يكون ان منهما مغبونا لا ان يكون كلاهما مغبونا و هو واضح.

فتحصل انه لا يمكن تصوير الغبن من الطرفين فى معامله واحده كما ذكره بعض المحشين للروضه و قال(فلا يعقل كونهما معا مغبونين و الا-لزم كون الثمن أقل من قيمه السوقيه و أكثر و هو محال فتم)نعم يمكن تصوير ذلك إذا كان الغبن بمعنى مطلق الخديعه كما إذا باع فرشا بأربعه دنانير على انه من شغل كاشان فبان انه من شغل همدان و مع

ذلك انه يسوى بثمانيه دنانير و حينئذ فقد خدع كل منهما فى هذه المعامله و هو واضح.

و الذى ينبغى ان يقال انه كان مدرك خيار الغبن هو دليل نفى الضرر يمكن فرض الغبن من الطرفين بخلافه إذا كان مدركه الشرط الضمنى الذى ذكرناه اما الأول كما إذا باع حطبا من زيد كل حقه بمائه فلس مع كون الحطب كل حقه بدرهم و اشتراط المشتري عليه ان ذلك من خشبه أبنيته و واضح ان هذه المعامله ضرريه لكل من البائع و المشتري اما كونها ضرريه للبائع فلان تسليم المبيع يتوقف على تخريب الدار و هو ضرر على البائع، و اما كونه ضررا على المشتري فلان قيمه الحطب انما هى كل حقه بدرهم و قد باع منه البائع كل حقه بمائه فلس فيكون الدرهم زائدا عن قيمه السوقيه و لا يجرى هنا ما ذكره المصنف من الجواب عن المحقق القمى فإن هذا الشرط ليس له دخل فى زياده الثمن أصلا فإنه لا يفرق فى الحطب بين كونه من أخشاب البناء و بين كونه من أخشاب الحديد بل ربما يوجب كونه من أخشاب البناء نقصا فى الحطب لكونه باليه كثيرا بخلاف ما إذا كان من أخشاب الحديد فهذا الشرط ليس مثل اشتراط كون أربعة توأمين ثمانيه دنانير (الا ان يقال ان هذا الشرط أيضا ليس له دخل فى المزيه و انما المزيه من جهه الخطاء فى التطبيق، من المقرر) و على هذا فيكون العقد جائزا من الطرفين كما هو واضح.

و اما إذا كان دليل خيار الغبن هو الشرط الضمنى فلا يعقل الغبن من الطرفين بحيث يثبت الخيار للمتبايعين و يكون العقد جائزا من الطرفين. فان الشرط الضمنى أعنى اشتراط تساوى القيمتين أو عدم زياده قيمه و عدم نقصه لا يعقل الا من طرف واحد فيكون الغبن من

طرف واحد كما هو واضح فافهم.

## قوله مسأله ظهور الغبن شرط شرعى لحدوث الخيار أو كاشف

### اشاره

عقلى عن ثبوته حين العقد

أقول: قد عرفت انه لا شبهه فى ثبوت خيار الغبن فى المعاملات و انما الكلام فى ان ثبوت هذا الخيار من حين تبين الغبن أو من حين العقد وجهان و قد اختلف كلمات كلمات الفقهاء فى ذلك اختلافا شديدا و صار ذلك منشا للوجهين و قد جمع المصنف بين شتات آرائهم بالفرق بين ثبوت الخيار فعلا- بحيث يكون لذى الخيار سلطنه فعليه على الفسخ و بين ظهور الخيار له واقعا فالأول لا- يثبت الا بعد ظهور الغبن بخلاف الثانى ثم تكلم فى آثار ذلك الخيار و لكن الظاهر انه لا وجه لذلك التفصيل فان معنى الخيار هو السلطنه الفعلية اعنى السلطنه على فسخ العقد كما تقدم فى أول الخيارات و إذا ثبت ثبت له ذلك و الا فلا يعنى معنى ثبوت الخيار هو ثبوت السلطنه الذى الخيار على فسخ العقد كما هو واضح فليس لهذا التفصيل مجال أصلا.

### و انما المهم هو التكلم فى جهتين:

### الأولى فى ان هذا الخيار

ثابت من الأول أو من حين تبين الغبن

و الذى ينبغى ان يقال: انه لا بد من ملاحظه دليل هذا الخيار فلو قلنا بكون دليله هو دليل نفي الضرر كما ذهب اليه المشهور من المتأخرين و اختاره المصنف أو قلنا بان دليله هو الشرط الضمنى فعلى كان حال فلا شبهه فى كونه ثابتا من الأول فإن دليل نفي الضرر ينفي الضرر الواقعى و كك ان شرط الضمنى هو اشتراط التساوى الواقعى بين العوضين ان كون هذا لازم الشرط الضمنى كما تقدم فان الشرط الضمنى هو عدم الزيادة أو عدم النقصه اى بشرط كل من المتبايعين على الآخر بان لا يكون ما له زائدا عن مال

ص: ٣٣٣

طرفه بما لا يتسامحه و هذا واضح و نعبر عن ذلك بلازمه اعنى تساوى القيمتين. و على الجملة فبناء على كون دليل خيار الغبن اى من هذين الوجهين يثبت الخيار للمغبون من الأول كما هو واضح.

نعم لو كان دليل خيار الغبن هو الإجماع أو ما تقدمت الإشارة إليه من النبوى حيث نهى عن تلقى الركابان و قال إذا جائوا بالسوق فلهم الخيار بناء على انصراف ذلك النبوى إلى صورته ظهور الغبن لا إثبات الخيار على وجه الإطلاق بمجرد المجيء إلى السوق سواء ظهر غبن فى المعامله أم لا- كما ذهب اليه ابن إدريس الذى هو خلاف منصرف النبوى فإنه بناء على ما هو الظاهر من النبوى من كونهم ذى خيار بعد مجيئهم إلى السوق إذا تبين لهم الغبن لا- مطلقا فإنه لا معنى لثبوت الخيار لهم بعد المجيء إلى السوق تعبدا و الا- لكان ثابتا من الأول و كيف كان فبناء على ظاهر النبوى فيكون دليلا على ثبوت الخيار من حين تبين الغبن لا من حين العقد و كذلك لو كان المدرك هو الإجماع فإن المتيقن منه هو ثبوت الخيار مع ظهور الغبن و لكن يرد على الإجماع انه ليس بحجه و على النبوى انه ضعيف السند إذ لم نجده فى كتب الأصحاب المعده للحديث و انما ذكره فى كتب الاستدلال و أخذوهم من العامه، و لم ينجبر ضعفه بشيء إذ لم يثبت كون عملهم على طبقه و انما استندوا بغيره من الوجوه المذكوره فى المسأله بل ثبت عدم استنادهم اليه الا قليلا كما يظهر من ملاحظه كلماتهم. على انه يمكن المناقشه فى دلالتها أيضا بدعوى ان المراد من ثبوت الخيار بعد المجى بالسوق هو تبين الغبن كما عرفت و ان هذا التبين طريق الى الواقع لا انه موضوع بنفسه لثبوت الخيار فحيث ان الغبن من الأول و ان كان تبينه من الان

فيثبت له الخيار من الأول و بعبارة اخرى انا لا- نحتمل ان العلم جزء الموضوع لثبوت خيار الغبن بل تمام الموضوع له انما هو الغبن لا- الغبن المعلوم فإذا ثبت الخيار للمغبون من الأول و نظير كون التبين هنا طريقا الى الواقع كتبين الفجر في شهر رمضان في قوله تعالى كُلُوا وَ اشْرَبُوا حَتَّى يَبَيِّنَ لَكُمْ الْخَيْطُ الْمَأْيُوضُ مِنَ الْخَيْطِ الْأَسْوَدِ مِنَ الْفَجْرِ فان التبين هنا ليس له موضوعه لحرمة الأكل بحيث لو لم يتبين الفجر الغيم و نحوه الى ان مضى ساعه من طلوع الشمس فأیضا يجوز الأكل فهذا غير محتمل قطعاً اذن فيكون التبين طريقاً الى الفجر كما هو واضح و كك في المقام.

فتحصل ان ثبوت خيار الغبن من حين العقد هذا ما يرجع الى الجهة الاولى و عليه فلا وجه لتفصيل المصنف بين ثبوت الخيار له واقعا و كونه ذى حق فى الواقع و بين ثبوت السلطنة الفعلية له فعلا على فسخ العقد.

### **الجهة الثانية أعنى التكلم فى ترتب آثار الخيار على خيار الغبن**

و انه هل يترتب على هذا الخيار من الآثار ما يترتب على بقيه الخيارات من الآثار بعنوان الخيار من خصوصيه لإحدى الخيارات أو لا يترتب عليه آثار بقيه الخيارات أقول و من جملة آثار الخيار انتقاله إلى الورثة بعد موت المورث و عليه فان قلنا بثبوت خيار الغبن من حين العقد كما هو كذلك و مات المورث قبل ان يتبين الغبن فإنه يثبت الخيار لوارثه فان الخيار من الحقوق الذى يورث فلا- فارق فى ذلك بين خيار الغبن و سائر الخيارات و من جملة الآثار انه يجوز إسقاطه قبل ظهور الغبن كما إذا قال ان كان لى خيار فى هذا العقد فأسقطه أو يقول بنحو العموم ان كل خيار لى فقد أسقطه فإنه ح يسقط خياره هذا و ان لم يعلم به كما

هو واضح و الجبه الأخرى من الثمرات انه وقع الخلاف بين العلماء فى انه يجوز التصرف فى الثمن أو المثلن فى زمان الخيار أولا فذهب بعضهم الى عدم الجواز مطلقا و بعضهم الى الجواز مطلقا و قد فصل بعضهم بين بيع الخيار فالترن بعدم الجواز و بين غيره و الترن بالجواز و لكن ادعوا عدم الخلاف و ثبوت الاتفاق على عدم جواز التصرف فى العوضين فى زمان خيار الغبن فان التصرف يوجب كون العين فى معرض التلف و من المحتمل أن ذى الخيار يفسخ العقد و يرجع بالعين و ان التفاتهم على هذا انما هو بعد ظهور الغبن لا قبله و قد ذكروا انه يكشف من هذا الاتفاق ان خيار الغبن انما يثبت للمغبون من حين ظهور الغبن.

و لكن الظاهر ان جميع الخيارات فى ذلك على حد سواء ان جاز التصرف فى زمان الخيار جاز فى كلها و الا فلا يجوز فى شىء منها و انه لا يكون هذا الاتفاق مائزا بين المقامين و ذلك لعدم ثبوت هذا الاتفاق فإنه لا نطمئن باتفاقهم على عدم جواز التصرف قبل ظهور المغبين من جهة انهم يرون عدم جواز التصرف فى زمان الخيار و جوازه فى غير زمان الخيار و حيث انهم اتفقوا على جواز التصرف قبل ظهور الغبن فيكشف من ذلك انه ليس لهم خيار قبل ظهور الغبن كما هو واضح و ليس لنا علم بذلك من جهة انه يحتمل قريبا ان جمله من القائلين بجواز التصرف فى العوضين قبل ظهور الغبن انهم التزموا بذلك لدهابهم الى جواز التصرف فى العوضين فى زمان الخيار كما هو كذلك و عليه فلا يكون اتفاقهم على جواز التصرف قبل ظهور الغبن كاشفا عن اتفاقهم على عدم ثبوت الخيار قبل ظهور الغبن. نعم لو كان لنا علم بان اتفاقهم على جواز التصرف قبل ظهور الغبن من جهة كونه غير زمان الخيار لكان ذلك كاشفا

عن ثبوت الخيار بعد ظهور الغبن و لكن انى لهم بإثباته.

على انه لا دليل على عدم جواز التصرف فى العوضين فى زمان الخيار و توهم ان التصرف يوجب كون العين فى معرض التلف لا- يكون مانعا عن ذلك لما عرفت سابقا ان متعلق الخيار هو العقد و هو باق حتى بعد تلف العين فإنه إذا عمل صاحب الخيار خياره يرجع الى بدل العين لا- الى نفسه نعم مع بقاء العين يرجع الى نفسها مع الفسخ و اما انه لا يجوز التصرف فى العين فى زمان الخيار فهو باطل فإنه بعد كونه مالا لمالكه فبأى وجه عن تصرفاته مع كون الناس مسلطا على أموالهم.

و من جملة الثمرات انه هل التلف فى زمن الخيار ممن لا خيار له أو انه من مالكة و قد تقدم سابقا فى خيار المجلس و الحيوان ان مقتضى القاعده الأوليه هو كون تلف مال كل شخص على صاحبه و ان لا يحسب على شخص آخر و لكن قد ورد النص على ان تلف الحيوان فى زمان الخيار ممن لا- خيار له فان تعدينا الى غير خيار الحيوان و قلنا بكون تلف المبيع مطلقا فى زمان الخيار ممن لا خيار له و كذلك تعدينا الى تلف الثمن أيضا لقلنا فى جميع الخيارات و فى تلف الثمن و المثلن فى زمان الخيار فى جميع المعاملات حتى خيار المجعول الذى من مصاديقها خيار الغبن الثابت بخيار تخلف الشرط و ان اقتصرنا بمورد النص فقط فلا يحسب تلف المبيع أو الثمن على من لا خيار له فى زمن الخيار سواء كان خيار الغبن أو غيره و هو واضح جدا.

و لكن قد تقدم ان هذا الحكم قد ثبت فى مورد خاص بالنص فلا يجوز التعدى الى غير موردته فتكون القاعده الأوليه المذكوره محكمه فافهم



و على كل حال فلو عمم ذلك اى كون التلف المبيع فى زمن الخيار ممن لا خيار له الى غير مورده لكن فى مورد خيار الغبن أيضا ممن لا خيار له قبل ظهور الغبن و بعده بناء على ما ذكرناه من ثبوته من الأول و ان لم يعلم به المغبون و من جمله الآثار انه إذا قلنا بثبوت الخيار من الأول و قلنا بكون التصرف مسقطا للخيار مطلقا فيكون هنا أيضا مسقطا كما هو واضح.

و قد تقدم فيما سبق انه لم يثبت كون التصرف مسقطا تعبديا إلا فى مورد خاص اعنى بيع الحيوان فإنه ثبت فيه ان التصرف الخاص موجب لسقوط الخيار كقوله (عليه السلام) أ رأيت ان لامس أو قبل إلخ و كذلك ثبت كون التصرف مسقطا فى خيار المجلس و كذلك التصرف المغير و اما كون مطلق التصرف مسقطا للخيار فلم يثبت بدليل و انما كونه مسقطا من جهة الظهور العرفى و كونه ظاهرا فى إسقاط الخيار عرفا فكلما كان له ظهور فى الإسقاط الفعلى يحكم بمسقطيته و الا فلا.

و الحاصل ان الافعال كالأقوال فى إبراز ما فى الضمير و إظهاره فكما ان الاسقاط القولى موجب لسقوط الخيار و يكون كاشفا عن إبراز ما فى الضمير و كذلك الإسقاط الفعلى فإنه أيضا يكون من مصاديق الاسقاط و إذا لم يكن التصرف بحيث يكون من الاسقاط فلا- يكون له قابلية لإسقاط الخيار و ظهوره فى ذلك فيكون مثله (وجوده) كعدمه و المفروض انه لم يرد التعبد بكونه مسقطا على اى وجه اتفق كما هو واضح فافهم.

**قوله مسأله يسقط هذا الخيار بأمر**

**أحدها إسقاطه بعد العقد**

أقول يقع الكلام هنا فى أربع مسائل:

الأولى: ان يسقط خياره قبل العلم بالغبن مجانا.

ص: ٣٣٨

الثانية:الإسقاط به قبل العلم بظهور الغبن مع العوض.

الثالثة:الإسقاط به مع العلم به مع العوض.

و الرابعة:الإسقاط به مع العلم به مع عدم العوض.

اما المسأله الاولى فلا شبهه فى سقوط الخيار قبل العلم بالغبن بان يقول أسقط خيارى الغبن فى هذه المعامله و لا شبهه فى ذلك بناء على ثبوت الخيار من الأول غاية الأمر بأنه لا علم بالخيار فمجرد عدم العلم به لا يمنع عن تأثير الإسقاط فإنه لو قال احد كلما لى من الخيار فقد أسقطه فإنه لا شبهه فى شموله لكل خياره و ان كان لم يعلم به و هو واضح جدا.

و اما لو قلنا يكون حدوث الخيار بعد تبين الغبن فأسقط المغبون خياره بعد الغبن و قبل ظهوره و العلم فهل يجوز ذلك أم لا فذكر المصنف انه يكفى فى ذلك تحقق السبب المقتض للخيار و هو الغبن الواقعى و ان لم يعلم به و هذا كان فى جواز إسقاط المسبب قبل حصول شرطه و لا يكون من قبيل إسقاط ما لم يجب.

و لكن يرد عليه ان المقتضى ان كان تام التأثير بحيث يؤثر فى المعلول بالفعل فيكون الخيار ثابتا بالفعل و لا يكون معلقا على حدوثه بعد العلم بالغبن و هو خلف الفرض.

و ان لم يكن المقتضى تام التأثير فلا يكون الاسقاط بمثل هذا المقتضى من تحت الاسقاط لما لم يجب فيبقى المحذور فى حاله.

و لكن الظاهر انه لم يدل دليل على عدم جواز الاسقاط بما لم يجب الا ما يتوهم من كونه تعليقا و من الواضح ان المتيقن من ذلك هو العقود بالنسبه إلى التعليق بأمر مجهول فلا يجرى فى غيره و على الجملة لا نعرف أساسا صحيحا لعدم جواز إسقاط ما لم يجب فلا نرى فى ان

يسقط الإنسان بما يتعلق له من الحق بدمه غيره قبل تعلقه بها و لم يرد في آيه و لا في روايه ما يمنع عن ذلك كما هو واضح لا يخفى بل هو من جهة الإجماع و لعله ليس إجماعا تعبديا بل من جهة عدم اعتبار العقلاء بمثل ذلك و يمكن ان يكون مدرک الإجماع ما ورد من النهى عن بيع ما لم يملك بعد و عن بيع ما ليس عندك و العقلاء لا يعتبرون الملكيه في أمثال ذلك أيضا و عليه فإذا اعتبر العقلاء أثرا عليه في مورد فلا مانع من إسقاط ما بم يجب.

ثم انه مع العلم بالغبن تاره يكون ما أسقطه من الغبن موافقا للواقع و هذا لا شبهه فيه و قد يكون أقل مما اعتقده و هذا أيضا لا شبهه فيه و قد يكون مخالفا بان يكون الغبن أزيد مما اعتقده فحينئذ يقع الكلام في صحه الإسقاط و عدمه و انه إسقاط للغبن من أصله أو بمقدار ما اعتقده و توضيح ذلك انه إذا أسقط خياره قبل العلم بالغبن باعتقاد انه إذا كان هنا غبن يكون خمسا في الخمسين و لكن لما تبين الحال فظهر انه مغبون في الخمسين بثلاثين فهل يسقط خياره مطلقا أو يسقط بالنسبه إلى مرتبه خاصه أعنى ما اعتقده في مقدار الغبن و قد عنون المصنف ذلك في صورته كون الغبن معلوما و لكن المسألتان من واد واحد فيجرى هذا البحث في كلتا المسألتين كما هو واضح.

و على كل حال فلا يمكن ان يكون المقام من باب التقييد بان يكون ما أسقطه من الخيار مقيدا بكون الغبن خمسه في الخمسين و يكون خياره باقيا في المرتبه اخرى التي لم يسقطها و بعبارته اخرى إسقاط ما احتمله أو اعتقده من مرتبه الغبن لو كان موجبا لتقييد الاسقاط بتلك نظير تقييد المبيع بالصوره النوعيه لكان لعدم سقوط الخيار عند تبين زياده الغبن

عما احتمله أو اعتقده وجه الآ أنه لا يمكن التقييد فى المقام لان الخيار أمر واحد بسيط ليس ذا مراتب ولا يقبل التأكد و فى المقام لا يقبل التخصص بسبب دون سبب كما فى اجتماع خيارى الحيوان و المجلس فى عقد واحد فان مأه دينار مثلا مرتبه واحده من الغبن فلا يعقل إسقاط مقدار منه و بقاء مقدار آخر و اذن فىكون من قبيل الداعى يعنى أن اعتقاده بكون الغبن خمسـه فى الخمسين داعى إلى إسقاط خيار الغبن على ما هو عليه فى الواقع بأى نحو كان كما هو واضح و بأى مرتبه وصل فىكون إسقاطه خيار الغبن باعتقاد كونه بمقدار خاص إسقاطا لخيار غبنه من أصله و أساسه و لا يقاس ذلك باب الدين فإنه إذا اعتقد عمرو كون زيد مديونا له عشره دنانير و أسقطه فبان أنه مأه دينار أو اعتقد كذلك و قال أسقط جميع ما فى ذمه زيد من الدين لى فإنه لا بأس هنا من الالتزام بان الساقط عن ذمته انما هو بمقدار و عشره دنانير و لكن لا يمكن الالتزام بذلك هنا و الوجه فيه أن خيار الغبن كما عرفت أمر واحد بسيط ليس ذا مراتب ان سقط، سقط من أصله و ان لم يسقط فلا يسقط من أصله و قد قلنا أن اعتقاد كونه بمقدار خاص ثم إسقاطه من باب الداعى فىكون الإسقاط إسقاطا له من أصله و هذا بخلاف باب الدين فإنه منحل الى ديون متعدده نظير بيع أمور عديده فى صفقه واحده فإنه كما ينحل البيع هنا الى بيوع متعدده فكك الدين فمأه دينار من الدين منحل الى ديون عديده بحساب الدينار بل بحساب الدراهم بل أقل من الدرهم الى أن ينتهى الى ما لا يقبل المالىه و لا- ينصف بها و عليه فإسقاط مرتبه من الدين لا يضر ببقاء مرتبه أخرى فى ذمه المديون كما هو واضح و عليه فلا بدّ اما من الالتزام بسقوط الخيار من أصله أو من الالتزام ببطلان الاسقاط

لبطلان التقييد كما عرفت و حيث عرفت أن الظاهر في مثل المقام هو الداعى فيكون إسقاطه بداعى كون الغبن بمقدار خمسه فى الخمسين فبان أنه بمقدار عشرين فى الخمسين إسقاطا لأصل خيار الغبن فلا يضر به تخلف الداعى.

نعم يمكن أن يقال بكون سقوط الخيار مشروطا بظهور الغبن بالمقدار الذى اعتقده بأن يكون إسقاط المغبون خياره معلقا يكون الغبن خمسه فى خمسين و الأ فلا يسقط خياره و هذا لا محذور فيه الا إشكال التعليق فان هذا الاسقاط ليس منجزا فيكون باطلا و لكن يرد عليه أن بطلان التعليق فى العقود و الإيقاعات لم يثبت بدليل لفظى بل بالإجماع و هو دليل لبي فلا بد من أخذ المتيقن من ذلك و هو ما لا يتوقف أصل تحقق العقد عليه و لعل الإجماع أيضا ليس بتعبدى بل من جهه أن العقلاء لا يعتبرون فى مثل موارد التعليق الملكيه كما لا يعتبرون فى بيع ما لم يملك فالمقام نظير طلاق مشكوك الزوجيه و عتق مشكوك الرقيه فإن مشكوكيه المعلق عليه لا يضر بصحة الطلاق و بصحة العتق فان الطلاق و العتق ممّا يتوقف أصل تحققه على الزوجيه و الرقيه فلا يضر التعليق فى مثل ذلك بصحة العتق و الطلاق فقد ظهر من جميع ما تقدم حكم صورته الإسقاط مع العلم بالغبن.

و على الجملة أن المسقط الأول هو الاسقاط و قد ذكرنا أن فى المقام اربع ما سئل الاولى الاسقاط قبل العلم بالغبن و الثانيه الإسقاط بعد العلم بالغبن و الثالثه و الرابعه الفرضين مع كون الإسقاط فى مقابل العوض.

أما المسألتان الأولتان فقد ظهر حكمهما ممّا ذكرناه و حاصله أن

المحذور من الاسقاط هنا ليس إلا أمران أحدهما فى صورته كون الخيار مشروطا شرعا بظهور الغبن و ذكروا أن ذلك من قبيل إسقاط ما لم يجب و الثانى فى صورته العلم بالغبن مع الاعتقاد بأنه خمس فى الخمسين فبان أنه أكثر و قد قلنا أن سقوط الخيار هنا إذا كان الغبن بالخمس فقط انما يصح إذا كان الاسقاط على نحو التعليق و عليه فيتوجه المحذور بأنه من قبيل التعليق فهو باطل و جوابه ما تقدم من أن التعليق إذا كان بما يتوقف عليه وجود العقد أو الإيقاع لا يضر لكونه خارجا عن الإجماع كما هو واضح.

ثم انه يقع الكلام فى حكم المسأله الثالثه و الرابعه أعنى إسقاط الخيار فى الصورتين بالعوض كالمصالحه مثل أما المسأله الأولى بأن يسقط خيار الغبن قبل ظهوره بالعوض و يصلح سقوطه بعوض فالظاهر أنه لا يجوز ذلك فإن أخذ العوض على ذلك باطل و أكل للمال بالباطل إذ لا بدّ و أن يكون ما يأخذه المسقط لخياره من العوض واقعا فى مقابل شىء كما هو شأن المصالحه و المبادله و قد عرفت أنه لا- تجوز المصالحه على سقوط الخيار قبل الظهور الغبن و العلم بوجوده بل يحتمل أنه موجود أو ليس بموجود و معه لا- تحصل المبادله بين سقوط الحق الموهوم و بين ما يأخذه فى مقابله من العوض فلا يكون شىء فى مقابل العوض فتخرج عن المبادله بين الشئيين و قلنا لا مدفع لهذا الإشكال الا أن يكون ما يعطيه الغابن من العوض بعنوان المحاباه.

و لكن يمكن تصحيح المصالحه هنا أيضا بتقريب آخر بأن يقال أن المصالحه واقعه على إسقاط الخيار بعد العقد على تقدير ثبوته و العوض الذى يأخذه من يحتمل أن يكون مغبونا انما يأخذه فى مقابل الفعل

الذى هو إسقاط الخيار على تقدير ثبوته و من الواضح أن هذا الفعل و ان كان متعلقا بالخيار على تقدير ثبوته لا أنه إسقاط على كل تقدير و لكن فائدته للطرف الآخر على كل تقدير فإنه يحصل منه الاطمئنان له فلا يحصل تزلزل فى العقد بعد ذلك بحيث ينجر الى المحاكم العرفيه و من الواضح أن حصول الاطمئنان له غرض عقلائى يوجب مالىة للإسقاط الذى هو فعل المغبون و هذه و ان كانت مصالحه و لكن نتيجة الإجاره فتكون كإجاره شخص لإيجاد فعل فى الخارج فكما أن المستأجر يملك فعل الأ-جير بالإجاره و كذلك أن من يحتمل أن يكون غابنا إذا أعطى درهما لمن يحتمل أن يكون مغبونا فى مقابل إسقاطه الخيار المحتمل فيكون مالكا لفعله أعنى الاسقاط كما هو واضح.

و من الواضح أنه ليس هنا شىء حتى يقع العوض فى مقابله فإنه لا يعلم أنه مغبون فى الواقع حتى يكون له حق الخيار و يكون سقوطه فى مقابل هذا العوض بل ليس هنا الا احتمال الخيار الناشى من احتمال الغبن فمجرد احتمال الحق لا يصح أن يكون عوضا فى المصالحه عليه و سببا لا- كل أموال الناس فى مقابل سقوط و عليه فلا يصح المصالحه عى سقوط خيار الغبن قبل ظهور الغبن كما هو واضح إلا- إذا كان ذلك فى ضمن عقد آخر كأن تكون المصالحه بين شيئين أو أوقعا معامله مستقله و اشترطا فى ضمنه سقوط خيار الغبن على تقدير وجوده فلو أراد المغبون إسقاط خياره على تقدير وجوده بإزاء العوض تعين عليه ذلك و ان ذكر المصنف الاولى هو ذلك نعم لو كانت المصالحه محاباتهيه بأن يهب من يتوهم كونه غابنا مالا للآخر و الآخر يسقط خياره المحتمل فان هذا أمر آخر و الا فلا مدفع للإشكال المذكور.

و أما لو علم المغبون بوجود الغبن فأراد أن يصالح ذلك بشيء فإن صالح ما اعتقده من الغبن بشيء فظهر مطابقا للواقع فلا كلام لنا فيه و ان ظهر الواقع أزيد من ذلك فذكر المصنف هنا ثلث احتمالات بطلان الصلح من أصله و صحته مع كونه لازما و صحته متزلزلا- و الحق هو الأخير و يظهر بطلان الوجهين الأولين من بيان وجه الصّحّح في الثالث فنقول أنه كما أن الشرط الضمّنى موجود في المعاملات بكون العوضين متساويين أى لا يكون كل منهما زائدا و ناقضا و قد قلنا أن ذلك مقتضى بناء العقلاء و الا يثبت للمشروط له خيار تخلف الشرط و هذا المعنى بعينه جار في المصالحة أيضا فإن كل من المتصالحين يشترط على الآخر أن يكون ما أعطاه للآخر من المال أو ما أسقطه من الحق زائدا عن المقدار الذى تسالما عليه و كذلك أن يكون بدلا عما يعطيه ناقصا عن المقدار الذى تسالما عليه فهذا الشرط الضمّنى موجود في المصالحة فإذا تخلف في مورد يثبت للمشروط له خيار تخلف الشرط نظير تخلف الشروط المجمعوله في المعاملات و المصالحة في المقام كذلك فإن المغبون بعد ما علم بالغبن بمقدار معين يصالح حق خيار غبته بمبلغ معين و هذه المصالحة و ان كانت مطلقة و لكن يشترط فيها بالضمن العقدي أن لا يكون الغبن أزيد من المقدار الذى جرى عليه التسالم و الأ فيثبت له خيار تخلف الشرط و هذا واضح جدا.

و من هنا ظهر بطلان توهم لزوم المصالحة و صحتها بدعوى أن الحق أن خيار الغبن حق واحد بسيط فلا يعقل جريان المصالحة على بعضه و سقوطه بالمصالحة و بقاء بعضه الآخر فانا لا ندعى سقوط الحق بمقداره و بقاءه بمقداره الآخر ليلتزم فيه هذا المحذور و كك بطل قول من



توهم أن المصالحة باطله بدعوى أن تحقق المصالحة لم يقع على الحق الموجود و ما هو موجود من الحق لم تجر عليه المصالحة فلا وجه لسقوطه فيحكم ببطان المصالحة و وجه البطلان أو المصالحة قد جرت على الحق الموجود و لكن مترزلا فقد ظهر أن هذين القولين بين إفراط و تفريط.

ثم ان ما ذكرناه جار في خيار الرؤيه و خيار العيب أيضا على النحو الذى تقدم فان الخيار فيهما ثابت بالشرط الضمنى و خيار العيب و ان كان منصوصا و لكنه ليس على خلاف القاعده بل النص ورد على طبق القاعده نعم ثبوت الأرش فى خيار العيب بالنص على خلاف القاعده.

### **قوله الثانى من المسقطات اشتراط سقوط الخيار فى متن العقد**

أقول قد تقدم ذلك فى خيارى الحيوان و المجلس و قد ذكر المصنف ذلك هناك و ما أشكل عليه بوجه عمدتها أنه إسقاط لما لم يجب فان الخيار لم يثبت حين العقد فاشتراط إسقاطه فيه إسقاط لما لم يجب و قد أجاب عنه المصنف و أجابنا عنه أيضا بما عندنا و لا نعيده و لكن مما يجب التنبيه عليه هنا أن هذا الاشكال انما يتوجه لاحتاج الى الجواب إذا كان مدرك الخيار هو دليل نفي الضرر أو الخبر الوارد فى تلقى الركبان فإنه عليها لم يثبت حق حين العقد حتى يشترط سقوطه فى ضمن العقد و لكن بناء على ما ذكرناه من كون دليل خيار الغبن هو الشرط الضمنى فلا مجال لهذا الإشكال أصلا فإن مرجع سقوط الخيار هو عدم الاشتراط من الأول إذ خيار الغبن كان ثابتا بالشرط الذى يجعلانه المتعاملان بالشرط الضمنى فإذا لم يجعل ذلك لم يثبت خيار الغبن بتخلف الشرط فيكون نظير التصريح بعدم هذا الشرط كما هو واضح فلا يرد اشكال ح أصلا.

نعم يبقى هنا ما ذكره الشهيد ره من اشكال الغرر بأن هذه المعامله غرريه و سيأتى تفصيل ذلك.

و أما الكلام فى المسأله الثانيه أعنى إسقاط الخيار فى ضمن العقد فقد تقدم تفصيل ذلك فى خيارى المجلس و الحيوان و عمدته الإشكال فى ذلك هو لزوم إسقاط ما لم يجب كما عرفت من جهه أن فى ظرف الاسقاط ليس حق و فى ظرف الحق ليس إسقاط و قد تقدم الجواب عن ذلك و قلنا أنه لم يرد فى دليل أنه لا يجوز إسقاط ما لم يجب و انما هو من جهه اللغويه و عدم اعتبار العقلاء أثرا عليه و لو كان هنا إجماع فمنشئه هو ذلك و إذا فرض فى مورد ترتب الأثر عليه و تعلق غرض عقلائى بإسقاط الحق الموجود فى ظرفه من الآن فلا محذور فيه فإنه يخرج عن اللغويه كما هو واضح و هذا لا شبهه فيه و لكن الذى يسهل الخطب أنه يجرى هذا الإشكال فى المقام الأبناء على كون دليل الخيار دليل نفى الضرر أو الخبر الوارد فى تلقى الركبان و أما بناء على ما ذكرناه من كون دليل خيار الغبن هو الشرط فى ضمن العقد فمعنى اشتراط عدم الخيار فى متن العقد هو عدم اشتراط الشرط الضمنى من الأول فلا يلزم هنا إشكال إسقاط ما لم يجب أصلا فلا يتوجه أن الاسقاط بالفعل ليس له متعلق لعدم وجود الحق و حين وجود الحق ليس إسقاط و لكن يتولد من ذلك اشكال آخر و هو أن المعامله حيثئذ تكون غرريه فإنهما أقدمتا على شىء لا يعلم أن مقدار ماليتة فى أى مرتبه و بأى مقدار و قد ذكر ذلك الشهيد فى المقام و فى خيار الرؤيه و بيان ذلك أما لزوم الغرر فى إسقاط خيار الرؤيه من جهه أن بيع العين الغائبه و لا يصح الا بذكر الأوصاف التى بها تختلف ماليه المال و مرجع إسقاط الخيار الى اشتراء المال بأى

وصف كان و هذا غررى لأن الأوصاف لها دخل فى المالىة فمقدار المالىة من هذا المبيع غير معلوم و أما فى خيار الغبن فكذلك فان اعتبار ذكر أوصاف المبيع ليس إلا لأجل العلم بمقدار مالىة فإذا كان الجهل بالمبيع أو بالصفة راجعا أى الجهل بالمالىة فإسقاط خيار الغبن أيضا يرجع الى الجهل بمقدار مالىة المال فيلزم الغرر، و على الجملة فإسقاط الخيار أى عدم جعل الخيار فى العقد مع احتمال الغبن يوجب غرريه المعامله إذ لا يعلم أن ما تملكه و أخذه أى مقدار من المال و أى مقدار له مالىة و هو واضح.

و قد أشكال عليه المصنف بما حاصله أن الخيار من الأحكام الشرعيه فلا يكون ثبوته فى البيع موجبا لارتفاع الغرر و الا لصح كل بيع غررى على وجه التزلزل فثبوت الخيار و عدمه بالنسبه إلى ثبوت موضوع الغرر فى المعامله و عدمه بيان.

و يرد عليه أن هذا المطلب متين فيما كان الخيار ثابتا بجعل الشارع فإنه من الأحكام الشرعيه التى لا ترتبط بالغرر نفيا و إثباتا فلا يكون ثبوته رافعا للغرر و لا أن سقوطه يوجب الغرر و لكن لا شبهه فى أن الخيار الثابت بجعل المتعاقدين يوجب رفع الغرر فإن المعامله مع اشتراط أن يكون له الخيار مع ظهور الغبن فيها لا تكون غرريه أى يكون هذا الاشتراط رافعا للغرر و موجبا لسقوطه فان الغرر هو المخطر فمع هذا الشرط فأى خطر فى المعامله فإنه مختار مع ظهور الغبن فيها أن يرض أو يفسخها و هو واضح فتحصل أن جعل الخيار فى المعامله يوجب رفع الغرر فيها.

و لكن الذى ينبغى أن يقال أن المعامله بدون جعل هذا الخيار

أيضا ليست بغيريه و ذلك لان الغرر بمعنى الخطر فهو انما يكون إذا لم يعلم أن تصاحبه بالمبادله أى شىء أو أنه متصف بأى وصف و لذا اشتراطوا فى البيع كون المبيع معلوم الوجود و معلوم الوصف و إذا انتفى أحدهما أو كلاهما كان البيع غررِيًا فلو باع أحد داره بما فى الكيس فلا يعلم أنه أى مقدار فى الكيس و أنه أى شىء فىكون البيع غررِيًا و أما إذا علم كل من البائع و المشتري ما يأخذه من الآخر و تملكه أى شىء بل يراه و هو فى نصب عينيه و لكن لا يعلم أن قيمته السّوقيه أى مقدار و الجهل بالماليه من جهه الجهل بالقيمه السوقيه فإنه لا يكون ذلك غررِيا فنفرق أنه ليس فى العالم سوق و لا عقلاء الا البائع و المشتري فهل يتوهم أحد أن معاملتهما غرريه و هذا بخلاف الجهل بأصل الشىء أو بوصفه فإنهما يوجبان الخطر حتى لو لم يكن فى العالم سوق و لا عقلاء غير المتبايعين فان الرغبات تختلف بينا باختلاف الأشياء و أوصافها و هو واضح.

و لو سلمنا أن اعتبار العلم بالقيمه السوقيه أيضا من شرائط البيع و اصنفنا ذلك الى شرائط البيع و قلنا لا بدّ من العلم بأصل وجود المبيع و بأوصافه و بماليته مع أنه لم يعتبر ذلك أحد من الفقهاء أنه ليس هنا غرر أيضا فإنه يرتفع بالاطمينان الحاصل اما من اخبار الثقه أو بأصالة الصحه بناء على اعتبارها أو الرؤيه السابقه أو غير ذلك و ان لم يكن اطمينانه بمرتبته القطع فإذا اطمأن البائع بعدم كون المبيع أقل من القيمه السوقيه أو اطمأن المشتري بعدم كونه أزيد من القيمه السوقيه فلا يكون البيع خطريًا حينئذ و ان لم يكن فى الواقع كذلك لما عرفت فى البحث عن بيع الغررى أن الخطر انما هو قائم بحاله ترد النص و عدم اطمينانها و إذا اطمأن و ان يكن قاطعا بعدم كون قيمه المبيع أقل من القيمه

السوقية فباع على هذا الاطمئنان فلا يكون غرريا و بهذا قلنا أن إسقاط خيار العيب و الاقدام بمعامله مع الاطمئنان يكون المبيع صحيحا و ان كان معيبا واقعا لا يكون غرريا بل يصح المعامله كسراء الجاربه مع الاطمئنان يكونها صحيحه مع أنها مسلوله و من هنا ظهر حكم السراء بانبا على الرؤيه السابقيه على البيع يوما أو يومين بحيث يطمئن عاده أن المبيع لا يتغير فى هذا المده فإنه يكون البيع حينئذ صحيحا مع إسقاط الخيار و ان لم يكن المبيع كذلك فى الواقع إذ لا تردد للمشتري فى ذلك ليكون خطرا فتحصل أن الاقدام على المعامله مع الاطمئنان بالصحه أما اعتمادا على قول الثقه أو على الرؤيه السابقيه أو على أصاله الصحه بناء على اعتبارها مع إسقاط خيارى الغبن و الرؤيه و حينئذ لا يوجب كون المعامله غرريه.

### **الثالث تصرف المغبون بأحد التصرفات المسقطه للخيارات المتقدمه**

بعد علمه بالغبن

أقول ذكر المصنف أن المشهور بين الفقهاء هو الفرق بين التصرف الواقع بعد العلم بالغبن و بين التصرف الواقع قبل العلم بالغبن فإنهم التزموا بكونه مسقطا لخيار الغبن و العيب و التدليس فى الأول دون الثانى.

فإن كان المراد بذلك هو الطريقيه فهو متين بأن كان التصرف - كاشفا عن الرضاء بالعقد و طريقا إليه إذ لا فرق فى المسقط بين المسقط القولى و بين المسقط الفعلى إذ الميزان انما هو كونه مبرزا لما فى النفس من الرضاء بالعقد و كاشفا عن سقوط الخيار و من الواضح أن التصرف حين العلم بالغبن له طريقيه الى سقوط الخيار إلا إذا قامت قرينه على عدم كونه طريقا الى السقوط فى هذه الحاله و ان كان المراد من هذا الفرق الموضوعيه بأن كان التصرف مع العلم بالغبن له موضوعيه فى سقوط

ص: ٣٥٠

الخيار فهو باطل إذ كثيرا يوجد التصرف مع العلم بالغبن و لا يكون مسقطا للخيار كما إذا علم بالغبن و بنى على الفسخ و لكن لم يفسخ ليتصرف في المبيع و لا يكون التصرف في ملك الغير كأن اشترى لحاقا و التفت الليل الى الغبن و بنى على الفسخ بناء على عدم فوريه هذا الخيار و لكن لم يفسخ الليله من جهه بروده الهوى ليتصرف في اللحاف مع كونه في ملكه و أصبح و فسخ فإن القرينه قائمه على عدم كون التصرف كاشفا عن سقوط الخيار فلو كان له موضوعيه لكان مثل هذه التصرف أيضا مسقطا للخيار و هكذا لو كان التصرف واقعا في مقدمه الإسقاط كما إذا اشترى حيوانا فالتفت الى كون المعامله غبنه و ركبه ليرده إلى البائع و يفسخ العقد عنده فان مثل هذا التصرف لا يكون مسقطا للخيار بل قد يكون موجبا لسقوط الخيار مع الجهل بالغبن كما إذا تصرف المغبون تصرفا كاشفا عن الرضا بالعقد حتى لو ظهر فيه غبن كما هو المفروض فلو كان التصرف مع العلم بالغبن له موضوعيه في سقوط الخيار لما كان ذلك موجبا لسقوط الخيار نعم مع العلم بالغبن يكون التصرف كاشفا عن سقوط الخيار غالبا إلا إذا قامت قرينه على الخلاف و عكس ذلك وقوع التصرف مع الجهل بالغبن.

و على الجملة ما ذكره المشهور من الفرق في مسقطيه التصرف بين ما بعد العلم بالغبن و بين ما قبل العلم بالغبن لا يرجع الى محصل إذا كان غرضهم الموضوعيه بل له وجه إذا كان غرضهم الطريقيه و قد ذكرنا سابقا أنه لا يفرق في إبراز الاسقاط بين المبرز الفعلي و المبرز القولي كما هو واضح ثم انه لا- وجه لقياس خيار الغبن بخيار العيب و التدليس فان سقوط الخيار بالتصرف في خيار العيب بالنص فاما يفسخ أو يأخذ الأرش

و اما فى خيار التبدليس فلا دليل فيرجع الى دليل الخيار هذا كله فيما إذا كان المدرك لهذا الخيار هو دليل لا ضرر و صدق على هذا التصرف الاقدام على الضرر فإنه مع هذا الصدق يسقط الخيار فى صور العلم بالغبن و عدمه و أما إذا لم يصدق على التصرف الاقدام على الضرر فلا يسقط الخيار على كل تقدير أى مع العلم بالغبن و عدمه و هكذا إذا كان الدليل هو الشرط الضمنى فإنه ان كان التصرف مصداقا للإسقاط يسقط به الخيار و الآ فلا، فلا يفرق فى ذلك أيضا بين صورتى العلم بالغبن و عدمه غاية الأمر أنه بناء على الأول فالخيار مجعول شرعا و بناء على الثانى فهو مجعول بجعل المتعاقدين.

و أما إذا كان المدرك هو الإجماع فهل هو غير ثابت مع الرضاء أو يقال أن الشك فى الرفع لا الدفع فيستصحب كما ذكره المصنف فيه بحث ثم أمر بالتأمل و قد يقال ان الاستصحاب لا يجرى هنا من جهة أن المدرك للخيار هنا هو الإجماع و قد حقق فى محله أنه إذا كان المدرك هو الدليل اللبى فلا- مطرح للاستصحاب فيكون دفعا لا- رفعا و لكن يرد عليه أنه لا- فرق عند التحقيق و عند المصنف فى جريان الاستصحاب بين كون دليل الحكم هو الإجماع أو غيره كما حقق فى محله و قد يقال ان وجه الإشكال فى الاستصحاب هو كون الشك فى المقتضى أى لا- يعلم وجود المقتضى للخيار مع التصرف للشك فى أن المستصحب له اقتضاء البقاء أم لا.

و فيه أن مورد الشك فى المقتضى ما إذا كان الشك فى نفس الزمان بأن لا يعلم مقدار بقاء المستصحب من حيث الزمان لا بقاءه من حيث الزمانى و بالنسبة الى كل طار و عارض و الا لرجع كل ما يشك فى

الرافع الى الشك في المقتضى.

و قد يقال بان الوجه في عدم جريان الاستصحاب هو عدم بقاء الموضوع كما ذكره شيخنا الأستاذ فإن الموضوع في المقام ليس ذات المغبون بل هو مع الرضا كما ان عنوان السفر و الحضر لهما دخل في القصر و الإتمام و عنوان العداله له دخل في جواز تقليد المجتهد بحيث يعد الفاسق موضوعا آخر غير العادل و هكذا هنا فالوصف العنواني يوجب تعنون الموضوع بعنوان خاص و إن كان الموضوع حقيقه شيئا واحدا و لكن طرو الأوصاف المتغايره يوجب التعدد.

و لكن هذا أيضا ليس بصحيح و ان كان صحيحا في المسافر و الحاضر و العادل و الفاسق في مسأله التقليد إذ ليس لعنوان الرضاء دخل في ثبوت الخيار بل هو ثابت لذات المغبون غايه الأمر أن التصرف الصادر عن الرضا مصداق للإسقاط نظير الإسقاط القولى.

بل الوجه في عدم جريان الاستصحاب ما ذكرناه في علم الأصول من عدم جريان الاستصحاب في الشبهات الحكميه فلو لا هذه الجبهه لم يكن مانع في جريان الاستصحاب هنا و كان الشك في الرفع لا الدفع و لحكمننا معه بجريان الاستصحاب فافهم و إذا لم يتم الاستصحاب فترجع الى دليل لزوم العقد.

### **قوله الرابع من المسقطات تصرف المشتري المغبون قبل العلم**

بالغبين

تصرفا مخرجا عن الملك على وجه اللزوم كالبيع و العتق، أقول نسب المصنف ره الى المحقق و من تأخر عنه سقوط خيار الغبن بالتصرف المخرج عن الملك بل هو المشهور بين المتأخرين بل يظهر ذلك من كلام الشيخ في خيار المشتري مرابحه عند كذب البائع أنه لو هلك السلعه

ص: ٣٥٣



أو تصرف فيها سقط الرد واستظهره المصنف اتحاد هذا الخيار مع خيار الغبن على حد ما استظهره من جامع المقاصد في شرح قول الماتن ولا يسقط الخيار بتلف العين.

### و كيف كان انما الكلام فى دليل ذلك

فنقول

### إن كان المدرك لخيار

الغبن هو الإجماع

فيمكن أن يقال ان الإجماع دليل لبي فالمتيقن منه أنما هو فرض بقاء العين و أما فى فرض تلف العين فلا إجماع فى البين على أن هذا الفرع ليس معنونا فى كلمات القدماء فكيف يمكن دعوى الإجماع التبعدى على ذلك و ان كان يمكن استظهاره من بعض كلماتهم كما استظهره المصنف من الشيخ ره.

### و ان كان المدرك هو دليل لا ضرر

و هو ثابت فى هذه الصورة أيضا لأن لزوم هذا العقد ضرر على المغبون فيرتفع بدليل نفي الضرر و من الواضح أن متعلق الفسخ هو العقد فيفسخ العقد و يرد مثل العين الى الغابن و هكذا الحال فيما إذا كان دليل الخيار هو الشرط الضمنى فإنه موجود فى صورتى بقاء العين و تلفها

### و لكن الكلام فى أنه على القولى

بكون مدرك الخيار هو دليل لا ضرر أشكل عليه بوجهين

### الأول أنه يسقط

الخيار مع التصرف فى العين تصرفا مخرجا عن الملك

فإنه اقدام على الضرر فمعه يسقط الخيار.

و فيه ما ذكره شيخنا الأنصارى ناقلا عن شيخنا الشهيد ره بأن الضرر الموجب للخيار قبل التصرف ثابت مع التصرف و التصرف مع الجهل بالضرر ليس اقداما على الضرر فان الخارج عن عموم نفي الضرر ليس إلا صورته الاقدام عليه عالما به فيجب تدارك

الضرر باسترداد ما دفعه من الثمن الزائد برد نفس العين مع بقائها على ملكه و بدلها مع عدمه

ص: ٣٥٤

و على الجملة فمثل هذا التصرف الواقع فى حال الجهل ليس اقداما على الضرر إلا إذا قامت قرينه على ذلك فإنه يوجب سقوط الخيار على النحو الذى تقدم فى المسقط الثالث و عدم بقاء العين لا يضر ببقاء الخيار لان متعلقه العقد كما عرفت مفصلا دون العين.

### **الوجه الثانى أن عدم سقوط الخيار بمثل هذا التصرف المخرج**

عن الملك ضرر على الغابن أيضا

فيكون مشمولاً لدليل نفي الضرر و ح- فيتعارض دليل لا ضرر بالنسبة إليهما و يتساقط و هو واضح فالوجه الأول ناظر الى منع المقتضى و الوجه الثانى ناظر إلى إبداع المانع و فيه أيضا ما ذكره شيخنا الشهيد من أنه لا ضرر فى ذلك على الغابن لا العين المبيعه ان كانت مثليه فلا- ضرر عليه لأنه يأخذ المثل و ان كانت قيمه فيأخذ قيمه و على كل حال لا ضرر على الغابن غايه الأمر تفوت الأوصاف الشخصية الغير الدخيله فى زياده قيمه و ليس فيه ضرر على الغابن و ان كان مثل تلك الأوصاف أيضا موردا لغرض الغابن بشخصه كما إذا كان كتابا مختوطا بخط أبيه فإنه خصوصيه شخصيه و له دخل فى الغرض الشخص و لكنها لا توجب التفاوت فى قيمه السوقيه كما هو واضح.

و تحصل أنه لو تصرف المغبون فى العين جهلا تصرفا مخرجا عن الملك لا يوجب هذا التصرف سقوط الخيار بناء على كون مدرك الخيار هو دليل نفي الضرر أو الشرط الضمنى إلا إذا قامت قرينه على كونه اقداما على الضرر أو مصداقا لسقوط الخيار فإنه ح يسقط الخيار بذلك.

### **قوله ثم ان مقتضى دليل المشهور عدم الفرق فى المغبون المتصرف**

بين البائع و المشتري

أقول الظاهر هو عدم الفرق بين كون المغبون هو البائع أو المشتري بناء على كون المدرك هو دليل نفي الضرر أو الشرط

الضمنى فإنه على كلاً- التقديرين لعموم الدليل بهما نعم بناء على كون مدرّك الخيار هو الإجماع لا يشمل ذلك البائع لأن المذكور فى كلماتهم هو المشتري فىكون هذا حكماً تعديداً مختصاً بالمشتري كما هو واضح و لكن قد عرفت عدم وجود الإجماع التعدي فى المقام.

### قوله و مقتضى إطلاقه عدم الفرق بين الناقل اللازم و بين فك المالك

كالعتق و الوقف و بين المانع عن الرد مع البقاء كالاستيلاء

أقول بناء على عدم ثبوت الخيار بالتصرّف المخرج عن الملك لا فرق فيه بينما يكون التصرّف موجبا لاعدام العين كأن اشترى الخبز المساوى بسته فلوس بخمسين فلوس فأكله أو كانت العين باقيه و لكن زالت الملكيه عنها كما إذا اشترى عبدا فأعتقه ثم علم بالغبن أو كانت العين باقيه مع وصف الملكيه و لكن كانت ملكا للغير كما إذا باعها المغبون من غيره بالبيع اللازم أو كانت العين باقيه فى ملك المغبون أيضا و لكن تصرف فيها تصرفا أوجب ذلك التصرف المنع عن الرجوع كما إذا اشترى أمه فاستولدها فان التعين لم تتلف و لم تزل عنها الملكيه أيضا و لكن وجد فيها وصف أوجب المنع عن ردها الى الغابن فإنه على القول بعدم سقوط الخيار بالتصرف المخرج عن المالك جهلا لا يفرق بين هذه الصور بل يبقى الخيار على حاله كما أنه على القول بعدم بقاءه أيضا لا يفرق بين هذه الصور.

و هل يلحق بما ذكر نقل العين الى غيره بالعقد الجائر أو التدبير و الوصيه أم لا ذكر المصنف ما صرح به جماعه أن الناقل الجائر لا يمنع الرد بالخيار إذا فسخه فضلا عن مثل التدبير و الوصيه من التصرفات الغير الموجهه للخروج عن الملك فعلا.

و ذكر شيخنا الأستاذ أن فى مورد النقل يمنع الفسخ ما دام العين

المغبون فيها خارجه عن ملك المغبون و لو كان النقل جائزا لأن الفسخ يقتضى رد العين من ملك الفاسخ الى ملك المفسوخ عليه ورد بدلها من ملك المفسوخ عليه الى ملك الفاسخ و العين إذا لم تكن ملكا للفاسخ يمتنع الرد و لكنه تسلم إمكان الرد فى التدبير و الوصيه لأن نفس الفسخ ابطال لهما.

أقول يمكن أن يقال ان النزاع بأنه يمكن أن يقال يمكن الفسخ فى مورد النقل بالعقود الجائزه كما ذهب اليه شيخنا الأنصارى أو يستحيل كما ذهب اليه شيخنا الأستاذ خارج عن المقام أصلا و لا موضوع لهذا البحث و ذلك لان من يفسخ العقد يقصد مع ذلك رد العين إلى البائع فما يفسخ به العقد من الفعل أو القول يكون ذلك إنشاء لفسخ العقد الذى غبن فيه المغبون و أيضا إنشاء للعقد الجائز الناقل للعين الى غيره فيكون فعله هذا أو قوله الذى يقع به الفسخ مبرزا لفسخ عقدين العقد اللازم الذى وقع فيه الغبن و العقد الجائز الناقل للعين الى غيره و بعبارة أخرى أن المغبون إذا فسخ العقد يقصد بذلك رد العين الى الغابن و معنى رد العين الى الغابن ليس الا فسخا للعقد الجائز فيكون فسخ المغبون العقد الذى وقع فيه الغبن بالالتزام فسخا للعقد الجائز أيضا و عليه فلا موضوع لما ذكره المصنف من إمكان الرد و لا لما ذكره شيخنا الأستاذ من عدم إمكان الفسخ هذا كله لا اشكال فيه.

**و أما إذا نقل المغبون العين الى غيره بالإجاره فهل يبقى الخيار**

مع ذلك أم لا

أما بناء على بقاء الخيار مع ما ذكرناه من النواقل اللازم و الجائزه فواضح لا شبهه فيه و أما على القول بعدم بقاء الخيار مع الأمور المذكوره فهل يبقى الخيار هنا أم لا فالظاهر هو بقاء الخيار و ذلك لأن

ص: ٣٥٧

العين باقيه فى ملك المغبون و ليس عن ردها الى الغابن مانع أصلا و ليس المقام مثل الأمور السابقه الناقله للعين الى ملك الغير نقلا لازما أو نقلا جائزا و لا أن هنا مانعا عن الرد كالاستيلاذ غايه الأمر أن العين مسلوبه المنفعه إلى مده معلومه فيفسخ المغبون العقد و يملك الغابن العين و لكن مسلوبه المنفعه إلى مده معلومه على انك عرفت أنه مع عدم إمكان رد العين أيضا يمكن لان متعلقه هو العقد دون العين الخارجيه كما لا يخفى.

و على الجملة أن التصرف المخرج عن الملك حقيقه أو حكما لا- يمنع عن بقاء الخيار و هكذا التصرف فى المنفعه كما فى الإجاره بل عدم سقوط الخيار هنا أولى.

### **ثم انه لو امتزجت العين بشيء آخر ثم علم الغبن فهل يوجب ذلك**

سقوط الخيار أم لا

و على تقدير ان لا- يكون موجبا لسقوط فهل يكون ذلك مانعا عن الرد أم لا و هنا مسألتان الاولى فى أن الخيار هل يبقى مع الامتزاج أم لا- و الثانيه أنه مع القول بالبقاء هل يكون ذلك مانعا عن الرد أم لا أما المسأله الاولى فقد ظهر حكمها من السابق حيث عرفت أن التصرف الموجب للتلف موضوعا أو حكما لا يكون سببا لسقوط الخيار و كذلك فى المقام سواء كان الامتزاج بالأعلى أو بالأدنى أو بالمساوى و سواء اختلط بمال المشتري المغبون أو بمال غيره و ذلك لما عرفت أن متعلق الفسخ هو العقد دون العين حتى يلزم من تلفه أو انتقاله الى شخص آخر انتفاء موضوع الفسخ و أما أن الامتزاج مثل التصرف المخرج عن الملك فمن جهه أن الامتزاج يوجب خروج العين عن الملك لإتمامها بل ببعضها و بهذا الخروج تحصل الشركه الإشاعه فينتقل بعض من كل

من الممتزجين بعضا مشاعا الى ملك مالك الآخر فتصبح العين بينهما مشتركة على وجه الإشاعه.

و أما المسأله الثانيه فهى أنه هل يمكن الرد هنا أم لا فنقول أما إذا لم يرض الغابن لما امتزجه سواء كان الامتراج بالأعلى أم لا فلا- شبهه فى انتقال حقه الى المثل أو القيمه فإن ما أخذه المغبون من الغابن لم يكن ممتزجا بغيره و لم يكن مشتركا بينه و بين غيره فالشركه عيب فى ماله فله أن لا يقبله و يطلب من المغبون مثله أو قيمته فإنه حين ما سلمه الى المغبون لم يكن معيوباً بهذا العيب كما هو واضح.

و على الجملة فللغابن أم لا يرض بالمتزج و طلب منه غيره و ان رضى بذلك فليس للمغبون أن يمنع من أدائه لأن الشركه و ان كانت عيباً فى المال و موجه لانتقال بعض مال الغابن الى المغبون لحصول الإشاعه بذلك الا أنه مع ذلك متعلق حقه و ماله غايه الأمر ماله المعيوب بعيب حصل بفعل المغبون و له مطالبه نفس ذلك و ليس للمغبون أن يمنع من رده لان الغابن له أن يسقط ما كان فى ماله من القيمه عن العيب الذى هو الشركه و ليس ذلك اعتبار وصف زائد فيه حتى يكون ذلك عنايه زائده و لا يكون للغابن حق المطالبه. و الأمر كذلك فى جميع المقامات التى يشترط المشتري كون المبيع واجد الوصف الكمال و لكن فى مقام التسليم و التسلم يغمض النظر عن حقه و لا يطلب الواجد للوصف كما لا يخفى مثلاً لو فرضنا أن زيدا اشترى عبداً كاتباً من عمرو و هو عند المطالبه يطالب عبداً فاقداً للكتابه و يغمض عن جهه الكتابه لأنه إغماض عن حقه و ليس للبائع إجباره و بالعبد الكاتب مثلاً إلا إذا كان الواجد للوصف مبايناً مع الفاقد كفرش كاشان مع فرش همدان

ص: ٣٥٩

فإنه لو وقعت المعاملة على فرش كاشان و رضى البائع بفرش همدان و لكن لا يرضى المشتري بفرش همدان اما لعدم وجوده عنده أو من جهة أخرى فإنه ليس له أن يجبر البائع بذلك و ان كان إغماضا عن الحق بل ينفي البيع الأول فى تسليم فرش همدان بل يحتاج إلى معاملة أخرى لأنها بوجوده الأول و ردائه الثانى من المتباينين و هذا بخلاف ما كان الوصف وصف الكمال فقط كما إذا كان المبيع الحنطة الفلانية التى جيدة و رضى البائع بالحنطة الفلانية التى رديه و رضى المشتري بالردى فإنه ليس للبائع إجباره بالجيد لأن المبيع شىء واحد غايه الأمر قد اعتبر فيه وصف الكمال فيسقط المشتري هذا الشرط فلا محذور فيه كما لا يخفى فافهم و تأمل و من هنا ظهر حكم لو تعيب المبيع بفعل المغبون و لم يخرج عن ملكه فإنه لو لم يرض به الغابن لا بد له من إعطاء المثل أو القيمة و أما لو رضى به فليس للمغبون إجباره بالمثل أو القيمة بدعوى أنه صار معيبا و ذلك لان العيب ليس مانعا عن مطالبه الغابن ماله كالامتزاج غايه الأمر أن حصول العيب يجوز له مطالبه المثل أو القيمة مع عدم الرضاء بالمعيب و أما مع الرضاء به فليس لأحد أن يمنعه من ذلك لكونه ماله كما هو واضح.

و أما لو زادت العين فقد تكون الزيادة عينيه و قد يكون حكميه و أما إذا كانت الزيادة عينيه كما إذا اشترى حيوانا صغيرا فصار شابا كبيرا أو اشترى حيوانا هزالا- فصار سمينا أو اشترى شجرا صغيرا فصار كبيرا فهل تكون مثل هذه الزيادة مانعه عن ثبوت الخيار للمغبون و عن الرد على تقدير ثبوت الخيار أم لا الظاهر أنه لا يمنع ذلك عن ثبوت الخيار و لو كان مغبونا حين العقد لما عرفت أن الفسخ قد تعلق على



العقد دون العين فيمكن فسخ العقد مع ذلك و أما ردّ العين فالظاهر أنه ليس للغاين رد العين على هذه الحالة بل لا بدّ اما من الرضاء بالمثل أو القيمه أو الرضا بالعين على هزالتها و صغرها مثلا و تكون الزيادة للمغبون لحصولها في ملكه فتحصل الشركه و يكونان شريكين للعين بحسب حصتهما كما هو واضح فافهم و تأمل.

و قد عرفت أن الامتراج ليس مانعا عن رجوع الغاين الى ملكه و لكن نقول انه يكون مانعا عن ذلك و تفصيل الكلام أن الشركه قد تكون بمعنى كون كل من الشريكين مالكا لنصف العين المشتركه بجميع أجزائها بحيث يكون حق كل منهما معلوما عند الله و لعلّ هذا هو المعروف بين الأصحاب الثاني: أن يكون كل من الشريكين مالكا لمجموع العين المشتركه ملكيه ناقصه و الفرق بين الأول و الثاني أن ملكيه المالك في الوجه الأول مستقله لما عرفت أنه مالك لمجموع النصف مستقلا و لكن المملوك ناقص فإنه هو النصف و أما في الوجه الثاني فالمملوك مستقل و هو مجموع العين المشتركه و لكن ملكيه المالك ناقصه فإن كل منهما نصف المالك و المجموع مجموع المالك منهما مالك واحد مستقلا كما هو واضح.

إذا عرفت ذلك فنقول ان الامتراج أيضا مانع عن الردّ كبقية النواقل اللازمه و ذلك لأنه يوجب الشركه بحسب السيره العقلانيه ليكون كل جزء مشتركا بين الشريكين الى ان ينتهى الأمر الى الاجزاء الصغار التي لا تفيد القسمه بالآله التي لا يعتبر لها العقلاء الماليه فيكون الامتراج من أسباب الشركه و فاقدنا عن الرد فأما على الاحتمال الأول من وجهين الشركه فمن جهة أنه ينتقل بالامتراج نصف مال كل من الشريكين إلى الآخر و بالعكس فيكون كل جزء مشتركا بين الشريكين واقعا و ما قيل أنهما يكونان مشتركين

فى الظاهر فلا-وجه له إذ لیس الواقع مجهولاً-لنا حتى نقول بالملکيه الظاهريه و عليه فيكون الامتراج مثل سائر النواقل اللازمه مانعه عن الرد فينتقل الضمان الى البدل من المثل أو القيمه.

و على الوجه الثانى من وجهين الشركه فربما يتوهم أن المملوك هنا شىء واحد و لكن المالكيه ناقصه فلا مانع من الرد و لكنه واضح الفساد أيضا بداهه أن مالکيه كل من الشريكين ناقصه بالنسبه إلى المملوك و أن كل واحد منهما نصف المالك على مجموع العين فمالکيه كل من الشريكين المستقله انتقلت الى الشريك الآخر فبالعرض يكون المملوك أيضا منتقلا الى الآخر بمعنى أن العين تكون مملوكه للشريك الآخر مجموعا بنصف المالكيه و لم تكن العين قبل الشركه كذلك و منتقله إلى الآخر فالنقل متحقق على كل تقدير كما هو واضح و عليه فلا يمكن رد العين أيضا لكون المقام كسائر النواقل اللازمه.

**ثم انه لو انتقل المبيع بناقل لازم أو جائز إلى غيره ثم رجع إلى**

ملكه فهل للغابن مطالبه ذلك

و ليس للمغبون منعه عن رده أو ليس له مطالبته و ان ذلك أيضا مانع عن الرد أو يفصل بين ما كان الإرجاع بسبب جديد كالشرى و التوارث و الهبه فلا يرجع اليه الغبن أو بسبب هو من شؤون السبب الأول كالفسخ و الإقاله و نحوهما فله حق الرجوع الى المغبون وجوه و قد ذكر شيخنا الأستاذ تفصيلا فى المقام و تفصيل المقام فى جهتين الاولى فى ثبوت الخيار و الثانى فى رد العين أما الأول فلا شبهه فى ثبوت الخيار ح لعين ما تقدم فإنك قد عرفت أن متعلق الفسخ هو العقد دون العين فالعين سواء كانت باقيه أو تالفه فالخيار على حاله و مع الفسخ يرجع الى العين مع البقاء و الا فإلى المثل أو

ص: ٣٤٢

القيمة ففي المقام على فرض أن نقول أن رجوع العين الى ملك المغبون بعد انتقالها الى غيره مانعه عن الرد فلا مانع أيضا من ثبوت الخيار كما لا يخفى فافهم. و أما الجبهه الثانيه فسيأتى الكلام فيه فى تصرف الغابن هذا كله فى تصرف المغبون.

و أما لو تصرف الغابن فى العين التى انتقلت اليه بالنواقل اللازمه كالبيع و الهبه لذى رحم و الهبه المعوضه و نحوها من النواقل اللازمه فهل يوجب ذلك سقوط الخيار و عدم جواز رد العين أم لا أما سقوط الخيار فلا وجه له أصلا فإننا لم نقل بسقوطه بتصرف المغبون الذى هو ذى الخيار مع أن للسقوط فيه وجه فكيف بسقوطه بتصرف الغابن الذى عليه الخيار فالخيار باق على حاله كما هو واضح لا يخفى و أما بالنسبه إلى رد العين أى فهل للمغبون رد العين التى نقلها الغابن الى غيره بالنواقل اللازمه أم لا ففيه وجه الأول تسلط المغبون على ابطال ما أوجده الغابن من أصله الثانى تسلطه على إبطاله من حين الفسخ الثالث لا هذا و لا ذلك بل إذا فسخ المغبون و كانت العين منتقله إلى شخص آخر بناقل لازم كالوقف و العتق و نحوهما فيرجع الى البدل من المثل أو قيمه.

أما مدرك القول الأول أعنى البطلان من رأسه فمن جهه أن العقد الذى أوقعه الغابن فإنما أوقعه فى متعلق حق الغير كما فى بيع الرهن فيكون ذلك موجبا لتزلزل العقد من الأول و عليه فمقتضى قانون الفسخ هو تلقى الملك من الغابن الذى وقع البيع معه لا من المشتري الثانى و ح فيكون الفسخ إبطالا لعقد الغابن ليتمكن رد العين من الغابن بمقتضى العمل بقانون الفسخ كما هو واضح فان معاملته لا يزيد على المعامله

الفضوليّه و على بيع الراهن العين المرهونه فيكون الفسخ راد لذلك.

و أما مدرك القول الثاني أن العقد انما وقع على العين التي هي متعلق حق الغير لثبوت حق المغبون بأصل المعامله الغبنيه و انما يظهر له بظهور السبب فللمغبون استرداد العين إذا ظهر السبب و حيث وقع العقد في ملك الغابن فلا وجه لبطلانه من أصله بل يبطل من حين الفسخ و بعبارة أخرى أن الجميع بين دليل سلطنه الناس و دليل الخيار يقتضى نفوذ تصرفات الغابن ما لم تبلغ حد المزاحمه لحق المغبون فإذا بلغ هذا الحد اقتضى دليل الخيار سلطنه على فسخ المعامله و أخذ العين عمن كانت بيده.

و أما مدرك القول الثالث فهو أنه لا وجه لتزلزل عقد الغابن حتى يكون فسخ العقد الأول فسخاً له اما من أصله أو من حين الفسخ بل نقول بلزوم عقد الغابن و رجوع المغبون بعد فسخ عقده الى البدل من المثل أو قيمه و ذلك اما من جهة أن التصرف في زمان خيار الغير المتصرف صحيح لازم كما هو الحق و سيأتى في أحكام الخيار فيسترد الفاسخ البدل و اما من جهة عدم تحقق الخيار قبل ظهور العيب كما تقدمت الإشارة اليه و سيأتى التعرض له في أحكام الخيار.

أما الوجه الأول فيمكن المناقشه فيه أن هذا انما يصح إذا قلنا ان متعلق الفسخ هو العين فإنه ح يكون الفسخ المغبون إبطالا لعقد الغابن من الأول لكون العين متعلقه بحقه فيكون الفسخ ردا لها من الأول فيحكم ببطلان عقده من رأسه كما هو واضح و لكن الأمر ليس كذلك بل متعلق الفسخ انما هو العقد كما عرفت و عليه فلا مجال لبطلان عقد الغابن بناء على الأول يكون عقد الغابن كعقد الفضولي لكون العين متعلقه لحق الغير كالعين المرهونه إذا باعها الراهن فإن الفضولي

ليس منحصرًا ببيع مال الغير بل يعم بيع متعلق حق الغير أيضا و عليه فيكون فسخ المغبون ردا لبيع الغابن من الأول و لكن قد عرفت أن الأمر ليس كذلك على أن كون المقام بمنزلة الفضولي يقتضى أن لا يكون عقد الغابن صحيحا مع عدم الإمضاء ان لا يكون بطلانه متوقفا على الرد فقط فانا لو فرضنا أن المالك لم يلتفت الى العقد الفضولي حتى مات فهل يتوهم أحد أن ذلك العقد يكون صحيحا، نعم لو التفت الى العقد الفضولي و مع ذلك سكت فيمكن أن يكون سكوته اجازة فافهم.

و أما الوجه الثانى فيرد عليه أن متعلق حق الخيار ان كان هو العين فتكون تصرفات الغابن مراعاة اجازة المغبون العقد الفضولى فإن اجاز صحت تصرفاته و الا فتكون باطله من الأول و على الثانى فتكون تصرفات الغابن نافذه سواء فسخ المغبون العقد أم لا فلا وجه لإبطال عقد الغابن من حين الفسخ أصلا لأنه اما أن يكون باطلا من الأول أو أنه صحيح لا يبطل أصلا كما هو واضح و إذا بطل الوجهان ثبت الوجه الثالث و قد عرفت و سيأتى فى أحكام الخيار أن تصرفات من عليه الخيار نافذه من دون توقف على اجازة المغبون و عليه فإذا فسخ المغبون العقد و كانت العين منتقلة إلى الغير بتصرف الغابن فيرجع المغبون الى المثل أو قيمه نعم لا يجوز لمن عليه الخيار فى العين فى البيع الخيارى كما عرفت فإنك قد عرفت أن بناء المتعاقدين فى مثل ذلك على بقاء العين كما هو واضح.

و أما الاستيلاد فهو لا يمنع عن ثبوت الخيار و لا يوجب سقوطه لما عرفت أن متعلق الفسخ هو العقد فيفسخ المغبون العقد و يرجع اما الى العين أو البدل و أما بالنسبه إلى رد العين بان يقال هل يكون الاستيلاد

مانعا عن رد الأمه نفسها أو لا فقد احتمل المصنف جواز الرد و عدم كون الاستيلاء مانعا عن الرد من جهة أن سبب حق الخيار سابق على الاستيلاء فلذى الخيار رد العين بعد الفسخ و لكن الظاهر عدمه فان حق الاستيلاء يرفع موضوع حق الخيار و ان كان متقدما فلا يوجب تقديمه جواز الرد إذ ليسا هما الى حق الخيار و حق الاستيلاء من المتزوجين حتى يتقدم حق الخيار لتقدم سببه بل حق الاستيلاء يرفع موضوعه حتى مع تقدم حق الخيار فإنه ورد فى الشريعة المقدسه أن أم الولد لشرافتها لا تخرج عن ملك مولاهما إلا فى قيمه رقبتهما و من الواضح أن النفى يعم جميع أنحاء الخروج عن الملك و لو بفسخ العقد كما هو واضح لا يخفى و عليه فالاستيلاء مانع عن الرد.

و أما العقد الجائز فهل هو مانع عن ثبوت خيار المغبون أو رد العين أم لا كما إذا تصرف الغابن فى العين المتقله إليه بعقد جائز بأن وهبها لشخص بهبه جائزه فهل يوجب ذلك سقوط خيار المغبون أو يمنع ذلك عن جواز رد المغبون العين بالفسخ أم لا أما سقوط الخيار فقد اتضح مما تقدم أنه باطل فان التصرف بالعقد الناقل اللازم لا يوجب السقوط فالعقد الجائز كيف يكون موجبا لذلك و السر فيه ما تقدم أن تصرف نفس ذى الخيار لا يوجب السقوط لكون الفسخ متعلقا بالعقد و كيف تصرف الغابن.

و أما رد العين فحكم عقد الجائز هنا بالنسبه إلى رد العين غير حكم عقد الجائز فى تصرف المغبون و ذلك لأنك قد عرفت أن فسخ المغبون مع قصد رد العين الى الغابن و الالتفات بان الفسخ يستلزم رد العين اليه يكون فسحا لكلام العقدين أى أصل العقد و عقد المغبون

اعني العقد الجائز الذي هو محل الكلام هنا و بعبارة أخرى الفسخ الواحد يكون مبرزا لفسخ كلا العقدين و لكن لا يجرى ذلك في المقام حيث ان العقد الجائز هنا انما صدر بفعل الغابن و في ملكه و فسخ المغبون أصل العقد و لو مع قصد رد العين لا يكون فسخا لعقد الغابن لو صرح المغبون بأني فسخت عقد الغابن أيضا لا يفيد الا أن يفسخ الغابن بنفسه فإنه يفسخ بفسخه فهذا الوجه لا يفيد.

و قد ذكر صاحب المسالك لو كان الناقل مما يمكن إبطاله كالبيع بخيار ألزم بالفسخ فان امتنع فسخه الحاكم و ان امتنع فسخه المغبون و تنظر فيه المصنف بأن فسخ المغبون أصل العقد اما بدخول العين في ملكه و اما بدخول بدلها فعلى الأول لا حاجة الى الفسخ حتى يتكلم في الفاسخ و على الثاني فلا وجه للعدول مما استحقه بالفسخ الى غيره ثم قال اللهم الا أن يقال انه لا منافاه لأن البديل المستحق بالفسخ انما هو للحيلولة فإذا أمكن رد العين و جب على الغابن تحصيلها ثم قال لكن ذلك انما يتم مع كون العين باق على ملك المغبون و أما مع عدمه و تملك المغبون للبديل فلا دليل على وجوب تحصيل البديل. على انا لم نقل ببديل الحيلولة لعدم الدليل عليه كما عرفت في محله سابقا و التحقيق أنه لا دليل على تسلط المغبون على إرجاع العين إذا فسخ العقد إذا كانت العين منتقلة إلى غيره من الغابن سواء كان الانتقال بعقد لازم أو جائز فإن المغبون ليس له أزيد من التسلط على فسخ العقد و رد العين إذا كانت غير منتقلة إلى شخص آخر و الا- فلا- دليل على إجبار الغابن على فسخه عقده الجائز و مع امتناعه يفسخ الحاكم و مع عدمه يفسخ المغبون كما هو واضح فإنه ليس للمغبون شيء من ذلك لعدم الدليل

عليه و حق فسخه انما تعلق بالعقد دون العين حتى يقال ان العين مورد لحق المغبون.

و الحاصل أنك قد عرفت أنه يقع الكلام فى مقامين الأول فى فسخ المغبون العقد قبل رجوع العين الى ملك الغابن و الثانى فى فسخه بعد رجوعه اليه أما الأول فقد عرفت أنه لا وجه لانفساخ عقد الغابن أو فسخه لأنه انما وقع فى ملكه بل يرجع المغبون الى البدل نعم بناء على بدل الحيلولة يمكن أن يكون أخذ البدل من جهة الحيلولة بين المالك و انتفاعه عن العين و لكنه مضافا الى بطلان القول بالبدل الحيلولة أنه فرق بين المقام و بين موارد بدل الحيلولة كما عرفت.

و أما إذا كان الفسخ بعد رجوع العين الى ملك الغابن بأن كانت العين منتقلة إلى الغير ثم رجعت الى ملك الغابن فهل للمغبون أن يأخذ العين من الغابن أو ليس له ذلك فالظاهر من المصنف و صريح شيخنا الأستاذ هو التفصيل بين ما إذا رجعت العين الى الغابن بسبب جديد و بين ما رجعت اليه بزوال السبب الذى به انتقلت العين الى الغير كفسخ العقد و إقالته فإنه على الأول التزاما بعدم جواز رجوع المغبون الى العين بل لا بد و أن يرجع الى البدل من المثل أو قيمه و على الثانى فله الرجوع الى العين و ذكر شيخنا الأستاذ أن كلام الشافعى من العائد الزائل كأنه لم يزل أو كأنه لم يعدله وجه هنا و ليس نقله لمجرد حسنه كما أورده بعض على المصنف فإنه على الأول فالزائل العائد كأنه لم يعد فإنه إذا كان العود بسبب جديد فيفرض الزائل العائد كأنه لم يعد الى الغابن و أما على الثانى فكأن الزائل العائد لم يزل أى كأن العين لم ينتقل من ملك الغابن الى شخص آخر و لم يزل



من ملكه بل هي باقيه على ملكه على السبب الذى انتقل اليه بهذا السبب.

و لكن الظاهر أنه لا فرق بين الصورتين فإنه على كلا التقديرين يرجع المغبون الى العين لكونها متعلقه لحق المغبون فإذا وجدت فى ملك المغبون فله الرجوع إليها و ليست الملكيه قابله للرد حتى يقال أن الملكيه الزائله كالذى لم تزل أو كالذى لم تعد أو يقال بأن قانون الفسخ هو تلقى الملك من الغابن على النحو الذى تلقاه من المغبون بل هي إذا زالت، زالت بالكلية و لم تعد بعد و انما الكلام فى كون العين متعلقه لحق المغبون فإذا وجدت فى ملك الغابن يرجع إليها كيف ما كان و قد ذكر ذلك السيد ره هذا كله فيما إذا كان التصرف موجبا للخروج من الملك و أما إذا لم يكن التصرف موجبا للخروج عن الملك فقد قسمه المصنف إلى أقسام الأول أن لا- يكون موجبا للتغير بوجه لا من حيث الزيادة و لا من حيث النقصه و هذا خارج عما نحن فيه فإنه لا شبهه فى عدم منعه عن الرد و اما أنه يوجب النقصه أو يوجب الزيادة و قد يكون موجبا للامتزاج و أما على تقدير كونه موجبا للنقصه فذلك قد يكون بنقصان جزء من المبيع و أخرى بنقصان وصف الصحه و ثالثه بنقصان وصف الكمال بحيث لها دخل فى زياده المالىه و رابعه بنقصان وصف ليس دخيلا- فى زياده القيمه أصل أما الأخير فهو أيضا خارج عن المقام فإنه لا يوجب شيئا أصلا كما أن المبيع كان واجدا لوصف غير دخيل فى زياده المالىه و قد فقد بالفعل كأن يكون عبدا كان يجب المحل البارد و فعلا لا يحبه و أما الوجه الأول أعنى النقصان بنقصان جزء المبيع فلا شبهه أيضا فى أنه يرجع المغبون إلى البقيه و يأخذ البدل للجزء الفائت لكونه تالفا و أما المتوسطان

أعنى ما كان الفئات هو وصف الصحة أو وصف الكمال فقد فصل المصنف فيهما بين فوات وصف الصحة و التزم بلحوقه بالجزء الفئات و بين فوات وصف الكمال و التزم برجوع المغبون الى العين بدون شىء فيه أصلا.

ثم ترقى المصنف و الحق بوصف الكمال ما لو وجدت العين مستأجره فان على الفاسخ الصبر الى أن ينقضى مده الإجاره و لا يجب على الغابن بدل عوض المنفعه المستوفاه بالنسبه إلى بقيه المده بعد الفسخ لأن المنفعه من الزوائد المنفصله المتخلله بين العقد و الفسخ فهى ملك للمفسوخ بالمنفعه الدائمه تابعه للمالك المطلق فإذا تحقق فى زمان ملك منفعه العين بأسرها ثم ذكر أنه يحتمل انفساخ الإجازه فى بقيه المده لأن ملك منفعه الملك المترزل مترزل و هو الذى جزم به المحقق القمى إذا فسخ البائع بخياره المشروط له فى البيع ثم اشكال على ذلك بمنع تزلزل ملك المنفعه نعم ذكر علامه فى القواعد فيما إذا وقع التفاسخ لأجل اختلاف المتبايعين أنه إذا وجد البائع العين مستأجره كانت الأجره للمشتري المؤجر و وجب عليه للبائع أجره المثل للمده الباقيه بعد الفسخ و قرره على ذلك شراح الكتاب.

أقول أما ما ذكره من الفرق بين وصف الصحة و التزم بالأررش و بين وصف الكمال و التزم بالرجوع الى العين بدون شىء لا يرجع الى محصل و ذلك لان الأوصاف مطلقا سواء كانت أوصاف الصحة أو أوصاف الكمال ان كانت تقابل بالمال فلا بد من الرجوع الى الأررش فى كليهما و الا- فلا- و اذن فلا- وجه للفرق بين وصف الصحة و بين وصف الكمال و حيث ذكرنا مرارا و ستعرف فى أحكام الشروط أن الأوصاف مطلقا لا تقابل بالمال فاذن فلا وجه للرجوع إلى الأررش بل إذا رجع المغبون الى العين

و

واجده لها و يرجع الى التفاوت بينهما لا أن الأوصاف لها قيمه فيرجع إليها.على أنه لو كانت الأوصاف تقابل بالمال فمقتضى القاعده أن تنقص من الثمن سواء طالب المغبون أم لا-لا- أن يرجع الى الغابن و يؤخذ منه الأرش و أما ثبوت الأرش فى خيار العيب مع المطالبه فمن جهة النص.

و بعبارة أخرى أن التفرقه بين وصف الكمال و وصف الصحه أنّما يكون بأحد الوجهين الأول كون وصف الصحه بمنزله الجزء الفاتت بأن يقع مقدار من الثمن بإزائه بحيث لازمه ان ينقص من الثمن مع فوته عند الغابن دون وصف الكمال و لهذا ممّا لم يلتزم به المصنف بل و لا يمكن الالتزام به لأن الأوصاف و ان كانت موجه لزياده ماله المال الا أنها لا تقع فى مقابلها شىء من العوض فى عقد المعاوضه و ثبوت الأرش فى خيار العيب فى مقابل وصف الصحه أنّما هو بالتعبد لا من جهة وقوع الثمن بإزائه و الا كان اللازم رد بعض من خصوص الثمن.

و الوجه الثانى أن يكون زوال وصف الصحه تحت اليد موجبا للضمان دون وصف الكمال فيقال بان الضمان المعاوضى و ان تبدل بضمان اليد بعد القبض الا أن تبدله انما هو فى خصوص العين و وصف الصحه دون وصف الكمال و هذا أيضا ممّا لا يمكن الالتزام به لأنه لا فرق بين الأوصاف فى أنها بأجمعها مضمونه على المفسوخ عليه كما تكون مضمونه على الغاصب لان وجه الضمان فى البابين انما هو قاعده ضمان اليد و أنه لا بد من رد العين على الوجه الذى وضع الغاصب عليه اليد ففى كل مورد كانت اليد يد ضمان فلا و أن ترد العين على النحو الذى أخذت و حيث كانت فاقده لجهه دخيله فى ماله العين فلا بد و أن تقوم العين واجده لها و

فأفاده لها و يؤخذ التفاوت و على الجملة لو تمت هذه القاعده لا يكون ضمان لوصف الصحه أيضا بل العين لان كلا منهما ملك الغابن و تلف تحت يده مع أنه ضامن بلا شبهه و كيف كان فمقتضى قاعده ضمان اليد هو الرجوع الى الغابن على العين على النحو الذى وضع الغابن يده عليها فان كانت موجوده صحيحه أخذت العين و الا فالبدل بالمقدار الذى فاتت عنها كلا أو جزء كما لا يخفى فافهم.

لا- يقال أو يوم الفسخ هو يوم الضمان و من الواضح أن المعين فى هذا اليوم فأفاده للوصف فلا- يكون وصف الصحه تحت الضمان فإنه يقال أن الضمان المعاملى الذى هو المعنى فى كل عقد يضمن بصحيحه يضمن بفاسده موجود من الأول فلا بد و أن يخرج من عهده كما إذا تلفت العين قبل الفسخ بلا عيب و نقصان فان المغبون يرجع بعد الفسخ على العين الصحيح عينا أو بدلا فافهم.

و أما ما أورد على المحقق القمى من عدم كون الملكيه مترلزله من الأول فى عقد الإجاره صحيحه و لكن ليس لازمه أن لا يكون للمغبون الا- العين الخاليه عن المنفعه و الا- فربما يكون الغبن فى إرجاع العين بلا منفعه إلى نهايه مده الإجاره أكثر من الغبن فى أصل العقد و لا أنه لنا دليل على الرجوع الى أجره بقيه المده كما ذكره فى القواعد بل مقتضى قانون الفسخ و قاعده ضمان اليد ان يرجع الى العين على النحو الذى اسلمها الى الغابن بجميع خصوصيات تلك العين و حيث كانت الخصوصيات فائته فتقوم العين صحيحه و واجده لجميع المنافع بالفعل و فائده للمنفعه إلى مده فيؤخذ التفاوت و لكن هنا نكته تنبه بها شيخنا الأستاذ و ليس ان نقصان العين عن القيمه المتعارفه انما كان فأفاده

لمنفعه مده خاصه و إذا فيكون التفاوت بمقدار اجره مثل بقيه المده و لذا عبر في القواعد بأجره المثل فافهم.

و الحاصل ان التصرف قد لا- يكون موجبا للتغير لا عينا و لا حكما و هذا لا شبهه في انه يرجع الفاسخ الى المفسوخ عليه بلا ضمان على شىء آخر و قد يكون موجبا للتغير اما بالنقيصه أو بالزيادة أو بالامتزاج أما النقيصه فقد عرفت انها قد تكون بنقصان الجزء و قد يكون بنقصان وصف الصحه و قد يكون بنقصان وصف الكمال و قد يكون بنقصان وصف لا دخل له في زياده الماليه أصلا اما الأخير فلا شبهه في خروجه عن محل الكلام بداهه عدم دخله في الماليه أصلا فلا يكون نقصانه موجبا للضمان أصلا و اما بقيه الأقسام فلا شبهه في كون النقصان فيها موجبا للضمان فتقوم العين واجده للخصوصيه الفائته و فاقده لها فتؤخذ التفاوت و الوجه في ذلك ان قاعده ضمان اليد تقتضى ضمان العين على النحو الذى أخذها من المالك و وجب عليه ردها الى صاحبها بجميع الخصوصيات الدخيله في الماليه و ما ذكره المصنف من الفرق بين وصف الصحه و صفه الكمال لا يمكن المساعده عليه فإنهما مشتركان من حيث عدم مقابلتها بالمال بنفسهما و من حيث دخلهما في زياده الماليه كما لا يخفى.

و كذا إذا كانت العين مستأجره فإن مقتضى اليد هو إرجاع العين على النحو الذى أخذها الغابن من المغبون و من الواضح ان العين لم تكون مسلوبه المنفعه حين ما أخذها الغابن من المغبون فلا بد من ردها واجده للمنفعه و حيث انها مستأجره و مسلوبه المنفعه إلى مده معينه فتقوم واجده للمنفعه و فاقده لها و يؤخذ التفاوت و لا وجه لما ذكره المصنف من عدم الشىء على الغابن كما هو واضح.

ثم ان هنا قسما آخر من النقيصه الذى لم يتعرض له المصنف و لعله كان من جهه الوضوح و هو ان النقصان قد يكون حكما بمعنى يكون نقصان فى القيمه السوقيه و هذا لا يدخل تحت الضمان بوجه فان مقتضى ضمان اليد هو إرجاع العين على النحو الذى أخذت من المالك و من الواضح ان العين إذا ردت كك يسقط الضمان عن ذى اليد و اما تفاوت القيمه فلا يدخل تحت الضمان كما هو واضح فافهم.

و اما إذا كان التصرف موجبا للزيادة فقد تكون الزيادة حكميه بأن يكون التفاوت فى زياده القيمه السوقيه و هذا لا يوجب الضمان أيضا كما كان لا يوجب فى طرف النقيصه فليس للغابن ان يرجع الى المغبون بزياده القيمه فإن مقتضى قاعده اليد هو ضمان العين بجميع خصوصياتها الدخيله فى ماليتها و المفروض انها رجعت كك و اما زياده القيمه السوقيه كنقصانها فلا تدخل تحت الضمان فلا مقتضى للضمان هنا أصلا لا زياده و لا نقيصه كما لا يخفى و إذا فسخ المغبون و رجع الى العين فليس للغابن ان يدعى ان العين قد زادت قيمتها و ان ترد الزيادة لعدم كون المغبون ضامنا لهذه الزيادة و انه أخذ العين على النحو الذى كان دفعها الى الغابن مع الخصوصيات الدخيله فى المالىه فزياده القيمه أو نقصانها بحسب السوق ليست من تلك الخصوصيات فافهم.

و ان كانت الزيادة فى الأوصاف التى لا تكون دخيله فى المالىه أصلا كما تقدم نظيره فى طرف النقيصه أيضا كقصاره الثوب(أو غسله) و صفاء الذهب بان نظفه فصار نظيفا و هكذا فمثل هذه الزيادة أيضا لا شىء عليها كما لا شىء على مثلها فى طرف النقيصه.

و اما إذا كانت الزيادة فى الأوصاف التى لها دخل فى زياده المالىه

كتعليم العبد صفه العلم و الكتابه و الخياطه أو صنعه من الصنائع و كصروره العين سميناً و غيرها من الأوصاف التي أحدثنا المشتري في العين و أوجبت زياده المالىه فإذا فسخ المغبون العقد و قدر صارت العين متغيره بمثل هذه الزيادة في ملك الغابن مثل فهل للغابن ان يرجع الى هذه الزيادة أم لا فقد ذكر المصنف انه يصير شريكاً للعين مع المغبون.

أقول ان أراد من الشركه في العين فلا- وجه له و ذلك لاین الأوصاف و ان كانت واسطه لثبوت المالىه أو زيادتها في العين و لكنها بأجمعها لا تقابل بالمال كما عرفت و عليه فلا وجه لحصول الشركه في العين بزياده تلك الأوصاف لعدم المقتضى لذلك و ان أراد ان حصول الشركه في المالىه فهو متين بمعنى ان تلك الأوصاف قد أوجبت زياده المالىه في العين فتلك الأوصاف بنفسها و ان لم يقابل بالمال و لا تدخل تحت الضمان و لكنها تقابل المال بتبع العين فهي واسطه لثبوت المالىه أو زيادتها في العين و العين واسطه لعروض المالىه على تلك الأوصاف و عليه فيكون الغابن بعد فسخ المغبون شريكاً في مالىه العين مع زياده الوصف الموجب لزياده قيمه العين و من هنا تكون هذه الأوصاف داخله تحت الضمان في طرف النقيصه أيضاً كما هو واضح و الشاهد على حصول الشركه في المالىه هي السيره العقلانيه فان سيرتهم قائمه على ان زياده الأوصاف توجب زياده المالىه بحيث يكون المحدث شريكاً مع أصل المالك كما إذا اشترى صفراً من شخص فجعله قدراً أو اشترى صوفاً و جعله عباءً أو فراشاً و هكذا ثم ظهر ان المعامله مشتمله على الغبن فإن السيره قائمه على ان الغابن شريك في مالىه العين في مقابل تلك الأوصاف التي

أوجدها فى العين و ليس للمغبون أخذ العين بلا رد شىء إلى الغابن مع ان الصفر الخالص أو الصوف الخالص يساوى عشر ما يساوى القدر و العباء.

و الفرق بين الشركه فى العين و الشركه فى المالىه انه لو أخذ المغبون العين و زالت صفه الزياده الموجه الزياده المالىه بلا تفريط من المغبون و قبل رد حصه الغابن كما إذا زالت صفه السمن أو صفه الكتابه أو صفه العلم و نحوها فإنه يزول حق الغابن لقوامه بالصفه الزائده و المفروض انها زالت و هذا بخلاف ما إذا قلنا الشركه فى العين فإنها قائمه بنفس العين فما دامت العين موجوده فالشركه موجوده سواء زالت الأوصاف أم لا.

ثم ان الظاهر انه لا- فارق بين حدوث هذه الأوصاف بفعل الغابن أو بفعل الله تعالى فإنه على كل تقدير فالشركه فى المالىه حاصله فان ما يقابل الأوصاف الزائده من المالىه ليست اجره لعمل الغابن حتى يتوهم ان الزياده إذا كانت بفعل الله تعالى فلا عمل للمشترى حتى يقابل بالأجره بل المقابل بالمال انما هى نتيجة العمل الصادر من الغابن و عليه فسواء كانت الزياده بفعل الله تعالى أو بفعل الغابن فهما مشتركتان فى النتيجة فتكونان موجبتين للشركه فى المالىه فلا وجه لما فرق به شيخنا الأستاذ بين ما كانت الزياده بفعل الغابن فالشركه وجه و بين ما كانت الزياده بفعل الله تعالى فلا وجه للشركه، و لو كان للعمل دخل فلا بد من القول بثبوت الأجره فيما إذا عمل عملا كثيرا و لم ينتج كما إذا علم العبد الكتاب و لم يتعلم لبلادته فافهم.

و قد عرفت ان الكلام قد يقع فى صورته الإلتلاف و قد تقدم الكلام فيه



وقد يقع فى صورته النقيصه على أقسامها وقد يقع فى صورته الزيادة وقد عرفت ان الزيادة إذا كانت فى القيمة السوقية فلا حق للغابن ان يطالبها من المغبون لعدم المقتضى فإن له رد العين على النحو الذى أخذها والمفروض انه لم يحدث فى العين حدثا حتى يوجب زياده المالىه بل هى من جهه زياده القيمة السوقية. وكك الكلام فى النقيصه واما الزيادة الأوصاف الكماليه أو الصحه فقد عرفت انها تدخل تحت الضمان وتوجب الشركه فى المالىه كما لا يخفى واما الزيادة فى الأوصاف الغير الدخيله فى المالىه فلا توجب شيئا بوجه.

ثم ان الزيادة قد تكون عينا ممتازا عن المبيع أو الثمن الذى غبن فيه وهذه الزيادة قد تكون أجنيه عن العين بالكليه و غير مربوطه بها وهذا كما إذا اشترى الغابن دكانا فى الجاده ووضع فيه المتاع والتفت بالمغبون بالغبن ففسخ العقد فإنه يأخذ دكانه وليس للغابن ان يقول ان ثمن متاع فى هذا المكان اعالى من المكان الآخر والنقل اليه يكون ضررا عليه فلو انتقله لحديث نفى الضرر فان ذلك الزيادة من جهه خصوصيه المكان لا من جهه ان الغابن عمل هنا عملا فذلك العمل قد أوجب الزيادة وهذا خارج عن المقام.

وقد تكون الزيادة مع كونها ممتازة عن العين التى وقعت عليها المعاضه مربوطه بالعين كما إذا اشترى الغابن أرضا فغرس فيها الأشجار أو بنى فيها البناء أو اشترى قميصا وخاط فيه النقوش التى هى موجوده بعينها.

و تفصيل الكلام هنا انه قد يكون الأرض ملكا مطلقا لشخص ولكن اشغلها شخص آخر غصبا بان غصبها و بنى فيها البناء أو غرس فيها

الأشجار و كذلك لو انتقلت الأرض إليه بعقد فاسد و غرس فيها الأشجار و مثل ذلك ما لو أجرها من شخص و انتهى أمد الإجاره و قد اشغلها المستأجر بالبناء نحو ذلك من الموارد فإنه لا شبهه في أمثال ذلك ان لمالك الأرض ان يطالب من مالك البناء تفرغ أرضه فإنه لا عرق الظالم و إذا منع فرغه بنفسه كما حقق في محله و ليس عليه شيء أصلاً فإنه مالك على الأرض و ليس للغاصب ان يمنعه من التصرف في ملكه حتى لو كانت قيمه البناء عشرة آلاف دينار و قيمه الأرض عشرة ديناراً فأيضاً لمالك الأرض مطالبه أرضه و لو مع رضاء مالك البناء بالبقاء على الشركه كما هو واضح لان مالك الأرض له السلطنه على ملكه بمقتضى دليل السلطنه و ليس لأحد ان يمنعه من ذلك و ليس المقام مشمولاً لدليل نفى الضرر لكونه في مقام الامتتان و المقام ليس كك على ان مالك البناء قد أقدم على الضرر باختياره.

و قد يكون ملك المالك على الأرض ملكيه محدوده من الأول كما إذا كان لأحد حديقه فوهب أرضها لأحد أولاده و أشجارها لأولاده الآخر فإنه ليس لمالك الأرض ان يجبر مالك الأشجار على إجبار تفرغ الأرض فإنه مالك على الأرض من الأول ملكيه محدوده لا- ملكيه مطلقه و عليه إذا باع مالك الأشجار أشجاره من شخص فيبيعها بهذه الخصوصيه بأن تبقى الأشجار فيها لا- انها تعلق و من هذا القبيل إرث الزوجه من البناء دون العقار فإنه إذا باعته من شخص ليس للورثه ان يجبروا المشتري بقلع البناء و ليس لهم ان يجبروها بقلع البناء فإنها تستحق البناء لا الأحجار و الأخشاب كما لا يخفى.

و هنا قسم ثالث لا يعلم حاله فيشك كونه من القسم الأول أو من

القسم الثانى و هو ما نحن فيه اعنى تملك الأرض بفسخ العقد بخيار الغبن فهل يملك المغبون الأرض ملكيه مطلقه حتى يكون له مطالبه الغابن بتفريغ أرضه بلا- أرض أصلا أو لا- يملكه إلا- ملكيه محدوده فليس له ذلك و مثل ذلك تملك الأرض بحق الشفعه فى المقام أقوال ثلثه قول بأنه مثل القسم الأول فلمالك الأرض الذى هو المغبون ان يطالب الغابن بتفريغ أرضه من دون ان يكون عليه شىء كما اختاره فى المختلف فى الشفعه أو عدم تسلطه عليه كما عليه المشهور فيما إذا رجع بائع الأرض المغروسه بعد تفليس المشتري أو تسلطه عليه مع الأرض كما اختاره فى المسالك هنا.

و منشا الخلاف ان الغابن الذى يستوفى منفعه الأرض إلى مده هل يكون بذلك مالكا المنفعه الأرض إلى انتهاء المده التى استوفى منفعتها الى تلك المده بحيث لو عادت الأرض إلى ملك المغبون تبقى المنفعه فى ملك الغابن أيضا بغير ان يكون عليه شىء من الأجره كما هو كذلك فى الإجاره بأن أجر العين إلى مده معينه حيث الإجاره لم تفسخ لوقوعها فى ملك الغابن و كذلك الأمر هنا فان التصرف قد وقع فى ملك نفس الغابن فلا يتوجه عليه غرامه أصلا.

و بعباره أخرى شأن الغرس و الزرع و البناء على الأرض شأن إجارتها من شخص آخر إلى مده فكما انها تكون مسلوبه المنفعه فى الإجاره و مع ذلك ليس للمغبون فسخ عقد الإجاره و كذلك فى المقام فان الاستيفاء يكون سببا لتملك المنفعه فتكون الأرض مسلوبه المنفعه و ليس للمغبون ان يطالب بتفريغ الأرض غايه الأمر له حق مطالبه الأجره على الأرض.

و بعباره اخرى ان الغارس قد استوفى منفعه الأرض ما دام غرسه

باقيا كما فى الإجاره فىجب علىه بعد الفسخ أو الانفساخ تدارك ما استوفاه بأجره المثل أو قيمه النقص و التفاوت و لا يعد ان يكون هذا القول هو المشهور بين العلماء.

أو يقال ان مالك الأرض قد دفع العين الى الغابن فارغه عن البناء و الأشجار و واجده للمنفعه فله مطالبه أرضها بعد فسخ العين أو انفساخه على النحو الذى دفعها اليه و لم تكن ذلك مسلوبه المنفعه أو تطلبها من الغابن كذلك بمقتضى قانون الفسخ و دليل ضمان اليد كما هو واضح و الحق هو الثانى فإن مقتضى ضمان اليد هو رد العين على النحو الذى دفعها الى الغابن و من الواضح ان الأرض التى دفعها اليه لم تكن مسلوبه المنفعه فلا بد له من ردها كذلك و اما قياس المقام بالإجاره فبلا وجه لكونه مع الفارق فان فى عقد الإجاره قد يعتبر ملكيه المنافع إلى مده للمستأجر و هذا لا بأس به فان الاعتبار خفيف المؤنه و لا بأس من تعلقه على الأمر المعدوم و اما تصرف الغابن بنفسه فى الأرض على نحو يستلزم كون الأرض مسلوبه المنفعه إلى مده و يستوفى منفعتها لنفسه فهذا لا يعتبره العقلاء الملكيه له بوجه و إذا فإذا فسخ المغبون العقد فله مطالبه أرضه فارغه عن البناء و الغرس و له قلع ذلك كله و تفرغ أرضه فإن مقتضى اليد هو ذلك.

و هل يثبت للغابن تفاوت قيمه الأشجار المغروسه أو البناء فإنها بعد القلع تكون أحجارا و اخشابا فىكون متضررا و هو منفى فى الشريعه المقدسه أو ليس له ذلك و قد يقال بثبوت تفاوت قيمه بين البناء و الأحجار و بين الشجر و الخشب على صاحب الأرض فلا بد له ان يعطى ذلك للغابن لوجهين الأول قاعده نفي الضرر فان قلع بناء الغابن أو

أشجاره عن الأرض ضرر عليه فيكون منفيًا بحديث نفي الضرر فيجب على صاحب الأرض أن يعطى الأرض لصاحب البناء أو الأشجار.

و فيه أولاً- ما ذكره المحقق الايرواني من أنه ليس هنا ضرر على الغابن بل هو من قبيل عدم النفع فإنه قد بنى في هذه الأرض البناء و غرس فيها الأشجار أو علم العبد الصنائه مثلاً لينتفع بها و لم يتمكن من الانتفاع لا أنه تضرر إذ ليس له ملكيه مطلقه على الأرض مع البناء و الأشجار الموجوده فيها بل كانت ملكيته محدوده بحدّ خاص و بوقت معين و إجبار مالك الأرض الغابن بقلع شجره أو بنائه ليس ضرراً عليه بل منع عن الانتفاع به كما هو واضح.

و ثانياً أن دليل لا ضرر لا يشمل مورداً يلزم من شموله له ضرر على شخص آخر فإنه بالنسبه الى كل منهما على حدّ سواء فيكون شموله لأحدهما معارضاً بشموله للآخر فإن إجبار صاحب البناء على قلع بنائه بدون الأجره ضرر عليه و إعطاء صاحب الأرض قيمه البناء باستثناء أحجاره ضرر على صاحب الأرض فإنه بأى وجه يلزم بذلك مع أنه لا يطلب إلا أرضه فمقتضى قاعده اليد هو وجوب رد أرضه عليه على النحو الذى أعطاها للغابن و لا وجه لتضرره من جهه فعل الغابن كما هو واضح.

و بعبارة أخرى أن حديث لا ضرر وارد فى مقام الامتنان فلا يشمل مورداً يكون شموله ضرراً على الغير لأنه خلاف الامتنان(و هنا وجه ثالث نذكره فى الوجه الثانى)الوجه الثانى أن قاعده احترام مال المسلم تقتضى أن لا يذهب ماله هدراً فان إجباره على قلع شجره أو أشجار عن ارض المغبون بلا إعطاء تفاوته خلاف احترام مال المسلم فلا بدّله من إعطاء تفاوت القيمه بين البناء و الأحجار و بين الأخشاب و الأشجار و قد:ذكر

و فيه أولاً أن حفظ احترام مال المسلم يقتضى حرمة إتلافه و الا يكون المتلف ضامناً و أما ثبوت ضمانه على شخص آخر فلا تقتضيه تلك القاعده ففي المقام أن صاحب الأرض لا يطلب من الغابن إلا أرضه على الذى أعطاها إياها فلا بد للغابن ان يردّها الى المغبون و حيث كانت تلك الأرض فارغه و غير مسلوبه المنفعه فلا بد للغابن ان يردّها كذلك و من الواضح ان ذلك لا يمكن الا ان يفرغ الغابن الأرض و يقلع بنائه و أشجاره و اى ربط لذلك على ثبوت الضمان للمغبون.

و بعباره اخرى ان احترام مال المسلم يقتضى ان لا يذهب هدراً بإتلاف أحد لا انه يقتضى ان يكون ضمانه فى مورد التلف على شخص لا يتلفه أصلاً فالمغبون لا يطلب إلا أرضه و ليس له شغل بإتلاف مال الغابن و انما الغابن يتصدى بإتلاف ماله لعدم حق له فى إبقائه فى أرض الغير و بعباره اخرى ان إبقاء الغابن ماله فى أرض المغبون بعد الفسخ حرام و ليس لبقائه فى أرض الغير احترام أصلاً فإنه بعد الفسخ يكون إبقائه ذلك فى أرض الغير غصباً و ليس لعرق الظالم حق.

و يرد على كلا الوجهين النقض بما إذا غرس احد أشجاراً فى أرض الغير جهلاً بأنها للغير فلم يستشكل أحد فى انه تقلع الأشجار و ليس على الغارس شىء مع انه ليس غاصباً حتى يقال انه يؤخذ بأشق الأحوال مع ان لازم القول بثبوت التفاوت على المغبون لقاعده الضرر أو لقاعده احترام مال المسلم لكان لازم ذلك ان يثبت التفاوت على صاحب الأرض فى هذه المسأله أيضاً و قد عرفت انه لم يقل احد بضمان التفاوت هنا كما هو واضح فتحصل انه لا يثبت تفاوت القيمه على المغبون كما هو واضح.

وقد عرفت انه كان الكلام فى تصرف الغابن مع ثبوت الخيار للمغبون و كان الكلام فى صورته الزيادة بما لا يكون متصلا بالعين و انتهى الى ما إذا غرس الغابن أشجارا فى أرض المغبون فهل له حق لإبقائها فيها أو لا و قد عرفت ان هنا أقوال ثلثة الأول عدم ثبوت حق للمغبون على قلع الأشجار لكون تصرف الغابن واقعا فى ملكه فيكون نظير استيفاء المنفعة بالإجاره الثانى تسلطه على إجباره على القلع من غير ثبوت حق للغابن أصلا و قد اختاره العلامة فى شفعه المختلف الثالث للمغبون ان يبقى أشجاره فى أرضه مع الأجره و هذا القول قد اختاره المسالك و تبعه جمع من المتأخرين و قد ذكرنا مدرك جواز القلع بلا أجره الذى هو قول العلامة و اخترناه لان المغبون له حق مطالبه أرضه من الغابن على النحو الذى سلمها اليه لدليل اليد و ان كان لازم ذلك صيروره أشجار الغابن حطبا و قد عرفت أيضا مدرك ثبوت الأجره من قاعده لا ضرر و قاعده احترام مال المسلم و قد عرفت جوابهما أيضا.

وقد ذكر شيخنا الأستاذ أو الغابن و ان كان لم يملك الأرض ملكيه مطلقه و لكنه مالك للأشجار فإذا أجره المغبون على القلع تكون الصوره الشجرية متبدله بصوره الحطبيه فتزول المالىه الشجرية و من الواضح ان هذا ضرر عليه و لكن قد عرفت جوابه مما ذكرناه سابقا فان المغبون لا شغل له بإزاله المالىه عن الأشجار و ازاله الصوره الشجرية و انما له مطالبه أرضه فارغه كانت أو لا بمقتضى دليل اليد و لا يستند انتفاء المالىه من الشجره إلى المغبون بوجه و انما لازم مطالبته الأرض هو ذلك و هو بمجرد لا يستلزم الضمان و هل يتوهم أحد انه إذا نسى أحد أو غفل ان الأرض الفلانيه ملك شخص آخر فغرس فيها أشجار ان تفاوت القيمه

بين الشجرية الخشبية بعد القلع على صاحب الأرض و ليس كذلك و على الجملة فنقطه الكلام هو ان مقتضى دليل اليد هو وجوب رد ارض المغبون على النحو الذى أخذها الغابن منه و ما يترتب على الرد من اللوازم فهو مطلب آخر لا يكون مستندا الى المغبون كما هو واضح و لا يقاس المقام باستيفاء المنفعة بالإجاره لكون ذلك بالملك كما عرفت.

ثم انه فرق صاحب المسالك بين الغرس و الزرع فالترم فى الأول بعدم لزوم الصبر على المالك لعدم وجود مده ينتظر فيها و فى الثانى بلزوم الصبر مع الأجره لوجود مده ينتظر فيها و لكن لا نعرف وجهها صحيحا لهذه التفرقه الأطول المده و بعدها فإن المده كما كانت محدوده فى الزرع كذلك كانت محدوده فى الغرس أيضا فانى معنى للقول بان فى الزرع مده فيتفرغها دون الغرس فأطول ما يعيش من الشجر هو النخله فإنها على ما يقولون تعيش مائه سنه و مع ذلك فهذه المده محدوده فتنحل بعدها نعم فرق بينهما من حيث طول المده و قصرها و لكنه لا يكون فرقا فى المقام فان المغبون له مطالبه أرضه من الغابن مطلقا و لا يجوز له الامتناع عن ذلك و لو كانت مدته قليله و دعوى عدم ثبوت حق إجبار قلع الزرع مع قصر المده دعوى بلا وجه لكونه تخصيصا فى دليل اليد و من البديهى انه لا دليل عليه كما هو واضح فإنه فأى مخصص لها بالنسبه الى ما إذا كانت مده التصرف فى العين قليله و قد وجه شيخنا الأستاذ كلام المسالك بأنه إذا كانت الأرض مشغوله بالزراعه فليس فيها ضرر على المالك إذ الأرض قابله للزرع و معدة له و إذا اعطى الغابن أجره الأرض فلا يكون هنا ضرر على المالك حتى يتعارض الضرران هذا بخلاف كون الأرض مشغوله بالغرس فإنه ضرر على المالك.



و فيه انه ليس لهذا الكلام إلا الصورة فإنه يمكن ان يقال ان الأرض المغروسة معه للشجر فإذا غرس الغابن فيها شجرا و اعطى أجرتها لمالكها لا يكون في ذلك ضرر على المالك حتى يتعارضان و هو واضح فلا دليل على هذه التفرقة أيضا و على الجملة ان مقتضى دليل اليد هو تسلط صاحب الأرض على مطالبه أرضه من الغابن و ان استلزم ذلك ضررا على الغابن فان ذلك لا يستند اليه فافهم.

ثم انه هل يفرق بين المقام و بين مسألة التفليس أم لا و قد ذهب المشهور إلى انه ليس للبائع الفاسخ قلع الغرس و لو مع الأرش في التفليس و ذكر المصنف انه يمكن الفرق بكون حدوث ملك الغرس في ملك متزلزل فيما نحن فيه فحق المغبون انما تعلق بالأرض قبل الغرس بخلاف مسألة التفليس لان سبب التزلزل هناك بعد الغرس فيشبه بيع الأرض المغروسة و ليس للمشتري قلعه و لو مع الأرش بلا خلاف أقول لا شبهه على تقدير ثبوت خيار التفليس فليس بين المقام و بينه فرق أصلا بل في كلا الموردین للمالك بعد الفسخ ان يطالب ماله بمقتضى دليل ضمان اليد و ليس لأحد ان يمنع من ذلك كما هو واضح فلا وجه لما ذكره المصنف من ملاحظه الأسبقية و اللاحقيه فإنه على القول بالثبوت يتزاحمان و لو كان أحدهما سابقا و الآخر لاحقا إذ الأسبقية يوجب عدم التزاحم في المده الخاليه عن المزاحم و لكن في مده وجود المزاحم يتزاحمان بقاء كما لا يخفى و لكن الذى يسهل الخطب ما ذكرناه في عدم ثبوت حق للمشتري في مسألة التفليس أيضا حتى يتكلم في التزاحم بل من له الخيار يفسخ و يأخذ أرضه من المشتري و ان استلزم ذلك ضررا على المشتري كما لا- يخفى الا- ان الكلام في أصل ثبوت الخيار في مسألة التفليس مع انتقال العين

الى غيره بالهبة أو بالبيع فإنه مع ذلك لا يصدق بقاء العين كما هو واضح وقد حقق ذلك في كتاب التفليس نعم مع ثبوت الخيار فلصاحب الخيار إرجاع العين كما في المقام.

ثم انه على القول بثبوت حق المطالبة لمالك الأرض أرضه من الغابن الغارس فهل له قلع أشجاره مباشرة أو يطالب قلعه من الغابن فإذا امتنع باشره بنفسه وجوه الظاهر انه ليس له مباشرة قلعها فان الثابت على ما ذكره المصنف لكل من المتبايعين مطالبه حقه عن الآخر فلمالك الأرض مطالبه أرضه من الغابن فلمالك الشجر مطالبه أشجاره من المغبون فإذا امتنع أحدهما عن ذلك رجع الى الحاكم وهو يجبره على ذلك و الا- باشر كل منهما على تفريق حقه بنفسه و لو باشر مالك الأرض مثلاً قلع أشجار الغابن بدون مطالبته من الغابن فضمن نقصان القيمة لكونه إتلافاً لمال الغير بدون اذنه فيكون ضامناً و من هنا ظهر حكم الأغصان الداخلة على الجار فان الجار له إجبار مالك الأغصان على القلع و تفريع أرضه من ذلك و هكذا الحيوان الداخلة على ملك الغير فالمالك يجبر صاحب الحيوان على الأخذ و الا- فيخرجه بنفسه فلو أخرجه بنفسه و تلف يكون ضامناً و ما ذكره المصنف بين الأغصان الداخلة على الجار فلا يجوز للجار إجبار المالك لكونه بلا اختيار و بين غرس الأشجار في أرض الغير فله إجبار المالك على الغرس لكونه مع الاختيار لا وجه له فان دخول الأغصان على الجار و ان كان بلا اختيار حدوثاً و لكنها باقية في ملك الغير باختيار المالك بقاء فله مطالبه تفريع داره عن ملك الغير كما لا يخفى فافهم.

و اما لو كان التغيير بالامتزاج ذكر المصنف ره صوراً في المقام لانه

اما ان يكون بغير جنسه و اما ان يكون بجنسه فان كان بغير الجنس فان كان على وجه الاستهلاك عرفا لا- يحكم في مثله بالشركة كامتزاج ماء الورد بالزيت فإنه يعد تالفا غايه الأمر يوجب مزيه المالىه فى الخليط الآخر فى بعض الأحيان و هذا يكون من صور زياده مالىه العين بفعل الغابن و قد تقدم الكلام فى ذلك و ان كان الامتزاج على وجه لا يعد تالفا كالخل الممتزج بالانجيبين ففى كونه شريكا أو كونه كالمعدومه و جهان و ان كان الامتزاج بالجنس فان كان بالمساوى ثبتت الشركة و كذلك بالأردى و لو كان بالأجود احتمل الشركة فى الثمن و ان كان الأجود يساوى قيمت الردى كان المجموع بينهما أثلاثا إلخ.

و الظاهر ان ما ذكره المصنف من الأول إلى آخره من التقسيمات مناقض لما ذكره سابق من حكم الامتزاج فى تصرفات المغبون و الظاهر انه لا فرق بينهما موضوعا و حكما و قد ذكر سابقا ان الامتزاج فى حكم التالف لحصول الشركة المانع عن الرد و عليه فلا- وجه لما ذكره هنا من حصول الشركة بين البائع و المشتري و قد ذكرنا سابقا فى تقريب كلام المصنف ان قانون الفسخ يقتضى رد كل من العوضين الى الآخر على النحو الذى أخذ و من الواضح ان الامتزاج يوجب الشركة التى عباره عن انتقال مقدار من مال كل من الشريكين الى الآخر لتحصل الشركة فى تمام الأجزاء التى لا تقبل القسمه عرفا و عليه فإذا فسخ المغبون و أراد رد عينه فلا- يرجع اليه جميع ما أعطاه الآخر من العوض بل مقدارا منه و مقدارا من مال الغير لان المفروض هو حصول الشركة كما لا يخفى و على هذا فلا بد من الرجوع الى البدل بعد الفسخ.

و بعباره أخرى تاره نتكلم فى بقاء الخيار و عدمه مع حصول الامتزاج

و هذا لا شبهه فيه لأنها قلنا بثبوته مع التلف و كيف بالامتزاج و الشركه و اخرى نتكلم فى إمكان رد العين مع الامتزاج و هو لا يمكن فان قانون الفسخ يقتضى رد العين على النحو المأخوذ و المفروض انها امتزجت بغيرها و حصلت الشركه بينهما فلو رجعت رجع نصف من العوض و نصف عن المال الآخر كما هو واضح فلا بد ح من الرجوع الى البدل من المثل أو القيمه هذا الذى ذكرناه سابقا و يجرى مثله فى المقام أيضا فإنه لا فرق بين الامتزاج الحاصل بفعل الغابن أو بفعل المغبون و هذا واضح جدا.

ثم ان التكلم فى أقسام الامتزاج و حصول الشركه فى بعضها دون بعض و ان كان خارجا عن المقام و لكن لا بأس بالتعرض لذلك لمناسبه تعرض المصنف له و الا- فليس مربوطا بخيار الغبن لما عرفت ان المزج يلحق بالخروج عن الملك و معه يمتنع الرد كما لا يخفى فنقول ان ما يمتزج من المال بمال آخر اما ان يكون بحيث يعد معدوما عرفا إذا امتزج الآخر و يكون مستهلكا فيه عرفا من غير ان يكون ذلك موجبا للشركه قطعا و هذا كما إذا اشترى الغابن زيتا من المغبون و مزج فيه مقدار من العطر فإنه يعد ذلك العطر تالفا فى نظر العرف فلا- يوجب المزج الشركه هنا نعم قد يوجب ذلك زياده المالىه و ح يكون ذلك من صغريات الزياده بتصرف الغابن و قد تقدم الكلام فى ذلك مفصلا و هذا نظير ان يقع الجره من الحائط و حسب مائه الحلو بحوض احد فيما ماء المر فإنهما و ان كانا من جنسين و قد امتزج أحدهما بالآخر و لكن ماء الجره لقلته بعد تالفا فى ماء الحوض كما هو واضح فهذا القسم من الامتزاج لا يوجب الشركه قطعا ثم ان كان ذلك بغير اختيار فيذهب العطر و ماء الجره هدرا العدم ما يوجب الضمان على صاحب الزيت و الحوض من اليد و الإلتلاف فلا يرجع عليه

لعدم استناده اليه و لا ان هنا ما يوجب الاشتراك كما عرفت و ان كان باختيار شخص و ان كانت يده يد ضمان فلا بد عليه من أداء بدل العطر و الماء و ان كانت يده يد امانه فلا شيء عليه هذا حكم ما لو كان احد (الممتزجين) تالفا في الآخر مع التفصيل في الضمان.

و ان كان الامتراج بحيث يستهلك كل من الخلطين في الآخر و لا تبقى لكل منهما الصورة النوعيه بل تحصيل هنا صورته نوعيه اخرى و ان كان الماده منهما باقيه و هذا كمزج الترياق مع الزعفران مع بعض الأجزاء الأخر فإن ذلك يوجب تشكيل صورته نوعيه التي تسمى بمعجون البزرج الذي كان مرسوما سابقا و كان يأكله الشيوخ و لا تبقى الصورة النوعيه لكل من الاجزاء في نظر العرف و لا- يبعد ان يكون السكنجيين من هذا القبيل حيث ان كل من الخل و العسل قد زالت صورتها النوعيه في نظر العرف و ان كانت باقيه بالدقه العقلية و انما تحققت هنا حقيقه أخرى.

و عليه فيكون كل من مالكة الخل و مالكة العسل شريكا في العين بحسب المالىه لا بحسب مقدار المزوجين يعنى يقوم العسل و يقوم الخل و ينسب أحدهما إلى الآخر فيكون كل منهما مالكا للماهيه المركبه الحاصله من الخليطين بحسب المالىه لا بحسب مقدار العوضين و الا فلان ذلك ان يكون السكنجيين الحاصل من العسل و الخل الذان كل منهما كيلو واحد ان يكونا شريكين في السكنجيين على نسق واحد مع ان قيمه العسل عشر مقابل قيمه الخل بل أزيد و يختلف ذلك زياده و نقيصه باختلاف الموارد اى باختلاف مالىه المزوجين و كيف كان فتحصل الشركه هنا في العين باعتبار نسبه مالىه المزوجين لا قدرهما و ليست الشركه هنا في المالىه فقط و لا في المقدار فقط.

الثالث ان يكون الممتزجان من جنس واحد و لم يكن الامتزاج موجبا لإتلاف أحدهما أو كليهما كما فى القسمين المتقدمين بل تكون عين كل منهما موجوده حتى فى نظر العرف و ان كانا مع ذلك متساويين من حيث الجوده و الرداءه فلا شبهه فى حصول الشركه فى العين كما هو واضح.

و إذا كان المزج بالجنس و لكن بالأردى لا- بالمساوى فذكر المصنف انه تحصل الشركه أيضا و هل يستحق المغبون أرش النقص أو تفاوت الرداءه من الجنس الممتزج أو من ثمنه وجوه و لو امتزج بالأجود احتل الشركه فى الثمن أو فى المالىه ثم ان هذه الوجوه تجرى فيما إذا مزج المغبون ففى صورته مزج الردى بالمتوسط وجوه ثلثه و بالأجود وجهان كما ذكره المصنف و ذكر شيخنا الأستاذ ان الشركه فى المزج بالأردى أو الأجود انما تكون فى العين بحسب المقدار لا بحسب المالىه و ذلك لان الفائت ليس إلا الخصوصيه الشخصيه دون أصل المال و وصفه و ماليتة فيأخذ كل منهما بمقدار ماله و لا وجه للشركه فى المالىه لأنه إذا أمكن الشركه فى المقدار لا تصل النوبه إلى الشركه فى القيمه نعم لو كان المزج بفعل الغاصب أو الغابن بالاردء فعليه أرش النقص.

أقول: لا شبهه فى ان المزج يوجب الاشتراك سواء كان بفعل الغابن أو بفعل المغبون اختياريا كان أم قهريا فإنه على كل تقدير يوجب الشركه و ذلك لبناء العقلاء على ذلك و على هذا فلو حصلت الشركه القهريه بين مالى شخصين بان مزج حيوان حنطه احد بحنطه غيره مع كون أحدهما أجود بحيث يساوى منا منها بدرهمين و الآخر أردى منه و الظاهر انه لا يتوهم احد ان الشركه الحاصله هنا بالمزج ليست باعتبار

الماليه بل باعتبار المقدار بأن يقسم بينهما على حسب مقدار المالكين مثلا إذا كان لصاحب الردى منان و لصاحب الجيد منا يأخذ صاحب الردى منان و صاحب الجيد منا و يكون التفاوت بينهما بين المجيد و الردى تالفا يعنى تذهب صفه الجوده هدرا إذ ليس المزج مستندا الى أحد حتى يكون أرش النقص عليه و الظاهر أنه هذا لا يلتزم به أحد و لا يشك ذو مسكه أن الشركه هنا فى المالىه فإن بناء العقلاء كما أنه على حصول الشركه بالمزج و كك بنائهم على كونها فى العين بحسب المالىه فى مثل المزج بالردى أو بالجيد و عليه فلا وجه لما ذكره شيخنا الأستاذ من القول بكون الشركه فى القيمه و أما الرجوع الى الأرش فليس له دليل أيضا بعد ما يمكن الرجوع الى نفس المال و كذلك لا دليل أيضا على بيع العين الممتزجه و الاشتراك فى الثمن بل لا بد من الشركه فى العين باعتبار ملاحظه المالىه كما هو واضح.

و عليه فلا وجه لما ذكره شيخنا الأستاذ من القول بكون الشركه فى القيمه نعم بقى هنا شىء و هو ما ذكره شيخ الطائفه من أنه إذا كانت الشركه فى المالىه يلزم الربا فإنه إذا مزج من من الحنطه الجيده بمن من الحنطه الرديه و قلنا بالشركه بحسب المالىه فإنه يكون لصاحب الحنطه الجيده أكثر من صاحب الحنطه الرديه كما إذا كانت قيمه الردى درهما و قيمه الجيد درهمن فان العين الممزوجه تقسم بينهما أثلاثا فأخذ صاحب الجيد ثلثين و صاحب الردى ثلثا و يلزم الربا.

و لكن يرد عليه ان الربا لا يجرى إلا فى المعاملات المشتمله على المعاوضات و حصول الشركه القهريه بسبب المزج ليس كك فلا يجرى فيها الربا.

ثم انه ربما يقال ان المزج إذا كان بفعل الغاصب بأن مزج الحنطه الرديه المغصوبه بحنطته الجيده فتكون الشركه هنا فى المقدار لامن الغاصب يؤخذ بأشق الأحوال و لكن يرد عليه أنه لا- دليل على أنه يؤخذ الغاصب يؤخذ بأشق الأحوال و ما ذكرناه من الشركه فى المقدار جار هنا أيضا فيكون ذلك نظير مزج الخل بالانجين سواء كان المزج بفعل الغاصب أو بفعل غيره اختياريا أم غير اختيارى ثم هذا كله إذا لم يكن المزج موجبا لنقصان قيمه بأن تكون قيمه كل من الردى و الجيد محفوظا كما إذا اشترى الغابن منا من الحنطه الجيده من المغبون التى قيمتها درهمان و مزجه بمن من حنطته الرديه التى قيمه درهم واحد و كانت المجموع المركب قيمته ثلاث دراهم فإنه ح لم ينقص من قيمتها شىء و قد ينقص من قيمه الجيد بواسطه المزج كما إذا اشترى كيلوا من الأرز الرشتى بمائه فليس و مزج ذلك بارز كان قيمته عشرين فلسا و مزجهما الغابن فإنه ح تكون قيمه الأجدود نازلا فإن زياده القيمه من جهه جودته و صفائه و لعل قيمه الممتزجه لا تسوى أكثر من درهم واحد و على هذا فان كان المزج بفعل الغابن أو الغاصب أو شخص آخر كان أرش النقص عليه لكونه سببا فى هذا النقص و ان كان المزج قهريا أو بفعل صاحب الجيد سواء كان هو الغابن أو المغبون فلا شىء على صاحب الردى لانه يطالب ماله بجميع الخصوصيات فحيث لا يمكن رده ككك فيأخذه بحسب المالىه يعنى يأخذ من العين بنسبه مالىه ماله لا بحسب مقداره كما عرفت من غير ان يعطى تفاوت القيمه لعدم استناده اليه و هذا واضح جدا.

ثم بقى هنا شىء و هو انه لو امتزج غير الجنس بغير جنسه من غير ان يكون أحدهما مستهلكا فى الآخر بحيث يكون تالفا كما تقدم من مزج



العطر بالزيت و لا- ان يكون كلاهما مستهلكا بحيث يكون المزج موجبا لتشكيل هيئه خاصه و ماهيه مركبه و تكون صورتها النوعيه العرفيه غير الصوره النوعيه فى إجراء المركب بحيث تكون الشركه فى المالىه كما تقدم فى مثل مزج الخل بالانجيين و لا ان يكون من قبيل مزج الجنس بالجنس بحيث تكون الشركه فى العين فى فرض تساوى القيمتين و فى المالىه فى فرض عدم تساويهما بل يكون مزج غير جنس بغير جنسه بحيث يكون كل منهما ممتازا عن الآخر كمزج الحمصه مع الأرز و كمزج دقيق الأرز مع دقيق الشعير و هكذا فان هذا القسم لا يجرى فيه شىء من الأقسام المذكوره فلا بد فيه من الحكم بالشركه فى العين بحسب المالىه أيضا كما هو واضح.

ثم انك قد عرفت ان التكلم فى أقسام الشركه بالمزج لا يرتب بخيار الغبن أصلا فإن المزج الذى يوجب الشركه كسائر النواقل اللازمه و انما التكلم هنا بمناسبه تكلم المصنف فيه فتحصل ان المزج يوجب الشركه فى العين اما باعتبار المالىه أو باعتبار المقدار فلا يلزم منه الربا أيضا و لا يرجع الى الأرش أو البيع و الاشتراك فى الثمن.

### **قوله بقى الكلام فى حكم تلف العوضين مع الغبن**

أقول التكلم فى التلف من جهه دفع توهم ان تصرف المغبون يكون مسقطا للخيار فالتلف أولى بأن يكون مسقطا للخيار و الا كان الاولى التعرض لذلك فى أحكام الخيار و انما ذكره هنا لدفع هذا التوهم ثم ان المصنف قسم التلف إلى أقسام فإنه اما ان يكون فيما وصل الى الغابن أو فيما وصل الى المغبون و على كل تقدير ان التلف اما بآفه سماوى أو بإتلاف أحدهما أو بإتلاف الأجنبى و الظاهر انه لا فائده لهذا للتقسيم كما ذكره المصنف فإنه لا يفرق الحكم بين ان يكون التلف فيما وصل الى الغابن أو فيما وصل الى المغبون

و بين ما ان يكون التلف بنفسه أو بتسبب غيره من أحدهما أو من الأجنبي

### **بل اللازم ان نتكلم هنا فى مسائل ثلث**

الأول فى حكم التلف و الإتلاف فإنهما واحد الثانية فى حكم إتلاف كل من الغابن و المغبون ماله الآخر الذى انتقل من أحدهما إلى الآخر الثالث فى حكم إتلاف الأجنبي

### **اما المسأله الاولى فى حكم التلف و الإتلاف**

فقد يكون التلف بعد الفسخ و قد يكون قبل الفسخ اما الأول فلا شبهه فى كونه موجبا للضمان فإنه بعد الفسخ يكون المال مال غير فيكون حكمه حكم الغصب فيكون ضمانه على الفاسخ فان يده بعد الفسخ يد ضمان فلا بد من الخروج عن عهده لأنه على اليد ما أخذت حتى تؤدى و لو كان ذلك بالسيره سواء كان التلف غير مستند الى شخص اى شخص كان أو مستند اليه و اما إذا كان التلف قبل الفسخ فتاره يكون الكلام بالنسبه إلى الخيار و اخرى بالنسبه إلى الضمان اما الأول فقد عرفت فيما سبق ان الفسخ متعلقه العقد لا العين و عليه فيبقى الخيار على حاله سواء كان التلف بفعل المغبون أو الغابن أو الأجنبي أو بنفسه فإذا فسخ ذو الخيار العقد فيرجع كل منهما الى البدل مع تلف العينين لان الرجوع الى العين مستحيل نعم بناء على كون متعلق الفسخ هو العين كما ان متعلق جواز الرجوع فى المعاطاه هو العين لكان لسقوط الخيار بالتلف وجه و لكن ليس الأمر كك.

و اما الكلام فى الضمان فلا شبهه انه إذا فسخ ذو الخيار العقد فيكون ضامنا للعوض فلا بد من الخروج عن عهده بمقتضى دليل اليد أو السيره العقلانيه و لكن حيث يستحيل الرجوع الى العين فلا بد من الرجوع الى البدل من المثل أو قيمه و هذا لا شبهه فيه و انما الكلام فى انه مع الرجوع الى قيمه هل إلى أعلى القيم من زمان الضمان الى زمان

الأداء أو قيمه يوم الفسخ أو قيمه يوم التلف أو قيمه يوم الأداء وجوه و قد تقدم تفصيل المسأله فى المقبوض بالعقد الفاسد و قد تعرضنا هنا لحكم الغصب و ما فى حكمه من المقبوض بالعقد الفاسد و نحوه و إجمال الكلام هنا انه قد يقال بضمان أعلى القيم فان مقتضى اليد ان لا- يخرج من عهده الضمان إلا- بأداء ما وضع يده عليه و من المعلوم ان العين مع قيمته الأعلى تحت يد الغاصب فتكون مضمونه على الغاصب و من فى حكمه ممن يأخذ بالعقد الفاسد أو بالفسخ و لكن الظاهر انه لا- دليل على الضمان بأعلى القيم بوجه كما تقدم فى مسأله الغصب و قد أشرنا الى ذلك آنفا و الوجه فيه ان ما يدخل تحت اليد بواسطه الغصب و نحوه انما هو العين مع الأوصاف الدخيله فى زياده المالىه فإن دليل على اليد أو السيره العقلائيه يقتضى أداء العين مع جميع تلك الخصوصيات و حيث استحال ذلك فلا بد من الرجوع الى البدل من المثل أو القيمه و اما ترقى القيمه السوقيه أو تنزلها فلا يدخل تحت الضمان أصلا فإن القيمه السوقيه قائمه بالاعتبار فتزيد تاره و تنقص اخرى فلا تدخل تحت قاعده ضمان اليد كما هو واضح فإنها لم تؤخذ حتى تكون معنى بالأداء.

و اما ضمان العين بقيمه يوم التلف فقد يقال به من جهه ان وقت الانتقال إلى القيمه هو ذلك اليوم فيضمن الغاصب و من فى حكمه بذلك القيمه و قد أجبنا عن هذا الوجه فيما سبق بأنه و ان كان يوم التلف هو يوم الانتقال إلى القيمه و لكن أى القيمه هل هى قيمه يوم التلف كما زعمه المستدل أو قيمه يوم الغصب أو قيمه يوم الأداء أو أعلى القيم فمجرد كون يوم التلف يوم الانتقال إلى القيمه لا- يدل على ان تلك القيمه هى قيمه يوم التلف كما هو واضح و على القول بتماميته فى مسأله الغصب لا يجرى

هنا فإنه فيما يكون المال مغصوبا و مضمونا بعينه لكي ينتقل الى البدل يوم التلف و في المقام ليس كذلك فان التلف انما وقع في ملك الغابن أو المغبون على الفرض فان المفروض ان التلف انما هو قبل الفسخ فلا ضمان هنا حتى يوجب ذلك انتقال العين إلى قيمه يوم التلف كما هو واضح نعم يمكن ان يقال باعتبار ضمان قيمه يوم التلف من حين الفسخ أو يوم الأداء و لكنه لا دليل عليه.

بقى الكلام في ان المناط في وقت الضمان هل هو يوم الفسخ أو يوم الأداء فذهب شيخنا الأستاذ في خصوص هذه المسألة ان المناط هو قيمه يوم الأداء كما هو مقتضى القاعده و تقريب ذلك ان الغاصب إذا غصب عينا فتبقى تلك العين حتى مع تلفها في ذمه الغاصب و من في حكمه الى وقت الأداء و ح حيث لا- يعقل رد العين التالفه مع التلف فقهرنا تنتقل إلى قيمه أو المثل فيكون المناط حينئذ قيمه يوم الأداء و هذا الذي تقتضيه القواعد و قد اعتمدنا عليه في تلك المسألة اي مسأله الغصب و لكن قلنا في تلك المسألة ان صحيحه أبي ولاد وارده على خلافها فإنها اعتبرت في الضمان و في وجوب أداء قيمه يوم الغصب و عليه فرفعنا اليد عن القاعده في مسأله الغصب و ما في حكمه و حكمنا بوجوب قيمه يوم الغصب و هل يجوز التعدى من مورد الصحيحه الذى هو الغصب الى غيره أم لا- فالظاهر انه لا مانع من التعدى و تقريب ذلك ان النسبه بين قيمه يوم الغصب و يوم الأداء هي العموم من وجه فإنه قد تكون قيمه يوم الغصب أكثر و قد تكون قيمه يوم الأداء أكثر و قد يتساويا فإذا كانت قيمه يوم الغصب أقل من قيمه يوم الأداء فيحتمل ان يكون الشارع قد لاحظ حال الغاصب و راعاه و لم يلاحظ حال غيرهم من الضمانات

و اعتبر عليهم قيمه يوم الأداء و هو مقطوع العدم فإن القاعده عكس ذلك و قد ذكر الفقهاء ان الغاصب يؤخذ بأشق الأحوال و يحتمل ان يكون ذكر يوم الغصب فى الصحيحه من جهه كونه هو المناط فى الضمان بالقيمه فحيث كان الأول مقطوع العدم فيتعين الثانى كما هو واضح فيحكم بكون المناط فى الضمان هو يوم الغصب حتى مع القول بان الغاصب يؤخذ بأشق الأحوال فإن المراد من أخذه بأشق الأحوال هو عدم المسامحه فى المطالبه سواء كان واجدا أم فاقدا كما يجب المسامحه فى مطالبه الدين مع العسر بل الغاصب حكمه حكم الواجد يحل عرضه و عقوبته.

و العجب من شيخنا الأستاذ مع انه بنى فى المقبوض فى العقد الفاسد على ان المناط فى الضمان انما هو يوم الغصب لصحيحه أبى و لاد و مع ذلك بنى فى المقام بان المناط هو قيمه يوم الأداء عملا بالقاعده.

### **المسأله الثانيه فيما كان تلف كل من العوضين بفعل الطرف**

بأن أتلف الغابن ما انتقل منه الى المغبون و بالعكس ثم فسخ المغبون العقد و الغرض هنا بيان ان الغابن بأى شىء يضمن بإتلافه و ان المغبون بأى شىء يضمن بفسخه و هكذا إذ أتلف المغبون ما انتقل منه الى الغابن و يتكلم فى ان المغبون أى شىء يضمن بإتلافه مال الغابن و ان الغابن بأى شىء يضمن بفسخ المغبون العقد و تحقيق الكلام إذ أتلف الغابن مثلا مال المغبون الذى انتقل منه إليه فإن أدى الغرامه فلا - كلام لنا فيه و ان بقيت الغرامه حتى فسخ المغبون العقد فإنه يرجع الى الغابن بماله و حيث ليست العين موجوده فيأخذ قيمتها ان قلنا ان المناط فى الضمان بقيمه العين انما هو يوم التلف فلا كلام لنا فيه و كذا إذ قلنا بكون المناط قيمه يوم الأداء إذ لا يختلف الحال حينئذ بين ضمان المتلف و الضمان

الحاصل بالفسخ فان المناط فى الضمان انما هو قيمه يوم التلف و ان كان الفسخ متأخرا فإنه ح يسقط الضمانين بالتهاثر فان المغبون يطلب ماله من الغابن الذى أتلفه بقيمه يوم التلف و الغابن يطلب عين هذا المال من المغبون الفاسخ أيضا بقيمه يوم التلف فيقع بينهما التهاثر و هكذا لو كان المناط هو قيمه يوم الأداء كما هو واضح و انما الكلام فيما إذا قلنا بان المناط فى ضمان القيمه انما هو قيمه يوم الغصب فإنه حينئذ يختلف ضمان الغابن بقيمه العين و ضمان المغبون بها و كثيرا ما يكون أحدهما أكثر من الآخر كما إذا أتلف الغابن العين التى انتقلت منه الى المغبون و كانت قيمته فى ذلك اليوم الذى هو يوم الغصب و الضمان عشره ثم مضت مدته ففسخ المغبون العقد و كانت قيمه العين فى يوم الفسخ عشرين و كان هذا اليوم الذى ضمن المغبون القيمه لكونه بمنزله يوم الغصب و عليه فتكون ما ضمنه المغبون فى صورته كون الغابن متلفا لما انتقل منه الى المغبون أقل مما ضمنه المغبون بالفسخ و ضمان اليد و عليه فلا يمكن ان يقع التهاثر بينهما بالنسبه إلى تمام ما اشتغلت ذمه المتلف و ذمه الفاسخ بل بالنسبه إلى مدار خاص و اما المقدار الزائد فلا بد للمغبون ان يخرج من عهده و يطلب من الغابن ثمنه.

و بعباره اخرى ان المغبون فى الفرض المذكور يطلب من الغابن شيئين أحدهما عين ماله التى أتلفها الغابن و الثانى الثمن الذى أعطاه للغابن فإنه يطلب منه ذلك بعد الفسخ اما الثمن فلا شبهه فى انه يطلبه من الغابن على كل تقدير و اما العين التى أتلفها الغابن فان كان اشتغال ذمتهما بقيمه يوم واحد اما يوم التلف أو يوم الأداء بحيث تكون ذمه الفاسخ أيضا مشغوله بقيمه يوم التلف من حين الفسخ أو كان اشتغال

ذمتها بقيمه يوم الأءاء فلا- شبهه فى سقوط حق كل منهما عن ذمه الآخر بالتهاتر سواء طلب كل منهما حقه عن الآخر أو أحدهما و هذا لا شبهه فيه و ان قلنا بضمان قيمه يوم الغصب فح تختلف الحال فى ضمان كل منهما للآخر فإنه ربما يكون ذلك فى أحدهما أزيد من الآخر كما عرفت فح لا يحصل التهاتر إلا فى الجزء فقط.

و لكن يمكن ان يقال بحصول التهاتر هنا و ان قلنا فى المقبوض بالعقد الفاسد و مثله بكون المناط فى الضمان بالقيمه هو قيمه يوم الغصب لصحيحه أبى و لاد لأنها لا تشمل ما نحن فيه و بيان ذلك ان مقتضى القاعده كما عرفت انما هو ضمان نفس العين ابتداء و انما ينتقل الى مثل أو القيمه مع عدم إمكان رد العين و عرفت أيضا ان العين تبقى فى الذمه إلى وقت الأءاء ففى ذلك الوقت تنتقل إلى القيمه كما هو واضح لعدم إمكان أءائها حتى لو عادت العين الى ملك الضامن بقدره إلهيه كان الواجب على الضامن ان يؤءىها إلى المضمون له كما هو واضح و عليه فإذا كان ذمه كل من الغابن و المغبون مشغوله بعين واحده أحدهما بالإتلاف و الآخر بالفسخ فان مقتضى الفهم العرفى هو وقوع التهاتر فى ذلك و عدم ثبوت حق مطالبه كل منهما على الآخر كما إذا أخذ أحد خبزا من الخباز بعشرين فلسا مع كون الخبز خمس أفلس ثم غصب الخباز ذلك الخبز فأكله ثم التفت المغبون الى الغبن ففسخ العقد فإنه يرجع اليه و يأخذ منه عشرين فلسا و ليس للغابن فى نظر العرف ان يطالب منه خبزه و يقول وجب عليك ان تعطى خبزى و وجب على ان اعطى خبزك فإن أهل العرف يقولون ان ما عطيته هو الذى أخذته و أكلته.

و بعبارة اخرى ان الضمان بالقيمة انما هو مع عدم التمكن من العين و قد عرفت ان العين انما هو باقيه فى ذمه الضامن الى وقت الأداء و عليه فإذا أتلّف الغابن العين التى انتقل الى المغبون فتكون ضامنا لنفس ذلك العين و حيث طلبها المغبون فلا يمكن أداء نفسها فلا بد من أداء مثلها أو قيمتها و إذا فسخ المغبون العقد فتكون ذمته أيضا مشغوله بنفس تلك العين فإذا لم يخرج عن عهده الغرامة قبل الفسخ ليكون المغبون ح متمكنا من أداء العين فإن ذمه كل منهما مشغوله بالعين كما عرفت فيقع التهاتر فيحصل الأداء كما هو واضح و ح تنقلب القيمة أو المثل الى نفس العين كما إذا عادت العين بمعجزه و من الواضح ان مورد الصحيحه انما هو صوره عدم التمكن من أداء العين و كون الضمان فى طرف واحد فلا تشمل المقام و توهم أنها مطلقه بالنسبه إلى عود العين أيضا لاستحاله الإهمال فى الواقع فاسد بل الحكم مقيد فى الواقع و فى مقام الثبوت بعدم العود و فى مقام الإثبات لم يقيد المولى و انما أهمل لعدم كونه فى مقام البيان من هذه الجبهه و قد فرضنا الكلام فى إتلاف الغابن مال المغبون و يجرى جميع ذلك فى عكس ذلك كما يظهر بالتأمل فلا يحتاج الى التكرار ثم لا يخفى انه فى حكم الأداء لو ابرء احد ذمه المتلف فهو بمنزله القبض.

### **المسأله الثالثه ان يكون المتلف هو الأجنبى**

فلو أخذ منه صاحب المال قبل الفسخ قيمه يتعين رجوع الفاسخ الى المفسوخ عليه و كذا العكس و اما لو لم يأخذها ففسخ ذو الخيار فلا يتعين على كل منهما الرجوع الى طرفه بل يتخير بين الرجوع الى الطرف و الرجوع الى المتلف كما هو مقتضى ضمان شخصين لمال واحد على التعاقب و لكن لا يجرى



ذلك بناء على اعتبار قيمه يوم الفسخ بل يتعين ح الرجوع الى الطرف سواء سواء كان هو الغابن أو المغبون لأن المال و ان كان في ذمه المتلف أيضا الأ- أنه قد أتلّف هو ما ليس للفاسخ قبل الفسخ بل لطرفه فيكون الأ-جنبي ضامنا للمالك.الفعلى دون المالك الأصلي و المالك الأصلي يطلب مصداق ماليه يوم الفسخ فلا يشتغل بقيمه يوم الفسخ إلا الطرف لا المتلف لكونه مكلفا بأداء قيمه يوم التلف أو يوم الأداء و ما ذكرناه أوضح بناء على كون الطرف ضامنا لنفس العين بمقتضى دليل اليد و الله العالم بالأحكام و رسوله و خلفائه الكرام صلوات الله عليه و عليهم الى يوم القيامة

### قوله مسأله الظاهر ثبوت خيار الغبن في كل معاوضه ماليه

بناء على الاستناد في ثبوته في البيع الى نفى الضرر أقول لم يقع التعرض لثبوت هذا الخيار في غير البيع في كلمات الأصحاب كما وقع التعرض بجريان خيار الشرط في غيره و لكن عدم تعرضهم لذلك لا يكشف عن اعتقادهم بعدم جريانه في غير البيع أو جريانه فيه و أما تعرضهم لعدم جريان خيار المجلس في غير البيع من جهة ذهاب بعض العامه إلى جريانه في ما عدا البيع أيضا.ثم انه لا دليل بالخصوص على جريانه في غير البيع أو عدم جريانه فيه و انما المهم هو التعرض لمدرک هذا الخيار حتى يعلم أنه على نحو يجرى في غير البيع أيضا أو لا فنقول ان كان مدرک خيار الغبن هو الإجماع فلا شبهه في عدم جريانه في غير البيع لأنه دليل لبي و لا بد من أخذ المتيقن منه و هو البيع و ان كان مدرکه هو نفى الضرر فيشمل ذلك غير البيع أيضا إلا إذا كان هنا اقدام على الضرر فإنه مع الاقدام لا يكون هنا خيار و لا يبعد صدق الاقدام على الضرر مع العلم و الجهل كما تقدمت الإشارة الى ذلك سابقا و لا يختص ذلك

بصوره العلم بالغبن كما ذكره المصنف و بنى عليه و كيف لا يهمننا التكلم فى ذلك بعد ما عرفت من عدم تماميه دلالة حديث لا ضرر على المقصود و انما المدرك هو الشرط الضمنى كما تقدم تفصيله و عليه فلا بد من التكلم على هذا المبنى فنقول قد يكون البناء فى المعامله على الدقه و عدم المغابنه و قد يكون على السمحه و المسامحه و قد لا يكون العقد مبني على شىء اما الأول فلا شبهه فى تحقق الشرط الضمنى فيه فان بناء العقلاء على تساوى القيمتين فيه فتكون قرينه نوعيه على تساوى القيمتين و مع انتفاء القرينه النوعيه فتلاحظ القرينه الشخصيه على ذلك و من ذلك الإجاره و الصلح فى مقام البيع و الإجاره و لا يفرق فيه أيضا بين أفراده إلا إذا قامت قرينه خارجيه على عدم تحقق ذلك الشرط كالبيع بين الوالد و الولد فإنه إذا وقع الغبن فى ذلك فالارتكاز قائم على عدم الشرط فيه نوعا.

و اما الثانى فلا يجرى فيه الشرط الضمنى كالصلح فى مقام المرافعه حيث ان بنائه على قطع النزاع و التشاح فجريان الخيار فيه ينافى ذلك و كذلك الصلح فى غير موارد البيع و الإجاره بأن كان على إبراء جميع ما فى الذمه كائنا ما كان إلا إذا ظهر الحال و علم ان ما فى ذمه المديون من الديون أضعاف ما اعتقده المتصلح فإنه حينئذ لا قرينه نوعيه و لا شخصيه على عدم الشرط هنا بل القرينه الشخصيه قائمه على تحقق الشرط الضمنى كما هو واضح.

و اما الثالث فلا بد فيه من ملاحظه حال الأشخاص فى شخص المعامله كالجعله فعلم ان جريان الغبن فى أى معامله يحتاج الى جريان الشرط الضمنى فيه على تساوى القيمتين و جريان الشرط الضمنى على تساوى القيمتين يحتاج إلى القرينه النوعيه أو الشخصيه و الحاصل ان

مقتضى أصاله اللزوم انما هو الحكم بلزوم كل معاملة و عليه فمقتضى الأصل الاولى هو اللزوم فى جميع المعاملات و ح فلا بد من رفع اليد عنها من ملاحظه القرائن الخارجيه القائمه على عدم اللزوم فيها فان قامت قرينه عامه كبناء العقلاء أو خاصه على عدم التسامح و التساهل فى المعامله أزيد مما لا بد منه فلا شبهه فى تحقق الشرط الضمنى فيها على التساوى و عدم التغاين لان هذه القرينه قرينه على الاشتراط فيلزم الخيار من تخلفه و يجرى ذلك فى كل عقد و معاملة حتى الصلح الذى كان البناء فيه على التسامح و التساهل إلا إذا ظهر التفاوت أزيد مما اعتقد المتصالح فإنه بالنسبه إلى الزائد يجرى الاشتراط المذكور و يلزم من تخلفه الخيار و قد تقدم ذلك فى السابق الى جريان الخيار فى التفاوت الزائد عن المقدار الذى وقع فيه التسامح و فى كل مورد قامت قرينه عامه أو خاصه على ان بناء المتعاقدين على المسامحه و المساهله بحيث تكون هذه القرينه داله على عدم الاشتراط فلا يجرى فيه الخيار سواء كان ذلك صلحا أو بيعا فإنه ربما تقوم القرينه على عدم الاشتراط و ان لم يلتفت المتعاملان الى الغبن كما إذا باع الوالد مالا- من ولده بخمسين ديناراً مع الغفله عن كونه يساوى بالماء فإنه و ان تحقق غبن لا يتسامح هنا و لكن الارتكاز العرفى بل القرينه الخاصه أعنى رأفه الوالد على ابنه قائمه على عدم الاشتراط إلا إذا لم تكن بينهما رأفه تقتضى ذلك فإن القرينه العامه أو الخاصه قائمه على اشتراط تساوى القيمتين هنا أيضاً و من هنا ظهر ان المناط فى الاشتراط و عدم الاشتراط انما هو البناء الشخصى على الاشتراط و ان كانت القرينه على الاشتراط ربما تكون نوعيه اعنى بناء العقلاء على الاشتراط و لكن مع ذلك قد تكون القرينه الحاصله أيضاً

موجوده على ذلك اعنى بناء الشخصى من المتعاملين على التساوى أو على عدمه و قد نقل المصنف عن بعض و قواه شيخنا الأستاذ بل قد تنحصر القرينه بالثانى مع انتفاء الاولى و قد تكون القرينه الخاصه أعنى البناء الشخصى مقدما على القرينه العامه كما ان بناء العقلاء على التساوى فى البيع و مع ذلك قد يكون بناء المتعاقدين على التسامح كما تقدم و من هنا ظهر انه لا نحتاج الى تحقيق مفهوم الغبن و كون الحكم دائرا مدار صدق الغبن و عدمه كما ذكره بعضهم لا- من جهه عدم وروده فى الاخبار كما ذكره المصنف بل من جهه ان مبنى المسأله لا يحتاج الى ذلك كما هو واضح.

### قوله مسأله اختلف أصحابنا فى كون هذا الخيار على الفور أو على

التراخى على قولين

أقول ذهب المشهور الى كون الخيار على خلاف الأصل فيقتصر فيه على المتيقن و ذهب بعض آخر الى ثبوته ما لم يطرئه رافع للاستصحاب و ذكر فى الرياض ان المستند فى الخيار إن كان الإجماع المنقول اتجه التمسك بالاستصحاب و ان كان نفى الضرر و جب الاقتصار على الزمان الأول إذ به يندفع الضرر هذا فنقول ان ثبوت الخيار بعد الآن الأول يحتاج الى انتفاء أحد أمرين الأول عدم وجود المقتضى للزوم فى الآن الثانى و الثانى عدم المانع عنه فإذا ثبت أحدهما لا يثبت الخيار مستمرا بل لا بد من الأخذ بالقدر المتيقن فلا بد فى المقام من تنقيح هذا المطلب أى المقتضى و المانع و لذا ذكر جامع المقاصد ان العموم الثابت للعقد مستمر بحسب الزمان و المانع عنه مفقود فلا بد من الاقتصار بالقدر المتيقن و قد أشكل المصنف عليه و على بقيه الوجوه المذكوره فى المقام بما ذكر أشار إليه فى المقام و ذكر تفصيله فى كتاب الرسائل و حاصل: ان

ص: ٤٠٤

الحكم الثابت على العام تارة يكون ثابتا على افراده بحسب التعدد و التكثير بان يكون لما تحت العام حكم فى كل آن بحيث يتكثر الحكم فى طول الزمان و يكون للعام افراد طويله كما تكون له أفراد عرضيه كما إذا قال أكرم العلماء فيكون غرضه تعدد الحكم بحسب قطع الزمان فيكون الزمان مكثرا للحكم و يكون هنا إكرام متعدد حسب تعدد الآنات و الساعات و قد يكون الحكم الثابت لافراد العام حكما واحدا مستمرا إلى الأبد بحيث لا يكون الزمان مفردا و مكثرا و قيادا للحكم و موضوعا له بل يكون ظرفا كما إذا فرضنا فى المثال المتقدم ان وجوب الإكرام شىء واحد ثابت لافراد العلماء من غير ان يكون التعدد بحسب الآنات بل لكل واحد من افراد العام حكم واحد مستمر من غير ان يتعد حسب تعدد الآنات فعلى الأول فإذا ورد مخصص على العام بان خرج إكرام زيد العالم عن تحت العموم فى يوم الجمعه فلا بد من الاقتصار فى التخصيص بخصوص ذلك فقط فلا يمكن التعدى إلى اليوم الثانى أيضا بالاستصحاب لانه من قبيل اسراء الحكم عن موضوع الى موضوع آخر فهو لا يجوز لان الحكم فى حكم آن مستقل و هذا بخلاف الثانى فإنه إذا ورد التخصيص على العام و اخرج الفرد عن تحت حكمه كان ذلك موجبا لخروجه عن تحته مستمرا و الى الأبد و فى هنا إذا شك فى ثبوت حكم العام بعد المخصص نستصحب حكم المخصص فلا- مورد هنا للاقتصار بالقدر المتيقن لكونه خروجا واحدا عن تحت العام فلا يفرق فيه بين خروج عن حكم العام دائما أو فى زمان ما إذ ليس فى خروجه دائما زياده تخصيص فى العام حتى يقتصر عند الشك فيه على المتيقن.

و اما كشف ان الحكم الثابت على العام استمرارى أو لا فلا بد و ان

يثبت من الخارج أو بدليل اللغويه كما ان قوله (عليه السلام) حلال محمد (صلى الله عليه و آله) حلال الى يوم القيامة و حرامه حرام الى يوم القيامة يدل على استمرار الاحكام الى يوم القيامة فلو ثبت من الخارج انقطاع الحليه أو الحرمة و عدم استمرارهما الا الى وقت خاص لا يكون ذلك مشمولاً للروايه فيكون خارجاً عنها فإنها تدل على استمرار الاحكام الى يوم القيامة مع عدم الانقطاع و بعده لا حلال و لا حرام حتى يستمر الى يوم القيامة و ليس فيها تعرض لإيجاد الحلال حتى يكون مستمراً و الا يلزم إيجاد الحكم موضوع نفسه و عليه فإذا ورد عام و وردت روايه مثلاً على استمرار حكم العام أو قامت قرينه على ذلك من لغويه عدم الاستمرار نحكم بذلك فإذا ارتفع الحكم فى زمان يخرج عن تحت العام و نستصحب مع الشك حكم الخاص و لا يكون ذلك الدليل مقتضياً لاستمراره مثلاً ان أَوْفُوا بِالْعُقُودِ يدل على وجوب الوفاء بكل عقد و لا شبهه انه لا معنى لحصول الملكيه فى آن دون الآن الثانى بحيث يكون فى كل آن حكم مستقل فمن جهة لزوم لغويه حكم الوفاء بالعقد استفدنا استمرار الحكم فى جميع الأزمنه و إذا رفع الحكم فى زمان اعنى الوفاء لارتفاع الملكيه كما فى المعاطاه بناء على عدم إفادتها الملكيه و كعقد ازدواج بعد رفعه بالطلاق فان ما يقتضى لغويه الزوجيه فى آن دون غيره لا تشمل بعد الرفع و لم يبق هنا شىء حتى يجب الوفاء به و لا يكون الدليل الدال على الاستمرار جارياً فى المقام فان الدليل انما كان هو لزوم الغويه الملكيه فى آن واحد دون غيرها و المفروض انه ليس هنا ملكيه حتى يلزم اللغويه من اعتبارها فى زمان دون زمان آخر كما هو واضح و ان اللغويه لا توجد الملكيه و الا يلزم تعرض الحكم لموضوعه.

و الحاصل ان روح كلام المصنف انه إذا ورد الحكم على الاستمرار و الزمان فيكون حينئذ للعام افراد طويله نظير الأفراد العرضيه فيكون الزمان قيذا للحكم و مكثرا له فإذا ورد التخصيص في زمان لا يكون مخصصا إلا في ذلك الزمان الخاص كما هو واضح و اما إذا ورد الاستمرار على الحكم بحيث يكون الحكم موضوعا للاستمرار فيكون الحكم ثابتا للفرد مستمرا فإذا خرج عن تحت العام خرج أبديا كما هو واضح و ان ورود الاستمرار على الحكم انما هو اما بدليل اللغويه أو بدليل خاص كما إذا فرضنا ورود الروايه عليه مثلا.

و اما الوجه في ملاحظه الاستمرار هو ما ذكره المصنف من لزوم اللغويه من عدم ملاحظه الاستمرار أو قيام الدليل الخارجى على ذلك و الا- فالظاهر من تعلق الحكم بالفعل هو الآن الأول لا الاستمرار و من هنا ظهر ما ذكره من تغاير مورد التمسك بالعام و مورد التمسك بالاستصحاب فان مورد التمسك بالعام انما هو صورته كون الزمان مكثرا فلا يجوز ح التمسك بالاستصحاب حتى مع وجود المانع عن التمسك بالعام بل لا بد من التمسك بأصل آخر و مورد التمسك بالاستصحاب هو فرض كون الزمان ظرفا فإنه ح لا يجوز التمسك بالعام حتى مع المنع عن التمسك بالاستصحاب.

أقول هذا الذى أفاده المصنف انما يتم في الجملة لأنه لا يجرى بالنسبه إلى الأحكام التكليفيه بل يجرى في الأحكام الوضعيه اما الأول:

فلاينه لا- معنى لتوهم الاستمرار في الأحكام التكليفيه أصلا فإن الحكم الوارد على الافعال سواء كان بعنوان الاستقلال و العام الاستغراقى أو بعنوان العام المجموعى يلاحظ بالنسبه الى كل فرد و على كلا التقديرين لا يلاحظ

الاستمرار فيه مثلا لو قال المولى أكرم هؤلاء العشرة ثم اخرج منها واحدا لا يرتفع الحكم عن الباقي بل لا بد له في إكرام العشرة أو قال الكذب حرام فان الظاهر منه ان كل فرد من الكذب فيكون لكل فرد حكم أى حرمة خاصه و يسرى الحكم الى جميع الافراد بعنوان الاستغراق أو بعنوان العام المجموعى و على الأول تكون الحكم بالنسبه الى كل فرد مستقلا واضح فإذا ورد التخصيص بإخراج فرد من العام يبقى الباقي تحته كالحكم بحرمة الكذب مع إخراج فرد منها و كذا فى ناحيه الوجوب و على الثانى ان الظاهر أيضا من تعلق الحكم بالفعل هو ثبوته له على نحو الاستقلال كما إذا قال أكرم هؤلاء العشرة فإذا أخرج منها واحدا تبقى التسعه تحت العام و يجب إكرامهم و ليس هنا استمرار أيضا فإن اعتبار وجوب الإكرام فى ساعه دون غيرها لا يستلزم اللغويه.

و اما فى الحكم الوضعى فيجرى ما ذكره المصنف مثلا إذا ورد من استولى على شىء فهو له أو من حاز ملك و استفدنا من دليل خارجى أو من لزوم الغويه أن تكون الملكيه حاصله فى آن دون آن آخر فتحكم ح بحصول الملكيه المستمره فإذا ورد فى دليل خاص أو اللقطه العمران لا يملكها الواحد فيكون ذلك خارجا عن عموم من حاز ملك على تقدير كونه روايه و عن عموم من استولى على شىء فهو له و لا يكون الدليل الخارجى أو لزوم اللغويه المقتضيه للملكيه المستمره شامله للاستيلاء على اللقطه و حيازتها لعدم حصول الملكيه هنا حتى تكون مستمره فما ذكره المصنف صحيح فى مثل ذلك.



وقد انتهى كلامنا الى التمسك بالعموم بعد ورود التخصيص عليه و ان المصنف قد ذكر ان مورد التمسك بالعام يغير مورد التمسك- بالاستصحاب ففي مورد نتمسك بالعام لا- يجوز التمسك بالاستصحاب حتى مع عدم التمسك بالعام و فى مورد التمسك بالاستصحاب لا يجوز التمسك بالعام حتى مع ثبوت المنع عن التمسك بالاستصحاب و فيما ورد الزمان على الحكم و ثبت الاستمرار عليه فلا يجوز التمسك بالعام بعد ثبوت التخصيص لان الحكم لا يتعرض على موضوعه اعنى الاستمرار و انما هو من دليل خارجى فحيث ورد التخصيص فى الافراد الطولية على هذا الدليل الخارجى المثبت للاستمرار لا يجوز بعده التمسك بالعام فى المشكوك فالمورد هنا مورد الاستصحاب و إذا كان الحكم فى العام ثابتا على الزمان فيكون ثابتا لكل فرد طولى أيضا كما هو واضح ثم طبق ذلك على المقام فقال ان مقتضى أَوْفُوا بِالْعُقُودِ هو ثبوت الحكم لكل عقد من الافراد الطولية فإذا خصص هذا العام و خرج منه عقد واحد فى زمان فلا يجوز التمسك بالعموم بالنسبه إليه فى زمان آخر لعدم إمكان تعرض الحكم لاستمراره الثابت بدليل خارجى أعنى لزوم اللغويه من اعتبار الملكيه مثلا فى زمان دون زمان آخر فلا بد من التمسك بالاستصحاب.

أقول لا بأس بما ذكره على نحوه الاجمال لا فى جميع الأحكام التكليفية و الوضعيه بل فى الثانيه فى الجملة و توضيح ذلك ان الاحكام التكليفية لا معنى فيها لورود الاستمرار اى الزمان على الحكم بحيث تلاحظ على نحوين و ذلك لأنها تحريميه كان أو وجوبيه استغراقيه كانت أو مجموعيه إنما تتعلق بالافعال اى بأفعال المكلفين و لا شبهه ان الفعل يتقدر و يتقطع بالزمان و إذا كان ذلك الفعل متعلق للعام أو المطلق

توجد له أفراد طوليه كماله افراد عرضيه سواء كان الحكم تحريماً أو وجوباً غاية الأمر، الأمر في الأول أوضح و على هذا فقد ذكرنا في علم الأصول ان الإهمال في الواقع و مقام الثبوت محال فلا يعقل ان يكون الحكم في الواقع لا مطلقاً و لا مقيداً بل كان مهملاً لانه لا يعقل ان يجعل المولى حكماً و لكن لا يلتفت الى أنه بأى نحو مطلق أم مقيد و ان كان ذلك ممكناً في مقام الإثبات و على هذا فإذا ورد حكم من المولى و كان في مقام البيان و لم يقيد بشيء نستكشف من ذلك سرعان الحكم الى جميع افراد العام أو المطلق الأفراد العرضيه أو الافراد الطويله و عليه فإذا ورد تخصيص أو تقييد فخرج فرد من افراد العام أو المطلق نتمسك في الباقي بالإطلاق أو العموم فنثبت الحكم للفرد المشكوك فلا مورد هنا للاستصحاب أصلاً مثلاً إذا ورد عام أو مطلق على ان الكذب حرام أو كل كذب حرام فلا شبهه ان متعلق الحرمة هنا هو الفعل الخاص الصادر من المكلف و انه يتقدر بالزمان بحيث ان الكذب الصادر منه في هذا الزمان غير الكذب الصادر منه في زمان قبله كما انه غير الكذب الصادر منه في زمان بعده فيكون كل كذب بحسب طول الزمان و عرضه فرداً مغايراً للأفراد الأخر فحيث إن الإهمال في الواقع محال فلا بد و ان يكون الحكم فيه اما مطلقاً أو مقيداً فحيث لم يقيد الخطاب في مقام الإثبات مع كونه في مقام البيان فحسب تبعيه مقام الثبوت لمقام الإثبات من حيث الإطلاق و التقييد فنكشف الإطلاق في مقام الثبوت أيضاً كما هو واضح و على هذا فإذا خرج فرد من افراد الكذب عن تحت الإطلاق أو العموم فإنه لا شبهه في جواز التمسك بالعموم أو الإطلاق في الافراد الأخر فلا مجال بوجه لتوهم جريان الاستصحاب فيه و كذلك إذا ورد النهي عن شرب الخمر

فان مقتضى الإطلاق حرمه أى شرب كان من أفراد العرضيه و الطويله فإذا خرج فرد من تحته نتمسك فى الباقي بالإطلاق كما هو واضح إلا لوحظ الحكم بعنوان العام المجموعى أى يكون الحكم الواحد ثابتا للأفراد بين المبدء و المنتهى من غير ان يكون لكل فرد حكم واحد و كذلك الكلام فى الأحكام الوجوبيه سواء كانت استغراقيه أم مجموعيه ثم ورد مخصص فإنه يرجع فى الافراد الباقيه العام و المطلق أما فى الاستغراقى فواضح و أما فى المجموعى فأیضا كك كما إذا قال أكرم هؤلاء العشره ثم أخرج واحدا فإنه لا محاله يمنع عن التمسك بالعام فى التسعه الباقيه.

و العجب من شيخنا الأستاذ حيث أصرّ فى المقام و فى الأصول على ورود الاستمرار على الحكم فى الأحكام التحريميه بدعوى أنه لا معنى لكون الشىء حراما فى آن واحد لأنه حاصل بالضروره إذ ما من محرم الا و يكون متروكا أنا ما فيكون الحكم التحريمى لغوا فنكشف من ذلك أن الحكم التحريمى مستمر دائما فيكون الاستمرار واردا على الحكم و عليه فإذا ورد عام مشتمل على حكم تحريمى ثم ورد عليه تخصيص فلا وجه للتمسك بالعام بل يتمسك باستصحاب حكم الخاص كما هو واضح.

و لكنه واضح الدفع فان مقتضى إطلاق الخطاب هو كون كل فرد من أفراد الطويله بحسب قطع الزمان محرما و أن المولى قد لاحظ فى مقام الثبوت إطلاق الحكم و شموله بجميع الافراد مع ما عرفت أن الفعل الذى هو متعلق الحكم يتقدّر بالزمان فلا يكون الحكم ثابتا على جميع الافراد بحسب الإطلاق ففى المقام و ان كان الاستمرار موجودا و لكنه ليس بمعنى أن الحكم الواحد مستمر كالملكيه مثلا بل معناه هنا انه يستمر الحكم باستمرار موضوعه يعنى ان حرمه شرب الخمر مستمره حسب تعدد الشرب

و استمراره و يكفى فى ذلك كون الحكم ثابتا على الطبيعه الصرفه غير مقيدا ب قيد بل ترفع عنها جميع القيود كما هو معنى الإطلاق لا ان هنا استمرار ثابت من الخارج يبرهان اللغويه.

و على الجملة استمرار الحكم فى التكاليف المحرمه من جهة إطلاق الحكم و تعدد متعلقه اعنى فعل المكلف المتقدر بالزمان لا من جهة دليل خارجى كما لا- يخفى و أعجب من ذلك ما استشهد على مراده بان الفقهاء لم يجوزوا شرب الخمر فى حال المرض لاستصحاب الحرمة فلو كان الاستمرار ثابتا من ناحيه الحكم دون الخارج لم يكن لهم وجه للتمسك بالاستصحاب بل لا بد لهم من التمسك بالعام فحيث ان الاستمرار فى الأحكام التحريميه ثبت من الخارج لا- من ناحيه الحكم و لم يكن تعرض الحكم لاستمرار موضوعه مستمرا فلذا تمسكوا بالاستصحاب فى إثبات الحرمة فى حال المرض و وجه العجب ان ذلك خارج عما نحن فيه فان كلامنا فيما ورد عام ثم مخصص فى زمان و شك فى ان الفرد الخارج خارج دائم أو فى الزمان الأول و اما إذا لم يرد تخصيص أصلا فلا مجال لذلك ففى المثال المذكور لم يجد تخصيص لحرمة شرب الخمر بالنسبه الى حال المرض حتى نتمسك بالنسبه إلى المريض فى غير حال مرضه بالاستصحاب أو بالعام بل انما هو شك فى ثبوت الحكم فى جميع الحالات أو فى بعضها فتمسك بالإطلاق لما عرفت من إطلاق الحكم ثبوتا و إثباتا على انه لا نعرف ذهاب الفقهاء إلى الحرمة للاستصحاب مع ان الكتب الاستدلاليه قليل و مع ذلك فليس كلهم ذاهبين إلى الحرمة للاستصحاب نعم لا- بأس بالواحد و الاثنى فتحصل ان الاحكام التكليفيه بأجمعها تحريميه أو وجوبيه استغراقيه أو مجموعيه و اما الأحكام الوضعيه فحيث ان

متعلقها ليس فعل المكلف حتى يتقدر بالزمان بل هو أمر آخر كالملكيه و الزوجيه و نحوهما له قابليه الاستمرار فيمكن تصديق كلام المصنف هنا في الجملة.

و توضيح ذلك ان اعتبار الاستمرار قد يكون بدليل خارجي بحيث يكون واردا على الحكم من جهة اقتضاء الدليل الخارجي ذلك و قد يعتبر في الحكم من جهة دلالة نفس الدليل المتكفل لبيان الحكم على ذلك اما الأول كما إذا لم يكن نفس الدليل متضمنا لذلك بإطلاقه أو بعمومه بل لو اعتبر الاستمرار فيه انما يعتبر من جهة برهان اللغويه أو الدليل الآخر من الروايه و نحوها كما إذا ورد ان من استولى على شيء فهو له أو من حاز ملك فإنه لا- معنى لحصول الملكيه بالحيازه أو بالاستيلاء أنا لكون ذلك لغوا بل حصول الملكيه في زمان مقيد به كالشهر أو شهرين أو سنه فهو ترجيح بلا مرجح فلا بد من القول بحصول الملكيه الدائميه ففي مثل المقام فالعموم أو الإطلاق انما يتضمن بيان أصل الحكم اى حصول الملكيه بالاستيلاء و الحيازه و اما الاستمرار فهو يعلم من الدليل الخارجي فإذا ورد تخصيص على ذلك و دل دليل على عدم حصول الملكيه بالحيازه و الاستيلاء كاللقطه و مجهول المالك و شككنا في ان ذلك خارج عن تحت العام أو المطلق في زمان خاص أو دائما فلا يمكن التمسك بالإطلاق أو العام إذ المفروض عدم الإطلاق أو العموم و اما الدليل الخارجي الدال على الاستمرار فهو لا يمكن ان يتعرض موضوعه بل هو ثابت متى ثبت موضوعه و في المثال المذكور متى ثبتت ملكيه فهي تستمر و اما مع عدم ثبوت الملكيه فأى شيء تستمر و لا شبهه ان دليل الاستمرار يستحيل ان يتعرض لإيجاد موضوعه فإنه في فرض وجود موضوعه يدل على

الاستمرار ولا- يمكن ان يتعرض الحكم لموضوعه.فما ذكره المصنف صحيح في مثل ذلك و اما إذا كان الدليل الدال على الحكم بنفسه دالا- على العموم أو الإطلاق أما بقاء أو بقاء أو بمقدمات الحكمه فح لا شبهه في جواز التمسك بالإطلاق سواء كان الحكم ثابتا لمتعلقه على نحو العموم الاستغراقى أو العموم المجموعى و توضيح ذلك ان الاستمرار تاره يفرض فى الجعل من انه مستمر أو لا و اخرى فى المجموع اما الأول بأن الجعل يدل على الاستمرار ما لم يطرد النسخ أم لا فهو خارج عن المقام و اما الثانى فلا شبهه فى جواز التمسك بإطلاق المجعول أو بعمومه و إثبات الحكم للأفراد العرضيه و الطويله للعام لا-ن الإهمال مستحيل فى مقام الثبوت و المولى فى مقام البيان و فى مقام الإثبات و لم يقيد كلامه بقاء فكشف منه الإطلاق مثلا ان أَوْفُوا بِالْعُقُودِ يدل على وجوب الوفاء بكل عقد فإذا فرضنا ان الملكيه المنشئه لم تقيد بشىء فى مقام الإنشاء و هكذا الزوجيه فكشف من ذلك كونهما دائمييه فإن إطلاق المنشئه يدل على ثبوتهما و تحققهما فى الافراد العرضيه و الطويله و لا- يفرق فى ذلك كون الحكم على نحو العام المجموعى كما إذا إنشاء الملكيه الواحد بين المبدء و المنتهى و هذا هو المعروف أو على نحو الاستغراق كما إذا كانت هنا فى كل آن ملكيه مستقله منضمه بعضها مع بعض بحيث تستمر افراد الملكيه بحسب الانضمام لا ان هنا ملكيه مستمره بين المبدء و المنتهى و عليه فإذا أورد تقييد أو تخصيص بالنسبه إلى فرد فى زمان و شككنا فى كونه دائما أو لا فال مورد مورد التمسك بعموم العام دون استصحاب حكم المخصص و هكذا الكلام إذا لم يكن هنا إطلاق بمقدمات الحكمه أو عموم و لكن يكون فى الدليل دال آخر على الاستمرار كما إذا

قال المولى مثلاً- أمضيت الزوجيه المستمره أو الملكيه المستمره فان الاستمرار يستفاد من القيد و من دال آخر فإنه أيضا إذا شكنا فى مورد فى ارتفاع الحكم عن فرد بعد التخصيص إلى الأبد أو مؤقتا فتمسك بعموم العام أو بإطلاق المطلق لان الحكم والاستمرار كلاهما يستفاد من دليل واحد و ان كان الدال متعددا و تعدد الدال غير استفاده الاستمرار بدليل آخر المانع من التمسك بالعموم و الا- فلا طلاق دائما يستفاد من مقدمات الحكمه فلو كان مجرد تعدد الدال و لو فى دليل واحد مانعا عن التمسك بالإطلاق أو العموم لكان لازم ذلك عدم جواز التمسك بالإطلاق فى مورد أصلا فى الفرد المشكوك بعد التخصيص كما هو واضح.

و على الجملة حيث ان متعلق الأحكام الوضعيه ليس هو الفعل ليتقدر بالزمان بل هو أمر موجود مستقل أجنبى عن الفعل فيلاحظ فيه الاستمرار و عدمه و عليه فان كان الاستمرار مستفادا من دليل خارجى بحيث يكون الاستمرار واردا على الحكم فلا يجوز التمسك بالعام فالمورد مورد الاستصحاب كما ذكره المصنف و ان كان مستفادا من إطلاق الدليل أو عمومه بحيث يكون المنشأ مطلقا بالنسبه الى الافراد كما عرفت فلا بأس بالتمسك إلى الإطلاق أو العموم الدال على إطلاق المنشأ و عمومه بالنسبه الى كل فرد عرضيا كان أو طويا و ان كان ذلك الإطلاق مستفادا من مقدمات الحكمه.

و حاصل الكلام من الأول ان الحكم قد يكون متعلقا بفعل المكلف و قد لا يتعلق بفعل المكلف بل يلاحظ منحازا عنه و مستقلا فى نفسه، اما الأول فكالاحكام التكليفيه فإنها متعلقه بأفعال المكلفين فيكون متقدرا بالزمان فيلاحظ العموم أو الإطلاق فى نفس الحكم باعتبار متعلقه و لا يفرق

فى ذلك بين ان يكون العموم استغراقيا كان يكون الحكم ثابتا لكل فرد فرد من الفعل المتقدر بالزمان بحيث يكون لكل منها حكم مستقل أو يكون العموم مجموعيا بحيث يلاحظ مجموع الافراد مجموعا و يجعل لها حكم واحد بحيث يكون كل فرد جزء للموضوع كقول المولى أكرم هؤلاء العشره فإن الحكم هنا ثابت للمجموع من حيث المجموع فإذا شككنا فى ان الخارج عن تحت هذا الحكم هو دائمي أو مقيد بيوم الجمعه فتمسك بعموم العام و أيضا لا يفرق بين كون الحكم إيجابيا أو تحريما و عليه فإذا ورد على الحكم تقييد أو تخصيص بالنسبه إلى جزء فى العام المجموعى و بالنسبه إلى فرد فى العام الاستغراقى و شككنا فى خروج فرد آخر أو خروج.

الجزء دائما أو فى ساعه فيتمسك بعموم العام أو بإطلاقه فرد المشكوك فليس المورد من مورد التمسك بالاستصحاب و الوجه فى ذلك ان الحكم فى جميع هذه الصور وارد على الزمان سواء كان الزمان قيذا للحكم أو ظرفا فعلى كل لا يجرى الاستصحاب اما إذا كان قيذا فلان الاستصحاب فيه من قبيل اسراء الحكم من موضوع الى موضوع آخر و اما إذا كان ظرفا فلان الأصول اللفظيه لا يجرى مع الأصل اللفظى الحاكم عليها.

و اما إذا لم يكن الحكم متعلقا بالفعل كالأحكام الوضعيه و ان كان ذلك حاصلًا من فعل المكلف فيلاحظ العموم أو الإطلاق بالنسبه إلى نفس الحكم المجعول فيتمسك بالإطلاق أو العموم لورود الحكم فى ذلك أيضا على الزمان لان الظاهر ان الحكم المجعول انما جعل مطلقا فالملكيه المجعوله أو الزوجيه المجعوله إنما جعلنا مطلقتين سواء كان ملحوظا بعنوان الاستغراق كما إذا لوحظت هنا أحكام متعدده بحسب قطع الزمان بحيث يلاحظ هنا ملكيه متعدده منضمه بعضها الى بعض أو



بعنوان المجموعى كما إذا لوحظت هنا ملكيه واحده مستمره بين المبدء و المنتهى فعلى كل حال جاز التمسك بالإطلاق أو العموم الملحوظان- بالنسبه إلى نفس الحكم الوضعى و عليه فإذا خرج عن العام فرد واحد أو انقطعت الملكيه فى زمان خاص و شككنا فى خروج فرد آخر طولى عنه بحيث ان يكون الملكيه فى الآن الثانى أيضا خارجه عن العموم أو الإطلاق أو شككنا فى انقطاع الملكيه فى المجموعى إلى الأبد أو فى جزء واحد من الزمان فتمسك بإطلاق الحكم المجعول أو بعمومه و الوجه فى ذلك أيضا هو ما ذكرناه من ورود الحكم على الزمان دون العكس لما عرفت ان المجعول مطلق أو عام اما ما ذكره شيخنا الأستاذ من عدم تعرض الحكم لاستمراره و هو يجرى فى الجعل فقط لا فى المجعول لعدم تعرض الجعل لاستمراره و انه ينسخ أو لا- و ان كان الجعل و المجعول من قبيل الإيجاد و الوجود و لكن بينهما فرق من جهه و هى ان الجاعل يمكن ان يجعل الحكم عاما أو مطلقا و مع ذلك لا يكون جعله مطلقا فلا أقل انه بالنسبه إلى النسخ فان الجعل لا يتعرض ببقائه و لو من حيث نسخه.

هذا كله فيما إذا كان الاستمرار مفهما من نفس الحكم بحيث يكون الحكم واردا على الاستمرار كما عرفت و اما إذا كان الاستمرار واردا على الحكم و يكون مفهوما من دليل خارجى كما إذا كان دليل الحكم بالنسبه إلى الاستمرار مهنلا و غير مقيد بالاستمرار و عدمه و لكن استفدنا من الخارج كونه مستمرا فإنه حينئذ يجوز التمسك بالاستصحاب بعد التخصيص فى بعض الصور مثلا إذا ورد ان من استولى على شىء فهو له أو من حاز ملك ورد تخصيص على ذلك من الأول بأن قال الا الصبى مثل بان اعتبر فى التملك بالاستيلاء أو الحيازه البلوغ و ان غير البالغ لا يملك بالحيازه و

حينئذ إذا شككنا في انه يملك بعد بلوغه ما حازه في الصباوه أو لا فلا بد من التمسك باستصحاب حكم المخصص فان نفس الدليل الدال على الحكم ليس له عموم أو إطلاق كما هو المفروض و اما الدليل الآخر الدال على الاستمرار انما يدل على استمرار الحكم الثابت و لكن لا يمكن ان يتكفل الدليل الخارجى الدال على اعتبار الاستمرار بإثبات الحكم لان الحكم مأخوذ فى موضوع ما يدل على الاستمرار فالحكم اعنى الاستمرار لا يعقل ان يتكفل بموضوعه كما هو واضح. و على الجملة فإذا كان الاستمرار مستفادا من دليل خارجى و كان التخصيص واردا من الأول ثم شككنا فى كون الخارج دائما أو موقتا لا يمكن التمسك بالعام أو المطلق و لا- يفرق فى ذلك أيضا بين كون الحكم استغراقيا أو مجموعا و اما إذا كان التخصيص واردا من الوسط بان تحقق الحكم من الأول ثم ورد تخصيص فإنه أيضا يكون المورد مورد التمسك بالعام فان العام قد شمل جميع الأفراد الطولية و العرضيه قبل التخصيص و بعده فإذا خرج فرد واحد نتمسك فى الباقي بالعام ثم ان ما ذكرناه من الأول إلى هنا فيما إذا كان ثبوت الحكم فى كل زمان و بقاءه مدلولاً للدليل سواء كان مدلولاً بما دل على الحكم أو مدلولاً لدليل خارجى و اما إذا كان ثبوته فى كل زمان مفهوما من الدليل التزاما لا مطابقه بأن دل الدليل على الاستمرار مطابقه و لازم الاستمرار هو ثبوت الحكم فى كل زمان فإنه ح إذا انقطع الاستمرار بورود التخصيص عليه ينقطع الدلاله الالتزاميه أيضا فلا يمكن ح التمسك بالعام فان مدلول العام كان هو الاستمرار فقد انقطع بالتخصيص فلا يجوز بعد ذلك التمسك بالعام و الظاهر انه قد استوفينا جميع صور التمسك بالعام و عدمه و اما تطبيق ذلك على المقام أعنى أَوْفُوا بِالْعُقُودِ فنقول ان كان

المراد من أَوْفُوا بِالْعُقُودِ ما ذكره المصنف من وجوب ترتيب الأثر على العقد فيكون مفاد العموم هو الحكم التكليفي أعنى وجوب ترتيب الأثر على العقد و عليه فيتمسك بعموم أوفوا حتى بعد الفسخ أيضا فإن الحكم التكليفي أعنى وجوب ترتيب الأثر على العقد حكم تكليفي استغراقى بحسب الأفراد العرضيه أى بالنسبه الى كل عقد و بالنسبه الى الأفراد الطويله الملحوظه بحسب الآنات و الأزمنه فإذا خرج فرد واحد فيتمسك فى الباقي بعموم العام و هو واضح و اما بناء على ما ذكرناه فى معنى أَوْفُوا بِالْعُقُودِ من كونه إرشادا إلى الحكم الوضعى أعنى لزوم العقد و انه لا يفسخ بالفسخ فالأمر أوضح فإن الآيه تدل على ان كل عقد فى كل زمان لازم لا يفسخ بالفسخ فإذا خرج فرد من الافراد الطويله يتمسك بالعموم كما يتمسك به فى الافراد الطويله. و مع التنزل عن ذلك فيكفينا التمسك بقوله تعالى لا تَأْكُلُوا أَمْوَالَكُمْ بَيْنَكُمْ بِالْبَاطِلِ فَإِنَّهُ يَنْهَى عَنْ الأكل باعتبار الافراد المتعدد اعنى هذا الأكل و ذلك الأكل الذى عبارة عن التمسك فإذا خرج فرد و شككنا فى خروج فرد آخر أيضا فنتمسك بالعموم و هكذا قوله (عليه السلام) لا يحل مال امرء مسلم الا بطيب نفسه فان ذلك يدل على تعدد الحكم حسب تعدد الزمان و انه فى كل زمان و ان إخراج فرد واحد لا يمنع ذلك عن التمسك بالعموم.

و إذا شككنا فى ان المغبون هل له الخيار إلى الأبد أو لا- فلا- بد من الاقتصار بالقدر المتيقن لأنه بالنسبه إلى غيره نتمسك بالعموم فان ما يرفع لزوم العقد بالنسبه إلى زمان خاص يتمكن المغبون فيه من الفسخ قطعى و فى غيره مشكوك فنتمسك بالعموم و على هذا فيصح توجيه كلام جامع المقاصد من الاقتصار فى الخيار للمغبون بالمتيقن و المرجوع فى

الزائد إلى أصله الزوم و ليس فى كلامه غبار أصلا.

و قد تحصل موارد استمرار حكم العام عن غير الاستمرار كما هو واضح ثم انه هل يتمسك بعموم العام فى مورد الشك بثبوت الخيار أو يستصحب حكم الخاص فذهب المحقق الثانى إلى التمسك بعموم العام و خالفه شيخنا الأستاذ و المصنف فذهبا الى استصحاب حكم المخصص فيقع الكلام فى انه هل يمكن الحكم بجريان الاستصحاب هنا مطلقا أولا سواء أمكن التمسك بعموم العام أو لا أو يفصل بين إذا كان مدركه الإجماع أو غيره كما ذهب اليه صاحب الرياض فنقول اما بناء على عدم جريان الاستصحاب فى الشبهات الحكميه فواضح فلا- مورد للاستصحاب لابتلاءه دائما بالمعارضه و اما بناء على جريانه فيها فهل هنا خصوصيه تمنع عن جريان الاستصحاب هنا أم لا الظاهر ان فى المقام خصوصيه تقتضى عدم جريان الاستصحاب فيه و تفصيل ذلك ان مدرك خيار الغبن اما الشرط الضمنى أو قاعده نفى الضرر أو الإجماع اما إذا كان مدركه الشرط الضمنى فلا شبهه فى عدم جريان الاستصحاب عند الشك فى ثبوته فى الآن الثانى و عدمه و ذلك لان هذا الخيار انما جعل فى فرض التخلف على حسب الارتكاز و هذا الارتكاز انما هو موجود فى الآن الأول دون الآن الثانى المشكوك فإثبات الحكم فى الآن الثانى من باب القياس و من قبيل اسرار الحكم من موضوع الى موضوع آخر إذ لم يحرز موضوع الخيار فى الآن الثانى و بعباره اخرى ان شرط الخيار على تقدير تخلف الشرط الضمنى ليس أمرا دائميا و انما هو فى وقت ثبت التخلف فيه و اما الفرد الآخر الذى لم يثبت التخلف فيه فاستصحاب الحكم فيه من باب القياس كما لا يخفى و هكذا الكلام إذا كان مدرك الخيار هو قاعده نفى الضرر فان الخيار

ص: ٤٢٠

انما يثبت بها من مقدار يرتفع به الضرر لا انه أمر دائمى فإثبات الحكم اعنى الخيار فى ان آخر قياس و بعبارة اخرى ان الضرر انما توجه من دوام اللزوم فإذا ارتفع اللزوم فى آن ارتفع الضرر أيضا فإثبات الحكم لغير المتضرر قياس فان اللزوم فى الآن الثانى مثلا ليس بضررى أصلا و الحاصل انه على تقدير كون دليل الخيار الشرط الضمنى أو قاعده نفى الضرر فالخيار ليس بدائى كما هو واضح و من هنا ظهر الحال إذا كان مدرك الحكم هو الإجماع و ذلك من جهة ان الإجماع دليل لبي فلا بد من الأخذ بالمتيقن و هو المتضرر نعم لو كان الإجماع على ثبوت الخيار للمغبون كان الاستصحاب جاريا فى الآن الثانى أيضا و لكن لا نحتمل ثبوت الإجماع التبعدى على ذلك بل مدركه اما قاعده نفى الضرر أو الشرط الضمنى فعلى كل تقدير فلا يمكن إثبات الحكم فى الآن المشكوك بالاستصحاب و بعبارة اخرى ان الأمر دائر بين ان يكون معقد الإجماع هو المتضرر أو المغبون فحيث انه أمر لبي فلا بد من أخذ المتيقن و هو المتضرر على انه لا نحتمل وجود الإجماع التبعدى على ثبوت الخيار للمغبون فاذن لا يمكن إثبات الخيار للمشكوك أيضا.

و الحاصل انه مع القول بجريان الاستصحاب فى الشبهات الحكميه فلا- يجرى الاستصحاب فى المقام لعدم بقاء موضوعه بل تغيره كما عرفت فتحصل من جميع ما ذكرناه انه لا يمكن التمسك باستصحاب حكم الخاص و هو الخيار فلا بد من الرجوع الى عموم العام و مع عدم جريانه فيرجع الى أصله الفساد كما هو واضح فتحصل ان الخيار فورى خلافا لشيخنا الأستاذ و للمصنف من حيث المدرك لا المدعى كما لا يخفى.

ثم ان المراد بالفوريه هل هى الفوريه الحقيقيه و الآن الدقى العقلى

أى الزمان الذى يمكن فيه الفسخ و لو كان مقدار يمكن فيه الأخذ بالخيار أو المراد من ذلك ما لا ينافى بعض الأفعال عادة مثل الصلاة و الأكل و الشرب و النوم و نحو ذلك أو هى أمر عرفى لا أمر دقى و لا أمر عادى الظاهر هو كذلك فان هذا الشرط كما ذكرنا ثابت بالارتكاز و هو قائم و موجود ما لم يتحقق التوانى عرفا و هذا لا ينافى بالاشتغال ببعض الافعال من الصلاة و النوم إذا كان وقته و لعل ذلك يختلف باختلاف الأشخاص بل الأمكنه و- نحوها كما هو واضح و بعبارة اخرى ان الحكم فى أصل الخيار فى أمده كل ذلك بالارتكاز فبالمقدار الذى يساعده الارتكاز يحكم بثبوت الخيار و الا فلا كما لا يخفى فافهم.

ثم ان هذا الخيار انما يثبت لمن التفت بالغبن فلو التفت بعد سنه أو سنتين فيحكم بثبوت الخيار له بعد ذلك على المقدار المتعارف من الفوريه بحيث لا- يكون ذى الخيار متوافيا و لا يقول من عليه الخيار فى أى مكان كنت فى طول هذا الزمان هذا تمام الكلام فى خيار الغبن.

يوم الأحد أول شهر ربيع الأول سنة ١٣٧٦ تم الجزء السادس من هذا الكتاب و يتلوه الجزء السابع ان شاء الله تعالى و الحمد لله  
أولا و آخره

سرشناسه: خوئی، ابوالقاسم، ۱۳۷۱ - ۱۲۷۸

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

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

مشخصات ظاهری: ۷ ج. نمونه

یادداشت: کتابنامه

موضوع: معاملات (فقه)

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

رده بندی کنگره: ۱۹۰BP/خ ۹ م ۶ ۱۳۷۵

رده بندی دیویی: ۲۹۷/۳۷۲

شماره کتابشناسی ملی: م ۷۵-۷۰۸۹

ص: ۱

مصباح الفقاهه

من تقرير بحث... ابوالقاسم الموسوي الخوئي

لمولفه محمدعلي التوحيدى التبريزى

ص: ٢



بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمَنِ الرَّحِيمِ

تمه كتاب الخيار

تمه أقسام الخيار

إشاره

الحمد لله رب العالمين و الصلاة و السلام على أشرف بريته محمد و آله الطيبين الطاهرين و اللعنه الدائمه على أعدائهم أجمعين إلى يوم الدين.

اما بعد فهذا هو الجزء السابع من كتاب مصباح الفقاهه لشيخنا الأستاذ المرحوم المغفور الحاج ميرزا محمد على التوحيدى التبريزى رضوان الله تعالى عليه من تقارير أبحاث فقيه الأئمه فى جامعه الشريعه آيه الله العظمى المولى المعظم و المحقق الأعظم المرجع الدينى الأعلى الورع التقى السيد أبو القاسم الموسوى الخويى متع الله المسلمين عامه و المحصلين خاصه بطول بقاء وجوده الشريف، و أرجو من الله تعالى ان يمن علينا من فضله و أنعامه أن يوفقنى لطبع هذا الأثر العظيم لينتفع به عامه الطالبين و المحصلين و الحمد لله أولاً و آخراً و ظاهراً و باطناً حمدا دائما بدوام ملكه.

العبد الجانى على نفسه المفرط فى يومه و أمسه م ه دى حاجيانى

ص: ٣

## الخامس خيار التأخير

### إشارة

أقول قال العلامة في التذكرة من باع شيئاً ولم يسلمه إلى المشتري ولا قبض الثمن ولا شرط تأخيره ولو ساعه لزم البيع ثلاثه أيام فإن جاء المشتري بالثمن في هذه الثلاثه فهو أحق بالعين، وإن مضت الثلاثه ولم يأت بالثمن تخير البائع بين فسخ العقد والصبر والمطالبه بالثمن عند علمائنا اجمع،

### و إنما الكلام في مدرك ذلك

### إشارة

فقد ذكر وجوه لإثباته:

### الأول: ذهاب المشهور اليه بل ادعى عليه الإجماع

وقد ذهب الشيخ الطوسي إلى البطالان واختاره صاحب الحدائق عملاً بظاهر الاخبار و تردد فيه الأردبيلي وفيه أن الشهره و الإجماع المنقول ليسا بحجتيين فلا يكونان مدركاً لذلك، كما هو واضح على أنا نمنع وجود الإجماع في المقام مع ذهاب الشيخ و صاحب الحدائق و صاحب الكفايه إلى البطالان و تردد الأردبيلي في ذلك.

### الثاني: أن لزوم البيع هنا ضروري

بل الضرر هنا أكد من الضرر الموجب للخيار الغبن فيكون اللزوم مرتفعاً و تقريب شمول قاعده الضرر للمقام بجهات الجبهه الأولى: ما ذكره في التذكرة من أن الصبر على ذلك ضرر على البائع فيثبت له الخيار.

الجبهه الثانيه: أن المبيع هنا في ضمان البائع و تلفه منه و ليس له التصرف فيه لكونه ملكاً للغير و هذا ضرر على البائع.

الجبهه الثالثه: أن حفظ المبيع على البائع و هو ضرر عليه فلا بدّ ثبوت الخيار له لكي يرتفع الضرر بذلك.

أما الجبهه الأولى: فيرد عليها أن الصبر على البيع و ان كان ضرورياً الا أنه كسائر الديون فلا ربط له بالخيار فإنّ الخيار متعلق للعقد فالصبر على الدين أو عدمه أجنبي عنه فلو قلنا بشمول القاعده للمقام ترتفع بها لزوم

الصبر على الديون و عليه فان قدرت على المطالبه و الأخذ فيأخذ الثمن من المشتري و الا فيبقى في ذمته كما هو واضح.

و على الجملة ارتفاع وجوب الصبر عن البائع لا يوجب ثبوت الخيار بل له أن لا يصبر و يطلب الثمن من المشتري لا أن يكون له الخيار ان شاء فسخ العقد و ان شاء لم يفسخ.

و أما الجبهه الثانيه:فيرد عليها أولا أن كون التلف على البائع فى ثلاثه أيام أيضا ضرر على البائع فلا يختص ذلك بما بعد ثلاثه أيام و ثانيا أن كون تلف المبيع على البائع ضرر عليه فيرتفع بدليل لا ضرر و يكون ذلك تخصيصا لقاعده كل مبيع تلف قبل القبض فهو من مال بايعه فلا-مساس له بثبوت الخيار للبائع و يمكن أيضا رفع الضرر بالتقاص و هو ليس خيارا بل له مع ذلك مطالبه الثمن أيضا.

و من هنا ظهر الجواب عن الجبهه الثالثه أيضا و يضاف الى جميع ذلك أنه لما ذا يختص الخيار بما بعد ثلاثه أيام فلا يجرى فيها أيضا مع أن شمول القاعده بالنسبه إليها و الى غيرها على حد سواء كما لا يخفى فافهم.

### الوجه الثالث:الآخبار الكثيره المستفيضه

فإنها تدلّ على أنه إذا باع أحد ماله و لا يقبضه صاحبه و لا يقبض الثمن أن الأجل بينهما ثلاثه أيام فإن أقبضه المشتري الثمن فبها و الا فلا بيع بينهما كما فى روايه (1)على ابن يقطين و لا بيع له أى المشتري كما فى غيرها من الروايات (2)حيث استدل بها على ثبوت خيار التأخير للمشتري و لكن يرد عليه أنها ظاهره

ص: ٥

١-١) وسائل، ج ١٢، ص ٣٥٧، (ح ٣).

٢-٢) ابن الحجاج، وسائل، ج ١٢، ص ٣٥٦، (ح ٢)-زراره ح ١-ابن عمار(ح ٤).

فى بطلان البيع لا فى نفى اللزوم فان كلمه لا تنفى الجنس و كلمه البيع موضوعه للمبادله الخاصه فمن اين يستفاد نفى اللزوم.

**وقد ذكرت وجوه لصرف ظهور هذه الاخبار الى نفى اللزوم.  
الأول: ما ذكره المصنف من أن الروايات وان كانت ظاهره فى بطلان**

البيع بتأخير الثمن

و لكن نستكشف من ذهاب المشهور الى ثبوت الخيار للبائع و عدم بطلان البيع أن المراد الجدى من تلك الروايات هو نفى اللزوم لا- نفى الصحه، فيكون فهم العلماء و حلمه الأخبار نفى اللزوم مما يقرب هذا المعنى، لأننا نكشف من فهمهم أن المراد من تلك الاخبار هو نفى اللزوم لا نفى الصحه.

و فيه أن هذا يتم فيما إذا فهم هؤلاء الاعلام و حملة الاخبار من كلمه لا بيع المذكوره فى هذه الاخبار نفى اللزوم بحيث كان المنشأ لذهابهم الى هذا الرأى فهمهم ذلك من تلك الاخبار ابتداء و أما إذا كانت القرينه الخارجيه و التسالم الخارجى موجب لهملهم تلك الأخبار على نفى اللزوم فلا- يكون ذهابهم الى هذا موجبا لتقريب هذا المعنى فإن أبيت عن الثانى فلا أقل من الاحتمال فلا- يكون ذلك قرينه على اراده نفى اللزوم من تلك الاخبار على أنا نجزم بالوجه الثانى إذ لا يتوهم أحد من أهل العرف و اللسان أن معنى لا بيع له أو بينهما هو نفى اللزوم، بل يراد من ذلك نفى الصحه كما هو واضح.

**الوجه الثانى: ما ذكره المصنف أيضا من أن ذهاب المشهور الى**

ثبوت الخيار للبائع دون بطلان البيع بتأخير الثمن يوجب إجمال تلك

الروايات

و ح ترجع الى استصحاب صحه البيع.

و فيه أنه ظهر جوابه مما تقدم فى الجواب عن الوجه الأول فإن الروايات ظاهره فى نفى الصحه بتأخير الثمن فكيف يكون ذهاب المشهور الى ذلك

ص: ٦

موجبا للإجمال فيكون الاستصحاب ساقطا هنا.

### الوجه الثالث: ما يستفاد من كلام المصنف أيضا المذكور في تلك الاخبار

هو نفى البيع للمشتري

حيث قال (عليه السلام) لا بيع له و من الواضح أن نفى البيع حقيقه لا يمكن إلا بإرادته نفى البيع من الطرفين و عليه فاما لا بد من ذكر كلا الطرفين في متعلق نفى البيع أو ترك ذكر المتعلق أصلا لا- تخصيص الذكر بالمشتري فقط كما لا يخفى. فيعلم من ذلك أن المراد من نفى البيع نفى لزوم البيع و ثبوت الخيار للبائع و قد عبّر بذلك بعد ثبوت الخيار له يكون أمر البيع بيد البائع كما لا يخفى.

و فيه أن هذا الوجه و ان كان وجيها بالنسبه إلى الوجهين المذكورين و مع ذلك ليس بتمام لأنه أولا قد ذكر في روايه على بن يقطين نفى البيع من الطرفين و هو مورد التفات المصنف أيضا.

و ثانيا أن تخصيص ذلك بالمشتري ليس من جهه اختصاص الحكم به بل من جهه أن مورد السؤال في تلك الروايات هو المشتري فلذا خصّه الامام (عليه السلام) بالذكر لا أن ذلك من جهه كون أمر البيع بيد البيع (على أنه يمكن أن يقال أن عدم كون نفى البيع من جهه يمكن أن يكون قرينه لنفى البيع من طرف آخر أيضا لا- أن يكون قرينه لثبوت الخيار للبائع فإن الثاني ليس أرجح من الأول لو لم يكن الأول أرجح من الثاني فغايه الأمر تكون الروايات مجمله و ح فيرجع الى روايه على بن يقطين في ترفع الاجمال عن بقيه الروايات و يؤخذ بظاهرها و هو نفى صحه البيع من المقرر).

### الوجه الرابع: ما ذكره شيخنا الأستاذ (أن بعد القطع بأن تشريع

هذا الخيار لخصوص البائع دون المشتري انما هو لأجل الإرفاق على

البائع

اما لكون المبيع قبل القبض في ضمانه و اما لتوقف ثمنه و عدم انتفاعه به مع خروج المبيع عن ملكه و على أى حال الإرفاق عليه لا يقتضى أزيد من

ص: ٧

خياره، بل ربما يكون الحكم بالبطلان منافيا له كما لا يخفى).

و فيه أنه لم يظهر لنا من الروايات أن نفى البيع هنا من جهة الإرفاق حتى نجعل ذلك موجبا لرفع اليد عن ظهور تلك الروايات و جعل ذلك حكمه بحسب الاعتبار العقلي و ان لم يكن بعيدا و لكن لا يوجب ذلك ترتب الأثر عليها بحيث ترفع اليد بها عن ظهور الروايات أيضا، و على هذا فنقول بكون ثلاثه أيام شرطاً في صحة البيع كما أن القبض في المجلس شرط في صحة بيع الصرف و السلم و على هذا فالصحيح هو بطلان البيع بتأخير الثمن كما ذهب اليه شيخ الطوسي ناسبا ذلك الى روايه الأصحاب و تبعه صاحب الحدائق طاعنا على العلامة حيث قال بصحة البيع عملا بالاستصحاب فافهم فان مقتضى الجمود في ظاهر الأخبار هو ما ذهب إليه هؤلاء الاعلام من الشيخ و من تبعه.

### الكلام في شروط خيار التأخير

#### اشاره

ثم ان الكلام يقع في شروط هذا الخيار و على مسلكنا في شروط بطلان البيع بتأخير الثمن و هي أمور:-

#### الأول: عدم قبض المبيع

بأن لا يقبض البائع المبيع من المشتري، و الظاهر أنه لا خلاف في اشتراطه و قد خالف في ذلك صاحب الرياض، و تبعه بعض معاصري المصنف فأنكر دلالة الاخبار على هذا الشرط و لكن قوله عليه السلام في روايه على بن يقطين: (الأجل بينهما ثلاثه أيام فإن قبضه بيعه و الا فلا بيع بينهما) حجه عليه إذ المراد من البيع في هذه الروايه هو المبيع.

و قد اعتذر المصنف عن صاحب الرياض في دلالة الروايه على المقصود

بأنه يحتمل سقوط هذه الفقرة من الرواية عن النسخة التي أخذها صاحب الرياض منها، أو احتمال قراءه قبض بالتخفيف و بيعه بالتشديد: يعنى قبض بايعه الثمن ثم أشكل عليه بأن استعمال البيع بالتشديد مفردا نادر بل لم يوجد مع إمكان إجراء أصاله عدم التشديد نظير ما ذكره فى الروضه من أصاله عدم المدّ فى لفظ البكاء الوارد فى قواطع الصلاه فإنه بالمدّ بمعنى البكاء مع الصوت و بالقصر هو البكاء بلا صوت فأصاله عدم المدّ ينفى الأول و يبقى الثانى.

أقول: أما احتمال سقوط هذه الفقرة من نسخه صاحب الرياض فبعيد جدا، و أما احتمال أنه قراء لفظ قبض بالتشديد و لفظ البيع بالتخفيف فمدفوع من جهه أن الأخبار الصادره عن الأئمه عليهم السلام قد وصل إلينا بواسطه الرواه يدا بيد و كانت عادتهم على نقل الأخبار بعد قراءه كل واحد منهم على أستاذه و استجازته منه، و لم يكن بينهم طريق آخر غير هذا الطريق لكى تحفظ به إشكال الألفاظ الوارده فى الروايات.

و من الواضح جدا أن المشهور قد اعتبروا هذا الشرط استنادا الى هذه الروايه و لم ينكر أحد ذلك غير صاحب الرياض و بعض معاصرى المصنف فلو كان لفظ قبض بالتخفيف و لفظ البيع بالتشديد لأفتى أحد على مضمونه فيعلم من ذلك أن من احتمله المصنف من الوجه توجيهها لكلام صاحب الرياض لا يمكن المساعده عليه، و هذا الذى ذكرناه هو الوجه فى جواب ما ذهب اليه صاحب الرياض من إنكار الشرط المذكور.

و أما ما ذكره المصنف أولا- من عدم استعمال لفظ البيع بالتشديد مفردا فيرده أنه لم يتفحص جميع لغه العرب حتى يرى أنه استعمل أولا فبعد كون اللفظ صحيح الصيغه فلا يضر عدم وجدانه فى الاستعمال المتعارفه على استعماله فى موارد خاص فيمكن أنه استعمل فى موارد آخر لم نصل إليها

على أنه إنما يضر عدم الاستعمال إذا كان الإطلاق من السماعيات و ليس كذلك في المقام فان البيع بالتشديد على وزن فعيل من الأوزان القياسية فيصح استعماله على هذا القياس سواء وجد استعماله في مورد آخر أم لا.

و أما ما ذكره من أصله عدم التشديد لفظ البيع فمضافا الى معارضتها بأصله عدم صدور لفظ البيع بالتخفيف عن الامام(عليه السلام) أن التشديد موجود في الرواية على كل تقدير فإنه إذا قرئنا لفظ البيع بالتخفيف كان لفظ قبض بالتشديد فلصاحب الرياض أن نقول ان الأصل عدم كونه بالتشديد لكونه أمرا زائدا فالأصل عدمه على أن أصله عدم كونه البيع مشددا لا يثبت كونه مخففا فان كلا منهما أجنبي عن الآخر فيكون الأصلان معارضان كما عرفت.

نعم ما ذكره الشهيد من إجراء أصله عدم المدّ في لفظ البكاء فله وجه لكون البكاء بالمدّ و القصر ماده واحده فيمكن إجراء عدم زياده المد هنا فان هذه الماده قد صدرت قطعاً و لا ندرى أنها بالمدّ أو بالقصر فالأصل عدم المدّ.

و على الجملة، ان الجواب عن الرياض هو ما ذكرناه كما عرفت، و عليه فمقتضى الرواية هو اعتبار الشرط المذكور في المقام فبناء على المشهور يكون ذلك شرط في ثبوت الخيار فبناء على ما ذكرناه يكون شرطاً في بطلان البيع فلو باع أحد شيئاً فلم يقبض المبيع و لم يأخذ ثمنه فينتظر ثلاثه أيام فإن جاء المشتري بالثمن و الا فللبائع الخيار أو يبطل البيع من الأول بعد ثلاثه أيام و كيف كان فالرواية صريحه في هذا الشرط، نعم لا دلالة للروايات الأخر على ذلك.

و على الجملة فإطلاق روايه على بن يقطين حجه لنا و على صاحب الرياض و من هنا ظهر الحال في الفرعين الآيتين: أحدهما أن يكون عدم قبض المشتري المثل من جهة عدوان البائع بأن بذل المشتري الثمن للبائع



و لكنه امتنع من أخذه و اقباض المثلثن.الثانى أن يأخذ المشتري المبيع بغير اذن البائع و اطلاعه مع عدم إقباض المشتري الثمن منه.

فذكر المصنف، ان ظاهر النص و الفتوى كون هذا الخيار إرفاقا للبائع و دفعا لتضرره فلا يجرى فيما إذا كان الامتناع من قبله و ذكر أيضا انه لو قبض المشتري المبيع على وجه يكون للبائع استرداده، كما إذا كان بدون اذنه فثبوت الخيار و عدمه مبني على كفايه هذا المقدار من القبض فى ارتفاع الضمان عن البائع و عدمه فان قلنا بكفايه التخليه بين المال و مالكة فى رفع الضمان عن البائع إذا تلف لعدم كونه قبل القبض سقط الخيار لعدم جريان قاعده نفي الضرر هنا و أما ضرر عدم وصول الثمن اليه فمدفوع بإمكان دفعه بالمقاصه و نحوه و إذا لم نقل بكفايه ذلك فى القبض بحيث كان ضمان المبيع إذا تلف على البائع لكونه قبل القبض كان له الخيار لتوجه الضرر عليه فتشمله قاعده نفي الضرر كما هو واضح.

أقول: قد عرفت فى الجواب عن شيخنا الأستاذ أن مقتضى إطلاق الروايات هو بطلان البيع و ليس فيها ما يدل على أن ذلك من جهة الإرفاق على البائع حتى نلاحظ ذلك فإذا تحقق فى مورد نحكم بثبوت الخيار و الا- فلا، بل إطلاق الروايات حجه على ذلك، و عليه فمقتضى قوله عليه السلام فان قبضه بيعه و الا فلا بيع بينهما أن شرط لزوم البيع على المشهور و صحه البيع على ما اخترناه هو عدم تحقق الإقباض مستندا إلى البائع فإذا تحقق ذلك فلا خيار له، و صح البيع و الا فله الخيار أو بطل البيع سواء كان ضمان المبيع مع التلف على البائع أولا، فان الواجب علينا ملاحظه ظهور الروايه نعم لو كان مدرك هذا الخيار هو دليل لا ضرر لكان لا ببناء المقام بالمسأله الاتيه وجه فإنه مع عدم ضمان المبيع على البائع ليس عليه ضرر و لكن قد عرفت الجواب عنه و أن المدرك لذلك انما هو الروايات كما عرفت و الا فيمكن

دفع الضرر بغير الخيار أيضا كالمقاصه و نحوها.

و الحاصل: أنه إذا باع أحد شيئا فلم يقبض إلى ثلاثه أيام فله الخيار أو بطل البيع سواء كان عدم الإقباض مستندا الى العدوان أو الى عدم دفع الثمن أو كان المشتري أخذه بدون اقباض من البائع فان فى جميع ذلك يصدق عليه أنه لم يقبض البائع المبيع كما هو واضح، فهذا الإطلاق متبع و الحكمه المذكوره مندفعه بهذا الإطلاق أيضا.

و حاصل الكلام: أن إطلاق روايه على بن يقطين يقتضى اعتبار عدم اقباض المبيع فى خيار الشرط أو فى بطلان البيع كما عرفت و قد انتهى

### الكلام الى فروع هذا الشرط.

#### الفرع الأول: هل يعتبر فى عدم ثبوت هذا الخيار عدم تحقق الإقباض

الجائز

بحيث يجوز للبائع أن لا يقبض المبيع لعدم وصول الثمن اليه أو يشمل الحكم لمطلق عدم الإقباض و ان كان ذلك عن عدوان بان جاء المشتري الثمن و امتنع البائع عن أخذه و إعطائه المثلثن قد عرفت أنه ذكر المصنف اختصاص الحكم بالصوره الأولى لأن هذا الحكم مبنى على الإرفاق و هو منفي فى صوره العدوان و لا تشمله قاعده نفي الضرر أيضا لأنه امتنع عن الإقباض بنفسه فقد أقدم على الضرر.

و لكن قد عرفت أن الاخبار المذكوره خاليه عن اعتبار الإرفاق فى الحكم و لا وجه لاعتباره هنا كما هو واضح.

و الذى يستفاد من الأخبار أمران الأول: أن يقبض البائع الثمن و قد دلت على هذا عدّه من الروايات فعمدتها الصحيحه الأخيره فى كلام المصنف فمضمون تلك الأخبار أن المشتري إذا جاء بالثمن فيها و الا فلا بيع له.

و روايه على بن يقطين قد دلت على اعتبار أمر آخر وراء هذا الشرط و هو أن يقبض المبيع فلا تنافى بينها و بين تلك الروايات بوجه، لكى يتوهم

ص: ١٢

التعارض بينهما بالعموم من وجه بل مفاد روايه على بن يقطين ان البيع يبطل من جهه أخرى أو يكون خياريا و هي عدم إقباض البائع مع عدم أخذ الثمن و أن أمكنه المشتري من ذلك كما أن بطلان البيع من جهه الغرر مثلا لا ينافى بطلانه من جهه انتفاء شرط آخر له و أن بطلانه مثلا للغرر، لا ينافى بطلانه أو خياريته من جهه عدم اقباض الثمن كما لا يخفى.

و على هذا فلا يفرق بين كون عدم إقباض جائزا كما في صورته عدم دفع المشتري الثمن اليه أو عدوانيا كما إذا أمكنه المشتري من قبض الثمن و هو أى البائع لا يقبضه و لا يدفع اليه المبيع عدوانا فإنه ح أيضا يبطل البيع بعد ثلاثة أيام على المختار و يكون ذى خيارى على المشهور.

### **و أما الفرع الثالث: فقد عرفت الكلام فيه و هو أن يأخذ المشتري المبيع**

بدون اذن المالك

فقد ذكر المصنف أنه مبنى على المسأله الآتية من ارتفاع الضمان بمثل هذا القبض و عدمه فإنه مع ارتفاع الضمان بذلك لا يتوجه دليل نفى الضرر كما هو واضح و قد ذكرنا أنه يصح بناء على كون المدرك فى المقام هو دليل نفى الضرر و قد عرفت بطلانه بل المدرك لذلك هو الروايات و هي تدل على بطلان البيع أو تزلزله بدون اقباض المبيع بحيث يكون عدم الإقباض مستندا إلى البائع كما عرفت ذلك من إطلاق روايه على بن يقطين فافهم.

### **الفرع الرابع: أن يقبض البائع بعض المبيع**

فهو كالا- قبض لظاهر الأخبار فإنها ظاهره فى قبض مجموع المبيع أو كالقبض فيحكم بالصحة على مسلكنا أو باللزوم على المشهور لانصرف الأخبار الى صورته عدم قبض شىء منه أو يفصل بين الجزء المقبوض و غيره وجوه و حيث ان المصنف جعل مدرك الحكم دليل نفى الضرر فالتزم بالتفصيل لعدم تضرر البائع فى المقدار المقبوض و لكن قد عرفت جوابه.

ص: ١٣

والتحقيق هو اختيار التفصيل بوجه آخر و هو أنا ذكرنا مرارا أن المبيع إذا كان ذى أجزاء بحيث يعد فى العرف متعددا و باعه صفقه واحده فالبيع ينحل الى بيوع متعدده كانهللال الأحكام الاستغراقية حسب تعدد الافراد الى أحكام عديده و يكون ذلك فى الحقيقة يبعان مستقلا و بهذا صححنا ما إذا باع شخص شيئا فظهر بعضه مستحقا للغير فحكمنا بصحته على طبق القاعده و هكذا ما إذا باع أحد الشاه و الخنزير أو الخمر و الخل صفقه واحده فإن البيع يصح فى ما يملك و يبطل فى غيره و كذا إذا باع مال غيره فأجاز المالك بعضه دون بعض أو كان المبيع لمالكين فأجاز مالك بعض و لم يملك البعض الآخر فان البيع فى جميع هذه الصور يصح فى جزء و يبطل فى الجزء الآخر و الوجه فى جميع ذلك هو انحلال البيع الى بيوع متعدده لانه واحدا بحسب الإنشاء لا فى الحقيقة كاتحاد الحكم الاستغراقى بحسب الإنشاء و تعدده فى الحقيقة و مع عدم القول بالانحلال أو فى الموارد التى لا يمكن القول بالانحلال فلا وجه أصلا للحكم بالصحة مطلقا كما شقّق المصنف بل لا بدّ من الحكم بالبطلان فان البيع يبع واحد فمع قبض بعض المبيع لا يصدق عليه قباض المبيع كما أنه إذا غسل أحد رأسه لا يصدق عليه أنه غسل تمام بدنه بل ما لم يقبض البائع تمام المبيع إلى ثلاثة أيام بطل البيع أو كان البائع له الخيار كما لا يخفى فافهم

### **الشرط الثانى: عدم قبض البائع مجموع الثمن،**

فقد ذكر المصنف أن هذا الشرط مجمع عليه نصا و فتوى و قبض البعض كلا قبض بظاهر الأخبار المعتضد بفهم أبى بكر العياش القاضى الذى ذكر ذلك فى روايه ابن الحجاج (1) و هى أنه قال اشترى محملا و أعطيت بعض الثمن و تركته عند

ص: ١٤

صاحبه ثم احتسبت أياما ثم جئت الى بائع المحمل لأخذه فقال قد بعته فضحكت ثم قلت: لا والله لا أدعك أو أقاضيك، فقال لى: ترضى بابى بكر بن عيَّاش؟ قلت: نعم، فأتيته فقصصنا عليه قصتنا فقال أبو بكر: يقول من تريد أن أقضى بينكما بقول صاحبك أو غيره، قال: قلت بقول صاحبي، قال سمعته يقول من اشترى شيئا فجاء بالثمن ما بينه وبين ثلاثة أيام والأ فلا بيع له.

حيث ان مورد المحاكمة و السؤال عن أبى بكر هو مورد بحثنا و قد حكم فيه أبى بكر بعدم البيع و استفاد ذلك من قول الامام عليه السلام، بل ذكر المصنف أنه ربما يستدل بهذه الروايه تبعا للتذكرة و فيه نظر.

أقول: ان تم الإجماع على اعتبار قبض مجموع الثمن فى لزوم أو صحته فهو و الا فلا دليل على ذلك، و لكن الإجماع التعبدى لم يتم فإنه قد استدل بعضهم كالتذكرة و غيره بالروايات تبعا لفهم أبى بكر بن عيَّاش و مع تسليم أن أبا بكر بن العيَّاش رجل صحيح ثقته، و لكن فهمه ليس بحجة لنا لعدم كونه معصوما قطعاً و على هذا فان قلنا بالانحلال كما قلنا فى طرف البيع فيحكم باللزوم أو الصحة فى الجزء المقبوض و بالبطلان أو التزلزل فى الجزء الغير المقبوض و هذا هو الأقوى و الا فيحكم بالبطلان فى الجميع كما عرفت فى طرف المبيع و أما الصحة مطلقاً فلا وجه له أصلاً فافهم.

ثم انه لو قبض البائع الثمن بغير رضى المشتري فهل يحكم بسقوط الخيار أو بصحة البيع حينئذ لتحقق قبض الثمن فان من شرائط صحة البيع على المختار أو من شرائط لزومه على المشهور هو عدم تحقق قبض الثمن فإذا تحقق بأى نحو قد حصل الشرط أو أن هذا القبض كلاً- قبض فان الظاهر من الاخبار هو تحقق ذلك بالاختيار و الرضا من المشتري كما قلنا بلزوم تحقق قبض المبيع باختيار البائع و رضاه و الا فيكون وجوده كعدمه.

نعم إذا مكن البائع المشتري من المبيع و لم يقبض المشتري ذلك فإنه

حينئذ جاز للبائع أخذ الثمن من المشتري بأى نحو كان و لو بالجبر و الإكراه فإنه حينئذ يجب على المشتري إقباض الثمن، و انما لم يقبض ذلك عدوانا بخلاف الفرع الأول فإن أخذ الثمن من المشتري بغير اذنه عدوان فلا يجوز و ان كان المال أى الثمن للبائع، و لكن ما لم يعطى المبيع للمشتري أو لم يمكنه من المبيع ليس له شرعا أخذ ماله و المفروض أنه لم يقبضه و لم يمكنه أيضا من ذلك:

و بعباره أخرى أن الاستفادة من الأخبار المتقدمه أنه إذا لم يترتب أثر البيع عليه و هو إقباض البائع المبيع و اقباض المشتري الثمن فلا- يجب لكل منهما الإقباض و لا يجوز لكل منهما الأخذ من الآخر بدون اذن الآخر فان وجوب الإقباض أو جواز الأخذ و لو بغير اذن الطرف الآخر انما هو مشروط بإقباض أحدهما و الا فلا يجوز و قد ذكر فى الأخبار أنه لا يبيع إذ لم يجئ المشتري الثمن و لم يقبض البائع المبيع و ظاهر ذلك كون كل منهما متحققا برضا الآخر كما لا يخفى. و هذا بخلاف ما إذا تحقق الإقباض من أحد الطرفين فإنه حينئذ يجب ترتيب أثر البيع عليه من الطرف الآخر أيضا و هو واضح جدا.

ثم أنه إذا أخذ البائع الثمن بغير رضى المشتري ثم أجاز المشتري فهل يكون ذلك موجبا لصحة البيع أو سقوط الخيار أم لا فنقول أن الإجازة قد تكون فى ضمن ثلاثة أيام و قد يكون بعدها و ان كانت فى ضمنها فلا شبهه فى صحة البيع أو لزومه فان بطلان البيع أو كون البائع على خيار كان مشروطا بان لا يجيء المشتري الثمن فى ضمن ثلاثة أيام و من الواضح أن قبل انقضاء الثلاثة لما أخذ البائع يكون مثل مجيء الثمن كما هو واضح.

و عليه فلا- ثمره ح فى البحث عن أن الإجازة كاشفه أو ناقله أى الثمره المترتبه على الإجازة بعد ثلاثة أيام و ان كانت هنا ثمره أخرى.

و ان كانت الإجازة بعد ثلاثه أيام فعلى القول بالكشف فيحكم بصحة البيع أو بلزومه و ذلك لأن الإجازة تكشف عن أن القبض انما تحقق قبل انقضاء الثلاثه و قد عرفت أن الخيار كان مشروطا بعدم مجيء الثمن بعد الثلاثه كما هو واضح.

و على القول بالنقل فيحكم ببطلان البيع على المسلك الحق و يكون البائع ذى خيار على المشهور إذ الإتيان بالثمن انما تحقق بعد ثلاثه أيام الذى كان موضوعا لثبوت الخيار للبائع و هذا واضح لا شبهه فيه.

ثم هل الإجازة هنا كاشفه أو ناقله يظهر من المصنف أن الإجازة هنا ناقله مع أنه ذهب فى البيع الفضولى إلى الكشف الحكمى و عليه فلا ملازمه بين المسألتين و هذا هو الحق فالقول بالكشف هناك لا يلازم القول بالكشف فى هذه المسأله أيضا و توضيح ذلك أن البيع و الشراء و كذا سائر العقود و الإيقاعات أمور خفيف المؤنه لأن قوامها بالاعتبار الذى هو خفيف المؤنه فيمكن أن تتعلق بالأمور السابقه فلا مانع فى نفسه أن يبيع أحد دار نفسه قبل سنه بأن اعتبر كونها ملكا لزيد قبل سنه و هكذا فى بقيه العقود فلا يرى العقل محذورا فى ذلك الا أن ذلك مما لا يساعده العرف و أنه بعيد عن أذهانهم و مرتكزاتهم و لا يعتبرون ذلك بوجه و عليه فتكون أدله إمضاء العقود منصرفه عن ذلك فلا يشملها أو فوا بالعقود و نحوه من أدله اللزوم و الصحة فيحكم بالبطلان و لكن قد ذكرنا فى بيع الفضولى أن هذا الاعتبار يساعده أهل العرف و أنه ليس ببعيد عن مرتكزاتهم، بل جرى عليه عملهم كثيرا فيكون مشمولاً للأدله الداله على لزوم العقود و صحته كما هو واضح فلا شبهه فى أن العرف يعتبر البيع إذا صدر عن غير المالك و إذا لحقته اجازة المالك حكم بصحته و لزومه لكونه مشمولاً للأدله المذكوره.

و هذا المعنى أى اعتبار العرف البيع و نحوه قبل زمان الإجازة، لا

يجرى فى التكوينيّات إذلا- معنى لكون الأمر التكوينيّ الواقع فى زمان واقعا فى زمان آخر بالاعتبار فإنّ الأمر التكوينيّ لا تختلف بالاعتبار و عليه فاقباض الثمن أو المثلن فى ضمن الثلاثة أيام الذى هو شرط للزوم البيع على المشهور أو صحته على المختار أمر تكوينيّ فهذا الأمر التكوينيّ لا- بدّ و أن يتحقق فى ضمن الثلاثة فلو تحقق بعد ثلاثة فلا يكون موجبا للصحة أو للزوم و لذلك ما إذا لم يتحقق أصلا و عليه فإذا أخذ البائع الثمن فى ضمن الثلاثة بغير رضى المشتريّ فهو كالا قبض فلا يكون موجبا لصحة البيع أو لزومه و المفروض أنه أمر تكوينيّ فلا يختلف بالاعتبار فلا يكون قبضا فى ضمن الثلاثة بالإجازة بعد ثلاثة أيام، فيكون الكشف ح لغوا فلا- مناص من القول بالنقل هنا كما ذهب إليه المصنف و ح فيحكم ببطلان البيع على المختار و بثبوت الخيار للبائع على المشهور لتحقق القبض من حين الإجازة كما هو واضح.

ثم ان هنا شىء لم يتعرض المصنف، و هو أنه إذا انعكس ما ذكرناه بأن أخذ المشتريّ المثلن من البائع بدون إذنه بأن سرقة منه أو أخذه منه قهرا و اكراها من غير ان يقبضه الثمن أو مكنه منه ثم أجاز البائع ذلك بعد ثلاثة أيام فعلى القول بالبطلان كما اخترناه فلا شبهة فى ظهور الثمره هنا فإنه على القول بالنقل يحكم بالبطلان و على القول بالكشف يحكم بالصحة بعين ما ذكرناه فى طرف المشتريّ و أما على مسلك المشهور فالظاهر أنه لا يترتب عليه ثمر الكشف و النقل و لعل المصنف لأجل ذلك لم يتعرض له لأنه ذهب الى صحة العقد مع الخيار دون البطلان و الوجه فى ذلك أن الخيار هنا للبائع فإذا أجاز القبض فان قلنا بالكشف فلا- شبهة فى صحة البيع لتحقق شرطه على الفرض و على القول بالنقل فإنّ البائع و ان كان يقبض المبيع من حين الإجازة و لكنه يسقط الخيار بذلك فان أجازته القبض السابق إسقاط للخيار كما هو الظاهر، و لا- يرد عليه أنه يقبض مال المشتري



إليه بالإجازة فإعطاء مال الناس إليه لا يكون موجبا لسقوط خياره فإنه يقال ان المال و لو كان للمشتري و لكن لم يكن له حق الأخذ بدون اذن البائع فإذا أخذه بدون إذنه فأجازته البائع يكون ذلك كاشفا بالالتزام عن سقوط خياره و الا فلم يجز القبض و ليس من المتعارف أن يجز القبض و يبقى خياره إلى مده كما هو واضح.

### **الشرط الثالث: أن لا يشترط المشتري على البائع تأخير الثمن و الآ**

فلا خيار بتأخير الثمن

و الوجه في ذلك أن الأخبار المتقدمه منصرفه عن هذه الصورة و ذلك لأنها متوجهه إلى فرض أن يكون للبائع حق مطالبه الثمن لكي يترتب عليه أنه إذا لم يجئ بالثمن فله الخيار إذ المشتري لم يعمل بوظيفته، و أما إذا اشترط ذلك المشتري على البائع فإنه ليس للبائع الخيار كما لا يخفى فافهم.

### **الشرط الرابع أن يكون المبيع عينا أو شبهه كصاع من صبره**

نص عليه الشيخ في المبسوط و هو ظاهر كثير من الفقهاء على ما في المتن و ذكر المصنف أن هذا الخيار أى خيار تأخير الثمن مختص بالعين الشخصية فلا- يجرى في المبيع الكلى و قال ان كلمات الفقهاء موردها ذلك و كك معاهد إجماعاتهم فإنها مختصة بالعين الشخصية فلا تشمل المبيع الكلى كما لا يخفى.

و أما حديث نفي الضرر فهو أيضا مختص بالشخصى لأنه المضمون على البائع قبل القبض فيتضرر بضمانه و عدم جواز التصرف فيه و عدم وصول بدله إليه بخلاف الكلى فإنه لا تلف فيه ليكون دركه على البائع و يتضرر من ذلك ثم ذكر النصوص فرويتا (١) ابن يقطين و ابن عمار مشتملتان على لفظ البيع

ص: ١٩

المراد به المبيع و الوجه فى إطلاقه على المبيع قبل البيع هو كون المبيع معرضا للبيع و لا مناسبه لإطلاقه على الكلى لعدم صحه كونه معرضا للبيع فلا يصح هذا الإطلاق فيه فلا تشمل الروايتان على الكلى.

و أما روايه (١) زراره فهى أيضا ظاهره فى المبيع الشخصى فلا- تشمل الكلى و ذلك لأن قول السائل فيها، الرجل يشتري من الرجل المتاع ثم يدعه عنده، فيقول: حتى آتيك بثمنه قال: ان جاء فيما بينه و بين ثلاثه أيام و الا- فلا بيع له، ظاهر فى المبيع الشخصى فإن المتاع ظاهر فى ذلك و كذا قوله ثم يدعه فان الإيداع لا يمكن فى المبيع الكلى، كما لا يخفى.

و أما روايه أبى بكر بن عياش من اشترى شيئا فإن إطلاقه و ان شمل المعين و الكلى كليهما الا- أن الظاهر من لفظ الشىء الموجود الخارجى و من الواضح أن الكلى المبيع ليس موجودا خارجيا و الوجه فى ذلك هو أن الشىء مجاز مشهور فى الأمور الخارجيه فلا- يحتاج فى إطلاقه عليها إلى القرائن الخارجيه، كما لا يخفى. هذا حاصل ما ذكره المصنف، و لكن جميع ما ذكره مورد للمناقشه، أما ما ذكره من ظهور كلمات الفقهاء فى الشخصى و اختصاص معاهد إجماعاتهم بالمبيع المعين الخارجى فهو واضح البطلان فإنه و ان كان بالنسبه إلى بعضهم مسلما كعباره الشيخ فى المبسوط و أنها ظاهره فى ذلك و لكن لا شبهه فى صراحه عباره بعضهم أيضا فى المبيع الكلى، كما لا- يخفى، بل نسب الشهيد(ره) تخصيص الحكم بالعين الشخصيه إلى الشيخ، فيعلم من ذلك أنه لم يقل بذلك غير الشيخ و من تبعه فضلا عن اتفاق كلماتهم أو إجماعهم على ذلك فلو كان هنا إجماع لم يذكر الشهيد(ره) ذلك و واضح أن الشهيد ممتاز فى فهم كلمات الفقهاء

ص: ٢٠

بل قيل انه لسان الفقهاء و لو سلمنا اختصاص كلمات المشهور فهم بذلك فإنه لا يصل الى حد الإجماع بعد كلام الشهيد(ره).

و أما حديث نفي الضرر فقد ذكرنا أنه لا يثبت الخيار فلا يكون دليلاً على المطلب و على تقدير كونه دليلاً على الخيار فلا شبهه في شموله على المبيع الكلى أيضاً و ذلك لما عرفت أن الضرر هنا يكون من جهات ثلاث الأولى الضرر من جهة تلف المبيع و الثانية من جهة حفظها للمشتري و عدم جواز التصرف فيه و هاتان الجهتان لا تجريان في المبيع الكلى و الثالثة أن يكون الضرر من جهة أن عدم إعطاء المشتري الثمن للبائع ضرر عليه فلا شبهه أن هذه الجهة تجرى في صورتى كون المبيع شخصياً أو كلياً كما هو واضح، على أنك قد عرفت أن لا ضرر ليس دليلاً على ثبوت خيار التأخير للبائع و دعوى ان عدم دفع الثمن إلى البائع من ترك المنفعة كما توهم لا- من الضرر دعوى جزافيه كما هو واضح و أما الروايات فلا شبهه في ظهور روايتى ابن يقطين و ابن عمار في البيع الكلى فإن المراد من البيع فيهما هو المبيع كما استظهره المصنف من جهة أن قول السائل فلا يقبضه في روايه على بن يقطين و قول الامام عليه السلام من اشترى بيعاً في روايه ابن عمار صريح في إرادته المبيع من البيع فإنه لا معنى لقبض البيع و كذلك قوله عليه السلام اشترى بيعاً فإنه أيضاً لا معنى لشراء البيع و هذا واضح لا شبهه فيه الا انه لا وجه لاستظهاره اختصاص الروايتين بالشخصى من جهة أن لفظ البيع انما أطلق على المبيع من كون المبيع معرضاً للبيع فلا معرضيه في الكلى و ذلك لأنه يرد عليه أولاً أن الوجه في إطلاق البيع على المبيع ليس هو ما ذكره المصنف، بل من جهة ما يؤل اليه و أنه حيث يؤل المتاع مبيعاً و يعرض عليه البيع فلذا أطلق عليه البيع كما يقال من قتل قتيلاً فله سلبه و فى قوله تعالى إِنِّي أَرَانِي أَعْصِرُ خَمْرًا. و غير ذلك من الموارد التى يصح الإطلاق

فيها باعتبار ما يؤل اليه.

على أنه يصح المعرضيه في الكلّي أيضا فإن الكليات الذميه قابله للمعرضيه على البيع، بل غالب البيوع من هذا القبيل كالبيوع الواقعه بين التجار فان معاملاتهم بالبيوع الكلّيه فإنهم عقد و في حجاتهم فيبيعون و يشترون كلّيا.

و على الجملة فظهور البيع أعم من الكلّيه و الشخصيه كما هو واضح ففي كفايه هاتين الروايتين في شمول الحكم للكلّي غنى و كفايه و ان لم تكن الروايات الأخر ظاهره في الكلّي كما لا يخفى، و أما صحّحه زواره فالمتاع المذكور فيها في قول السائل كلفظ المال و الماء من المفاهيم الكلّيه فلا وجه لدعوى اختصاصه بالعين الشخصيه و أما دعوى اختصاصه بالشخصى من جهه قوله و يدعه عنده فممنوع فإنه بمعنى الترك فمراده السؤال من السائل اشترى متاعا و تركه عند البائع، و لا شبهه في صدق ذلك على الكلّي، بل كثر إطلاق ذلك في الثمن فإنه يقال انه باع و لم يأخذ الثمن، بل تركه عند البائع حتى مع التصريح بكون الثمن كلّيا يصح هذا الإطلاق و مع ظهوره في العين الشخصيه فلم يذكر ذلك في كلام الامام عليه السلام ليكون موجبا لتقييد الحكم و اختصاصه بالشخصى بحيث يلزم رفع اليد بها عن الروايتين المتقدمتين أيضا فغايه الأمر فلا ظهور لهذه الروايه في الكلّي و لكن ليس له ظهور في نفي الحكم عن المبيع الكلّي و عليه فتكفي الروايتان المتقدمتان كما هو واضح.

و أما روايه أبى بكر عياش أولا أنها ضعيفه السند، و ثانيا: أنه لا شبهه في شمولها للمبيع الكلّي و الشخصى لأن الشىء من المفاهيم العامه يطلق على جميع الأشياء، بل لا شىء أعم منه لإطلاقه على الواجب و الممكن و على الأمور الاعتباريه و المتأصله كما هو واضح.

و لا شبهه ان الكلّي قبل تعلق الاعتباريه و كونه مبيعا و ان لم يكن

شيئا و لكن يطلق عليه الشيء بعد تعلق البيع به كما هو واضح فيكون مضمولا للحديث و قد ذكر لعدم شموله على الكلى وجهان الأول ان الشيء عبارته عما هو مشىء وجوده فلا يطلق على غير الأمور الوجوديه لكونه مساوقا للوجود فلا يشمل الكلى و لا يطلق الشيء عليه و فيه أن هذا انما هو فى اصطلاح الفلاسفه و الا فلا شبهه فى إطلاق الشيء على جميع الأشياء الوجوديه و العدميه و سلب الشئيه فى بعض الموارد، و عن الأمور العدميه باعتبار عدم المحمول كما فى قوله تعالى يَحْسَبُهُ الظَّمَانُ مَاءً حَتَّى إِذَا جَاءَهُ لَمْ يَجِدْهُ شَيْئاً أَى لم يجد شيئا و هو الماء الذى يطلبه و الا كان هناك شىء قطعاً فلا أقل من التراب حتى لو وجد عند كنزاً فأيضاً يقال لم يجد شيئا لأنه كان فى صدد الماء، و قد عرفت أن الشيء من المفاهيم العامه فيشمل جميع الأشياء الموجود و المعدومه و لا شبهه أن الكلى الذى تعلق به البيع و اعتبار العقلاء الشيء ثابت فى ذمه البائع، كما لا يخفى.

الوجه الثانى: ما ذكره المصنف من الفراق لفظ الشيء عن الكلى إلى الموجود الخارجى، بحيث صار مجازاً مشهوراً لا يحتاج فى إطلاقه إلى القرائن.

و فيه أنه لا- وجه لهذه الدعوى، فإنه بعد تسليم إطلاق الشيء على جميع المفاهيم حتى الواجب و جميع الأشياء الموجوده و المعدوده و الاعتباريات- فأى موجب للانصراف كما لا يخفى على أن لازم كلام المصنف أنه لورود النهى عن بيع شىء مثلاً فى وقت كيوم الجمعه فلازم ذلك عدم شموله بالبيع الكلى فلو عامل أحد معامله كليه لا تكون ذلك محرمه، على أنه لو أغمضنا عن جميع ذلك و سلمنا ظهور هذه الروايه الضعيفه فى المبيع الشخصى و لو بضميمه الانصراف و لكن لا يوجب ذلك رفع اليد عن الروايتين الأولتين فى الكلى كما تقدم، فافهم.

**ثم ان هنا أموراً قيل باعتبارها في هذا الخيار**

أقول قد ذكرت هنا أمور بلحاظ أنها معتبره في هذا الخيار.

الأول: عدم الخيار لأحدهما، أو لهما قال في التحرير و لا خيار للبائع لو كان في البيع خيار لأحدهما و في السرائر قيد الحكم في عنوان المسأله بقوله، و لم يشترط خيار لهما أو لأحدهما، و قد أنكر المصنف اشتراط هذا الخيار بكونه مشروطاً بهذا الشرط على وجه الإطلاق سواء كان المراد من الخيار المشروط عدمه في هذا الخيار هو خيار الشرط أم خيار الحيوان أم غيرهما، و الوجه في ذلك هو عدم الدليل على اعتبار هذا الشرط، كما هو واضح.

ثم وجه هذا القول بأمرين الذين ينتج ضم أحدهما إلى الآخر اشتراط خيار التأخير بهذا الشرط أي بعدم الخيار لأحدهما أولهما.

الأول: أن النصوص الواردة في مشروعيه هذا الخيار كلها منصرفه عن ذلك، لأنه إنما ثبت في حق من له حق المطالبه لبدل ماله من الآخر و مع اشتراط التأخير ليس له حق المطالبه، و لا أن وظيفه من له الخيار وجوب التسليم، بل له أن يقبض و له أن لا يقبض كما هو واضح.

الأمر الثاني: أن من أحكام الخيار أنه لا يجب على من له الخيار إقباض الثمن أو المثمن من الطرف الآخر، كما في التذكرة، حيث قال: انه لا- يجب على البائع تسليم المبيع و لا على المشتري تسليم الثمن في زمان الخيار و لو تسلّم أحدهما بالتسليم لم يبطل خياره و لا يجبر الآخر على التسليم و ضم أحد الأمرين إلى الآخر ينتج أن من له حق تأخير العوض و عدم إقباضه من الطرف الآخر بحيث له أن يؤخر الإقباض لحق لا يثبت عليه خيار التأخير لانصراف الأدله عن ذلك.

و الحاصل: أن من له الخيار كأنه شرط على الأخير تأجيل العوض فلا

يثبت عليه خيار التأخير.

وقد أجاب عنه المصنف على فرض تسليم المقدمتين حيث قال وفيه بعد تسليم المقدمتين فان كلامه هذا ظاهر في أنه لا يسلم المقدمتين.

وحاصل جوابه على فرض تسليم المقدمتين النقص بخيار المجلس و خيار الحيوان و قال ان لازم ذلك كون مبدء الثلاثه من حين التفرق في خيار المجلس و كون هذا الخيار مختصا بغير الحيوان مع اتفاقهم على ثبوته فيه كما يظهر من المختلف و ان ذهب الصدوق الى كون الخيار في الجاربه بعد شهر الا أنه قول اختص بعد الصدوق للنص الخاص.

ثم حيث انه ما من معامله الا- وقد ثبت فيها خيار المجلس الا ما شذ و ندر، فلذا لو خص خيار التأخير بغيره لزم حمل الأخبار الواردة فيه على مورد نادر، فلذا ذكر المصنف أنه يلزم أن يكون خيار التأخير في ذلك بعد التفرق و أما لو قلنا باختصاص ذلك بغير موارد خيار الحيوان فلا يلزم فيه المحذور المذكور، ولذا نقض المصنف بأنه يلزم اختصاص ذلك بغير خيار الحيوان كما هو واضح.

وقد أشكل شيخنا الأستاذ على ما ذكره المصنف و تسلم ما ذكره العلامة في التذكرة و ابن إدريس في السرائر و قال كلتا المقدمتين مما لا بدّ من تسلمهما أحدهما أن من له حق التأخير لا يثبت عليه خيار كما هو واضح.

و المقدمه الثانيه: هي أن من أحكام الخيار عدم وجوب التسليم و الإقباض.

أما المقدمه الاولى: فلأن الأخبار منصرفه عمّن جاز له التأخير، و ليس موظفا بالإتيان لأن الظاهر من تلك الأخبار هو أن الإتيان بالثمن كان لازما حيث قال عليه السلام و لم يقبض الثمن أو ان جاء بين ثلاثه أيام و الا فللبائع الخيار و أما مع ثبوت خيار التأخير له فلا مجال لثبوت الحكم كما لا يخفى فافهم.

و هذه المقدمه مما لا شبهه فيها، بل ذكر المصنف فى الشرط الثالث أن الأخبار منصرفه عن صورته اشتراط التأخير و قلنا أن خيار التأخير انما جعل لمن كان له المطالبه و لم يكن للآخر حق التأخير بل كان موظفا بالأداء و أما المقدمه الثانيه فقد أشكل عليه شيخنا الأستاذ من أن له لا يجب عليه التسليم و توضيح ذلك أن بناء المعامله على التسليم و التسلم و التبديل و التبدل فيصير القبض و الإقباض من الشروط الضمنيه التى التزم بها المتعاقدان فى متن العقد فمرجع كون العقد خياريا إلى أنه بجميع ما تضمنه من الشروط الضمنيه أو الصريحه غير واجب الوفاء فكما لا يجب الوفاء بنفس العقد كذلك لا يجب الوفاء بما فى ضمنه من التعهدات الضمنيه، بل الصريحه غير لازمه الوفاء فلا يجب التسليم و التسلم فى العقد الخيارى و عليه فلا يجرى فيه خيار التأخير و هذا المعنى قد التزم به المصنف فى أحكام القبض حيث ذكر الأردبيلى أن من ظلم على أحد و لم يسلم المبيع الذى باعه منه ليس للآخر منع تسليم الثمن فإنه أيضا معصيه و أجاب عنه المصنف بأنه إذا منع البائع فى التسليم فللمشتري أيضا لا يجب تسليم الثمن نعم قد أنكر المصنف ذلك هنا و فى أحكام الخيار ثم ذكر أن هذا الخيار لا ينافى خيار المجلس إلا فى فرض نادر بأن بقيا فى مجلس العقد الى بعد ثلاثه أيام لسجن و نحوه و ح نلتزم أيضا بعدم خيار التأخير.

و أما خيار الحيوان فهو أيضا لا- يمنع عن هذا الخيار فإن غايه ما يمكن ان يلتزم به و يستظهر من الأدله من مناسبه الحكم و الموضوع أن يكون التأخير عند انقضاء الثلاثه بغير حق فالواجب أن لا يكون له خيار فى هذا الحال و أما قبله أو بعده فلا وجه للالتزام به بلا اشكال، فلا ينافى اعتبار ذلك مع ما فى المختلف من الاتفاق على ثبوته فى الحيوان.

نعم بقى هنا شىء و هو أنه لو اجتمع خيار التأخير مع خيار الحيوان



لزم تعدد السبب مع كون المسبب واحد فهذا لا محذور فيه كما في تقرير شيخنا الأستاذ فراجع أقول: أما ما ذكره من أن مطلق الشروط الضمنية و الصريحه ليس بواجب الوفاء فى العقد الخيارى و منها التسليم و التسلم.

فبرد عليه أن هذا انما يتم بناء على كون دليل اللزوم هو الأمر بوجوب الوفاء على العقد و كان المراد من ذلك هو ترتيب الأثر عليه و يكون المراد من وجوب الوفاء هو الحكم التكليفى على ما ذكره المصنف و عليه فيقال: أن ترتيب جميع آثار العقد عليه انما يصح فيما إذا لم يكن العقد خياريا و الأ فلا يجب ذلك كما هو واضح، و قد ذكرنا فى محله أن معنى الوفاء هو الإنهاء و الوفاء بالعقد هو إنهاؤه و إتمامه و حيث لا يناسب ذلك بالوجوب التكليفى فيكون الأمر به إرشادا إلى أنه لا ينحل و أنه لازم، و ذكرنا أيضا أن من أدله اللزوم ما دل على حرمة التصرف فى مال الغير بدون اذنه و أنه يحرم أكل مال الناس بغير تجاره عن تراض، و غير ذلك فلا- شبهه أنه إذا تحقق البيع و حصل النقل و الانتقال فيكون المبيع ملكا للمشتري و الثمن ملكا للبائع فيحرم لكل منهما التصرف فى الآخر بدون اذنه لأن حرمة مال المسلم كحرمة دمه و أنه لا يجوز لكل أحد أن يتصرف فى مال غيره بدون اذنه و لا يفرق فى ذلك بين كون العقد خياريا أم لا، نعم من لا يريد أن يسلم العوض فى المعامله مع كونه ذى خيار فسخ المعامله ثم لا يسلم العوض كما هو واضح و أما ما ذكره من أن المصنف ذكر ذلك فى أحكام القبض فهو ممنوع لان ما ذكره فى القبض لا يمس بالمقام فإنه مبنى على أن من الشروط الضمنيه فى العقد أن يسلم كل من المتعاملين العوض من الآخر و مع تخلف أحدهما يجوز التخلف للآخر أيضا كما هو واضح، و هذا غير كون من له الخيار، لا يجب عليه التسليم كما هو واضح، و أما ما ذكره من أنه لا ينافى خيار الحيوان لأن اللازم أن لا يكون أداء الثمن متأخرا من الجزء الذى يتم به الثلاثه فليس

بمتين و ذلك لأن مقتضى الظاهر من روايات الباب أنه يجب على المشتري أن يسلم الثمن إلا أنه قد أمهل الشارع للمشتري في ضمن الثلاثة بالنسبه إلى ثبوت الخيار للبائع فبمجرد انتهائه يثبت الخيار للبائع أو يبطل البيع كما هو واضح فلا يحتاج إلى التأخير في الآمن الذى تم الثلاثة و بعبارة أخرى أن الروايات قد دلت على أن المشتري ان جاء بالثمن ما بين ثلاثة أيام فيها و إلا فلا بيع فالظاهر من ذلك ان الثلاثة إنما هي أيام النظره بالنسبه إلى ثبوت الخيار للبائع أو لعدم بطلان البيع كما هو واضح، فلا ينافى ذلك بوجود تسليم الثمن فى الثلاثة أيضا و أما ثبوت الخيار فليس مشروطا بالتأخير عن الجزء الذى يتم به الثلاثة بل فى نفس ذلك الجزء يثبت الخيار للبائع كما لا يخفى.

ثم انه قد يفصل بين ثبوت الخيار للبائع من جهة أخرى فيسقط معه هذا الخيار و بين ما كان الخيار للمشتري فلا وجه لسقوطه و قد أفاد فيه وجهين:- الأول: أن خيار التأخير شرع لدفع ضرره و قد اندفع ضرره بغير خيار و أجاب عنه المصنف بان ضرر الثلاثة بعد الثلاثة لا يندفع بالخيار فى الثلاثة و كأن المصنف فهم من كلام المفصل أنه اشترط عدم ثبوت الخيار للبائع بعد الثلاثة و لذا أجاب عنه بأن الضرر بعد الثلاثة لا يندفع بالخيار فى الثلاثة و لكن الظاهر أن كلام المفصل ناظر الى اشتراط عدم ثبوت الخيار للبائع بعد الثلاثة و عليه فيندفع الضرر بغير خيار التأخير فيصح كلامه كما هو واضح فلا يرد عليه ما ذكره المصنف، نعم يرد عليه أن هذا الوجه مبنى على كون مدرك هذا الخيار هو دليل نفي الضرر فإنه ح يشترط فى ثبوته أن لا يثبت خيار آخر للبائع و أما إذا كان مدركه غيره فلا يتم ما ذكر المفصل.

الوجه الثانى:النصوص و الفتاوى تدل على لزوم البيع فى الثلاثة

فيختص هذا الخيار بغير صورته ثبوت الخيار له فان الظاهر من قولهم عليهم السلام ان جاء بالثمن ما بين الثلاثة و الا فله الخيار أن البيع لازم في ضمن الثلاثة فإذا كان للبائع خيار في ذلك لا يكون البيع لازماً، فلا يكون هذه الصورة مشموله للأخبار كما هو واضح، و على هذا فلا يكون هذا الخيار ثابتاً في مورد خيار الحيوان و أورد هذا المفصل على نفسه بأن التأخير للخيار و لا يتقيد الحكم بسببه، يعني أن الخيار هنا حكم ثابت للبائع و لا يكون مقيداً بسببه و هو التأخير بحيث يكون البيع لازماً بانتفائه من هذه الجهة فقط، لا- ينافي ثبوت خيار آخر للبائع كما هو واضح، بل الثابت هو طبعي الخيار الثابت للبائع كما هو واضح و الفرق بين هذا الوجه و الوجه السابق أن الوجه السابق ليس ناظراً الى لزوم البيع في الثلاثة بخلاف هذا الوجه و لكن يرد عليه أن الظاهر من الروايات أن المشتري إذا جاء بالثمن ما بين ثلاثة أيام فهو، و الأ فله الخيار، فالظاهر من ذلك أن الإتيان بالثمن في الثلاثة يوجب نفي خيار التأخير، و لا ينافي ذلك ثبوت خيار آخر للبائع غير خيار التأخير، و ليس هذا من قبيل تقيد الحكم بسببه، بل الثابت هو طبعي الخيار، و لكن يكون البيع لازماً بانتفاء هذا الطبعي من هذه الجهة فقط و لزوم البيع من هذه الجهة لا ينافي ثبوت خيار آخر للبائع من جهه آخر كما هو واضح، و من هنا لا ينافي هذا الخيار ثبوت خيار المجلس فإنه مع أن لازم الوجه الثاني عدم ثبوت خيار المجلس أيضاً في ضمن الثلاثة.

قوله: و منها تعدد المتعاقدين أقول قد ذكر المصنف وجهين لاختصاص الخيار بصوره تعدد العاقد:

الأول: اختصاص النص الوارد في المقام بصوره التعدد.

و الثاني: أن هذا الخيار ثبت بعد خيار المجلس و خيار المجلس باق مع اتحاد العاقد الا مع إسقاطه.

أما الأول: فلأنه لا شبهه في أن الظاهر من النصوص الواردة في المقام و ان كان هو تعدد المتعاملين و من بيده العقد أى المالكين أو من يكون نازلا منزله المالك من الولي و الوكيل المفوض، و لكن لا ارتباط له بتعدد العاقد بوجه، بل يمكن ذلك مع اتحاده أيضا، فإنه بمنزله الآله فقط، ليس له الا إجراء العقد كما هو واضح، و بعبارة أخرى أن المناط في ذلك هو عدم الإقباض و القبض و لا- إشكال في تصويره من المالكين مع اتحاد العاقد من قبلهما فأصل توهم اشتراط تعدد العاقد في ثبوت خيار التأخير لغو محض و غلط فاحش.

و أما الوجه الثاني: فقد ناقش فيه المصنف من حيث الصغرى من أنه قد عرفت أنه غير ثابت للوكيل في مجرد العقد، و على تقديره فيمكن إسقاطه و اشتراط عدمه، نعم لو كان العاقد وليا بيده العوضان لم يتحقق الشرطان الا و لأن أعنى عدم الإقباض و القبض و ليس ذلك من جهة اشتراط التعدد و لكن الظاهر المناقشه في الكبرى أيضا بأنه لا دليل على كون خيار التأخير بعد خيار المجلس غايه الأمر أن خيار المجلس في الأغلب يبقى إلى ساعه و ساعتين أو أقل أو أكثر و لا يبقى إلى الثلاثه أيام حتى يجتمع مع خيار التأخير و لو بقى المجلس إلى الثلاثه مع عدم تحقق القبض و الإقباض لكان خيار المجلس مجتمع مع خيار التأخير كما هو واضح.

قوله و منها أن لا- يكون المبيع حيوانا أقول من جملة الشروط لثبوت خيار التأخير أن لا يكون المبيع جاريه، بل حيوانا مطلقا فإن المحكى عن الصدوق في المقنع أنه إذا اشترى جاريه فقال أجيئك بالثمن، فان جاء بالثمن فيما بينه و بين شهر، و الا فلا بيع و ظاهر المختلف نسبه الخلاف الى الصدوق في مطلق الحيوان، و لكن الظاهر أن الصدوق التزم بذلك في خصوص الجاريه في انه ذكر في الفقيه أن الخيار في ما يفسده بيومه بعد يوم و في غيره إلى

ثلاثه أيام أن جاء بالثمن ما بين ذلك و الا فله الخيار تم ذكر خصوص الجاربه و ذكر أن الخيار فيها بعد شهر و لم يذكر فى الفقيه أيضا إلا ذلك فما حكى عن المختلف من نسبه ذلك الى الصدوق فى مطلق الحيوان لا نفهم له وجهها.

و كيف كان فذهب المشهور الى عدم الاشتراط بذلك الشرط و خالف فيه الصدوق استنادا إلى روايه على بن يقطين و قد أشكل على الروايه بوجهين:

الأول: من حيث السند فإنه حكى عن العلامه فى المختلف أن الروايه ضعيفه و لكن لا نفهم لضعف الروايه وجهها و قد اعترف باعتبارها صاحب الحدائق و صاحب الجواهر و قد عرفت أنه ذهب الصدوق(ره)الى ثبوت الخيار للبائع فى الجاربه بعد شهر، و قد ضعف العلامه عن هذه الروايه و لكن لا ندرى أن وجه تضعيف العلامه أى شىء فان هنا روايتان إحداهما رواها الصدوق عن ابن فضال عن على بن رباط عن زراره أو عمن رواه كما فى الوسائل أو عمن رواه كما فى الوافى، و هذه الروايه على تقدير عدم الإرسال فهى ضعيفه لعلى بن رباط و الروايه الثانيه قد رواها فى التذهيب، عن محمد بن أحمد بن يحيى عن أبى إسحاق عن ابن أبى عمير عن محمد بن أبى حمزه عن على بن يقطين فهذه الروايه معتبره أما غير أبى إسحاق فواضح، و أما أبى إسحاق و هو أن كان مشتركا بين أشخاص عديده ضعاف و ثقات، و لكن الأشهر هو إبراهيم بن هاشم على أنه ينقل عن ابن أبى عمير و ينقل عنه محمد بن احمد بن يحيى و غيرهم أكثرهم من أصحاب الصادق و الباقر(عليهم السلام) و من هو من أصحاب الهادى(عليه السلام) لم ينقل عنهم محمد بن احمد و أما إبراهيم بن مهزيار فلم ينقل عن ابن ابى عمير، على أنه أيضا معتبر فراجع كتب الرجال.

الثانى: إعراض المشهور عن العمل بها فإنهم لم يعملوا بها، بل لا

ينسب العمل بها الأ-الى الصدوق و لا شبهه ان إعراضهم عن العمل بالروايه يوجب وهنها و لعل مراد العلامه من الضعف هو ذلك فإنه لم يقيد الضعف بكونه فى السند بل ذكر أن الروايه ضعيفه و لا شبهه أن اعراض المشهور عندهم يوجب الوهن فتكون الروايه ضعيفه بالعرض لا بالذات.

و يرد عليه أولا الإشكال فى الصغرى حيث لم يعلم اعراض المشهور عن هذه الروايه بل يحتمل ان يكون عدم عملهم بها من جهه أنهم حملوها على بعض الوجوه بأن تكون محموله على صورته اشتراط المجيء بالثمن الى شهر، إذ كلامنا فى صورته عدم إقباض المبيع كما تقدم و ليس فى هذه الروايه عدم إقباض الجاريه حتى لا يمكن رفع اليد من ظاهرها و اذن فلا بأس من حملها على صورته اشتراط تأخير الثمن الى شهر فى ضمن العقد، و الأقله الخيار أو يمكن أن يكون عدم عملهم بها من جهه حملها على استحباب الصبر بعد ثلاثه أيام إلى شهر و على هذا فلم يثبت اعراض المشهور عنها ليكون موجبا للضعف كما هو واضح.

و ثانيا: الإشكال فى الكبرى و هو أن اعراض المشهور عن الروايه لا يوجب وهنها كما أن عملهم بها لا يوجب الاعتبار، و قد تقدم ذلك مرارا و قد نقحناه فى علم الأصول و على هذا فلا وجه لرفع اليد عن هذه الروايه و قد حملها المصنف على الوجهين المتقدمين و لكنهما بعيد خصوصا الحمل على الاستحباب، فلا بدّ ح من العمل بها فى خصوص الجاريه كما عمل بها الصدوق(ره) فظاهرها ثبوت الخيار للبائع فى بيع الجاريه بعد شهر سواء أقبضها من المشتري أم لا لإطلاقها و لا وجه لتقييدها بصوره الإقباض.

و على الجملة فحيث ان النص وارد فى خصوص الجاريه فيكون أخص من الروايه المتقدمه فتكون مقيده لها و قد يتوهم أن النسبه بينها و بين الروايات المتقدمه هى العموم من وجه حيث ان هذه الروايه أخص من حيث

الموضوع و هو الجاربه و الروايات المتقدمه أعم من الجاربه و غيرها و ان هذه الروايه أعم من حيث اقباض المبيع و الروايات المتقدمه ناظره إلى خصوص اقباض المبيع و يقع التعارض فى مورد الاجتماع و هو صورته الإقباض فإن هذه الروايه تدل على ثبوت الخيار بعد الشهر و الروايات المتقدمه تدل على ثبوت الخيار بعد الثلاثه أيام، و حينئذ فيحكم بالتساقط، و لكن الظاهر ان هذا التوهم فاسد.

أولاً: أن النسبه بينها و بين الروايات المتقدمه إنما تلاحظ من حيث الموضوع و لا شبهه أن هذه الروايه أخص من حيث الموضوع من الروايات المتقدمه.

و ثانياً: على تقدير لحاظ النسبه بينهما من حيث الموضوع و الحكم معا أنه لا يمكن الحكم بالتساقط فى ماده الاجتماع إذ من البعيد جدا أن يكون الخيار فى صورته الإقباض بعد شهر، و فى صورته عدم الإقباض أن لا يكون للبائع خيار أصلاً، و اذن فلا بدّ من ترجع هذه الروايه على فرض المعارضه و هذا واضح جدا.

ثم ان الظاهر من قولهم عليهم السلام فان جاء بالثمن ما بين ثلثه أيام و الأ فله الخيار، أى للبائع أن مبدء الثلاثه من حين العقد و توهم أنه من حين التفرق بحيث تكون مده الغيبه ثلاثه أيام خلاف الظاهر من الروايه.

### فى مسقطات خيار التأخير

#### اشاره

مسأله: يسقط هذا الخيار بأمر أقول

#### الأول إسقاطه بعد الثلاثه،

و هذا لا شبهه فيه، بل لا خلاف فيه أيضاً إذ لا محذور فيه بوجه أصلاً، و أما سقوطه بالإسقاط فى الثلاثه فأشكل فيه المصنف من أن مدركه دليل نفي الضرر و هو

حاصل بعد الثلاثة فلا سبب له قبلها و من أن العقد سبب الخيار فيكفي وجوده في إسقاطه بوجود المقتضى، و الأمر أشكل فيما إذا اشترط سقوطه في ضمن العقد و وجه الأشكليه أن المقتضى الذى هو العقد كان موجودا في إسقاطه بعد العقد و قبل الثلاثة و لكنه منفى هنا لعدم تماميه العقد بعد كما هو المفروض و أيضا ذكر المصنف أن السقوط لعله من جهة عموم أدله الشروط و يشكل على عدم جواز إسقاطه في الثلاثة بناء على أن السبب في هذا الخيار، هو الضرر الحادث بالتأخير دون العقد، فان الشرط انما يسقط به ما يقبل الاسقاط بدون الشرط، و لا يوجب شرعيه سقوط ما لا يشرع إسقاطه بدون شرط و عليه فان كان هنا إجماع على السقوط بالشرط فهو و الا فلننظر فيه مجال واسع لعدم شمول أدله الشروط لمثل هذا الشرط كما هو واضح.

و قد يقال بجواز شرط النتيجة بأن يشترط السقوط بعد الثلاثة.

و فيه ان كان المراد هو اشتراط السقوط بعد الثلاثة بلا سبب و هو بديهي البطلان إذ لا موجب لسقوطه بلا سبب.

و ان كان المراد من سقوطه بعدها بالإسقاط قبل الثلاثة بحيث ينشئ من الآن سقوطه بعد الثلاثة فيعود المحذور، فإنه من قبيل إسقاط من لم يجب.

أقول: قد ذكر المصنف في خيار المجلس جواز الإسقاط في مثل هذه الموارد من جهة وجود المقتضى و قد ذكرنا أن عدم جواز إسقاط ما لم يجب ليس مدلولاً لدليل لفظي بل انما هو من جهة الإجماع على بطلان التعليق في العقود و الا فلا استحاله عقليه هنا، بل لا يرى العقل محذورا في إنشاء الطلاق قبل التزويج و إنشاء البيع قبل الشراء، و انما نحكم ببطلان أمثال ذلك من جهة الإجماع و لا شبهه أن جواز إسقاط ما لم يجب أمر معروف



بين الفقهاء فلا يكون داخلا فى معقد الإجماع فيكون ذلك مشمولاً لأدله الشروط كما هو واضح.

وقد ذكر شيخنا الأستاذ أن للبائع حق المطالبة حتى فى ضمن الثلاثة فله أن يسقط حق المطالبة ولا يكون الإسقاط حينئذ إسقاطاً لما يجب و فيه أن هذا عجيب من شيخنا الأستاذ حيث ان حق المطالبة أمر أجنبي عن الخيار، ولا شبهه فى ثبوت ذلك، الحق فى زمان الخيار و قبله و بعده فإسقاط أحدهما غير مربوط بإسقاط الآخر كما هو واضح على أن حق المطالبة من الأحكام فلا يقبل الإسقاط.

### **الثانى: اشتراط سقوطه فى متن العقد**

حكى عن الدروس و جامع المقاصد و تعليق الإرشاد و لعله لعموم أدله الشروط قد مرّ جواب عن ذلك.

### **الثالث: من المسقطات بذل المشتري للثمن**

وقد ذكره العلامة فى التذكرة استصحاباً لوجوده و ذكر المصنف أن هذا حسن لو استند فى الخيار الى الاخبار و اما إذا استند إلى قاعده الضرر فان الضرر الوارد على البيع يتدارك ببذل الثمن فلا يبقى مجال للخيار ليتدارك به الضرر ثم ذكر أنه لا يبعد دعوى انصراف الأخبار الى صورته التضمر أيضاً، و عليه فما ذكره فى التذكرة متين جداً.

أقول: أما الوجه الأول فهو متين فإنه بناء على كون مدرك خيار التأخير هو قاعده نفي الضرر فلا شبهه فى أنه يرتفع بأداء الثمن، و لكن قد عرفت سابقاً أن مدركه ليس دليل نفي الضرر، و الا لأمكن رفعه بغير الخيار أيضاً و أما الوجه الثالث و هو صورته بذل المشتري فلا وجه له لأن مقتضى الأخبار أنه إذا جاء بالثمن ما بين الثلاثة و الا فله الخيار و هو مطلق بالنسبة إلى صورته بذل الثمن و غيرها و دعوى الانصراف إلى صورته عدم بذل الثمن بلا وجه.

## قوله الرابع:أخذ الثمن من المشتري.

أقول:بناء على سقوط الخيار ببذل الثمن فلا موضوع لهذا البحث حيث انه بمجرد البذل يسقط الخيار فلا تصل النوبه إلى الأخذ كما هو واضح.

و أما بناء على عدم سقوطه بالبذل فهل يسقط ذلك بالأخذ أم لا فنقول انه بناء على السقوط و كون الأخذ موجبا له و كاشفا عنه،فليس ذلك أمرا مستقلا،بل مرجعه الى المسقط الأول و هو الإسقاط فإنه أعم من الإسقاط الفعلى أو القولى كما هو واضح.

نعم ينبغى ان يبحث بعنوان التنبيه بأنه هل يشترط افاده العلم بكون الأخذ لأجل الالتزام بالبيع أو يكفى الظن بذلك و أن البائع راضى به فإنه أماره عرفيه على الالتزام كالقول أو لا يعتبر الظن أيضا فى ذلك وجوه فذكر المصنف أن خيرها أوسطها لكن الأقوى الأخير و لكن لم نفهم معنى هذه العبارة فإن الخير ما كان أقوى و بالعكس فلا معنى لكون الوسط خيرا و الأقوى هو الأخير و كيف كان قد ذكرنا فى خيار الحيوان أن أقوى الوجوه هو العلم بالرضا و الآ فلا موجب لسقوط أما الوجه الأوسط أعنى اعتبار الظن على كون الأخذ كاشفا عن الرضا،فلا دليل عليه،لان الظن لا يغنى من الحق شيئا و أما الوجه الأخير و هو الاكتفاء بمطلق الأخذ و كونه كاشفا عن الرضاء بالعقد فأیضا لا دليل عليه،فإنه يمكن أن لا يكون الأخذ بعنوان الثمنيه كما إذا كان ذلك عن غفله و جهل،فإنه لا كاشفيه له حيثئذ عن الرضا بالعقد،بل مع العلم بكونه بعنوان الثمنيه أيضا فإن الثمن مال للبائع فيمكن أن يأخذه و مع ذلك يبقى خياره على حاله و لا يكون الأخذ بعنوان الرضا بالعقد و يأخذ الثمن و يتصرف فيه تصرفا لا يوجب السقوط ثم يفسخ بل يجوز ذلك مع التصريح بأن الأخذ ليس بعنوان الرضا بالعقد.

و بعبارة اخرى أن الكاشفيه النوعيه انما هي فى باب حجيه الظواهر حيث ان الألفاظ تدل على المعانى التى وضعت عليها الألفاظ بحسب الكاشفيه النوعيه العقلائيه و ظاهره فى ذلك لا من جهة التعبد ببناء العقلاء بل من جهة تعهد الواضح على أنه متى أطلق اللفظ الفلانى فقد أراد المعنى الفلانى و يكون ذلك التعهد سببا لكون الظواهر كواشف عن المداليل و كونها مراده للمتكلم و أما فى المقام فلم يتعهد البائع بأنى متى أخذ الثمن فرضيت بالمعامله ليكون الأخذ كاشفا نوعيا عن الرضا بالعقد كما هو واضح، و عليه فلا كاشفيه للأخذ عن ذلك، و إذا فلا بدّ من الاقتصار بالعلم أو الظن الاطمئنانى بأن تقوم القرينه على الكاشفيه و حصل القطع فلا أقل من الاطمئنان على ذلك الذى هو حجه عقلائيه و من هنا ظهر أن مطالبه البائع الثمن أيضا يكشف عن رضائه بالعقد فإن المطالبه أعم من الأخذ و قد ذكرنا أن الأخذ أعم من الرضا بالعقد و عدمه فكيف تكون المطالبه كاشفه عن الرضا كما هو واضح، نعم قد ذكرنا فى خيار الحيوان سقوط الخيار بمثل اللمس و التقبيل و ركوب الدابه و لكن ذلك من جهة النص الخاص لا- من جهة كاشفيه أى تصرف من الرضا بالعقد كما هو واضح، بل من جهة النص الخاص الوارد فى خيار الحيوان.

### **مسألة فى كون هذا الخيار على الفور أو على التراخى،**

#### **اشاره**

أقول وقع الكلام فى أن خيار التأخير فوري أم لا، تحقيق الكلام هنا فى مقامين:- الأول: بحسب الأصول العمليه.

و الثانى: من حيث الروايات.

#### **أما الأول بحسب الأصول العمليه**

فقد استوفينا الكلام فيه فى خيار الغبن و قلنا ان الاستصحاب اى استحباب الخيار لا يجرى فى المقام، بل لا بدّ من التمسك بالعموم و عليه فلا بدّ من الاقتصار بالمتيقن ففى الزائد عن ذلك نرجع الى

العمومات الداله على لزوم البيع و لا- يضر عدم إمكان التمسك ب أوْفُوا بِالْعُقُودِ فيرجع الى الأدله الأخرى مما دل على حرمه التصرف فى مال الغير بدون اذنه و حرمه تملكه إلا بالتجاره عن تراض و من الواضح أن الفسخ فى الآن الثانى الذى نشك فى ثبوت الخيار أكل لمال الغير بدون اذنه فلا يكون مؤثرا فراجع الى خيار الغبن، فقد تقدم تفصيل الكلام هناك.

و بعباره أخرى أنه و ان لم يجرز التمسك بعموم أوْفُوا بِالْعُقُودِ على ما تقدم فى خيار الغبن من الانحلال و عدمه فراجع الا أن فى العمومات الأخر الداله على اللزوم غنى و كفايه فينقطع التمسك بالاستصحاب أى استصحاب حكم الخيار فالنتيجه هى فوريه الخيار و على القول بكون دليل الخيار هو نفى الضرر فكون الخيار فوريا أوضح لاندفاع الضرر به.

### و أما المقام الثانى: فالروايات الوارده فى المقام

بناء على دلالتها على ثبوت خيار التأخير بعد الثلاثه أيام لا على البطلان مطلقه بالنسبه إلى الآن الأول و الآن الثانى، فمقتضى التمسك بها هو ثبوت الخيار للبائع على وجه الإطلاق بعد الثلاثه و على القول بفوريه الخيار فى خيار الغبن كما هو كذلك، فلا بد من الالتزام بعدم الفوريه فى المقام لخصوص هذه الروايات فتكون مخصصه للعمومات، كما لا يخفى و كأن هذا العقد يصير جائزا بالعرض بعد الثلاثه غايه الأمر أن الجواز فى الهبه حكى و فى المقام حقى فللبائع إسقاط حقه أى خياره و نعم ما ذكره المصنف من هذه الروايه بعد عدم إمكان نفى الحقيقه فيها ناظره إلى نفى اللزوم إلى الأبد و لا يرد عليه ما ذكره الأستاذ من الالتزام بإهمال النص فان ذلك خلاف الظاهر من الروايه.

### قوله مسأله: لو تلف المبيع بعد الثلاثه كان من البائع،

أقول: ذهب الفقهاء الى أن التلف قبل القبض من مال البائع و انما الكلام من مدرک

هذا الحكم و يقع الكلام فى مقامين:

الأول: أن يكون التلف بعد الثلاثه.

الثانى: أن يكون ذلك قبل الثلاثه.

أما الأول: فقد استدل بوجوه: - الأول: الإجماع و فيه أنه على تقدير تحققه فالمظنون أن مدركه النبوى الذى سنذكره، فلا يكون إجماع تعبدى.

الثانى: النبوى المعروف كل مبيع تلف قبل قبضه فهو من مال بايعه و فيه أن هذا النبوى و ان كان مشهورا و لكنه لم يذكر إلا فى كتب العامه و عليه فلا يمكن الالتزام بانجبار ضعفه صغرى و كبرى أما من حيث الصغرى فلأنه لم يذكر فى كتب الأصحاب بعنوان الاستدلال به على ذلك إذ لم يكن لهم كتاب استدلال حتى يستدلوا فيه به و انما ذكروا فتاواهم بغير تعليل و عليه فلا ندرى أن استنادهم بذلك حتى يوجب ذلك انجبار ضعف النبوى و أما من حيث الكبرى فقد عرفت مرارا أن عمل المشهور لا يوجب الانجبار لضعف الروايه كما لا يوجب اعراضهم و هن الروايه الصحيحه.

الثالث: روايه عقبه بن خالد (1) فى رجل اشترى متاعا من رجل و أوجه غير أنه ترك المتاع عنده و لم يقبضه، قال: آتيك غدا إنشاء الله، فسرق المتاع من مال من يكون، قال: من مال صاحب المتاع الذى هو فى بيته حتى يفيض المتاع و يخرج من بيته، فإذا أخرج من بيته فالمبتاع ضامن لحقه حتى يرد ماله اليه.

و فيه أن هذه الروايه لا يكون دليلا لهذا الحكم لأنها ضعيفه السند و لا يكون منجبرا بعمل المشهور أيضا حتى بناء على تسليم ذلك الكبرى فإنه

ص: ٣٩

لم يعمل احد بمضمونها فإنها تدل على كون الضمان على البائع ما لم يقبض خارجا و لم يخرج عن بيته و من واضح أن الأكثر التزم بكفايه التخليه بين المشتري و المبيع فى القبض و لا يجب الإقباض الخارجى، أما الإخراج من البيت فلم يقل به أحد و كونه معتبرا فى القبض على خلاف الضروره بل يمكن أن يقبض المشتري المال و يجعل عند البائع أمانه كما هو واضح.

و على الجملة فلا دليل على أن التلف مبيع قبل القبض من مال البائع نعم يمكن الالتزام بذلك بحسب الارتكاز العقلائي فإن بناء العقلاء قائم على أن التلف قبل القبض يحسب على البائع إذ الأخذ و الإعطاء من متمات البيع و عليه فمع تلف المبيع لا يبقى مجال للبيع بل يفسخ من أصله إذ البيع مبادله مال بمال فمع تلف المبيع أى شىء يعطى البائع للمشتري و مع انتفاء القبض فلا إعطاء حتى يطالب بدله أى الثمن و الظاهر أنه لم يلتزم أحد بأنه إذا باع أحد عباءه من شخص و تلفت بعد ساعه و قبل القبض أن له حق مطالبه الثمن عن المشتري مع أنه لا يعطى شيئا، ففى الحقيقه أن البيع انما هو مشروط بشرط متأخر و هو إعطاء المبيع و إقباضه أو أنه موقت أى يحكم بصحته ما دام المبيع لم يتلف قبل القبض و إذا تلف فدركه على البائع و كيف كان فلا ثمره فى بيان ان ما نحن فيه من قبيل المشروط بالشروط المتأخر أو من قبيل كون البيع موقتا و معنى كون ضمانه عليه أنه يفسخ العقد به لا أنه يجب على البائع إعطاء بدله كما هو كذلك فى الغاصب و هذا الذى ذكرناه غير مربوط بصوره عدم تسليم المبيع قهرا على المشتري و غصبا عليه فإنه يجبر على الإقباض و لا يحكم بالانفساخ بذلك بل ما ذكرناه فى فرض عدم التمكن من التسليم تكويننا كما فى صوره التلف.

و كيف كان أن معنى البيع هو الأخذ و الإعطاء و مع تلف المبيع قبل تسليمه الى المشتري يوجب انعدام مفهوم البيع و يكون ضمانه على البائع و

ان كان المال من المشتري و لكن ضمانه بحسب الارتكاز على البائع فإنه مشاهد صدق على انفساخ البيع.

لا يتوهم أنه إذا انفسخ البيع كان التلف في ملك البائع فلا يكون تخصيصا لقاعده الخراج بالضمان بل تخصصا.

فإنه يقال: انه انما يدخل في ملكه في آن قبل التلف و التخصيص باعتبار أنه لو كان له نماء في آن قبل التلف لكان للمشتري دون البائع فافهم و الذى يمكن أن ينافى هذه القاعده الارتكازيه أمران:- الأول:قاعده الخراج مع الضمان فإنها و ان ذكرت في روايات العامه و التزم بها أبو حنيفه و لكنها قاعده مسلّمه و ليست مختصه بالعامه بل هي أيضا قاعده ارتكازيه فإن العقلاء حاكمون على أن ضمان المال لمن كانت المنافع له و حيث ان المنافع للمالك فيكون ضمانه أيضا عليه بل ذكرت هذه القاعده في بعض الروايات أيضا، حيث تقدم في خيار الحيوان في بعض الروايات أنه سأل السائل عن التلف بأنه ممن يكون قال الامام عليه السلام الله أ رأيت أنه إذ كان له نماء فهو لمن قال للمالك، فقال عليه السلام الله فضمانه أيضا له على ما هو مضمون، الروايه و على هذه القاعده فلا بدّ و ان يكون التلف من المشتري لكونه مالكا و منفعه المال على تقدير وجودها له فيكون ضمانه أيضا عليه.

الثانى:القاعده المعروفه أن التلف في زمن الخيار ممن لا خيار له فإنه لا شبهه أن الخيار بعد الثلاثه للبائع فمقتضى هذه القاعده أن يكون التلف من المشتري لعدم وجود الخيار.

و على الجمله مقتضى هاتين القاعدتين أن التلف انما يكون من المشتري فتكون ان متنافيتين لمقتضى القاعده المتقدمه من أن التلف من البائع.

أما القاعده الأولى:فهى أعم من تلك القاعده الارتكازيه لأنها وارده

فى موردھا حیث ان مقتضى الارتكاز على كون التلف و الضمان ممن له المنافع الا أنه ثبت الارتكاز العقلائی فى موارد البیع على كون التلف قبل القبض من البائع و ان كان المال لشخص آخر فتكون هذه القاعدة الارتكازیه مانعه عن تحقق تلك القاعدة فى جمیع الموارد، بل تكون لأعمیتها مخصّصه بذلك كما هو واضح.

و بعبارة أخرى أن قاعده الخراج بالضمان مقتضى لكون التلف من المالك و قاعده كل مبيع تلف قبل القبض فهو من مال البائع مانع عن كون الضمان للمالك فلا منافاه بین المقتضى و المانع و لا بعد فى كون ضمان مال أحد على شخص آخر كما فى الغاصب فإنه إذا غصب مال شخص فتلف عنده فان ضمانه على الغاصب.

نعم الضمان فى باب الغصب انما هو بالمثل أو القیمه فإنه إذا تلف المال تحت يد الغاصب فىكون ضامنا ببدله فىجب علیه اما أداء المثل أو القیمه.

و أما الضمان هنا انما هو كون المبيع تالفا من كيس البائع بحيث لا يجوز له مطالبه الثمن من المشتري فىحكم حينئذ بانفساخ العقد لا أنه يجب علیه أن يعطى بدل المبيع كما هو واضح.

و أما القاعدة الثانية أعنى الحكم بكون التلف فى زمن الخيار ممن لا خيار له، فلا دليل علیها حتى بمثل النبوى و نحوه، فإن قاعده كل مبيع تلف قبل قبضه فهو من مال البائع قد ذكر لها دليل من النبوى و نحوه و لكن هذه القاعدة لا دليل علیها أصلا غیر أنها مورد التسالم و الإجماع نعم ثبت ذلك فى خيار المجلس و الحيوان و الشرط و أما فى غيرها فلا دليل علیه فىحكم بعدم ذلك فضلا عن یكون منافيا لما ذكرناه من الارتكاز، و فى الموارد التى ثبت ذلك یكون تخصیصا لما ذكرناه.



و حاصل الكلام أن التلف قد يكون بعد الثلاثه و قد يكون قبل الثلاثه أما إذا كان بعد الثلاثه فهو من مال البائع لا من جهه الروايه كما تقدم بل من جهه القاعده العرفيه الارتكازيه على أن التلف قبل القبض من مال البائع فإن حقيقه البيع قائمه بالأخذ و الإعطاء و من الواضح أنه إذا تلف المبيع تنعدم تلك الحقيقه و تنهدم و لا يبقى ذلك المفهوم لعدم بقاء الأخذ و الإعطاء حينئذ و لا- ينافى ذلك إلا- أمران، أحدهما دعوى الملازمه بين كون منفعه الملك لمالكه و بين كون دركه عليه المعبر عنها بقاعده الخراج بالضمان و قد ثبت هذه القاعده بالنص و الإجماع عندنا و كذلك عند العامه و كذلك حكم بها العرف أيضا.

الثانى:قاعده ان التلف فى زمن الخيار ممن لا خيار له أما القاعده الاولى فلا تنافى لما ذكرناه من القاعده على كون الضمان قبل القبض على البائع لأن ما ذكرناه وارد فى مورد تلك القاعده و مانع عنها فتكون مخصصه لها باعتبار أنه لو كان لهذا المال نماء قبل أن التلف كان للمشتري و كان لازم ذلك أن يكون دركه أيضا عليه لكونه مالكا و لكن الارتكاز خصصها و أثبت الضمان للبائع و حينئذ لا- يكون الارتكاز من العقلاء على كون الضمان للمشتري المالك لكون الارتكاز الثانى الذى ذكرنا على كون الضمان للبائع مانعا عنه و قرينه على عدمه هنا.

و أما قاعده كون التلف فى زمان الخيار ممن لا خيار له فلا دليل عليه حتى يتمسك بإطلاقه فى جميع الموارد، بل انما ثبت فى خيار الحيوان و الشرط و الحق بهما خيار المجلس و أما فى غير هذه الموارد فلا، كما هو واضح.

و أما إذا كان التلف فى ضمن الثلاثه و قبل القبض، فالمنسوب الى المفيد و السيدين هو كونه من المشتري و لكن الظاهر أنه أيضا من البائع

بل كونه من البائع هنا أولى من كونه له فيما إذا كان التلف بعد الثلاثة و قبل القبض فإنه يمكن ان يقال فيما إذا كان بعد الثلاثة و قبل القبض ان التلف من المشتري و لو بوجه غير وجيه بان يقال أن التلف بعد الثلاثة انما هو فى زمن الخيار و التلف فى زمن الخيار ممن لا- خيار له و إذا تعارض فى مورد مع القاعده الارتكازيه بأن التلف قبل القبض من مال البائع تعارض العموم و الخصوص من وجه حكم بالتساقط فيرجع الى القاعده الأوليه من أن تلف كل مال على مالكه.

و على الجملة أن كون التلف من المشتري بعد الثلاثة و قبل القبض له وجه و ان كان هذا الوجه غير تمام لعدم الدليل على كون التلف فى زمن الخيار من البائع و لكن لا- وجه لكون التلف هنا من المشتري أصلاً إذ ليس هنا زمان خيار ليتحمل كون التلف من المشتري من جهه عدم ثبوت الخيار هنا للبائع، لأن البيع هنا لازم على الفرض و القاعده المسلمه ان التلف قبل القبض من البائع لا- دافع عنها و توهم أن المالك للمبيع هو المشتري فمقتضى الملازمه بين النماء و الدرك هو كون التلف من المشتري قبل الثلاثة و لكن قد عرفت فيما سبق أن قاعده كل مبيع تلف قبل قبضه فهو من مال بائعه و ارده فى تلك القاعده فلا بدّ من كون الدرك على البائع لكون التلف قبل القبض.

و على الجملة لا نعرف وجهاً أصلاً لكون التلف قبل الثلاثة و قبل القبض من المشتري و ما نسب الى المفيد و السيد ان لم نحققه و لعل النسبه غير صحيحه و على تقدير الصحه لعلها ناشئه من غلط النسخه و الا فلا يحتمل أن يقول مثل المفيد و السيدان، بكون التلف من المشتري مع كون القاعده المسلمه و هى ان التلف قبل القبض من مال البائع على أنه لو كان نظرهم فى كون التلف قبل الثلاثة من البائع على قاعده الخراج بالضمان فلما ذا لم

يلتزموا بذلك بعد الثلاثة بل كان الالتزام به هناك أولى.

ثم ان للشيخ الطوسى هنا عبارته قد تعرض بها المصنف و لا بأس بالتعرض لها و توجيهها على نحو يليق بمقام الشيخ حكى العلامة فى المختلف عن الشيخ أنه قال فى النهاية: إذا باع الإنسان شيئاً و لم يقبض المتاع و لا قبض الثمن و مضى المتاع فان العقد موقوف ثلاثة أيام فإن جاء المتاع فى مدّة ثلاثة أيام كان المبيع له، و ان مضت ثلاثة أيام كان البائع أولى بالمتاع فان هلك المتاع فى هذه الثلاثة أيام و لم يكن قبضه إياه كان من مال البائع دون المتاع و ان كان قبضه إياه ثم هلك فى مدته الثلاثة أيام كان من مال المتاع و ان هلك بعد الثلاثة أيام كان من مال البائع على كل حال، لان الخيار له بعدها، انتهى المحكى فى المختلف.

و قد وقع الكلام فى كلام الشيخ و أن هلك بعد الثلاثة أيام كان من مال البائع على كل حال، فإنه كالصريح فى شموله لما بعد القبض أيضاً مع أنه إذا كان القبض متحققاً لا يكون التلف من البائع و لذا تنظر العلامة فى ذلك بعد ما نقلها فى المختلف و قال: و فيه نظر إذ مع القبض يلزم البيع و ذكر صاحب الحدائق أن مراد الشيخ من هذه العبارة هو صورته الخيار و ان كانت عبارته غير ظاهره فيه، و كثيراً غير الشيخ بعبارته ظاهره فى غير مراده و تعميم العلامة إلى صورته اللزوم أيضاً بلا وجه و اختار المصنف أيضاً هذا الوجه و ذكر أن العلامة جعل الفقرة الثالثة و هى قوله و ان هلك بعد الثلاثة أيام إلخ، مقابله للفقرتين فى شمول الحكم ما بعد القبض أيضاً خصوصاً مع قوله على كل حال لكن التعميم مع أنه خلاف الإجماع منافع لتعليل الحكم بعد ذلك بقوله لأن الخيار له بعد الثلاثة أيام فإن من المعلوم أن الخيار انما يكون له مع عدم القبض فيدل ذلك على أن الحكم المعلل مفروض فيما قبل القبض فلا يشمل لما بعد القبض كما زعمه العلامة.

و الظاهر أن عبارته الشيخ و نظر العلامة و اشكال صاحب الحدائق و المصنف على العلامة و توجيههما عبارته الشيخ لا يظهر لنا وجه ذلك كله فان التعليل الذى ذكره الشيخ بقوله لان الخيار له بعد قوله كان من البائع على كل حال صريح فى أن البائع له الخيار كما ذكره المصنف و أخذه قريبه (قرينه) على عدم اراده الشيخ صورته اللزوم و بذلك أشكل على العلامة و ح فمقتضى ذلك التعليل أن يكون التلف من المشتري لأنه مّمن لا خيار له و كأن المصنف و صاحب الحدائق غفلا من هذه الجهة و أن مقتضى كون الخيار للبائع هو كون الضمان على المشتري.

و على الجملة انا و ان قلنا ان قاعده التلف فى زمن الخيار مّمن لا خيار له لا دليل عليها و لكن الشيخ و غيره تسلموا ذلك و علل كلامه بها و عليه فمقتضى هذا التعليل أن يكون التلف على البائع فلا يمكن تصديق كلام صاحب الحدائق و المصنف و لا كلام العلامة أيضا فإن قول الشيخ على كل حال و ان كان كالصريح فى شمول الحكم لصورته اللزوم أيضا و لكن تعليقه كالصريح أيضا فى عدم إرادته صورته اللزوم كما لا يخفى و يمكن أن يوجه كلام الشيخ بأن النسخه فيه غلط و انما أبدلت كلمه المبتاع الذى هو المشتري بكلمه البائع اشتباها و قد استعملت كلمه المبتاع فى كلامه فى المشتري كثيرا و تعليقه كون التلف من المشتري على كل حال من جهة أن القبض بعد الثلاثه و القبض بعد الثلاثه لا يوجب سقوط خيار البائع و ح فيكون التلف فى زمان خيار البائع و التلف فى زمن الخيار مّمن لا خيار له فكأن الشيخ تعمل بهذه القاعده أو أن غرضه من التعليل هو التعليل على أحد طرفى الحكم و هو صورته عدم القبض و أما صورته القبض فحكمها واضح من جهة أن التلف بعد القبض من مال المشتري و هذا الثانى البصق بكلام الشيخ فإنه بعد ما قسم التلف قبل الثلاثه إلى قسمين أن يكون قبل القبض أو بعده و حكم على كل

واحد بحكم ثم تعرض لحكم التلف بعد الثلاثة فسياق الكلام يقتضى ثم لو مكن البائع المشتري من القبض فلم يقبض المشتري المبيع و لم يتسلمه تم تلف عند البائع فهل يكون ضمانه على البائع أو على المشتري؟ فذكر المصنف أنه لو كان الضمان المترتب على عدم القبض مرتفعا بهذا المقدار من القبض أى التخليه بين المبيع و المشتري كان الضمان على المشتري و الا كان الضمان على البائع ثم ذكر أن ارتفاع الضمان بذلك هو الأقوى.

و الذى ينبغى أن يقال انه ان كان مدرك القول بان التلف قبل القبض من مال البائع هو النبوى أو روايه عقبه بن خالد (1) فلا شبهه فى كون التلف من البائع فإن معنى القبض المذكور فيهما هو الأخذ الخارجى و لا يصدق ذلك على مجرد التخليه بين المالك و المال، بل اعتبر فى روايه عقبه بن خالد أن يخرج البائع المتاع من بيته و الا فيكون ضمانه عليه، و لكن قد عرفت أن كلتا الروايتين ضعيفتا السند و غير منجره بشىء خصوصا الروايه الثانيه لعدم عمل أحد على مضمونها كما لا يخفى و ان كان مدرك الحكم المذكور هو الارتكاز العرفى و بناء العقلاء، و لا شبهه فى حصول القبض بمجرد التخليه و تمكين المشتري من القبض فإنه لا يشك أحد فى أنه إذا باع أحد متاعا و مكن المشتري من القبض فلم يقبض حتى تلف يكون التلف من المشتري مثلا، إذ اشترى أحد شيئا و قال البائع خذ متاعك و قال المشتري يبقى عندك أجيئك بعد ساعه فمضى المشتري و احترق المتاع و هل يتوهم أن ضمان فى مثل ذلك على البائع و على هذا فما ذكره المصنف هو الأقوى على أنه ليس من المتعارف فى التحارج اقباض المبيع من المشتري خارجا.

**قوله مسأله: لو اشترى ما يفسد من يومه**

فان جاء بالثمن ما بينه و بين

ص: ٤٧

اللَّيْلِ وَالْأَفْلَاحِ فَلَا بَيْعَ لَهُ، أَقُولُ: ذَهَبَ الْمَشْهُورُ إِلَى أَنَّهُ لَوْ اشْتَرَى أَحَدٌ مَتَاعًا يَفْسُدُ مِنْ يَوْمِهِ وَلَمْ يَقْبِضْهُ وَلَمْ يَقْبِضِ الثَّمَنَ، فَإِنْ جَاءَ الثَّمَنُ مَا بَيْنَ الثَّلَاثَةِ وَالْأَفْلَاحِ بَيْعٌ لَهُ وَ لِلْبَائِعِ الْخِيَارُ، وَ تَحْقِيقُ فِي مَدْرَكِ ذَلِكَ فَقَدْ اسْتَدَلَّ عَلَيْهِ بِمَرْسَلَةِ مُحَمَّدِ بْنِ أَبِي حَمَزَةَ (١) وَ هِيَ مِنْ حَيْثُ السَّنَدِ مَرْسَلَةٌ وَ لَكِنَّ الظَّاهِرَ أَنَّ الْمَشْهُورَ اسْتَدَّوْا إِلَيْهَا فِي فِتْيَاهُمْ بِكَوْنِ الْبَائِعِ عَلَى خِيَارٍ فِي هَذِهِ الْمَسْأَلَةِ وَ عَلَيْهِ فَلَا تَجْرَى فِيهَا الْمُنَاقَشَةُ الضَّرُورِيَّةُ مِنْ اِحْتِمَالِ اسْتِنَادِهِمْ إِلَى غَيْرِهَا نَعَمْ يَبْقَى الْأَشْكَالُ فِيهَا مِنْ حَيْثُ الْكِبْرَى حَيْثُ قَلْنَا أَنَّ الشَّهْرَةَ لَا تَوْجِبُ جَبْرَ ضَعْفِ الرَّوَايَةِ كَمَا لَا يَخْفَى.

ثُمَّ أَنَّ فِي الْوَسَائِلِ نَقْلَ عَنِ الصَّدُوقِ عَنِ ابْنِ فَضَّالٍ عَنِ الْحَسَنِ بْنِ عَلِيٍّ بْنِ رَبَاطٍ عَنِ زُرَّارَةَ (٢) قَالَ: الْعَهْدَةُ فِيمَا يَفْسُدُ مِنْ يَوْمِهِ مِثْلُ الْبَقُولِ وَ الْبَطِيخِ وَ الْفَوَاكِهِ يَوْمَ إِلَى اللَّيْلِ وَ يَقَعُ الْكَلَامُ تَارَهُ مِنْ حَيْثُ السَّنَدِ وَ أُخْرَى مِنْ حَيْثُ الدَّلَالَةِ أَمَا مِنْ حَيْثُ السَّنَدِ، أَنَّ السَّنَدَ الَّذِي نَقَلَ صَاحِبُ الْوَسَائِلِ هَذِهِ الْجُمْلَةَ وَ نَسَبَ رَوَايَتَهَا إِلَى الصَّدُوقِ وَ أَنَّ كَانَ لَا - بِأَسْبَهِ وَ لَكِنَّ الْأَشْكَالَ فِيهِ مِنْ جِهَتَيْنِ، الْأُولَى: أَنَّ الصَّدُوقَ نَقَلَ فِي الْفَقِيهِ مَا دَلَّ عَلَى ثُبُوتِ الْخِيَارِ فِي الْحَيَوَانَ لِلْمَشْتَرِي إِلَى ثَلَاثَةِ أَيَّامٍ، وَ كَوْنِ الْحَدَثِ لِلْبَائِعِ ثُمَّ أَلْحَقَ بِذَلِكَ قَوْلَهُ وَ مَنْ اشْتَرَى جَارِيَةً، وَ قَالَ لِلْبَائِعِ أَجِيئُكَ بِالثَّمَنِ، فَإِنْ جَاءَ فِيمَا بَيْنَهُ وَ بَيْنَ شَهْرٍ وَالْأَفْلَاحِ بَيْعٌ، ثُمَّ قَالَ: وَ الْعَهْدَةُ فِيمَا يَفْسُدُ مِنْ يَوْمِهِ مِثْلُ الْبَقُولِ وَ الْبَطِيخِ وَ الْفَوَاكِهِ يَوْمَ إِلَى اللَّيْلِ.

وَ الَّذِي نَظَنَّا ظَنًّا اِطْمِئْنَانِيًّا أَنَّ الصَّدُوقَ نَقَلَ الرَّوَايَةَ الدَّالَّةَ عَلَى كَوْنِ الْحَدَثِ فِي الْحَيَوَانَ لِلْبَائِعِ إِلَى الثَّلَاثَةِ وَ أَرَادَ أَنْ يَجْمَعَ مَا يَشْبَهُهُ فَأَلْحَقَ

ص: ٤٨

١- ١) وسائل - ج ١٢، ص ٣٥٨، باب ١١، حديث ١.

٢- ٢) وسائل - ج ١٢، ص ٣٥٩، حديث ٢.

به مضمون روايه على بن يقطين (١) الداله على ثبوت خيار تأخير الثمن فى الجاربه بعد شهر، و ألحق به مضمون مرسله محمد بن أبى حمزه الداله على ثبوت الخيار للبائع فيما يفسده بيومه اذن فتكون الروايه هنا مختصه بمرسله ابن أبى حمزه، و قد افتى الصدوق بطبقها فى ذيل الروايه الداله على ثبوت خيار الحيوان للمشتري كما هو دأبه كثيرا بعد نقل الروايات فإنه ألحق بها مضمون روايه أخرى مسامح لها و يؤيد ذلك أن الروايه قد نقلها الشيخ فى التذهيب بالسند الذى نقلها الصدوق، و ليست مذيلته بهاتين الجملتين، على أن سوق العبارة يقتضى أن لا- يكون الجملتان من الروايه و لا- يشبه كلام الامام عليه السلام الله كما يقتضيه الذوق السليم، فالحاصل ان الذيل من كلام الصدوق كما عليه الأكثر كصاحب الحدائق و غيره و مع الغرض عن حصول الظن الاطمئنانى بذلك فلا أقل من الشك فما يشك كونه جزا لا تشمله أدله حجيه الخبر، بل لا بد من إحرازه كما لا يخفى و مع الإغماض عن جميع ذلك فالروايه ليست منقوله عن زراره، بل أيضا مرسله ابن أبى حمزه فإن الحسن بن على بن رباط ينقل عن رواه لا عن زراره و انما كتب لفظ زراره و عن رواه كليهما فى نسخه الوسائل، و الظاهر أنه اشتباه من الناسخ لا اشتباه عن رواه بزراره و الا- فهى مرسله كما فى حدائق و الوافى و غيرهما و أما من حيث الدلاله فمع الإغماض عن ضعف سندها فلا- دلاله فيها على المقصود حيث ان المراد من كون العهده على البائع إلى الليل ليس هو ثبوت الخيار له فى أول الليل، بل معناه أن الضمان له الى الليل و بعده ليس عليه ضمان و ان كان تلقا قبل القبض، فان الظهور العرفى من كلمه العهده هو الضمان كما يطلق عليه كثيرا فى العرف.

ص: ٤٩

و أما مرسله محمد بن أبى حمزه فمن حيث السند قد تقدم الكلام فيها و قلنا ان الظاهر ان المدرک هنا منحصر بها فيكون ذهاب المشهور الى ذلك نفس هذه المرسله فبناء على انجبار ضعف الروايه بالشهره فتكون منجبره بها، و انما الإشكال فى الكبرى.

و أما من حيث الدلاله فدلالته على المقصود يحتاج إلى تأويل إجمالاً و ان كان لا بأس به.

و توضيح ذلك أن ظاهر المشهور أن ما يفسد من يومه فللبائع فيه الخيار من أول الليل كما هو المستفاد من ظاهر النص أيضا و عليه فلا فائده لثبوت الخيار للبائع فإن أول الليل أول شروع المبيع بالفساد فبعد شروعه بالفساد فأى فائده للخيار فإنه مع فسح العقد أيضا يقع البائع فى الضرر نعم لو كان مراد الفقهاء ما ذكره الشهيد كما هو المضمون فإنه لسان الفقهاء و يطلع على مرادهم و ان كان كلامهم مجملا فلا اضطراب فى كلمات الفقهاء فإنه عبر عن هذا الخيار فى الدروس بخيار ما يفسده المبيت و عليه فأول الليل ليس زمان الشروع بالفساد لأن المبيت هو المفسد للمبيع فيكون الخيار فى أول الليل دافعا لضرر البائع و أما تطبيق الروايه على هذا فيمكن أن يراد من اليوم، اليوم مع ليله، كما هو المتعارف فى الإطلاقات كثيرا و على هذا فلا فساد فى استناد المشهور فى فتياهم على المرسله فلا بأس بهذا المقدار من خلاف الظاهر، و لكن الذى يسهل الخطيب أن الشهره لا تجبر ضعف الروايه اذن فلا مدرک للقول بثبوت الخيار هنا.

ثم انه قد استدل المصنف على ثبوت الخيار هنا للبائع بقاعده لا ضرر و قد تقدم الجواب عنها فإنه لم ينشأ الضرر من ناحيه لزوم العقد بوجه بل.

اما من جهه ضمان البائع به فإنه التلف قبل القبض من مال البائع فيرفع ضمانه و ان كان من جهه لزوم حفظه للمشتري فيرفع وجوب ذلك.



و اما من جهه تأخير الثمن فيرتفع الضرر بغير الفسخ من المقاصه و نحوها و كيف كان فدفع الضرر عن البائع ليس منحصرًا بفسخ العقد حتى يلتزم بالخيار بدليل نفى الضرر كما هو واضح.

ثم ان الشروط التي ذكرناها في خيار التأخير جار هنا بناء على ثبوت الخيار هنا للبائع فإن هذا أيضا قسم من خيار التأخير.

ثم هل يضمن البائع المبيع لو تلف عنده و لم يجئ المشتري بالثمن أم لا؟ قد تقدم في خيار التأخير، أن التلف سواء كان قبل الثلاثه أو بعده على البائع إذا كان قبل القبض للارتكاز العقلائي و لكن هذا الارتكاز منفي في المقام فإنه لا يساعد أحد على أنه إذا اشترى أحد متاعا يفسد من يومه و خلى عند البائع و تلف عنده كان البائع ضامنا لو ادعى أحد ضمانه على البائع يضحك عليه.

و بعبارة أخرى أن ما ذكرناه سابقا لم يكن التلف فيه مستند الى عدم مجيء المشتري، و في المقام ان التلف مستندا الى عدم مجيئه لأن المبيع لا- دوام للبقاء فيتلف من جهه تأخيره و الحكم أوقع فيما إذا كان المتاع يفسد من ساعته كالثلج و نحوه، و في جميع ذلك أن التلف عن المشتري و من هنا يعلم أن الحكم في أمثال المقام لا يحتاج إلى الروايه، بل هو على طبق القاعده من كون التلف عن المالك كما هو واضح.

و الحاصل: ان كان مدركه هو مرسله ابن أبي حمزه فهي من حيث الدلاله و ان كانت تامه لأن المراد من اليوم المذكور فيها هو اليوم و ليله فلا يرد عليها أنها لا تنطبق على فتوى المشهور، و لكن الضعف السند مانع عن الأخذ بها الا بناء على انجبار ضعف الروايه بالشهره.

و ان كان المدرك لذلك هو قاعده نفى الضرر فقد عرفت أن ارتفاعه لا يتوقف على ثبوت الخيار للبائع على أن النسبه بين ما ذكره المشهور من ثبوت

الخيار للبائع من أول الليل و بين مفاد لا ضرر عموم من وجه فإنه قد يكون الضرر قبل انتهاء اليوم و قد يكون في وسط الليل، و قد يكون أول الليل فاذن فلا تنطبق القاعده على فتوى المشهور.

و قلنا: ان الذى ينبغى أن يقال أن السيره قائمه على أن التلف قبل القبض من مال البائع كما تقدم لأن الأخذ و الإعطاء من متممات البيع و مع الانتفاء ينتفى البيع، و قد عرفت ذلك آنفا و لكن هذه السيره غير جاريه فى بيع ما يفسد ليومه، و ذلك لأن ما ذكرنا انما هو فى مورد يكون التلف سماويا و لم يكن مستندا إلى تأخير المشتري فى الإتيان بالثمن، بأن اشترى متاعا يفسد ليومه و تأخر فى إتيان الثمن حتى تلف المبيع، فإنه حينئذ يحسب التلف على المشتري و ان كان قبل القبض فإن البائع لم يمنع عن التسليم من قبله، بل مكنه من الأخذ و تركه المشتري عند البائع ليגיע بالثمن فلم يגיע فتلّف المبيع لتأخيره و عليه فلا يختص الحكم بما يفسد ليومه، بل يجرى فيما يفسد من ساعته أو نصف يوم أو يومين فإن السيره الداله على ضمان البائع قبل القبض لا يجرى فى ذلك كله بوجه.

و على هذا فهل يثبت الخيار للبائع هنا من جهة تأخير الثمن بأن يفسخ المعامله و يبيع المبيع من شخص آخر؟ لأنه يحتمل أن لا يגיע بالثمن أصلا فإذا تلف المبيع فيذهب ماله هدرًا خصوصا إذا لم يعرف المشتري لكونه غريبا أو لا يتمكن من أخذ الثمن منه أو ليس له خيار، يمكن أن يقال بثبوت له من جهة السيره أيضا بدعوى أنها جاريه على حفظ المالىه فى المبادلات و انما وقعت المبادله بين المالىين فإذا كان مال البائع فى معرض التلف و الزوال فلا يبعد قيام السيره و بناء العقلاء على ثبوت الخيار للبائع لئلا فيتضرر بذهاب ماله فالخيار حينئذ يكون ثابتا بالسيره فتكون حكمته نفى الضرر و مع عدم الجزم بهذه السيره فإثبات الخيار مشكل جدا.

و يمكن إثبات الخيار بالسيرة أيضا و لكن بيان آخر حاصله أن المعاملة الواقعيه بين المشتري و البائع حينئذ ليست بنسيئه غايه الأمر أن المشتري استمهل من البائع أن يتأخر بالإتيان بالثمن على هذا فالمتبايعان قد اشترطا في المبيع من الأول ضمنا بحسب بناء العقلاء و ارتكازهم و سيرتهم أنه يجب على كل من المتبايعين إعطاء العوض للآخر فإذا تخلف أحدهما عن ذلك ثبت للآخر خيار تخلف الشرط غايه الأمر أن البائع قد أسقط خياره هذا في الجزء الأول من الزمان و اما في غيره فخياره باق على حاله فالخيار في أمثال المقام من جهه تخلف الشرط.

و دعوى أن له خيار واحد فإذا أسقطه في أول الوقت سقط دائما لعدم تعدد الخيار حتى يبقى الآخر بعد سقوط واحد من ذلك دعوى جزافيه لأن الخيار هنا واحد بلا شبهه الا أنه ينحل بحسب الزمان فالإسقاط بحسب مقدار من الزمان لا أصله فيكون في غير زمان الاسقاط باقيا على حاله كما هو واضح.

و بعبارة أخرى قد ذكرنا في معنى جعل الخيار لأحد المتبايعين أن مرجعه إلى إيقاف التزام البائع بالمبيع على التزام المشتري بالشرط الذي اشترط في البيع كأن باع ماله منه و اشترط عليه خياطه ثوبه مثلا فان توقف التزامه بالمبيع بالتزام المشتري بالشرط يشمله دليل وجوب الوفاء بالشرط فيكون الشرط واجب الوفاء على المشتري و يكون مرجع هذا الاشتراط الى كون البيع مقيدا بذلك و أنه مع عدم هذا الالتزام الشرطي ليس هنا التزام بالمبيع فإذا تخلف البائع عن التزامه يتخلف المشتري أيضا عن التزامه فلازم ذلك ثبوت الخيار للبائع فالخيار و ان لم يثبت بالاشتراط بالمطابقه و لكن يثبت بذلك بالالتزام كما هو واضح.

و على هذا ففي المقام أن البائع قد اشترط في ضمن العقد و لو بحسب

الارتكاز و بناء العقلاء و سيرتهم على المشتري و جوب تسليم الثمن نقدا و لكن إمهاله فى تأخيره مقداراً من الزمان و أسقط شرطه الثابت بحسب السيره مده خاصه لأنه حق له فقد قامت السيره القطعيه على جواز إسقاط الحق فلا يرد أن الاسقاط بلا دليل فى مقام الإثبات و ان كان ممكنا ثبوتا فإذا لم يجيء المشتري الثمن فى هذه المده فللبائع الخيار من جهه تخلف ذلك الشرط فى ضمن العقد فثبوت الخيار ح على القاعده و هذا لا بأس به بل نجزم بذلك جزماً قطعياً و لا يفرق فى ذلك بين كون المتاع من يفسد ليومه أو فى يومين أو فى ساعه أو فى ساعتين، بل يجرى فى جميع ذلك، بل يجرى ذلك فيما لا يتلف، بل يبقى مده كثيره و لكن يذهب سوقه لبعض إلا متعه فى هذه البلاد فى أيام الزوار فإذا اشترى أحد سبحة من شخص و خلى عنده و قال أجيء بالثمن فلم يجيء و كان الصبر أزيد من ساعه مثلاً، موجبا لزوال السوق فله الخيار فإذا فسخ العقد و إذا جاء المشتري فليس له شيء.

## السادس خيار الرؤيه

### اشاره

قوله السادس خيار الرؤيه: أقول: ان كان المراد من خيار الرؤيه الخيار المسبب عن اشتراط المتبايعين كون المبيع على وصف كذا فإذا رآه المشتري مثلاً- فوجده غير واجد للوصف فيحكم بثبوت الخيار له، فلا شبهه حينئذ فى كون ذلك من صغريات خيار تخلف الشرط و انما ذكروا ذلك مستقلاً لورود النص عليه و هذا الوجه يظهر من الفقهاء خصوصاً من شيخنا الأنصارى حيث جعل عنوان المسأله ما هو ظاهر فى إدراج ذلك من خيار تخلف الشرط و قال: (المراد به الخيار المسبب عن رؤيه المبيع على خلاف ما اشترطه

فيه المتبايعان)و عليه فلا يفرق فى ثبوت ذلك بين المشتري و البائع فى الثمن و المثلن.

و ان كان المراد من ذلك أن المشتري قد أقدم على الشراء باعتقاد أن المبيع واجد لوصف كذا كأن اشترى عبدا باعتقاد أنه عالم لكون والديه عالما أو حصل له الاعتقاد من توصيف المشتري من غير اشتراط ذلك فى البيع بالشرط الضمنى ثم ظهر الخلاف من غير أن يكون نقص القيمة ليدخل فى خيار الغبن فيكون للمشتري الخيار و على هذا الوجه لا- يكون مندرجا فى خيار تخلف الشرط بل يكون خيارا آخر فى مقابل خيار تخلف الشرط و غيره و لا شبهه أن كلمات الفقهاء مضطربة فى هذا المقام و لم يعنون هذه المسألة على ما ينبغى فى كلماتهم و قد عرفت أنه يظهر منهم كون هذا الخيار من ناحيه الاشتراط و لكن الظاهر من الروايه هو الوجه الثانى و أنه خيار آخر فى مقابل بقيه الخيارات و الروايه هى صحيحه جميل بن درّاج (1)قال:

سألت أبا عبد الله عليه السلام،الله عن رجل اشترى ضيعه و قد كان يدخلها و يخرج منها فلما أن نقد المال صار الى الضيعه فقلبها ثم رجع فاستقال صاحبه فلم يقله فقال أبو عبد الله عليه السلام انه لو قلب منها و نظر الى تسعه و تسعين قطعه ثم بقى منها قطعه و لم يرها لكان له فى ذلك خيار الرؤيه.

فإن إطلاقها يشمل صوره عدم الاشتراط أيضا بأن اعتقد كون جميع الضيعه على النحو الذى رآها جمله منها و على الوجه الذى اعتقد بها و لو من توصيف البائع فاشتراها بغير اشتراط ثم دخلها فقلبها فوجدها على غير الذى اعتقد بها،فقال الامام عليه السلام الله فى ذلك ان له خيار الرؤيه و مع الحمل على التوصيف لا يكون بيع مجهول.

ص: ٥٥

فهذه الروايه تدل بإطلاقها على ثبوت خيار الرؤيه للمشتري بل يمكن دعوى اختصاصها بصوره عدم الاشتراط الذى هو مورد خيار الرؤيه و توضيح ذلك أن الرؤيه ليست لها موضوعيه فى صحه البيع بالضروره و لا فى لزومه بحيث أن يحكم ببطلان البيع مع عدم الرؤيه أو بثبوت الخيار فيه بأن باع شيئاً بالتوصيف ثم رآه المشتري فثبت له خيار الرؤيه بمجرد ذلك، بل انما يثبت خيار الرؤيه مع الاعتقاد بكون المبيع واجداً لوصف كذا، اما بالتوصيف من البائع أو بحسب الاعتقاد المبني على المواطاه بينهما ثم ظهر خلاف اعتقاده من غير أن يكون ذلك موجبا لنقص القيمه فإنه يثبت للمشتري حينئذ خيار الرؤيه و هذا النحو من التخلف غير التخلف فى صوره الاشتراط فتكون الروايه شاهده لثبوت خيار الرؤيه و على الجملة لا يدور خيار الرؤيه مدار الرؤيه و عدمها لعدم الموضوعيه لنفسها بالضروره بل مدار خلاف الاعتقاد الحاصل من التوصيف و نحوه فليس كل تخلف تخلفا للشرط الموجود فى العقد حتى يرجع ذلك الى خيار تخلف الشرط فتكون الروايه حينئذ أجنبيه عن خيار تخلف الشرط بهذا البيان على أن مورد الروايه هو صوره عدم الاشتراط حيث أن المشتري بعد ما اشترى الضيعه فدخلها و خرج منها فاستقال من البائع فلم يقله فقال الامام عليه السلام: الله فله خيار الرؤيه فلو كان هنا اشتراط فإنه لم يكن محتاجا إلى الاستقاله بل فسخه بمقتضى خيار تخلف الشرط، و كيف فلا- بأس بدلاله الصحيحه على ثبوت خيار الرؤيه ثم انه لم يذكر فى الروايه إلا خصوص المشتري فلا تشمل الروايه على البائع إلا- بدعوى الإجماع على عدم الفرق بينهما أو بتتقيح المناط فى الروايه بأن يقال ان البيع قائم بالطرفين من البائع و المشتري فإذا ثبت خيار الرؤيه فيه للمشتري يثبت للبائع أيضا إذ نقطع بأن المناط فى ثبوت الخيار له ليس إلا إرفاق حال و ملاحظه أنه لا يقع فى الضرر و هو جار فى البائع أيضا و من لم يذكر فى الروايه

إلا أن المشتري اشترى ضيعه و دخلها و قلبها أو فتشها كما فى بعض النسخ فخرج منها و استقال البائع فلم يقله فقال الامام عليه السلام:الله أنه إذا لم ير قطعه منها فله الخيار و من البديهي أن عدم رؤيه المشتري لا خصوصيه فيها لكى نخصص الحكم به بل نقطع من ذلك أن المناط فى ثبوت الخيار له هو الإرفاق و عدم الرؤيه و اذن فلا بأس بتميم الخيار للبائع أيضا.

أقول:أما الوجه الأول فهو دعوى الإجماع على التعميم فمضافا الى عدم حجيه الإجماع المنقول أنه من المحتمل أن يكون مدرك المجمعين هو ارجاعهم هذا الخيار بخيار تخلف الشرط فحينئذ يكون ثبوت الخيار على القاعده فلا يكون الإجماع ح إجماعا تعبديا،بل يكون مدركه هو اشتراط المتبايعين كما هو واضح.

أما الوجه الثانى:فنقول أن دعوى ثبوت خيار الرؤيه للبائع قد يكون فى الثمن و أخرى فى المثلن أما الأول فلا شبهه فى صحه تنقيح المناط لأن نسبه البيع إلى البائع و المشتري و الى الثمن و المثلن على حد سواء فإذا ثبت الحكم بالنسبه إلى المثلن لخصوص المشتري فى مورد مع عدم ذكر خصوصيه له فى ما دل على ثبوت ذلك الحكم له فنجزم من ذلك أن الحكم يعم البائع أيضا و أما دعوى ثبوت ذلك فى المثلن بأن باع شيئا باعتقاد أنه كذا اعتمادا على توصيف شخص ثم رأى أنه أرقى مما وصفوه له،و لكن لا- بحيث يكون موجبا للغبن و الا- فيكون له خيار الغبن،بل كانت الارقائه على نحو لا يوجب زياده الثمن بل كانت القيمه التى باع المتاع بها قيمه عادله بل أكثر من ثمن المثل فهل له خيار الرؤيه هنا بتنقيح المناط؟أولا فالظاهر هو عدم الجزم بذلك و ان كان محتملا- و لكن بمجرد الاحتمال لا- يمكن الحكم بثبوت الخيار للبائع بمجرد تخلف اعتقاده عن الواقع كما هو واضح.

و ذكر المصنف أنه حكى عن بعض أنه يحتمل فى صحيحه جميل أن يكون

التفتيش عن البائع بأن يكون البائع باعه بوصف المشتري و ح فيكون الجواب عاما بالنسبه إليهما و فيه أنه واضح الفساد و لا ندرى أن المصنف لما ذا نقله فإنه خلاف ظاهر الروايه، بل صراحتها حيث ان الضمائر كلها ترجع إلى المشتري على أن مورد الروايه هو المشتري و السائل إنما سأل عنه فكيف يمكن حمل التفتيش على تفتيش البائع و حمل الجواب على الأعم من البائع و المشتري و كيف كان أن ظهور الروايه في ثبوت خيار الرؤيه لخصوص المشتري مما لا ينكر و لا بأس بإثباته للبائع في خصوص الثمن بتنقيح المناط ثم انه استدل في الحدائق على ثبوت خيار الرؤيه على المشتري بصحيحه (1) زيد الشحام، قال: سألت أبا عبد الله عليه السلام: الله عن رجل اشترى سهام القصابين من قبل أن يخرج السهم، فقال: لا تشتري شيئاً حتى يعلم أين يخرج السهم فإن اشترى شيئاً فهو بالخيار إذا خرج ثم قال و توضيح هذا الخبر ما رواه في الكافي و التهذيب في الصحيح عن عبد الرحمن بن الحجاج عن منهال القصاب و هو مجهول قال: قلت لأبي عبد الله عليه السلام: اشترى الغنم أو يشتري الغنم جماعه ثم يدخل دارا ثم يقوم رجل على الباب فيعد واحدا و اثنين و ثلاثه و أربعة و خمسه ثم يخرج السهم قال لا يصلح هذا انما تصلح السهام إذا عدلت القسمه الخبر.

أقول: لم نفهم وجه الاستدلال على المقصود بروايه زيد الشحام و لا- وجه الاستشهاد عليه بروايه عبد الرحمن بن الحجاج أما الثاني فلان روايه عبد الرحمن ناظره إلى بطلان القسمه المذكوره بأن اشترى جماعه أغناما اما مشاعا كما هو الظاهر أو معيناً ثم أدخلوها في قبه ثم يخرجوها

ص: ٥٨



منها فيقف رجل بالباب فيعد لصاحب الخمسه خمس، و لصاحب الاثنين اثنين و لصاحب العشره عشره و هكذا و بين الامام عليه السلام ووجه البطلان و هو أن هذه ليست بقسمه عادله لتفاوت الافراد بالسمن و الهزال و يمكن جريان هذه القسمه فى الغنم الواحد أيضا بأن ذبحوه بعد الشراء و يأخذ واحد صدره و الآخر رجله و هكذا فافهم، و هذا واضح فليس فى هذه الروايه إشعار بثبوت خيار الرؤيه لأحد المتبايعين و لا أن فيه إشاره إلى شراء لشخص واحد سهام القصابين قبل خروج السهم، فالروايه أجنبيه عن المقام و أما صحيحه زيد الشحام فهى أيضا خارجه عن المقام و الوجه فى ذلك هو ما ذكره المصنف من أن المشتري لسهم القصاب ان اشتراه مشاعا فلا مورد لخيار الرؤيه لعدم التعين و ان اشترى سهمه المعين الذى يخرج فهو شراء فرد غير معين و شراء قبل التملك، فهو لا يصح فضلا عن ثبوت خيار الرؤيه فيه و على تقدير الصحه فلا خيار فيه للرؤيه كالمشاع.

ثم ذكر المصنف تفسير الروايه بأنه يمكن حملها على شراء عدد معين نظير الصاع من الصبره فيكون له خيار الحيوان إذا خرج السهم.

و فيه أن خيار الحيوان انما يثبت فى البيع من حين العقد لا من بعده فلا وجه لحمل الروايه على ذلك.

و يمكن أن يقال: ان المراد من الروايه أن الامام عليه السلام: الله قد حكم ببطلان البيع لكونه من قبيل شراء ما لا يملكه البائع لعدم خروج السهم على الفرض ثم حكم بالخيار بعد ذلك، أى بكونه مختارا فى الشراء و عدمه بعد القسمه و خروج السهم فيكون المراد من الخيار الاختيار اعنى معناه اللغوى.

فتحصل أن خيار الرؤيه خيار مستقل فى عرض خيار الشرط و دليله صحيحه جميل بن دراج، فافهم.

قوله:مسأله مورد هذا الخيار، أقول:ذكر المصنف

## أن مورد هذا خيار

الرؤية بيع العين الشخصيه الغائبه

و ذكر أن المعروف أنه يشترط في صحته ذكر أوصاف المبيع التي يرتفع بها الجهاله الموجه للغرر إذ لولاه لكان غرراً،أقول:الظاهر أن مراده من ذلك نفى خيار الرؤية في المبيع الكلى في الذمه فإنه لا يمكن في مثل ذلك الالتزام بخيار الرؤية فإنه إذا لم يكن ما سلمه البائع إلى المشتري موافقا للمبيع الكلى فله التبديل دون الخيار و أما في الكلى في المعين و في المشاع يعنى إذا كان المبيع شيئاً منهما فلا بأس بثبوت خيار الرؤية فيه على مسلك المصنف حيث ذهب الى أن خيار الرؤية من جهه تخلف الشرط الضمنى فإنه لا-شبهه في إمكان تخلف الوصف في مثل بيع المشاع و الكلى في المعين كما إذا وصف صبره و اعتقد المشتري أنها واجده لوصف فلانى،أو وصف شخص آخر،ذلك و اعتقد عليه المشتري فاشترى نصف المشاع منها أو اشترى صاعاً منها ثم انكشف أن الصبره غير واجده لذلك الوصف فان له خيار لتخلف الوصف لا يقال ان المصنف قد صرح في المسأله السابقه بانتفاء خيار الرؤية في المبيع المشاع في الجواب عن الاستدلال بروايه شراء سهام القصابين فكيف يمكن شرح كلامه هنا على هذا النحو.

و فيه أن المصنف لم يذهب هناك الى نفى خيار الرويه عن المبيع المشاع،بل كان غرضه في مورد شراء سهام القصابين ليس خيار الرؤية سواء كان المبيع مشاعاً أو معيناً لأنه قد رأى المبيع و اطلع عليها و لا يلزم بعد الرؤية و الاطلاع على أوصافه تخلف ليلزم خيار التخلف الوصف و انما التفاوت منشأ من ناحيه شراء سهامهم قبل الشراء حيث لا يعلم أنها على أى كيفية أنها أقل أو أكثر و أنها جيده أم لا فالمورد له خصوصيه تقتضى انتفاء خيار الرؤية لأن المبيع قد لوحظ قبلاً فلا يكون هنا خيار الرؤية سواء كان المبيع

ص:٦٠

مشاعا أو معينا على أنه إذا كان معينا فهو باطل و لا يلزم من ذلك نفي خيار الرؤية فيما كان المبيع مشاعا أو كليا فى المعين بان اعتقد على توصيف فظهر خلافه.

و أما على مسلكتنا من كون خيار الرؤية للروايه فلا شبهه فى ثبوته فى العين الشخصيه الغائبه لكون ذلك مورد الروايه و لا يبعد الالتزام بثبوته فى المبيع المشاع لأنه و أن كان خارجا عن مورد الروايه و لكن مقتضى فهم العرفى هو أن لا يفرق بين شراء الضيعه بتمامها الذى هو مورد الروايه و بين شراء نصفها مثلا مشاعا، فيمكن بذلك أن يدخل المبيع المشاع أيضا مورد الروايه و أما بيع الكلى فى المعين فهو خارج عن ذلك قطعا كما هو واضح.

ثم ذكر المصنف أنه عثر جماعه عن أوصاف المبيع التى ترتفع بها الجهاله بما يختلف الثمن باختلافها كما فى الوسيله و جامع المقاصد و غيرهما لأن الرغبات يختلف باختلاف أوصاف الأشياء و عبر عنها جمع آخر بما يعتبر فى صحه السلم بحيث لا يكون بيع السلم غرريا و جمع آخر و الشيخين اقتصروا على اعتبار ذكر الصفه ثم ذكر أن مراد جميعهم واحد و هو اعتبار ذكر الوصف على نحو يرفع الغرر ثم ذكر عبارته التذكر و ذكر أنه قد يتراءى التنافى بين اعتبار ما يختلف الثمن باختلافه و كفايه ذكر أوصاف السلم من جهه أنه قد يتسامح فى السلم ذكر بعض الأوصاف لإفضائه الى عزه الوجود أو لتعذر الاستقصاء على التحقيق ثم وجه ذلك و رفع توهم التنافى بوجهين و لا يهمننا شرح كلام القوم و الذى يهمننا أنه لا شبهه فى شمول العمومات الداله على صحه البيع لكل بيع، و لم يخرج من تلك العمومات الا ورود النهى فى النبوى عن بيع الغرر الذى تقدم ذلك فى شرائط العوضين و توضيح ذلك أنه قد يراد من نفي الغرر لزوم ذكر الأوصاف فى السلم و غيره بما يرفع الجهاله

المداقه بأن لا يبقى جهل بخصوص وصف بأوصاف المبيع حتى مدحظه الطمع مثلا في مثل البطيخ و نحوه و هو بديهي البطلان قطعاً لعدم اعتبار ذلك في صحه بيع السلم قطعاً لإفضائه الى عزه الوجود و قد يراد من نفى الغرر ذكر الأوصاف على نحو الاجمال و التسامح في ذلك بحيث لم يحصل الاطلاع على الأوصاف التي تختلف بها الرغبات و هذا أيضاً منفي و بديهي البطلان لأنه ينجر الى الغرر و النزاع و المشاحه و قد نهى النبي (صلى الله عليه و آله) عن بيع الغرر بناء على تماميته أو قيام السيره على ذلك كما تقدم في شرائط العوضين بل لا بدّ من الأخذ بالوسط و الأمر بين الأمرين بحيث يلزم ذكر الأوصاف على نحو يرفع الجهاله عرفاً و لا يلزم المداقه في ذلك و لا يكفي المسامحه في ذلك، و على هذا فيرتفع الغرر بذلك ثم و لو كان هذا التوصيف بذكر الأجنب غير المالك و على هذا فإذا تخلف الوصف يثبت للمشتري خيار الرؤيه بمقتضى الروايه و ان لم يكن اشتراط في العقد ليلزم تخلف الوصف و يثبت الخيار من جهه ذلك لعدم التزام البائع بذلك، بل يذكر الوصف بعنوان أنه مخبر عن ذلك أو يسئل المشتري الأوصاف من الأجنب الذين يطلعون على المبيع كما لا يخفى.

و على الجملة فلا- بدّ في الغرر و أن يرجع الى العرف كما اعترف به المصنف أيضاً بل السيره قائمه على عدم اعتبار الاطلاع بأوصاف المبيع بأجمعها كما هو واضح.

و من هنا ظهر أنه لا وجه لاعتبار العرف و الشرع في الغرر و القول بأن الغرر العرفي أخص من الشرعي كما في كلام المصنف إذ لم يرد في الشريعة ما يرجع الى الغرر الا- قول النبي (صلى الله عليه و آله) نهى النبي عن بيع الغرر من دون بيان مفهومه و حقيقته فلا وجه لأخذ الغرر الشرعي أعم من العرفي بل الغرر عرفي دائماً، نعم ورد اعتبار الكيل و الوزن في المكيل و الموزون و لكن

لا- من جهة نفى الغرر، بل لموضوعيه المكييل و الموزون حتى لو كان الغرر مرتفعا بوجه آخر فأیضا لا یصح فیهما البیع بدون الكیل و الوزن بأن جعل مثلا الحنطه فی أحد كفتی المیزان و الشعیر فی الطرف الآخر مع كون قیمتها مساویه فرضا و مع ذلك لا- یصح البیع و كذا أن اعتبار العلم بجنس المبیع لیس من جهة الغرر، بل للإجماع علی ذلك الا- أن یناقش فیہ بأن مدرك المجمعین هو دلیل نفی الغرر و أن اعتبار العلم بجنس المبیع من جهة أن لا یكون البیع غرریا كما هو واضح.

ثم ذكر المصنف أنه يمكن الاستشكال في صحة هذا العقد بأن ذكر الأوصاف لا يخرج المبيع عن كونه غررا لأن الغرر بدون أخذ الصفات من حيث الجهل بصفات المبيع فإذا أخذت فيه مقيدا بها صار مشكوك الوجود لأن العبد المتصف بتلك الصفات مثلا لا يعلم وجوده في الخارج و الغرر فيه أعظم.

ثم أجاب أولا و حاصله ما ذكره في البحث عن بيع الغرر أنه بمعنى الخطر و هو أمر نفساني يزول بالاطمئنان على وجود المبيع و أوصافه فإذا وصفه البائع أو شخص آخر ذلك المبيع و اطمأن المشتري على كونه متصفا بوصف كذا ارتفع الغرر ح و إذا انكشف الخلاف ثبت له خيار الرؤية بالرواية المتقدمة و هي صحيحه جميل بن دراج، و هذا وجه وجهه.

ثم أجاب ثانيا بأن أخذ الأوصاف في معنى الاشتراط لا التقييد فيبيع العبد مثلا ملتزما بكونه كذا و كذا و لا ضرر فيه ح عرفا، و هذا الوجه أيضا وجهه و ان كان الخيار الثابت في البيع ح خيار تخلف الشرط و توضيح ذلك أن الأعيان الخارجيه غير قابله للإطلاق و التقييد، بل هي موجوده على ما هي عليها فلا تتغير عن واقعها بقيد من القيود و عليه فلا مناص من رجوع التقييد فيها الى الاشتراط فمعنى أنه بعتك العبد الكاتب أن البيع مشروط بالكتابه

أى أن التزام المشتري بالكتابة مشروط بكون العبد كاتباً و إلا فله الخيار فى ذلك اذن فلا وجه لبطلان البيع كما هو واضح.

ثم أنه لا- معنى لكون الا-شتراط هو الا-لتزام بالوصف الخارجى بأن يلتزم البائع بكون المبيع متصفاً بوصف كذا و على هذا فالاشتراط قد يكون راجعاً الى البيع بمعنى أن إنشاء البيع يكون معلقاً بكون المبيع واجداً لذلك الوصف و الا فلا بيع أصلاً فهذا لا- شبهه فى بطلانه لكونه تعليقا و التعليق فى العقود يوجب البطلان الا أن يكون الوصف المعلق عليه البيع من الصورة النوعية العرفية بحيث يرجع التعليق الى التعليق بأصل وجود المبيع فحينئذ لا يحكم بالبطلان فان ذلك ضرورى فضلاً عن يكون مورداً للإجماع القائم على بطلان التعليق و ان كان راجعاً الى الا-لتزام بأن يلتزم كل من البائع و المشتري على البيع بشرط أن يظهر المبيع بوصف الكتابه أو يخطط البائع للمشتري ثوبا و نحو ذلك بأن يشترط فى البيع وجدان المبيع وصف الكمال و ظهر خلاف، فحينئذ للمشروط له خيار تخلف الوصف و ان لم يكن ذلك بالاشتراط بل بالتوصيف و لو من غير البائع ثم ظهر الخلاف ثبت للمشتري خيار الرؤية بالرواية على مسلكنا و ان كان التخلف فى أوصاف الصحه ثبت للمشروط له خيار العيب سواء كان مع ذلك خيار تخلف الشرط و خيار الرؤية أم لا، و حينئذ كان المشروط له مخييراً بين الفسخ و الإمضاء مع الأرش أو بدونه و أما فى غير صورته انتفاء وصف الصحه فلا مجال للأرش بل يكون له الخيار فقط، لأنه انما ثبت بدليل خاص فى فرض ظهور المبيع أو الثمن معيوباً أى منتفياً عنه وصف الصحه لا مطلقاً كما لا يخفى.

ثم انه جعل جمع كثير من المتأخرين بطلان العقد بانتفاء الشرط على القاعده كما يظهر من المنتهى و ذهب اليه المحقق الأردبيلي، بل مال اليه المصنف و لكن ذكر أن ملاحظه موارد ذلك فى الفقه يقتضى الخروج عن ذلك

و عدم كون التخلف موجبا للبطلان، بل ثبوت الخيار فقط و الوجه فى ذلك أن ما وقع عليه العقد أى المبيع المشروط بشرط كذا غير واقع و المبيع المطلق لم يقع عليه العقد فيحكم بالبطلان فالمعقود عليه غير موجود و الموجود غير معقود عليه.

و لكن يرد عليه أن الشرط ان كان راجعا إلى أصل البيع فقد عرفت أنه يوجب البطلان لا من جهة الغرر، بل للتعليق المجمع على بطلانه فى العقود إلا إذا كان التعليق بأصل وجود المبيع أو بما يكون نازلا منزله.

و ان كان راجعا الى الالتزام كما هو كذلك فلا يوجب تخلف الشرط الا الخيار كما ذكرناه نعم لو كان الوصف المتخلف من الصورة النوعيه فيكون موجبا للبطلان و كان لما ذكرناه وجه لأن ما جرى عليه العقد فهو غير واقع و ما هو واقع لم يجر عليه العقد كما لا يخفى و على هذا فالبطلان ليس موافقا للقاعده.

و العمده فى ذلك الذى استند اليه القائل بالبطلان و ان لم يكن الوصف المتخلف من الصورة النوعيه ما ذكره المصنف من قياس المقام بالشروط الفاسده بناء على كون الشرط الفاسد موجبا لبطلان العقد بأن المقام و أن لم يكن من باب التخلف فى الصورة النوعيه كما إذا قال بعتك ما فى البيت على أنه عبد حبشى فبان أنه حمار وحشى و لكن تلتزم بالبطلان فى المقام أيضا أعنى صورته تخلف الشرط فان اتصاف المبيع بالأوصاف فى معنى كون القصد الى بيعه بانيا على تلك الأوصاف فإذا فقد ما بنى عليه العقد فا- لمقصود غير حاصل فينبغى بطلان البيع كما التزموا بالبطلان فى اشتراط الشرط الفاسد فى البيع كما هو واضح.

و لكن يرد عليه أن بطلان العقد لاشتراط الشرط الفاسد فيه بناء عليه انما هو من جهة كون البيع مقيدا بالالتزام على هذا الشرط و قد جعل

الشارع هذا الالتزام كلا التزام و أخرجه عن عموم المؤمنون عند شروطهم بكونه مخالفا للشرع فيكون ذلك موجبا للبطلان و هذا بخلاف صورته تخلف الشرط فان الالتزام لم يجعل كلا التزام، بل انما لم يوجد متعلق الشرط في الخارج فيكون ذلك موجبا للخيار و كم فرق بين الأمرين.

و دعوى أن البيع انما هو على هذا الشرط أى إنما إنشاء البيع على تقدير هذا الشرط و الا فلا بيع فيكون الالتزام ح أيضا منتفيا بانتفاء الشرط دعوى جزافيه فإنه خارج عن الفرض و أنه تعليق مجمع على بطلانه و كلامنا فى فرض التخلف فقط دون التعليق كما هو واضح.

و الحاصل: أنه قد تحصل مما ذكرناه أنه لا معنى للالتزام بوجود الوصف فى العوضين بأن يكون معنى اشتراط كون العبد كاتباً هو التزام البائع بكتابه العبد فلا بدّ أما أن يرجع الاشتراط إلى أصل العقد و الالتزام العقدى أو يرجع الى الالتزام بلزومه بأن يكون لزومه مقيدا باتصاف العبد بالكتابة أكون البيع على تقدير أن يكون العبد كاتباً فعلى تقدير اشتراط اللزوم بالكتابة كان العقد صحيحاً سواء كان تخلف الوصف أم لا، و لكن ثبت للمشتري خيار تخلف الوصف و على تقدير اشتراط البيع بكون العبد كاتباً مثلاً- كان البيع باطلاً- للتعليق سواء تخلف الوصف أم لم تخلف لقيام الإجماع على بطلان العقد بالتعليق نعم إذا كان التعليق بالصور النوعيه فلا يكون ذلك موجبا للبطلان فإنه ضرورى سواء ذكر فى اللفظ أم لم يذكر إذا التعليق بالصور النوعيه كالتعليق بأصل وجود المبيع فهو لا بدّ منه لأنه مما يتوقف عليه صحه العقد فإنه لا يصح العقد بدون وجود المبيع كما هو واضح، و من هنا يحكم ببطلان العقد مع التخلف فى الأوصاف التى من الصور النوعيه كأن اشترى عبدا فظهر حمارا أو اشترى كأسا فظهر جرّه و نحو ذلك.

و على الجملة أن التعليق فى العقود إذا كان بالأوصاف الكماليه



يوجب البطلان الا- أن تخلفها لا- يوجب البطلان بل يوجب الخيار و أما التعليق بالصور النوعيه لا يوجب البطلان و لكن تخلفها يوجب البطلان.

ثم ان المراد من الصور النوعيه هنا ليس ما هو المعروف فى علم الفيلسفه المبني على التدقيق و التحقيق، بل المراد منها هو الصور النوعيه العرفيه و بينهما عموم من وجه إذ قد يكون الوصف من الصور النوعيه العرفيه و لا- يكون منها بحسب الدقه و الفيلسفه كاشترى أحد أمه شابه فظهر عبدا شائبا فان الأنوثة و الرجوله و ان كاننا من حقيقه واحده عند الدقه حيث انها من أفراد الإنسان و الإنسان نوع واحد و لكنهما فى نظر العرف نوعان و عليه فلا شبهه فى بطلان البيع حينئذ لأن ما وقع عليه العقد غير موجود و الموجود غير ما جرى عليه العقد و من هذا القبيل الفراش و الكتب.

و قد يكون الوصف فى نظر العرف من غير الأوصاف المقومه و الصور النوعيه و لكنه يكون من الصور النوعيه فى نظر العقل و قد يجتمعان و أما ما ذكره المصنف من المثال باللبن على المختلفه الحقيقه بأن باع لبن شاه فظهر لبن جاموس، لا- يمكن المساعده عليه فان الغنم و الجاموس و ان كانا من جنسين و لكن لئنهما شىء واحد حقيقه و جنس واحد و على تقدير الفرق بينهما فالاختلاف بحسب نظر العرف دون العقل.

هذا كله فيما علم كون الوصف من الصور النوعيه أو من الأوصاف الكماليه و أما فيما شك فى ذلك و لم يعلم أن الوصف من الصور النوعيه أو من الأوصاف الكماليه فهل مقتضى القاعده هنا البطلان أو الصحه؟ و بعبارة أخرى تاره تعلم كون الوصف من الصور النوعيه و لا شبهه فى ان التخلف فيه يوجب البطلان و أخرى يعلم كونه من الأوصاف الكماليه و لا شبهه فى أن التخلف هنا لا يوجب البطلان، بل انما يوجب الخيار و أما إذا شككنا فى كون الوصف من الصور النوعيه العرفيه المقومه أو من الأوصاف الكماليه فهل مقتضى القاعده

هنا هو البطلان عند التخلف؟ أو عدمه؟ و هل يجوز التعليق فى مثل ذلك أم لا يجوز؟ و يقع الكلام هنا فى مقامين، الأول: فى جواز التعليق فى مثل ذلك و عدمه، و الثانى: فى حكمه مع التخلف فيما وقع البيع على الارتكاز من غير تعليق و اشتراط.

اما المقام الأول: فالظاهر أنه لا يوجب البطلان و توضيح ذلك أنه لا دليل لفظى على بطلان التعليق فى العقود و انما الدليل على بطلانه انما هو الإجماع و من الواضح أنه دليل لبي فلا بدّ من أخذ المتيقن منه و لا ريب أن المتيقن انما هو فيما كان التعليق على الأوصاف الكماليه بحيث أحرز كونها من ذلك و أما إذا احتمل كونها من الأوصاف الكماليه أو من الصور النوعيه فلا نجزم بوجود الإجماع هنا على بطلان التعليق إذ نحتمل أن يكون ذلك من الصور النوعيه التى يجوز التعليق فيها و توهم أنا نكشف من الإجماع ببطلان التعليق أينما سرى مفهومه الا التعليق بالصور النوعيه أو بأصل وجود المبيع توهم فاسد لعدم الاطمئنان بذلك كما لا يخفى.

و عليه فتشمله العمومات الداله على صحه البيع و لا يكون تمسكا بالعام فى الشبهات المصداقيه حيث لا نشك فى أنه داخل تحت الإجماع أو لا بل نقول أنه خارج عن الإجماع فيكون العمومات بالنسبه إليه سليمه عن المخصص كما هو واضح.

ثم إذا ظهرت المخالفه فى هذه الصوره فيحكم ببطلان العقد على كل تقدير لأنه ان كان التخلف فى الواقع فى الصوره النوعيه فيحكم بالبطلان لعدم وجود المبيع و أن الثمن لم يعلم فى مقابل أى شىء وقع و ان لم يكن فى الصوره النوعيه فيحكم ببطلانه للتعليق فى غير الصوره النوعيه.

و أما المقام الثانى: فهو ما تعاملنا على شىء بحسب الارتكاز على كون

واجدا للوصف الكذائي ثم ظهر الخلاف فلم يعلم أنه من الصور النوعية ليوجب التخلف البطلان أو من الأوصاف الكمالية حتى لا- يوجب التخلف البطلان كما إذا باع كتاب شرح اللمعة على أنه مخطوط بخط عبد الرحيم بحسب ارتكازهما ثم ظهر أنه مخطوط بخط أحمد التفريشى فلم يعلم أن هذا الوصف هل هو من الصور النوعية حتى يكون التخلف موجبا للبطلان أم من الصور الكمالية حتى لا- يكون التخلف موجبا للبطلان، فالظاهر هو البطلان هنا فلا تشمله العمومات لأنه لم يعلم أن الثمن فى مقابل أى شىء وقع و لم يحرز المبيع فيكون التمسك بالعمومات تمسكا بها فى الشبهات المصادقيه و هو لا يجوز و على هذا فلا- يجوز لكل من المتبايعين التصرف فى الثمن و المثلن لأنه لا يجوز التصرف فى مال الغير إلا مع الاذن منه أو بالتجاره عن تراض و من الواضح أن العوض مال الغير فلم يعلم اذن صاحبه فيه و لا كون الأخذ تجاره عن تراض إذ المفروض أنه لم يعلم أن الثمن فى مقابل أى شىء وقع فى الخارج فيكون باطلا و على الجملة أن العمومات انما نحكم بصحة المعامله بعد إحراز تحقق البيع فى الخارج و وقوعه بمبيع كلى أو شخصى و من الواضح أنه لم يحرز فى أن المبيع أى شىء و أن البيع بأى شىء وقع فإنه على كون الوصف المتخلف من الصور النوعية فلا بيع أصلا و على تقدير كونه من الأوصاف الصحه أو الكمال فالبيع صحيح فلم يحرز وجود البيع حتى تمسك بالعمومات و لم يتحقق وقوع الثمن بإزاء أى شىء فإنه مع كون الوصف من الصور النوعية فما هو مبيع غير موجود، لأن المفروض أن البيع وقع بحسب الارتكاز على الوصف و مع كونه من أوصاف الكمال فقط فما هو مبيع فهو موجود فلا- يكون أخذ الثمن فى مقابله إلا- تجاره عن تراض فحيث لم يحرز كونه من الأول أو من الثانى فلم يحرز وجود المبيع و أن الثمن قد وقع فى مقابل أى شىء فيكون المورد مشمولاً لما دل على حرمة أكل مال الناس بغير رضى منه، و لا تجاره عن تراض كما

هو واضح و لم نر التعرض لهذا البحث و هو بحث لطيف.

مسأله

**قوله:مسأله الأكثر على أن الخيار عند الرؤيه فوري،**

**اشاره**

أقول وقع الخلاف بين الأصحاب فى أن خيار الرؤيه فوري أم لا و تحقيق ذلك فى مقامين:- الأول:من حيث القواعد.

و الثانى:من حيث الروايات.

**أما المقام الأول:فمقتضى القواعد،**

أى العمومات هو ثبوت الخيار فى كل آن و زمان لما عرفت سابقا فى خيار الغبن أن العموم الزمانى ثابت للعمومات فتمسك بها فى كل آن فنثبت فيه الخيار و إذا خرج فرد من ذلك يقتصر بالمقدار المتيقن فلا يمكن استصحاب حكم المخصص فى الزمان البعد.

و هكذا الحال إذا كان الدليل لخيار الرؤيه هو الشرط الضمنى حيث ان مقتضى ما شرطاه المتبايعان بحسب الارتكاز هو ان يكون لكل منهما الخيار مع التخلف و لا شبهه أن هذا الاشتراط موجود فى مقدار من الزمان بعد الرؤيه بحيث يتمكن المشروط له من الفسخ الذى سميه فوريا و أما الأزيد من ذلك فلا يقتضيه الارتكاز.

**و أما بحسب الروايات**

فقد عرفت أن الدليل على ذلك انما هو روايه جميل و تحقيق الكلام فى دلاله ذلك أن قوله عليه السلام الله فيها فله خيار الرؤيه أن الخيار الذى أضيف إلى شىء لا- يخلو بحسب الاستقراء عن أقسام ثلاثه و ان كان لها أقسام كثيره بحسب التقسيم العقلى.

الأول:أن تكون إضافته من باب اضافه الخيار الى متعلقه كخيار الحيوان حيث أن الحيوان ليس سببا للخيار و لا ظرفا له،بل هو متعلق الخيار أى

ص:٧٠

هو المبيع الذى تعلق به الخيار و قد يكون من باب اضافه المسبب الى السبب كخيار الغبن فان الخيار هنا مسبب عن الغبن و لا يبعد أن يكون من هذا القبيل اضافه الخيار الى العيب فان العيب هو سبب الخيار.

و قد تكون من قبيل اضافه المظروف الى ظرفه كخيار المجلس فان المجلس ليس سبب الخيار و لا متعلقه، بل الخيار واقع فى هذا الظرف كما هو واضح، ففى المقام أن الرؤيه ليست متعلقه للخيار بلا- شبهه بحيث تكون شأنها شأن الحيوان فى بيع الحيوان، فإن الرؤيه غير قابله للبيع و تعلق الخيار بها و بعيد أن تكون سببا له أيضا، و ذلك من جهه أن الرؤيه ليست سببا للخيار بحيث أن يوجد الخيار بمجرد الرؤيه و تكون لها موضوعيه فى ذلك فان هذا غير محتمل.

و لكن يمكن الجواب عن ذلك بأن الرؤيه كاشفه عن ثبوت الخيار عند التخلف و يكون السبب للخيار هو التخلف و تكون الرؤيه كاشفه عن التخلف و هذا الاشكال لا يكون مانعا عن كون الرؤيه سببا للخيار كما هو واضح.

و لكن يرد عليه أن مقتضى كون الرؤيه سببا للخيار أن يكون الحكم أى الخيار مقيدا بها و هو لغو محض و بيان ذلك أن الروايه جميل دلت على أن المشتري للضيعة إنما رأى مقدارا منها و أشتريها ثم دخلها فقلبا فخرج منها و استقال من البائع فلم يقله، فقال الامام (عليه السلام): لو لم ير قطعه منها فله خيار الرؤيه، فإن ظاهر هذه الروايه أن المشتري قد رأى الضيعة و سئل عن حكم المسأله بعد الرؤيه فمقتضى الحال حينئذ أن يقال فله الخيار دون أن يقال، فله خيار الرؤيه، فإن التقييد حينئذ لغو محض، فإنه بعد تحقق الرؤيه لا- وجه لتفريع الحكم على التخلف الحاصل بأن له خيار الرؤيه، بل يقال فله الخيار، فان ذلك نظير أن يقال إذا دخل شهر رمضان فيجب صوم شهر رمضان، و هكذا بل الصحيح أن يقال يجب الصوم و على هذا فلا

يبقى للروايه ظهور فى ذلك، بل الصحيح أن الإضافه من قبيل اضافته المظروف الى ظرفه، كخيار المجلس، فان التقدير حينئذ يكون هكذا فله خيار إذا رأى أى فى زمان الرؤيه و على تقدير أن لا تكون الروايه ظاهره فى ذلك فليس لها ظهور فى السببيه فتكون مجمله، فلا- يمكن الأخذ بمفاد السببيه و الفرق بين الوجهين هو أن مقتضى كون الرؤيه سببا للخيار هو عدم الفوريه تمسكا بإطلاق الروايه فيحكم ببقاء الخيار أبدا ما لم يطرأ مسقط فتكون الروايه نظير الروايات الوارده فى خيار التأخير حيث ذكرنا أن مقتضى إطلاق قوله عليه السلام لا بيع بينهما، هو نفي إثبات الخيار إلى الأبد و لو بعد سنه و لو إعطاء الثمن ما لم يطرأ عليه مسقط فتكون هذه الروايه أيضا بإطلاقها داله على ثبوت خيار الرؤيه إلى الأبد ما لم يطرأ عليه مسقط، و هذا بخلاف الوجه الأخير أعنى أخذ الرؤيه ظرفا للخيار فان مقتضى ذلك هو أن الخيار ثابت حال الرؤيه، و حينئذ لو كان للرؤيه مجلس تدوم بدوام المجلس مثلا- كخيار المجلس لكان لما ذكره أحمد بن حنبل وجه، و ليس مما ذكره بلا وجه أصلا، كما ذكره المصنف، بل يمكن دعوى أن الرؤيه ما دامت ممتده فى مجلس واحد مثلا فيثبت الخيار و لكن ذلك بعيد، فان الظاهر من الروايه أن الخيار ثابت فى حال الرؤيه من غير أن تكون ظاهره فى امتداد الخيار بامتداد الرؤيه، و حينئذ فاما أن يقتصر من الفوريه بالآن الأول الحقيقى من الرؤيه أى الآن الدقى الفلسفى فتكون الفوريه حقيقيه و لكن لا- شبهه فى انه خلاف المتفاهم العرفى و اذن فيثبت كون خيار الرؤيه فوريه بالفوريه العرفيه كما هو واضح.

### فى مسقطات خيار الرؤيه

#### قوله مسأله: يسقط هذا الخيار بترك المبادره عرفا؟

أقول: من جمله المسقطات لخيار الرؤيه الاسقاط فتاره نتكلم فى جواز إسقاطه بعد العقد و قبل الرؤيه، و أخرى فى ضمن العقد، أما الأول: فإن كانت الرؤيه كاشفه عن

ثبوت الخيار قبله فلا- شبهه في جواز الاسقاط قبل الرؤيه و لكن ذلك خلاف الظاهر من الروايه و ان كانت الرؤيه كاشفه عن ثبوته عنده و حال الرؤيه فلا إشكال في جواز الاسقاط قولاً الا من جهه إسقاطه إسقاطاً لما لم يجب فقد تقدم سابقاً أنه لا شبهه في جواز إسقاط ما لم يجب بان ينشئ من الآن إسقاط حقه في ظرفه على تقدير تحققه، ففي المقام ينشئ سقوط خياره فعلاً بعد الرؤيه إذا كان له خيار فهذا لا- محذور فيه، نعم لو إنشاء سقوط خيار بالفعل فهو غير معقول إذ لم يتحقق هنا حق بالفعل حتى يسقطه و على الجملة لا- دليل على بطلان إسقاط ما لم يجب الأ قيام الإجماع على بطلان التعليق في الإنشاء، فالمتيقن منه ما لم يوجد المقتضى و أما إذا كان المقتضى موجوداً فلا يشمل الإجماع ففي المقام أن المقتضى للخيار هو العقد موجود، فلا بأس بإنشاء سقوط الخيار في ظرفه بالفعل، نعم فيما يكون التعليق مورداً للإجماع فلا- يجوز كما أنه لا- يجوز أيضاً فيما كان على خلاف الارتكاز مع قطع النظر عن الإجماع كإنشاء الطلاق قبل الترويج و إنشاء الهبه قبل التملك كما هو واضح. هذا كله إذا كان الاسقاط قولياً.

و أما إذا كان بالفعل، فقد عرفت سابقاً في خيار الحيوان أن كلما كان من الفعل مصداقاً للإسقاط الفعلي فيكون مسقطاً للخيار و الأ- فلا- دليل على كونه مسقطاً للخيار الا ما ثبت في موارد خاصه في خيار الحيوان من اللمس و التقبيل و نحو ذلك، نعم ظاهر الروايه هنا هو عدم ثبوت الخيار بعد التلف الحقيقي لا من جهه أن الخيار يتعلق بالعين فهي تالفه، بل من جهه أن الروايه ظاهره في ثبوت الخيار حال الرؤيه و عندها، و من الواضح أنه مع تلف العين فلا يبقى موضوع للرؤيه أصلاً كما هو واضح، و أما في موارد التلف الحكمي مثل الهبه و البيع و نحو ذلك فلا وجه لسقوط الخيار حيث أنه يصدق حينئذ أن له خيار حال الرؤيه كما هو واضح.

انتهى الكلام إلى صورته اشتراط سقوط الخيار فى ضمن العقد ففى هنا وجوه:- الأول: أن يكون الشرط فاسداً و العقد صحيحاً و الوجه فيه أنه إسقاط لما لم يجب فهو باطل و هذا بناء على أن الشرط الفاسد لا يوجب فساد العقد و فيه ما مر مراراً أن عدم جواز إسقاط ما لم يجب انما يضر من جهة الإجماع و بناء العقلاء على عدم ترتيب الأثر عليه فى بعض الموارد ففى المقام لا يطمئن بوجود الإجماع على عدم الجواز و بناء العقلاء أيضاً يساعده كما هو واضح، نعم الإسقاط قبل العقد لا يساعده الاعتبار العرفى و هو مورد الإجماع أيضاً، و على هذا فيدور الأمر بين الوجهين الآخرين:- أحدهما: الفساد مطلقاً، أى الشرط و العقد، كما ذهب إليه العلامة و اختاره المصنف، و الوجه فى ذلك أن دفع الغرر عن هذه المعاملة و ان لم يكن لثبوت الخيار لأن الخيار حكم شرعى لا يدخل له فى الغرر العرفى المتحقق فى البيع الا أنه لأجل سبب الخيار، و هو اشتراط تلك الأوصاف المنحل الى ارتباط الالتزام العقدى بوجود هذه الصفات و اشتراط سقوط الخيار راجع الى الالتزام بالعقد على تقدير وجود تلك الصفات و عدمها و التنافى بين الأمرين واضح فيكون الشرط فاسداً و مفسداً للعقد.

الثانى: الالتزام بصحة الشرط و العقد كليهما.

و لكن الظاهر هو التفصيل بان يقال ان كان الغرر فى المعاملة مرتفعاً بواسطة الاشتراط و جعل الخيار فيحكم بفساد الشرط و العقد كليهما و إلا فلا و توضيح ذلك أن المشتري قد لا يكون عالماً بأوصاف المبيع أصلاً لا بإخبار البائع و لا بإخبار شخص آخر، و مع ذلك يقدم على المعاملة و يشتري المتاع المجهول و العين الغائبة و لكن يشترط لنفسه الخيار مع التخلف ففى مثل ذلك لا شبهه فى كون المعاملة غرريه مع قطع النظر عن الاشتراط و معه



يرتفع الغرر ولا- وجه لما ذكره المصنف من أن الخيار حكم شرعى يثبت للبيع الصحيح فلا ربط له بالغرر ولا يوجب رفعه، و ذلك لما عرفت سابقا أنه مع الخيار يرتفع الغرر فإنه إذا تخلف الوصف يفسخ المعامله و مع ذلك أى خطر هنا لا بد من ذكر ما بعد ذلك قبل التفصيل، و أيضا لا وجه لما ذكره المصنف من أن الالتزام بالصفات اما شروط للبيع و اما قيود للبيع، و ذلك لما ذكرناه سابقا من أنه لا وجه للالتزام بالأوصاف الخارجيه الا أن يرجع الى الالتزام بالبيع أى بلزومه على تقدير هذه الصفات لأن العين الخارجيه غير قابله للإطلاق و التقييد، بل هى موجوده على ما هى عليها، فلا معنى لكون الاشتراط راجعا الى تقييد العين الخارجيه و أما إرجاع الاشتراط بها الى اشتراط البيع بها تعليق مجمع على بطلانه فلا يبقى مجال لما ذكره المصنف، بل لا بد من الالتزام بما ذكرناه الى هنا لا بد و أن يذكر قبل التفصيل.

و أما إذا علم و اطمأن البائع و المشتري بكون المبيع على وصف خاص و أن العين الغائبه متصفه بوصف كذا، و لو كان ذلك بوصف البائع أو بتوصيف الأجنبي و مع ذلك احتمال البائع التخلف فى الوصف و يشترط الإسقاط فى ضمن العقد و هذا لا يوجب الغرر أصلا فإنه أجنبي عن الغرر ح إذ قد عرفت سابقا أن الغرر هو الخطر و هو أمر نفسانى فيدفع بالاطمئنان، فالإسقاط لا يوجب الغرر أصلا ثم ان المصنف نقل فى آخر عبارته ان دليل نفي الغرر لا يشمل المقام لأن المشتري قد أقدم عليه بنفسه كما أن حديث نفي الضرر لا يشمل صورته إقدام المتبايعين على الضرر و هذا عجيب حيث ان حديث نفي الغرر انما مورده صورته إقدام المتبايعين على المعامله الغرريه فلو كان هذا خارجا عن تحت الحديث لكان الحديث لغوا و هذا بخلاف حديث نفي الضرر، فان مورده غير هذه الصوره و أنه ورد فى مقام

الامتتان فشموله لصوره الإقدام على الضرر لا ينافى الامتتان، وكيف كان فلا وجه لقياس حديث نفي الغرر بحديث نفي الضرر كما هو واضح.

ثم ان ما ذكرناه من التفصيل في جواز إسقاط خيار الرؤيه و عدم جوازه جار في خيار العيب أيضا ففي كل مورد اطمأن كل من البائع و المشتري بأوصاف الصحه في العين و عدم كونها معييه سواء كان ذلك بتوصيف كل منهما أو صاف العين على الآخر أم بتوصيف الأ-جنبي يصح في هذه الصوره اشتراط سقوط الخيار في ضمن العقد فان ذلك لا- يترتب بالغرر فان الغرر يرتفع بالاطمئنان بوصف المبيع كما هو واضح، ففي أي مورد لم يحصل الاطمئنان منهما على ذلك و انما يقدمان على المعامله على الا-اشترط بحيث تكون المعامله بدونه غرريه فلا- يصح اشتراط الإسقاط حينئذ لأن المعامله حينئذ تعود غرريه فتبطل كما هو واضح. هذا ما تقتضيه القاعده و لكن ورد النص في خيار العيب بأنه يثبت خيار العيب للمشتري مع عدم تبري البائع من العيب فيعلم من ذلك أنه مع التبري لا يثبت الخيار للمشتري مطلقا و ح لا يجرى التفصيل المذكور في المقام من جهه النص كما هو واضح.

و على الجملة فالمدار في فساد الشرط و إفساده للعقد على كون الاسقاط موجبا لغرريه المعامله و عدم كونه موجبا لذلك كما هو واضح و أيضا فلا- وجه لنفي لقياس المقام بالبيع مع البراءه من العيوب لما عرفت من جهه الاعتماد في صوره البراءه من العيوب على أصاله الصحه الموجبه لنفي الغرر بخلاف المقام و ذلك لما عرفت عدم الفارق بينهما الا النص الوارد في خيار العيب و أما أصاله الصحه فإن كانت بحيث توجب خروج البيع عن الغرريه كأن كان بناء العقلاء بحسب ارتكازهم على كون المبيع صحيحه أو قامت بينه على ذلك أو التوصيف من البائع أو من الأجنبي فإنه يحمل المبيع ح على ذلك و الا فلا يوجب رفع الغرر كما هو واضح.

و الحاصل: أنه ان كان رفع الغرر بالاشتراط فلا شبهه في كون إسقاط الخيار موجبا للغرر و الا بأن كان رفع الغرر بالتوصيف أو بشيء آخر أو بأصالة الصحه التي توجب رفع الغرر بحسب بناء العقلاء فلا يكون إسقاط الخيار فى ضمن العقد موجبا للغرر كما هو واضح.

### قوله مسأله: لا يسقط هذا الخيار، ببذل التفاوت و لا بإبدال العين

أقول: قد عرفت الحال فى حكم صورته تخلف الأوصاف و يقع الكلام فى سقوط الخيار ببذل التفاوت و الظاهر أنه لا دليل على سقوطه ببذل التفاوت لأن الخيار ان كان ثابتا بالتعبد فتمسك بإطلاق دليل التعبد و ان كان ثابتا بالاشتراط و تخلف الشرط فتمسك بإطلاق دليل ذلك فحكم بثبوت الخيار حتى بعد بذل التفاوت.

و أما الإبدال بأن يشترط المشتري ابدال المبيع على تقدير التخلف على نحو شرط النتيجة بأن يكون شيء آخر بدلا عن المبيع فى صورته التخلف من غير أن يكون التبدل بفعلهما بل يكون الإبدال فى ظرف التخلف بهذا الاشتراط لان المبيع عين شخصيه فالإبدال محتاج إلى معاوضه جديده و مواضاه جديده و هى منفيه كما هو واضح و نقل المصنف عن الشهيد أن الأقرب الفساد و ذكر فى وجه ذلك أن البذل الذى يستحقه المشتري فى صورته التخلف ان كان بإزاء الثمن بأن يرجع المبدل الى ملك البائع و يدخل البذل فى ملك المشتري بإزاء الثمن فلازم ذلك أن يفسخ البيع بهذا الشرط فى ظرف التخلف و تكون هنا بعد ذلك معاوضه جديده بين البذل و الثمن.

و يرد عليه أولا أنه لا مقتضى هنا للمعاوضه الجديده بحيث يكون هنا بيع بدون الإنشاء بل بمجرد الشرط السابق فى ضمن العقد و لم يدل دليل

على صحه مثل هذا المعامله من النقل و العقل و لم يقيم عليه(على)صحته ارتكاز من العرف و العقلاء و لا مقتضى أيضا لانفساخ العقد بنفسه.

و ثانيا: أن دليل وجوب الوفاء بالشرط ليس مشرّعا حتى يدل على وجوب الوفاء بكل شرط بل مفاده أن كل ما كان ثابتا في نفسه و مشروعا فدليل وجوب الوفاء بالشرط يلزمه حين الاشتراط و من الواضح أن اشتراط انفساخ المعامله قبل تحققها بظهور التخلف شرط لم يثبت جوازه في نفسه فيكون غير موافق للكتاب و السنه فيدخل تحت المستثنى في قوله عليه السلام:  
اللّه الا شرطا مخالفا للكتاب و السنه.

و ثالثا: أن المعاوضه الواقعه بين البدل و الثمن على تقدير ظهور المخالفه معاوضه تعليقيه أى ينشئ البيع على تقدير المخالفه فهو معامله تعليقيه فيحكم بالبطلان إجماعا.

و ان كانت المعاوضه واقعته بين المثلين و البدل بأن يكون البدل واقعا في مقابل المبدل على تقدير ظهور المخالفه و تقع المعاوضه بينهما و فيه أنه مضافا الى عدم المقتضى لذلك بأن تقع هنا معامله في صورته المخالفه بغير معامله بل بمجرد الاشتراط في ضمن العقد و لا- دليل على صحه ذلك بحسب نفسه من الآيه و الروايه و السيره و الارتكاز و كون المعامله تعليقيه و هي باطله أن المعامله هنا غرريه حيث ان المفروض جهاله المبدل و على أى تقدير أن الظاهر في مثل ذلك أن يفسد الشرط و يفسد العقد أيضا.

و الحاصل: أن شرط الابدال على تقدير ظهور المخالفه على نحو شرط نتيجه لا يمكن تصديقه لأنه أمر غير مشروع فلا يكون مشمولاً لدليل وجوب الوفاء بالشرط لأن مرجع ذلك الى انفساخ العقد بنفسه بمجرد هذا الشرط و من الواضح ان انفساخ العقد بلا موجب لم يثبت جوازه شرعا فلا مقتضى

له على أن اشتراط انفساخ العقد فى نفسه قبل تحققه أمر غير مشروع فلا يكون دليل الوفاء بالشرط موجبا لكونه مشروعا.

أقول: أما بناء على كون الاشتراط من قبيل شرط النتيجة فالشرط و أن كان فاسدا لأن اشتراط انفساخ العقد بدون سبب قبل فى عقد لم يتحقق بعد أمر لم يثبت فى الشريعة المقدسه قبل هذا الاشتراط فيكون من الشروط الغير المشروعه و لكن يكون المقام ح من صغريات الشرط الفساد، فلا يكون مفسدا للعقد الا بناء على كون الشرط الفاسد مفسدا للعقد و حيث ان الموافق للتحقيق و فتاوى المشهور عدم كون الشرط الفاسد مفسدا للعقد فلا يكون العقد فاسدا، و دعوى كون العقد باطلا من جهة الغرر، حيث لم يعلم ان المبدل بأن وصف و بأى كيفيه دعوى جزافيه و ذلك لأن الظاهر أن الشهيد قد تكلم فى صحه العقد و فساده من ناحيه الشرط الفاسد بعد الفراغ عن صحه العقد من بقيه الجهات، فيمكن ارتفاع الغرر هنا من جهة الاطمئنان بوصف المبدل من القرائن الخارجيه من توصيف البائع أو شخص آخر، فلم يصبح المبدل مجهولا حتى يكون البيع غرريا ثم ساق كلامه، أى الشهيد إلى أنه يفسد بالشرط الفاسده أم لا؟ و أما بناء على كون اشتراط الابدال من شرط الفعل بان يشترط المشتري على البائع أن يبدل المبيع بغيره على تقدير التخلف كما هو ظاهر من كلام الشهيد حيث عبر بلفظ الابدال و لا شبهه أن الظاهر منه هو إبدال البائع و هو فعل من أفعاله، فالظاهر ح أن العقد و الشرط كلاهما صحيحان و لا وجه لكون الشرط ح فاسدا فضلا عن كونه مفسدا للعقد، بل هذا هو المتعارف فى السوق كثيرا حيث ان المشتري يشتري عينا شخصيه و و يطمئن بكونها من الجنس الذى يريد و لكن يحتمل التخلف و يشترط عليه البائع الإبدال على فرض التخلف، و لا شبهه أن الإبدال فى نفسه معاوضه

مشروعه فى الشريعة المقدسه فىكون لازما بدليل وجوب الوفاء بالشرط على الاشتراط فان ظهرت المخالفه فأراد المشتري الابدال فأبدله البائع فيها و الأ فيثبت للمشتري خيار تخلف الشرط فيفسخ العقد بذلك و العجب من الشهيد(ره) كيف رضى مع ذلك بفساد الشرط و العقد بل هذا النحو من المعاملات من المعاملات المتعارفه كما هو واضح.

نعم، لو كان البيع من الأول واقعا على المبدل على تقدير عدم المخالفه و على البديل على تقدير المخالفه، و كان المبيع أمرا مرددا لكان العقد و الشرط باطلا، للتعليق كما تقدم فى شرائط العوضين.

و على الجملة سواء قلنا بكون الشرط هنا من قبيل شرط النتيجة أو قلنا بكونه من قبيل شرط الفعل لا دليل على كونه مفسدا للعقد غايه الأمر أنه على فرض كون الشرط شرط النتيجة يكون الشرط فاسدا فقط، و أما توهم كون المعامله غرريه فقد عرفت الجواب عنه و كذلك يكون هنا تعليق.

و حاصل الكلام: أن المحتمل فى كلام الشهيد ثلاثه، الأول: أن يكون مراده من شرط الابدال هو شرط الفعل كما هو الظاهر من ظاهر لفظ الابدال بأن يشترط المشتري على البائع تبديل المبيع على تقدير ظهور المخالفه و على هذا فلا شبهه فى صحه الشرط و العقد كليهما، فان لم يظهر المخالفه كان العقد لازما و مع ظهور المخالفه يطالب المشتري الابدال فان بدله فهو و الا كان له الخيار، كما هو واضح.

الثانى: أن يكون المراد من الاشتراط شرط النتيجة يعنى يشترط المشتري على البائع المبادله بأن يكون الثمن فى مقابل البديل أو تقع المبادله بين المثلين و البديل، بنفس هذا الشرط لا بشرط آخر و قد عرفت أنه على هذا كان الشرط فاسدا لكونه مخالفا لشرع حيث ان اشتراط انفساخ العقد فى نفس ذلك العقد قبل تحققه لم تثبت فى الشريعة المقدسه و كذا انفساخ

بلا- موجب،و تحقق معاوضه أخرى بلا- سبب،فان كل ذلك لم يثبت فلا يكون مشمولاً للعمومات و لكن قد عرفت أنه على هذا،و ان كان الشرط فاسداً الا أن المشهور بين المتأخرين أن فساد الشرط لا يسرى الى فساد المشروط كما هو واضح على أن الظاهر أن هذا الشق ليس مراد الشهيد لمكان الإبدال في كلامه الظاهر في شرط الفعل.

الثالث: أن يراد من الاشتراط التعليق من الأول بأن مبيع المبدل على تقدير عدم المخالفه و المبدل على تقدير المخالفه و على هذا و ان كان البيع باطلاً- للتردد و التعليق،و لكن ليس ذلك محتمل كلام الشهيد و كيف كان فالظاهر من كلامه هو الشق الأول و عليه فلا وجه لما التزم به الشهيد من فساد العقد و الشرط،بل يصح كلاهما كما هو واضح.

ثم أن هنا كلاماً لصاحب الحدائق أشكل به على الشهيد و لكن فيه تهافت لا يمكن حله فإنه ذكر في صدر كلامه بعد نقل كلام الشهيد و بنائه على الفساد(أن ظاهر كلامه أن الحكم أعم من أن يظهر على الوصف أولاً) أى أن ظاهر كلام الشهيد من الحكم بالفساد في صورته الاشتراط أى من أن يكون مع ظهور المخالفه أو ظهور الموافقه ثم أورد على هذا الإطلاق بأنه لا- موجب للفساد مع ظهوره على الوصف المشروط و مجرد شرط البائع الإبدال مع عدم ظهور الوصف لا يصلح سبباً في الفساد لعموم الأخبار المتقدمه و لعل مراده من الاخبار المتقدمه هو أخبار الخيار حيث انها تدل بالملازمه على الصحه مع عدم الخيار في صورته عدم المخالفه و ليس المراد من دلالتها على الصحه بالملازمه أن لازم ثبوت الخيار في البيع هو صحته و الا لم يكن وجه للخيار لأن مراده دلالة الاخبار على الصحه مع اللزوم لا عليها مع الخيار و هذا لا يجتمع الا مع الاحتمال الأول من الدلاله دون الثانى،و مع عدم الاخبار فلعومات الايات غنى و كفايه،و كلامه الى هنا صريح في أنه

يستشكل على الشهيد بأنه لا وجه للقول بالبطلان على الإطلاق بل على تقدير ظهور المخالفه فقط، و هكذا ذيل كلامه حيث قال وبالجملة فإنني لا أعرف للحكم بفساد العقد في الصورة المذكوره على الإطلاق وجها يحتمل عليه، و لكن ينافي ذلك ما صدر عنه (ره) في وسط كلامه حيث قال: (نعم لو ظهر مخالفا فإنه يكون فاسدا من حيث المخالفه و لا- يجبره هذا الشرط الإطلاق الأخبار في الخيار ثم ذكر أن الأظهر رجوع الحكم بالفساد في العبارة إلى الشرط المذكور حيث لا- تأثير له مع الظهر و عدمه) حيث مدعاه في هذه العبارة هو فساد العقد حيث قال: (نعم لو ظهر مخالفا فإنه يكون فاسدا) و دليله يدل على ثبوت الخيار من غير فساد العقد حيث قال (و لا يجبره هذا الشرط لإطلاق الأخبار في الخيار) و هذا مما لا يمكن حله.

### **قوله مسأله: الظاهر ثبوت خيار الرؤيه في كل عقد،**

أقول: وقع الخلاف بين الفقهاء في ثبوت خيار الرؤيه في غير البيع من الصلح و الإجاره و غيرهما و عدم ثبوته فذكر المصنف أنه يثبت في كل عقد واقع على عين شخصيه موصوفه كالصلح و الإجاره و ذكر في وجه ذلك أن المحتملات هنا ثلاث، و ليس هنا شق رابع، و ذلك مع تبين المخالفه.

فاما أن يحكم ببطلان العقد كما تقدم عن الأردبيلي في بيع العين الغائبه.

و أما أن يحكم بلزومه مع عدم الخيار.

و اما أن يحكم بصحته مع الخيار أما البطلان فهو مخالف لطريقه الفقهاء في تخلف الأوصاف المشروط في المعقود عليه و أما احتمال اللزوم بدون الخيار فهو أيضا فاسد لأن دليل اللزوم هو وجوب الوفاء بالعقد و حرمة نقضه و من المعلوم أن عدم الالتزام بترتيب أثر بالعقد على العين الفاقد له للصفات المشترطه فيها ليس نقضا للعقد، و ح فيثبت الاحتمال



الثالث و هو صحة العقد مع الجواز و الخيار.

أقول: أن كان مدرک خيار الرؤيه هو الشرط الضمنى على ما ذكرناه فى أول المسأله فلا شبهه فى ثبوته فى كل عقد تخلف فيه الوصف كجريان خيار الغبن فى كل عقد وقع فيه الغبن، و لكن مع ذلك لا نحتاج الى التقسيم الذى ذكره المصنف على تقدير صحته فإنه يشبه الأكل من القفا، بل يثبت الخيار ابتداء لتخلف الوصف كما هو واضح.

و ان كان مدرکه هو النص و التعبد به فلا شبهه فى اختصاصه بالبيع و تقدم أن فيه قرينه على كون مورد خيار الرؤيه قريبا من صورته تخلف الشرط حيث ان المشتري بعد ما رأى الضيعة و قبلها أو مشتبهها فخرج فاستقال فلم يقبله فإنه لو كان هنا اشتراط لما احتاج الى الاستقاله بل فسخ ابتداء لتخلف الشرط و على هذا فالخيار يختص بالبيع فقط فلا يجرى فى غيره.

ثم ان التقسيم الذى ذكره المصنف ليس بصحيح فان بطلان توهم بطلان العقد من جهة أن بناء الفقهاء ليس هو البطلان فى تخلف الأوصاف المشروطه فى المعقود عليه لا يستلزم ذلك جواز العقد و كونه خياريا، بل يمكن أن يكون لازما.

و دعوى المصنف أن دليل اللزوم هو وجوب الوفاء بالعقد و لا- يصدق النقص على عدم الوفاء مع تخلف الوصف لا يمكن المساعده عليه فإنه.

فإنه أولا: أن عدم شمول دليل اللزوم عليه لا يكفى فى إثبات كونه جائزا بل لا بد فى ذلك من إثبات عدم اللزوم كما هو واضح.

و ثانيا: أن عدم شمول آيه وجوب الوفاء بالعقد للمقام لا يدل على عدم شمول غيره لذلك لعدم انحصار دليل اللزوم بها فيكفى فى لزومه أحل الله البيع و تجاره عن تراض و الروايات الداله على لزوم العقد على ما تقدم.

و ثالثا: يكفى فى إثبات اللزوم استصحاب الملكيه على مسلك المصنف

فإنه مع الشك فى أن الملكيه الحاصله بالعقد ترتفع بالفسخ أم لا فنستصحب الملكيه و نثبت اللزوم و على هذا فمقتضى القاعده هو اللزوم فى غير البيع و عدم جريان خيار الرؤيه فى غير البيع كما هو واضح.

**قوله مسأله: لو اختلفا فقال البائع لم يختلف صفه،**

**اشاره**

أقول: فى توضيح المقام أن لهذه المسأله صور ثلاث، و قد استشار إليها المصنف و ان لم يصرح بجميع الأقسام:

الأول: أن يكون اختلافهما فى أصل الاشتراط بان ادعى المشتري اشتراط وصف فى المبيع من الكتابه و الخياطه و البنايه و نحوها و ادعى البائع خلاف ذلك و كون البيع مطلقا.

الثانى: ان يتفقا على أصلا اشتراط و لكن كان الاختلاف فى متعلق الشرط بأن ادعى أحدهما كونه خياطه و يدعى الآخر كونه كتابه العبد و هذا فى النتيجة يرجع الى الأول.

الثالث: أن يتفقا على أصل الاشتراط و على اتحاد متعلقه و لكن يدعى البائع وجوده و ينكره المشتري أو يدعى البائع أنه كان موجودا فقد زال فيدعى المشتري أنه لم يكن موجودا أصلا، أما الكلام فى الصوره الاولى و الصوره الثانيه التى مرجعها إلى الصوره الأولى، فذكر المصنف بما حاصله أنه إذا اختلف المشتري و البائع فى اشتراط وصف فى المبيع و عدمه أو فيما يرجع الى ذلك، فالقول قول مدعى الخيار، لا من جهه أن مدعى الاشتراط تقدم قوله يثبت الخيار عند التخلف فان المصنف صرح هنا بأن الأصل هو عدم الاشتراط فإنه إذا اختلف البائع و المشتري فى أصل اشتراط شرط فى البيع و عدمه فإن أصاله عدم الاشتراط يدفعه فيكون البيع لازما بمقتضى العمومات بل من جهه ما أشار إليه هنا و صرح به فى أوصاف المبيع أن الأوصاف التى اشترطت فى المبيع الشخصى راجعه إلى التقييد أى تكون

ص: ٨٤

العين الشخصية المبيعه مقيده بهذه الأوصاف و ان كان ذلك فى صورته الاشتراط و على هذا فمرجع الاختلاف الى الشك فى أصل تعلق البيع بالعين الملحوظ فيها صفات مفقوده أو تعلقه بعين لوحظ فيها الصفات الموجوده أى أن المبيع كان مقيده بصفات فهى مفقوده و قد كان البيع واقعا على المبيع المقيد بتلك الصفات أو أنه قد وقع بالموجود فعلا أو أعم من الصفات الموجود و المفقوده و من الواضح أن اللزوم من أحكام البيع المتعلق بالعين على الوجه الثانى و الأصل عدمه و أما الطرف الآخر أعنى عدم التقييد فلا اثر له فليس اللزوم من آثاره حتى يترتب على نفسه اللزوم كما هو واضح.

أقول: يرد على المصنف: أولا: فساد المبنى حيث أنك قد عرفت سابقا أنه لا معنى لتقييد العين الخارجيه إذ الإطلاق و التقييد فيها مستحيل و غير معقول فلا ينقلب الشئ عن واقعه بالاشتراط و عدمه و اذن فيدور الأمر بين رجوع القيد إلى أصل البيع بان يكون البيع على تقدير وجود الوصف الخاص فى المبيع و اتصافه به و بين رجوعه الى الالتزام بالبيع و حيث ان الأول يوجب البطلان لكونه تعليقا فهو خلاف المتفاهم العرفى من الاشتراط و خلاف ارتكازهم فيكون الثانى هو المراد فان بناء المتعاقدين على المعامله الصحيحه لا- على المعامله الفاسده فيكون الثانى هو المراد، و عليه فيرجع الأمر إلى النزاع فى أصل الاشتراط ليلزم من التخلف الخيار أو عدم الاشتراط فقد عرفت أنه (ره) التزم فى هذه الصوره بعدم الخيار لأن الأصل عدمه.

و ثانيا: أنا لو سلمنا رجوع الاشتراط الى تقييد المبيع و أغمضنا عن استحاله ذلك و لكن لا نسلم كون مقتضى ذلك هو ثبوت الخيار للمشتري من جهة كون اللزوم من أحكام البيع المتعلق بالعين من حيث كونها على هذا الوصف الموجود، بل لنا أن نقول أن الخيار انما هو من اثرات تخلف الوصف

الذى اعتبر كون المبيع مقيدا به فى البيع و من الواضح أنا لا نعلم بوجود هذا الاشتراط، بل نشك فيه فالأصل عدمه، ولا يعارض هذا الأصل بأصله عدم كون العقد واقعا على العين الموجوده مطلقا لأن اللزوم ليس من آثار ذلك، بل اللزوم من مقتضيات طبيعه العقد، فان طبع كل عقد على اللزوم حتى يثبت كونه جائزا خياريا، كما هو واضح.

و دعوى أن الأصل عدم الإطلاق يكفى فى عدم لزوم العقد فلا نريد أن نثبت الخيار حتى يقال ان أصله عدم الإطلاق بالنسبه إليه مثبت فإنها فاسده لأن مقتضى هذا الأصل هو بطلان العقد بمثل تخلف الوصف و هو خلاف المفروض أن العقد صحيح على كل حال حيث ذكر المصنف سابقا أن ديدن العلماء و سيرتهم على عدم المعامله فى تخلف الأوصاف معاملة الفساد بحيث أن يحكموا فى صورته تخلف أوصاف المبيع بفساد العقد، بل حكموا بصحة العقد مع الخيار و على هذا فأصل صحة العقد مفروغ عنه و انما الخلاف فى ثبوت الخيار فى ذلك و عدم ثبوته بحيث يكون الإطلاق و التقييد من المتضادين يعنى يدور الأمر بين وقوع العقد على العين الموجوده مطلقا أو مقيدا فيكونان من المتضادين و أما إذا عملنا بأصله عدم كون العقد مطلقا فلا يكفى ذلك فى عدم لزوم العقد و كفايه فسخت فى الفسخ لأن المراد من الفسخ ليس هو لفظ فسخت فقط بحيث يكون له موضوعيه بل المراد منه هو البناء على إعدام العقد و عدم استمراره.

و بعبارة أخرى أن المتبايعين كانا بانئين على المعامله و المبادله و النقل و الانتقال و بالفسخ بينان على عدم ذلك و من الواضح أن هذا المعنى لا يترتب على أصله عدم وقوع العقد مطلقا، فان ذلك من اللوازم الأعم لهذا الأصل لاحتمال أنه لم يقع هنا عقد أصلا فإنه مع عدم وقوع العقد أيضا يصدق أن الأصل عدم وقوعه مطلقا و على تقدير وقوعه فمقتضى هذا الأصل

كما عرفت هو الفساد و المفروض أن العقد ليس بفساد، بل الصحة مفروغ عنها كما عرفت و انما الكلام فى كونه خياريا و عدمه و حيث كانت الصحة مفروغا عنها فأصالة عدم الإطلاق لا تثبت ثبوت الخيار إلا بالملازمه و على هذا فيكون الإطلاق و عدمه من المتضادين كما عرفت فنفي أحدهما و ان كان لا يثبت الآخر إلا بالملازمه العقليه و يكون الأصل ح مثبتا و لكن أصالة عدم وقوع العقد على هذا الموجود فإن الأول له اثر و هو عدم الخيار لأن الخيار كما عرفت مترتب على تخلف الوصف المشروط به فى العقد فالأصل عدمه و أما اللزوم فليس مترتبا على عدم كون العقد واقعا على هذا الموجود مطلقا بل من مقتضيات طبع العقد كما عرفت و على هذا فلا يصح بناء المصنف أيضا فتحصل أن ما ذكره المصنف لا يمكن المساعدة عليه مبنى و بناء فلا بد من الحكم بلزوم العقد هذا على ما ذكره المصنف(ره).

و تحقيق الكلام و تفصيله أنا ذكرنا سابقا ان الخيار فى الحقيقة عباره عن الاختيار و هو من الافتعال بمعنى طلب الخير و هذا المعنى هو المراد فى الخيارات المصطلحه و مرجع جعل الخيار فى العقود كالبيع مثلا إلى إنشاء الملكيه المحدوده لما ذكرنا أن الإهمال فى الواقعيات محال فلا- بد، أما أن يكون المنشأ مطلقا أو مقيدا فحيث ان الإطلاق غير موجود مع جعل الخيار لأن المفروض أن المتبايعان أو أحدهما جعل لنفسه الخيار فقها تكون الملكيه مقيده أى محدوده بحد خاص و الى زمان خاص و هو زمان اختيار ذى الخيار فسخ ذلك العقد و مع هذا التقييد الفعلى لا يكون الإطلاق معقولا و ان كان معقولا بحسب نفسه قبل التقييد و على هذا فنشك فى أن الملكيه هل وجدت مطلقه أو مقيده فنقول ان الأصل عدم كونها مقيده فتمسك بالعمومات الداله على اللزوم و لا- يعارض ذلك بأصالة عدم كونها مطلقه لنفى اللزوم لما عرفت أن اللزوم من مقتضيات طبع العقد لا من آثار

إطلاقه حتى يترتب على نفيه نفى اللزوم كما هو واضح.

و بعبارة أخرى أنه إذا اختلف البائع و المشتري في اعتبار شرط في البيع و عدمه أى اعتبار وصف في المبيع و عدمه أو كان الاختلاف في متعلق الشرط فلا- يمكن التمسك هنا بعموم أَوْفُوا بِالْعُقُودِ، لا- التمسك به هنا لإثبات اللزوم من قبيل التمسك بالعام في الشبهة المصداقيه إذ لا نعلم أن الملكيه الحاصله هنا هل هى مطلقه ليجوز التمسك به أولاً و لكن لا بأس من التمسك بما دل على حرمه التصرف فى مال الغير بدون اذنه و حرمه أكل المال بالباطل إلا بالتجاره عن تراض و بقوله تعالى أَحَلَّ اللَّهُ الْبَيْعَ فان مقتضى ذلك أن التصرف فى مال الغير بغير تجاره عن تراض حرام الا- فى موارد الخيار فإن أكل ذى الخيار مال الطرف الآخر بالفسخ ليس بحرام و لكن نشك فى مورد اختلاف المتبايعين فى جعل الشرط و عدمه أن الملكيه المنشئه مطلقه لثلا- يكون له الخيار فبناء على ما ذكرناه من معنى الخيار فالأصل عدم تحقق الملكيه المقيدده فتمسك بعموم ما دل على حرمه أكل مال الغير بغير تجاره عن تراض فلا- يكون الفسخ مؤثراً و لا يلزم ح محذور التمسك بالعام فى الشبهات المصداقيه بأن يدعى أن هذا المورد لا- نعلم أنه من القسم الخارج عن العموم أم لا- فيكون التمسك بالعام من قبيل التمسك به فى الشبهات المصداقيه فهو لا يجوز.

### و حاصل الكلام أن البحث هنا يقع فى جهتين،

الأولى فيما كان الاختلاف فى أصل الا-شترط و عدمه أو فيما يرجع الى ذلك كأن يكون الاختلاف فى متعلق الا-شترط مع الاتفاق على أصل الا-شترط.

الثانى: أن يكون الاختلاف فى وجود متعلق الشرط و عدمه مع الاتفاق على أصل الا-شترط و متعلقه كان يقول البائع أن المشروط هو خياطه العبد و هى موجوده و يقول المشتري أنها معدومه أو يقول البائع أنها كانت حين

البيع موجوده فقد انعدمت و يقول المشتري لم تكن موجود.

### أما الكلام فى الجهه الأولى فيما كان الاختلاف فى أصل الاشتراط و عدمه

فقد عرفت كلام المصنف و جوابه و أما تحقيق المسأله و محصل الكلام بعد كون الخيار راجعا الى تقييد الملكيه فلا شبهه فى معارضه أصاله عدم الملكيه المطلقه مع أصاله عدم إنشاء الملكيه المقيده إذا لاحظنا الإطلاق و التقييد بحسب أنفسها و أما إذا لاحظنا أصاله عدم الخيار و الملكيه المقيده مع ملاحظه العمومات الداله على حرمة أكل مال الغير بغير تجاره عن تراض و بلا طيب نفس فلا معارضه بينهما لعدم الأثر فى أصاله عدم كون العقد مطلقا فان اللزوم يفهم عموم حرمة الأكل و أصاله عدم وجود الخيار لمدعيه ينقح موضوع العام فقد عرفت أن مرجع جعل الخيار فى البيع الى تقييد الملكيه المنشئه أى إنشاء الملكيه المحدوده بعدم الفسخ و لا ينافى ذلك بكون الملكيه مطلقه أى فى جميع الأزمنه على تقدير عدم الفسخ فلا يرد ان البيع الى زمان معين ليس بصحيح و قد تقدم تفصيل ذلك و على هذا فاصله عدم كون المنشأ هى الملكيه المقيده معارضه مع أصاله عدم كون الملكيه هى الملكيه المطلقه فلكل منهما أثر خاص فيسقطان للمعارضه لا يقال ان أصاله عدم كون العقد مطلقه تجرى فيترتب عليه ثبوت الخيار من غير احتياج إلى إثبات الخيار حتى يلزم كونها من الأصول المثبتة و لا شغل لنا بأصاله عدم كون الملكيه مقيده لتلزم المعارضه و ان كان بينهما معارضه من حيث لحاظ الإطلاق و لحاظ التقييد و لكن لا يترتب عليها أثر فإنه يقال قد عرفت أنه لازم ذلك هو بطلان العقد و المفروض صحته و أن الفسخ ليس نفس فسخت حتى يترتب على أصاله عدم الإطلاق بل اعتبار العقد كالعدم و لا يثبت ذلك بأصاله عدم الإطلاق الآ على القول بالأصول المثبتة و كيف كان فلا شبهه فى معارضه الأصلين من حيث النظر إلى الملكيه المطلقه و الملكيه المقيده.

نعم، لا مانع من جريان أصاله عدم التقييد و إحراز أن العقد لم يقع بالمقيد ثم التمسك بالعمومات الداله على لزوم كل عقد.

و توضيح ذلك أنه ثبت فى الشريعة المقدسه أنه لا يجوز التصرف فى مال أحد إلا باذنه و أنه لا يحل أكل مال الغير إلا بالتجاره عن تراض و إذا باع أحد ماله من شخص آخر فى مقابل ثمن خاص فيكون كل منهما مالا للآخر فيحرم لكل منهما بعد ذلك أن يتصرف فيما انتقل الى غيره و يأخذه منه إلا أن يكون هنا أيضا تجاره عن تراض و قد خرج عن تلك العمومات ما إذا جعل المتعاقدان لنفسهما أو لأحدهما الخيار أو جعل الشارع لأحدهما أو لهما خيارا فى البيع مثلا كخيار المجلس فإنه ح يجوز لمن له الخيار أن يأخذ مال صاحبه بالفسخ و بغير تجاره عن تراض و بغير طيب نفس منه و على هذا فإذا شككنا فى أن العقد هل وقع على المطلق أو على المقيد أى المنشأ هل هو ملكيه مطلقه أو ملكيه مقيده فنجرى أصاله عدم وقوعه على المقيد فنحز بها موضوع التمسك بتلك العمومات و ليس لأصاله عدم وقوع العقد على المطلق ح أثر حتى تكون معارضه بذلك و ان كانتا متعارضتين بحسب أنفسهما لأن الأثر مترتب على عدم التقييد فقط لا على عدم الإطلاق و العام ليس أمرا وجوديا ليلزم إحرازه و لا- يمكن التمسك به و يكون الأصلان متعارضان بخلاف الخاص فإنه أمر وجودى و جب إحرازه و لا يلزم من ذلك التمسك بالعام فى الشبهه المصدقيه إذ بالأصل نحز أن الأمر الوجودى الذى هو حق فسخ العقد ليس لمن يدعى الخيار فيتحقق به موضوع التمسك بالعام.

و بعباره أخرى أن الشارع قد حكم بحرمه أكل مال الناس مطلقا إلا أن تكون تجاره عن تراض، و الا عن يكون بغير جعل حق الفسخ فى البيع مثلا غاية أن الثانى مخصص منفصل فهو كالمتمصل و إذا شككنا فى مورد فى



ثبوت حق الفسخ لأحد المتعاملين فننفيه بالأصل لأن الخارج عن العام أمر وجودى فكلما شككنا فيه فالأصل عدمه و ليس عنوان العام امرا وجوديًا أيضا حتى يحتاج إلى الإحراز فيجربى فيه الأصل أيضا، بل هو أمر عدمى و هو عدم جواز أكل مال الغير و حرمة التصرف فيه بدون اذنه فليس للأصل فى ناحيه الإطلاع هنا أثر و على هذا فلا مانع من إحراز موضوع تلك العمومات بالأصل ثم التمسك بالعام و ذلك نظير ما إذ شككنا فى ثبوت الخيار الشرعى فى معامله مثلا فإنه نتمسك بالعمومات فنحكم باللزوم كما إذا شك فى ثبوت خيار الحيوان فى الصلح مع عدم كونه يباع كما هو واضح، نعم لا يمكن التمسك هنا بعموم أوفوا بالعقود فإن الآيه تدل على الوفاء بكل عقد و هو انتهاء أمده و عدم انهدام الالتزام به و من الواضح أن الالتزام بالعقد التزام واحد اما يتعلق بالملكيه المطلقه أو يتعلق بالملكيه المقيده فالايه تدل و تلزم على إنهاء ما تعلق به الالتزام ان مطلقا فمطلقا ان مقيدا فمقيدا فلا بدح من إحراز ذلك من الخارج فحيث لم يحرز أن الالتزام على أى كيفيه هنا فلا يمكن التمسك بالايه و إثبات اللزوم بها فى المقام كما هو واضح و هذا بخلاف بقيه العمومات المتقدمه فإنك قد عرفت أنها تدل على حرمة أكل مال الغير و عدم جواز التصرف فيه بدون اذنه فى جميع الأوقات و الحالات و الازمان و قد خرج عن ذلك خصوص ما ثبت لأحد المتبايعين أو كلاهما حق الفسخ و أخذ مال صاحبه اما بجعل منهما أو بجعل من الشارع و هو أمر وجودى إذا شككنا فيه فالأصل عدمه حتى أن نحرزه و لا يعارضه الأصل فى طرف الإطلاع لعدم ترتب الأثر عليه إذ عنوان العام أمر عدمى أعنى عدم جواز التصرف فى مال الغير، فلا يلزم إحرازه أى لم يترتب الأثر على إحرازه حتى نفيه بالأصل و نحكم بعدمه ما لم نحرز وجوده قطعا.

**و أما الجبهه الثانيه أعنى الاختلاف فى أن ما تعلق به الشرط موجود أم لا**

ففى هنا ینعكس المطلب فیقدم قول مدعى الخیار حتى یثبت مدعى اللزوم دعوه و الوجه فى ذلك أن ما تعلق به الشرط قد یكون وصفا مفارقا و قد یكون وصفا غیر مفارق.

أما الأول فكالخیاطه و الكتابه و نحوهما فإذا وقع الاختلاف فى وجود مثل تلك الأوصاف فالأصل عدم تحقق تلك الأوصاف إلى زمان البیع فیثبت أن البیع لم یقع على العبد الكاتب.

و بعبارة أخرى وقوع العقد على العبد محرز بالوجدان و عدم وقوعه على الكاتب محرز بالأصل فلیتم الموضوع المركب فیترتب علیه حکمه و على هذا فیثبت للمشتري فى هذه الصورة الخیار و كذا للبائع لو كان وصف من أوصاف الثمن مورد للاختلاف على هذا النحو و الوجه فى كون الأصل هنا مع مدعى الخیار أن تلك الأوصاف أمور مسبوقة بالعدم و لها حاله سابقه فمع الشك فیها یتصحح عدمه.

و أما الثانى: أعنى ما كان مورد الاختلاف فى الأوصاف الغير المفارقة فكالقرشیه و ككون الحنطه من المزرعه الفلانیه و هكذا ففى هنا و ان لم یكن لتلك الأوصاف حاله سابقه لأن الحنطه الخارجه من العدم الى الوجود اما خرجت متصفه بكونها من مزرعه فلانیه أو غیر متصفه بكونها من المزرعه الفلانیه و لكن نحن نقول بجريان الاستصحاب فى الاعدام الأزلیه و أن الأصل عدم اتصاف الحنطه بكونها من مزرعه فلانیه فیما خرجت من العدم الى الوجود كما هو كك فى القرشیه.

**قوله مسأله: لو نسج بعض الثوب،**

**اشاره**

أقول: قد ذكر غیر واحد من الفقهاء هنا فرعا و هو انه لو نسج بعض الثوب فاشتراه على أن ینسج الباقي كالأول بطل كما عن المبسوط و القاضى و ابن سعید و العلامه فى كتبه و جامع المقاصد و عن المختلف صحته و قد ذكر المصنف أنه لا یحضرنى المختلف

ص: ٩٢

الآن حتى أتأمل في دليله و لكن ذكر بعد أسطر أن الظاهر لم يفى كلمات المختلف في بعض صور التي ذكرها و الذي يخطر بالبال أن النزاع هنا لفظي لأنه من البعيد جدا أن يلتزم شيخ الطائفة و نظائره على البطلان فيما لا بدّ من القول بالصحة و يلتزم العلامة بالصحة في مورد، لا بدّ فيه من البطلان

### **و توضيح ذلك أن الشقوق المتصور في هذا**

الفرع أربعه،

### **الأول: أن يبيع البائع المنسوج الشخصي الذي موجود مع**

منسوج آخر كلي في الذمه

مثل ذلك المنسوج الخارجى فيكون المبيع مركبا من الشخصى و الكلى، فالظاهر أنه لا شبهه في صحه هذا القسم و لا يتوهم أحد بطلان بيع الكلى و لا- يحتمل قول الشيخ بالبطلان هنا، و عليه فان كان المنسوج الآخر مثل المنسوج سابقا فهو، و الا فلا بدّ للبائع من تبديله و يطالبه مثل المنسوج الأول و لا يثبت الخيار للمشتري، نعم لو كانت الهيئه الاتصاليه لها مدخليه في زياده الثمن ثبت له خيار تخلف الوصف و تبعض الصفقه كما هو واضح.

### **الثانى: أن يبيع هذا المنسوج الموجود الخارجى الشخصي مع مقدار**

خاص من الغزل الخارجى الشخصى أيضا

و لكن يشترط المشتري على البائع نسجه مثل الأول و هذا أيضا لا شبهه في صحته لأن الشرط سائغ غير مخالف للكتاب و السنه، و لا فيه جهاله لوجب البطلان من جهه الغرر و عليه فإذا تخلف الشرط ثبت للمشتري خيار تخلف الشرط، كما هو واضح.

### **الثالث: أن يبيع المنسوج الخارجى الشخصي مع مقدار معين من الغزل**

الكلى في الذمه

و لكن يشترط المشتري على البائع أن ينسجه مثل الأول ففي هنا أيضا لا طريق الى البطلان مع معلوميه الشرط و مشروعيته و لا يحتمل أن يقول الشيخ و أضرابه بالبطلان هنا و عليه فإذا تخلف لا يثبت الخيار للمشتري ابتداء إلا إذا أنجز إلى تخلف الوصف و تبعض الصفقه الموجب

لقله مالىه المبيع كما هو واضح.

#### الرابع: أن يبيع الثوب مع غير المنسوج من غير أن يدخل تحت أحد

العناوين المتقدمه

و هذا باطل، لأنه بيع آخر غير موجود و مبيع معلق و قد دلت الأخبار الكثيره على بطلان بيع ما ليس عندك و من واضح أن هذا منه و أما بيع الكلى فقد خرج عن بيع ما ليس عندك و هو محكوم بالصحة كما أن السلم كك أى كالكلى و المظنون فلا أقل من الاحتمال أن النافين لصحة البيع فى هذا الفرع كالشيخ و نظائره ناظرين الى الوجه الأخير و مثبت الصحة كالعلاومه فى المختلف ناظر الى الوجوه الثلاثه الأول و اذن فالنزاع لفظيه و على تقدير أن لا يكون النزاع لفظيًا فالحق هو ما ذكرناه كما هو واضح، هذا تمام الكلام فى خيار الرؤيه.

فى خيار العيب قوله

#### السابع: خيار العيب،

أقول: قد تسالم الفقهاء على صحة البيع مع الجهل بصفه المبيع التى من أوصاف الصحة، و قالوا إذا تخلف ثبت فيه خيار العيب و يمتاز هذا الخيار عن بقيه الخيارات بأن من له الخيار فى بقيه الخيارات مخير بين الإمضاء و الفسخ و لكنه هنا مخير بين الفسخ و الإمضاء مجاناً أو مع العوض، و لكن وقع الإشكال فى ذلك بأنه يلزم ح أن يكون البيع غرريًا فيكون باطلا و قد أجاب المصنف عن ذلك بأنه إنما يكون البيع غرريًا إذا لم يكن هنا ما تحرز به صحة المبيع و لا شبهه فى أنها تحرز بأصالة الصحة و السلامه و إذا استند المتبايعان إلى أصالة السلامه فيرتفع الغرر و يكون البيع صحيحاً و إذا ظهر العيب فى المبيع فيكون للمشتري خيار العيب لتخلف الشرط الضمنى الارتكازى الذى ترك التصريح به اعتماداً على

و لكن يرد عليه أنه لا دليل على أصالة السلامه فى الأمتعه بوجه حتى يمكن الاستناد إليه فى ذلك و توهم استصحاب الصحة إذا كانت أمرا وجوديا فاسد لأن عدم الصحة أيضا أمرا وجودى و التقابل بينهما هو العدم و الملكه فلا يجرى الاستصحاب فى طرف واحد نعم الأصل الأولى فى الأشياء مع قطع النظر عن جميع الطوارى هو أن يكون سالما فى العيوب كما أن الأصل فى جميع الأجسام أن يكون كرويًا مع قطع النظر عن الزواجر و القواسر الخارجيه فإن نسبة الهواء إليها على حد سواء و مع ذلك فالغالب فى الأشياء هو عدم الكرويه و قد عرفت ذلك فى أول الخيارات و فى المقام أيضا نقول أن الأصل فى الأشياء و ان كان هو الصحة و السلامه و لكن مع ذلك أن الغالب فيها غير الصحة لأننا نشاهد بالوجدان و نرى بالعيان أن أغلب الأشياء معيوب و سقيم و غير صحيح و على هذا فكيف يحرز بأصالة الصحة أن المبيع سالم عن العيب و ليس بغررى و خطرى و مع كون أغلب الأشياء صحيحه و غير معيبه فأیضا لا يمكن رفع الغرر عن البيع بذلك لأن هذا لا دليل على اعتباره الا من باب أنه يفيد الظن و لو من باب أن الظن يلحق الشئ بالأعم الأغلب و من الواضح أنه لا يغنى من الحق شيئا و يبقى دعوى الإجماع على صحة البيع فى المقام بان يقال ان الإجماع قد قام على صحة البيع فى المقام بغير اشتراط فيكون ذلك مخصصا للنهي عن بيع الغرر بمعنى أن البيع الغررى باطل الآ- فيما تعامل المتعاملين على المبيع بغير الوصف الصحة فإذا ظهر فيه عيب ثبت خيار العيب للطرف و لكن ثبوت الإجماع التعبدى على ذلك بعيد جدا و الحكم بفساد هذه البيوع الواقعه على الأشياء بغير علم بجميع أوصافها أبعده فتصبح أن المسأله تكون مورد اشكال قوى و دعوى إمكان إحراز ذلك فى ما إذا كانت الحاله السابقه فى

المبيع الصحه فاسد إذ استصحب الصحه لا- يرفع الغرر فان الغرر هو الخطر و هو أمر نفساني، فلا يرتفع بالاستصحاب كما لا يخفى، و لكن يمكن الجواب عنه على ما اخترناه فى ارتفاع الغرر بالخيار على ما تقدم خلافا للمصنف و جميع من تأخر عنه حيث ذهبوا الى أن الخيار من الأحكام الشرعيه الثابته على العقد الصحيح أى من أحكام العقد الصحيح فلا يرتفع الغرر بذلك فان العقد بعد كونه صحيحا لا يعقل أن يكون غرريا لأن غرريه العقد توجب بطلانه.

و لكن قد ذكرنا سابقا أن ما لا- يرتفع الغرر بالخيار انما هو الخيار المجعول بجعل الشارع كخيارى المجلس و الحيوان و أما الخيار المجعول بجعل المتعاملين فلا- شبهه فى ارتفاع الغرر به، لأن الغرر على ما عرفت هو بمعنى الخطر فأى خطر فى إقدام الشخص على شراء شىء مع جعل الخيار لنفسه بان يشترط كونه على وصف كذا و إذا ظهر على الوصف فهو و الأمله الخيار فلا يكون المشتري بعد هذا الاشتراط الذى لازمه جعل الخيار فى خطر أصلا و لا يتوجه عليه محذور كما هو واضح.

و على هذا المسلك يسهل لنا دفع الاشكال المتوجه على البيوع المتعارفه أعنى إشكال غرريتها، نعم يصعب على مثل الشيخ (ره) دفع ذلك كما عرفت.

و توضيح ذلك أن المتبايعين حين الاقدام على المعامله قد اشترط كل منهما على الآخر بحسب ارتكازهما كون العوض سالما عن العيوب كما اشترط كل منهما كون كل من الثمن و المثلن مساويا للآخر كما تقدم و إذا تخلف هذا الشرط كان للمشروط له خيار تخلف الشرط و على هذا فالمشتري مثلا و ان لم يعلم بأوصاف الصحه للمبيع و لكن قد اشتراه مشروطا على البائع كون ذلك صحيحا عن العيوب و إذا ظهر على خلاف ما اشترط عليه كان له

الخيار فأى غرر و خطر فى هذه المعامله فإنه مع ظهور المبيع سالما فلا غرر و لا خطر و مع ظهوره غير سالم فأىضا لا خطر هنا فان الفرض أن له الخيار فإذا لم يرد يفسخ المعامله كما هو واضح، فلا يقع فيه الغرر كما إذا صرح بهذا الشرط فى ضمن البيع فهل يتوهم أحد أن البيع هنا غررى و لا شبهه أن الشرط الضمنى كالاتراط صريحا كما هو واضح، و على هذا البيان لا ريب أن خيار العيب من فروع خيار تخلف الشرط لا من الخيارات المقابله لخيار تخلف الشرط كخيار الحيوان و التأخير و الرؤيه و نحوها غاية الأمر ثبت هنا الأرش للروايه الخاصه و بالجمله على هذا المسلك فخيار العيب الذى ثبت فيه الأرش قسم من خيار تخلف الشرط و على هذا أيضا لا يفرق فى كون الخيار خيار عيب مع ظهور العيب فى المبيع بين أن يكون الشرط بحسب الارتكاز أو غيره و يدل على هذا التعميم الروايات منها صحيحه زواره (1) عن أبى جعفر عليه السلام: الله قال «أىما رجل اشترى شيئا و به عيب و عوار لم يتبر اليه و لم يبين له فأحدث فيه بعد ما قبضه شيئا ثم علم بذلك العوار و بذلك الداء انه يمضى عليه البيع و يردّ عليه بقدر ما نقص من ذلك الداء و العيب من ثمن ذلك لو لم يكن به» فإن إطلاق هذه الروايه و غيرها هو ثبوت خيار العيب للمشتري مع الاتراط صريحا أيضا و ان لم يقتصر فيه بالشرط الضمنى و انما ليس له حق الرجوع بالفسخ للتصرف فلا يلزم من التصريح بالشرط أن يكون الخيار خيار تخلف الشرط، بل يكون خيار عيب فيرتب عليه حكمه، ثم ان خيار العيب و ان كان من مصاديق خيار تخلف الشرط و لكن مع ذلك فرق بينهما فإنه قد عرفت سابقا أنه لا دليل على مسقطيه التصرف فيه بخلافه هنا فإن الروايه دلت على أن احداث الحدث

ص: ٩٧

يوجب سقوط الخيار و يبقى حق مطالبه الأرش فقط للمشتري لا يقال أن هذه الروايه لا تدل على سقوط خيار الشرط بل الساقط خيار العيب و يبقى خيار تخلف الشرط على حاله كما لا دلالة فيها على سقوط خيار الحيوان.

فإنه يقال انه فرق بين خيار العيب و خيار الحيوان فان خيار العيب غير خيار تخلف الشرط، كما عرفت، فمستقطبه التصرف قد جعل فى مورد خيار تخلف الشرط فلا- يعقل بقاءه بعد التصرف بخلف خيار الحيوان فإنه أخص من خيار تخلف الشرط فلا يمكن كشف سقوطه من إطلاق قوله عليه السلام فإن أحدث فيه حدثا فله الأرش دون الفسخ على ما هو مضمون الروايه، و قد عرفت سابقا أن الخيار لا يتقيد بسببه حتى أن يقال ان موارد المقيد بكذا قد سقط.

هكذا ينبغى أن يحرز المقام ثم ان ما ذكرناه يظهر أن ثبوت خيار العيب ليس من جهة انصراف المبيع الى الفرد الصحيح حتى يجاب عنه تاره بأنه لو تم الانصراف بما يختص بالمقام، بل يتم فى سائر الموارد أيضا من مطلق تخلف الشرط الذى هو مورد خيار تخلف الشرط و غيره، و يجاب اخرى كما فى المتن بأنه لو تم الانصراف فلازم ذلك بطلان العقد، لأن ما وقع عليه العقد اعنى الصحيح ليس بموجود و ما هو موجود فليس بمبيع فيكون المقام كتخلف الصور النوعيه كما هو واضح.

ثم انه أيد المصنف كون ثبوت خيار العيب أعم من صور الشرط الضمنى الارتكازى و من صور التصريح بالشرط بروايه يونس فى رجل اشترى جاريه على أنها عذراء فلم يجدها عذراء، قال: يردّ عليه فضل قيمه و علل التعميم بأن اختصاره عليه السلام على أخذ الأرش الظاهر فى عدم جواز الرد يدل على أن الخيار خيار العيب و لو كان هنا خيار تخلف الاشرط لم يسقط



الرد بالتصرف مع أن الاشتراط فرض في الروايه صريحا كما هو ظاهر قوله عليه السلام:الله على أنها عذراء و لا يرد عليها أن الاشتراط هنا لم يكن صريحا،بل ارتكازيا لثلا تعم الروايه صوره الاشتراط صريحا،و ذلك لما عرفت أن ظهور قوله على أنها عذراء هو الاشتراط الصريح،و الحاصل أشكل على الروايه ثانيا بأنه لو سلمنا كون على أنها عذراء ظاهرا في صوره الاشتراط و لكن لم يفرض في الروايه سقوطه بالتصرف ليكون ذلك خيار عيب و أيضا لا يرد على أن الخيار خيار تخلف الشرط لا خيار العيب حتى يقال أنه أعم من صوره الاشتراط صريحا و عدمه و دعوى أنه لو كان الخيار خيار الاشتراط لم يسقط بالتصرف و قد فرض في الروايه سقوطه بالتصرف و ثبوت الأرش فقط دعوى غير صحيحه لأنه لم يفرض التصرف في الروايه لو سلمنا كون هنا اشتراط و الجواب عن ذلك هو التصرف مفروض في الروايه حيث أن الظاهر من قوله عليه السلام فلم يجدها عذراء أنه تصرف فيه و لم يجدها عذراء،لا أنه علم بذلك بالعلم الخارجى من اليينيه و نحوها فإنه لا يطلق الوجدان على ذلك بل يقال علمها و عرفها و لا يطلق ذلك على المعرفه الحاصله من العلم الخارجى،و على كل حال فالروايه ظاهره في التصرف فلا يرد على كون المفروض في الروايه هو خيار العيب بقريته سقوطه بالتصرف و ثبوت الأرش فقط أنه لم يفرض التصرف في الروايه.

بل الجواب عن تأييد المصنف أنه ليس وصف الثيبوبه عيبا في المرأه ليكون وصف العذرائيه من أوصاف الصحه،بل هو من وصف الكمال،فان العيب ما يكون نقصا في البدن فذهاب البكاره لا يوجب النقص في البدن و الأ يلزم كون أكثر النساء معيوبه و عليه فلا- يكون الخيار في مفروض الروايه خيار عيب،بل خيار تخلف الشرط غايه الأمر لو كانت الروايه صحيحه لكانت داله على ثبوت الأرش في مورد خاص من مصاديق خيار تخلف الشرط و

سقوطه بالتصرف كما يثبت الأرش بذهاب البكاره فى النكاح، يعنى ينقص من المهر ما بين تفاوت البكر و الشيب و سيأتى  
التعرض لكون الشيبه عيبا أم لا فى العيوب؟

**قوله:مسأله:ظهور العيب فى المبيع يوجب تسلط المشتري على الردّ**

**اشاره**

و أخذ الأرش،

أقول:قد تسالم الفقهاء على كون المشتري مخيرا بين فسخ العقد و إمضائه مجانا،أو مع العوض،و لكن لم يوجد فى الأخبار ما يدل على ذلك،و لذا ذكر فى الحدائق أن إثبات التخيير بين الفسخ و الإمضاء مع الأرش من الأول بالأخبار مشكل و ان اتفق الفقهاء على التخيير من الأول و ذكر أنه لم يتنبه على هذه النكته أى عدم انطباق فتوى الفقهاء على الروايات قبلى أحد و ما ذكره صاحب الحدائق قوى جدا لأن الأخبار انما تثبت الأرش بعد التصرف الموجب لسقوط الخيار لا قبله و عليه فالحكم قبل التصرف هو الخيار فقط من دون أن يكون للمشتري حق مطالبه الأرش،نعم ان كان هنا إجماع تعبدى يوجب التخيير من الأول فهو و الا فما ذكره الأصحاب مشكل جدا و لكن إثبات الإجماع أيضا مشكل فإنه يحتمل أن يكون مدركه الوجوه الاعتباريه أو توهم دلالة الاخبار على ذلك،و ذكر المصنف أنه قد يتكلف إثبات التخيير من الأول بوجهين:- الأول:استفاده حكم ذلك من الاخبار بدعوى أنها تدل على الردّ أعم من رد المبيع أو الأرش و أشار الى ذلك بأنه يصعب استفاده ذلك من الاخبار و غرضه أن يدعى أن المراد من الردّ فى الاخبار ردّ المبيع فى الجملة أعم من أن يكون بالرجوع بتمام الثمن بان يفسخ أو بالرجوع بالأرش فإن أخذ الأرش أيضا رد للمبيع فى الجملة حيث لم يبقه على حاله من مقابله المبيع بتمام الثمن و فيه أولا أن الظاهر من الردّ فى الاخبار هو رد المبيع و لا يصدق رد المبيع على أخذ الأرش و هو واضح على أن الوصف لا يقابل

ص:١٠٠

بالثمن كما سيأتي.

الوجه الثاني: أن نفس وصف الصحة إنما هو يقابل بجزء من الثمن فمن الأول يكون الثمن في مقابل العين و وصفه و إذا ظهرت المخالفه أى ظهر عيب فى المبيع كان المشتري مخيرا بين ردّ ما قابل الوصف من الثمن و بين فسخ العقد كما هو واضح.

و أشكل عليه المصنف: ان وصف الصحة و ان كان يوجب الزيادة فى المائيه و لكن لا يكون الثمن واقعا فى مقابل الوصف، بل يكون واقعا فى مقابل العين، و الوصف واسطه لثبوت المايه للعين و كذا لا- يملك المشتري على مطالبه عين الثمن، بل يطلب التفاوت مع فقدان وصف الصحة مع أنه لو كان الوصف يقابل بالثمن كان للمشتري مطالبه جزء من شخص الثمن الذى وقع فى مقابل الوصف، و هذا الذى ذكره المصنف متين جدا، غلى أنه لو كان وصف الصحة يقابل بجزء من الثمن، فأى فرق بين هذا الوصف و بين بقيه الأوصاف كالأوصاف الكماليه، كما هو واضح.

ثم ذكر المصنف أنه قد يكون الثمن غير واقع فى مقابل الجزء أيضا فضلا عما هو شرط واقعا و هذا فيما إذا كان الجزء مأخوذا فى العقد على نحو الشرطيه كما إذا قال البائع بعتك الأرض الفلانيه على أنها جريان معينه، فظهر خلاف ذلك أو قال بعتك الحنطه الفلانيه على أنها منان فظهر أنها من، فذكر أنه فى هذه الصوره أيضا ثبت للمشتري خيار تخلف الشرط، و ليس له مطالبه جزء من الثمن بحيث يكون الخيار خيار تبعض الصفقه.

و لكن ما ذكره المصنف لا- يمكن المساعدة عليه فان المناط فى كون شىء شرطا فى المعامله أو جزء ليس هو الذكر فى اللفظ، بل المناط هو اللب و الواقع و من الواضح أن المبيع فى مثل الأمثله المذكوره هو جميع أجزاء الأرض و الحنطه و قد تقدم فى شرائط العوضين أن المبيع ينحل إلى أمور متعدده

ص: ١٠١

كما هو واضح.

و على الجملة أن الصورة و ان كانت صوره شرط و لكن الواقع أن المذكور بعنوان الشرطيه هو جزء المبيع فيكون البيع مع التخلف عن المقدار المذكور منحلا الى بيوع متعدده كما هو واضح،فما ذكره المصنف ثانيا من الاشكال ليس بصحيح.

ثم انه ذكر في المبسوط أن أخذ الأرش مشروط باليأس عن الرد فان كان مراده من اليأس هو تحقق ما يمنع عن الرد كالتصرف و نحوه من المسقطات فهو يرجع الى ما ذكرناه و ما ذكره صاحب الحدائق و هو متين،و الآ فإن كان مراده أنه مع اليأس عن الرد و لو مع بقاء الخيار فهو منطبق على ما ذكره المشهور و لا دليل عليه و على الجملة فلا دليل لما ذهب اليه المشهور من التخيير بين الرد و الأرش من الأول،نعم في الفقه الرضوي ما يدل على ذلك كما ذكره في المتن و الحدائق بناء على عدم زياده كلمه الهمزه بين كلمه و ان شاء أخذه و بين كلمه رد بان يكون العطف بالواو لا بأو ليكون للتخيير،و لكن قد عرفت في أول الكتاب مفصلا عدم اعتبار فقه الرضوي.

ثم ان ظهور العيب في المبيع هل هو كاشف عن الخيار و أن الخيار ثابت من زمان وجود العيب أو أنه مثبت للخيار و تظهر الثمره بينهما فيما إذا أسقط المشتري خياره قبل ظهور العيب فإنه على القول بكونه كاشفا عنه فلا شبهه في جواز الاسقاط فلا يلزم إشكال إسقاط ما لم يجب،و أما على القول بكونه مثبتا للخيار فلو أسقط قبل ظهور العيب يلزم منه إشكال إسقاط ما لم يجب،و لكن قد عرفت سابقا أنه لا محذور في ذلك أصلا و لا دليل على عدم جواز إسقاط ما لم يجب الا أنه قام الإجماع و تحقق الارتكاز على بطلان التعليق في المعاملات و شيء منهما لا يجرى في المقام بعد وجود المقتضى للخيار الذي سقط.

ص: ١٠٢

و أما أن ظهور العيب كاشف عن الخيار أو مثبت، فنقول الذى يظهر من الأخبار أنه كاشف عن ثبوت الخيار فإن الظاهر من قولهم من اشترى شيئاً و وجد فيه عيباً فله الرد، على ما هو مضمون الرواية أن للوجدان طريق الى الواقع و ليس له موضوعيه فى ثبوت الخيار كما هو المتفاهم العرفى من أمثال ذلك، فإنه لو سئل المفتى عن مثل ذلك فلا يتوهم أحد أن الوجدان له موضوعيه فى ثبوت الخيار من حين الوجدان، بل هو كاشف عن ثبوت ذلك من الأول و مرآت عليه و مع الإغماض عن ظهور هذه الاخبار فى ما ذكرناه و لكن يكفى فى الدلالة على ما نقوله ما فى الصحيح عن أبى جعفر عليه السلام الله: أيما رجل اشترى شيئاً و به عيب أو عوار و لم يتبرء اليه و لم ينبه فأحدث فيه بعد ما قبضه شيئاً و علم بذلك العوار و بذلك العيب فإنه يمضى عليه البيع فان هذه الرواية الشريفه تدل بمنطوقها على مضى البيع إذا علم المشتري بالبيع بعد التصرف و لكن يأخذ الأرش و تدل بمفهومها على ثبوت الخيار له إذا علم بالعيب قبل التصرف، ثم قال علم بذلك العوار حيث جعل العلم طريقاً الى كشف العوار و لذا قال أيما رجل اشترى شيئاً و به عيب و عوار فظاهرها ان الخيار ثابت من الأول و لكن حيث أن البائع و لم ينبه بالعيب فيكشف العلم عن ثبوته من الأول مما هو واضح و العجب من السيد حيث أنكر وجود ما يدل على كون وجدان العيب كاشفاً عن كون الخيار ثابتاً من الأول مع ان هذه الرواية ظاهره فى ذلك، نعم هو شريك معنا فى المدعى ثم ذكر المصنف أن ظهور العيب شرط لثبوت الخيار، و أما سببه فهو من زمان وجود العيب فهو أيضاً خلاف الظاهر من الروايات خصوصاً لصحيحه المتقدمه، فافهم.

ثم انه مما يؤيد بل يدل على كون الخيار مسبباً عن العيب لا عن ظهوره ثبوت الأرش العيب.

## ثم انه هل يختص خيار العيب بالمشتري أى بالمشتمن فيكون الخيار

للمشتري فقط، أو يجرى فى الثمن و يشمل للبائع أيضا،

الظاهر أنه لا خلاف فى ثبوته للبائع أيضا و انما الكلام فى مدرك ذلك، و الذى يمكن أن يقال فيه وجوه:- الأول: قيام الإجماع على ذلك و فيه أن القطع بذلك مشكل جدا و لا نعلم بالإجماع التعبدى هنا فإنه مع تحقق الإجماع فنحتمل أن يكون مدركه الوجوه الآتية.

الثانى: قاعده نفي الضرر و فيه أنه قد مر مرارا أن قاعده نفي الضرر لا يكون مدركا فى شىء من الخيارات على أنه لو كان هو المدرك هنا لكان إثبات الأرش به مشكلا و الا فلازم ذلك أن يثبت الأرش فى كل مورد كان نفي الضرر دليل للخيار كما هو واضح، و من المعلوم أنه لم يلتزم به أحد فى غير خيار العيب.

الثالث: أن يدعى أنه لا- خصوصيه للمبيع فى ثبوت خيار العيب و الأرش فيه مع كون الثمن فى طرق آخر من المعامله و عدم إمكان البيع بالمبيع فقط، بل لا بدّ من تحقق البيع بين الطرفين و المبادله بين العوضين فنسبه البيع بالنسبه إلى الطرفين على حد سواء و عليه فالأخبار الداله على ثبوت الخيار و الأرش فى المبيع تدل على ثبوتها فى الثمن أيضا فيكون الخيار ثابتا للمشتري أيضا كما ذكرنا سابقا أن ما دل على أن ثمن العذره سحت أو ثمن الخمر سحت، و ثمن الكلب سحت، أنه يختص بالمشتمن فقط بل يجرى فى الثمن أيضا لعدم الفرق فى الفرض الذى نهى عن الثمن الأمور المذكوره فهى موجود فيما إذا كانت الأمور المذكوره ثمنا لشيء آخر أو اجره للعمل أيضا كما هو واضح.

و إذا أمكن إثبات هذه الدعوى فى المقام أيضا كان الخيار و الأرش

جاريًا في طرف البائع أيضا و أن ذكر خصوص المبيع في الروايات لكنه من جهة الغلبه إذ الغالب أن الثمن هو النقود و لا يكون فيها عيب غالبا،و لكن إثبات هذا أيضا مشكل فإنه من أى علم أن ذكر المبيع من جهة الغلبه كما هو واضح.

نعم،لا- نضائق من القول بثبوت خيار العيب للبائع أيضا لا من جهة العيب،بل من جهة الشرط الضمنى على ما تقدم،و عليه فلا يمكن الالتزام بثبوت الأرش في طرف الثمن كما هو واضح.

و من هنا ظهر فساد ما ذكره السيد في المقام من كفايه الظن يكون ذكر المبيع من جهة الغلبه و كونه كفايه عن العوض في البيع فإنه لا دليل على حجية هذا الظن و أشكال من تعديده الحكم أى للثمن تعديده الحكم الى مطلق المعاملات بان يقال انه إذا آجر أحد دارا من شخص فظهر فيها العيب فيكون مخيرا بين مطالبه التفاوت و الفسخ فإنه يمكن أن في تعديده الحكم الى الثمن أن يقال أن ذكر المبيع من جهة الغلبه كما تقدم،و أن الثمن في طرف البيع فإذا ثبت الحكم في المبيع ثبت في الثمن أيضا لعدم الخصوصية للمبيع كما مثلنا بالأمثله المتقدمه فإن الفرض من الاخبار تفهيم أن النقص في العوض يوجب الخيار و الأرش و لكن لا يمكن النفوذ بذلك في مطلق المعاملات و عليه فلا بأس بالالتزام بالخيار فيها لتخلف الشرط و أما الأرش فلا دليل على ثبوته فيها كما هو واضح.

**قوله في مسقطات هذا الخيار بطرفيه أو أحدهما**

**مسأله يسقط الرد**

**اشاره**

خاصه بأمور،

**التصريح بالتزام العقد و إسقاط الرد**

أقول:الظاهر بل الواقع أنه لا شبهه في سقوط خيار العيب بالإسقاط على نهج بقيه الخيارات و انما الكلام في سقوط الرد فقط،أو سقوطه مع الأرش بحيث لا يكون لمن له الخيار بعد الاسقاط حق الرجوع فقط و الظاهر أنه لا ملازمه بين سقوط الرد و سقوط حق مطالبه الأرش كما

ص:١٠٥

إذا لم يكن لكلامه ظهور الّا فى سقوط الردّ فسقط كقوله إسقاط الردّ أو لم يكن ملتفتا بان له مطالبه الأرش بل له الخيار فقط فإنه ح لو أسقط خياره و لو مع عدم تقييده بإسقاط الردّ، بل بإسقاط مطلق الخيار فإنه ح يسقط الردّ فقط أيضا، بل الأمر كك حتى مع الالتفات بثبوت حق الرد و الأرش له و لكن القرينه قائمه على أنه لا يسقط الا الردّ أو ليس فى كلامه ظهور عرفى فى ذلك و أن قال أسقط خيارى و على الجملة فالمناط فى إسقاط الردّ و الأرش هو الظهور العرفى فكلما دل فى كلامه على سقوط الردّ فقط أو الردّ و الأرش معا فيكون متبعا و الا فلا، كما هو واضح.

و عليه فدعوى أن كلمه الرد ظاهره فى إسقاط الخيار فقط، و أن كلمه الخيار ظاهره فى إسقاط الردّ و الأرش فقط لا يمكن المساعدة عليه، نعم كلمه أسقط الردّ ظاهره فى إسقاط الردّ فقط، كما هو واضح هذا هو المطلب الأول.

و الحاصل: أن سقوط الخيار بطرفيه من الردّ و الأرش و بطرفه الواحد يحتاج الى كون المسقط ظاهرا فيه و عليه فلا بدّ من الاقتصار بالمتيقن.

### **المطلب الثانى: أنه لا شبهه فى سقوط هذا الخيار بالتصرف إجمالا**

و انما الكلام فى خصوصيات ذلك، فنقول

#### **ان التصرف انما يكون على أنحاء**

#### **الأول أن يكون تصرفا مغيرا كقطع الثوب و صبغه و نحو ذلك،**

و هذا لا شبهه فى كونه مسقطا للخيار و تدل عليه الصحيحه عن أبى جعفر عليه السلام اللّهُ أيما رجل اشترى شيئا و به عيب أو عوار و لم يتبرأ اليه و لم ينبه فأحدث فيه بعد ما قبضه شيئا و علم بذلك العوار و بذلك العيب فإنه يمضى عليه البيع و يرد عليه بقدر ما ينقص من ذلك الداء و العيب من ذلك لو لم يكن به، و من الواضح أن تغيير العين و لو بمثل الصبغ و نحوه احداث للحدث فان المراد من الأحداث هو الكنايه عن ثبوت حدث فى المبيع لا معناه الصريح



اعنى اسناد الحدث الى الفاعل فيكون موجبا لسقوط الردّ و يبقى له حق مطالبه الأرش فقط كما لا يخفى.

و يؤيد ذلك مرسله جميل التي يعاملون معها معامله الصحيح و ان ناقشنا في ذلك و هي عن أبي عبد الله عليه السلام في الرجل يشتري الثوب أو المتاع فيجد به عيبا، قال: ان كان الثوب قائما بعينه رده على صاحبه و أخذ الثمن و ان كان الثوب قد قطع أو خيط أو صبغ رجع بنقصان العيب.

### **الثاني: أن لا يكون هنا تصرف يوجب التأثر في العين خارجا**

و لكن يكون هنا تصرفا اعتباريا بحيث يكون مانعا عن الرجوع الى المتصرف ثانيا كأن يبيعه من شخص آخر فان البيع و ان كان لم يكن مثل القسم الأول من احداث الحدث في العين و لكن لا شبهه في صدق احداث الحدث على مثل هذا التصرف أيضا فإنه أى إحداث حدث يكون أعظم من هذا الذي لا يقدر معه المتصرف على الردّ الى ملكه و هكذا لو أجر العين من شخص فان العين حين ما أخذها من البائع كانت واجده للمنفعه و قد صارت فاقده لها فأى حدث أعظم من ذلك و سقوط الخيار قبل هذا التصرفات للنص المتقدم و الا فقد عرفت عدم سقوطه بالتصرف بمثل تلف العين غايه الأمر، العقد يفسخ و ينتقل الى المثل أو قيمه لأن الفسخ متعلق بالعقد دون العين كما تقدم.

نعم لو نقل العين الى غيره بمثل الهبه فالظاهر عدم سقوط حق الردّ بذلك فان العين و ان انتقلت الى غيره و لكن للمشتري التمكن من رده بالرجوع فإذا قال فسخت العقد فيكون هذه العبارة فسحا للعقد و رجوعا في الهبه كما هو واضح و لا يقاس ذلك بإمكان الرجوع في البيع أيضا بالشراء و نحوه فان اختيار الرجوع في ذلك ليس تحت يد المشتري أعنى البائع الثاني بخلاف ما لو نقلها بالهبه فإن اختيار إرجاع العين تحت يد الواهب

كما لا يخفى، فافهم.

و من هنا ظهر أن ما تنظر المحقق الثاني في سقوط حق الردّ بالهبة وجيه و لا وجه لرد المصنف إياه بأنه لا وجه له.

### **الثالث: أن يكون التصرف تصرفا خارجيا من غير ان يكون مغيرا للعين**

و لا يكون مثل القسم الثاني أيضا، و هذا على أقسام ثلاثة:-

### **الأول: أن يكون له ظهور عرفي في سقوط الخيار به كالمسقط اللفظي**

فإن سقوط الخيار لا يختص باللفظ كما تقدم في خيار الحيوان و غيره، بل يسقط بالفعل أيضا لا بما انه تصرف بل بعنوان أنه مسقط عرفي كما هو واضح

### **الثاني: أن لا يكون له بشخصه ظهور في سقوط الخيار به**

فذكر المصنف أن الفعل إذا كان له دلالة نوعيه و كاشفه نوعيه في الرضا بالعقد و إسقاط الردّ كاللفظ كان موجبا لسقوط الخيار و لكن الظاهر أن هذا الكلام لا يمكن المساعدة عليه للفرق الواضح بين اللفظ و الفعل في ذلك فان اللفظ انما يكون كاشفا عن اراده المتكلم مدلول ذلك بحسب التعهد فان المتكلم قد تعهد بأنه إذا تكلم بلفظ فلاني فإنه أراد المعنى الفلاني و عليه فيكون الظن الحاصل من كاشفيه اللفظ نوعا حجه و متبعا بحسب قيام بناء العقلاء على ذلك و هذا بخلاف الفعل الفلاني فإنه أراد المعنى الفلاني ليكون كاشفيه متبعا غايه الأمر أنه يحصل الظن من ذلك فهو ليس بحجه لعدم الدليل على اعتباره من بناء العقلاء و غيره كما لا يخفى، فافهم، و هذا هو الفرق بين اللفظ و الفعل في الكاشفيه و عدمها، حذو و اغتتم.

### **الثالث: أن لا يكون له ظهور في الإسقاط**

كما في القسم الأول و لا يكون له كاشفيه نوعيه كما في القسم الثاني على ما ذكره المصنف، بل يكون مجرد التصرف كالأمر باسقنى و غلق الباب و إعطاء متاع فظاهر جماعه أنه يسقط الرد بذلك أيضا، بل هذا هو صريح العلامة حيث ذكر في بعض كتبه أنه

يسقط الرد بالأمر كقوله ناولنى الماء أو أغلق الباب و نحو ذلك،و لكنه لا وجه لسقوطه بذلك بوجه فان الدليل على السقوط هنا هو احداث الحدث و من الواضح أنه لا يصدق على مثل هذه التصرفات احداث الحدث و ليس له كاشفيه نوعيه أيضا حتى يمكن القول بسقوطه من هذه الجبهه كما قيل فى القسم الثانى فيبقى القول بالسقوط بمثل ذلك ح بلا دليل كما هو واضح.

و الحاصل أنك قد عرفت أن التصرف بما هو تصرف لا يكون موجبا لسقوط الخيار حتى لو كان موجبا لتلف العين لما عرفت أن الفسخ و الخيار انما يتعلق بالعقد دون العين حتى لا يمكن ردها مع التلف فيجوز الفسخ بعد تلف العين و ينتقل العين الى المثل أو قيمه و لكن قد ورد النص بأن إحداث الحدث فى خيار العيب يكون مسقطا له و لمكان هذا النص فنقول بالسقوط هنا بالتصرف و لا شبهه فى صدق احداث الحدث بمثل تغيير اللون و القص فى الثوب و نحوه و هكذا فى مثل نقلها الى غيره بالبيع اللازم و كذلك الإيجار كما عرفت لصدق احداث الحدث فى جميع ذلك، نعم لا يصدق ذلك فى مثل الهبه ثم انك قد عرفت أن ذلك ليس من جهه أن الفسخ يتعلق بالعين فمع نقلها الى غيره لا يمكن الردّ،بل هو من جهه التعبد فقط و الا فالفسخ يتعلق بالعقد على ما عرفت سابقا،فإذا انفسخ العقد فان كانت العين باقيه يأخذها و الا فمثلها.

ثم انه لا بدّ و أن يعلم أن المصنف قد عثر عن روايه زراره بالصحيحه فى موردين و هذا اشتباه لأن فى سندها موسى بن بكر و قد اختلف فى حاله و قال بعضهم أنه ضعيف و واقفى و قال بعضهم انه ممدوح كالمجلسى و ابن ادريس فى آخر السرائر و هذا هو الظاهر و لعل وجه تضعيف بعضهم أنه واقفى و ان استشكل بعضهم فى كونه واقفيا أيضا و كيف كان فالروايه و ان كانت معتبره،و لكنها ليست بصحيحه و لعل المصنف تبع فى

التعبير عنها بالصحيحه قول العلامه حيث انه عبر عنها بذلك في ولد الملائنه لا في هذه الروايه، بل في روايه أخرى مرويه بهذه السند و هو أيضا اشتباه فإن العلامه قد ضعف موسى بن بكر في الخلاصه و مع ذلك حكم بصحه روايته و هذا استدراك مما تقدم.

و اما التصرف الخارجى الغير المغير فقد عرفت أنه على ثلاثه أقسام و عرفت القسمين عنها الأول كونه شخصيه كاشفا عن الرضا بالعقد و كونه مسقطا للخيار الثانى ما يكون بنوعه كاشفا عنه كما ذكره المصنف مثل دلالة الألفاظ و قد استشكلنا فى ذلك أيضا و انتهى الكلام الى القسم الثالث و هو ما لم يكن بنفسه كاشفا عن الرضا بالعقد و لا- بنوعه، بل يكون مجرد التصرف الخارجى، فهى هذا مسقط للخيار أم لا، فقد يظهر من جماعه سقوطه به، بل صرح به العلامه كما تقدم

**و قد استدلى على ذلك بوجوه.**

**الأول: أنه ذكر الجماع فى الروايه فى كونه مسقط للردّ**

مع أنه تصرف لا- يوجب احداث الحدث فى الأيمه بوجه، بل يبقى على ما هى عليها بعد ذلك أيضا فيعلم من ذلك أن مطلق التصرف يكون موجبا لسقوط الردّ هنا.

و فيه أن هذه الروايه على عدم سقوط الردّ بمطلق التصرف أدل فإنه لو كان مطلق التصرف موجبا لسقوط الردّ لم تصل النوبه إلى التعبير بالجماع إذ يستحيل عاده خلو الجماع عن المقدمات و التصرفات من اللمس، و التقييل و النظر الى ما لا يحل لغير المولى و نحو ذلك فحيث اعتبر الجماع مسقطا دون غيره من مقدماتها فيعلم من ذلك أن مطلق التصرف لا يكون مسقطا للردّ و انما الجماع مسقط للنص الخاص فلا يمكن التعدى منه الى غيره.

**الوجه الثانى: دعوى الإجماع على ذلك**

و فيه أنه لا سبيل الى دعوى الإجماع فى المقام بحيث يكون هنا إجماع تعبدى على كون التصرف على وجه

الإطلاق مسقطا للرد و ذلك لان أكثر الكلمات التي نقلها المصنف مشحونه بأن التصرف انما يكون مسقطا للرد إذا كان مع العلم بالعيب و الآفلا- فيعلم من ذلك أن ذهاب الفقهاء الى ذلك من جهة قولهم بان التصرف كاشف نوعا عن الرضا بالعقد فيكون ذلك مسقطا للرد و حيث استشكلنا في ذلك و أن التصرف لا- يكون كاشفا عنه، فاذن لا وجه للإجماع و التمسك به ليكون التصرف مسقطا للإجماع التعبدى و هذا واضح لا يخفى.

### **الوجه الثالث: ما ورد في خيار الحيوان من تفسير الحدث،**

بمثل التقبيل و اللمس و النظر الى ما لا- يحل لغير المولى، فيعلم من ذلك أن المراد من الحدث ليس هو حدوث تغيير في العين، بل المراد منه هو مطلق التصرف، و الآ- لما فسره الامام عليه السلام بمثل اللمس و نحوه و ان كان ذلك في اللغه بمعنى التغيير، كما لا يخفى.

و فيه أولا: أنه قد ورد سقوط الخيار بالأمر المذكوره في مورد خاص و هو خيار الحيوان، و قلنا أن ذلك ليس من جهة أن معنى الحدث هو ذلك، بل للتعبد الخاص و قد عرفت في خيار الحيوان أنه لا يمكن التعدى من ذلك الى بقيه التصرفات في نفس خيار الحيوان، أى يكون التصرف موجبا لسقوط خيار الحيوان فضلا عن التعدى الى غير خيار الحيوان.

و ثانيا: لو تعدينا الى خيار الحيوان و قلنا بسقوطه بأى تصرف في الحيوان فبأى وجه نتعدى الى غير خيار الحيوان أيضا و كيف كان فلا يمكن التعدى من تلك الروايه إلى المقام، و القول بان معنى الحدث هو أى تصرف و ان لم يكن مغيرا للعين فتحصل أنه لا دليل على كون مطلق التصرف موجبا لسقوط الخيار.

بل نقول:

### **ان لنا دليل على عدم سقوط الرد بمطلق التصرف**

و هو وجوه،

### **الأول: روايه الجماع**

على التقريب المتقدم.

ص: ١١١

## الثاني: ما دل على أنه لو اشترى أحد أمه و لم يطأها في سته أشهر جاز ردها

و من البديهي أنه لا يخلو عادة في هذه المده أن المشتري يتصرف فيها و لو بالأمر بكنس الدار، و بمثل ناولني الماء، و نحو ذلك، فلو كان مطلق التصرف موجبا لسقوط الرد، لم يحكم الامام عليه السلام بالرد في سته أشهر، فذكر الجماع دون غيره دليل على عدم سقوط ردها بمطلق التصرف.

## الثالث: ما دل على جواز رد المملوك من أحداث السنه

أى العيوب التي ظهرت في مده السنه فإنها تكشف عن كون سببها قبل الشراء فإن العاده جاريه بظهور العيوب السابقه في مثل هذه المده و تسمى ذلك أحداث السنه و من الواضح أن من المستحيل عاده أن لا يتصرف المشتري في هذه المده أصلا، و لو بتصرف لا يغير العين أصلا.

## الرابع: نفس الروايه التي دلت على عدم جواز الرد بأحداث الحدث

فإنها تدل على ذلك إذا كان في المبيع عيب أو عوار و أحداث المشتري فيه الحدث، و بمفهومها تدل على جواز الرد ما لم يحدث فيه الحدث و من الواضح أنا علمنا من الخارج أن مطلق التصرف ليس من مصاديق أحداث الحدث، لا عرفا و لا لغه و لا شرعا، فمقتضى مفهوم هذه الروايه يجوز رده لذلك كما هو واضح و على الجملة أن مطلق التصرف لا يكون مسقطا لخيار العيب أولا لعدم الدليل و المقتضى على ذلك، و ثانيا لقيام الوجوه المذكوره على عدم السقوط بمطلق التصرف.

نعم: يسقط بمثل أحداث الحدث للنص بحيث لو لم يكن هنا نص لم نقل بالسقوط بمثله أيضا، بل بإتلاف العين أيضا، فإن الفسخ لم يتعلق بالعين حتى يسقط الخيار بنقلها، بل بالعقد فيمكن فسخه بتلف العين و تنتقل العين الى المثل أو قيمه كما هو واضح، و من جميع ما ذكرناه ظهر لك حكم إتلاف العين كما هو واضح.

ثم انه يقع الكلام فى أن احداث الحدث الذى كان موجبا لسقوط الخيار، هل هو مسقط له بوجوده حدوثا و ان لم يبق أثره بقاء أو انما يكون مانعا عن الرد بقاء، الذى يظهر لنا من الروايه الداله على مسقطيه إحداث الحدث الرد فان الظاهر من قوله عليه السلام فأحدث فيه بعد ما قبضه شيئا و علم بذلك العيب فإنه يمضى عليه البيع أن الحدث موجود فى حال الرد و لذلك قال عليه السلام يمضى عليه البيع.

و بعبارة أخرى أنك قد عرفت سابقا أن التصرف بأى نحو كان لا يكون مسقطا للرد حتى التلف، فان الفسخ انما يتعلق بالعقد لا بالعين حتى لا يمكن الفسخ و رد العين بعد التلف، أو التصرف المغير للعين، و انما ثبت لنا بالنص الخاص أن احداث الحدث يكون مانعا عن الرد و الحكمه فى ذلك هو إرفاق البائع و من الواضح أن الإرفاق انما يتحقق و يحصل إذا كان العيب موجودا فى العين حال ردها إلى البائع، و أما إذا برء الى وقت الرد فلا يكون ذلك مانعا عن الرد و هذا المعنى هو الذى يقتضيه مناسبه الحكم و الموضوع.

### **الثالث تلف العين أو صيرورته كالتالف**

**قوله: فرع لا خلاق نصا و فتوى فى أن وطى الجاربه يمنع عن ردها.**

أقول: المشهور، بل المجمع عليه بين الأصحاب هو أن وطى الجاربه مانع عن الرد، و انما الكلام فى دليل ذلك مع أنه لا دليل على كون التصرف مانعا عن الرد، و قد علل العلامة المنع فى موضع من التذكرة بأن الوطى جنايه و لهذا يوجب غرامه جزء من قيمه كسائر جنایات المملوك، و قد ذكر فى كلام الإسكافى أيضا ان الوطى مما لا يمكن معه رد المبيع الى ما كان عليه قبله، فإنه لا بدّ و ان يكون مراد الإسكافى أيضا ما ذكره العلامة، فإنه لا مفهوم له إلا ذلك إذ النظر و التقبيل و نحو ذلك أيضا يوجب أن الأمه مع ذلك فلا يمكن ردها الى ما كانت عليه قبل النظر و التقبيل فلا بدّ و أن يراد

ما ذكره العلامة من كون الوطى جناية و قد أيد المصنف ذلك بما ورد فى جملة من الروايات من قوله عليه السلام: معاذ الله أن يجعل لها أجر فإن فيه إشارة إلى انه لو ردها لا بد أن يراد معها شيئاً تداركاً للجناية إذ لو كان الوطى مجرد استيفاء منفعه لم يتوقف ردها على رد عوض المنفعه لكون الاستيفاء واقعا فى ملكه فلا يجب مع الرد رد المنفعه كما هو واضح، فان الفسخ فسخ للعقد من حين الفسخ لا من الأول.

أقول: أما كون الوطى جناية فهو بديهى البطلان، و لم يلتزم به أحد فى بقيه الموارد و لذا لو زنى أحد بامرأه العياذ بالله، أو وطأ غلاماً لم يتوهم أحد أنه يؤخذ منه الجنايه، نعم ثبت الجنايه فى إزالة البكر و لكن ذلك من جهه كونه ازاله صفه كمال لا من جهه الوطى فما ذكره العلامة و الإسكافى مما لا وجه له، و من هنا أنه لا فرق فى التصرفات الغير المغيره بين الوطى و غيره، فإنه أيضاً من التصرفات الغير المغيره كما لا يخفى و أما ما ذكر فى الروايات من قوله عليه السلام: معاذ الله أن يجعل لها أجر لا يدل على أن ذلك من باب الجنايه، و أن الاستعاذه من جهه نفي الأجره و أما ما ذكره المصنف من حمل الروايه على التقيه و أن الأمير عليه السلام تكلم بذلك رعايه لحال رعيته، فهو بعيد، بل ذلك من جهه أن الأمير عليه السلام تكلم بذلك إشعاراً الى أن الحكم هنا أمر ثابت بالتعبد لا- انه من تلقاء نفس لأنى ليست مشرعاً حتى اجعل لها أجراً و لذا قال عليه السلام فى روايه ميسر: معاذ الله أن أجعل لها اجرا. بل التحقيق ان عدم جواز الرد مع الوطى من جهه التعبد بالروايات الوارده فى المقام فإنها دلت على ذلك، كما هو واضح.

و قد انتهى الكلام الى أن الوطى يمنع من الرد أم لا و قلنا بكونه مانعاً عن الرد للروايات الخاصه لا من جهه أنه إحداث الحدث و لا من جهه انه



تصرف و لا من جهه أنه جنايه، كما ذهب إليه العلامة،

### و انما الكلام فى أنه

مانع عن الرد مطلقا و ليس منه استثناء أو استثنى منه صورته كون الجارية

حامله

كما ان أصل مانعيه الوطى عن الرد مستثنى عن أصل عدم مانعيه التصرف عن الرد

### و المشهور هو الثانى، و ان الحمل مع كونه عيبا و الوطى

ليس مانعا عن الرد

و كلمات أكثرهم فى ذلك مطلقه أى أعم من أن يكون هنا عيب آخر غير الحمل أو يكون هو الحمل فقط سواء كان الحمل هو العيب أم لم يكن الحمل عيبا. و قد ذكروا هنا أيضا أن الجارية ترد و يرد معها العشر كما هو المشهور و استندوا فى ذلك الى ظاهر من الروايات منها صحيحه بن سنان الداله على رد الجارية الحامله، و رد نصف عشر قيمتها، و كك فى روايتى عبد الملك و ابن أبى عمير و فى صحيحه محمد بن مسلم يرداها و يكسوها و فى روايه عبد الملك يرداها و يرد عشر قيمتها و هذه الروايات تدل على ما ذهب اليه المشهور، بل ادعى الإجماع على العمل بظاهرها و لكن خلافا لما عن الإسكافى حيث حملها على كون الجارية أم ولد من المولى و التزام بوجوب الرد لبطلان بيع أم الولد، و يكون رد نصف عشر قيمه فى مكان مهر المثل فى الحر الموطوءه بشبهه، و قد اختار ذلك فى المختلف بل هو ظاهر الشيخ فى النهايه، حيث قال فان وجد بها عيبا بعد أن وطئها لم يكن له ردها و كان له أرش العيب خاصه الا- أن يكون العيب من جبل فيلزمه ردها على كل حال و طئها أو لم يطئها و يرد معها إذا وطئها نصف عشر قيمتها ثم ذكر المصنف و يمكن استفاده هذه من إطلاق المبسوط القول بمنع الوطى من الرد، فان من البعيد عدم استثناء وطى الحامل و عدم تعرضه لحكمه مع اشتها المسأله فى الروايات و السنه القدماء، و اطلاع الشيخ على الروايات الداله على ذلك.

و هذا القول هو ظاهر الرياض و الوسيله. ثم اختاره المصنف أيضا و

قال ان الروايات المتقدمه و ان كان فى بادى النظر ما ذكره المشهور الا

**أن العمل على هذا الظهور يستلزم مخالفه الظاهر من وجوه.  
الأول: أنه يلزم المخالفه على هذه الروايه من أحد الطرفين**

اما مخالفه ظهورها فى وجوب رد الجاربه فإنها ظاهره فى وجوب رد الجاربه و حملها على الرد مع الوطى و صحه البيع لا يستقيم الا برفع اليد عن حملها على وجوب الرد إذ مع صحه البيع لا يجب الرد، بل كان جائزا و أما القول بوجوب الرد فلا يمكن القول بصحه البيع، بل يلتزم بفساد البيع لكونه بيع أم ولد فيكون الرد واجبا لوجوب رد مال الغير اليه و من الواضح هذا الحمل مخالف للظاهر بلا- شبهه لكون الجملة الخبريه الوارد فيها ظاهره فى الوجوب كما حقق فى الأصول و حملها على مجرد الجواز خلاف الظاهر منها.

و اما أن يقيد الحمل بكونه من غير المولى حتى يكون الجملة الخبريه وارده فى مقام دفع توهم الحظر الناشى من الأخبار المتقدمه المانع من رد الجاربه بعد الوطى إذ لو بقى الحمل على إطلاقه لم يستقم دعوى وقوع الجملة الخبريه فى مقام دفع توهم الحظر.

و بالجملة أن دعوى جواز رد الجاربه الحامله و عدم مانعيه الحمل من الرد من آثار البيع الصحيح فبعد كون البيع بيع أم ولد، أو إطلاقه و كونه أعم من بيع أم الولد و غيره كان البيع باطلا و وجب رد الجاربه إلى مالكها فلا بدّ اما من رفع اليد من ظهور الرد فى الوجوب الذى هو ظاهر الجملة الخبريه و حملها على الجواز أو حمل الوجوب على دفع توهم الحظر الناشى من الاخبار فكأن السائل توهم عدم جواز الرد مع الوطى مطلقا فسال عن ذلك مع كون الجاربه حامله و من الواضح أن كلاهما ارتكاب على خلاف الظاهر فلا- بدّ من البقاء ظاهرها و ثبوت الرد على حاله فتكون الروايات ح محموله على أم الولد، و تكون خارجه عما نحن فيه.

على أنه يبعد حمل تلك الروايات على الجواز اختلاف السياق فإنه ذكر فيها أنه يرد الجاربه و يردّ نصف عشر قيمتها فإنه من البعيد أن تحمل كلمه يردّ الجاربه على الجواز و كلمه يرد نصف عشر قيمه على الوجوب فمقتضى اتحاد السياق هو أنّ يراد من كلمه يرد وجوب الرد في كلا الموردين و عليه فتكون الروايات محموله على أم ولد المولى.

### **الوجه الثاني: أن الروايات المذكوره منطبقه على وجوب ردّ نصف عشر**

القيمه أو عشرها

و هذا لا يجتمع مع القواعد فان مقتضى القاعده منافع مال كل شخص عائده اليه و إذا استوفاه فتكون له و عليه فلا مقتضى لإعطاء عشر قيمه الجاربه أو نصف عشر قيمتها لكون استيفاء المنفعه واقعا فى ملكه و عليه فلا بدّ اما من الالتزام بان استيفاء المنفعه هنا من المالك الأول و ان كان فى ملكه فيكون ما نحن فيه تخصيصا للقاعده المذكوره المسلّمه و هو بعيد.

أو لا بدّ من الالتزام بكون المورد تخصيصا لما هو المسلم من أن بطلان العقد من حين الفسخ لا من حين العقد و من أول الأمر و يقال فى المقام بان الفسخ من الأول فيكون العقد باطلا من الأول، و يكون ما استوفاه المشتري من المنافع من أموال البائع و عليه يجب ردها اليه و رد نصف عشر قيمه أو عشرها من جهه ذلك.

و بعباره أخرى أن كون العقر على المشتري مخالف لقاعده عدم العقر فى وطى الملك أو مخالف لقاعده كون الرد بالعيب فسخا من حينه لا من أصله. و هذا أيضا بعيد.

### **الوجه الثالث: أن الالتزام بعدم كون الوطى مانعا عن الرد مع كون**

الجاربه حبلى مخالف لما ورد عموما

من كون احداث الحدث مانعا عن الرد و ما ورد خصوصا من كون الوطى مانعا عن الرد و هذا أيضا بعيد.

### **الوجه الرابع: أنه ذكر المصنف(ره) أيضا ان هذا المعنى يستفاد من روايتين:**

ص: ١١٧

الأولى:روايه ابن ابى عمير فى رجل باع جاريه حبلى و هو لا يعلم فإن السؤال فى هذه الروايه عن بيع أم الولد و الآ لم يكن لذكر جهل البائع فى السؤال فائده فان ماله فائده انما هو جهل المشتري فإنه مع الجهل يكون له خيار العيب و اما مع عدم الجهل فلا يكون له خيار لإقدامه بذلك البيع و أما إذا كانت الجاريه أم ولد،فجهل البائع له فائده فإنه مع عدم الجهل بالحمل لا يمكن له بيع الجاريه لكونها أم ولد.

الثانيه:صحيحه محمد بن مسلم عن أبى جعفر عليه السلام(فى رجل) يشتري الجاريه الحبلى فينكحها قال يردها و يكسوها فان قوله عليه السلام يكسوها مشعره بما ذكرناه حيث انه ثبت فى الشريعه المقدسه أن الكسوه ثبت للحره يطؤها و حيث ان أم الولد فيها شأنه الحره فلهذا اثبت الامام عليه السلام فيها الكسوه.

و الحاصل:أنه ذكر المصنف أن الاخبار المذكوره و ان كانت ظاهره فى بادى النظر فى ما ذهب اليه المشهور من كون الوطى غير مانع عن رد الجاريه الحامله

### **و لكن لا بدّ من رفع اليد عن هذا بوجوه و حملها عن أم الولد الأول:أن الجملة الخبريه الفعلية فيها**

و هى قوله عليه السلام يردها ظاهره فى الوجوب و هى لا تصح إلا فى حمل الجاريه على أم الولد لوجوب ردّها الى مالکها من جهه بطلان البيع فيها فلو حملناها على غير أم الولد فاما لا بدّ من رفع اليد عن ظهور الجملة الخبريه فى الوجوب و حملها على جواز الرد و هو خلاف الظاهر منها و اما إبقائها فى ظاهرها و لكن يحمل الوجوب على دفع توهم الحظر من جهه الإطلاقات الداله على مانعيه ردّ الوطى و هذا أيضا خلاف الظاهر من الوجوب.

و بعبارة أخرى حمل البيع على البيع الصحيح يستلزم الارتكاب بأحد

خلافى الظاهر من كون الجملة الخبرية الواقعة فى الروايه ظاهره فى الوجوب كما هو واضح.

### **الثانى: أن المنافع المستوفاه انما هى للمشتري**

لكونها فى ملكه و حمل الروايات على غير أم الولد يستلزم أن تكون تلك المنافع للبائع لأن تلك الأخبار تدل على ردّ عشر قيمه أو نصف عشر قيمه و عليه فلا بد اما من الالتزام بكون المنفعه هنا للبائع تخصصا للقاعده الداله على ان المنافع الملك للمالك أو من الالتزام بكون الفسخ من الأول لا من حين الفسخ و هذا أيضا بعيد جدا.

### **الوجه الثالث: أن الالتزام بعدم حملها على أم الولد و القول بجواز**

وطى الجاربه الحامله غير مانع عن الرد

للم الالتزام بتقييد ما دل بإطلاقه على مانعيه الحدث و التصرف من الرد لكونه كاشفا عن الرضا بالعقد و منافيا لإطلاق ما دل على مانعيه خصوص الوطى عن الرد و هذا أيضا بعيد.

### **الرابع: قد وقعت الإشارة فى مرسله ابن عمير الى كون الجاربه**

أم ولد

لانه وقع فى السؤال فيها أنه باع جاربه حبلى و هو لا يعلم و من الواضح أنه لا أثر لجهل البائع فى بيع غير أم الولد و أما فى بيع أم الولد فله أثر لأنه مع العلم بكونها أم ولد لا- يبعها و أيضا ذكر فى الصحيحه أنه يرد الجاربه و يكسوها و من الواضح أن الكسوه انما هى وقعت فى طلاق الحره مع عدم فرض المهر لها و حيث أن أم الولد متشبهه بالحره قد ذكر الامام عليه السلام فيها الكسوه.

### **الوجه الخامس: أن هذه الأخبار الداله على جواز ردّ جاربه الحامله**

بعد الوطى

و عدم مانعيه الوطى عن الرد فيها ظاهره فى أن الرد انما وقع بعد تصرف المشتري فى الجاربه بغير الوطى من مثل اسقنى الماء و أغلق الباب و مقدمات الوطى و غير ذلك من التصرفات التى يبعد عاده، بل

يستحيل خلو المشتري عنها و لا أن الجاربه تنفك عنها و تقييد هذه الروايات بصوره عدم هذه التصرفات تقييد بها بالفرض النادر.

نعم، التزمنا بالتقييد بذلك في غير هذه الأخبار مما دل على ردّ الجاربه بعد مده طويله كسته أشهر على ما تقدم و انما التزمنا على ذلك من جهه الدليل الدال على لزوم العقد بالتصرف و لكن لا داعى لهذا التقييد هنا لعدم إمكان تقييد ما دل على رد الجاربه بعد مده طويله بنحو آخر و لكنه يمكن تقييدها بنحو آخر فى المقام، فإنه يمكن تقييد الحمل هنا بكونه من المولى لتسلم هذه الأخبار الداله على رد الجاربه الحامله بعد الوطى عن جميع التقييدات المتقدمه كما لا يخفى.

غايه الأمر أن هذه الاخبار تعارض مع ما دل على منع الوطى عن الرد بالعموم من وجه فيبقى ما عدا الوجه الثالث مرجحا لتقييد هذه الأخبار.

و توضيح ذلك أن هذه الأخبار أخص من حيث اختصاصها بصوره الحبل و عدم شمولها لموارد الوطى بأجمعها و لكنها مطلقة من حيث كون الحمل من المولى لتكون الجاربه أم ولد أو من غير المولى لثلاثا تكون الجاربه أم ولد و الأخبار الداله على مانعيه الوطى عن الرد فهى أخص من حيث موردها و هو البيع الصحيح و عدم شمولها الجاربه التى هى أم الولد لأن الكلام فيها قد فرض فى البيع الصحيح و من الواضح أن بيع أم الولد سواء كان مع العلم أو بدونه ليس بصحيح فلا تكون شامله لأم الولد و لكنها أعم من حيث كون الوطى وطيا للجاربه الحامله أو الحائله لإطلاقها و ح تقع المعارضه بينهما و الوجوه المتقدمه مرجحه لها و على تقدير التكافؤ و التساقط و جب الرجوع الى عموم ما دل أن احداث الحدث مطلقا مانع عن الرد لكونه رضى بالبيع ثم ذكر أنه يمكن الرجوع الى ما دل على جواز الرد مع قيام العين كمرسله جميل بن دراج المتقدمه ثم ذكر أنه مع المناقشه فى عموم ما

دل على عدم جواز الرد بمطلق التصرف وجب الرجوع الى أصله جواز الرد الثابت قبل الوطى و لكن يبقى أن لزوم العقر على المشتري بنصف عشر قيمه أو عشرها بلا وجه و لكن يمكن إثباته بعدم القول بالفصل لأنه كلمن قال بلزوم رد الجارية الحامله بعد الوطى قال بذلك مع العقر و كلمن لم نقل لم نقل بذلك مطلقا.

و الحاصل: أن المصنف أثبت فى النتيجة ما ذهب اليه صاحب الرياض و غيره من حمل الأخبار المذكوره على أم الولد و أن وطى الجارية الحامله أيضا مانع عن الرد كما هو واضح فافهم هذه هى محصل الوجوه التى ذكرها المصنف و العمده منها هى الوجه الأول و الخامس.

أقول:

### **الأولى: ما ذهب اليه المشهور من جواز ردّ الجارية الحامله بالوطى**

و عدم حملها بأم الولد

و الوجوه التى ذكرها المصنف تأييدا لحملها على أم الولد و كونها أجنبيه عن جواز رد الجارية الحامله بعد الوطى لا ترجع الى محصل أما الوجه الأول الذى هو من عمده الوجوه فجوابه أن ما ذكره من كون الجمله خبريه ظاهره فى الوجوب فهو متين و لكن ذلك لا- يوجب حملها على أم الولد حفظا لظاهرها بل هى ظاهر فى الجارية الحامله من غير المولى فالجمله و ان كانت ظاهره فى الوجوب و لكن القرينه دلت على كون الوجوب فى مقام دفع توهم الحظر الناشى من المطلقات المداله على مانعيه الوطى من الرد، فلا- تحمل الجمله الإنشائيه على الجواز ابتداء ليكون ذلك الحمل على خلاف الظاهر، بل تدل على دفع توهم الحظر و لازم ذلك هو جواز الرد لا وجوبه فالجمله باقيه على استعمالها فى الوجوب، و لكن فى الوجوب فى دفع توهم الحظر و يلزم عليه الجواز و الذى يدل على اراده الحمل من غير المولى ما وقع فى بعض تلك الروايات المقابله بين الجارية الحبلية إذا وطئها المشتري فحكم الامام عليه السلام بردها و بين الجارية التى

ص: ١٢١

ليست بحبلى و وطئها المشتري حيث حكم الامام عليه السلام الله بعدم جواز ردها فهذه المقابله تدل على أن الرد و عدم الرد قد ورد أعلى الورد واحد و من الواضح أن يقبل هذه المقابله، أى الرد تاره و عدم الرد اخرى هو البيع الصحيح لا الباطل فتكون أم الولد خارجه عن حدود تلك الاخبار بل الأمر كك إذا لم تكن هنا مقابله حيث ان كلمه ترد الجاربه صريحه فى إرادته البيع الصحيح دون الفاسد فلا- يمكن حمل الجاربه ح على أم الولد و ذلك أن من الواضح جدا أن المراد من الرد ليس هو الرد الخارجى الحقيقى لبداهه عدم وجوب ذلك حتى مع كون الجاربه أم ولد و بطلان البيع لجواز إبقاء الجاربه عند المشتري بالإجازة أو بالإجاره و نحوهما بل المراد من الرد هو الرد الاعتبارى أى الرد الى ملك البائع.

و بعبارة أخرى أن المراد هو الرد الخارجى و لكنه كناية عن الرد الاعتبارى و من الواضح أن الرد الى ملك البائع لا يمكن الا بالفسخ بعد كون البيع صحيحا فلا يعقل صحه المعامله مع كون الجاربه أم ولد لبطلان البيع مع ذلك.

و الذى يدل على هذا المعنى و على كون الوجوب لدفع توهم الحظر ما فى صحيحه ابن سنان من استشهاد الامام(عليه السلام)بقوله لا ترد الجاربه التى ليست بحبلى إذا وطئها صاحبها حيث انه لا وجه لذلك بعد كون الجاربه أم ولد و بطلان البيع فإنه مع بطلان البيع أى معنى لاستشهاده عليه السلام بقسم خاص من البيع الصحيح و أنه لا ترد الجاربه فى هذا القسم فتدل هذه المقابله على كون الصورة الاولى و هو رد الجاربه الحامله مع الوطى فى البيع الصحيح أيضا و هذه الفقرة أى الاستشهاد بكلام على عليه السلام أيضا تدل على كون الوجوب لدفع توهم الحظر حيث انه توهم السائل من المطلقات عدم جواز رد الجاربه بعد الوطى مطلقا فدفع الامام عليه السلام



ذلك التوهم باختلاف الموردين.

و بالجمله ففي الروايه قوه ظهور على ما ذكرناه كما لا يخفى، فالجمله الخبريه انما استعملت في الوجوب و في مقام إنشاء الحكم من غير اراده الجواز منها ليكون خلاف الظاهر منها و لكن في دفع توهم الحظر و لازم ذلك هو الجواز فإنه بعد بيان اختلاف الموردين بدفع توهم الحظر يعلم أن فيما نحن فيه يجوز الرد كما أن للروايه قوه ظهور في أن المراد من الرد هو الكنايه عن فسخ العقد و أن الرد خارجي و لكن ذلك كنايه عن الرد الاعتباري و هو الرد الى الملك و فسخ العقد فافهم ذلك و اغتنم.

و الحاصل: أن المستفاد من كلمه يرد في الروايات أن المراد منها هو جواز رد الجاربه الحامله من غير المولى بعد وطى المشتري لها فان الرد كنايه عن الرد الى الملك لعدم وجوب الرد الخارجى قطعاً لو كان المراد من الحمل كونها حامله من المولى فتكون الروايات خارجه عن أم الولد موضوعاً و تدل على ذلك مقابله الرد مع عدم رد الجاربه بعد الوطى إذا لم تكن حامله و تكون نفس هذه المقابله قرينه على كون الجمله الخبريه الداله على الوجوب واقعه في مقام توهم الحظر.

و ما افاده المصنف من الوجه الأول الذى هو العمده لا يتم.

أما ما افاده ثانياً من بعد كون المنافع المستوفاه في ملك المشتري للبائع كما يقتضيه وجوب رد نصف العشر على البائع و هذا بخلاف ما إذا حملنا الروايات على أم الولد فإن إعطاء نصف العشر أو العشر من قيمه في مقابل الوطى كما أن في وطى الحره شبهه يوجب مهر المثل على الواطى فهو أيضاً واضح الدفع فان ذلك حكم قد صدر من الشارع في مورد تعبداً فلا بد من العمل به كما هو واضح.

ص: ١٢٣

و أما الوجه الثالث: من أن كون الحمل من غير المولى يستلزم التقييد فى الروايات الداله على أن الوطى مانع عن الرد فهو محض استبعاد فأى مانع من التقييد و التخصيص بعد قيام الدليل على ذلك كما هو واضح و قد شاع تخصيص العام حتى قيل ما من عام الا و قد خصّ.

و أما الوجه الرابع: أعنى دلالة بعض الروايات على حمل الجاربه الحامله على أم الولد و هى تقييد البيع بجهل البائع ففيه.

أولاً: أن ذلك التقييد انما وقع فى كلام الراوى و لا فائده له ح فان من يتلى بأسأله العوام يعلم أن فى سؤالاتهم قيود لا فائده فى ذكرها أصلاً.

و ثانياً: أن فائده التقييد ليس منحصرًا بكون الجاربه أم ولد بحيث لو لم يكن البائع عالماً بذلك لما باع و أما لو كانت الجاربه غير أم ولد فلا فائده للتقييد أصلاً فيكون لغواً لإمكان أن يكون التقييد من جهه بيان موضوع الخيار و أنه لو كان عالماً لبيّن عيب الجاربه و هو الحمل و ح لما كان للمشتري خيار أصلاً فيكون الغرض من التقييد هو الأثر الوضعى و يمكن أن يكون الغرض من ذلك هو رفع الحكم التكليفى أيضاً فإنه لو كان البائع عالماً بالعيب لكان بيعه بدون بيان غشا محرماً و بعيد من المسلم أن يرتكب بذلك و انما أقدم عليه جهلاً و كيف كان فلا دلالة فى هذا التقييد على ما ذكره المصنف و أما ذكره الكسوه فى روايه ابن مسلم فهو انما يشعر بما ذكره المصنف إذا قلنا ان الواجب على المشتري لزوم رد نصف عشر قيمه أو عشر قيمه و أما إذا قلنا أنها أحد أفراد الواجب المخير كما سنذكره، فلا اشعار فيها أصلاً بما ذكره المصنف.

و أما الوجه الخامس: من أنه لو حملنا الجاربه على غير أم الولد فيلزم تقييد ما دل على كون التصرف مسقطاً لأن الوطى لا ينفك عن التصرفات و

هذا بخلاف ما لو حملناها على أم الولد فإنه لا داعى لهذا لتقييد أصلا وفيه:- أولا: أنه لا دليل على كون التصرف مطلقا مسقطا للرد و انما المسقط هو احداث الحدث للنص الخاص على ما تقدم بل يلتزم به المصنف أيضا إلا إذا كان كاشفا عن الرضا بالعقد نوعا و قد ناقشنا فى ذلك أيضا.

و ثانيا: أنه بعد ما قلنا بجواز رد الجارية الحامله بعد وطى المشتري بها فيدل ذلك بالالتزام على أن التصرفات التى لا تخلو الجارية عنها من مقدمات الوطى أو مثل ناولنى الماء و أغلق الباب لا يكون مانعا عن الرد فتكون هذه الروايات مقيده لما دل على كون التصرف مسقطا للرد كما هو واضح.

و أما ما ذكره من أن غايه الأمر وقوع المعارضه بين ما دل على مانعيه الوطى عن الرد مطلقا و بين ما دل على عدم مانعيه إذا كان الوطى للحامله بالعموم من وجه فبناء على ما ذكرناه من حمل الأخبار الثانيه على الحمل من غير المولى فلا تصل النوبه إلى التساقت كما هو الصحيح و قد عرفت عدم تماميه شىء مما ذكره المصنف ليكون مرجحا لما ذكره و قلنا ان المتعين حمل هذه الاخبار على غير أم الولد و مع الغض عن ذلك فتسقط كلتا الطائفتين بالمعارضه.

فح فلا- مانع من الرجوع الى عموم ما دل على جواز الرد بالعيب إلا مع احداث الحدث و هو روايتان:- إحداهما: حسنه زواره المتقدمه فإنها بعمومها تدل على الجواز لقوله عليه السلام أيما رجل، ألح.

و الثانيه: مرسله جميل بن دراج فإنهما تدلان على جواز الرد مع بقاء العين و عدم احداث الحدث فمفهوم الحسنه هو أن التصرف ما لم

يحدث حدثا في المتاع لا يوجب الرد و الخارج من المفهوم هو وطى المشتري الجارية للروايات الداله على أن الوطى مانع من الرد و المفروض أنها ابتليت بالمعارضه فى صوره كون الجاربه حامله و سقطت كلتا الطائفتين فح نرجع الى هاتين الروايتين الداليتين على جواز الرد بالعيب مطلقا الا فى صوره إحداث الحدث.

و بالجمله فمقتضى الروايتين هو جواز الرد بالعيب مطلقا و عدم مانعيه التصرف عنه الا إذا كان موجبا لإحداث الحدث و قد خرج عن ذلك و طى الجاربه فإذا سقط دليله بالمعارضه فنرجع الى ذلك أيضا فنحكم بجواز الرد لهذا العموم فان قوله عليه السلام أيما رجل عام و أما لزوم العقر على المشتري فنثبت ذلك بعدم القول بالفصل، فافهم.

و هذا الذى ذكرناه غير ما ذكره المصنف على فرض التساقط فإنه ذكر أنه إذا تساقطت كلتا الطائفتين و وقعت الخدشه فى عموم ما دل على المنع عن الرد بمطلق التصرف و جب الرجوع الى أصاله جواز الرد الثابت قبل الوطى ثم اثبت لزوم العقر على المشتري بالإجماع المركب أما ما ذكره تقدير الخدشه فى عموم ما دل على مانعيه التصرف عن الرد، فهو مسلم، لما عرفت من عدم الدليل على كون التصرف مانعا عن الرد، بل التلف أيضا كك، بل لم يلتزم به المصنف أيضا على إطلاقه و انما ذكر كون التصرف مسقطا إذا كان كاشفا نوعيا عن الرضا بالعقد.

و أما إثبات الجواز بأصاله الجواز ثم إثبات العقر على المشتري بعدم القول بالفصل فلا يمكن المساعدة عليه فان التفكيك فى مفاد الأصول مما ليس بغريب فلا بعد من الالتزام بجواز الرد و مع ذلك لم نقل بثبوت العقر على المشتري و ان كان فى الواقع بينهما تلازم فان الاستصحاب و ان كان له نظر الى الواقع أيضا، و لكن مع ذلك لا تترتب عليه الملازمات العقلية و ان كانت

و من هنا ذكر المصنف فى كتاب الرسائل أنه لو توضحاً أحد بماء أحد الإنائين المقطوع أحدهما بالنجاسه و توضحاً غفله فإنه يحكم بطهاره بدنه لمكان استصحاب الطهاره و بقاء الحدث على حاله لاستصحاب الحدث مع أنه نطق بالملازمه بينهما فى الواقع و المقصود أن الملازمه الواقعيه لا- تقتضى القول بها فى مفاد الأصول ففى المقام أن جواز الرد و ان كان ثابتاً بالأصل و لكن لا يترتب عليه عدم القول بالفصل بين جواز الرد و بين ثبوت العقر على المشتري لعدم غرابه التفكيك بينهما.

و أما بناء على ما ذكرناه فلا يجرى ذلك لأن جواز الرد قد ثبت بالأصل اللفظى و بالروايه فلا محاله لا يمكن التخطى من لوازمه أيضاً فيجوز إثبات كون العقر على المشتري بعدم القول بالفصل.

ثم انه مما لا- بدّ من التنبيه عليه و هو أنه بناء على حمل تلك الاخبار على الحامل من غير المولى كما اخترناه فلا فرق فيه بين البكر و الشيب حتى مع كون إزاله البكاره جنايه لأنه مع دلالة النص على جواز الرد فلا مجال للمناقشه فى ذلك.

و أما مع الإغماض عن ذلك و الحكم بالتساقط على التقريب الذى ذكرناه فلا بدّ من الفرق بين البكر و الشيب لأن الروايات التى رجعنا إليها بعد تساقط هاتين الطائفتين إنما دلت على جواز الرد مع عدم احداث الحدث و أما مع احداث الحدث فلا يجوز الرد و من الواضح جدا أن ازاله البكاره من البكر من أوضح أفراد احداث الحدث فلا يجوز الرد مع ذلك.

ثم انه ربما يقيد هذه الأخبار بكون الحمل من المولى بوجه سادس غير ما ذكره المصنف من الوجوه، و حاصله أن هذه الأخبار الداله على جواز الحامل بعد الوطى مطلق من حيث كون الواطى عالماً بالحمل أو جاهلاً به

و ح ان قلنا بعدم سقوط الرد بالوطى مع العلم بالحمل فهو بعيد، و ان قلنا بكون هذه الروايات مقيده بحال الجهل فهو تقييد بلا موجب و هذا بخلاف أن نحملها على الحمل من المولى فإنه ح تبقى الروايات على حالها من غير أن تكون مقيده بالعلم و الجهل فإنه سواء علم المشتري بكون الجاربه حاملا- أو لم يعلم بها و وطئها فإنه يجب عليه ردّها و رد نصف العشر من قيمتها كما هو واضح و قد اشار المصنف الى حكم الوطى مع العلم أو بدونه فى آخر كلامه من هذا بحث و قد أشار الى هذا الوجه المحقق الايروانى أيضا أقول يرد عليه أولا أن الروايات المطلقة من حيث جهل المشتري بالحمل أو علمه به ضعيفه السند فان هنا ستة روايات أو سبعة ان كان ما ذكره فى الكافى بعنوان روى روايه مستقلة و الصحاح منها و هى ثلاثه مقيده بجهل المشتري و ما لم يقيد به ضعيف السند.

و ثانيا أن النسبه بين وطى الجاربه مع العلم بكونها حاملا و بين سقوط الرد بالوطى عموم من وجه فإنه قد يكون الوطى مع العلم به راضيا بالعقد فح يسقط الرد و قد يكون الرضا بالعقد بدون الوطى و قد يطئها و لكن ناسيا للحمل أو غفله عن ذلك أو مترددا فى أنه يفسخ أولا أو بانيا على أنه لا يفسخ ففى هذه الصور كلها لا يسقط الرد فان مجرد الوطى لا دليل على كونه مسقطا للردّ إلا- فى غير مورد الحمل للروايات المطلقة المقيده بهذه الروايات و اذن فلا دلالة فى وطى الجاربه مع العلم بحملها على الرضا بالعقد كما هو واضح.

فتحصل أن الظاهر هو كون هذه الأخبار ناظره الى ما ذهب اليه المشهور فلا- وجه لما ذهب إليه الإسكافى و تبعه جمله من الأعاظم و قربه المصنف بالوجه المذكوره.

ثم انه يحكم بثبوت نصف عشر قيمه مطلقا سواء كانت الجاربه بكر أم

ثيباً أو يحكم بثبوت نصف العشر في الثيب، وأما البكر فلا- فيها من رد عشر قيمه فالمشهور بين الأصحاب، بل عن الانتصار دعوى الإجماع على اختصاص نصف العشر بالثيب، وعدم شمول ذلك للبكر إذا كانت حاملاً بالسحق أو بالوطى من الدبر، أو نحو ذلك، ولكن ذكر المصنف إلا أن يدعى انصراف إطلاق الفتاوى ومعقد الإجماع كالنصوص إلى الغالب من كون الحامل ثيباً فلا يشمل فرض البكر بالسحق أو بوطى الدبر، ولذا ادعى عدم الخلاف في السرائر على اختصاص نصف العشر بالثيب وثبوت العشر في البكر ثم ذكر بل معقد إجماع الغنية بعد التأمل موافق للسرائر إلخ.

أقول: لا مدرك لما ذكره في السرائر من ثبوت نصف عشر قيمه في الثيب و عشر قيمه في البكر إلا مرسله الكافي من أنه ان كانت بكراً فعشر قيمتها و ان كانت ثيباً فنصف عشر قيمتها، و ان قلنا بكون الشهره جابره لضعف الروايه صغرى و كبرى ان قلنا بكون المشهور مستندا في فتياهم على نصف عشر قيمه في الثيب و عشر قيمه في البكر الى هذه الروايه و قلنا بكون الشهره جابره لضعف الروايه فلا بأس لكونها مستندا للتفصيل، و لكن ذلك ممنوع صغرى و كبرى.

و أما ما ورد في روايه عبد الرحمن بن أبى عبد الله، عن الصادق عليه السلام الله: من أنه يرد الجاربه و يرد معها شيئاً غير مناف لإعطاء نصف عشر قيمه لإمكان انطباق الشيء عليه على أن المظنون أن الروايه ضعيفه السند.

و أما ما في روايه عبد الملك بن عمرو عن أبى عبد الله عليه السلام في رجل يشتري الجاربه و هى حبله فيطأها، قال: يردّها و يرد عشر قيمتها، فهى أيضاً لا تدل على وجوب رد عشر قيمه في البكر، لأنها أولاً ضعيفه السند و ثانياً أن حملها على البكر حمل للمطلق على المورد النادر فان كون

البكر حاملا بالسحق أو بالوطى بالدبر، لا يتفق الا نادرا و لعله لم يتفق الى الآن إلا مره أو مرتين، فلا يمكن حمل المطلق على مثل هذا الفرد النادر و ح إبقائها على إطلاقها يقتضى المعارضه مع الروايات الكثيره فلا بدّ من تقديمها على هذه الروايه لكونها مشهوره فإن نصف العشر قد رواها المشهور بخلاف عشر القيمه.

و من هنا ذكر بعضهم أنه سقط منها لفظ النصف قبل كلمه عشر قيمتها و أنها كسائر الروايات من حيث المفاد، بل قيل أن الصدوق ردها مع اضافته كلمه نصف قبل كلمه عشر، و أما ما فى صحيحه محمد بن مسلم من أنه يرد الجاربه و يكسوها فحمل الكسوه على كونها مساويه لنصف عشر القيمه كما صنعه المصنف بعيد و حمل بلا موجب، بل الصحيح أن يقال أنه أحد أفراد الواجب المخير فيكون المشتري مخيرا بين ردّ نصف عشر القيمه و إعطاء الكسوه لكون الروايه صحيحه من حيث السند، و واضحه الدلاله فلا وجه لرفع اليد عنها و حملها على شيء آخر كما إذا ورد وجوب الإتمام فى مورد و ورد فيه أيضا تعيين القصر فحيث انه قامت الضروره على عدم وجوب صلاتين فى يوم واحد فرفع اليد عن كون الأمر ظاهر فى التعين فيهما فنحملهما على التخيير.

و دعوى أن ازاله البكر أمر آخر وراء الوطى، بل قد عرفت أنها جنايه فكيف يمكن الحكم باتحادهما فى ردها و الرد معها نصف عشر القيمه.

دعوى فاسده لأنه يختلف نصف عشر القيمه فى الثيب مع نصف عشرها فى البكر حيث ان قيمه البكر أكثر من الثيب فإذا رد معها إلى البائع نصف عشر قيمتها تنجبر معه جنايه البكر و أرش ازاله البكاره مثلا إذا كانت قيمه الثيب عشرين و قيمه البكر خمسين فيكون نصف العشر فى الثيب دينار و فى البكر دينارين و نصف، فيكون التفاوت بينهما تفاوتاً بين و طى الثيب و و طى البكر و ازاله بكارتها.



ثم انه هل يشمل الوطى فى الدبر أيضا أم لا؟ فقد توقف المصنف فى ذلك من حيث ان إطلاق الوطى يشمل فيجوز ردها مع وطئها فى دبرها أيضا و من حيث انه يمكن دعوى انصرافه إلى الوطى المتعارف فيقتصر فى مخالفه العمومات على ظاهر اللفظ فلا يجوز ردها بعد الوطى فى دبرها و لكن الظاهر أنه لا وجه لتوقف المصنف سواء قلنا بشمول الإطلاقات له أو قلنا بانصرافها عنه و ذلك.

أما بناء على شمول الإطلاق له فواضح.

و أما بناء على انصراف لفظ الوطى عنه و عدم شمول الإطلاق له فمن جهة أنه لا يكون ح مشمولاً لما دل على عدم جواز الرد بالوطى أيضا فكلمه الوطى فى كلا الموردین قد استعملت على نسق واحد فلا وجه لدعوى شموله للوطى فى الدبر فى تلك الأخبار و عدم شموله له فى هذه الأخبار و قد ذكرنا سابقاً أن الوطى بما هو و طى ليس إحداثاً للحدث حتى يمنع عن الرد كما هو واضح فعلى كل حال فلا وجه لدعوى أن الوطى فى الدبر يمنع عن رد الجارية.

و أما اللبس و التقييل و نحوهما من مقدمات الوطى فلا ينبغي التعرض لها أصلاً فإن من الواضح جداً أن الوطى لا يخلو عن تلك المقدمات إلا- إذا كان الواطى حيوان فالملازمه العاديه تقتضى عدم الانفكاك بينهما و إذا فالنص الدال على جواز ردّ الحامل بعد الوطى يدل على جواز ردها مع وقوع هذه المقدمات عليه بتلك الملازمه العاديه فلا نحتاج ح الى دعوى الأولويه أصلاً.

ثم انه لو انضم الى الحمل عيب آخر فقد استشكل فى سقوط الرد بالوطى هنا من صدق كونها معيبه بالحمل و كونها معيبه بغيره فأجاب عنه المصنف (ره) بأن كونها معيبه بغير الحمل لا يقتضى إلا عدم تأثير ذلك العيب فى

الرد مع التصرف لا نفى تأثير عيب الحمل.

و بعبارة أخرى أن سقوط الرد بالوpty للمطلقات من ناحية العيب الذى غير الحمل لا يقتضى سقوط الرد من ناحية العيب الآخر الذى هو الحمل بل يجوز الرد لهذا فإنه يصدق ح أنها جاريه حامل وطئها المشتري فلا تنافى بين سقوط الرد لعيب و بقاء حق الرد لعيب آخر كما لا يخفى فافهم.

#### قوله الرابع: من المسقطات حدوث عيب عند المشتري

أقول: ذكر المصنف أن حدوث العيب فى المبيع قد يكون قبل القبض و قد يكون بعده و ما كان بعده قد يكون فى زمن الخيار للمشتري و قد يكون بعده، فقال ان مورد البحث هنا هو العيب الحادث بعد القبض و بعد مضى زمان الخيار أى خيار الحيوان و الشرط و المجلس بناء على الحاقه بهما فان ذلك يوجب سقوط حق الرد و عدم جواز رده على البائع لكونه إحداثا للحادث و أما إذا كان قبل القبض أو بعده و لكن فى زمن الخيار فلا يكون مسقطا للرد.

أما الأول: فلعدم الخلاف فى أنه كالعيب الحادث قبل العقد حتى فى ثبوت الأرش كما يذكر فى أحكام القبض.

و أما الثانى: فلعدم الخلاف فى أنه غير مانع عن الرد، بل هو سبب مستقل موجب للرد، بل الأرش أيضا على الخلاف السابق فيما قبل القبض أقول: ان قلنا بأن نفس حدوث العيب بعد البيع و قبل القبض أو بعد القبض و لكن فى زمن الخيار فلا شبهه فى أن هذا العيب الحادث لا- يوجب سقوط الرد، فان هذا كحدوث العيب قبل العقد سبب مستقل الجواز الرد فلا- يكون موجبا للسقوط، بل مع وجود عيب آخر قبل العقد يكون هذا مؤكدا لجواز الرد فكيف بالسقوط كما هو واضح. و على هذا فلا يكون الجزء المتقدم الدال على سقوط الرد باحداث الحادث شاملا للمقام.

و لكن التحقيق هو التفصيل فى المسأله بأن نقول ان حدوث العيب بعد العقد ان كان قبل القبض فلا يكون مانعا عن الردّ و أما إذا كان بعد القبض كان مانعا عن الردّ، و ان كان فى زمن الخيار و ان كان الضمان على البائع و ذلك لأن روايه زراره دلت على أن من أحدث فى المبيع بعد ما قبضه ليس له أن يرده فتدل هذه الروايه على عدم جواز الردّ بعد القبض و أما قبل القبض فلا.

نعم يكون الضمان على البائع بمقتضى الدليل الدال على أن العيب و التلف قبل القبض من البائع و بمقتضى الدليل الدال على أن العيب فى زمان خيار الحيوان و الشرط و المجلس إلحاقا له بهما من البائع و دعوى الملازمه بين كون الضمان على البائع و بين جواز الردّ كما فى المتن دعوى لا يمكن تصديقها كما ذكرناه فان ثبوت الضمان بقاعده أن التلف قبل القبض أو فى زمن خيار الحيوان و الشرط و المجلس إلحاقا من البائع و جواز الردّ قبل القبض و عدم جوازه بعده فمن جهة روايه زراره و مرسله جميل الداله على عدم سقوط الردّ مع قيام العين و سقوطه مع عدم قيامها على حالها فلا تنافى بينهما كما لا يخفى.

ثم ان هذا الذى ذكرناه من البحث تطفلى من جهة و استقلالى من جهة أخرى من جهة أنه يجوز الردّ بعد حدوث العيب قبل القبض أو بعده فى زمن الخيار أو بعد زمان الخيار فالبحث استقلالى فمن جهة أن الضمان على البائع أولا فالبحث تطفلى فإنه يأتى فى أحكام الخيار و أحكام القبض و انما المهم الذى عقد له البحث هنا هو أن التعيب فى زمان الخيار هل يبقى حكمه اعنى الضمان بعد زمان الخيار أم لا؟ و حاصل الكلام: أن مورد بحثنا هو حدوث العيب فى المبيع المعيوب عند المشتري و أنه هل يكون مانعا عن الردّ أو لم يكن كك سواء كان قبل

القبض أو بعده في زمان الخيار أو بعد زمان الخيار فذكر المصنف أن مورد بحثنا هو حدوث العيب في المبيع الذي كان معيوباً عند المشتري هو حدوث العيب بعد زمان الخيار وأنه هل يكون مانعاً عن الردّ بالعيب السابق أولاً و أما حدوث العيب قبل القبض و بعد البيع أو في زمان الخيار فلا شبهه في عدم كونه مانعاً عن الردّ

**تفصيل الكلام هنا يقع في جهتين:-**

**الأولى: أن العيب الحادث بعد زمان البيع و قبل القبض**

أو في زمان الخيار و بعد القبض أو بعدهما هل يكون موجبا لحدوث الخيار الآخر غير خيار الثابت بالعيب الحادث قبل البيع عند البائع أم لا؟ و الجبهه الثانيه في أن العيب الحادث بعد البيع و قبل القبض أو بعده و في زمان الخيار أو بعده هل يكون مانعاً عن الردّ بالعيب السابق على العقد أم لا يكون كك و الظاهر المشهور بل المجمع عليه أنه لا يجوز الردّ بالعيب الحادث عند المشتري و انما له مطالبه الأرش فقط كما هو ظاهر و المدرك لذلك مرسله جميل المتقدمه الداله على عدم جواز الردّ مع عدم بقاء العين بعينها و من الواضح أن حدوث العيب يوجب عدم بقاء العين على حالها.

و تدل على ذلك أيضا روايه زراره التي هي العمده في المقام فانا ذكرنا أن قوله عليه السلام أحدث كناية عن حدوث الحدث في الحيوان بأى نحو كان و ان لم يكن باختيار من المشتري أو بفعله، بل صدر منه الحدث في حال الغفله أو عن الغير إذ لا خصوصيه في حدوثه من المشتري بحيث يستند الحدث إليه في حال اختيار فتدل الروايه على مانعيه إحداث الحدث في يد المشتري بأى نحو كان عن الرد في الجملة كما هو واضح.

و انما الكلام في أن حدوث العيب بعد البيع و قبل القبض أو بعد القبض و في زمان الخيار، هل يكون سببا لحدوث الخيار أو مانعاً عن الردّ

ص: ١٣٤

أم لا؟ فنقول ان مرسله جميل و ان كانت مطلقه بالنسبه الى بعد البيع مطلقا و انها دلت على عدم جواز الردّ بالعيب الحادث بعد العقد و لكن العمده فى المقام هى روايه زراره و هى دلت على جواز الردّ بالعيب الحادث قبل القبض و بعد العقد للعيب السابق على العقد و أن حدث هنا عيب أيضا و أنه لا تمنع عن الردّ بالعيب السابق.

و على الجملة أن مقتضى القاعده و مقتضى روايه جميل و ان كان هو مانعيه العيب الحادث بعد العقد و قبل القبض عن الردّ بالعيب السابق و الخيار بنفس هذا العيب الحادث بعد العقد و قبل القبض و لكن مقتضى روايه زراره هو عدم مانعيه العيب الحادث بعد العقد و قبل القبض عن الردّ بالعيب السابق على العقد.

### **و أما إذا حدث العيب بعد القبض و فى زمان الخيار فهل يكون ذلك**

مانعا عن الردّ بالعيب السابق على العقد أم لا.

فنقول: ان الظاهر و ان كان عدم ثبوت الملازمه العقليه بين كون العيب الحادث فى زمان الخيار سببا للخيار و بين كونه مانعا عن الردّ بالعيب السابق و أن احدى الجهتين غير مربوطه بالجهد الأخرى عقلا-الا- أن مقتضى الفهم العرفى و الارتكاز العرفى هو ثبوت الملازمه بين كون العيب الحادث قبل القبض و بعد العقد أو بعد القبض و فى زمان الخيار بنفسه سببا للخيار و غير مانع عن الردّ بالعيب السابق بأن يكون مؤكدا له و بين عدم كونه سببا للخيار و مانعا عن الردّ بالعيب السابق و ان قلنا فى المسأله الاولى أعنى مانعيه العيب عن الردّ فى صورته حدوث العيب قبل القبض و بعد العقد من جهة روايه زراره كما هو واضح.

و تظهر الثمره بين كون العيب الحادث فى زمان الخيار أو قبل القبض

بنفسه سببا للخيار أولا هو أنه بناء على كونه بنفسه سببا للخيار و مانعا عن الرد بالعيب السابق و بين عدم مانعيته هو أنه لو أسقط المشتري خياره الثانى يبقى خياره الأول، أى الحاصل بسبب العيب الأول و الا فلا خيار له أصلا.

و حيث ان العرف يفهم الملازمه بين كون حدوث العيب فى زمان الخيار أو قبل القبض سببا للخيار و بين عدم كونه مانعا عن الرد فلا- بدّ من التكلم فى الجهه الأخرى و هى أن حدوث العيب هل يكون سببا لثبوت الخيار أم لا-؟ فنقول انه قد ثبت فى الشريعه المقدسه أن التلف أو العيب قبل القبض يكون من مال البائع فهذا المعنى يتصور على وجوه:- الأول: أن يكون المراد من كون ضمانه عليه أن دركه عليه بأن يخرج البائع عن عهده ضمان المال حين التلف على النحو الذى تلف أى على القيمة التى تلف عليها مثلا- إذا كان المال حين التلف يساوى بعشره دنانير فيكون ذلك من البائع و هذا المعنى بديهى البطلان فان لازم ذلك أن يكون أضعاف قيمه المبيع على البائع فى بعض الأحيان كما إذا باع المتاع بقيمه رخيص أو ترقى قيمه السوقيه و هذا لم يلتزم به أحد، بل لم يحتمله أحد على ما نعلم.

الثانى: أن المراد من كون الضمان قبل القبض أو فى زمن الخيار أى خيار الحيوان و الشرط بالأصالة كما تقدم و خيار المجلس بالإلحاق هو كون عهده المال من التلف و التعيب على البائع كما كان له قبل البيع فح كان للقول بكون العيب موجبا لجواز الرد له وجه وجيه، و لكن لا- دليل على تنزيل العيب فى زمن الخيار أو قبل القبض على التعيب قبل العقد بحيث يكون هذا مثله بل الظاهر هو الوجه الثالث و هو ان يكون ضمان العيب و التلف

فى زمن الخيار و قبل القبض على البائع بمعنى أن يفرض البيع كلاً- بيع و كأنه لم يكن هنا بيع و التعيب و التلف انما كان فى ملك البائع و على هذا فان تلف المبيع يفسخ البيع من أصله و الا فكان له مطالبه ضمانه و هو الأرش أى يطلب من البائع جزء من الثمن و أما جواز الرد فلا يستفاد من هذا القاعدة نعم ثبت بروايه زراره جواز الرد أيضا قبل القبض.

و الحاصل: أنه لا- دليل على جواز الرد بعد تعيب المبيع إلا إذا كان ذلك قبل القبض و بعد البيع و أما فى غير هذه الصور فلم يثبت الرد بل لا شىء على البائع أصلاً كما إذا كان التعيب بعد انقضاء الخيار أو عليه إعطاء الأرش كما إذا كان التعيب فى زمن الخيار كما هو واضح.

### قوله: و المراد بالعيب هنا مجرد النقص لا خصوص ما يوجب الأرش

فيعم عيب الشركه،

أقول: قد ذكر المصنف أن المراد بالعيب هنا مجرد النقص فإذا حدث نقص فى المبيع يكون مانعا عن الرد بالعيب السابق و هذا يشمل كلما يكون موجبا لنقص المالىه كنسينا العبد الطحن أو الخياطه و نحو ذلك لا خصوص العيب و النقص الذى يكون موجبا للأرش فقط كزوال وصف الصحه.

أقول: قد عرفت أنه لم يرد فى روايات الباب لفظ العيب حتى نجمد فى ظهوره و صدقه، بل المدرك لما نحن فيه انما هو روايه زراره أو مرسله الجميل فالمذكور فى الاولى هو أن احداث الحدث مانع عن الرد و المذكور فى الثانيه هو أن عدم قيام العين بعينها مانع عن الرد صدق شىء من أحد هذين العوانين فلا يجوز الرد بالعيب السابق، بل يطالب المشتري من البائع الأرش و الا فجاز الرد سواء صدق عليه لفظ العيب أم لم يصدق، فإنه على كل تقدير ليس مناطا للحكم فى المقام و على هذا فلا شبهه فى شمول الروايتين لما حدث فيه عيب، كما إذا اشترى عبدا كان أعمى و صار

أخرس عند المشتري أو أعرج فإنه لا- يجوز ح الرد بالعيب السابق،فان ذلك من أظهر أفراد إحداث الحدث و كك من أظهر أفراد عدم قيام العين بعينها و هذا لا كلام فيه.

و أما إذا كان الناقص عند المشتري هو وصف الكمال الذى له دخل فى زياده المالىه كما إذا كان العبد خياطا فزال عنه وصف الخياطه أو كان كاتبا فزال عنه صفه الكتابه و هكذا أو أشتري دابه كانت تحسن الطحن فنسيت ذلك ففى هذه الصوره و ان كان يصدق على العين أنها قائمه بعينها و لكنه يصدق عليه أنه حدث فيه حدث فإنه أى حدث أعظم من الجهل و من النسيان،فيكون ذلك مشمولاً لروايه زراره و ان لم يكن هذا الحدث بغير اختيار من المشتري على ما ذكرناه من أن أحدث كناية عن حدوث الحدث فى المبيع و ان لم يكن باختيار من المشتري كما لا يخفى.

بل يمكن الاستدلال على ذلك بمرسله الجميل أيضا فإن قيام العين و ان لم يناف بظاهره مجرد نقص الأوصاف كما اعترف به بعضهم فى مسأله تقديم قول البائع فى قدر الثمن مع قيام العين الا أن الظاهر من التمثيل لعدم قيام العين بمثل الصبغ و خياطه الثوب يعلم أن المراد من عدم قيام العين هو مطلق حدوث الحدث و ان لم يكن نقصا موجبا لعدم بقاء العين على ما هو عليه،فان مجرد صبغ الثوب و خياطته ليس موجبا لنقصان العين بل ربما يزيد قيمه الثوب،و لكن من حيث أن الثوب بعد الصبغ و الخياطه لا يكون قابلا لصبغ آخر و خياطه أخرى يكون حدثا و موجبا للنقص و من هذا القبيل الوصف الكمال الذى يكون موجبا لزياده قيمه عند بعض و لكن يوجب النقص عند نوع الناس كطحن الحنطه فإن الطحن صفه كمال و توجب زياده قيمه أيضا و مع ذلك الوصف لا يصدق قيام العين بعينها فيكون مانعا عن الرد لكونه موجبا لعدم رغبه نوع الناس اليه كالتجار فإنهم يرغبون فى شرائهم



للتجاره الحنطه دون الطحن لعدم بقاء الطحن مده مديده بخلاف الحنطه فلا يجوز رد العين معه أيضا.

و على الجمل فالمناطق فى عدم جواز رد العين بالعيب السابق هو احداث الحدث و عدم قيام العين بعينها و ان لم يكن الحدث عيبا و موجبا لنقصان المالىه أما الأول بنص روايه زراره و أما الثانى فبقريته التمثيل بالصبغ و الخياطه الذى ليسا من قبيل ما يوجب عدم قيام العين بعينها عرفا.

و لكن الذى ينبغى أن يقال انا لا نعقل حدوث زوال وصف الكمال فى المبيع و مع ذلك لا يكون سببا لنقص المالىه و أما مثل الشركه التى مثل بها المصنف فسيأتى الكلام فيها و عليه فإذا زال وصف الكمال يكون موجبا لنقصان المالىه أيضا فيكون ذلك مانعا عن الردّ من جهه صدق احداث الحدث عليه و عدم قيام المال بعينها الذى أعم من حدوث تغيير فى العين أو حدوث تغيير فى الوصف على ما استفداه من التمثيل بالصبغ و الخياطه.

و أما توهم أن وصف الكمال لا- يقابل بالمال و أما وصف الصحه فيقابل بالمال، فيثبت الأرش فى الثانى دون الأول، كما أشار إليه المصنف فيما يأتى فى جواب العلامه فقد تقدم الكلام فى ذلك مفصلا و قلنا ان مطلق الأوصاف و ان كانت موجبه لزياده المالىه فى العين و لكن شىء منها لا يقابل بالمال، فلا يقال أن العين قيمتها كذا و قيمه بياضها كذا، كما لا يخفى، و من هنا ظهر حكم الوصف الذى ليس بوصف صحه و لا- وصف كمال فزواله لا يوجب المنع عن الرد بالعيب السابق لعدم صدق احداث الحدث على زواله و عدم صدق عدم قيام العين بعينها مع انتفائه كما هو واضح.

و إذا كان التغيير بزياده وصف الكمال فى المبيع بأن كان العبد كاتباً أو عالماً ورعاً أو خياطاً فإنه لا شبهه فى جواز الرد هنا بالعيب السابق و

لا يكون حدوث ذلك مانعا عن الرد بالعيب السابق فان هذا لا يوجب عدم قيام العين بعينها الذى ذكر فى مرسله الجميل و ليس ذلك أيضا نقصا فى العين فان الظاهر من احداث الحدث المذكور فى روايه زراره هو أن يكون الحدث موجبا لنقص كما هو الظاهر منها بمناسبه الحكم و الموضوع أيضا و أما ما يكون وصفا للكمال فلا يكون ذلك نقصا كما هو واضح.

و على الجملة: إذا اشترى المشتري متاعا فوجدها معيوباً بعيب قبل العقد و مع ذلك حدث عنده حدث، و هذا يكون على أقسام:-  
الأول: أن يحدث فى العين عيب عنده و زال عنها وصف الصحة كما إذا كان العبد أعمى و صار أخرس، و هذا لا شبهه فى كونه مانعا عن الرد بالعيب السابق و ينتقل إلى الأرش.

الثانى: أن يكون الحدث نقصان وصف كمال بحيث لا يوجب نقصان المالىه و لا يستلزم الأرش على ما ذكره المصنف، و قد ذكرنا عدم معقوليه ذلك، و على تقدير تعقله فلا يكون ذلك مانعا عن الرد.

الثالث: أن يكون الحادث وصفا و لكن وصف كمال عند بعض و موجبا للنقص عند نوع الناس، كطحن الحنطه فإن الطحن إذا كان قليلا فهو يوجب المزيه و أما فى الكثير بحيث يكون من أمتعته التجاره فهو نقص فلا يرغب به التجار كما يرغبون الحنطه.

الرابع: أن يكون الزائل وصف كمال، كنسيان العبد وصف الكتابه و نسيان الدابه الطحن فلا شبهه فى كون ذلك مانعا عن الرد أيضا كما تقدم الخامس: أن يكون الحدث وصفا لا يوجب زوال وصف الكمال و لا زوال وصف الصحة، بأن لا يكون دخيلا فى المالىه بوجه و هذا أيضا لا يمنع عن الرد.

السادس: أن يكون الحادث وصف كمال فقد عرفت عدم مانعيه ذلك

أيضا عن الرد بالعيب السابق كما هو واضح و لا يفرق في ذلك بين كون الحادث وصفا خارجيا أو معنويا و من جميع ما ذكرناه ظهر الجواب عما ذكره العلامة في التذكرة من جعل مدرك الحكم دليل لا ضرر و أن تحمل البائع النقص الحاصل في يده ليس بأولى من تحمل المشتري لما حدث عنده من العيب فإنه يرد عليه مضافا الى عدم كون المدرك هو لا ضرر، بل النص كما تقدم و أنه من الوجوه الاستثنائية ما ذكره المصنف، فراجع.

### قوله: ثم مقتضى الأصل عدم الفرق في سقوط الخيار بين بقاء العيب

الحادث و زواله.

أقول: وقع الخلاف في أنه إذا زال العيب الحادث في ملك المشتري هل يمنع ذلك من الرد بالعيب السابق أو لا- يمنع؟ وقد اختلف كلمات العلامة في كتابيه، فذكر في التذكرة عندنا أن العيب المتجدد مانع عن الرد بالعيب السابق سواء زال أم لا؟ ولكن ذكر في التحرير لو زال العيب الحادث عند المشتري و لم يكن بسببه كان له الرد و الأرش عليه، و ذكر المصنف (ره) أن مقتضى الأصل هو عدم الفرق في سقوط الخيار بين بقاء العيب و زواله فلا يثبت الخيار بعد زواله، و مراده من الأصل هو الاستصحاب فان الزوم قد ثبت باحداث الحادث فزواله يحتاج الى دليل فنستصحب للزوم و عدم الخيار.

أقول: ان كان المدرك لسقوط الرد هو روايه زواره كما بنينا عليه فلا شبهه في سقوط الرد و عدم عوده بزوال العيب، و ان كان المدرك لذلك هو مرسله جميل أو هي مع روايه زواره فيعود جواز الرد بزوال العيب.

و توضيح ذلك أن روايه زواره إنما دلت على اللزوم و عدم الرد باحداث الحدث و من الواضح ان إطلاق ذلك محكم حتى بعد زوال العيب.

و دعوى انصرافها إلى صورته بقاء الحدث فاسده فإن ذلك انما يتم إذا

استدللنا بها بكلمه أحدث بما أنه فعل ماض، و قلنا بأنه إذا ارتفع العيب يكشف ذلك أن الخيار من الأول لم يرتفع فان المنصرف من أحدث هو أن يكون الحدث حين الرد موجودا و أن البائع لا يأخذ ماله على النحو الذى أعطاه للمشتري كما تقدم ذلك سابقا و أما إذا لم يكن موجودا فلا- يوجب السقوط و لكن لا- نقول هنا هكذا، بل نقول أن مقتضى الروايه هو اللزوم بمجرد احداث الحدث و إطلاقها عدم الفرق بين الزوال و البقاء فنأخذ بإطلاقها و نحكم باللزوم على وجه الإطلاق كما هو واضح، و أما إذا قلنا بأن المدرك لعدم جواز الرد بالعيب السابق بما حدث عند المشتري من العيب.

فتح نقول أن المدارح هو صدق بقاء العين عند الرد و من الواضح أنه يصدق على العين أنها باقيه إذا تعيبت و زوال عنها العيب و على هذا فلا يسقط الخيار إذا تعيبت العين و زال عنها حين الرد بناء على كون المدرك هي المرسله.

و أما إذا كان المدرك هو المرسله مع روايه زراره فلأن مرسله جميل دلت على جواز الرد مع بقاء العين سواء حدث فيها حدث ثم زاله عنها الحدث أم لا، بل كانت العين باقيه على حالها لصدق بقاء العين عرفا ح و ان لم يصدق عليها البقاء بالدقه العقليه و روايه زراره إنما دلت على جواز الردّ باحداث الحدث مطلقا سواء زال عنها الحدث أم لم يزل فالنسبه بينهما هي العموم من وجه فتقع المعارضه بينهما فيما إذا حدث فى العين حدث فزال عنها ذلك، فان مقتضى المرسله هو جواز الرد و مقتضى روايه زراره هو عدم جواز ذلك فتسقطان فى مورد المعارضه فيرجع الى عموم ما دل جواز الرد بالعيب السابق و لكن هذا الكلام هنا مبني على مسأله أصوليه و هي أن أدله حجيه الخبر الواحد هل تشمل مثل مرسله جميل و ابن أبى عمير و نحوهما التى قيل ان مراسيل هؤلاء مثل الروايات الصحيح و ادعوا الإجماع

على صحه ما يصح عن هؤلاء،و إذا وصل أسند إلى هؤلاء سقط السؤال عن كيفية السند هل يحكم بصحه روايتهم و ان كانت مرسله و ان اعبر صاحب الحدائق عن مرسله جميل بالصحيحه و على هذا المبنى تقع المعارضه المذكوره فمقتضى القاعده هو الذى حققناه،و لكن ذكرنا فى الجزء الأول أنه لا- دليل على حجيه مراسيل هؤلاء و الإجماع الذى ادعوه لا نقطع بتحقيقه و لا بحجيه إذ لا نعلم أن الواقع بين هؤلاء و بين الامام عليه السلام اشخاص موثقين كما هو واضح.

و على هذا فالمدرک ينحصر بروايه زراره و ما ذكرناه من ثمره تلك الكبرى الكليه الأصوليه.

### **ثم إذا كان الحدث مانعا عن الردّ فهل يجوز رده مع رضى البائع بالردّ**

اما مع الأرش أو بدونه أم لا يجوز؟

فقول:ان المشهور هو كون المشتري مخيرا بين أمور ثلاثه:الردّ و الإمضاء مطلقا،أو مع الأرش و أن هذا التخيير ابتدائي و لكن قد ذكرنا سابقا أن الظاهر من الروايه روايه زراره هو أن التخيير بدوا و انما هو بين الردّ و الإمضاء و مع سقوط الرد فيثبت له الأرش فللمشتري ح مطالبه الأرش فقط،ليس الا و قد حملنا على ذلك فيما سبق عبارته المبسوط حيث التزم بثبوت الأرش مع اليأس عن الردّ و قلنا أن ما أشكل عليه المصنف من أن الإطلاق يدفع ما ذكر فى المبسوط و قلنا هناك انه لا إطلاق هنا حتى ينافيه و لكن الظاهر أن ما ذكره المصنف صحيح حيث ان إطلاق روايه زراره الداله على اللزوم بمجرّد احداث الحدث مطلقا محكم فيكون دافعا لما ذكره فى المبسوط إذ بناء على الأخذ بالإطلاق أنه لا يجوز الرد مع احداث الحدث بل تصل النوبه إلى الأرش و لكن مع رضائه البائع بالرد جاز الرد لا من جهه الروايه،بل لكونه اقاله لجوازها.

و أما مع عدم رضا المشتري بالرد حتى مع عدم الأرش لما أحدثه من الحدث فلا ملزم للرد، بل تصل النوبه إلى الأرش و أما بناء على ما ذكره الشيخ فى المبسوط فلا تصل النوبه إلى الأرش مع رضى البائع بالرد مع الأرش بما أحدثه المشتري أو بدونه إذ لم يحصل اليأس من الرد بعد حتى تصل النوبه إلى الأرش.

و على الجملة بناء على الأخذ بإطلاق روايه زواره لا- يجوز للمشتري أن يرد المبيع مع احداث الحدث و تصل النوبه إلى الأرش، و أما مع رضا البائع بالرد و رضا المشتري بذلك فلا شبهه فى جوازه لكون ذلك مثل الإقاله فلا يحتاج إلى روايه و لكن للمشتري أن يرضى بذلك و أن لا يرض و يطالب الأرش و لكن بناء على قول المبسوط فلا تصل النوبه إلى الأرش لعدم يأس المشتري عن الرد ثم إذا رض البائع بالرد مع الأرش فيرض المشتري أيضا بذلك فلا بد له من رده على البائع و هذا الأرش غير الأرش الذى لزم رده للبائع على المشتري فإنه هو التفاوت بين الصحيح و المعيب و الرد من الثمن بذلك التفاوت فهذا الأرش لازم بالضمان المعامل و هذا بخلاف الأرش الذى وجب للمشتري رده على البائع فإنه انما ثبت بضمان اليد و الأرش هنا هو للتفاوت فيما بين الصحيح و المعيب بالقيمه الفعلية، سواء ترقى العين عن القيمه الأولى أم لا؟ كما هو واضح.

### قوله تنبه: ظاهر التذكرة

و الدروس أن من العيب المانع من الرد بالعيب القديم تبعض الصفقه.

أقول: ذكر المصنف أن توضيح المقام هو أن التعدد المتصور فيه التبعض اما فى العوض ثمننا أو مثننا أو فى البائع أو فى المشتري، ثم ذكر أمثله ذلك ثم قال أما التعدد فى الثمن بأن يشتري شيئا واحدا بعضه بثمان و بعضه الآخر بثمان آخر فلا إشكال فى كون هذا عقدين و لا إشكال فى جواز

التفريق بينهما أما الأول أى التبعض فى العوض فالمعروف أنه لا- يجوز التبعض فيه من حيث الرد، بل الظاهر المصرح به فى كلمات بعض الإجماع عليه و ذكر فى إبداء المنع عن ذلك بأن المردود ان كان جزء مشاعا من المبيع الواحد فهو ناقص من حيث حدوث الشركه و ان كان معينا فهو ناقص من حيث حدوث التفريق فيه و كل منهما ناقص يوجب الخيار لو حدث فى المبيع الصحيح.

و تفصيل المقام أن المبيع قد يكون شيئا واحدا شخصيا بالدقه العقليه مع كون جزء منه معيبا كما إذا اشترى عبدا فظهر أن رجله معيوب أو يكون المبيع واحدا شخصيا بالنظر العرفى و ان كان فى الواقع أمورا متعدده كما إذا كان المبيع دارا فإنها و ان كانت متعدده حقيقه و مركبه من عدده أمور و لكنها واحده بالنظر العرفى الاعتبارى و كان جزء منها معيوباً من قبته أو سردا به و نحو ذلك و الظاهر أنه لا خلاف فى عدم جواز فسخ العقد فى الجزء المعيب فقط و الإمضاء فى الجزء الآخر الصحيح و ما ربما يظهر من المصنف وجود الخلاف فى ذلك حيث عبر بالمعروف ثم ذكر إبداء المانع عنه الظاهر أنه لا يمكن المساعدة عليه.

و الحاصل: إذا كان المبيع واحدا حقيقيا أو واحدا عرفيا فظهر جزء منه معيبا فلا شبهه فى عدم جواز الفسخ فى الجزء المعيب، بل ان كان يفسخ فإنما يفسخ فى المجموع لكون مجموعه مبيعا واحدا و إذا لم يفسخ لم يفسخ فى المجموع أيضا هذه هى المسأله الاولى و لا يفرق فى ذلك بين أن يكون المردود جزء مشاعا أو جزء معينا فإنه لا دليل على رد جزء من المبيع.

الثانيه: أن يشتري شيئا واحدا بيعين كما إذا اشترى نصفاً معينا من الدار بقيمه ثم اشترى نصفها الآخر بقيمه أخرى ثم وجد عيبا فى أحد

النصفين فهل يجوز تسريه خيار العيب الى الثانى أولا فالظاهر أنه لم يخالف أحد فى أنه لا يجوز فسخ العقدین بظهور العيب فى متعلق أحدهما فإن كل منهما عقد مستقل غير مربوط بالآخر فإذا أراد الفسخ لعيب يفسخ فيما ظهر فيه العيب و الا فيأخذ الأرش و هذه المسأله ليست موردا للخلاف.

المسأله الثالثه: ما إذا اشترى أمور متعدده مستقله ببيع واحد بحيث أن كل منها أمر مستقل يمكن وقوع البيع عليه و ليس مثل رجل العبد و رأس الحيوان و نحوهما حتى لا يمكن التفكيك بينهما، و لكن اشترىها احد ببيع واحد بصرف فرضها أمرا واحدا بالاعتبار و الأ فهى فى الحقيقه أمور متعدده عقلا و عرفا كما هو واضح، و هذا نظير شراء الدار و الفرس بعقد واحد ثم وجد فى أحدهما عيب فهل يجوز فسخ مجموع العقد أولا- أو يجوز فى المتاع الذى ظهر فيه العيب و لا يجوز فى الآخر وجوه، بل أقوال ثلاثه:- الأول: جواز الفسخ فى الفرد المعيب دون الصحيح من جهه كون كل واحد منهما منها ضاعن الآخر و مستقلا فى نفسه ففسخ العقد فى أحدهما دون الآخر لا بأس به و ان كانا قد تعلق بهما عقد واحد غايه الأمر يثبت للبائع خيار تبعض الصفقه مع دخاله الهيئه الاجتماعيه فى قيمه و مع إسقاط جميع الخيارات الأخيار العيب لا يثبت له ذلك أيضا.

الثانى: أن يكون الخيار من أحدهما ساريا الى الآخر و يكون الفسخ متعلقا بمجموع العقد فان البيع بيع واحد قد تعلق بهما معا فيكون المجموع من حيث المجموع فى حكم مبيع واحد و هذا القول هو المعروف بين الأصحاب.

الثالث: أن لا يكون هنا خيار أصلا، فإن هذا الذى فيه عيب فليس بمبيع، بل هو كرجل الحيوان فيكون فى حكم الجزء و ما هو مبيع أعنى المجموع المركب و لو بالاعتبار، أى المركب الذى فرض واحدا بالاعتبار فكما لا يجوز



فسخ البيع فى رجل الحيوان إذا كان معيوباً و كذا لا يجوز فسخ البيع فى فرد من المبيع كالفرس الذى يبيع مع الدار.

و الظاهر الأقوى هو الوجه الأول فإن العقد و ان كان بحسب الإنشاء الذى يسميه المصنف بيعاً فإن المبرز أمر واحد و لكن كل منهما مبيع مستقل بحسب الانحلال فالبيع ينحل هنا الى بيوع متعددة حسب تعدد متعلقه و ليس بينهما اتحاد حقيقى و لا عرفى أصلاً ليفرض المبيع واحداً و البيع واحداً، بل هما متغايران و أحدهما أجنبى عن الآخر غاية الأمر جامعهما أمر اعتبارى و هو البيع أى ابرز البائع بيعهما بمبرز واحد و هذا لا يوجب الاتحاد من جميع الجهات.

و لا يرد على ذلك ما ذكره صاحب الجواهر من أن المقام نظير فسخ العقد فى جزء المبيع و انه بديهى البطلان، فإن متعلق العقد أمر واحد فلا- يجوز الفسخ فى بعضه دون بعضه، فإنه بعد الالتزام بالانحلال فلا يلزم ذلك أصلاً فإنه فرق بين المقامين فإنه مع وحده المبيع عقلاً- أو عرفاً لا معنى للفسخ فى البعض دون بعض، بل لا خلاف فى عدم جوازه و هذا غير كون المبيعين فى بيع واحد و هل يلتزم صاحب الجواهر بانتفاء خيار الحيوان فيما لو باع فرساً مع الدار أو هل يلتزم بأنه إذا نهى المولى عبده تكليفاً عن بيع حيوان فباعه العبد مع الدار فإنه يقال ان المبيع ليس هو الحيوان هنا بل المجموع المركب و أيضاً لازم كلامه أن لا يكون لأحد الشريكين خيار الأخذ بالشفعة إذا كان باع شريكه الآخر حقه مع ضميمه شىء آخر فإن المبيع هو المجموع المركب و هو بديهى البطلان، و لا يلتزم بشىء منها صاحب الجواهر بل على مقاله لا بدّ من الالتزام ببيع ما يملك و ما لا يملك معاً، فإن ما لا يملك ليس مبيعاً حتى لا يجوز بيعه، بل هو المجموع و كل ذلك لا يمكن الالتزام به و قد تقدم فى البحث عن خيار الحيوان أن الخيار يثبت فيه

للمشتري في كل مورد صدق عليه بيع الحيوان، ولو كان في ضمن أمور آخر متعدده كما لا يخفى فإنه فرق بين كون المبيع واحدا عقلا أو عرفا فإنك قد عرفت عدم جريان الخيار في الجزء المعيب فيه بلا خلاف، وبين كونه واحدا بالاعتبار البيعى فقط كما لا يخفى و لم يكن في دليل خيار العيب أن لا يكون المبيع المعيوب مع غيره أيضا لإطلاق قوله عليه السلام أيما رجل باع شيئا فيه عيب أو عوار إلخ الداله على ثبوت خيار العيب للمشتري ما دام لم يحدث فيه حدثا وهذا الكلام جار في جميع الخيارات أيضا كخيار الحيوان و نحوه فإنه ليس في دليل خيار الحيوان أن لا يكون مع الحيوان شيء آخر مبيعا كما لا يخفى.

و على الجملة فإذا كان الحيوان مثلا أو المعيب مبيعا يترتب عليه حكمه الوضعى و التكليفى.

و حاصل الكلام: من الأول أنه كان كلامنا فى كون المبيع معيبا و وجود العيب فيه و لا شبهه أن فرعين هنا لا خلاف فيهما:

الأول: أن يكون العيب فى مبيع منضم الى مبيع آخر فى الخارج من غير أن يكون البيع الواحد واقعا عليهما فى الخارج كما إذا اشترى نصف الدار ببيع و نصف الآخر ببيع آخر فإنه لا يسرى الخيار من أحدهما إلى الآخر بوجه.

المسألة الثانية: ما إذا كان المبيع واحدا اما بالدقه العقلية، أو بالوحده الاعتبارية العرفية، كالعبد و الدار فظهر عيب فى جزء من ذلك فإنه ح لا يجوز الفسخ فى البعض دون الآخر و الوجه فيه ليس هو أن الجزء ليس بمبيع، بل هو أيضا مبيع كالجاء الآخر و تمامه بحسب الانحلال و الانحلال كما يجرى فيما إذا باع أمورا متعدده صفقه واحده فكك يجرى فيما إذا كان المبيع واحدا و لو بالوحده الحقيقيه فإن كل جزء منه مبيع

بحسب الانحلال و من هنا صح بيع نصف العبد و ربه مشاعا و من هنا أيضا قلنا فيما تقدم بصحة بيع ما لا يملك و لا يملك و بيع ما لا يملك و ما لا يملك على طبق القاعدة فعدم جريان الخيار أى خيار كان فى الجزء فى صورته وحده المبيع حقيقه أو عرفيه ليس من جهه عدم الانحلال هنا كما عرفت فان الانحلال محقق فى جميع موارد المبيع مركبا كان أم واحدا و انما نمنع جريان الخيار فى الجزء من جهه أخرى.

و توضيح ذلك أن الخيار الثابت فى البيع تاره بعنوان البيع كخيار المجلس فان الدليل المتكفل لإثبات خيار المجلس انما هو قوله (عليه السلام) البيعان بالخيار ما لم يفترقا و ظاهر ذلك هو ثبوت الخيار بالنسبه إلى مجموع المبيع المتحد بالاعتبار عرفا أو عقلا لا بالنسبه إلى جزء مشاع أو الى جزء معين.

و أوضح من ذلك ما يكون دليل الخيار فيه من ناحيه الشرط الضمنى كخيار الغبن و نحوه حيث ان الشرط انما هو ثبوت الخيار بالنسبه إلى مجموع المبيع لا فى الجزء الخاص المعين أو المشاع فلا يجوز له الفسخ فى الجزء دون جزء هذا فيما إذا ثبت الخيار بعنوان البيع و قد علمت أن الخيار انما لم يثبت فى الجزء لا من جهه عدم كون الجزء مبيعا، بل من جهه اقتضاء الدليل ذلك، و أما فيما كان بعنوان آخر أى ثبوت الخيار بعنوان آخر كعنوان الحيوان و المعيب فالظاهر هنا أيضا أن يكون الخيار ثابتا لدى الخيار بالنسبه إلى مجموع المعيب و الحيوان فلا يكون له الخيار فى الجزء الخاص فقط، كما هو واضح، و إذا كان موضوع خاص من الكتاب أو الدار معيبا فيقال أن مجموع الدار معيب و مجموع الكتاب معيب، فلا يقال أن هذا الجزء الخاص فقط معيب و كذا كل شىء يكون كك أى شيئا واحدا و كان مبيعا فإنه سواء كان الخيار ثابتا فيه بعنوان البيع أو بعنوان الحيوان و المعيب أو كان الدليل شرطا ضمنيا فإنه يكون الخيار ثابتا فى المجموع

كما عرفت، فافهم.

و أما إذا كان المبيع أمور متعددة و باعها البائع صفقة واحدة و لا يكون المبيع واحدا لا بالحقيقه و لا بالاعتبار العرفي، بل انما جمع البائع بينها فى إنشاء البيع و إظهاره فقط، فإذا ظهر شيء من تلك الأمور معينا فهل يكون خيار العيب مسريا الى المجموع أو يختص بخصوص المعيب أو لا يكون للمشتري ح خيار أصلا.

و التحقيق أن الخيار يختص بخصوص المعيب فله فسخ العقد فى خصوصه أو رضائه به و مطالبه الأرش كما هو واضح.

نعم، يثبت له خيار تبعض الصفقه الثابت بالشرط الضمنى حيث انه قد اشترى هذه الصفقه المركبه من أمور متعددة أن يكون كلها له و لم يكن له بل تبعضت الصفقه و من هنا ظهر الجواب عن صاحب الجواهر أيضا حيث ذكر أن مقتضى أدله الخيار هو ثبوته فى مجموع المبيع لا- فى كل جزء منه فان له مجال فى الشق المتقدم من كون المبيع شيئا واحدا حقيقه أو عرفا كما هو واضح. و ظهر أيضا أنه لا وجه للقول بثبوت الخيار فى المجموع أو عدم ثبوته فى المجموع، كما لا يخفى، فافهم.

و الحاصل: أنه لا قصور فى شمول دليل خيار العيب أعنى قوله عليه السلام فى روايه زراره المتقدمه أيما رجل اشترى شيئا و به عيب أو عوار لصورتي كون المعيب أمرا مستقلا أو منضمما الى غيره فإنه يثبت له الخيار فى كلا الصورتين فح ان كان العيب فى جزء المبيع موجبا لسرايه الحكم الى الجميع لكون المبيع شيئا واحدا حقيقه أو عرفا فيثبت الخيار فى الجميع و الا فيثبت الخيار فى خصوص المعيب، فيثبت خيار تبعض الصفقه فى الجزء الصحيح.

و لكن المصنف أبدى المانع عن ذلك و حاصل كلامه أن المعيب الذى

يردّ المشتري على البائع ان كان جزء مشاعا من المبيع الواحد فهو ناقص من حيث حدوث الشركه فيه، و ان كان جزء معيناً و معروفاً فهو ناقص من حيث تبعض الصفقه و لا شبهه أن كلا منهما ناقص يوجب الخيار.

ثم ذكر أن ثبوت الخيار هنا اولى من ثبوته في نسيان الدابه الطحن فان ذلك أي نسيان الدابه الطحن ليس بعيب في المبيع و هذا بخلاف الشركه أو تبعض الصفقه فإن ذلك عيب في المبيع كما هو واضح.

ثم ذكر أن ردّ بعض المبيع بخيار العيب دون بعضه و ان كان ضرراً للبائع و ينجبر بخياره في ردّ الصحيح من المشتري بخيار تبعض الصفقه و لكنه معارض بكونه موجبا للضرر على المشتري إذ قد يتعلق غرضه بإمساك الجزء الصحيح.

ثم أيد ذلك بمرسله الجميل المانع عن رد المعيب بمثل صيغ الثوب و خياطته فان المانع هنا ليس إلا بالنسبه إلى حصول الشركه في الثوب بنسبه الصيغ و الخياطه لا مجرد تغير الهيئه.

ثم ذكر في آخر كلامه أن العمده في المسأله هو أن مرجع جواز الردّ منفرداً إلى إثبات سلطنه للمشتري على الجزء الصحيح من حيث إمساكه و لو كان ذلك من حيث الحدوث ثم سلب سلطنته عنه بخيار البائع و منع سلطنته على الردّ أولاً و لا أقل من التساوي فيرجع الى أصاله اللزوم.

و الذي ينبغي أن يقال أنه تارة يناقش في شمول الأدله للمقام و يكون المقتضى قاصراً عن إثبات الخيار للجزء المعيب و هذا لا بأس به و لكن قد عرفت تماميه المقتضى لذلك و قد يناقش من جهه المانع و قد ذكرت وجوه للمانعيه و شيء منها لا يصلح للمنع عن ذلك.

الأول: كون ذلك نقصاً للمبيع فلا يكون العين ح قائمه بعينها و فيه أن دليل ثبوت خيار العيب في المعيب انما دل على ذلك فيما حصل النقص

قبل الفسخ بحيث يوجب ذلك النقص و الحدث الحاصل قبل الفسخ المنع عن ردّ المعيب و فى المقام ليس كك حيث ان النقص انما يحصل برد المشتري المعيب لا قبله فلا يكون دليل مانع النقص عن الردّ شاملا لذلك الا بتتقيح المناط و هو واضح الدفع.

الوجه الثانى:قاعده نفي الضرر فان فسخ المشتري العقد فى المعيب دون الصحيح ضرر على البائع بناء على شمول دليل نفي الضرر لأمثال المقام و عدم المناقشه فى ذلك،أقول:لا بد من ملاحظه أن الضرر من أى جهه ينشأ فإنه اما من جهه رد المعيب إلى البائع بأن يكون البائع متضررا من هذه الجهه فلا شبهه أن هذا الضرر انما ثبت من جهه جعل الخيار فى المبيع المعيوب فلا تكون أدله نفي الضرر حاكما على أدله الخيار،بل تكون أدله الخيار متقدمه على أدله نفي الضرر،و مخصصه لها فالضرر هنا لم ينشأ من رد المعيب لكى يرتفع بدليل نفي الضرر،بل انما نشأ من ناحيه جعل الخيار كما هو واضح فلو كان دليل نفي الضرر شاملا للمقام لزم ارتفاع خيار العيب،بل ارتفاع مجموع الخيارات على أنه يجرى فيما إذا كان كل واحد من الجزئين مبيعا مستقلا و لا يختص بصوره كونها مبيعا واحدا فى صفقه واحده.

و ان كان الضرر من جهه عدم رد الصحيح إلى البائع فإنه يتضرر من ناحيه تبعض الصفقه فدليل الضرر انما يرفع لزوم العقد بناء على شموله للمقام و يكون للبائع حق رد الجزء الصحيح أيضا و أما عدم ثبوت الخيار للمشتري فى الجزء المعيوب فإنه أى ربط لثبوت الضرر على البائع فى عدم ردّ الجزء الصحيح بعدم ثبوت الخيار للمشتري فى رد الجزء المعيوب.

و بعباره أخرى مقتضى تضرر البائع من عدم ردّ الجزء الصحيح هو ثبوت الخيار له فى ذلك لا نفي خيار المشتري فى ردّ المعيب على أنه يمكن منع

شمول قاعده نفي الضرر للمقام على ما تقدم في بعض الخيارات لإمكان دفع الضرر بنحو آخر من الأرش و التفاوت و نحو ذلك.

و هنا وجه ثالث: و هو أن كل واحد من المتبايعين قد اشترط على الآخر أن يكون المبيع سالما عن التبعض اشتراطا في ضمن العقد، فإذا تخلف ذلك ثبت لكل منهما خيار تبعض الصفقه بل هذا الاشتراط بديهي في بعض الموارد كما إذا اشترى مصراعى الباب فإن الضروره قاضيه على اشتراط أن لا يكون أحدهما منفكا عن الآخر في مقام التخلف و على هذا فلا يلزم من ذلك أن لا يكون للمشتري خيار في الجزء المعيب، بل يثبت له خيار العيب في ذلك، نعم يثبت لكل منهما خيار تبعض الصفقه في الجزء الصحيح كما هو واضح.

و اما ما ذكره المصنف من تأييد مراده بمرسله الجميل ففيه: - أولا أنها مرسله قد تقدم الكلام فيها و لا يمكن العمل بها للإرسال و انها ليست بمدركنا و انما مدركنا روايه زراره.

و ثانيا: لا دلالة فيها على كون الشركه عيبا و مانعه عن الرد لما ذكر لا أنها دلت على عدم الخيار مع قيام العين و أن ذكر الأمثله من خياطه الثوب و صبغه يدل على أن عدم قيام العين تحقق بمثل ذلك أيضا كما هو كك في العرف فإنه ليرغب نوع بالثوب الغير المخيط أزيد من رغبتهم بالثوب الغير المصبوغ و كك يرغبون بالثوب الأبيض أزيد من رغبتهم بالثوب المصبوغ كما هو واضح لا يخفى و لأجل ذلك لا يكون العين باقيه في العرف مع خياطه و الصنع و الحق أنه لا مانع من شمول أدله خيار العيب للمعيب سواء كان ذلك مبيعا مستقلا أو منضمنا إلى الآخر كما هو واضح.

قوله أما الثاني: و هو تعدد المشتري أقول: هذه هي المسأله الثالثه في عبارته المتقدمه المسوقه للتقسيم و توضيح الكلام هنا أنه إذا باع أحد

ماله من اشخاص متعددين و ظهر معينا فهل يثبت الخيار لكل منهم بحيث يكون له الخيار في حصته سواء فسخ الآخر أم لا أو كان لهم الخيار في المجموع أى لجميعهم خيار واحد في ذلك المجموع من حيث المجموع مقتضى إطلاق مفهوم قوله عليه السلام أيما رجل اشترى شيئا و به عيب أو عوار و لم يحدث فيه حدثا لزم البيع و يلزم على البائع رد التفاوت على ما هو مضمون الروايه هو ثبوت الخيار لكل من المشترين لصدق قوله عليه السلام أيما رجل إلخ، على كل منهم كما هو واضح.

ولا يقاس ذلك بخيار الورشه الذى ثبت لهم بالإرث فإن الذى انتقل إليهم بالإرث انما هو حق واحد و خيار واحد لشخص واحد و هو المورث و لا يقاس بما نحن فيه الذى ثبت خيار متعدد من الأول للمشتري و هذا الذى ذكرناه جار في جميع موارد الخيارات إذا تعدد المشتري و لا يختص بخيار العيب لإطلاق الأدله في جميع ذلك و أما ما ذكره المصنف من الموانع فلا يصلح شىء منها لذلك منها أنه ليست العين قائمه بعينها فإنه إذا فسخ أحد المشترين البيع و امضى الآخر فيلزم تبعض الصفقه و هو عيب في المبيع فيكون ذلك موجبا لعدم قيام العين بعينها و يكون ذلك حدثا في المبيع كما هو واضح.

و فيه أولا: ما ذكرناه سابقا من ان النقص في المبيع انما يوجب المنع عن الرد بالعيب السابق إذا كان حاصله قبل الردّ و أما إذا تحقق ذلك بنفس الردّ فلا يكون ذلك مشمولا للأدله كما هو واضح.

و على تقدير شمول الأدله لذلك فهو انما يفيد في المسأله السابقه فقط لا في المقام فان التعدد هنا كان من الأول و لم يحصل ذلك بفعل الراد إذ المفروض أن المبيع هنا متعدد حسب تعدد المشتري و أنه يصدق على كل منهم أنه اشترى شيئا و به عيب أو عوار إلخ.



و ثانيا:قاعده نفي الضرر فان مقتضى ذلك عدم ثبوت الخيار لكل من المشتريين فإنه إذا فسخ أحدهم فى حصته دون الآخر و لم يفسخ غيرهم أو لم يفسخ هو فى المجموع يلزم ان يتضرر البائع فلازم ذلك عدم الخيار كما هو واضح.

و فيه أنه بناء على شمول قاعده نفي الضرر للمقام فمقتضى ذلك ثبوت الخيار للبائع فى الجزء الآخر الذى هو حصته المشتري الآخر لا عدم ثبوت الخيار للمشتري الذى فسخ فى حصته كما تقدم و أما ثبوت الضرر من جهة ردّ المشتري حقه من المعيب فهو ثابت بأصل دليل الخيار فيكون مخصصا لأدله الضرر كما هو واضح.

و ثالثا:دعوى انصراف دليل خيار العيب عن ذلك و ذكر المصنف، انه يظهر وجه الانصراف بالتأمل و لم نفهم لذلك وجهها بعد التأمل،بل الظاهر من الأدله هو عدم الفرق بين تعدد المشتري و اتحاده كما هو واضح.

نعم يجرى فى المقام الشرط الضمنى و لكن ذلك لا يكون مانعا عن ثبوت الخيار لكل من المشتريين،بل لازمه هو ثبوت الخيار للبائع من جهة التبعض كما هو واضح و هذا لا يختص بخصوص المقام كما عرفت بل يجرى فى جميع الخيارات و من هنا ظهر أنه لا- فرق فى ذلك كله بين كون البائع عالما بكون المشتريين متعددين أم لا- نعم فى صورته الجهل ثبوت الخيار له من جهة ذلك الشرط الضمنى أوضح.

و أما إذا تعدد البائع التى هى المسأله الثالثه فالأمر فيه أوضح و لا يجرى فى ذلك شىء من دليل نفي الضرر،بل الظاهر من الأدله هو عده الفرق بين تعدد المشتري و اتحاده كما هو واضح و نحو ذلك من الموانع.

نعم الشرط الضمنى أيضا موجود هنا و يمكن

دعوى الانصراف الذى تقدم فى المسأله السابقه هنا أيضا بأن يقال ان دليل خيار العيب منصرف عن ذلك الى كون الخيار ثابتا فى مجموع المبيع مع كونه مبيعا واحدا و جوابه هو الجواب ثم انه قد يجتمع اثنان من هذه المسائل و قد يجتمع ثلاثه منها و حكم كل منها يجرى فى صورته الاجتماع أيضا.

## البحث فى سقوط الرد و الأرش

### قوله مسأله يسقط الأرش دون الرد فى موضعين

أقول قد عرفت ثبوت الأرش فيما إذا باع شيئا و كان معيبا و حدث فيه حدث عند المشتري فإنه كان له مطالبه الأرش و لكن يسقط الأرش فى موضعين:-

### الأول: فى الربويات

و تفصيل الكلام هنا أن عدم ثبوت الأرش انما هو بأحد أمرين:

### الأول) أن يقال ان وصف الصحه فى المبيع انما يقابل بجزء من الثمن

فإذا باع شيئا و كان فاقدا لوصف الصحه ثبت للمشتري خيار العيب و مع عدم الردّ يثبت له الأرش فى مقابل ذلك الوصف المفقود و لكن قد خصص ذلك فى الربويات فلا يجوز أخذ الأرش فيها مع فقدان وصف الصحه لأن أخذه يستلزم الربا فإنه إذا باع منا من الحنطه بمن من الحنطه و كان أحدهما معيوباً فإنه لا يجوز أخذ الأرش هنا فإنه يستلزم الربا فى ذلك الجزء الزائد و كك الحال فى جميع الربويات و على هذا فيسقط الأرش فى الربويات.

و فيه أن وصف الصحه مطلقا سواء كانت فى الربويات أو غيرها لا- تقابل بالمال أصلا و ان كان يوجب زياده قيمه، بل هو وصف الكمال على حد سواء، بل حكمها من حيث عدم مقابلتها بالمال كالأوصاف التى ليست بوصف الصحه و لا وصف الكمال.

نعم الفرق فى ذلك أن وصف الصحه و وصف الكمال إذا كان مفقودا يوجب الخيار و الأرش فى الأصل أى فى وصف الصحه و له مطالبه الأرش

بالتعبد الشرعى و يدلنا على ذلك أن الظاهر هو تسالم الفقهاء على صحة البيع و عدم كون ذمه البائع مشغوله فيما إذا لم يطالب المشتري الأرش من البائع مع أنه لو كان وصف الصحة يقابل بالمال لكانت ذمه البائع مشغوله مع تخلف وصف الصحة فى المبيع لبطلان البيع بالنسبه إلى الثمن الذى يقابل بهذا الوصف.

و أيضا يدل على ما ذكرنا تسالم الفقهاء على أنه يجوز إعطاء الأرش من غير الثمن سواء كان باقيا أم لا، مع أنه لو كانت المعامله باطله فيما قابل الوصف و كان الوصف يقابل بالمال لكان الواجب إعطاء نفس الثمن لا شىء آخر فيعلم من ذلك كله أن الأرش حكم تعبدى محض قد ثبت فى مورد خاص بالتعبد فلا يكون مخصصا بأدله الربا كما هو واضح.

### **الثانى: أن يقال أن الربا انما هو زياده أحد المتماثلين على الآخر**

فى المعامله

سواء كانت الزيادة بالثمن و نحوه عند البيع أو بغيره من تبعات البيع من الأرش و نحوه فان ذلك أيضا زياده أحد المتماثلين على الآخر و على هذا فيسقط الأرش هنا فإنه و ان لم يكن ثمنا فى المبيع و لم نقل أيضا بكون وصف الصحة يقابل بالمال و لكن أخذه يوجب زياده أحد المتماثلين الذين من الربويات على الآخر فيلزم الربا.

و فيه أنه يرد عليه أيضا أنه لا- دليل على أن الربا انما هو كون أحد المتماثلين زائدا عن الآخر فى المعامله و لو لم يكن الزيادة بالأصله، بل بالتبع بأن يكون الزائد فى مستتبعات البيع و انما الدليل أى دليل حرمه الربا انما هو مختص بكون احد المتماثلين زائدا عن الآخر عينا أو حكما فى نفس المعامله لا فى تبعاتها و من هنا لا نشك أن يفتوه أحد بلزوم الربا فى أنه لو تعامل اثنان بأن باع أحدهما من الآخر حليا ذهبا نفرضه سوارا الذى كان مقداره خمسه مثاقيل بخمسه مثاقيل من الذهب الذى ليس بحل

ص: ١٥٧

تم بعد ما تم البيع و النقل و الانتقال كسر البائع الحلى فهل يتوهم أحد أنه لا يضمه لأنه لو ضمن ذلك و اعطى شيئا فى مقابل الصياغه يلزم الربا و من الواضح أن مقامنا من هذا القليل فإنه كما ان الضمان بذلك انما هو بعد البيع و من تبعاته و كك الأرش حيث انه يثبت بمطالبه المشتري و لا يثبت قبله و لذا عرفت أن البائع لا يضمه به قبل المطالبه و لو مات لا يبقى مشغول الذمه و كيف كان لا يلزم الربا من أخذ الأرش فى الربويات.

ثم ان المصنف قد ذكر بعد الاستشكال فى المسأله أن المرجع انما هو ما دل على حرمه الربا من الأدله و أشكل عليه بعضهم بأنه مع لزوم الربا من أخذ الأرش لا مجال لرفع اليد عن دليله، و الرجوع الى أدله حرمه الربا و ذلك لأن النسبه بينهما هو العموم من وجه إذ قد يكون الأرش فى غير الربويات و قد يكون الربا فى غير صوره الأرش و قد يجتمعان فبعد التعارض فى مورد الاجتماع و التساقت فالنتيجه هو تقديم أدله الربا من جهه أنه لا دليل يدلنا على ثبوت الأرش.

ح فأصبح المورد بلا دليل دل على ثبوت الأرش و لكن ليس ذلك من ناحيه ترجيح أدله حرمه الربا.

و لكن ما ذكره المصنف وجيه، فانا ذكرنا فى مورده أن الدليلين إذا تعارضا بالعموم من وجه و تكافئا فتقدم منهما ما يكون موافقا للكتاب لقوله عليه السلام فى مقام المعارضه خذ ما وافق الكتاب، و من الواضح أن أدله حرمه الربا موافقه للكتاب، لقوله تعالى أَيْلَ اللَّهِ الْبَيْعَ وَ حَرَّمَ الرِّبَا بَلْ لَّا يَكُونُ حَ الْطَرَفِ الْآخِرِ حجه حتى نحتاج الى الترجيح و نقول بان الموافق للكتاب قد رجحناه على الآخر فما ذكره المصنف متين.

ثم انه ذكر السيد فى حاشيته موردا آخر لسقوط الأرش غير ما ذكره المصنف من الموردين، و لكنه عين المورد الأول الذى ذكر المصنف لسقوط

الأرش فيه من جهة الربا و حاصله أن العوضين إذا كانا من النقدين فظهر عيب في أحدهما بعد انقضاء المجلس فإنه ذكر عدم جواز أخذ الأرش هنا للزوم الربا و لكن قد عرفت أن الأرش أجنبي عن العوضين و انما هو غرامه خاصه قد أثبتته الشارع تعبدا فأى ربط له بالعوضين ليلزم الربا و هو من تبعات المعامله و قد عرفت عدم جريان الربا.

### المورد الثاني: مما يسقط الأرش فيه ما إذا كان ثمن المعيوب مساويا

مع الصحيح بحيث لا ينقص من قيمته لأجل عيبه شيء

و ذلك كالعبد الخصى فإنه لأجل بعض الأغراض كالربط بين الزوج و الزوجه لبعض الحوائج يرغب به كثير من الناس و يكون قيمه ذلك لأجل هذا مساويا من العبد الغير الخصى و ان كان في غير الخصى أيضا بعض المنافع التي لا تكون في الخصى كأخذ نسله ليكون عبدا أيضا و في الحقيقة أن الخصاء عيب و لكن لا- يوجب الأرش فإن الأرش هو تفاوت القيمة ما بين الصحيح و المعيب و المفروض أنهما على حد سواء في القيمة و لا تفاوت بينهما.

و لكن الذى ينبغي أن يقال ان الخصاء فى العبد مع كونه مرغوبا بين الناس ليس بعيب، بل ربما يكون وصف الكمال، إذا كان موجبا لزياده قيمه فإن العيب ليس هو كل نقص فى المبيع حتى ما لا يوجب نقص القيمة، بل النقص الذى يوجب قله المالىه و الثمن و لو كان مجرد النقص عيبا سواء أوجب نقص القيمة أم لا- لكان الختان و ثقب الأناف و الأذان أيضا من العيوب و لم يفتوه به أحد من الطلبة فضلا عن الفقيه و اذن فلا مجال لتوهم انتفاء الأرش فى المورد الثانى أيضا.

ثم انه قد فصّل العلامة هنا تفصيلا لم نعرف وجهه و هو أن الأرش ان كان من جنس المبيع فى الربويات فلا محذور فيه و الا ففيه محذور و فيه ان الربا يتحقق بمطلق الزيادة و لو كان شرطا و إذا كان أخذ الأرش موجبا

لربما فلا يفرق فيه بينما كان من جنس المبيع أو من غير جنسه.

### قوله مسأله: يسقط الرد و الأرش معا بأمر أحدها العلم بالعيب قبل

العقد

بلا خلاف.

أقول: ذكروا لسقوط خيار العيب موارد، منها علم المشتري بالعيب فحينئذ لا يثبت خيار العيب للمشتري لأن أخبار خيار العيب ناظره إلى صورته جهل المشتري بالعيب فلا يشمل صورته علم المشتري بالعيب، بل استدلال على ذلك في الجواهر بصحيحه زواره المتقدمه أيما رجل اشترى شيئاً و به عيب أو عوار و لم يتبّه، و قد تنظر فيه المصنف و لكن لم يبين وجه النظر فيه و الذي يمكن أن يكون وجهها له أمور ثلاثه الأول: ان المراد من الروايه هو أنه إذا اشترى أحد شيئاً و به عيب أو عوار و لم يتبّه فله الخيار على ما هو مقتضى المفهوم سواء كان المشتري عالماً بالعيب أو لم يكن عالماً به، فالموضوع لسقوط الخيار هو تنبيه البائع المشتري لا علم المشتري بالعيب فإذا كان المشتري عالماً لكونه من أهل الخبره و لكن لم ينبه به المشتري يثبت له خيار العيب كما هو واضح.

و فيه أن هذا و ان كان لا بأس به في نفسه و به يرتفع التناقض بين كلامي المصنف هنا حيث منع عن الاستدلال بالصحيحه على سقوط خيار العيب مع علم المشتري و مع استدلال بها على سقوطه مع تبري البائع مع أن ملاك الاستدلال فيهما واحد و هو المفهوم فإنه يقال ان وجه النظر هنا هو الوجه الذي ذكروا أما وجه الاستدلال هناك هو المفهوم و عدم جريان هذا المانع هناك كما لا يخفى.

و لكن هذا الوجه خلاف متفاهم العرف حيث ان التنبيه ليس له موضوعيه في سقوط الخيار كما أن عدمه ليس موضوعاً لثبوت الخيار، بل هو طريق إلى معرفه المشتري العيب، و المراد من ذلك هو عدم التعريف ليكون المشتري

ص: ١٦٠

جاهلا- و يثبت الخيار له و أما إذا تَبَّهه كان عالما بالعيب فلا- يكون له الخيار كما هو واضح، و بالجمله كون التنبيه موضوعا لسقوط الخيار و عدمه موضوعا لثبوته على خلاف المتفاهم العرفى.

الوجه الثانى: أن يكون وجه النظر فيه هو أن الاستدلال بالروايه فى المقام اما بمقتضى مفهوم الشرط و هو كلمه، أى أو بمقتضى مفهوم الوصف و القيد و هو عدم التنبيه فان الوجه هو الأول فلا شبهه أن الشرط هنا قد سيق لبيان الموضوع فان مفهوم قوله عليه السلام أيما رجل اشترى هو أنه أيما رجل لم يشتر و هو سالبه بانتفاء الموضوع فلا مفهوم للقضيه الشرطيه ح كما نقول إذا ركب الأمير فخذ ركابه و قد ذكر ذلك المصنف آيه النبيا عند الاستدلال به على حجيه خبر الواحد من ان مفهوم ان جائكم فاسق بنيا ان لم يجيء فاسق بنيا لا أنه ان جاء عادل و من الواضح أن القضيه ح سالبه بانتفاء الموضوع فلا يكون له مفهوم.

و فيه أنه ان كان نظر المصنف الى هذا الوجه فيرد عليه أولا ان القضيه الشرطيه و ان لم يكن لها مفهوم إذا سيق لبيان الموضوع و لكن إذا كان معها قيد آخر ثبت لها مفهوم بالنسبه الى ذلك القيد، و قد ذكرناه فى محله مثلا إذا قال المولى إذا ركب الأمير فخذ ركابه، بلا تقييد بقيد فلا مفهوم لها، و أما إذا قال إذا ركب الأمير فكان يوم الجمعة فخذ ركابه فإنها بالنسبه إلى القيد الأول لا مفهوم لها، و أما بالنسبه إلى القيد الثانى فلها مفهوم و هو أنه إذا ركب فى غير يوم الجمعة فلا تأخذ ركابه و فى المقام أيضا كك حيث ان القضيه لا مفهوم لها بالنسبه إلى قوله عليه السلام: أيما رجل اشترى شيئا، ليس لها مفهوم، و لكن بالنسبه إلى القيود التى ذكرت بعدها فلها مفهوم و منها قوله عليه السلام و لم يتبه كما هو واضح فما ذكره صاحب الجواهر من الاستدلال بالصحيحه متين جدا.

و ثانيا لو كان وجه النظر للمصنف هو هذا فلما ذا استدلال بها على سقوط الرد و الأرش بالتبرى بعد أسطر فهل هذا الا المناقضه فلا ينبغى ذلك من المصنف بهذا القريب.

و أما إذا كان غرض صاحب الجواهر من الاستدلال بالصحيحه هو مفهوم القيد فلا شبهه أنه ليس بحجه.

و فيه أولا أنه أيضا تناقض لما سيأتى منه من الاستدلال بها على سقوط الخيار مع التبرى عن العيب.

و ثانيا: أن مفهوم الوصف ليس بحجه إذا كان ذلك ملحوظا بنفسه و أما مع احتفاهه بقرائن أخر فلا شبهه فى حجيته كما قلنا به فى قوله كز من الماء فى جواب السائل عن أنه أى مقدار لا ينجسه من الماء فإنه قد ورد فى مقام التحديد فلا شبهه فى كون مفهومه حجه و كذا قوله عليه السلام فى جواب السائل كم يقصر الصلاه من السفر، قال عليه السلام: يريد فى بريد فان القرينه قائمه على كون كلامه فى مقام التحديد فلا بد و أن يكون له مفهوم و ان كان المفهوم مفهوم لقب و الحاصل أن أى مفهوم لم يكن حجه فى نفسه فهو حجه إذا قامت القرائن عليه كما هو واضح ففى المقام أن مفهوم القيد و ان لم يكن حجه فى نفسه و لكن القرينه قائمه على حجيته و هو كون الامام عليه السلام فى مقام ضبط مورد الخيار مقدمه لسقوطه باحداث الحدث و أنه عليه السلام فى مقام تحديد ذلك كما هو واضح، فعلى هذا أيضا فكلام صاحب الجواهر متين.

ثم انه إذا اشترط العالم بالعيب الذى سقط خيار العيب فى حقه ثبوت الخيار له أى خيار العيب بالاشترط فهل يصح ذلك أم لا فنقول ان كان غرض المشترط هو ثبوت الخيار له فقط فلا محذور فيه أصلا حيث انه خيار ثابت بالشرط كسائر الخيارات الثابته بالاشترط كما إذا علم المشتري بعيب



المتاع و اشترط ثبوت الخيار لنفسه و اشتراه على هذا الشرط ليختبره و يشاور غيره أن المعيب يفيد أم لا فهذا لا شبهه في صحته فيكون ذلك كبقية الخيارات الثابتة بالشرط الضمني و ان كان غرض المشتري هو ثبوت خيار العيب له الذى هو خيار حتى مع أحكامه الخاصه من الأرش و نحوه فذكر المصنف أنه فاسد و مفسد للعقد لكونه مخالفاً للسنة فكأنه رأى أن هذا الشرط الفاسد ممتاز عن بقية الشروط الفاسده التي لا توجب فساد العقد و لكن هذا يوجب فساداً كما هو واضح، و لكن الظاهر أنه لا فارق بين هذا الشرط الفاسد و بقية الشروط الفاسده، نعم ذكرنا فيما سبق (ظاهراً في خيار الرؤية) أن مرجع الخيار الى تحديد الملكية إلى زمان الفسخ فكان البائع قد أنشأ الملكية المحدوده و على هذا فهذا الشرط يكون فاسداً و مفسداً للعقد لأن ما أنشأه البائع من الملكية المحدوده لم يمضه الشارع لكون الشرط الذى أوجب تحديد الملكية المنشأ فاسداً لكون اشتراط الأرش في هذا الخيار أى خيار العيب الثابت بالشرط مخالفاً للسنة فإن الأرش انما ثبت في خصوص خيار العيب فقط، بل مخالف للكتاب أيضاً من جهة قوله تعالى أَطِيعُوا اللَّهَ وَ أَطِيعُوا الرَّسُولَ فَالقول بثبوت الأرش هنا مخالفه لقول الرسول (صلى الله عليه و آله) فيكون فاسداً.

و أما الملكية المطلقه فهي غير منشأه فيكون هذا الشرط فاسداً و مفسداً للعقد على ما ذكرناه و قد ذكرنا في تعليقه العروه عند قول السيد هل يجوز جعل الخيار في النكاح أم لا حيث توقف في ذلك كبعض المحشين و قد ذكرنا هناك أن الأقوى كون جعل الخيار مفسداً لعقد النكاح فإنه إذا كان النكاح مقيداً بالفسخ فيكون مقيداً بالزمانى و من الواضح أنه غير مشروع في الشريعة إنما المشروع هو العقد الدائم و العقد المنقطع المقيد بالزمان أما الزمانى فلا فافهم.

## قوله الثانى: تبرى البائع عن العيوب إجماعاً فى الجملة،

أقول من جملة ما يسقط فيه الرد و الأرش فيما كان المبيع معيباً أن يتبرء البائع من العيوب و قد ادعى الإجماع على ذلك و لكن لإجمال لدعوى الإجماع التعبدى مع كون صحيحه زرارته داله على المقصود.

ثم انه لا- يخفى ما فى بعض نسخ المكاسب من الغلط من إسقاط الألف بين كلمه ارتفع و كلمه لإطلاق كما فى حاشيه أيضا كك حيث قال قوله لإطلاق إلخ، إذ لا- إطلاق فى روايه زرارته هنا حتى يتمسك، بل التمسك بها من جهه المفهوم و النسخه صحيحه قوله و الأصل فى الحكم قبل الإجماع صحيحه زرارته و كلمه الإطلاق بزياده الألف قبل اللام فاعل لارتفع.

و كيف كان فلا شبهه فى دلالة روايه زرارته على المقصود فإنه قد علق ثبوت الخيار فى مفهوم هذه الروايه المعتره و ان لم تكن صحيحه كما تقدم على عدم التبرى من العيب و أما مع التبرى منه فلا شبهه فى سقوطه فتدل بمفهومها على المقصود كما هو واضح.

ثم انه مقتضى إطلاق مفهوم هذه الروايه أنه لا فرق فى سقوط الخيار بالتبرى من العيوب الظاهره أو الباطنه فإن مقتضى الإطلاق هو سقوط الخيار مع التبرى من العيب مطلقاً و هذا واضح جدا و كل ذلك لا كلام فيه و ان ذكر الخلاف فى بعضها و لكن يدفعه الإطلاق و أيضا يجوز التبرى من العيوب الموجوده حال العقد و العيوب المتجدده بعده قبل القبض أو بعده فى زمان الخيار أى خيار الشرط و الحيوان بالنص و خيار المجلس بالإطلاق و لكن وقع الاشكال هنا فى موضعين:- الأول: فيما إذا تبرأ من العيوب الموجوده حال العقد.

و الثانى: فيما إذا كان العيب متجددا بعد العقد. أما الإشكال فى

الأول فهو أن إسقاطه أى الخيار و التبرى من العيوب موجب للغرر فيكون موجبا لبطلان البيع.

و فيه أنه ان قلنا بأن روايه زراره إنما دلت على صحة البيع مع سقوط الخيار للعيب مع التبرى مطلقا حتى فيما يلزم منه الغرر فلا بأس من الالتزام به بعد دلالة النص عليه و دعوى كون البيع غرريا و باطلا لذلك اجتهاد فى مقابل النص فلا يكون ذلك إشكالا فى المقام و ان قلنا ان التبرى و عدم التبرى من العيوب انما هو فى البيع الصحيح لا فى البيع الباطل فالبيع الغررى باطل فلا يكون التبرى من العيب مصححا له و الا- كان التبرى من العيب موجبا لصحة بيع الصبى و غيره من البيوع الباطله و عليه فلا- بدّ من التفصيل بين ما يرتفع كون البيع غرريا من غير جهة التزام البائع بكون المبيع صحيحا و بين ما كان يرتفع ذلك بالتزام البائع بصحة المبيع فإنه على الأول يصح تبرى البائع من العيوب إذ دخل له فى غرريه المعامله فإن الغرر لم يرتفع بالتزام البائع بصحة المعامله حتى يلزم الغرر من تبريه من العيوب بل انما ارفع بعلم المشتري بصحة المبيع أو برؤيته أو بإخبار شخص آخر و قد تقدم ما ينفعك فى خيار الرؤيه ظاهرا و على هذا فلا بدّ فى المقام من التفصيل بين ما كان ارتفاع الغرر عن البيع بالتزام البائع بصحة المبيع فلا- يصح التبرى لكونه موجبا للغرر و بين ما كان ارتفاع الغرر بغير جهة التزامه بذلك كما عرفت فيصح التبرى كما لا يخفى.

و أما إذا كان التبرى من العيوب المتجدده بعد العقد فتاره يستشكل هنا من جهة لزوم الغرر و اخرى من جهة كون التبرى عن العيوب المتجدده إسقاطا لما لم يجب إذ لم يتعيب المبيع حال العقد حتى يجوز التبرى عنه فلا يكون التبرى ح إلا إسقاطا لما لم يجب.

و لكن شىء من الإشكاليين لا يرجع الى محصل أما إشكال لزوم الغرر

فهو واضح الدفع إذ الغرر في المعامله انما يلاحظ بالنسبه الى حال البيع و العقد لا بالنسبه الى ما بعد العقد و من الواضح أنه لا غرر في المعامله في حال العقد مع التبرى عن العيوب المتجدده بعد العقد بعد ما كان المشتري عالما بالمبيع و خصوصياته و عدم العيب فيه حال العقد.

و أما إشكال لزوم إسقاط ما لم يجب فنعم حيث ان العيب لم يحصل حال العقد فيكون إسقاطه إسقاطا لما لم يجب و لكن ذكرنا مرارا أنه لا- دليل على عدم جواز إسقاط ما لم يجب إلا- الإجماع و هو انما فيما لم يكن المقتضى للساقط موجودا كالإسقاط قبل العقد و فى المقام كالتبرى قبل العقد حيث ان العقد موضوع للخيار فإسقاط خيار العيب قبل العقد بالتبرى عن العيب فإنه يدخل تحت الإجماع القائم على عدم جواز إسقاط ما لم يجب و أما الإسقاط حال العقد الذى هو مورد الخيار و موضوعه فلا بأس من إسقاط خيار العيب حال العقد و كك يجوز الإسقاط فى كل مورد كان المقتضى موجودا.

نعم، الإسقاط الفعلى أى إسقاط المعدوم فعلا بحيث يكون ساقطا بالفعل غير معقول لأنه إسقاط أمر معدوم و أما إسقاط أمر استقبالى فعلا بحيث يكون ساقطا فى محلّه أى فى الاستقبال فلا بأس كما لا يخفى.

و على الجملة فلا بأس لإسقاط خيار العيب بالتبرى عنه حال العقد سواء كان العيب موجودا حال العقد أو عيبا متجددا كما هو واضح.

ثم انه ذكر المصنف أنه يندفع الغرر عن البيع مع التبرى عن العيوب بالاعتماد على أصاله الصحه و لكن يرد عليه ما ذكرناه سابقا من انه لا- دليل على اعتبارها بوجه على أنه لا يرفع الغرر فإنه بمعنى الخطر و هو أمر نفسانى لا يرتفع بالأصل فإنه لا يزيل الصفه النفسانيه.

قوله: ثم ان البراءه فى هذا المقام يحتمل إضافتها إلى أمور، أقول

حاصل كلام المصنف أن البراءة من العيوب يحتمل أن يضاف إلى أمور:

الأول: أن يتبرء من نفس العيوب بأن تبرء عن الالتزام بسلامه المبيع عن العيوب الموجودة في المبيع حال العقد.

الثاني: ضمان العيب فقط بأن يتبرأ من الأرش فقط دون الخيار فيكون المشتري مع ظهور العيب في المبيع مخيراً بين الردّ و الإيمضاء فقط.

الثالث: أن يكون المراد من التبرى عن العيب التبرى عن حكمه و هو إسقاط الخيار ثم ذكر أن الأنسب إلى معنى البراءة هو الثاني و قد تقدم عن التذكرة المعنى الثالث و هو بعيد عن اللفظ إلا أن يرجع إلى المعنى الأول.

و لكن الظاهر أنه لا- فارق بين المعنى الأول و الثالث و ذلك لأنه لا معنى للتبرى عن نفس العيب الذى هو مفاد الوجه الأول و توضيح ذلك أنا قد ذكرنا سابقاً أنه لا معنى لاشتراط وصف فى البيع بان يبيع شيئاً مع اشتراط كونه متصفاً بوصف كذا أى التزم بكونه على وصف كذا و هذا لا معنى له، بل مرجعه.

أما إلى التعليق بان يبيع على تقدير كون المبيع متصفاً بوصف كذا.

و أما إلى اشتراط الخيار على تقدير التخلف بأن التزم المشتري البيع على تقدير كون المبيع موصوفاً بوصف معلوم و أما التخلف فلا يلتزم به بل يكون البيع مترلزلاً.

أما التعليق فهو يوجب البطلان فلا معنى لاعتبار الوصف فى المبيع بهذا المعنى.

و أما الثانى: فقد عرفت أن مرجعه إلى جعل الخيار و عليه فمعنى التبرى عن العيب أى عدم الالتزام بصحة المبيع ليس إسقاط الخيار إذ التعليق فى البيع باطلاً و اذن فيكون مفاد الوجه الأول و الوجه الثانى واحداً كما هو واضح.

و أما الوجه الثانى: فالفرق بينه و بين الوجه الأول الذى مرجعه الى الوجه الثانى واضح إذ الوجه الأول و الثالث كما عرفت عبارته عن إسقاط الأرش دون الخيار كما هو واضح، أما أن المراد هو الوجه الأول أو الثانى فيختلف ذلك باختلاف قصد المتبرى و ظهور كلامه و الظاهر من الإطلاق هو سقوط الخيار و الأرش معا.

و دعوى أن التبرى من الأرش فقط لا دليل عليه لكون الروايه داله على التبرى على وجه الإطلاق.

دعوى جزافيه فإن الروايه و ان كانت ككك و لكن قد ثبت من الخارج من الأرش غرامه و من قبيل الحقوق فللمشترى أن يرفع اليد من حقه و لم يطلب الغرامه من البائع فالتبرى عن الأرش فقط مع رضاء المشترى بذلك صحيح و أما دعوى كونه إسقاطا لما لم يجب فقد عرفت جوابه و أنه لا بأس بإسقاطه فى ضمن العقد.

قوله: ثم تبرى البائع عن العيوب مطلقا. أقول: قد ذكر السيد فى المقام أن مقصود المصنف غير ما هو ظاهر من عبارته فان عبارته ظاهره فى معنى و مقصوده شىء آخر و عليه فهنا مسألتان: - الأولى: ما فهمه السيد من عبارته المصنف؟ و الثانى: ما هو ظاهر كلام المصنف؟ أما الأولى: فذكر السيد أن مراد المصنف أن التبرى إنما يسقط الخيار فقط، و أما حكم التلف فى زمان الخيار الذى هو كونه على من لا- خيار له و هو البائع فى المقام فلا يزول و لا يسقط سواء كان التلف بسبب العيب أو غيره لعموم ما دل على ان التلف فى زمن الخيار على من لا خيار له.

و بعباره أخرى أن التبرى انما هو مجرد سقوط الخيار و أما ما تقتضيه قاعده التلف فى زمان الخيار من كونه على البائع فهو باق، و لا يسقط بمجرد

التبرى فإنه يكفى فى ثبوت ذلك شأنه الخيار أى ثبوت الخيار لو لا الاسقاط و ان لم يكن الخيار ثابتا بالفعل.

و الحاصل: أن قاعده كون التلف فى زمن الخيار ممن لا خيار له أعم من يكون هنا خيار بالفعل أو خيار بالشأن كما هو واضح.

و یرد على هذه المسأله أولا أن موضوع الحكم هنا انما هو وجود الخيار الفعلى بحيث يكون هنا خيار بالفعل و أما الخيار الشأنى فليس موضوعا لهذه الاحكام بوجه و الا فلا بدّ من الالتزام بكون التلف مطلقا فى أى وقت كان، و لو بعد شهر أو سنه ممن لا خيار له فيما إذا لم يلتفت المشتري الى العيب إلى سنه مثلا، بل أكثر و تلف المبيع بعد هذه المده لا بإتلاف المشتري و التفت المشتري بالعيب حين التلف فإنه على هذا فجميع أوقات وجود المبيع عند المشتري زمن خيار الشأنى كما هو واضح مع أنه لم يلتزم به أحد.

و بعباره أخرى أن ما هو موضوع لهذه القاعده أعنى الخيار الفعلى قد سقط قطعا بتبرى البائع و ما هو ليس موضوعا لها اعنى الخيار الشأنى و التقديرى فهو باق فى بعض الأحيان إلى الأبد.

و ثالثا: أن قاعده كون التلف فى زمن الخيار ممن لا- خيار له انما هو فى خصوص خيار الحيوان و الشرط بالنص و فى خيار المجلس إلحاقا و أما الخيارات الأخر فلا تجرى فيها هذه القاعده و من الواضح ان خيار العيب من جمله تلك الخيارات التى لا مرتع فيه لهذه القاعده كما هو واضح.

و أما المسأله الثانيه التى هى ظاهر عباره المصنف فهى أنه إذا تبرى البائع من عيب السلعه و تلف المبيع فى زمان خيار آخر للمشتري كخيار الحيوان و الشرط و المجلس فهل يكون ضمانه على البائع أولا بل يكون ضمانه للمشتري أيضا لتبرى البائع عن العيب فالظاهر هو ان الضمان هنا

على البائع فإنه لا- منافاه بين تبرى البائع عن العيب و بين ثبوت الضمان عليه من جهة كون التلف فى زمان الخيار من غير جهة العيب فإن إطلاق ما دل على أن التلف فى زمن الخيار من مال من لا- خيار له فحكم هنا فلا مخصص له بوجه و اذن فىكون التلف هنا من البائع لكونه فى زمان خيار الحيوان مثلا، لا من المشتري، بل لا دلالة فى لفظ التبرى على كون التلف فى زمن خيار المشتري من المشتري إذ التبرى من العيب أى ربط له بذلك بل لا يسقط الضمان عن البائع حتى بصراحته بالتبرى مطلقا مستتبا العيب حتى لو تلف المبيع به فى زمان خيار المشتري كما إذا كان المبيع حيوانا فتلف فى ضمن ثلاثة أيام فهذا حكم شرعى لا يسقط بالإسقاط و تقدم أن الحكم و الحق كلاهما حكم شرعى، إلا ما يسقط بالإسقاط نسمى حقا و ما لا يسقط به نسمى حكما.

و على الجملة فكون التلف فى زمن الخيار من البائع حكم شرعى لا- يسقط بالتبرى و لا نعرف خلافا فى هذه المسألة الا عن الشهيد فى الدروس حيث قال لو تبرأ البائع من عيب فتلف به فى زمن خيار المشتري فالأقرب عدم ضمان البائع و كذا لو علم المشتري به قبل العقد أو رضى بعده و تلف فى زمان خيار المشتري.

ثم قال: و يحتمل الضمان لبقاء علاقه الخيار و قد ظهر مما ذكرناه أنه لا وجه لمخالفه الشهيد و نفى الضمان عن البائع مع التلف ح كما لا وجه لقوله و يحتمل الضمان لبقاء علاقه الخيار فإنه لا معنى لتوهم هذه العلاقه إذ لو كان المراد بها هو خيار الحيوان فقد تبرأ البائع منه و ان كان المراد به غير خيار الحيوان فهو و ان كان صحيحا و لكن لا ربط له بخيار العيب حتى يقال ان علاقه الخيار باقيه.

و بعباره أخرى أن خيار العيب قد زال بتبرى البائع فلم يبق منه شىء



أصلا و الخيار الذى هو موجود فعلا- و تلف المبيع فى زمنه اعنى خيار الحيوان ليس من متعلقات خيار العيب بوجه فلا- وجه لكلامه بوجه.

ثم ذكر أن الاشكال أقوى فيما لو تلف المبيع بالعيب السابق و بالعيب المتجدد فى زمن الخيار الآخر كخيار الحيوان و وجه الأقوائيه هو أن البائع إنما تبرأ من العيب السابق الموجود حال العقد لا من العيب الحادث بعده فيكون اشكال كون الضمان على المشتري دون البائع قويا بل لا بدّ و ان يكون الأمر بالعكس و لكن قد عرفت أن الضمان فى جميع ذلك على البائع لإطلاق ما دل على كون التلف(فى زمان خيار الحيوان و الشرط و خيار المجلس بالإلحاق)من البائع فلا مخرج عن ذلك و أن هذا حكم شرعى لا- يسقط بالتبرى حتى مع التصريح بذلك و أن التبر لا يدل على ذلك و على أزيد من التبرى من الأرش و الخيار أى على إسقاط الأرش و الخيار.

قوله: ثم ان هنا أمورا يظهر من بعض الأصحاب سقوط الردّ و الأرش بها، أقول:

### ذكر الأصحاب أمورا يسقط بها الأرش و الردّ

#### منها زوال العيب

قبل العلم به

و قد صرح العلامة بذلك فى غير موضع من التذكرة، و مال اليه جامع المقاصد و اختاره فى المسالك بل ذكر فى التذكرة فى أواخر فصل العيوب أنه يسقط الأرش و الردّ بعد العلم بالعيب أيضا و قد فصل المصنف هنا بين الرد و الأرش و التزم بسقوط الردّ دون الأرش و أفاد فى وجه ذلك أن الظاهر من الأدله خصوصا بملاحظه أن الصبر على العيب ضرر هو ردّ المعيوب و هو الذى يكون حين الرد متلبسا بالعيب و أما ما كان معيوباً سابقاً فزال عيبه فليس بموضوع للردّ و توهم استصحاب الخيار هنا فاسد لارتفاع موضوعه فلا- أقل من احتمال ارتفاع موضوعه فيكون بلا موضوع فلا يكون متعهدا لإثبات توسعه الحق هذا هو الوجه لجواز الرد و أما الوجه لجواز مطالبه الأرش فلأنه قد ثبت جواز مطالبه الأرش فيما كان وصف الصحه مفقودا

ص: ١٧١

فى المبيع حين العقد فقد استقر الأرش على ذمه البائع بالعقد فسقوطه يحتاج الى دليل خصوصا بعد ما علم المشتري بالعيب و زال، و الصحه الحادته لا تمنع عن ذلك لكونها حادته فى ملك المشتري.

و على الجملة فذمه البائع مشغوله بذلك فسقوطه عنها يحتاج الى دليل كما هو واضح.

ثم ذكر أنه لم يتعرض لهذا الفرع أحد قبل العلامة و ان احتمال دخوله تحت القاعده المذكوره للشافعيه من الزائل العائد كالذى لم يزل أى وصف الصحه التى كانت مفقوده و عاده كالذى لم يزل فلا يكون المبيع فى حكم المعيوب فعلا أو كالذى لم يعد فيكون فى حكم المعيوب ثم ذكر أنه لا- دليل على هذه القاعده و لا شىء تحتها فإنها مجرد عباره، بل نحتاج فى كل مورد الى الدليل الخاص و قد عرفت أن مقتضى الدليل فى المقام هو سقوط الردّ دون الأرش.

أقول: أن المستفاد من الروايه كما أن موضوع الرد، هو المعيوب الفعلى أى ما كان متلبسا بالعيب فعلا و كذلك موضوع جواز مطالبه الأرش أيضا هو المعيوب الفعلى لا ما كان معيوباً حين العقد فان الرد و الأرش قد ثبتا فى الروايات معا من أنه إذا كان المبيع معيوباً كان له الرد و الأرش على نحو التخيير أو أنه مختير بين الردّ و الإمضاء قبل التصرف و أما بعده فيكون له مطالبه الأرش فقط، على ما تقدم من المصنف و اخترناه أيضا فى مورده استنادا الى ظاهر الأدله فلا يستفاد من الأدله أن موضوع الرد هو المعيوب الفعلى دون موضوع الأرش و ان كان يستفاد ثبوت الأرش بعد سقوط الرد لا التخيير من الأول كما هو واضح.

نعم، لو قلنا بان وصف الصحه يقابل بالمال فيكون فى مقابله حين العقد ثمن أيضا، فلما ذكره المصنف وجه حيث أن ما قابل من الثمن فى

مقابل وصف الصحة قد أخذه البائع بلا استصحاب منه لفوات مقابله أعنى وصف الصحة فيبقى مشغول الذمه ما لم يخرج عن عهده سواء زال العيب و عاد وصف الصحة أم لا، ولكن قد عرفت سابقا ان هذا المبني فاسد من أصله و لم يلتزم به المصنف أيضا، بل وصف الصحة يوجب زياده المالىه و هو واسطه لا زياده المالىه فى المبيع و زياده ثمنه كما هو واضح و لذا لا يجب للبائع دفع الأرش قبل مطالبه المشتري ذلك كما هو واضح و عليه فلا يبقى مجال لما ذكره المصنف هنا، بل يسقط الأرش بزوال العيب كما يسقط الرد أيضا.

و قد ذكر السيد أن الانصاف هو عدم الفرق بين الرد و الأرش و دعوى استقرار الثانى بالعقد دون الأول كما ترى و ظهور الدليل فى رد ما هو متلبس بالعيب مشترك الورود فانا نقول بالنسبه إلى الأرش أيضا كذلك خصوصا مع أن الأرش غرامه لا يثبت الا بعد مطالبته و التحقيق سقوطهما معا للظهور المذكور و على الجملة فلا فارق بين الرد و الأرش بحسب الدليل هذا.

و لكن يمكن أن يقال أولا انه ينبغى أن يعكس الأمر بأن يسقط الأرش دون الرد أما سقوط الأرش فمن جهة ما عرفت من كون موضوعه هو المبيع المعيوب و الفرض أن العيب قد زال عنه فلا يثبت للمشتري جواز مطالبه الأرش من البائع فلا وجه لثبوت الأرش ح بوجه.

و أما ثبوت الرد و عدم سقوطه فمن جهة أن خيار العيب كخيار الغبن و الرؤيه انما هو ثابت بحسب الشرط الضمنى على كون المبيع صحيحا حال العقد و المفروض أنه غير صحيح فيكون له خيار تخلف الشرط فلا دليل على سقوطه بعده و ان كان العيب زائدا بعده فإنه انما زال فى ملك المشتري دون البائع كما إذا اشترى زيد عبدا من عمرو فاشترط عليه أن يكون العبد كاتبا و لكن لم يكن كاتبا حال العقد و قد تعلم الكتابه بعده فإنه لا شبهه فى

ثبوت خيار تخلف الشرط للمشتري، وان كان كاتباً الا- أنه انما حصل في ملك المشتري دون البائع و من هنا ذكرنا أن الروايه الداله على ثبوت خيار العيب انما ثبت على طبق القاعده لا على خلافه كما هو واضح.

نعم ثبوت الأرش هنا لخصوص الروايه لا بحسب الشرط الضمنى فإنه لا يتكفل على ذلك.

و لكن التحقيق أن يقال بثبوت الرد و الأرش كليهما و ان زال العيب بعد العقد فتكون النتيجة هو أن الزائل العائد كالذى لم يعد فكأن وصف الصحه الزائل لم يعد و تقريب ذلك أن غير روايه زراره من الروايات الداله على ثبوت الردّ و الأرش و ان كانت ساكته عن صورته زوال العيب من المبيع المعيوب حال العقد و المستفاد منها أن موضوع الردّ و الأرش انما هو المعيوب الفعلى فإنه فى هذه الصوره اما نقول بالرد و الأرش تخييراً أو بالرد أولاً، و مع سقوطه فبالأرش كما تقدم و بالنسبه إلى ملاحظه هذه الروايات فما ذكره السيد متين جدا وفقاً لما ذكره العلامه و غيره و لكن بالنسبه إلى النظر إلى روايه زراره فالأمر ليس ككك فإنه ذكر فيها أيما رجل اشترى شيئاً و به عيب أو عوار و لم يتبرء به و أحدث فيه شيئاً ثم علم بذلك العيب فإنه يمضى عليه البيع فيثبت له تفاوت ما بين الصحيح و المعيب و هو الأرش فيدل مفهوم هذه الروايه على عدم مضى البيع إذا لم يتبرء البائع من العيب و لم يعلم المشتري بذلك حال العقد و لم يحدث فيه حدثاً فإنه إذ التفت المشتري بذلك العيب بعد العقد فيكون له الردّ و ليس فى الروايه أنه يسقط الردّ بعد زوال العيب، بل هى مطلق بالنسبه الى حال زوال العيب أيضا فلا دلالة فيها أن الرد أنما يثبت إذا كان العيب موجوداً حال الرد، بل بكلمه ذلك يشعر البغير مشيراً الى العيب بكفايه وجود العيب حال العقد فقط فى جواز الردّ مطلقاً حتى بعد الزوال كما هو واضح و عين هذا البيان

جار في ثبوت الأرش أيضا بعد زوال العيب فإنه مذكور مع الرد في هذه الروايه و موضوعه انما هو ثبوت العيب في المبيع حال العقد سواء زال بعده أم لم يزل، كما هو واضح، وقد عرفت ان هذه الروايه و ان لم تكن صحيحه و لكنها معتبره.

### قوله و منها التصرف بعد العلم بالعيب،

أقول: ان الكلام في كون التصرف بعد العلم بالعيب الذى يوجب الحدث في المبيع يقع في جهتين الأولى: في أن التصرف هل يسقط الرد و الأرش معا أو لا.

و الجبهه الثانيه: في أنه هل تشمل أخبار الأرش صورته التصرف الموجب للاحداث بعد العلم بالعيب أم لا.

### أما الكلام في الجبهه الأولى في أن التصرف هل يسقط الرد و الأرش معا أو لا

فنقول: ان كان التصرف مسقطا تعبديا كما في التقبيل للجاريه و ركوب الدابه و وطى الجاريه و غير ذلك من التصرفات التى هى مسقطه بالتعبد فلا دلالة في ذلك على سقوط الأرش بوجه، فان سقوط الرد بالتصرف تعبديا غير مربوط بسقوط الأرش به مع وجود الدليل على ثبوت الأرش، بل قد ثبت الأرش في مورد التصرف في الجاريه بالجماع و لم يمنع ذلك الجماع عن ثبوت الأرش كما لا يخفى و ان كان التصرف مسقطا للردّ لكونه كاشفا عن الرضا بالعقد و الالتزام به فلا يكون البحث عن سقوط الرد بالتصرف نزاعا كبرويا، بل يكون نزاعا صغرويا و راجعا الى أن أى تصرف هو كاشف عن الرضا بالعقد و عن سقوط الرد و الخيار و بعد كونه كاشفا عن ذلك فتنازع في أنه هل يكون التصرف الكاشف عن الرضا بالعقد كاشفا عن الرضا بالعيب أيضا أم لا فيكون هذا أيضا نزاعا لفظيا ففي كل مورد يكون كاشفا عن سقوط الأرش فيحكم به و الا فلا يكون هنا نزاع كبروى و قد أشار المصنف الى ذلك بقوله و حيث لم يدل التصرف على سقوط الأرش فالأصل بقاءه و ذكر أيضا الاولى أن الرضا بالعقد لا يدل على سقوط الأرش.

التصرف بعد العلم بالعيب أم لا

فنقول قد نقول بأن المشتري إذا اشترى مبيعا معيوباً فهو من الأول مخير بين الأمور الثلاثة، أما الرد أو الإمضاء مجاناً أو مع الأرش على ما ذهب إليه المشهور فح يقع الكلام فى أن التصرف يوجب سقوط الرد و الأرش أولاً- فالكلام ح راجع الى مسقطيه التصرف و قد تقدم الكلام فى ذلك من أنه مسقط تعبداً أو لكونه كاشفاً عن الرضا.

و على كل تقدير فهل يكون التصرف مسقطاً للرد و الأرش معاً أم لا؟ و تاره نقول ان المشتري ليس من الأول مخيراً بين الرد و الإمضاء مجاناً أو الأرش، بل بين الرد و الإمضاء و بعد سقوط الرد ثبت له الأرش فقط بحيث ليس له مطالبه الأرش قبل سقوط حق الرد.

ثم انه يقع النزاع فى انه بعد عدم سقوط الأرش بالتصرف فهل تشمل أخبار الأرش لصورته التصرف بعد العلم أيضاً كما تشمل لصورته التصرف قبل العلم أو لا بحيث لا يكون التصرف موجبا لسقوط الأرش مطلقاً سواء كان قبل العلم بالعيب أو بعده، و فى هنا سؤال الفرق بين القول بالتخيير بين الأمور الثلاثة من الأول أولاً- فى كون ذلك دخيلاً- فى شمول دليل الأرش لصورته التصرف بعد العلم بالعيب، فذكر المصنف أن اختصاص النص بصورته التصرف، قبل العلم ممنوع، فليراجع.

أقول: قد راجعنا الأخبار الداله على سقوط الأرش بالتصرف، ليس فيها ما يدل على عدم سقوط الأرش بالتصرف بعد العلم بالعيب، بل تدل على عدم سقوط الأرش بالتصرف قبل العلم بالعيب فقط كما هو واضح.

و قد عرفت فى روايه زراره ذلك حيث قال عليه السلام: أيما رجل اشترى شيئاً و لم يتبرء البائع من عيبه و لم ينبه عليه و أحدث فيه حدثاً تم علم بذلك فإنه يمضى عليه البيع و يأخذ تفاوت ما بين الصحيح و المعيب فإنه عليه

السلام قد عبر بكلمه ثم علم بالعيب بعد قوله و أحدث فيه شيئا و هو ظاهر فى كون التصرف قبل الاطلاع على العيب كما هو واضح، و كك بقيه الأخبار فإنها مختصه بالتصرف الذى كان قبل العلم بالعيب، نعم فى روايه ميسر و روايه عبد الملك ما يدل على ذلك.

أما الأول: فما عن أبى عبد الله عليه السلام قال: كان على عليه السلام لا يرد الجاربه إذا وطئت و لكن يرجع بقيمه العيب، فإنها مطلقه بالنسبه إلى التصرف الذى كان قبل العلم بالعيب أو بعده.

و أما الثانيه: فهى ما رواه عنه عليه السلام قال لا ترد الجاربه التى ليست بحبلية إذا وطئها صاحبها و له أرش العيب، و هى أيضا مطلقه بالنسبه الى ما بعد العلم و ما قبله.

و فيه أولا: أن هاتين الروائتين ضعيفتا السند فلا تصلحان لإثبات المقصود بعد اختصاص بقيه النصوص بما قبل العلم بالعيب.

و ثانيا: أن فى روايه حماد دلالة منطوقا على ثبوت الأرش و سقوط رد إذا كان التصرف المسقط قبل العلم بالعيب و بمفهومها تدل على سقوط الأرش و الرد معا إذا كان التصرف بعد العلم بالعيب و الروايه هذه روى الحماد فى الصحيح عن أبى عبد الله عليه السلام يقول: قال على بن الحسين عليه السلام كان القضاء الأول فى الرجل إذا اشترى الأمه فوطئها ثم ظهر على عيب أن البيع لازم و له أرش العيب، فان مفهوم هذه الروايه هو أن الأرش ساقط إذا كان التصرف فى المبيع المعيوب بعد العلم بالعيب، و بهذا نفيد إطلاق روايه ميسره و عبد الملك الدال على عدم سقوط الأرش بالتصرف بعد العيب أيضا، و على هذا الذى ذكرناه فيما ذكره ابن حمزه من كون التصرف بعد العلم بالعيب يكون مسقطا للرد و الأرش معا متين لعدم دلالة شىء على ثبوته مع التصرف بعد العلم بالعيب.

أقول: قد ذكر المصنف (ره) أن من جمله ما يسقط به الأرش و الرد مع التصرف في المعيب بالعيب الذي لا يوجب نقصا في القيمة، و الظاهر أنه لا يناسب للمصنف أن يذكره في المقام فان كلامنا فيما يكون بنفسه موجبا لسقوط الرد و الأرش لا فيما يكون موجبا لذلك بالضميمة بأن يكون شيء موجبا لسقوط الرد و شيء آخر موجبا لسقوط الأرش و يضم أحدهما إلى الآخر فيحكم بكونهما موجبا لسقوط الرد و الأرش و ما ذكره المصنف هنا كك حيث انه ضم التصرف الى العيب الذي لا يوجب نقص المالىه فجعلهما قسما مما يوجب سقوط الرد و الأرش و الحال أنه ذكر التصرف مستقلا من مسقطات الرد و ذكر العيب الذي لا يوجب نقصا في المالىه من مسقطات الأرش كما هو واضح و بعد ذلك لا وجه لضم أحدهما إلى الآخر هذا أولا.

و ثانيا: قد عرفت فيما تقدم أن مطلق نقص الشيء عن الخلقه الأصلية ليس بعيب في المبيع ما لم يوجب نقصا في المالىه و القيمة و الآ لكان الختان أيضا عيبا في العبد و عليه فما ذكره من المثال من كون التصرف في البغل الخصي موجبا لسقوط الرد و الأرش ليس بصحيح حيث ان الخصاء ليس بعيب في البغل أصلا لعدم تفاوت القيمة بذلك كما أنه في العبد أيضا ليس بعيب لرغبه طائفه إلى الخصي و طائفه أخرى الى غير الخصي، نعم الخصاء في مثل الفرس و نحوه يكون عيبا كما هو واضح.

و ثالثا: أنك قد عرفت فيما تقدم أن مطلق التصرف ليس بمسقط للعيب و انما المسقط انما هو التصرف الذي يوجب التغيير في المبيع أو يكون مسقطا بالتعبد كوطى الجاربه و ثقيلها أو ركوب الدابه أو يكون التصرف بنفسه مصداقا للإسقاط الفعلى كما هو واضح و الآ فلا دليل على كونه مسقطا له كما لا يخفى.



و نعيد هذا البحث لفائده احتماليه فنقول أنه إذا تصرف المشتري في المبيع الذي كان معيوباً بعيب لا يوجب ذلك العيب نقصان قيمه كالخصي من البغل و نحوه، فهل يوجب ذلك الأرش و الرد أم لا، فذكر المصنف ان الأرش منتف لعدم تفاوت قيمه و الرد أيضاً منتف للتصرف ثم ذكر أنه يشكل الأمر فيه بلزوم الضرر على المشتري بصبره على المعيب و أجيب بأنه ليس هنا ضرر مالى لعدم نقص فيه أصلاً، بل لا ضرر هنا لأن الضرر عباره عن النقص في المال و الأطراف و العرض فأى ضرر هنا يترتب على سقوط الرد كما هو واضح.

و الصحيح أن يقال أن الخصاء و نحوه في العبد و غيره بان لم يكن عيباً كما هو الظاهر على ما عرفت فلا شبهه في أنه ليس هنا عيب فضلاً عن ثبوت الخيار و الأرش حتى نبحت عن سقوطها بالتصرف فاصل موضوع الرد و الأرش منفى هنا و ان كان يصدق عنوان العيب على ذلك أما سقوط الأرش فواضح لعدم ثبوته أولاً فضلاً عن سقوطه بالتصرف فإنه عباره عن تفاوت ما بين الصحيح و المعيب و المفروض انتفاء التفاوت هنا كما لا يخفى.

و أما سقوط الرد فان قلنا بكون التصرف مسقطاً للرد لكونه كاشفاً عن الرضا بالعقد و إسقاطاً عملياً للرد فيكون موجبا لسقوط الرد و كذلك إذا كان مسقطاً على نحو التعبد و أما إذا لم يكن كذلك كما هو الظاهر ان التصرف مسقطاً تعبداً في موارد خاصه و أنه لا يكشف عن الرضا بالعقد نوعاً كما عرفت في جواب المصنف سابقاً فلا يكون التصرف ح مسقطاً الخيار العيب فيكون ح إطلاقاً ما دل على ثبوت خيار العيب محكمه هذا إذا قلنا بصدق العيب على مثل الخصي و نحوه، و اما مع عدم الصدق فقد عرفت.

نعم، إذا علم من القرائن الخارجيه أو بالصراحه أن عدم كون العبد خصياً انما هو شرط في ضمن العقد أى اشترط المشتري على البائع عدم

هذا الوصف فى ضمن العقد.

فح لا شبهه فى عدم ثبوت الأرش أيضا لا من جهة عدم تحقق التفاوت ما بين الصحيح و المعيب كما عرفت، فإنه انما يجرى فيما إذا كان العيب صادقا على هذا الوصف و كان مما لا يوجب تفاوت المالىه لا فى المقام فان المفروض هنا عدم صدق العيب على هذا الوصف و عدم ثبوت خيار العيب بعنوانه، بل الخيار من جهة الا-شتراط، لا- من جهة أنه لا دليل على الأرش فى خيار الشرط و أما الرد فهو باق على حاله فإنه ثابت من جهة تخلف الوصف و المفروض أن التخلف موجود و سقوطه بالتصرف لا دليل عليه الا- إذا كان إسقاطا عمليا عنه، و هو منفي إلا- إذا كانت قرينه على أن التصرف إسقاط عملى للخيار و رضاء بالعقد مطلقا و هو مطلب آخر.

فتحصل أنه لا دليل على سقوط الرد على فرض ثبوته لأجل خيار العيب أو لأجل تخلف الشرط.

### **قوله: و منها حدوث العيب فى المعيب المذكور،**

أقول: قد ذكر المصنف أن اشكال لزوم الضرر على تقدير سقوط الأرش و الرد فى محله.

أقول: توضيح الكلام أنه إذا اشترى أحد معيبا بغيره لا يكون به قيمه السلعه ناقصه عن أصلها و حدث فيها عند المشتري حدثا فهل يكون الأرش و الرد ساقطا هنا أم لا؟ فنعيد الكلام الذى تقدم فى سابقه هنا بأدنى تفاوت.

و حاصله: أنه لا- شبهه فى سقوط الأرش لما عرفت من أنه تضاد ما بين الصحيح و المعيب فى الثمن و المفروض أن العيب من العيوب التى لا توجب نقصان قيمه و أما سقوط الرد فقد عرفت أن عمدته الدليل على سقوطه مع حدوث الحدث فى المعيب انما هو روايه زراره و مرسله الجميل و من الواضح أن موضوع سقوط الرد فيها بالحدث انما هو العيب الذى يوجب الأرش

ولذا حكم الامام عليه السلام فيها في فرض احداث الحدث بثبوت الأرش و سقوط الرد و هذا الموضوع منتف في المقام فان المفروض أن العيب ليس مما يكون موجبا للأرش و كك مرسله الجميل و إذا لم تشمله روايه زراره فلا- يبقى هنا مانع عن شمول الأدله الداله على سقوط خيار العيب هنا، فبناء على صدق العيب على مثل هذا الوصف يحكم بعدم ثبوت الأرش، و بثبوت الرد كما هو واضح.

و اما إذا قلنا بعدم صدق العيب أصلا على مثل هذا الوصف فلا يثبت خيار العيب من الأول أصلا، نعم إذا قلنا باعتبار عدم مثل هذا الوصف في المبيع من جهة قيام القرائن الخارجيه على اعتبار عدمه في ضمن العقد أو اشترط عدمه في العقد صريحا فإنه ح و ان لم يصدق العيب على وجود هذا الوصف و لكن مقتضى الاشتراط هو ثبوت الخيار مع التخلف فيكون الخيار هنا خيار تخلف الشرط دون خيار العيب.

و أما إحداث الحدث فهو لا يوجب سقوط خيار الشرط لعدم الدليل عليه الا إذا كان التصرف مسقطا عمليا له و من هنا ظهر أنه لا- وجه لإثبات الخيار بالاستصحاب كما في المتن لثبوته بأدله خيار العيب مع صدق العيب على ذلك الوصف و بالشرط الضمني في صورته الاشتراط كما هو واضح فافهم و عدم ثبوت الأرش ح أيضا واضح كما تقدم.

و أما ما ذكره المصنف من ان اشكال لزوم الضرر هنا في محله لا وجه له لما عرفت أنه ليس هنا ضرر على المشتري أصلا فإنه عباره عن النقص في المال أو الأطراف أو العرض و كل ذلك منفي هنا، ثم انه إذا ثبت الرد فأراد المشتري أن يرد المبيع إلى البائع فلا بدّ له من رده على النحو الذي أخذه كما هو مقتضى قانون الفسخ، فإنه يقتضى أن يرد المال المأخوذ من البائع على النحو الذي أخذه المشتري منه و الا كان البائع متضرر منه و هو منفي

و لا- يكون ذلك معارضها بلزوم الضرر على المشتري مع عدم الرد لما عرفت أنه لا يلزم عليه ضرر من ذلك أصلا و حيث حدث فيه حدث و لم يتم بعينها فلا- يمكن رده بعينه على النحو الذى أخذه من البائع فلا بد له أن يرده اليه مع الأرش و قد عرفت ذلك سابقا و عرفت أيضا الأرش هنا غير الأرش الذى يجب على البائع ان يعطيه المشتري على فرض ثبوته و سقوط الرد فإنه التفاوت من الثمن ما بين المعيب و الصحيح و هذا بخلاف الأرش هنا، فإنه عباره عن تفاوت القيمة ما بين المعيب و الصحيح، و لا- تعرض له بالثمن أصلا، بل يجب بالفعل أن يقوم المبيع معيبا و صحيحا و يؤخذ تفاوت ما بين الصحيح و المعيب، سواء طابق أصل الثمن أم لا؟ كما لا يخفى.

### قوله: و منها ثبوت أحد مانعى الرد فى المعيب الذى لا يجوز أخذ

الأرش فيه لأجل الربا.

أقول: من جمله ما يوجب سقوط الرد و الأرش ما ذكروا من التصرف فيما إذا كان الجنسان ربويان فان تصرف المشتري هنا يمنع عن الرد و الأرش الكلام هنا مبنى على عدم كون التصرف مانعا من مطالبه الأرش كما إذا لم يكن موجبا لسقوط الأرش اما لكونه واقعا فى حال الجهل بالمعيب أو لعدم كونه أى التصرف مما يمنع عن الرد و الأرش لعدم كونه مسقطا لهما كما تقدم و أما إذا لم تجز مطالبه الأرش مع التصرف فلا- مورد لهذا الكلام أصلا ثم ان الكلام هنا، هو الكلام بعينه فى المسقط السابق اعنى حدوث العيب فى المعيب بعيب لا يوجب تفاوت القيمة أما بالنسبة إلى الرد فقد تقدم أن التصرف ان كان مسقطا للرد تعبدا أو كاشفا عن الرضا بالعقد و الا فلا وجه لسقوط الرد.

أما الإسقاط التعبدى فهو مخصوص بموارد خاصه كتقبيل الجارية و ركوب الدابة فى خيار الحيوان و أما كونه كاشفا عن الرضا بالعقد فهو نزاع

صغرى ففى أى مورد كشف التصرف عن ذلك فهو و الأ فلا دليل على سقوط الخيار.

و أما الحداث الحدث الذى هو قسم خاص من التصرف فقد عرفت أنه انما يوجب سقوط الرد فيما إذا كان المورد مورد ثبوت الأرش و الرد معا و المفروض ان المورد ليس كذلك لعدم ثبوت الأرش لوجود المانع عنه و هو لزوم الربا فلا يكون المورد مشمولاً لدليل سقوط الرد و ثبوت الأرش و هو روايه زراره و مرسله الجميل إذا فلا- وجه لسقوط الرد هنا أى فيما إذا كان العوضان متجانسين و كان المبيع معيباً و تصرف فيه المشتري قبل العلم بالعيب مثلاً.

و أما الأرش فقد ظهر مما ذكرناه أنه منفى للزوم الربا على الفرض بناء على قبوله، و الأ فقد عرفت عدم لزوم الربا فى ثبوت الأرش لعدم كونه جزء من الثمن و الأ كان البائع مشغول الذمه من الأول و لم يتوقف على مطالبه المشتري بل الأرش غرامه و من مستتبعات العقد كما لا يخفى، هذا ما يرجع الى أصل المسأله.

و لكن للعلامه هنا كلام آخر قد فسره المصنف فيتفرق به هذا المقال عن سابقه حيث ذهب الى وجود المانع من الرد أيضا و حاصل كلامهما يبتنى على مقدمتين:- الاولى: أن وصف الصحه فى الربويات لا تقابل بالمال لكونه مستلزماً للربا فيكون موجبا لبطلان البيع من الأول و ذلك لأنه إذا باع جنسا بجنس كان كل منهما فى مقابل الآخر على نحو التساوى و إذا كان فى مقابل الوصف شىء الآخر فيلزم أن هذا الطرف زائدا عن الطرف الآخر فان الطرف الآخر قد وقع مقدار منه فى مقابل هذا الطرف، بخلاف العكس و يكون ما يؤخذ فى مقابل وصف الصحه زائدا على الطرف الآخر فيكون موجبا للربا، فيكون

البيع باطلا من الأول فوصف الصحة في الربويات كوصف الكتابه في غير الربويات في عدم مقابلهما بالمال.

المقدمه:الثانيه أن قانون الفسخ يقتضى ردّ كل عوض على مالكة على النحو الذى أخذه من مالكة فضم هذه المقدمه إلى سابقها ينتج أن التصرف فى الجنس الربوى المعيب يوجب سقوط الرد و الأرش معا و ذلك لأنه إذا رده المشتري فلا بدّ و أن يرد المبيع إلى البائع على النحو الذى أخذه و قد فرضنا أنه حين ما أخذه من البائع لم يكن وصف الصحة يقابل بالمال و الألبطل البيع من الأول و حيث لم يقابل بالمال من الأول فلا يقابل بالمال حين الفسخ أيضا و من هنا يبطل التقابل مع اشتراط الزيادة أو النقيصه فى أحد العوضين فإذا استرد المشتري الثمن لم يكن عليه الأ-رد ما قابله من المبيع لا-غير و السر فى ذلك أن معنى الفسخ و التفاسخ هو البطلان العقد الأول و إرجاع مال كل من المتعاملين الى صاحبه على النحو الذى أخذ منه و حيث لم يكن أحد العوضين زائدا عن الآخر فلا يجوز أن يكون زائدا بالتقابل أيضا و كذا فى الفسخ فإنه إذا لم يكن وصف الصحة مقابلا بالمال فى أصل العقد لا يكون كذلك حين الفسخ أيضا، و الأ فلا بدّ من التقابل بالمال من الأول فيلزم الربا على الفرض و على هذا فيسقط الرد و الأرش، أما الأرش فلما عرفت من كونه مستلزما للربا فلا يكون ثابتا و أما الرد فلانه ضرر على البائع بدون الأرش فيكون ساقطا و اذن فلا يثبت الردّ و الأرش فيما إذا كان المبيع معيبا و من الربويات و حدث فيه عيب عند المشتري.

و فيه أن ما أفاده من عدم كون وصف الصحة فى الربويات مقابلا- بالمال و ان كان صحيحا الأ- أن الأمر كذلك فى غير الربويات أيضا فإن الأوصاف مطلقا سواء كانت أوصاف الصحة أو أوصاف الكمال و سواء فى الربويات أم فى غيرها و

انما هي توجب زياده المالىه فقط،فهى واسطه فى ثبوت المالىه للموصوف و على هذا فلا مورد لكلام المصنف و العلامه من أن الوصف من الأول لا يقابل بالمال فى الربويات لكونه موجبا للزوم الربا،و أما ردّ المعيب مع حدوث العيب فيه عند المشتري مع التفاوت فأیضا ليس من جهة كون وصف الصحه مقابلا بالمال،بل من جهة أن مقتضى قانون الفسخ هو رد كل من العوضين على مالکه على النحو الذى أخذه و من الواضح أن قيمه الصحيح أكثر من قيمه المعيب فلا- بدّ و أن يرده الى مالکه مع هذا التفاوت بمقتضى ضمان اليد،و لا يلزم الربا هنا فان ضمان المشتري التفاوت ما بين الصحيح و المعيب،ليس من جهة الضمان المعاملی،بل من جهة ضمان اليد،فإنه بعد فسخ المعامله فيكون عليه رد مال البائع اليه على النحو الذى أخذه بمقتضى اليد،فكأنه لم تحقق هنا معاملة أصلا فكما أنه مع عدم تحقق المعامله فلا بدّ لمن وضع يده على مال الغير أن يرده اليه على النحو الذى أخذه لأن على اليد ما أخذت حتى تؤدي فكذلك فى المقام و الأ فلازم ذلك أنه لو غصب أحد مال غيره فزال وصف الصحه عنده أن لا يضمن ذلك بدعوى أن وصف الصحه لا يقابل بالمال،و هى بديهي البطلان،و لم يلتزم به أحد و على هذا فإذا رد المشتري العين المعيبه التى حدث فيها عيب عنده فلا بدّ له أن يرده مع الأرش أى مع التفاوت الواقعي ما بين الصحيح و المعيب و يكون المقام ح نظير المقبوض بالسوم إذا زال وصف الصحه عند الأخذ أو تلف فلا- وجه لنفى كون المقام مثله كما ذكره المصنف.

ثم على تقدير التنزل و الالتزام يكون الأرش مستلزما للربا بلزوم رد مثل أو قيمه إذا أراد المشتري الرد و ذلك لأن الالتزام بعدم جواز الرد أصلا

ضرر على المشتري و الالتزام بجواز رده بدون الأرش ضرر على البائع فإنه لم يكن ماله حين إعطائه للمشتري معيوباً بالعيب الذى حدث عند المشتري و رده الى البائع مع الأرش مستلزم للربا و اذن فلا- بدّ من فرض ذلك المال كالتالف و إذا فسخ المشتري العقد لكون متعلقه هو العقد فتنتهى النوبه إلى البدل، و هو المثل أو القيمه و على الجملة فأولاً لا وجه له لمنع الرد بدون الأرش من جهة لزوم الربا، بل يجوز الرد مع الأرش أى للمشتري أن يرد المبيع إلى البائع مع بذله تفاوت ما بين الصحيح و المعيب من غير أن يلزم الربا من ذلك و مع التنزل نقول بعدم سقوط الخيار و بجواز الفسخ، و لكن لا بدّ من ردّ المثل أو القيمه دون العين المعيبه لكونه مستلزماً للضرر إذا كان بدون الأرش و ان كان معه فيلزم منه الربا كما لا يخفى.

### قوله: و منها تأخير الأخذ بمقتضى الخيار.

أقول: ظاهر الغنيه إسقاطه الردّ و الأرش بلا- خلاف كليهما و ذكر فى المبسوط و الوسيله سقوط الرد بالتأخير وحده و اختاره المصنف أيضاً و فى الكفايه إطلاق الاخبار الدال على عدم السقوط و فى الحدائق و المسالك لا نعرف فيه خلافاً و فى الرياض أنه ظاهر الأصحاب المتأخرين كافه.

و على الجملة، فالمسألة مورد الخلاف بين الفقهاء إذا كان التأخير مع العلم بالعيب فان الظاهر من الغنيه أنه ادعى عدم الخلاف فى سقوط الردّ و الأرش بالتأخير و لكن المبسوط صرّح بسقوط الردّ دون الأرش و فى الكفايه ادعى عدم الخلاف فى عدم سقوطها بالتأخير و كذا فى الحدائق، و جعل ذلك أى عدم السقوط صاحب الرياض ظاهر المتأخرين من الأصحاب أقول:

### يقع الكلام فيه من جهتين: -

الاولى: فى وجود المقتضى للرد و الأرش بأن الإطلاقات يقتضى ثبوتها عند تأخير الردّ أم لا.



الثانيه:فى ثبوت المانع عن الأرش و الردّ و أنه على تقدير تماميه المقتضى للردّ و الأرش و ثبوت الإطلاق بالنسبه إليهما هل هنا مانع عن ثبوت الأرش و الرد أم لا؟

### أما الجبهه الثانيه فى ثبوت المانع عن الأرش و الرد

فالظاهر أنه لا مانع عن ذلك لأنه اما التصرف أو التأخير أما التصرف فلا يكون كاشفا عن الرضا بالعقد فضلا عن الرضا بالعيب إلا إذا قامت قرينه على ذلك فهو بعيد فى مورد البحث و ثبوت كونه مسقطا للردّ فى خيار الحيوان بمثل التقييل و نحوه انما هو بالتعبد لا لأجل كشفه عن الرضا بالعقد كما لا يخفى.

و أما التأخير فهو أيضا لا يكشف عن الرضا بالعقد و العيب و ذلك لأن التأخير أولا انما يكون من دواعى مختلفه من المسامحه و نحوها و لا يختص بكونه عن الرضا بالعقد و من الواضح أن الأعم لا يدل على الأخص و على تقدير كونه كاشفه عن الرضا بالعقد فلا يكون كاشفا عن الرضا بالعيب و عليه فلا يكون دالا على سقوط الأرش أيضا و ان كان دالا على سقوط الرد كما هو واضح.

### و أما الجبهه الاولى فى وجود المقتضى للرد و الأرش

فبالنسبه إلى الأرش فلا كلام لنا فيه و لم يخالف فى ثبوته أحد و ان خالف صاحب الغنيه بالنسبه إلى مطلق الرد و الأرش و لكن لم يعتنى به أحد و ذلك لأن إطلاق ما دل على ثبوت الأرش محكم فلا قصور فيه فان ما دل عليه كروايه جميل و زراره ليس فيه أن الأرش مخصوص بالزمان الأول فقط، و إذا تأخر يكون خارجا عن مورد الإطلاقات، بل هى شامله لأول زمان الاطلاع على العيب و الزمان البعد أيضا كما هو واضح و أما ثبوت المقتضى بالنسبه إلى جواز الرد بعد الزمان الأول أيضا فذكر المصنف أنه أى جواز الرد مختص بالزمان الأول فقط، لأن الإطلاقات قاصره عن شمولها للزمان المتأخر فإنها ناظره إلى أصل جواز الرد لا إلى

و لكن يرد عليه أن الروايات الداله على ثبوت الردّ أيضا مطلقه بالنسبه إلى الزمان الأول و الزمان المتأخر لعدم قصورها عن الشمول لهما بوجه فان منها روايه جميل و قد ذكر الامام عليه السلام فيها بأن العين أن كانت قائمه بعينها فيجوز له الرد و لا شبهه في إطلاقه إلى الزمان المتأخر عن زمان العلم بالعيب، و كذلك روايه زراره فإنه عليه السلام ذكر أنه أيما رجل اشترى شيئا و به عيب أو عوار و لم يتبرء منه و لم يتبه عليه و قد أحدث فيه شيئا فإنه يمضى عليه البيع فإنها تدل بمفهومها على أنه إذا جاز الردّ لعدم تحقق الأمور المذكوره جاز له ذلك مطلقا من غير أن يكون جواز الردّ مختصا بالزمان الأول و تشكيك المصنف في الإطلاقات و تخصيص ذلك بأول زمان من الاطلاع على العيب قد عرفت جوابه.

و بعباره أخرى أن وجود المقتضى للردّ و عدم وجود المقتضى له مبنى على وجود الإطلاق لا دلاله خيار العيب و عدمه فان قلنا بثبوت الإطلاق لخيار العيب فلا شبهه في وجود المقتضى لثبوت خيار العيب في الزمان المتأخر عن الزمان الأول من أزمته الاطلاع على العيب و ان لم يكن المقتضى موجودا أي لم يكن إطلاق لأخبار خيار العيب كان الكلام من صغريات تقدم الاستصحاب على العموم الدال على اللزوم بالنسبه إلى الأزمه المتأخره و عدم تقدمه عليه أي المورد من موارد تعارض العموم و الاستصحاب، و قد تقدم في خيار الغبن أن العمومات الداله على اللزوم منحلّه إلى الأفراد الطويله حسب استمرار الأزمه كانهلالها إلى الأفراد العرضيه أي العمومات انما تثبت الحكم الخاص لكل فرد خاص من الأفراد العرضيه و الطويله و مع ذلك فلا يكون هنا مورد للاستصحاب بوجه كما هو واضح، فعلى تقدير عدم وجود المقتضى للخيار فلا مناص عن القول بلزوم العقد لكون العمومات محكمه.

و أما بناء على القول بتماميه المقتضى فلا شبهه فى تقدمها على العمومات و كونها مخصّصه لها كما هو الميزان فى تقدم كل خاص على كلّ عام و اذن فلا بدّ من التكلم فى أصل وجود المقتضى و عدمه و قد عرفت أنه تمام فى المقام فلا مانع من شمول الإطلاقات الداله على ثبوت الرد بالنسبه إلى الزمان الأول و الزمان المتأخر كما هو واضح.

ثم ان هنا حاشيه عجيبه للسيد(ره)فإنه ذكر فى ذيل عبارته المصنف و هى قوله بناء على ما تقدم فى سائر الخ،حيث ذكر أن العبارة سقطا و هو عجيب،فان مراد المصنف من العبارة واضح و هو سقوط الرد بناء على ما تقدم من أصاله اللزوم فلا سقط فى العبارة.

قوله:مسأله:قال فى المبسوط.

أقول:

### **إذا كان البائع جاهلا بالعيب فهو و ان كان عالما بالعيب**

فهل يجب عليه إعلام المشتري بالعيب مطلقا أو لا،

ذكر فى المبسوط أنه إذا لم يبينه فعل محظورا أى محرما و عليه فيجب الاعلام مطلقا.

و الثانى:ما ذكره فى المبسوط أيضا أنه وجب عليه اما الإعلام أو التبرى من العيب.

و الثالث:استحباب الاعلام كما فى التذكرة و الشرائع.

و الرابع:التفصيل بين العيب الخفى،فيجب فيه الإعلان دون الجلى فلا يجب فيه الإعلان و على الأول فاما يجب فيه الإعلان مطلقا كما هو ظاهر جماعه،أو مع عدم التبرى كما فى الدروس فالمحصّل من ظاهر كلماتهم خمسّه أقول:و ذكر المصنف أن منشأ الأقوال الخمسه هو أن عدم بيانه عيب السلعه هل هو غش أم لا؟و قد تقدم تحريم الغش فى المكاسب المحرمه،فذكر السيد فى حاشيته أن النسبه الغش و النصح ليست من قبيل النقيضين و لا من قبيل الضدين الذين ليس لهما ثالث،بل يمكن أن لا يكون الإنسان

ناصحا ولا غشا كنوع الناس بالنسبه إلى نوعهم فالساكت عن شخص ليس ناصحا له ولا غاشا و عليه فالبايع و ان كان عالما بالعيب، و لكن لا يجب عليه بيان العيب و إظهاره بأنه معيوب، بل انما يحرم عليه الغش و إظهار السلعه على نحو يتخيل المشتري أنه صحيح و أما السكوت عن ذلك فلا و للمشتري أن يدقّ النظر في السلعه و يسأل من البائع أو من شخص آخر أن في المبيع عيب أم لا.

كان الكلام في بيع المعيب مع العلم بكونه معيبا فقد عرفت أن الأقوال فيه خمسه بالنسبه إلى الحكم التكليفي:

الأول: وجوب الاعلام مطلقا.

الثاني: وجوبه إذا لم يتبرء أو مع التبري.

الثالث: استحباب الاعلام.

الرابع: التفصيل بين العيب الجلي و العيب الخفي و على الثاني يجب الإعلام اما مطلقا أو مع عدم التبري و أما مع كون العيب جليا فلا- يجب الإعلان فذكر المصنف أنه يجب الاعلام من جهه أن عدمه إخفاء العيب فهو غش فالغش حرام على ما عرفت في الجزء الأول من دلاله الروايات الكثيره على حرمة غش المسلم في البيع و الشراء و أنه ليس منا من غش مسلما و من الواضح أنه لا شبهه في صدق الغش على عدم بيان عيب المتاع و أورد عليه السيد في حاشيته بان الغش مع النصح ليس من قبيل الضدين الذي لا ثالث لهما و لا من قبيل المتناقضين، بل هما من قبيل العدم و الملكه، أو الضدين الذي لهما ثالث فإذا لم ينصح أحد أخاه فليس لازمه أن يكون غاشا، بل لا يكون غاشا و لا يكون ناصحا أيضا كأكثر الناس و من الواضح أن البائع إذا لم يبين عيب متاعه لا يلزم أن يكون غاشا، بل لا يكون غاشا و لا ناصحا، فان مجرد بيع المعيب ليس غش و قد تقدم في حرمة الغش جواز

بيع المعيب إذا كان ظاهراً كما في صحيحه محمد بن مسلم هذا ملخص ما ذكره السيد في المقام.

و لكن الظاهر أنه لا شبهه في صدق الغش على بيع المعيوب مع السكوت عن عيبه و عدم التبري منه و عدم كون العيب جلياً بحيث يظهر للمشتري أنه معيوب لا- أن يكون بحيث يكون ظاهراً لغير المشتري فإنه إخفاء العيب عن المشتري و لا يقاس ذلك بالشخص الثالث فإنه إذا سكت عن بيان العيب لا يكون غاشاً و لا إذا سئل عنه و سكت فإنه ح يكون غاشاً و هذا الوجه يمكن المناقشه فيه بأنه لا معنى للالتزام بالوصف الخارجى إلا رجوعه الى الخيار كما عرفت سابقاً و هو ليس الا الحكم الوضعى و لا بد هنا بيان و توضيح و حاصله أن بناء العقلاء قائم على أنه إذا سكت البائع عن بيان العيوب فى المبيع يكون سكوته هذا منجز له أنه حكم بصحة المبيع فهو كالتصريح بالصحة و يكون ذلك إخفاء فيكون محرماً كما هو واضح.

و الوجه فى ذلك ما عرفته سابقاً من ان البائع بسكوته عن إظهار العيب فى المعيب يلتزم بسلامته بحسب بناء العقلاء و إذا سكت عن بيان العيب و لم يتبرأ و لم يكن العيب جلياً فلا شبهه فى التزامه بسلامه المبيع عن العيب و ليس هذا الا كالتصريح بأنه ليس بمعيب و اذن فيكون غاشاً للمشتري.

نعم، إذا تبرأ من العيب فلا- يكون منه ح الترام على الصحة و هكذا إذا كان العيب جلياً بحيث أن المشتري يراه لا بحيث لا يراه لغفله منه أو لا يلاحظه اعتماداً على أصاله الصحة كما هو واضح و المذكور فى الصحيحه من جواز بيع المعيوب و عدم كونه غشاً انما هو فرض كون العيب جلياً فلا تكون الصحيحه مدركا للسيد و اذن فالصحيح هو القول الثانى أعنى وجوب الإعلان مع عدم التبري فيما يكن العيب جلياً للمشتري، هذا بالنسبه إلى

و أما بالنسبة إلى الحكم الوضعي أعنى بطلان البيع بالغش و عدم بطلانه ففي جامع المقاصد أنه ينبغي بطلان البيع في مثل شوب اللبن بالماء لأن ما كان من غير الجنس لا يصح العقد فيه و الآخر مجهول الا أن يقال أن جهاله الجزء غير مانعه ان كانت الجملة معلومه كما لو ضم ماله و مال غيره و باعهما ثم ظهر البعض مستحقا للغير فان البيع لا يبطل في ملكه و ان كان مجهولا قدره وقت العقد، انتهى. فلا بدّ من التكلم في أقسام المعيوب ليتضح كلام جامع المقاصد في أي مورد، أقول: توضيح المسألة أن الغش تارة يكون من المزج و أخرى من غير المزج فالمزج على أقسام أربعة:

الأول: أن يكون المزج على نحو يكون الخليط مستهلكا في الشيء المخلوط كمزج الماء باللبن على نحو لا يخرج اللبن عن حقيقته، بل يصدق عليه الحليب عرفا.

الثاني: أن يكون اللبن مثلا مستهلكا في الآخر أي في الخليط بحيث لا يصدق عليه اللبن عرفا، بل يقال انه ماء قد امتزج فيه مقدار من اللبن.

الثالث: أن لا يبقى عنوان كل من الممتزجين بعد الامتزاج بل يتشكل هنا عنوان ثالث و حقيقته ثلثه كمزج الخل بالسكر فإنه يوجب تشكيل حقيقته أخرى غير الخل و السكر و يقال له السكنجين.

الرابع: أن لا يستهلك أحدهما في الآخر بعد الامتزاج كخلط التراب في الحنطة على نحو لا يصدق عليه أنه تراب أو حنطة أو شيء ثالث، بل يقال أنه حنطة و تراب فهل يصح البيع في جميع هذه الصور أو يبطل في جميعها أو يفصل؟ فنقول: أما إذا كان الغش من عيب آخر غير المزج و الخلط فالظاهر هو صحه البيع مع الخيار، فإن البائع قد التزم بحسب بناء العقلاء على صحه المبيع و كونه واجدا لوصف الصحه و قد عرفت سابقا أنه لا معنى للالتزام

بالوصف الخارجى إلا- تعليق البيع على وجوده و لزوم البيع على تقدير وجوده فحيث كان الأول باطلا مع كون المفروض هو صحه البيع فيتعين الثانى فيكون البيع صحيحا مع الخيار و ان كانت المعامله حراما تكليفا و على هذا فلا شبهه فى صحه البيع كما هو واضح، و قد عرفت سابقا أن خيار العيب على طبق القاعده و الاخبار الوارده فيها وردت على طبق القاعده.

و أما إذا كان الغش من جهه المزج فان كان المزج من قبيل القسم الأول بأن يكون الخليط مستهلكا فى المبيع كشوب الماء فى اللبن كان البيع صحيحا لتحقق الصوره النوعيه العرفيه و هو عنوان اللبن الذى هو مبيع غايه الأمر يكون له خيار العيب أو خيار تخلف الوصف و هذا واضح و ان كان المبيع مستهلكا فى الخليط كأن لا يصدق عنوان المبيع على الشىء الموجود الخارجى بأن كان الماء فى اللبن بحيث لا يصدق عليه عنوان اللبن و انما يصدق عليه عنوان الماء الذى امتزج فيه اللبن و على هذا فلا شبهه فى بطلان البيع لتخلف الصوره النوعيه المعتمره فى صحه البيع الواقع على العين الخارجيه على ما ذكرناه مرارا فان ما وقع عليه البيع غير موجود و ما هو موجود لم يقع عليه البيع و من هنا يظهر حكم القسم الثالث من الاستهلاك فان الامتراج قد أوجب تحقق عنوان ثالث لم يقع عليه البيع كما هو واضح.

و أما القسم الرابع: فهو مركز الاختلاف و مورد كلام جامع المقاصد من الحكم ببطلان البيع للجهاله أو عدم بطلانه و أما الأقسام المتقدمه فليست موردا لذلك لما عرفت من أنها اما صحيحه مطلقا مع الخيار أو باطله كذلك و الصحيح هو الحكم بصحه البيع فى الجزء الذى وقع عليه البيع و بالبطلان بالنسبه إلى الجزء الآخر الذى لم يقع عليه البيع كما إذا باع منين من الحنطه فظهر أحدهما ترابا و المن الآخر حنطه بحيث يصدق على كل منهما أنه حنطه أو تراب، فلا- وجه لصحه البيع فى المجموع فان المفروض أن نصفه لم

يقع عليه البيع ولا- وجه للقول بالبطلان في المجموع لأن المفروض أن نصفه مما وقع عليه البيع فيحكم بالصح في النصف و بالبطلان في النصف الآخر كما هو مقتضى انحلال المبيع الى مبيعات متعدده و انحلال البيع الى بيوع عديده غايه الأمر يثبت للمشتري خيار تخلف شرط الانضمام و تبعض الصفقه خصوصا إذا كانت الهيئه الاجتماعيه دخيله في ماله المبيع أو في غرض المشتري كما هو واضح.

ثم ان هنا اشكالا آخر و هو أن المبيع ح يكون مجهولا فيكون البيع باطلا للجها له لعدم العلم بأن الحنطه هنا أى مقدار و فيه انك قد عرفت فيما سبق فى اعتبار الوزن و الكيل فى المكيل و الموزون أنه إذا كانت الجملة معلومه فيصح البيع و ان لم تكن الأجزاء معلومه و لا دليل على اعتبار العلم بالعوضين أزيد من ذلك.

### فى اختلاف المتبايعين

#### اشاره

قوله: مسائل فى اختلاف المتبايعين.

أقول: توضيح الكلام هنا أن الاختلاف يقع فى صور ثلاثه فإنه تاره يقع فى موجب الخيار و أخرى فى مسقطه و ثالثه فى الفسخ.

### أما الصوره الأولى الاختلاف فى موجب الخيار

#### اشاره

ففيه مسائل:

### الأولى: لو اختلفا فى تعيب المبيع و عدمه مع تعذر ملاحظته

لتلف أو نحوه

فذكر المصنف أن القول هنا قول المنكر بيمينه و المراد منه هو البائع غالبا لأن الأغلب أن المشتري يدعى العيب و البائع ينكره.

و توضيح الكلام هنا أنه إذا اختلف البائع و المشتري فى تعيب المبيع بأن يختلفا فى كون المبيع معيوباً قبل العقد و عدمه بحيث فعلا أى بعد

ص: ١٩٤



العقد أيضا لم يثبت كون المبيع معيوباً فهذا لا يخلو عن صور:

الأولى- أن يكون المبيع قبل العقد معيوباً و لكن يدعى البائع زوال العيب و عدم بقاءه إلى زمان العقد، فح فالأصل بقاء العيب إلى زمان العقد فوقوع العقد محرز بالوجدان و بقاء العيب إلى زمان العقد محرز بالأصل فيتم الموضوع المركب فيترتب عليه الحكم و على هذا فالقول قول المشتري الذى يدعى كون المبيع حال العقد معيوباً و لا بدّ للبائع من إثبات أنه لم يقع العقد على المبيع المعيوب، و ح فيحلف المشتري و ان كان المبيع قبل العقد سالماً عن العيب و لكن يدعى المشتري تعيبه حين العقد و أن العقد انما وقع على المعيب دون الصحيح و ح فالقول قول البائع لأصله بقاء المبيع على حالته الأولى و ح فيحلف البائع فلا بدّ للمشتري أن يثبت أن المبيع كان معيوباً كما هو واضح.

و إذا لم تكن له حاله سابقه أو كانت و لكن تبادلت الحالتان بحيث كانت تبادل الحالتين مانعه عن جريان الاستصحاب كما ذهب إليه صاحب الكفاية أو لم تكن مانعه عن جريان الاستصحاب فى نفسه و انما سقط للمعارضه فح بناء على ما ذكرنا من جريان الاستصحاب فى الأعدام الأزليه فنرجع الى الاستصحاب العدم الأزلى فنقول أن طبعى البيع و ان تحقق فى الخارج مسلماً و لكن نشك فى وقوعه على ما به عيب أو عوار الذى هو موضوع الحكم فى خيار العيب على ما هو مقتضى روايه زراره و نقول الأصل عدم وقوع العقد على ما فيه عيب أو عوار و يكون ذلك مثل نفى الوصف عن المرأه القرشيه لا نفى أصل الموضوع لأن طبعى البيع محقق فى الجملة فى الخارج و بهذا الأصل أيضا نثبت عدم وقوع البيع على المعيب فيثبت به موضوع الحكم و على تقدير التزلّ من ذلك و عدم جريان الاستصحاب العدم الأزلى فتنتهى النوبه إلى الأصل الحكيمى.

و نقول انه ثبت بالأدله القطعيه و القواعد العامه أنه لا يحل مال امرء مسلم الا بطيب نفسه و من الواضح أن مال المشتري و هو الثمن قد صار مال البائع بالمعامله فنشك في أنه هل يكون مال المشتري أيضا أم لا، فنقول الأصل عدمه فنستصحب مالكيه البائع أو نتمسك بالعمومات الداله على حرمه التصرف في مال الغير كما هو واضح.

و لكن يمكن المناقشه في ذلك من جهه أن التمسك بالعمومات تمسك بالعام في الشبهه المصداقيه حيث نشك في أن الثمن بعد الفسخ من مال البائع أم لا، فلم نحرز كونه من مال البائع حتى نتمسك بالعام بل هو مشكوك أو أما استصحاب الملكيه أى ملكيه البائع بعد الفسخ فهو شبيه بالاستصحاب في الشبهات الحكميه.

أما وجه عدم كون ذلك من الاستصحاب في الشبهات الحكميه هو أن الشك في الشبهات الحكميه انما هو من ناحيه الشك في الحكم الشرعى للشئ و هل أن حكمه أى شئ و من الواضح لا نشك هنا في الحكم إذ مع كون المبيع معيوباً فحكمه معلوم و هو ثبوت خيار العيب للمشتري و مع عدم كونه معيوباً فلا خيار له فلا نشك في الحكم الشرعى، بل لا ندرى أن الموضوع هو معيب أم لا.

و أما وجه كونه شبيهاً بالشبهات الحكميه فمن جهه أنه لا يعلم أن المبيع كان صحيحاً فتكون الملكيه الحاصله هنا مطلقه لأن ما اشترط فيه من وصف الصحه بحسب بناء العقلاء قد تحقق في المبيع أم لا، بل كان معيباً بان لم يكن الوصف المذكور موجوداً هنا فيكون الشك في ذلك منشئاً للشك في كون الملكيه المجمعوله مطلقه أم لا فتكون شبيهاً بالشبهات الحكميه حيث نشك أن ملكيه البائع مجمعوله على نحو الإطلاق أو كانت مقيده بعدم كون المبيع معيوباً فيكون مخدوشاً و العمده ما ذكرناه من التمسك بالأصل الموضوعى و

هو استصحاب العدم الأزلى.

و أما الاعتماد على أصله الصحة و السلامه على ما ذكره المصنف فيما تقدم و فيما يأتى أشار إليها السيد فى حاشيته فلا وجه له، فإنه لا دليل على اعتبار أصله السلامه أصلا، فإنه لم يقم بناء من العقلاء على أن الأصل فى الأشياء هو السلامه و لم نعلم مثل هذا البناء من العقلاء، بل لا معنى له أصلا فأى معنى لالتزامهم على أن الأصل فى الأشياء السلامه.

نعم، بناء العقلاء قائم و موجود على كون المبيع سالما من العيوب عند البيع بمعنى أن البائع التزم بحسب بناء العقلاء على أن يكون المبيع سالما عن العيوب و مع عدم السلامه فيكون للمشتري خيار تخلف الشرط كما هو واضح.

### و أما الصورة الثانية فهي أن يكون الاختلاف فى كون الوصف الموجود

فى المبيع عيبا أم لا،

بأن يدعى المشتري كونه عيبا و يدعى البائع عدم كونه عيبا و لم يجد فى البين أهل الخبره حتى يرجع إليه و ح فالأصل أيضا مع البائع و أنه عدم كونه عيبا و اذن فيحلف البائع على ذلك فلا- يكون للمشتري حق الرد و حق مطالبه الأرش و ان كان البائع يعترف بكونه نقصا فى المبيع و أن قيمه المبيع يقل بهذا الوصف و لكن ينكر كونه عيبا بحيث يثبت له الأرش فإنه ثابت فى فرض كون المبيع معيبا و أما مجرد فقدان وصف يوجب نقصان قيمه فلا- يكون عيبا فيكون له أى للمشتري خيار من جهه النقصان و لا يكون له الأرش كما هو واضح.

و قد عرفت سابقا أن مثل الصبغ و الخياطه و قطع الثوب و طحن الحنطه يوجب نقص القيمة لعدم كون الناس راغبين بها على النحو الذى يرغبون الصحيح منها و لكن مع ذلك فتلك الأوصاف ليست بعيب فى المبيع، بل أوصاف توجب نقص القيمة فله أى للمشتري رد المبيع فقط، و ان أنكر البائع كون الوصف كذلك أيضا بأن أنكر كونه أى الوصف موجبا لنقص القيمة أيضا

ص: ١٩٧

فيكون مثل إنكاره أصل كونه عيباً فالأصل عدمه فيكون القول قول البائع فيحلف و للمشتري الإثبات و هذا واضح.

### و أما الصورة الثالثة: فهي أن يكون المبيع معيوباً فعلاً و بعد العقد

و لكن وقع الاختلاف في كون العيب قبل العقد أو بعده

و على تقدير اتفاقهما على حدوث العيب بعد العقد يقع الاختلاف في أنه وقع في حال ضمان البائع أو لا بان وقع العيب قبل القبض أو في زمان الخيار أم لا فذكر المصنف هنا أن القول قول منكر تقدمه للأصل.

و لكن هذا الصورة بعينها راجعه إلى الصورة الأولى و هي أن يكون الاختلاف في كون العقد واقعا على المعيب فان معنى الاختلاف في تعيب المبيع بالمعيب المعلوم الذي هو موجود بالفعل في ملك المشتري و في ضمنه أولاً هو أن المبيع كان معيوباً قبل العقد أم لا، فيكون ذلك بعينه هو الوجه الأول كما هو واضح فتجرى فيه الوجوه المتقدمة، و من جميع ما ذكرناه ظهر لك أنه لا وجه لكون تاريخ أحدهما من التعيب و وقوع العقد على المعيب معلوماً أو مجهولاً، ليجرى الاستصحاب في مجهول التاريخ دون معلومه و ذلك لما عرفت أن موضوع الحكم في ترتب أحكام المعيب عليه من الرد و الأرش إنما هو العيب و العوار و من الواضح أصله عدم وقوع البيع على المعيب الى زمان العقد لا يثبت وقوع العقد على المعيب فإنها بالنسبة إلى موضوع الحكم و هو العيب أو العوار مثبت كما هو واضح.

و الحاصل: أن الوجه الثالث يرجع الى الوجه الأول فإن مرجع ذلك الى وجود العيب في المبيع و عدمه و لا اعتناء بتقدم تاريخ أحدهما على الآخر و عدمه كما هو واضح.

و ذكر المصنف عن المختلف انه حكى عن ابن الجنييد أنه ان ادعى البائع أن العيب حدث عند المشتري حلف المشتري ان كان منكراً و ذكر

المصنف و لعله لأصالة عدم تسليم العين إلى المشتري على الوجه المقصود و قد ذكر ذلك في البحث عن خيار الرؤية و الأصل عدم استحقاقه الثمن كلا و عدم لزوم العقد نظير ما إذا ادعى البائع تغير العين عند المشتري و أنكر المشتري.

أقول: قد ذكرنا في البحث عن خيار الرؤية.

أما ما ذكره من أصالة عدم لزوم العقد فلم نفهم له معنى محصّياً أصلاً فإنه ان كان المراد من ذلك هو الاستصحاب فلا شبهه أن مقتضاه هو اللزوم و ان كان المراد من ذلك هو المطلقات أى الأصل اللفظي فلا شبهه أن المطلقات تقتضى اللزوم فلا مورد لدعوى أصالة عدم اللزوم و مع قبول ذلك و أن الأصل هو عدم اللزوم و هو أصل حكمي فيرتفع موضوعه بواسطة الأصل الموضوعي الجاري في مورده و هو أصالة عدم كون المبيع معيباً و أصالة عدم وقوع العقد أى هذا العقد الشخصي على المعيب الذي هو موضوع عدم اللزوم و قد عرفت أنفاً أن العدم الأزلي يجري في المقام و يحرز به موضوع عدم الخيار كما هو واضح.

و أما أصالة عدم استحقاق البائع الثمن و فيه أنه بديهي البطلان فإن البائع يستحق الثمن على كل تقدير أى سواء كان المبيع معيباً أم لا ضروره أن الأرش انما هو ثابت بمطالبه المشتري فلا معنى لأن لا يكون البائع مستحقاً للثمن كما هو واضح.

و أما أصالة عدم تسليم العين إلى المشتري على الوجه المقصود فلا- وجه له أيضاً لأن الأصل لا- يجري في المركب بما هو مركب إذا جرى في اجزائه.

و قد عرفت أن الأصل هو عدم كون المبيع معيباً و الأصل هو عدم وقوع العقد على المعيب و مع ذلك فلا وجه لجريان أصالة عدم تسليم العين إلى المشتري على الوجه المقصود و مع الغض عن جميع ذلك فقد عرفت أن مرجع

الوجه الثالث الى الوجه الأول من كون الشك في كون المبيع معييا قبل العقد أم لا، والأصل في ذلك مع البائع أى عدم كونه معييا فيكون المشتري مدعيا.

وقد عرفت أن المصنف قد حكى الاتفاق على كون البائع منكرها هناك و كون المشتري مدعيا و لم ينقل الخلاف عن أحد، بل نقل الوفاق عن ابن الجنييد أيضا و مع ذلك فلا وجه له لجعل المشتري منكرها و البائع مدعيا، و جعل المسألة محلّ الخلاف بين الأصحاب، و تحصل أنه لا وجه للأصول المذكوره في المقام.

و أما وظيفه الحاكم و أنه ما إذا يفعل إذا اختلف البائع و المشتري في ذلك، فنقول قد يكون لكل من البائع و المشتري بينه على غرضه، و قد يكون البيئه لأحدهما دون الآخر و قد لا يكون لأحد منهما بينه.

أما الصورة الأولى: و هي ان تكون البيئه لكل منهما فهل تعارض بينه كل منهما مع بينه الآخر فتسقطان أو يتقدم بينته الداخل و هو الذى يكون قوله موافقا للأصل و يسمى من يكون قوله موافقا للأصل داخلا، فإن الأصل يقتضى أن يكون المال له أو يقدم بينه الخارج و هو الذى لا يكون قوله موافقا للأصل و هو المدعى فنقول مقتضى الإطلاقات الوارده في حجيه البيئه و ان كانت شامله لحجيه كل من البيئتين و عليه فمقتضى القاعده هو سقوطهما عن الحجيه و لكن مقتضى التأمل قوله عليه السلام إنما أفضى بينكم بالإيمان و البيئات مع التأمل في قولهم عليه السلام البيئه للمدعى و اليمين لمن أنكر هو تقدم بينه الخارج، و هو بينه المدعى على بينه المنكر و هو بينه الداخل كما هو المعروف و المشهور فان الظاهر من ملاحظه تلك الأدله هو أن الحكم للمدعى انما هو بالبيئه و أن الحكم للمنكر انما هو باليمين، فإن الروايه الأولى خصّت القضاوه بالإيمان و البيئات و الروايه الثانيه فسّرت ذلك و خصّت البيئه للمدعى و خصّت اليمين بالمنكر، و ان حسم النزاع انما يكون

بذلك و مقتضى الجمع بين الروايتين أى ضم إحداهما إلى الأخرى ينتج أن إقامه البيئه انما هو وظيفه المدعى و الحلف انما هو وظيفه المنكر و عليه فلا- وجه للحكم بتساقط البيئتين فيما إذا أقاما بيئته، بل لا- بدّ من الحكم بتقديم بيئه الخارج اذن فتكون الروايات مخصّصه لما دل على حجيه مطلق البيئه.

نعم، وورد فى جملة من الروايات أن بيئته ذى اليد تتقدم على بيئه غيره فتكون هذه الروايات شاهده على تقديم بيئته الداخلى و لكن الظاهر أنه لا شهاده فيها على ذلك فإن جهه تقديم بيئته ذى اليد على غيره ليس بعنوان البيئه فقط، ليكون الملاك فى التقديم هو كونها بيئته الداخلى بل لكون اليد بنفسها أماره الملكيه فتكون مع قيام البيئه على وفقها متقدمه على البيئه القائمه على الخارج فنفس اليد تقتضى تقديم قول ذى اليد مع البيئه.

و بعباره أخرى البيئه أماره و اليد أيضا أماره فلذى اليد أمارتين فتكون مقدمه على بيئه الخارج التى أماره واحده و على هذا فلا شهاده فيها على تقديم بيئه الداخلى على بيئه الخارج، كما هو واضح.

و أما إذا كانت البيئه للخارج فقط و هو المدعى فلا شبهه للعمل بها كما هو واضح، و قد عرفت أن الحكم بالبيئه انما هو للمدعى و أن إقامه البيئه من وظائفه.

و أما إذا كانت البيئه للمنكر فقط فهل يحكم له مع البيئه من غير احتياج الى الحلف أو لا بدّ و أن يحكم له بالحلف فقد ظهر مما تقدم أن الحكم للمنكر انما هو باليمين فلا بدّ و أن يحلف و إذا حلف فيحكم له و يختم الدعوى.

و أما إذا لم تكن لكل منهما بيئه فلا- شبهه فى أنه انما يحكم للمنكر مع الحلف و أما بدونها فلا فإنك قد عرفت أنه مع إقامه البيئه لا يحكم له إلا باليمين، فكيف إذا لم تكن له بيئه، هذا كله بالنسبه إلى وظيفه الحاكم.

وقد انتهى الكلام إلى صورته عدم قيام البينة من طرف البائع و من طرف المشتري و أن البائع المنكر لوجود العيب في المبيع كيف يحلف، و توضيح الكلام أن البائع تاره ينكر على نفي العيب في الواقع بأن يدعى المشتري أن المبيع كان معيبا في الواقع و البائع ينكره فالبائع ح يحلف و يحسم النزاع و ترتفع الدعوى حقيقه و في الواقع و بعد ذلك لو أقام المشتري بينه على كون المبيع معيوباً حين العقد فلا تسمع إذ الحلف قد قطع النزاع واقعا و سقط حقه قطعاً كما أنه ليس للمشتري أخذ الأرش من البائع بعنوان الأرش و لو على سبيل التقاص، فان الحلف أسقط حقه و لو كان على خلاف الواقع يكون البائع مشغول الذمه على المشتري و أما إذا كان المشتري عالم على كون الحلف على خلاف الواقع أو إقامته البينة على ذلك لا يجوز صحه التقاص أو الأخذ من البائع قهراً عليه إلا أن يكذب البائع نفسه في إنكاره فح يجوز للمشتري فسخ العقد و أخذ الثمن أو أخذ الأرش فقط، و لو لم ينكر البائع العيب الواقعي و لا- يقول بأن المبيع ليس بمعيب و واقعا بأن ينفي البائع العلم على كون المبيع معيوباً و يقول لا أدري فهل يتوجه عليه الحلف؟ ح و إذا حلف فهل ينحسم النزاع بذلك الحلف واقعا أيضا مثل الأول أو لا، هذه جهه من الكلام في صورته نفي العلم بالعيب.

و الجهه الثانيه: أنه إذا لم يكن حلفه هذه موجبا لحسم النزاع واقعا و إسقاطه فهل يكون موجبا لحسم النزاع ظاهرا أم لا؟ أما الجهه الاولى: فلا- شبهه ان الحلف على نفي العلم بالعيب لا يوجب إسقاط النزاع واقعا بحيث لا يكون للمشتري حق أخذ الأرش من البائع حتى مع العلم بكذبه و السرّ في ذلك أن ما يدعيه المشتري غير ما ينكره البائع فإن المشتري يدعى أن المبيع معيب في الواقع و البائع لا ينكره، بل ينكر العلم و يقول اني قد اعتمدت في البيع على أصاله السلامه أو الاستصحاب



أو بإخبار شخص آخر بالصحة و نحو ذلك و ليس له ان يقال بحجيه الاستصحاب فنعمل بمقتضاه و الوجه في ذلك أن الاستصحاب ليس ناظرا الى الواقع، بل هو يبين وظيفه المكلف في الظاهر فيعمل بمقتضاه في الظاهر دون الواقع بخلاف الامارات و المشتري أيضا لا- يدعى أن البائع يعلم كون المبيع معيوباً في الواقع و على هذا فلا- يكون حلف البائع على عدم علمه بالعيب، موجبا لإسقاط دعوى المشتري و عليه فلو علم بالعيب واقعا جاز له أخذ الأرش تقاصا من البائع و بعد ما أقامت بينه جاز له أخذ الأرش أو الثمن على تقدير الفسخ من البائع إذا كان من الأول مخيرا بين الفسخ و الأرش و الا فأحدهما على سبيل مانعه الجمع.

نعم إذا كان المشتري ادعى علمه بالعيب فحلف البائع بعدم العلم يسقط دعواه حقيقه و واقعا الا أن يكذب البائع نفسه في حلفه كما هو واضح.

و على الجملة فلا- تنقطع الخصومه بالحلف إلا إذا كان متعلقا بنفى الواقع و الا فلا يوجب قطع الخصومه كما هو واضح هذا هو الذي تقتضيه القواعد على ما ذكره المصنف(ره).

### **قوله: فرع لو باع الوكيل فوجد به المشتري عيبا يوجب الرد.**

أقول: ذكر المصنف هذا الفرع في المقام غير مناسب، بل له أن يؤخره إلى أحكام الخيارات و ذلك لأنه غير مختص بخيار العيب، بل يجري في خيار الغبن و الرويه و المجلس و غير ذلك من الخيارات.

و مسأله الاختلاف في التقدم و التأخر في خيار العيب لا توجب اختصاصها بالمقام، و انما هي من صغرياتة و لكن حيث ذكرها المصنف، فنحن نتبعه أثره و توضيح المقام أنه إذا وقع البيع في الخارج و وقع الخلاف المتقدم فيه من حيث كون المبيع معيبا أو غير معيب فتارة يقع البيع من الأصليين ثم ادعى المشتري العيب في المبيع و ينكره البائع فهذا هو الذي تقدم الكلام

و آخر يكون المشتري مثلا أصلا و البائع وكيلا و ح فالوكيل قد يكون وكيلا فى البيع حدوثا و بقاء و قد يكون وكيلا فى البيع حدوثا فقط لا بقاء.

و على الأول فإذا ادعى البائع كونه وكيلا من قبل الموكل فح قد يعلم المشتري بالحال و يعلم أنه وكيل من قبل الموكل حتى حين العقد و قد لا يدري بذلك و انما البائع يدعى كونه وكيلا من قبل البائع بعد ادعى المشتري فى كون المبيع معيوباً أما إذا كان الوكيل وكيلا حدوثا و بقاء.

فتاره يعلم البائع بوكالته و أخرى لا يدري ذلك كما عرفت و على الأول فللبائع أن يرجع الى أى منهما شاء من الموكل أو البائع فإن كل منهما طرف الدعوى أما المالك الموكل فلكونه مالكا و أما الوكيل فلان المال تحت يده و له التصرف فى ذلك كالوكيل فى المضاربه و هو بمنزله المالك فى جميع الأحكام المترتبة على البائع و على هذا فإن أنكر كل من الوكيل و الموكل كون المبيع معيوباً فتجرى هنا الأحكام المتقدمة فللمشتري ان يحلف الوكيل على ذلك أو الموكل، فأى منهما حلف سقط حق المشتري فى الظاهر واقعا كما عرفت، فإذا أنكر أحدهما العيب و لكن اعترف الآخر بذلك فإن كان المعترف هو المالك فواضح، و ان كان هو الوكيل فكذلك أيضا، فإنه ليس أجنبيا عن الموكل حتى يكون اعترافه اعترافا فى حق الأجنبى، بل كان اعترافه اعترافا فى حق المالك فإن يد الوكيل هو يد المالك، هذا إذا كان الوكيل وكيلا عن المالك حدوثا و بقاء مع علم المشتري بكونه وكيلا- عن المالك كذلك و أما إذا لم يعلم المشتري بالحال و انما البائع بعد مراجعه المشتري إليه يقول انى وكيل من قبل الفلان فتاره يقطع المشتري بأن البائع يكذب و يمينائه ان يرفع الدعوى الى شخص آخر و أخرى لا يعلم بكذبه.

و على تقدير عدم العلم بكذبه و الموكل أيضا يعترف بكونه وكيلا من

قبله فى بيع ذلك فله أن يرجع الى الوكيل و الى الموكل أما الى الوكيل فبمقتضى اليد فإن المشتري يقول انى اشترت المال منك و مقتضى يدك أن يكون ملكا لك فلا بد أن تكون أنت طرفا للدعوى و له أن يرجع الى الموكل بحسب اعترافه أى الموكل بكون الوكيل و كيلا من قبله و على هذا فإن أنكر فيجربى فيه ما تقدم و ان أنكر الموكل و اعترف الوكيل بالعيب فيرجع المشتري الى الوكيل فى أخذ الأرش أو الثمن على تقدير الفسخ و عليه فيشكل هنا دعوى اخرى و هى أن الوكيل يدعى على الموكل أنه كان يعلم أيضا بالعيب و الموكل ينكره فيجربى هنا ما تقدم من الحكم على المدعى بالبيئه و عدمها يحلف الموكل و ينحسم النزاع و هذا واضح.

و إذا علم المشتري و قطع بأن الوكيل كاذب فى دعواه سواء اعترف الموكل بكونه و كيلا من قبله أم لا، فح ليس للمشتري الآ الرجوع فى دعواه الى الوكيل و ان اعترف الموكل بالعيب و أنكره الوكيل فإن المشتري بحسب اعتقاده بحسب الموكل أجنبيا فليس له أن يرجع الى الموكل ح، نعم يكون الموكل مع الاعتراف بالعيب شاهدا واحدا للمشتري على إثبات دعواه.

و أما إذا كان الوكيل و كيلا فى البيع حدوثا لا بقاء فيرجع الى الموكل فقط، دون الوكيل فان الوكيل و ان كان و كيلا فى البيع و لكنه حين الدعوى صار أجنبيا فيكون اعترافه بالعيب حين العقد كقول الأجنبى بذلك فيكون شاهدا واحدا للمشتري و هذا واضح، كما عرفت نظير اخبار شخص بنجاسه ثوب كان عنده فإنه ليس من قبيل قول ذى اليد، بل من قبيل الشهاده.

### **و قد انتهى الكلام الى وقوع العقد من الوكيل و الأصيل ثم وقوع الاختلاف**

بينهما

و فى هنا جهات من البحث:-

### **الأولى: فى توجه الدعوى الى أى من الوكيل و الموكل**

فإذا وقع العقد بين الوكيل الذى هو البائع و بين الأصيل الذى هو المشتري ثم وقع

ص: ٢٠٥

الاختلاف بينهما فهل يتوجه الدعوى الى الوكيل أو الى الموكل فنقول تاره

### **الصورة الأولى كان المشتري قاطعا بأن البائع فى دعواه الوكالة عن الغير كاذب حتى مع**

اعتراف الغير بأنه وكله و هو وكيله

فإن المشتري لا يوجه الدعوى و لا يرجع فى هذه الصورة إلا إلى البائع الذى يدعى الوكالة عن الغير فإن المشتري حسب اعتقاده يرى البائع كاذبا فى دعواه فليس له مع ذلك الرجوع الى شخص آخر و ان صدقه هذا الشخص الآخر فى دعواه و كونه وكيلا من قبله.

### **الصورة الثانية: أن يدعى البائع كونه وكيلا من قبل الموكل و لم ينكره**

المشتري و ليس له قطع بكذبه، بل يحتمل صدقه

و لكن يقول انى اشتريت المال منك فمقتضى يدك كونه من ملكك فان اليد أماره الملكيه و مع ذلك أن من يدعى البائع كونه وكيلا- من قبله أيضا يعترف بكونه وكيلا- من قبله، و ح فللمشتري أن يوجه دعواه الى الوكيل لكونه هو المالك بحسب الاماره و هى اليد و له أن يوجه دعواه الى الموكل لكونه معترفا بكون الوكيل وكيلا من قبله، فيكون قوله و اعترافه مسموعا.

### **الصورة الثالثة: أن يعلم المشتري بكون البائع وكيلا عن الغير و ادعى**

كون المبيع معيوباً

فلا- يجوز له أن يوجه دعواه الى الوكيل بداهه أن الوكيل كالأجنبي فلا يسمع إنكاره أو اعترافه بالمطلب فى حق الموكل و قد ذكرنا أنه نظير من كان تحت يده ثوب متنجس فباعه ثم بعد مده أخبر بكونه نجسا فان قوله بالنسبه إلى نجاسه ذلك الثوب شهاده فيدخل تحت عنوان الشهاده لا من قبيل قول ذى اليد لكى يسمع قوله بمجرد الاخبار.

و على الجملة فلا- يجوز للمشتري أن يوجه الدعوى الى الوكيل و ان اعترف بالمطلب غايه الأمر يكون اعترافه من قبيل الشهاده فيحتاج إلى تماميه شروطها.

نعم، لو كان الوكيل و كيل مفوضا بمعنى أن يكون وكيلا فى البيع حدوثا

و بقاء لا- مفوضا فى مقابل الوكيل فى إجراء العقد فإنه يمكن أن يكون وكيلا مفوضا فى خصوص البيع و المقصود أن الوكيل إذا كان وكيلا- مفوضا فى البيع حدوثا و بقاء فإنه يجوز للمشتري أن يوجه الدعوى الى أى من الوكيل و الموكل شاء و هذا كالوكيل فى المضاربه و نحوه هذه هى الجهة الأولى.

### **أما الجهة الثانية:فى أن اعتراف الوكيل يكون اعترافا فى حق الموكل**

أم لا،

الظاهر بل الواقع أن اعترافه لا- يكون نافذا فى حق الموكل فإنه قد عرفت فى الجهة الأولى أنه أجنبى عن الموكل فلا يكون اعتراف الأجنبى نافذا فى حق الأجنبى الا- أن يكون وكيلا- مفوضا فى البيع حدوثا و بقاء فان اعترافه اعتراف فى حق الموكل أيضا كالوكيل فى المضاربه و نحوها.

### **الجهة الثالثة:فى أنه مع حكم الحاكم بالأرش أو بالفسخ هل يثبت**

ذلك للوكيل فقط دون الموكل أو العكس.

فنقول:ان كان الموكل اعترف بالمطلب و أن الوكيل وكيله و المبيع معيب فلا كلام لنا فيه، كما أنه لا شبهه فى أنه إذا لم يكن حكم الحاكم موجبا لثبوت الأرش أو الفسخ كما إذا كانت البائع منكرا و حلف و انقطع الدعوى فإنه لم يلزم شىء هنا على الوكيل البائع حتى نتكلم فى أنه عليه أو على الموكل و إذا ثبت على البائع شىء فتارة يثبت ذلك باعتراف الوكيل بكون المبيع معيبا و أخرى بالبينه و ثالته باليمين المردوده، أما إذا ثبت الأرش أو الفسخ باعتراف الوكيل فلا يكون الأمر الثابت الأ ثابتا على الوكيل فإنه انما ثبت باعتراف الوكيل و هو أجنبى عن الموكل، فلا يكون اعتراف الأجنبى نافذا فى حق الآخر كما قدمناه فى الجهة الثانية إلا إذا كان الوكيل وكيلا مفوضا فى الحدوث و البقاء كما هو واضح.

و أما إذا كان ذلك ثابتا بالبينه فهى حجه شرعيه و موجبه لكون الأرش أو لوازم الفسخ على صاحب المال، فإن البينه إنما قام فى ذلك المورد فتكون

الغرامه ثابتة على الموكل و إذا ثبت ذلك باليمين المردوده فقد وقع الكلام فى أن ذلك لاحق بالقسم الأول أعنى الاعتراف فلا شبهه فى أن ذلك لاحق بالقسم الأول أعنى الاعتراف فلا شبهه أنه يكون موجبا لثبوت ما يحكم به الحاكم على الوكيل و ان كان مثل البيئه فيكون ذلك مسيبا لثبوت ذلك على الموكل و لكن الظاهر، بل الواقع من الأدله أن اليمين المردوده مسبب مستقل لحسم الدعوى فلا- وجه لتزليل ذلك منزله الاعتراف أو منزله البيئه بل يلاحظ فى نفسها حتى لا تكون موجبة لكون المال على الموكل بل على الوكيل.

انتهى الكلام الى جهات البحث فى بيع الوكيل مع المشتري بكونه وكيلا أو عدمه و قلنا ان هذا البحث ليس مختصا بالمقام، بل هو يجرى فى جميع الخيارات و هو من أحكامها و كثير الفائده و قلنا هناك جهات للبحث.

### **و انتهى الكلام إلى الجبهه الرابعه و هى ان العيب الثابت بحكم**

الحاكم هل يكون للوكيل أو للموكل

فبقول تاره لا يثبت شىء بحكم الحاكم أصلا فلا كلام لنا فيه و انما يكون حكم الحاكم قد أوجب انقطاع دعوى المشتري من غير ثبوت شىء على البائع و أخرى يثبت العيب بحكم الحاكم على البائع فهل يكون هذا لازما على الموكل أو على الوكيل فثبوتة هذا انما يكون بأحد وجوه اما اعتراف الوكيل بالعيب أو بقيام البيئه على ذلك أو باليمين المردوده أما إذا كانت العيب ثابتا بالبيئه فيكون لوازم العيب من الأرش أو ردّ ثمن العين بعد الفسخ على الموكل فإن البيئه إنما قامت على كون العين المبيعه معيوبه و من الواضح أن العين للموكل فتكون ما أثبتته البيئه أيضا على الموكل سواء اعترفا الوكيل و الموكل بالعيب فى هذه الصوره أم لا.

و قد يكون العيب ثابتا باعتراف الوكيل بكون المبيع معيوباً و حكم الحاكم على طبق اعترافه فان لوازم العيب من الأرش و لزوم ردّ الثمن على تقدير

الفسخ انما هو يثبت على الوكيل حسب اعترافه و لا- يكون اعترافه ثابتا على الموكل الا أن يعترف بالعيب كما يعترف بالوكاله فإنه ح يكون العيب على الموكل حسب اعترافه إذا كان الوكيل وكيلا مفوضا فى الحدوث و البقاء كالوكيل فى المضاربه كما تقدم و على تقدير عدم كونه وكيلا مفوضا من قبل الموكل مع كونه منكرًا للعيب فيشكل هنا دعوى ثانيه بين الوكيل و الموكل فان الوكيل يدعى كون العيب من الأول و كون لوازمه على الموكل من الأرش و ردّ الثمن على تقدير الفسخ و المشتري ينكر ذلك فإن أقام الوكيل بينه على كون العيب من الأول فيحكم عليه أى على كون لوازم العيب من الأول فيحكم عليه أى على كون لوازم العيب على الموكل و الا فيحلف الموكل فيكون لوازم العيب ثابتا للوكيل و ح يشكل تصرفه فى العين بعد ردّ الثمن على المشتري على تقدير الفسخ فإنه بحسب اعتقاده يرى عدم استحقاقه بالعين و كونه معيبه و كون الثمن لازم الرد من الموكل و مع ذلك كيف يتصرف فى العين و لكن الظاهر أن هذا لا يوجب الإشكال فإنه يحصل الصلح بين الوكيل و بين الموكل إذ الموكل لا يدعى كونه مستحقا للعين و الثمن الذى أخذه معا بل هو يقول انى بعت عينا صحيحه و لم يكن فيها عيب فيكون الثمن الذى أخذته من المشتري ملكا لى فلا يكون الثمن الذى رده الوكيل و أخذ العين المعيبه فإن العيب انما حدث فى ملك المشتري و الوكيل يدعى كون العيب عليه فإذا أنكر الموكل العيب فقد رضى كون العين له فى مقابل الثمن الذى يرده إلى المشتري فيكون هنا صلح قهرى و معاوضه قهرية بين الوكيل و الموكل كما هو واضح.

ثم إذا لم يكن الوكيل معترفا بالعيب.

فتاره ينكره جازما و معتقدا بان المبيع لم يكن فيه عيب.

و أخرى ينكره اعتمادا على أصاله الصحه أو الاستصحاب و لو استصحاب

العدم الأزلى و انا حققنا فى الأصول أن استصحابا العدم الأزلى حجه فمقتضى ذلك هو كون العين صحيحه عند البيع أى عدم وقوع العقد الموجود على المعيب.

أما الصورة الثانيه فإن حكم الحاكم للوكيل و لم يثبت حكمه شيئا على المشتري من الأرش و الفسخ فلا كلام لنا فيه كما لا كلام لنا فيما إذا اعترف الموكل بالمطلب و إذا أوجب شيئا فإن حكم له بالبينه فيكون لوازم العيب على الموكل حتى مع إنكار الموكل ذلك لما عرفت ان البينه إنما قامت على كون العين معيبه فيكون لوازمه أى العيب على مالك العين كما هو واضح، لا يخفى.

و ان حكم له و لا يكون إنكار الوكيل سببا لعدم جواز رجوعه الى الموكل فى هذه الصورة إذ هو مستند فى إنكاره إلى الأصول العمليه و هى ترتفع مع قيام البينه كما هو واضح، و أما إذا كان العيب ثابتا باليمين المردوده فلا يجوز للوكيل أن يرجع معه الى الموكل بداهه أنه أى الوكيل لا يعلم كون المبيع معيبا و لم يحرز ذلك فكيف يرجع الى الموكل كما هو واضح الا أن يعترف الموكل بالعيب فهو مطلب آخر و أما إذا كان الوكيل عالما بعدم العيب و جازما به، و ح ان لم يثبت العيب بحكم الحاكم فهو أو ثبت ذلك و لكن بذل الموكل بطوع رغبته الثمن ان فسخ المشتري أو الأرش أخذ الأرش و الا فلا يجوز للوكيل أن يرجع الى الموكل فإنه جازم بعدم كون المشتري مستحقا لذلك و عدم كون الموكل مطلوبا بالأرش أو الثمن و معه كيف يرجع اليه و لا يفرق فى هذه الصورة بين ثبوت العيب بالبينه أو باليمين المردوده فإنه على تقدير أن يثبت العيب بالبينه أيضا ليس له أن يرجع الى الموكل فان الوكيل يجزمه بعدم العيب يكذب البينه فلا تكون البينه موجه للرجوع الى الوكيل لقيامها على تعيب العين و ح ان أخذ المشتري الأرش فيعطيه



و إذا فسخ فأخذ العين و يعطى الثمن من طلق ماله فيجرى هنا الاشكال المتقدم من أن الوكيل بعدم علمه بعدم كون العين معييه كيف له أن يتصرف فى العين فإنه بعلمه يعلم كونها للمشتري و عدم استحقاق المشتري أخذ الثمن من الوكيل و لكن يدفعه ما ذكرناه هناك من وقوع المصالحة القهرية بين المالين غايه الأمر هناك كانت المصالحة بين الموكل و الوكيل و فى المقام كانت المصالحة بين المشتري و الوكيل فإن المشتري لا يدعى استحقاقه الثمن و المثلث، بل يدعى استحقاقه الثمن فهو على تقدير كون المثلث له راضى بكونه للوكيل كما هو واضح.

ثم انه فى هذه الصورة ان كان الموكل منكرًا للعيب أيضا كالوكيل فهو و ان اعترض بالعيب و الوكيل لا يعترف بذلك بل جازم بعدمه فيكون المقام من الموارد التى لا بدّ للحاكم أن يحكم بينهما بالتصالح نظير ما إذا قال أحد أن المال الفلانى لك الذى تحت يدك و ينكره ذلك الشخص و قد يتفق ذلك كثيرا فإنه يعترف احد بكونه مديونا من شخص و ينكره لآخر فان الحاكم يحكم بان يتصالحا الا أن يبرء أحد الآخر على تقدير أن يكون له حق و الظاهر أنه قد تم بهذه الجهات جميع ما ذكره المصنف فى هذا المقام و ما لم يذكره يعنى كانت هذه الجهات وافية بوجه البحث و هو وقوع العقد بين الوكيل و الأصيل و دعوى الأصيل تعيب العين.

#### **قوله الرابعه: لو رد سلعه بالعيب فأنكر البائع أنها سلعته.**

أقول: توضيح المقام أن هنا مسائل ثلاث: - الاولى: أن يكون النزاع فى المقتضى بأن يدعى المشتري مثلا ثبوت المقتضى للخيار و البائع ينكره.

المسألة الثانية: أن يتفقا على وجود المقتضى لذلك و لكن يختلفا فى فعلية الخيار بأن يدعى المشتري وجود الخيار بالفعل و البائع ينكر ذلك

المسأله الثالثه: أن يتفقا على المقتضى و على فعلية الخيار معا و لكن وقع الخلاف فى كون المردود هو المبيع أو غيره و قبل التعرض لحكم المسائل لا بدّ و أن يعلم أن هذا البحث غير مختص بخيار العيب، بل يجرى فى جميع الخيارات كالبحث السابق فنقول:

### **أما المسأله الاولى: و هى النزاع فى ثبوت المقتضى للخيار و عدمه**

بأن يرد المشتري سلعه على البائع و يدعى كونها معيوبه و ينكرها البائع و يقول أن هذه السلعه ليست بسلعتى و ان كانت معيوبه و انما سلعتى غيرها و هى غير معيوبه و ليس فيها مقتضى الخيار أصلا فالقول هنا قول البائع فإن الأصل عدم كون هذه السلعه سلعه البائع، و الأصل عدم كون سلعتها معيوبه و لو كان الأصل هو العدم الأزلى كما تقدم، إلا أن يقيم المشتري بينه على و لو كان الأصل هو العدم الأزلى كما تقدم، إلا أن يقيم المشتري بينه على دعواه هذه المسأله الاولى.

### **و أما المسأله الثانيه: و هى أن يكون الاختلاف فى فعلية الخيار**

بان يقبل البائع وجود المقتضى للخيار و لكن ينكر كون السلعه التى يردها المشتري الى البائع سلعه نفسه و قد ذكر فى الإيضاح أن الاختلاف فى ذلك فى موضعين:- أحدهما: خيانه المشتري، فيدعى البائع تعين العين بخيانه المشتري و ما يريد تسليمه الى البائع من السلعه غيرها و المشتري ينكر ذلك.

الثانى: أن البائع يدعى أن المشتري أتلف العين و المشتري ينكر ذلك و كأن الفخر حصر وقوع الاختلاف بهذين الموضعين و لم يتصور هنا وجها ثالثا و لكن يمكن أن يتصور هنا وجه آخر و هو أن يكون إنكار المشتري مستندا إلى الغفله أو النسيان أو نحو ذلك لا إلى الخيانه و الإتلاف كما هو واضح.

أما المورد الأول: فذكر فخر المحققين أن البائع إذا ادعى خيانه المشتري و المشتري ينكره فالأصل عدم الخيانه، فإن مقتضى أصاله الصحه هو

أن المشتري لم يخزن السلعه و هو صادق فى إنكاره، و ان كان هنا أصول أخرى المتعدده و هى أصاله عدم الخيار و عدم حدوث العيب و صحه القبض فإن أصاله الصحه من قبيل الامارات فهى وارده على تلك الأصول التى ليست ناظره إلى الواقع.

و بالجمله قد ادعى الفخر فى المسأله الثانيه فيما إذا كان الاختلاف فى دعوى الخيانه أن القول قول المشتري، لقيام أصاله الصحه على عدم صدور الخيانه منه، و أن بقيه الأصول ساقطه كما لا يخفى.

و قد أورد عليه المصنف بالنقض و حاصله أن مقتضى إجراء أصاله الصحه هنا هو إجرائها فى المسأله الأولى أيضا أعنى مسأله الاختلاف فى مقتضى الخيار فان مقتضى ذلك هو ان المشتري لا يكذب فى قوله أن المبيع هو هذا المعيوب فيكون إنكار البائع كون المبيع هو هذا دون غيره فى غير محله مع أنه أى الفخر قدم قول البائع هناك لوجود الأصول المتعدده من أصاله عدم الخيار و عدم حدوث العيب و نحو ذلك، فإن أصاله الصحه كما انها وارده عليها فى المسأله الثانيه و كذلك وارده عليها فى المسأله الأولى أيضا فكيف لهم تقديم قول البائع لأصاله عدم كون ما أعطاه المشتري من السلعه سلعته.

و أما حل المطلب: فنقول ان كان المراد من أصاله الصحه هى أصاله الصحه المصطلحه الجاربه فى العقود فهى مما لا ريب فى حجيتها و تقدمها على سائر الأصول فإنها من الامارات التى قامت السيره القطعيه، بل بناء العقلاء على حجيتها و لكن المقام ليس من مواردها فان حمل فعل المشتري على الصحه و القول بعدم خيانتها غير مربوط بصحه العقد، فان مورد هذه الأصل انما هو العقد بعد الفراغ عن تحققه و كون الشك فى شرائطه و من الواضح أن العقد فى المقام تحقق صحيحا و لم يكن فيه شك فى تحقق شرطه

بحيث يلزم من انتفائه بطلانه و لكن النزاع في أن المشتري صادق في دعواه أن هذه السلعه سلعه البائع التي فيها عيب أم لا، و المشتري يدعى ذلك و البائع ينكره و هذا غير مربوط بأصالة الصحه المذكوره.

و أن كان المراد من أصاله الصحه هي أصاله الصحه الجاربه في فعل المسلم أعني حمل فعل المسلم على الصحه بمقتضى قولهم، ضع فعل أخيك على أحسنه، و هذا و ان كان جاريا و لكن لا يترتب عليها ما أن هذه التي يدعى المشتري كونها للبائع فإن غايه ما يترتب على هذا الأصل أنه لا يكذب و أما انه صادق في قوله، فلا أى لا يترتب آثار الكذب على كلامه لا أنه يترتب آثار مقابله مثلا لو تكلم أحد بكلام و لم ندر أنه سلّم أو سب بأن ترد كلامه بين أنه قال سلام، أو قال سام، فمقتضى حمل فعل المسلم على الصحه نحمل كلامه على أحسنها أى نقول انه لم يسبّ و أما أنه سلّم بحيث يجب رد سلامه، فلا و هذا واضح.

### **و أما الصوره الثالثه: فهي أن يقبل البائع ثبوت مقتضى الخيار و ثبوت**

نفس الخيار فعلا

و لكن يقول ان السلعه ليست هذه التي تريد إعطائها لى، بل غير ذلك، و المشتري يقول هي هذه، و ح فللمشتري أن يفسخ العقد و يأخذ الثمن من البائع لأنه أى البائع باعترافه يعترف بالخيار للمشتري و يعترف كون الثمن له على تقدير الفسخ، و لكن ينكر كون هذه السلعه الموجوده له، و ح فللمشتري أن يفسخ العقد و يأخذ الثمن لتعلق الفسخ بالعقد و ح يرد السلعه الموجوده إلى البائع فإنه باعترافه يعترف كونها له و أما غيرها فلا، بل لا بدّ للبائع من إثبات ذلك فإن البائع يدعى أمرا و هو ان سلعته غير هذا، و ان كان متعلقا لخيار الغبن و المشتري ينكر ذلك و المشتري يدعى كون هذه السلعه له و هو ينكر ذلك، فلا بدّ للبائع من إثبات أن سلعته غير هذه، و لكن هذه الصوره لا تجرى في خيار العيب حيث ان في خيار

العيب لا بدّ في الفسخ من رد العين بمقتضى الأخبار المتقدمه الداله على لزوم رد العين في خيار العيب إذا أراد المشتري الفسخ بخلاف بقيه الخيارات، فإنه لا يلزم فيها ردّ العين في الفسخ كما هو واضح.

و بعبارة أخرى إذا اعترف البائع وجود مقتضى الخيار و ثبوته للمشتري بالفعل و لكن أنكر كون هذه السلعه التي يريد المشتري ردّها إلى البائع سلعه له فإنه جاز للمشتري الفسخ فيما إذا لم يكن الخيار خيار عيب، لعدم توقف الفسخ على ردّ العين، بل لا يتوقف على بقاء العين أصلا و أما في خيار الغبن فلا- يمكن له الفسخ، و ان اعترف البائع بوجود الخيار له فعلا- ما لم يثبت المشتري أن العين الموجوده بالفعل التي يريد تسليمها إلى البائع أنها للبائع.

**قوله: و اما الثانى: و هو الاختلاف فى المسقط فيه أيضا مسائل:**

**الاولى: لو اختلفا فى علم المشتري بالعيب و عدمه،**

أقول ذكر المصنف (ره) أنه لو اختلفا فى علم المشتري بالعيب المسقط للخيار و عدمه قدم منكر العلم فيثبت الخيار هذا لا شبهه فيه، و لكن يبقى فى المقام سؤال الفرق بين هذه المسألة و بين ما تقدم فى خيار الغبن من أنه لو ادعى المشتري الجهل بالغبن و البائع يدعى علمه به قدم قول البائع مع أن من كلتا المسألتين أن المشتري يدعى الجهل و البائع يدعى علمه، فكيف له أن يحكم فى المقام بتقديم قول المشتري دون المسألة السابقه.

أقول: وجه الفرق بينهما أن خيار الغبن انما ثبت بالشرط الضمنى على ما تقدم و إذا تنازعا فى علم المشتري بالغبن و عدمه فإنه يرجع الى دعوى اشتراط الخيار للمشتري و عدمه، فح الأصل عدم الاشتراط، فلا- يكون هنا خيار للمشتري، و يكون القول قول البائع.

و أما فى المقام ليس كذلك حيث ان خيار العيب انما ثبت بالدليل و

ان كان على وفق القاعده،و لكن لا بد من ملاحظه الروايه فهى دلت على أنه أيما رجل اشترى شيئاً و به عيب أو عوار و لم يتبرء منه و لم ينبه عليه و أحدث فيه حدثاً فإنه يمضى عليه البيع حيث ان العلم بالعيب و ان كان طريقاً الى الواقع على ما تقدم و الغرض هو سقوط الرد مع انكشاف الواقع لدى المشتري و لكن نفي حصول العلم بالعيب له موضوعيه فى سقوط الخيار و أن ثبوت خيار العيب يدور مدار الجهل، و ح إذا شك فى كون المشتري عالماً بالعيب حين العقد و عدمه فالأصل هو عدم كونه عالماً فان انكشاف العيب لدى المشتري أمر وجودى يحتاج إلى الإحراز و مع عدمه فلا يكون خياره ساقطاً كما هو واضح، و هذا هو الفارق بين المسألتين.

### **قوله الثانيه: لو اختلفا فى زواله قبل علم المشتري.**

أقول: ذكر المصنف فى النزاع فى زوال العيب القديم و عدمه و جهين:

الأول: تقديم قول مدعى البقاء فيثبت الخيار لأصاله بقائه و عدم زوال المسقط للخيار.

الثانى: تقديم مدعى عدم ثبوت الخيار لأن سببه أو شرطه العلم به حال وجوده و هو غير ثابت، فالأصل لزوم العقد و عدم الخيار.

ثم ذكر أن الأقوى هو الأول و ذكر أنه الى هذا نظر العبارة المتقدمه من التذكرة فى سقوط الرد بزوال العيب قبل العلم أو بعده قبل الرد، نومي الى الثانى فراجع.

أقول: أنه لا- يترتب اثر على هذا النزاع إذا قلنا بأن نفس وجود العيب فى المبيع موضوع للرد و الأرش فإنه على هذا المذهب لا يترتب اثر على الزوال حتى مع العلم بكونه قبل العلم أو بعده فكيف مع الجهل به فان موضوع الرد و الأرش على هذا انما هو نفس وجود العيب لا غير، فإذا اشترى أحد شيئاً و به عيب أو عوار و لم يتبرء البائع و لم ينبه المشتري فله أى

المشترى الخيار سواء علم به قبل الزوال أو بعده، وهذا لا شبهه فيه فان المشتري متمكن من الرد بل الأرش أيضا على المشهور و أيضا لا- يترتب اثر على النزاع إذا قلنا بأن زوال العيب مطلقا يكون مانعا على الرد بل الأرش من جهة أن المردود لا بدّ و أن يكون معيبا و المفروض عدمه لزوال العيب و بعد زواله ليس هنا معيب حتى يتمكن المشتري من رد المعيب، كما هو واضح.

نعم، له أثر إذا قلنا بأن موضوع هذا الخيار انما هو وجدان العيب و ظهوره فإنه على هذا يترتب الأثر على هذا النزاع، فإنه يقال إذا كان سبب الخيار هو ظهور العيب و وجدان المبيع معيبا فالأصل يقتضى عدم الخيار للشك في سببه فيكون الأصل مع منكر الخيار.

و بعباره أخرى ان المشتري يدعى بقاء العيب الى زمان العلم و أنه زالى بعد العلم به، و البائع ينكر ذلك، فالأصل عدم ظهوره الى زمان الزوال و لكن مرجع ذلك الى الشك في ثبوت الخيار لا في المسقط.

ثم إذا اختلفا في أن الزائل هو العيب الحادث أو القديم مع الاتفاق على زوال العيب هنا فادعى المشتري أن الزائل هو العيب الحادث، فلا- يكون ذلك مانعا عن الرد بناء على أن مجرد حدوث العيب في المبيع عند المشتري لا- يكون مانعا عن الرد، بل المانع عن الرد، انما هو العيب الحادث الموجود حال الرد و على هذا فلا إشكال في عدم جواز الردح للشك في بقاء العيب الحادث و عدمه فنستصحبه و هذا الاستصحاب لا يعارضه أصاله بقاء العيب القديم، فإنه لا يترتب عليه أن الزائل هو الحادث الآ على القول بالأصل المثبت.

و العجب من المصنف فإنه مع ذكره عدم جريان الأصول المثبتة هنا و في محله قد غفل عن كون هذا الأصل مثبتا و كلما تأملت في توجيه كلامه

حتى يخرج عن كونه أصل مثبتا ما وجدت شيئا يكون توجيهها له هذا.

و إذا قلنا ان حدوث الحدث مانع عن الرد مطلقا، فلا شبهه أنه لا يترتب الأثر على زواله و عدم هذا ما يرجع الى دعوى المشتري.

و أما بالنسبة إلى دعوى البائع بأن الزائل هو العيب القديم فان قلنا بأن الزوال لا اثر له أصلا و انما العبرة بالحدوث فلا يترتب أيضا أثر على هذا النزاع، فإنه سواء زال العيب الحادث أو القديم فمجرد حدوث العيب الحادث يكون مانعا عن الرد بالأرش و كذلك لا يترتب الأثر إذا قلنا بأن زوال العيب يوجب عدم الرد لأن الرد لا بدّ أن يتعلق بالمعيب، و من الواضح أن العيب القديم قد زال.

نعم، مع ذلك هنا مانع آخر و هو وجود العيب الحادث، و ان كان الغرض أن زوال العيب يوجب عدم الأرش أيضا فالأصل بقاءه و لا يعارضه أصاله عدم زوال الحادث فإنه لا يثبت به زوال العيب القديم.

و بعبارة أخرى أن خيار العيب له أثران، أحدهما: الرد و الآخر:

الأرش. فإن قلنا بان حدوث العيب مانع من الرد مطلقا فلا اثر للنزاع من هذه الجهة كما أنه إذا قلنا بأن زوال العيب لا اثر له في الأرش لا معنى للنزاع من هذه الجهة إذا لا بدّ من فرض الكلام في أن زوال العيب الحادث يوجب الرد فنقول الأصل عدم الزوال و لا يعارض ذلك مع أصاله عدم زوال العيب القديم فإنه لا يترتب عليه زوال الحادث حتى يترتب عليه عدم جواز الرد.

و أيضا نقول أن زوال العيب القديم يوجب عدم الأرش و مع الشك فيه يحكم بعدم زواله للاستصحاب و لا يعارضه استصحاب بقاء العيب الحادث حتى يكون مانعا من الأرش فإنه لا يترتب عليه زوال العيب القديم ليرتب عليه عدم الأرش و على هذا فلا وجه لما ذكره المصنف و التذكرة من عدم جواز الرد و أخذ الأرش، بل لا بد من التفصيل كما فصل الشافعي فيقال بعدم جواز الرد لأصاله عدم زوال العيب الحادث و أيضا نقول بثبوت الأرش



لأصالة عدم زوال العيب القديم و هذا واضح جدا، إذا فحلف البائع فيسقط الرد و يحلف المشتري و يأخذ الأرش و هذا مراد الشافعي من التحالف.

### قوله الثالثه: لو كان عيب مشاهدا غير المتفق عليه.

أقول: تحرير الكلام هنا أن النزاع تاره يكون في تعدد العيب بأن يتفقا على عيب واحد و كان نزاعهما في وجود عيب آخر فيدعى المشتري وجوده بحيث يكون له الخيار من جهتين أو من جهة العيب الثانى على تقدير إسقاطه الخيار من جهة العيب الأول.

و أخرى: يكون في زياده العيب المتفق عليه.

و ثالثه: في أصل الزيادة بحيث يدعى المشتري ذلك ليأخذ الأرش زائدا عن الأرش على العيب المتفق عليه و ان لم يكن بنائه الرد.

أقول:

### يقع الكلام في هذه المسأله في جهتين:

الاولى: في دعوى المشتري على البائع، و الثانى: في دعوى البائع على المشتري.

### أما الجبهه الاولى في دعوى المشتري على البائع

فهى خارجه عن الدعوى فى المسقط بيان ذلك أن غرض المشتري من دعواه وجود العيب الثانى هنا غير العيب الأول أو دعواه أصل الزيادة أو الزيادة التى هى زائده عن الزيادة التى يدعيها البائع أن يكون له الرد من جهتين أو من جهة العيب الآخر أو الزائد على تقدير إسقاطه الخيار من جهة العيب الأول أو غرضه أخذ الأرش زائد عن المقدار المتفق عليه على تقدير عدم الرد، و يقول المشتري أن هذه الأمور التى يدعيها موجوده من الأول و قبل العقد غايه الأمر قد حصل العلم بها بعد العقد و البائع ينكر ذلك، و ح فالقول قول البائع لأصالة عدم وجود العيب الآخر أو الزائد غير العيب المتفق عليه، فللمشتري إثبات ذلك و لا شبهه أن هذه الجبهه غير مربوط بالمقام فان كلامنا هنا فى المسقط و مرجع ذلك الى

دعوى أصل الخيار أو الأرش فتكون هذه الجهة أجنبيه عن المقام.

### و أما الجهه الثانيه فى دعوى البائع على المشتري

فهى مركز الكلام هنا و بيان ذلك أن البائع إذا ادعى وجود المسقط فى المقام بشىء من الأمور المتقدمه بأن يدعى أن العيب تعدد فى ملك المشتري أو زاد أو كانت الزيادة أكثر مما كانت أولاً فنسقط الخيار الثابت بالعيب السابق لروايه زراره الداله على سقوط الخيار بحدوث الحدث فإنه يكون القول هنا قول المشتري، مع حلفه فعلى البائع إثبات دعواه، فيقال ان الأصل عدم حدوث العيب الآخر فى ملك المشتري فيثبت الخيار بالموضوع المركب، أحدهما محرز بالوجدان و الآخر بالأصل فإن الخيار ثابت على شراء المعيب، مع عدم احداث الحدث فيه، فشرء المعيب محرز بالوجدان فعدم احداث الحدث محرز بأصالة عدم حدوثه تحت يد المشتري فلا يعارضه أصاله عدم حدوثه فى ملك البائع، فإنه لا يثبت حدوثه فى ملك المشتري حتى يوجب سقوط الخيار، بل هو يكون مثبتا بالملازمه العقليه كما هو واضح، و هذا بخلاف العكس فإن الأثر و هو ثبوت الخيار يترتب على عدم حدوث العيب فى ملك المشتري فان المفروض أن الجزء الآخر محرز بالوجدان كما هو واضح.

و على الجملة فإن كانت الدعوى راجعا إلى المشتري و هو يوجهها إلى البائع فالمسألة خارجه عن محل الكلام و ان وجهها البائع إلى المشتري فلها مجال واسع فهى مربوطه بالمقام أعنى النزاع فى المسقط.

و من هنا ظهر أن ما ذكره الشهيد فى الدروس من أنه يحلف البائع إذا كان نظره الى الجهه الأولى بحيث يكون المدعى هو المشتري فلما ذكره وجه وجيه الأ- أنه خارج عن المقام و ان كان غرضه الجهه الثانيه فلا وجه له بوجه لما عرفت أن البائع فى الجهه الثانيه هو المدعى و اليمين انما يتوجه إلى المشتري دون البائع.

ثم ان الشهيد(ره)قد فرق بين النزاع فى كون العيب متعددا و بين النزاع فى زياده العيب، حيث التزم فى الأول بكون العيب كالمنفرد و أن مرجع ذلك الى النزاع فى سبق العيب على العقد و عدمه فالأصل مع البائع فإن الأصل عدم سبق عيب على العقد فيحلف البائع و التزم فى الثانى بأنه إذا ادعى البائع زياده العيب عند المشتري و أنكر المشتري احتمال حلف المشتري، لأن الخيار متيقن و الزياده موهومه.

و يحتمل حلف البائع اجراء للزياده مجرى العيب الجديد، انتهى كلامه رفع مقامه، أقول: لا وجه للفرق بين المقامين فان مرجع كليهما إلى شىء واحد فلا بدّ اما من تقديم قول البائع فى كلا الموردين أو من تقديم قول المشتري فى كلا الموردين.

و توضيح ذلك أنه فيما كان النزاع فى حدوث عيب آخر قد التزم الشهيد بكون الحلف متوجها الى البائع و فى المقام أيضا كذلك فإنه إذا كان النزاع فى أصل زياده العيب بحيث يدعى المشتري ذلك ليأخذ الأرش أكثر أو يرد المبيع لو سقط خيار بالنسبه إلى العيب الأول فنقول هنا ان الأصل عدم زياده العيب فيكون القول قول البائع، فإن قيل ان الزياده على نحو إذا كان العيب موجودا أى العيب الأول كان موجودا مع الزياده، فنقول هنا ان مقتضى أصاله عدم الأزلى أيضا هو عدم الزياده، أى أن العيب إذا وجد، وجد بدون الزياده، و مجردا عن هذا الوصف، فيكون القول أيضا قول البائع فلا مجال لاحتمال حلف المشتري و مع الغرض عن جريان الأصل الأول، و البناء على عدم جريان الأصل فى الإعلام الأزليه فمقتضى الاستصحاب الحكمى هو عدم ترتب الأثر على دعوى المشتري فان الأصل انه لا يستحق الأرش أو الرد من ناحيه العيب الزائد و على هذا فلم يبق وجه لتقديم قول البائع بوجه.

## قوله الرابع: لو اختلف في البراءة.

أقول: ذكر المصنف (ره) أنه لو وقع الاختلاف في أن البائع تبرء عن العيب، أم لم يتبرء، قدم منكر البراءة و هو المشتري غالبا فإن الأصل عدم التبري الحاكم على أصالة اللزوم و لكن ذكر أنه ربما يترائى من مكاتبه جعفر ابن عيسى خلافاً ذلك فإنه قال: كتبت الى أبي الحسن عليه السلام جعلت فداك المتاع يباع فيمن يزيد فينادى عليه المنادى فإذا نادى عليه برىء من كل عيب فيه فإذا اشتراه المشتري و رضيه و لم يبق الأ- نقد الثمن، فربما زهد فيه فإذا زهد فيه ادعى عيوباً و أنه لم يعلم بها فيقول المنادى قد برئت منها، فيقول المشتري لم أسمع البراءة منها، أ يصدق، فلا يجب عليه الثمن أم لا يصدق، فيجب عليه الثمن، فكتب عليه السلام: أن عليه الثمن، الخبر.

فان المتوهم يتوهم أن الظاهر من هذه المكاتبه هو عدم قبول قول المشتري بل لا بد و أن يعطى الثمن للبائع.

أقول: يرد على هذا التوهم أن هذا الخبر أخص من مورد الكلام فان المفهوم منه أن المشتري يدعى عدم السماع صوت الدلال بأنى برئت من جميع العيوب فكلامنا في مطلق البراءة و المشتري ليس له شغل بالبراءة و عدمها، و انما يقول أنا ما سمعت هذا أولاً.

و ثانياً: ما ذكره المصنف من توجيه الرواية من أن الحكم بتقديم قول المنادى لجريان العادة بناء الدلال عند البيع بالبراءة من العيوب على وجه يسمعه كل من حضر الشراء فدعوى المشتري مخالفة للظاهر نظير دعوى الغبن و الغفلة عن القيمة ممن لا يخفى عليه قيمه المبيع، انتهى. و لعل الى هذا التوجيه ينظر كلام صاحب الكفاية من جعل الرواية مؤيده لقاعده البيه على المدعى و اليمين على من أنكر، بأن يكون مراده عن المدعى هو المشتري لكون قوله مخالفاً للظاهر، و المنكر هو البائع لكون قوله موافقاً له.

و أما ما ذكره صاحب الحقائق من أن المفهوم من مساق الخبر المذكور أن إنكار المشتري انما وقع مدالسه لعدم رغبته في المبيع و الا فهو عالم بتبري البائع و الامام عليه السلام إنما ألزمه بالثمن من هذه الجهة حيث يعلم أنه مدالس فحكمه عليه السلام من جهة خصوصيه المورد، وفيه أن مراد السائل ليس هو السؤال عن حكم العالم بالتبري المنكر له فيما بينه و بين الله، بل الظاهر من سياق السؤال هو استعلام من يقدم قوله في ظاهر الشرع من البائع أو المشتري بحسب المحاكمه الشرعيه على أن حكم العالم بالتبري المنكر له معلوم لكل أحد و من هنا السؤال السائل بقوله ا يصدق، إلخ.

و أما ما ذكره الأردبيلي من أنه لا يلتفت الى هذا الخبر لكونه ضعيفا فهو متين جدا، فلا يتوجه الى عدم التفاوت المصنف اليه و كذا لا وجه لما ذكره السيد في الحاشيه من أن هذا الخبر مورد العمل في غير هذا المقام لم نعرف له وجهاً فإنه لو كان الخبر شاملا لمضمون آخر غير هذا المضمون و كان منجبرا بعمل المشهور لذلك أو بقرينه آخر بناء على انجبار ضعف الخبر بشيء فلا ربط له بالمقام فان انجبار مقدار من الخبر لا يرتبط بالمقدار الآخر كما هو واضح.

ثم انه ذكر المصنف أنه بقي هنا اشكال آخر في الخبر و هو أن براه المنادى من العيوب لا يجدى في سقوط خيار العيب، بل لا بدّ من اعتباره في المتن العقد.

و فيه أنك قد عرفت سابقا أن مقتضى بناء العقلاء هو اعتبار وصف الصحه في المبيع بحيث يشترط المشتري على البائع أن يكون المبيع صحيحا و مع التخلف يثبت الخيار للمشتري و من الواضح أن هذا الاشتراط انما هو في مورد لم تقم قرينه على عدم الاشتراط سواء كان قيام ذلك قبل العقد أو بعده و عليه فإذا تبرأ البائع من العيب و لم يكن هذا التبري في ضمن العقد يكون تبريه هذا رفعا للترامه و قرينه على أنه لم يشترط في ضمن العقد، هذا

الالتزام كما هو واضح و عليه فلا يرد أن التبرى حيث لم يكن فى ضمن العقد فلا يكون مفيدا فافهم.

### قوله الخامسه: لو ادعى البائع.

أقول: ذكر المصنف أنه لو ادعى البائع رضى المشتري به بعد العلم أو إسقاط الخيار أو تصرفه فيه أو حدوث عيب عنده حلف المشتري لأصالة عدم هذه الأمور ثم ذكر أنه لو وجد فى المعيب عيب إلخ، وقد تقدم هذه المسألة منه و ذكر كلام الشافعى هناك كما أشار إليه السيد فى حاشيته فلا وجه للتكرار.

### قوله: و أما الثالث أى فى الفسخ

#### إشاره

ففيه مسائل

### الأولى لو اختلفا فى الفسخ فان كان

الخيار باقيا فله إنشائه.

أقول: لو وقع الاختلاف بين البائع و المشتري فى الفسخ و عدمه فتاره يقع ذلك قبل مضى زمان الخيار و أخرى بعده.

و أما الكلام فى الجبهه الأولى بأن يدعى المشتري تحقق الفسخ منه قبل أن ينقضى زمان الخيار و قبل طر و المسقط و البائع ينكره فتاره ينشئ المشتري الفسخ ثانيا و أخرى لا ينشئ ذلك، فعلى الأول لا شبهه فى تحقق الفسخ جزما للعلم الوجدانى بأنه إما حصل الفسخ بالإنشاء الأول أو الثانى فىكون القول قول المشتري و دعوى أن الفسخ الثانى لا تأثير له على زعم المشتري، فإنه يدعى الفسخ الأول، جزافيه حيث ان الفسخ الثانى يكون مؤثرا على زعم البائع المنكر للفسخ أولا هذا إذا أنشأ المشتري الفسخ ثانيا و أما إذا لم ينشأ الفسخ ثانيا فهل يمكن له إثبات الفسخ الأول و الحكم بانفساخ العقد أم لا، الظاهر هو إمكان ذلك بوجهين: - الأول: من جهه القاعده المعروفه أن من ملك شيئا ملك الإقرار به، حيث ان المشتري مالك للفسخ فهو مالك للإقرار به أيضا، و هذه القاعده

و ان لم ترد من الروايات و لكن قد تسالموا عليها فان ذلك أمر وجداني و عقلائي و ضروري، فإن المالك لشيء مالك لجميع شؤونه كما هو واضح، و نظير ذلك ما إذا أقر الزوج بطلاق زوجته فإنه يسمع إقراره بذلك و ان نكرته الزوجه فان الزوج مالك للطلاق فيكون مالكا للإقرار به أيضا.

الوجه الثاني: أن يكون دعوى المشتري الفسخ و اخباره عن ذلك بنفسه فسحا للعقد و توضيح ذلك أن الاخبار و ان كان غير الإنشاء و أن كلا- منهما يباين الآخر و لكن المشتري إذا أخبر عن فسخه للعقد فاخباره هذا يدل بالملازمه على كونه راضيا بالفسخ و من الواضح أن الفسخ ليس الا الرضا بانفساخ العقد و إظهاره بمظهر فى الخارج و اخبار المشتري بالملازمه تكشف عن رضاه بالفسخ، فيكون اخباره عن الفسخ بنفسه مصداقا للفسخ بهذا المعنى، لا أن الاخبار بنفسه إنشاء، بل كما عرفت فيه جهتان و دالتان، دلالة مطابقه و دلالة التزاميه، فالأخبار بالدلاله الالتزاميه إنشاء و مصداق للكشف كما عرفت، و لعل هذا هو مراد الشهيد من دعواه كون أخبار المشتري عن الفسخ بنفسه مصداقا للفسخ، و الأ فالشاهد لا يدعى عن أن الاخبار إنشاء و نظير ذلك ما إذا أخبر الزوج عن رجوعه سابقا إلى الزوجه فأخباره هذا يدل بالملازمه على تحقق الرجوع بالفعل و ان هذا الاخبار يكشف عن الرضا الفعلى بالرجوع كما هو واضح.

و قد ورد فى بعض الاخبار أن من أخبر بعق مملوكه ثم جاء العبد يدعى النفقة على أيتام الرجل و أنه رق لهم، فالوجه فى ذلك هو أن دعواه النفقة على الأيتام بالملازمه تدل على كونه رقا لهم كما هو واضح.

و على الجملة إذا اختلفا البائع و المشتري فى الفسخ و عدمه قبل مضى زمان الخيار فيكون القول قول المشتري سواء إنشاء المشتري الفسخ ثانيا أم لم ينشئ كما عرفت.

و أما إذا كان الاختلاف بعد مضي زمان الخيار بأن ادعى المشتري الفسخ قبل تلف العين و البائع ينكر ذلك، و ح فالقول قول البائع و للمشتري إثبات ذلك من بينه و نحوها، فعلى هذا فان ادعى المشتري علم البائع بالفسخ، و أنه يعلم به فيتوجه الحلف على البائع و وجب عليه أن يحلف على عدم علمه بالفسخ لا على نفي الفسخ واقعا فإنه فعل المشتري فيمكن ان يقع بغير اطلاع قبل البائع كما هو واضح و اذن فالحلف من البائع انما هو على عدم علمه بفسخ المشتري لا على نفي الواقع و أما إذا انعكس الأمر بأن ادعى البائع الفسخ ليأخذ مثل العين لترقى قيمه و ادعى المشتري عدمه فح يتوجه الحلف إلى المشتري دون البائع و لكن لا بدّ له أى للمشتري أن يحلف على نفي الفسخ واقعا، فإنه فعل المشتري فهو عالم بفعله واقعا فإذا حلف فلا بدّ و أن يحلف على نفي الفسخ واقعا.

ثم انه إذا لم يقدر المشتري على إثبات الفسخ اما لعدم دعواه علم البائع به و عدم إقامه البينه على مدعاه أو من جهه أنه مع دعواه علم البائع بذلك فحلف البائع على عدم علمه بالفسخ، فهل للمشتري مطالبه الأرش أم لا- فذكر المصنف فيه وجهين: الأول: ثبوته لثلا يخرج من الحقين. الثاني:

عدم ثبوته لإقراره بالفسخ و زاد في الدروس انه يحتمل أن يأخذ أقل الأمرين من الأرش و ما زاد على قيمه من الثمن ان اتفق لأنه بزعمه يستحق استرداد الثمن و رد القيمة فيقع التقاص في القيمة و يبقى قدر الأرش مستحقا على التقديرين.

و الوجه: فيما افاده الشهيد(ره) هو أن الثمن إذا كان زائدا على القيمة بمقدار التفاوت ما بين المعيب و الصحيح فيأخذ المشتري ذلك التفاوت و ان كان الأرش زائدا عنه، فيأخذ التفاوت ما بين المعيب و الصحيح و ان كان التفاوت زائدا عن الأرش فيأخذ الأرش لأنه هو القدر المتيقن و



هذا الذى أفاده الشهيد له وجه إذا كان المشتري يطالب الأرض فإنه يلتزم البائع على الأرض على زعمه و حيث لم يكن الأرض ثابتا بزعم المشتري بل التفاوت فيجبر البائع على إعطاء أقل الأمرين من التفاوت أو زياده الثمن و أما إذا لم يطالب الأرض فلا وجه لذلك لما عرفت، أن الأرض انما يثبت بالمطالبه لا بمجرد العقد، و إلا لكان البائع مشغول الذمه به على تقدير عدم الإعطاء و أيضا كان له أن يرد مقدارا من الثمن لا أن يعطى من كل ما يريد كما هو واضح.

### قوله الثانيه: لو اختلفا في تأخير الفسخ في أول الوقت بناء على فوريه

الخيار.

أقول: ذكر المصنف أنه لو وقع الاختلاف في تأخر الفسخ عن زمان الخيار بأن يكون الفسخ بعد تلف العين أو كونه في زمان الخيار، ذكر أنه في تقديم مدعى التأخير لأصالة بقاء العقد و عدم حدوث الفسخ في أول الزمان أو مدعى عدمه لأصالة صحه الفسخ وجهان:- و هذا الذى ذكره المصنف لا يخلو عن المسامحه فإنه جمع في كلامه بين الأصل الموضوعى و هو عدم كون الفسخ في زمان الخيار و الأصل الحكمى و هو بقاء العقد أى الملكيه حيث ان المصنف عطف الثانى على الأول فإن الاستصحاب الحكمى و ان كان يترتب عليه الأثر بناء على جريانه و مع الغص عما بيننا عليه فى الأصول من عدم جريان الاستصحاب فى الشبهات الحكميه إلا أنه لا مجال له بعد جريان الاستصحاب الموضوعى.

ثم ذكر المصنف أنه لو كان منشأ النزاع الاختلاف فى زمان وقوع العقد مع الاتفاق على زمان الفسخ ففى الحكم بتأخر العقد لتصحيح الفسخ، وجه يضعف بأن أصاله تأخر العقد الراجع حقيقه إلى أصاله عدم تقدمه على الزمان المشكوك وقوعه فيه لا يثبت وقوع الفسخ فى أول الزمان ثم ذكر و هذه

ص: ٢٢٧

المسأله نظير ما لو ادعى الزوج الرجوع فى عدته المطلقه و ادعت هى تأخرها.

أقول: هذه المسأله سياله فى غير هذا المورد مما كان هناك حادثان، و يشك فى تأخر أحدهما و تقدم الآخر و بالعكس مثلا لو شك فى أن التفرق فى خيار المجلس انه وقع بعد الفسخ أو قبله أو الفسخ فى خيار الحيوان أنه وقع قبل ثلاثه أيام أو بعده، و هكذا إذا شك فى أن القبض فى الصرف و السلم وقع قبل التفرق أو بعده و هكذا أو وقع الشك فى أن الصلاه وقعت قبل الحدث ليحكم بصحتها أو بعده ليحكم بطلانها مع العلم بكون المصلى مطهرا و هذا المثال فيما لم يكن مورد لقاعده الفراغ من جهه انتفاء شرط من شروطها ككونه غافلا فى حال الصلاه بحيث يكون استصحاب الطهاره جاريه و أما مع فرض جريان قاعده الفراغ فلا موضوع للشك فى صحه الصلاه و الاحتياج الى الاستصحاب كما هو واضح.

و من هذا القبيل أيضا ما ذكره المصنف من وقوع الرجوع فى العده الرجعيه قبل انقضاء العده أو بعدها و كذلك إذا وقع الشك فى أن بيع الراهن العين المرهونه هل وقع قبل رجوع المرتهن عن الاذن أو بعده ففى هذه الموارد كلها يجرى ما ذكره المصنف من أن الأصل عدم كون الفسخ واقعا فى زمان الخيار فيترب عليه بطلان الفسخ و أن الأصل عدم وقوع الرجوع فى زمان العده فيترب عليه بينونه الزوجه و أن الأصل عدم وقوع بيع الراهن قبل رجوع المرتهن فيترب عليه بطلان البيع و أن الأصل عدم وقوع الفسخ فى زمان المجلس و فى ثلاثه أيام فيترب عليه عدم تأثير الفسخ و أن الأصل عدم وقوع الصلاه فى حال الطهاره فيترب عليه بطلان الصلاه و هكذا.

و ذكر بعضهم أن الأصل هنا يقتضى عكس ما ذكره المصنف و أنه لا بدّ من الحكم بتأثير الفسخ و صحه بيع المرتهن و صحه الصلاه لا من جهه ما ذكره المصنف من إجراء أصله الصحه هنا فى الفسخ لجريان المناقشه فى

هذه القاعده كما أشار إليه السيد في الحاشيه و ذكرناه مراراً، بل من جهة أن الموضوع المركب إذا أحرز أحد الجزئى بالأصل و الآخر بالوجدان يترتب عليه الأثر و القضييه فى الموارد المذكوره كذلك حيث أن الفسخ مثلاً محرز بالوجدان و زمان الخيار محرز بالأصل، و ح فترتب عليه الأثر و هو كون الفسخ فى زمان الخيار و كذلك ان الصلاه متحققه وجدانا و الطهاره محرزه بالأصل و هكذا ان البيع محرز بالوجدان و اذن المرتهن محرز بالأصل و هكذا بقيه الموارد و اذن فترتب الأثر على الفسخ فى المقام و كذا فى نظائره.

و دعوى أن الأصل يعارضه أصل آخر هنا و هو أصاله عدم الفسخ الى ما بعد الانقضاء أو المسقط فاسده حيث ان أصاله عدم تحقق الفسخ الى ما بعد الانقضاء لا يثبت كون الفسخ بعد زمان الخيار الذى هو مورد للأثر الأعلى القول بالأصل المثبت الذى أثبتنا فى الأصول عدم جريانه كما هو واضح.

لا- يقال انه لا مدفع لمعارضه الأصلين المذكورين و لا تصل النوبه إلى دفع الأصل المعارض بكونه مثبتاً لا يترتب الأثر عليه و ذلك لأن أصاله عدم تحقق الفسخ المقيد بكونه فى زمان الخيار يرفع الموضوع المركب و لا يترتب عليه الأثر و كذلك أصاله عدم وقوع الصلاه مع الطهاره و أصاله عدم وقوع البيع مع اجازة المرتهن و أصاله عدم كون رجوع الزوج فى حال العده الرجعيه و هكذا.

فإنه يقال ان هذا الكلام له وجه إذا كان الموضوع هو الأمر الوجودى أعنى عنوان الاقتران أو عنوان التقيد فإنه ينفى هذا العنوان الوجودى بالأصل المذكور و يقال ان الأصل عدم التقيد و عدم الاقتران و ح لا يترتب الأثر عليه و لكن الأمر ليس كذلك حيث ان الموضوع فى الموارد المذكوره انما

هو ذوات الأجزاء أى الفسخ و كونه فى زمان العقد و أما عنوان الاجتماع، أو الاقتران، أو التقيد، فليس موضوعا للحكم أصلا.

و عليه فلا- شبهه أن ذوات ال-جزاء بعضها محرز بالوجدان و بعضها محرز بالأصل و بحكم الشارع و هذا الأصل المذكور لا يكون معارضا لما ذكر من جريان الأصل فى الموضوع المركب (على أن ما ذكره المستشكل من جريان الأصل فى نفي عنوان الاقتران و الاجتماع انما هو خلف الفرض حيث ان المفروض جريانه فى المركب و ما ذكره اجراء له فى العنوان البسيط كما هو واضح مقرر).

أقول:الظاهر هو التفصيل بين ما ذكره المصنف و بين ما ذكره هذا القائل.

و توضيح ذلك أنه ان كان الشك فى السعه و الضيق فى المستصحب فالأمر كما ذكره هذا القائل، و ان كانت السعه و الضيق محرزين و كان الشك من جهه أخرى فالأمر كما ذكره المصنف و بيان ذلك أنه إذا علم بعد الصلاة بأنه أحدث حدثا بعد الطهاره و لكن لا- يدرى أنه وقع بعد الصلاة أو قبلها فان مرجع ذلك الى الشك فى سعه الطهاره حتى الى ما بعد الصلاة و ضيقها و كونها قبل الصلاة فقط، و ح نقول ان الصلاة متحققه وجدانا و الطهاره نستصحبها الى آخر الصلاة و يحكم بصحتها و وقوعها فى حال الطهاره وجدانا إذ الصلاة واقعه وجدانا و الطهاره ثابتة إلى آخر الصلاة بحكم الشارع، فتكون الصلاة واقعه فى حال الطهاره وجدانا كما هو واضح.

و هذا نظير ما إذا شك فى بقاء الطهاره فاستصحب و أبقاها و صلى بذلك فهل يتوهم أحد بطلان ذلك الصلاة و كذلك فى المقام؟ و لا- معنى لمعارضه هذا الأصل بأصالة عدم وقوع الصلاة فى حال الطهاره كما عرفت إذ المراد من ذلك الأصل هو الأصل الجارى فى الجزء و هو عدم

وقوع الصلاة الى انقضاء الطهاره وقد عرفت أنه مثبت و ان كان المراد من ذلك الأصل هو المجموع المركب أى الصلاة المقيدة بالطهاره مثلا- فقد عرفت أنه لا- يجرى فى المجموع المركب من جهه عدم كون المجموع بعنوان المجموع موضوعا للحكم كما هو واضح.

### قوله الثالثه لو ادعى المشتري الجهل بالخيار أو بفوريته

و الحاصل: أن الكلام كان فى الاختلاف فى فوريه الخيار و عدمها، وقد ذكر المصنف أنه لو اختلفا فى تأخر الفسخ عن أول الوقت بناء على فوريه الخيار ففى تقديم مدعى التأخير لأصالة بقاء العقد و عدم حدوث الفسخ فى أول الزمان أو مدعى عدمه لأصالة الصحه، وجهان:- أقول: قد عرفت أن هذا البحث سيال و ليس مخصوصا بالمقام، بل يجرى فى كل حادثين فى زمان واحد يشك فى تقدم أحدهما على الآخر و عدمه كموت المورث و إسلام الوارث و كبيع الراهن و رجوع المرتهن عن اذنه و كالفسخ و التفرق فى خيار المجلس، بل يجرى فى متعلقات التكاليف أيضا كالصلاه و الطهاره و نحوهما و يجرى كلام المصنف فى جميع ذلك من ان الأصل عدم تحقق الفسخ فى زمان الخيار و أن الأصل عدم وجود الصلاه فى حال الطهاره و هكذا و قد عرفت أنه ذكر بعضهم عكس ذلك و التزم بان الموضوع فى أمثال الموارد مركب من جزئين، أحدهما ثابت بالأصل و الآخر ثابت بالوجدان، فيترتب عليه الأثر و لا يكون أصاله عدم وقوع الفسخ مثلا فى زمان الخيار معارضا لذلك الأصل لأن الموضوع هو ذات الجزئين و كونهما فى زمان واحد.

و أما عنوان التقيد فليس موضوعا للحكم حتى ينفى بالأصل فراجع الى ما ذكرناه مفصلا قبل هذا.

و التحقيق هو التفصيل فى المقام و القول بجريان الأصل فى بعض الموارد و بعدم جريانه فى بعض الموارد الآخر أصلا فضل عن المعارضه و

توضيح ذلك أن موضوع الحكم في الحادثين قد يكون زمانيين بذاتهما من غير أن يلاحظ اجتماعهما و تقييد أحد الحادثين بالآخر وقد يكون موضوع الحكم هو ذات الزمان و الزمانى من غير تقييد أحدهما أيضا بالآخر، وقد يكون هذه الصورة أيضا مقيدا أحدهما بالآخر بحيث يكون موضوع الحكم هو وقوع الحادث فى ذلك الزمان.

أما الصورة الأولى: فلا شبهه فى جريان الأصل فى أحد الجزئين إذا أحرز الجزء الآخر بالوجدان و يترتب عليه الأثر و المقام من هذا القبيل حيث ان موضوع الحكم انما هو ذات الفسخ و ذات الخيار بحيث يكون هذان الجزءان مجتمعين من غير أن يكون عنوان الاجتماع قييدا للموضوع و انما الموضوع هو نفس الاجزاء و لا يستفاد من الأدله الا أن الفسخ فى زمان الخيار يؤثر أما أن الزمان أيضا دخيل فى الحكم، و اما فلا، بل الموضوع الحكم انما هما الجزءان زمانيان و هو الفسخ و الخيار و انهما بذاتهما مركبا موضوع للحكم و كذلك الصلاه و الطهاره فإن الصحه مترتبه على الصلاه الواقعه مع الطهاره من غير أن يكون زمان الطهاره دخيلا- فى موضوع الحكم، فان مثل ذلك فأحد الجزئين إذا كان محرزاً بالوجدان و الجزء الآخر بالأصل يترتب عليه الحكم فان اللازم انما كون المصلى متطهرا و من الواضح أن الصلاه قد تحققت جزما و وجدانا فلا معنى لإجراء الأصل فيها و القول بأنها لم تتحقق و الجزء الآخر أعنى الطهاره فقد أحرزها بالأصل فيكون المصلى متطهرا بالتعبد و يكون وقوع الصلاه فى حال الطهاره أيضا وجدانيا غايته فى الطهاره التعبدية كما هو واضح و لا دليل هنا يقتضى لزوم وقوع الصلاه فى زمان الطهاره حتى يقال ان هذا القيد إنما ينفى بالأصل فيكون الأصلاان معارضين و لا يبعد أن يكون خيار المجلس أيضا من هذا القبيل و أن الزمان غير دخيل فى ثبوت الحكم و انما الموضوع هو ذات المجلس و الفسخ

واقتران نفس ذاتهما من غير أن يكون وقوع الفسخ في المجلس موضوعا للحكم، بل هو أمر انتزاعي من تحقق هذين الجزئين فإذا شك في أن الفسخ هل وقع قبل التفرق أو بعده فنقول أن ذات الفسخ قد تحقق وجدانا و عدم التفرق أعنى الاستصحاب العدمي أو نفس المجلس اعنى الاستصحاب الوجودي نثبته بالأصل فيترتب عليه الأثر و هو تأثير الفسخ في هدم العقد.

و اما كون الفسخ واقعا في زمان المجلس فلم يثبت ذلك من الدليل بوجه و من هذا القبيل أيضا بيع الراهن مع رجوع المرتهن و الشك في أن الرجوع وقع قبل البيع أم بعده، فان ما هو موضوع الحكم؟ هو وجود الاذن و تحقق البيع و أن نفس اجتماع ذات هذين الأمرين موضوع للحكم.

و أما وقوع البيع في زمان الاذن فليس موضوع للحكم و لا يظهر من الأدله مدخليه الزمان في ذلك و من هذا القبيل ما تقدم من الصلاه و الطهاره المتيقنه مع الشك في أن الحدث هل وقع قبل الصلاه أم بعدها كيف فهي مثل الطهاره المشكوكه المسبوقه بالطهاره المتيقنه فإنه إذا أبقاها المكلف و صلى بها فهل يتوهم أحد أن الأصل عدم وقوع الصلاه في حال الطهاره و من الواضح أنه لا فرق بين هذا و بين المقام.

و الحاصل: أن في كل مورد حدث حادثان و شك في تقدم أحدهما على الآخر و عدمه و لم يكن الزمان دخيلا في موضوع الحكم، بل كان الموضوع ذات الجزاءان الذان يجتمعان و يقترنان من غير كون التقارن أيضا دخيلا في الموضوع أمكن إثبات الحكم لترتبه على موضوع مركب قد حصل أحدهما بالوجدان و الآخر بالتعبد، و لا يمكن نفي وقوع أحدهما في زمان تحقق الآخر بالأصل لأن التحقق وجداني لأن تحقق الجزء الوجداني في حال تحقق الآخر بالتعبد وجداني، و عنوان وقوعه في زمان الآخر ليس موضوعا للحكم، بل هو أمر انتزاعي كما هو واضح لا يخفى.

و أما إذا كان أحد الجزئين زمانيا و الآخر زمانا من غير اعتبار وقوع الجزء الزمانى فى الزمان فى موضوع الحكم فإنه أيضا يترتب الحكم على الموضوع المركب الثابت أحد جزئيه بالوجدان و الآخر بالأصل لأن ما هو موضوع الحكم تحقق الزمان و الزمانى معا و اجتماعهما بذاتهما.

و أما عنوان وقوع الزمانى فى الزمان أو الطرفه أو غير ذلك فليس بموضوع للحكم أصلا و هذا كخيار الحيوان فإنه إذا فسخ المشترى العقد و وقع الخلاف فى أنه هل وقع الفسخ فى ضمن الثلاثة أو بعدها فإنه يحكم بكونه فى ضمنى الثلاثة و ذلك لأن موضوع الحكم انما هو الفسخ فى ضمنى الثلاثة و قبل تمامها و من المعلوم أن الفسخ قد تحقق وجدانا و عدم انقضاء الثلاثة أو بقاء هذا الزمان محرز بالأصل فيتم الموضوع المركب أحد الجزئين بالأصل و الآخر بالوجدان و على هذا فلا معنى لنفى وقوع الفسخ فى الثلاثة بالأصل لعدم كون ذلك موضوعا للحكم و انما الموضوع ذات هذان الجزئين و قد عرفت أن أحدهما محرز بالأصل و الآخر بالوجدان، فكما أن الفسخ وجدانى و كونه فى الثلاثة أيضا وجدانى و ان كانت الثلاثة ثابتة بالتعبد و ليس هنا عنوان وقوع الفسخ فى الثلاثة موضوعا للحكم حتى ينفى بالأصل بل ذات الفسخ قبل تمام الثلاثة.

و قد عرفت أن ذات الفسخ فى الثلاثة وجدانيه و من هذا القبيل أيضا الصلاة و الصوم على ما ذكرناهما فى محلها فان الظاهر من الاخبار و من قوله تعالى أقيم الصلاة إمدلوك الشمس إلى غسق الليل و كذا فى قوله تعالى ثم أتتموا الصيام إلى الليل هو أن الإمساك انما هو لا بد و أن يكون قبل الليل و الصلاة انما هى أداء قبل خروج النهار و أن الظاهر من قوله تعالى كلوا و اشربوا حتى يبين لكم الخيط الأبيض من الخيط الأسود ، هو أن الأكل لا- بد و أن يكون قبل ذلك و هذا هو موضوع الحكم فإذا أمسكنا



و صلينا أو أكلنا فى شهر رمضان و شككنا فى أن النهار باق حتى لا يجوز الإفطار أو تكون الصلاة أداءه أم لا، أو الأكل وقع قبل الفجر أم لا؟ فإنه لا شبهه أن الصلاة واقعه وجدانا و كذلك الإمساك و الأكل و بقاء الليل أو النهار نثبته بالاستصحاب الوجودى بأن يقال الأصل بقاء الليل أو النهار أو بالاستصحاب العدمى و يقال الأصل عدم بقاء النهار أو الليل فليتم الموضوع المركب فيترتب عليه الحكم و أما عنوان وقوع الصلاة فى النهار أو الإمساك كك فليس موضوعا للحكم حتى ينفى بالأصل و يكون هذا الأصل معارضا بالأصل الذى يثبت الموضوع هذا أيضا واضح و من هذا القبيل أيضا رجوع الزوج مع الشك فى أنه وقع فى العده أم لا.

و أما القسم الثالث: و هو أن يكون الموضوع هو الحادثان و كان أحدهما زمانا و الآخر زمانيا مع اشتراط وقوع الزمانى فى الزمان فإنه ح لا يجرى هنا أصلا، لأنه يجرى و يكون معارضا مع الأصل الجارى فى استصحاب نفس الزمان و ذلك لأن استصحاب الزمان لا يثبت وقوع الحادث فى الزمان المستصحب الأعلى القول بالأصل المثبت.

و على الجملة فالأصل فى الشق الثالث ليس بجار فى نفسه لعدم ترتب الأثر عليه لا أنه يجرى و يكون معارضا بأصله عدم وقوع الحادث فى ذلك الزمان المستصحب فافهم.

و قد ذكرنا فى تنبيهات الاستصحاب فى تنبيه جريان الاستصحاب فى الزمان و الزمانى ما ينفعك هنا فراجع، و من هنا يظهر أنه لو شك فى بقاء وقت الخيار ابتداء و عدم بقائه فاستصحب ذو الخيار و فسخ كان فسخه ماضيا و ليس لأحد أن يقول أن الأصل عدم وقوع الفسخ كما هو واضح.

و من الواضح أيضا أنه لا فرق بين كون الحادثين مجهولى التاريخ و بين كونهما معلومى التاريخ، كما هو واضح، و أما إثبات الحكم بالصحة

بأصالة الصحه كما ذكره المصنف وجها في المقام فهو أيضا ضعيفه.

و الوجه فيه أن أصاله الصحه في فعل الغير لا دليل عليها مطلقا إذ الدليل انما هو فيما إذا كان من العقود فإنه قامت السيره القطعيه على جريانها فيها و أما في غيرها فلا دليل عليها، و أما القول بها لقوله عليه السلام ضع فعل أخيك على أحسنه. فقد ذكرنا مرارا أن معناه أن ما صدر عن المسلم فكان له وجهان: وجه صلاح و وجه فساد، ضعه على الصلاح و لا تعامل معه معاملة الفاسق لا أنه يترتب عليه آثار الصدق أيضا كما هو واضح، فافهم و أيضا ان مورد أصاله الصحه هنا مشكوك.

قوله: لو ادعى المشتري الجهل بالخيار.

أقول: ذكر المصنف أنه لو ادعى المشتري الجهل بالخيار أو بفوريته بناء على فوريته سمع قوله ان احتمال في حقه الجهل للأصل ثم ذكر التفصيل بين الجهل بالخيار فلا يعذر إلا نشاء في بلد لا يعرفون الاحكام و لو ادعى الجهل بالفوريه فيعذر مطلقا لأنه مما يخفى على العامه.

أقول: قد يقال انه لا- وجه لتقييد الفوريه بالعلم بالفوريه بحيث يكون مدعى ذلك معذورا و ذلك لانه يعقل أن يكون العلم بالحكم مأخوذا في موضوعه.

فهل يتوهم أحد أنه لو ادعى أحد أن خيار الحيوان مقيد بعلم من له الخيار بزمانه و كذا خيار المجلس، بل الخيار انما ثبت بالأدله الداله على أن الخيار انما ثبت في ذلك الزمان فإذا أنقض ذلك الزمان لا يكون له الخيار.

و دعوى أن خيار العيب انما يثبت بظهور العيب فلا- مانع أن يكون فوريته مقيده بعلم من له الخيار قياس مع الفارق حيث ان موضوع خيار العيب مقيد بظهور العيب كما في روايه زراره ثم علم به أى بالعيب، و هذا بخلاف

المقام، فان العلم يكون قيذا للحكم فيكون الحكم ثابتا فى حق من هو عالم بالعيب كما هو واضح.

و لكن الظاهر أن ما افاده المصنف صحيح متين و ذلك لأن دعوى فوريه الخيار لا- يتوقف على تقييد فوريه الخيار بالعلم بالفوريه و ذلك من جهه أن المدعى لا يدعى ذلك، بل يقول(على ما تقدم سابقا و ان ناقشنا فيه) أن خيار العيب أبدى و لكن التأخير مع العلم به يكشف عن رضاء ذى الخيار بالعقد فيكون موجبا للإسقاط، فالمرجع فى ذلك الى دعو المسقط لا- أن المقتضى للخيار قاصر، بل المقتضى قضى ذلك الى الأبد و لكن التأخير و عدم الفسخ عن عمل يكشف عن الرضا المسقط، و عليه يكون فوريا و على هذا فإذا لم يعلم به إلا بعد مده كان الخيار ثابتا فى حقه على هذا المبنى أيضا و ان ناقشنا فيه سابقا، فإذا علم بالفوريه مع علمه بالخيار يكون له الخيار حين العلم به و إذا أخر عن ذلك يكون ذلك موجبا للإسقاط كما هو واضح.

### القول فى ماهيه العيب

قوله:القول فى ماهيه العيب،و ذكر بعض أفراده.

أقول:حيث ان لفظ العيب و العوار قد ورد فى أخبار خيار العيب فقد تصدى الفقهاء رضوان الله عليهم لبيان ذلك فقد ذكر فى الصحاح على ما حكى عنه أن العوار هو العيب.

و أما العيب:فذكر المصنف أن الظاهر من اللغه و العرف أنه النقص عن مرتبه الصحه المتوسطه بينه و بين الكمال، ثم ذكر أن الصحه ما يقتضيه أصل الماهيه المشتركه لو خلى و طبعه و العيب و الكمال يلحقان له لأمر خارج عنه.

ص: ٢٣٧

ثم ذكر أن الميزان في معرفه مقتضى حقيقه الشيء هو أن حقيقه هذا الشيء قد تعرف من الخارج كما يعرف أن مقتضى حقيقه الحيوان و الإنسان أن يكون بصيرا فالعمى عيب فيهما، ولا بدّ أن يكونا سميعا و الخرس عيب فيهما، و هكذا و يعلم من الخارج أيضا أن الكتابه كمال في الإنسان و ليس مقتضى الطبيعه الأوليه كونه كاتباً أو ذى صنعه كما هو واضح، و كذلك الطبخ في الأمه فإنه من الأوصاف الكماليه فلا يكون فقدانها عيباً فيهم.

و قد يعلم مقتضى حقيقه الشيء بملاحظه غلبه الافراد بحيث إذا لوحظ في الخارج أغلب أفراد الإنسان نجدهم على هذا الوصف، و نكشف من ذلك أن مقتضى الطبيعه الأصليه هو كون الإنسان على هذا الوصف و كذا الحال في غير الإنسان و أما كون الأفراد النادره على خلاف هذا الوصف فهو لا يقتضى أن يكون على طبق مقتضى الطبيعه الأوليه، بل هو عيب في تلك الأفراد النادره و أن تخلف الوصف الموجود في غالب الافراد من الافراد النادره لعارض فيكون عيباً و الوجه استكشاف العيب من ذلك الغلبه مع أنه لا يكون الجزئى كاشفاً عن حال جزئى آخر هو أن ملاحظه الأغلب و وجدانه على وصف خاص كاشف عن اتصاف القدر المشترك بذلك الوصف، فيستدل من الأغلب إلى القدر المشترك و يحكم به على كون كل فرد كذلك بحسب الطبيعه الأوليه.

و من هنا ظهر أن مقتضى الخلقه الأصليه قد يكون على خلاف ما يقتضيه طبع الشيء أولاً و توضيح ذلك أن طبع الشيء قد يكون مقتضياً لكونه على وصف خاص بحسب خلقته الأصليه و لكن تعرضها طبيعه ثانيه غلبه فيقتضى حاله على خلاف تلك الحاله الأوليه فيكون المدار على الطبيعه الثانويه فيكون المنطوق في كون فقدان وصف عيباً أو غير عيب بحسب تلك الحاله الثانويه و قد مثل المصنف لذلك بالضيقه فإنها بحسب طبيعتها الأوليه يقتضى أن لا

يكون فيها خراج أصلاً، فيكون ثبوت الخراج في أرض خاصه عيباً و لكن حيث كان أغلب أفراد الأرض قد ثبت فيها الخراج فنكشف من ذلك أن الخراج ليس من العيوب، بل عدم الخراج كمال في الأرض فإذا كان هناك أرض قد أسقط سلطان الوقت خراجه و ضريرته لجهه خاصه فيكون ذلك كمالاً لذلك لا أن ثبوته في مورد آخر يكون عيباً و على هذا فلا بدّ من ملاحظه هذه الطبيعه الثانويه فإذا كان فرد قد تخلف فيه وصف كمال فيه و نقص عن تلك الطبيعه الثانويه فيكون ذلك عيباً كما إذا كان الخراج في بعض أفراد الأرض أكثر من غالب أفرادها فإنه ح يكون ذلك عيباً في هذه الأرض.

و على الجملة فإذا تعارض مقتضى الحقيقه الأوليه و ما يقتضيه طبع الشئء أولاً مع حال أكثر أفراد هذه الطبيعه بحسب الغالب يكون الثانى مقداً على الأول، و لذا لم يكن الخراج في غالب الأرض عيباً فيها، بل زيادتها في بعض الافراد على خلاف الأغلب عيب فيه كما هو واضح.

ثم ذكر أن هذا هو الوجه في عدم كون الثيوبه عيباً في الأمه البالغه إذ أغلب أفراد الإماء و الجوارى المجلوبه من أرض الشرك أن تكون ثيبه و لذا ذهب أكثر الفقهاء أيضاً الى عدم كون ذلك عيباً في الجاربه.

و من هنا اتضح أيضاً أنه لا- بدّ من ملاحظه الأغلبه الموجه لتشكل حقيقه ثانويه بحسب كل صنف صنف فلا يجوز قياس الأغلبه في صنف الى صنف آخر، و على هذا فالثيوبه ليست عيباً في الجاربه الكبيره و لكنها عيب في الصغيره إذ أغلب افرادها ليست ثيبه و كذا إذا كان الخراج في الدكان من العشر و في الدور بنصف العشر فإنه لا يكون ذلك في الدكان عيباً لأن خراج هذا الصنف بهذا المقدار، نعم و في الصنف الأخر و هو الدور بمقدار أقل.

بل ربما يكون ما يقتضيه الحقيقه الثانويه هو الميزان في كون زياده وصف أو نقصانه عيباً أو غير عيب بحيث حتى لو كان الشئء على حسب الخلقه

الأصليه يكون ذلك عيبا فيه و هذا لكون الرجل أغلف فان الغلفه و ان كانت على مقتضى الطبيعه الأوليه حيث ان الولد لا يولد مختونا و لكن بحسب الطبيعه الثانويه تكون ذلك عيبا فى العبد.

و على الجملة أن الميزان الكلى فى ملاحظه مقتضى الطبيعه هو كون الشئ على طبيعه الأوليه أو كون أغلب الافراد على وصف خاص و مع التعارض يتقدم الثانى، هذا محصل كلام المصنف، فافهم.

أقول: ان كان مراده من كون الصحيح ما كان على وفق مقتضى الطبيعه و المعيب ما لم يكن ذلك هو كونه الماهيه و الطبيعه المشتركه بين جميع الافراد مقتضيا لذلك بحيث يكشف بالطريقين المذكورين أن مقتضى الماهيه الافراد مقتضيا لذلك بحيث يكشف بالطريقين المذكورين أن مقتضى الماهيه الفلانيه أن يكون افراده متصفا بالوصف الفلانى، و إذا تخلف فى فرد يكون تخلفه هنا عيبا ان كان مراده هذا المعنى كما يؤيده التعبير بلفظ الماهيه و الطبيعه فيرد عليه أن الماهيه لا اقتضاء فيها أصلا، و قد قرع سمعك كثيرا إن الماهيه من حيث هى هى، ليست إلا- هى لا- موجوده و لا- معدومه و أن الماهيه بحسب نفسها ليس فيها اقتضاء الوجود و العدم بل الاقتضاء فيها انما هو من الجهات الخارجيه و هلا سمعت قول الشيخ ان الماهيه من ناحيه وجود علتة أيس، و من ناحيه عدم علتة ليس و على هذا فلا معنى لتعريف العيب، بأنه ما يكون ناقصا عن مقتضى الطبيعه إذ لا اقتضاء للطبيعه أصلا، فضلا عن أن يكون خلافا عيبا و انما الماهيه الإنسانيه مثلا عباره عن الجنس و الفصل سواء تحقق فى الخارج بصيرا أو سميعا أو ذى يد و رجل أم لم يكن له شئ من هذه الأعضاء أصلا.

نعم، ان أريد من اقتضاء الماهيه اقتران لوازمها بها حيث انها لم يفترق عن الماهيه و عبر عن ذلك مسامحه بكون الماهيه مقتضيه لها و ذلك كزوجيه الأربعة و ككون الإنسان قابلا للعلم و الكتابه و ككون الجسم قابلا

للابعاد الثلاثة و هكذا فهذا و ان كان له وجه الا أن لوازم الماهيه لا تنفك عنها أصلا إلا بعدم الماهيه إذ لا يعقل تحقق الأربعة بدون كونها زوجه و مع انتفاء الماهيه يبطل البيع من جهه عدم المبيع و ظهوره شيئا آخر، و قد عرفت مرارا أن المبيع إذا ظهر غير ما جرى عليه البيع فيكون البيع باطلا، و الأوصاف التي يعد فقدانها عيبا مع بقاء الماهيه ليس وجودها من مقتضيات الماهيه كالبصر و السمع و نحوها و لأنهما مثل الكتابه و العلم كما قال الله تعالى فَجَعَلْنَاهُ سَمِيعًا بَصِيرًا كما قال في مورد آخر الرَّحْمَنُ - خَلَقَ الْإِنْسَانَ عَلَّمَهُ الْبَيَانَ فَيَعْلَمُ أَنَّ الْإِنْسَانِيَةَ لَا - تتوقف على كونه سميعا بصيرا، كما أنه لا يتوقف على كونه عالما، كما لا يخفى، فافهم، و لكن هذا الوجه كما لا يمكن تصديقه و كذلك ليس مراد المصنف قطعا إذ لا يتفوه بمثله ذوى مسكه فضلا عن المصنف الذى هو شمس فلک التحقيق و التدقيق.

و ان كان المراد من ذلك أى من مقتضى الطبيعه الأوليه هو كون الشيء بحسب وجوده مقتضيا لكونه على وصف خاص و إذا تخلف عن ذلك يكون التخلف لعارض فيكون عيبا و هذا هو الظاهر من عباره المصنف، بل هو المتعين مثلا ان الإنسان حسب وجوده الخارجى يقتضى أن يكون موجودا بصيرا و سميعا و له رجل و يد و اذن و أنف و هكذا بقيه الأوصاف و كذلك الحال فى بقيه الأشياء فإذا باع أحد عبدا و ظهر عمى أو باع شيئا آخر و ظهر على غير الأوصاف المشهوره المعروفه التى كان أغلب أفراد الإنسان عليها و يقتض طبعه بحسب الوجود ان يوجد عليها فيكون فقدانها عيبا فى المبيع كما هو واضح.

و هذا الوجه و ان كان له وجه فى مقام الثبوت و لكن لا وجه له فى مقام الإثبات إذ لا طريق الى ذلك بحسب مقام الإثبات فإنه من اين يعلم و يستكشف أن الوصف الفلانى وجوده مستند الى اقتضاء طبع ذلك الشيء و

ليس مستندا الى مقدمات و علل أخرى مثلا من أين يعلم أن مقتضى طبع الإنسان بحسب الوجود أن يكون سميعا و بصيرا حتى إذا لم يكن فى العالم أصلا عمى أو كان و لم يشاهده المتبايعان بل يمكن أن يكون مستندا إلى شىء آخر كالعلم و الكتابه فإن السمع و البصر ليسا دخيلين فى إنسانيه الإنسان و لذا قال الله تعالى فَجَعَلْنَاهُ سَمِيعًا بَصِيرًا أى بعد كونه إنسانا فجعلناه سميعا بصيرا مثلا- إذا لاحظ أحد أى تفاحه فرآه أحمر و لم ير أصلا تفاحه أخرى أبيض، فلا- يمكن له فى مقام الإثبات أن يحكم بأن الاحمرار فى التفاحه بحسب اقتضاء طبع الوجود ذلك لا بحسب التصادف آخر، كاشراق الشمس و نحوه و هذا واضح لا ستره فيه و عليه فلا يكون ما ذكره المصنف ميزانا فى بيان حقيقه العيب و ماهيته، بل لا بدّ من المشى بمسلك آخر، بل قد لا يكون هنا طبيعه أصلا فضلا عن أن يقتضى شيئا كما فى مصنوعات البشر، فان كون الفرش مثلا على هيئه غير مرغوبه عيب مع أنه لا طبيعه له حتى تقتضى كونه على حاله خاصه ليكون خلافها عيبا كما هو واضح.

و الحاصل: أنه لما كان العيب و العوار مذكورين فى الاخبار فلا بدّ من بيان حقيقه العيب لكونه موضوعا للخيار، و قد ورد فى مرسله السيارى و عنون فى كلمات الفقهاء أن العيب ما كان زائدا عن الخلقه الأصلية أو نقصت عنها، و تكلم المصنف فى ذلك تحفظا على ظاهر كلمات الفقهاء و المرسله.

و محصل كلامه أن العيب ما كان ناقصا عن الخلقه الأصلية التى تقتضى الماهيه المشتركه كون الشىء عليها و إذا كان الشىء موافقا لها كان صحيحا و الأ- كان معيبا و هذه الخلقه الأصلية قد تكون معلومه بحسب الخارج، بحيث يعرف من الخارج أن العمى عيب فى العبد، و عدمه ليس بعيب و قد يعرف بحسب الغلبه الخارجيه بحيث يكون التخلف فى النادر لعارض فيكون



وقد تكون الطبيعه الثانويه هو الميزان فى الصحيح و المعيب كالأرض الخراجيه فإنها بحسب طبعها لا يقتضى الخراج و لكن بحسب الطبع الثانوى يقتضى الخراج و ح يكون العيب زياده الخراج عن الخراج المعهود بل قد يكون الطبيعه الثانويه مقدمه على مقتضى الطبيعه الأوليه فى مقام المعارضه، بل قد يكون كون شىء موافقا لمقتضى الطبع الاولى عيبا كما فى الأغلف بحيث وجب كونه موافقا لمقتضى الطبيعه الثانويه.

ثم ان ملاحظه الطبيعه الأوليه أو الثانويه و جعلهما ميزانا فى بيان المعيب و الصحيح انما هى بحسب الأصناف لا بحسب الجنس أو النوع كما هو واضح فإنه قد يكون وصف عيبا فى صنف كالثيوبه فى جاريه الصغيره و قد لا يكون عيبا كالثيوبه فى جاريه الكبيره مع انهما من نوع واحد و جنس فارد.

ثم ان الثمره بين كون الثيوبه مثلا- عيبا فى الجاريه الكبيره أو ليست بعيب انما تظهر فيما إذا باع أحد جاريه و اشترط المشتري على البائع كونها بكررا فظهرت ثيبا، فإنه على القول بعدم كون الثيوبه عيبا يكون للمشتري خيار تخلف الشرط فقط، و أما على القول بكونها عيبا يكون المشتري مخيرا بين الرد و الإمضاء و الأرش بناء على كونه من الأول مخيرا بين هذه الأمور و الآ فيكون له الرد و مع عدمه يثبت له حق مطالبه الأرش على ما ذكرناه سابقا فإن مطالبه الأرش انما هو فى صورته كون صف المتخلف من العيوب و الآ فلا يثبت له حق مطالبه الأرش كما هو واضح.

ثم قوى الوجه السابق و قال لكن الوجه السابق أقوى و مراده من الوجه السابق، ما أفاده أولا من أن الثيوبه ليست بعيب و عليه فلا وجه للحكم بكون النسخه غلطا و كون السابق عوض الثانى كما فى حاشيه السيد هذا.

أقول: قد ذكرنا سابقا أنه لا وجه لهذا الكلام فإنه مع عدم وجود

المقتضى للماهية المشتركة قلنا لو أردنا من ذلك لوازم الماهية مسامحة فلا يمكن التخلف بين الماهية و لوازمها كالأربعة و الزوجيه،فان كل منهما لا- يتخلف عن الآخر و إذا تخلف في مورد و كان فرد مثلا فاقدا لوصف لا يكون ذلك عيبا من حيث التخلف عن مقتضى طبيعه،بل يكشف من التخلف أن الوصف ليس من الأوصاف اللازمه و من مقتضيات طبيعه بداهه عدم إمكان تخلف لوازم الماهية عن الماهية كما هو واضح،بل قد ورد في بعض الروايات أن الإباق في العبد و نحو ذلك عيب في المبيع مع أنه ليس من مقتضيات الماهية و العرف قاض بان فقدان بعض الأعضاء عيب في العبد و الحيوان من أن كونه واجدا لذلك ليس من مقتضيات طبيعه الحيوان.

بل قد لا يكون هنا طبيعه حتى تقتضى شيئا و كونه على حاله مخصوصه كما في مصنوعات البشر حيث ان كون الفراش على هيئه خاصه مرغوبه للناس ليست من مقتضيات طبعه إذ لا طبيعه للفراش حتى تقتض ذلك مع أن كونه على خلاف هذه الحاله عيب كما إذا كان قناصا من طرف أو لم تكن ألوانه متناسبه أو غير ذلك مما يعدّ عيبا فيه و هكذا في غير الفراش من مصنوعات البشر كما هو واضح،فافهم.

و عليه فلا- يمكن المساعده على ما ذكره المصنف من الميزان و الضابطه لبيان حقيقه العيب.على ان السيارى لم يكن معهود الوثاقه على ما ببالي و مع الوثاقه فلا تزيد مرتبه عن المرسله فهى لا يجوز العمل بها على أنها مخالفه للوجدان فان العيب ليس منحصرًا بما ذكر فيها كما هو واضح.

و التحقيق في بيان ضابطه العيب أن يقال أن أوصاف المبيع على قسمين فإنها تاره تكون معتبره فيها بحسب الأغراض الشخصيه بحيث ان المشتري مثلا- يرغب في نفسه الى ذلك الوصف ككون العبد مثلا كاتبًا أو خياطًا أو نجارا و نحو ذلك مما هو مورد للأغراض الشخصيه و قد تكون الأوصاف

معتبره بحسب الأ-غراض النوعيه بحيث يرى النوع تلك الأوصاف معتبره فى المبيع فان كان التخلف فى مثل الأوصاف الأوليه لا يكون خيار العيب للمشتري، بل يثبت له خيار تخلف الشرط حسب ما اعتبره من الأوصاف الكماليه و نحوها فى المبيع.

فان كان التخلف فى الأوصاف الثانويه يكون ذلك موجبا لخيار العيب فان العقلاء يرى مثل تلك الأوصاف معتبره فى المبيع سواء اشترط المتبايعان ذلك عند البيع أم لا- فيكون التخلف عن ذلك عيبا سواء كان التخلف من حيث الزيادة أو من حيث النقيصه مثلا- أن العرف يرى كون الجاربه على البكاره مع عدم التصريح بالثيوبه فإذا ظهرت ثيبه تكون معيوبه فيثبت للمشتري خيار العيب هذا كله إذا تخلف وصف من أوصاف المبيع التى اعتبرها المتبايعان فى المبيع اما بحسب الشخص أو بحسب النوع.

و أما إذا لم يكن هنا تخلف الوصف، بل كان على الوصف الذى كان المبيع الصحيح عليه و مع ذلك يكون فيه تفاوت القيمه بحيث كانت قيمته ناقصه أو زائده عن القيمه المتعارفه كان للمشتري أو البائع خيار الغبن لتخلف الشرط الضمنى، و هو تساوى القيمه و هذا خارج عن تخلف الوصف.

و على الجملة أن التخلف قد يكون فى غير الوصف كتخلف الشرط الضمنى مثلا- فى تساوى القيمه فيكون ذلك موجبا لخيار الغبن و قد يكون فى الوصف، و هذا أيضا قد يكون فى وصف اعتبارى المبيع بحسب نظر شخص المتبايعين و قد يكون معتبرا فيه بحسب نظر العقلاء، فعلى الأول يكون موجبا لخيار تخلف الشرط و على الثانى يكون موجبا لخيار العيب، و هذا واضح لا يخفى.

و الحاصل: أن الضابطه الكليه فى بيان حقيقه العيب هو أن الأوصاف على قسمين: الأول: ما يكون معتبرا فى المبيع بحسب بناء العقلاء و اعتبارهم

سواء اعتبرها المتبايعان فيه أم لا، لكفايه بنائهم في اعتبارها في ذلك بحيث يعتبر في المبيع حتى مع السكوت فوصف الصحة ما يكون معتبرا في المبيع بحسب بناء العقلاء مع سكوت المتبايعين و عدم ذكرها لبناء العقلاء على كونه واجدا لهذا الوصف، و اعتباره في صحة المبيع و يسمى ذلك بوصف الصحة و إذا تخلف ذلك بزيادة شيء عليها أو بنقيصتها ثبت للمشتري خيار العيب فان ذلك أى تخلف تلك الأوصاف بالزيادة أو بالنقيصه عيب في المبيع.

و على الجملة أن كون الوصف وصف الصحة بحيث يلزم من فقدانه كون المبيع معيبا انما هو باعتبار العقلاء و بنائهم على كون المبيع على هذا الوصف و أن فاقدته يكون معيبا.

الثاني أن يكون الوصف معتبرا في المبيع بحسب اشتراط المتبايعين كالأوصاف الدخيله في أغراضهم و كونها أوصاف كمال عندهم.

و على الأول: فإذا تخلف ثبت للمشتري خيار العيب.

و على الثاني: يثبت له خيار تخلف الشرط، و هذا هو الميزان في المقام و أما كون الشيء على وصف أو كون أغلب أفراده موصوفا بوصف، فلا يكون ميزانا في المطلب على ما ذكره المصنف، و لا يكون كاشفا عن الخلقه الأصلية كما تقدم.

و أيضا أن كون أغلب الافراد في كل صنف فاقدًا لوصف يراه النوع وصف صحه لذلك الشيء و كونه معتبرا في ذلك شيء لا يوجب عدم كون فقدانه عيبا، بل يكون فقدانه في أغلب الأفراد أيضا عيبا في المبيع و عليه فتكون الثيبوبه عيبا في الجاربه فإن العقلاء يرى البكاره من أوصاف الصحة للمبيع، بل هو الغالب في غير الإمامه المحلوه من بلاد الشرك.

نعم، إذا كانت الأفراد الغالبه في الإمامه المحلوه من بلاد شرك ثيبه كانت ذلك قرينه على أن المشتري أسقط خيار العيب لا أن الثيبوبه ليست

بعيب فإنه فرق واضح بين كون الشيوبه عيبا و يكون عدم الخيار من جهه القرينه و يلحق بها حكم عدم الخيار و ان كان الموضوع محققا و بين أن لا يكون الشيوبه خارجا عن العيب موضوعا بواسطه القرائن التى هى الغلبه.

لو صرح المشتري باشتراط أوصاف الصحه على النحو الذى بنى عليه العقلاء أو صرحا باعتبار البكاره فى الجاربه ثبت خيار العيب أيضا من التخلف من ناحيه الاشتراط و يكون الاشتراط دافعا للقرينه الخارجيه كما هو واضح.

ثم ان المناط فى تعيين الصحيح و المعيب و ان كان هو العرف و بناء العقلاء على كون وصف خاص و وصف صحه أو عدم كونه وصف صحه و معتبر فى صحه المبيع. و لكن مطلق كون أى وصف من أوصاف الصحه بحسب بناء العقلاء ليس ميزانا فى ثبوت خيار العيب، بل لا بدّ و أن يكون تخلف ذلك الوصف من حيث الزيادة أو النقصه موجبا لنقصان مالیه المبيع كالعمرى و الخرس و الفلج فى العبد، و هكذا فى غيره، و أما إذا لم يوجب فقدان وصف من أوصاف الصحه نقصا فى مالیه المبيع فلا يكون ذلك موجبا لثبوت خيار العيب فان موضوع خيار العيب ليس هو مطلق ظهور العيب فى المبيع، بل ما كان موجبا للنقص من مالیه المبيع و ذلك فان الظاهر من روايه زراره من اشترى شيئا و به عيب أو عوار فلم يتبرء منه و لم يبين له و أحدث فيه حدثا يأخذ التفاوت فيما بين الصحيح و المعيب و يسقط الرد باحداث الحدث على ما هو مضمون الروايه.

فإن الظاهر من هذه الروايه هو أن مطلق العيب و ان كان نقصا و لكنه لا يترتب عليه حكم العيب إلا إذا كان موجبا لنقص المالىه ما لا يوجب نقصا فى المالىه لا يثبت فيه التفاوت ما بين الصحيح و المعيب على تقدير سقوط الرد باحداث الحدث فيعلم من ذيل الحديث اعنى قوله عليه السلام

فإذا أحدث حدثا يأخذ التفاوت فيما بين الصحيح والمعيب، أن تخلف الوصف انما يوجب خيار العيب و ترتب احكامه عليه إذا كان وجود ذلك الوصف دخيلا في زياده ماله الموصوف كما هو واضح وهذا كالخصى فى العبد و الديك، فان ذلك و ان كان بحسب اللغه نقصا فى العبد و الديك، و لكن لا- يوجب نقص المالىه أصلا فإن قيمه الخصى لا يختلف مع غيره بل ربما يكون ارغب من غير الخصى لأجل بعض الأغراض العقلائيه كما إذا يريد مولاه أن يكون واسطه بينه و بين زوجته فى قضاء حوائجهما و ان كان غرض بعضهم يتعلق بكونه غير خصى أيضا، كما إذا أراد أن يتزوج له أمه فيولد منهما ولد يكون رقا لمولاه إلا أن ذلك لا يوجب كون قيمه الخصى انقص من غير الخصى فمثل هذا النقص لا يكون موضوعا لاحكام العيب فى المقام، بل يكون ذلك من حيث الحكم كعدم العيب أى يكون خارجا عن العيب حكما من هذا جهه فيكون موجبا للرد فقط دون الأرش فيكون مثل خيار تخلف شرط و لعل الى هذا يشير كلام العلامة حيث قال إذا لم يعلم المشتري بكون الإماء مجلوبه من بلاد الشرك فتكون الشيوبه عيبا و الأ فلا، فان الظاهر من ذلك أنه يثبت عليها حكم العيب أو ينفى عنها ذلك أيضا بداهه عدم دخل العلم و الجهل فى حقيقه العيب.

و بعباره أخرى أن العيب يمكن ان يدور مدار العلم و الجهل حكما و لكن لا- يمكن ذلك موضوعا، فح صوره عدم علم المشتري بكون الأمه مجلوبه من بلاد الشرك يثبت له الرد و الأ فلا، كما أنه قد يكون خارجا عنه حكما بواسطه الغلبه كما تقدم.

نعم، إذا أطلق المبيع لم يتعرض المتبايعان لمثل ذلك الوصف يكون مع بناء العقلاء على اعتباره فى المبيع و رؤيتهم ذلك من أوصاف الصحه يكون تخلف ذلك موجبا للخيار، و ان لم يكن موجبا للأرش كما تقدم، و لكن هذا خيار تخلف الشرط أو خيار العيب لا يترتب عليه ثمر أصلا بداهه أن أصل

الخيار مسلّم و ثبوت الأرش مقطوع العدم و ان كان الظاهر مما ذكرناه هو كون هذا الخيار خيار تخلف الشرط دون العيب لما عرفت أن موضوع خيار العيب هو العيب الذى يوجب الرد أو الأرش و هو مفقود فى المقام لعدم كون مثل هذا الوصف دخيلا فى زياده المالىه.

و قد يقال بظهور الثمره فى ذلك بين كون الخيار خيار عيب أو خيار تخلف الشرط فى موردين:

الأول:فى أنه لو كان الخيار هو خيار العيب يسقط بالتصرف، كما صرّح به روايه زراره فإن إحداث الحدث موجب لسقوط الخيار و ان كان المراد منه خيار تخلف الشرط لا يوجب ذلك سقوط الخيار فان خيار تخلف الشرط لا يسقط بالتصرف إلا إذا كان ذلك مؤذنا بالرضا بالعقد، بل لا يسقط بالتلف أيضا على ما تقدم سابقا بداهه أن الخيار متعلق بالعقد و هو باق حتى مع تلف العين، و ليس متعلقا بالعين حتى يسقط بالتلف كما هو واضح و قد أشار المصنف الى هذه الثمره فى كلامه.

ثم أشار الى جوابه بقوله فتأمل، و لعل وجه التأمل فيه هو أن خيار العيب انما يسقط باحداث الحدث فيما إذا ثبت لذى الخيار جواز مطالبه الأرش اما مخيرا بين الرد و الأرش أو يكون له الرد أولا، ثم بعد سقوط الرد يثبت له جواز مطالبه الأرش و أما فيما ليس له جواز مطالبه الأرش لعدم كون العيب مما يوجب نقضا فى المالىه حتى يطالب المشتري الأرش، فإن إحداث الحدث لا يوجب سقوط الرد كما هو واضح.

المورد الثانى: أنه إذا حصل العيب بعد العقد فى زمان الخيار أو قبل القبض فقد تقدم سابقا أن الكلام هنا يقع فى جهتين:-  
الاولى:فى أن حدوث العيب فى ذلك الزمان مانع عن الخيار أو ليس بمانع و هذا هو الذى تقدم الكلام فيه.

الجهه الثانيه:فى أن نفس حدوث العيب فى ذلك الوقت يوجب

حدوث الخيار أم لا- وهذا هو الذى قلنا انه يأتى الكلام فيه فى أحكام الخيار و على هذه الجبهه فربما يتوهم ظهور الثمره من كون انتفاء الوصف الغير الدخيل فى زياده المالىه موجبا لخيار العيب أو الشرط بأنه ان كان ذلك هو خيار العيب كان ثابتا فى صوره انتفاء ذلك الوصف فى زمن الخيار أو قبل القبض و ان هذا الخيار خيار تخلف الشرط لا يكون خيار هنا بداهه أن الشرط الضمنى انما يقتضى كون الوصف موجودا حال العقد فقط و أما الأزيد من ذلك فلا يقتضى كما هو واضح.

و فيه أولا: أن الالتزام بظهور الثمره و ثبوت خيار العيب بالنقص بمثل الوصف المذكور فى زمان الخيار أو قبل القبض انما يتوقف على شمول القاعدتان المعروفتان أعنى التلف فى زمان الخيار ممن لا خيار له و أن التلف قبل القبض من مال البائع لزوال وصف الصحه أيضا فإنه على هذا يكون العيب الحادث فى زمن الخيار أو قبل القبض كالعيب الحادث قبل العقد فيكون مضمونا على البائع، و لكن بعد تسليم تماميه القاعدتين فلا وجه لتسريتهما الى زوال الأوصاف لعدم دلالة القاعدتين على ذلك.

و ثانيا: أن مفاد القاعدتين انما هو كون ضمان مالىه المبيع مع التلف فى زمن الخيار أو قبل القبض على البائع بحيث يفرض المبيع كأن لم يكن و يعطى الثمن للمشتري و من الواضح ليس هنا نقص مالى حتى يضممه البائع إذ المفروض أن الوصف الزائد فى ذلك الزمان لا يوجب نقص المالىه حتى يضممه البائع كما هو واضح.

### **الكلام فى افراد العيب**

**قوله: مسأله: لا اشكال و لا خلاف فى كون المرض عيبا.**



أقول: ذكر المصنف أنه لا- خلاف في كون المرض في العبد أو في الحيوان عيباً و هو كذلك و انما الإشكال في بعض افراده كحمى اليوم، فإنه ربما يقال بكونه أيضاً عيباً في العبد و يؤيده شمول إطلاق كثير بأن الحمى عيب لحمى اليوم أيضاً، و لكن الظاهر أن هذا ليس بعيب ما لم يكن نوبه كما إذا كان في الأسبوع مره فإن مثل هذا أى حمى اليوم مما لا يخلو عنه طبع الإنسان نوعاً و لا يصدق عليه العيب في العرف و ان صدق عليه المرض فان في نظر العرف أن العبد الذى يعتريه الحمى يوماً مساوياً من حيث قيمته مع العبد الذى لا يكون كذلك و كيف هذا لا اشكال فيه؟

### قوله مسأله: الجبل عيب فى الإمام.

#### إشاره

أقول: من جمله أفراد العيب ذكروا الجبل فى الإمام أو فى بقيه الحيوانات

#### يقع الكلام هنا ناره فى الإمام و أخرى فى غيرها.

#### أما الأولى فى الإمام

فإنها قد تكون حاملاً من المولى فهذا لا شبهه فى بطلان بيعها لكونه بيع أم ولد فلا تصل النوبه هنا الى كون الجبل عيباً أو غير عيب و أخرى تكون الأمه حاملاً- من غير المولى فهذا هو محل الكلام هنا فنقول لا شبهه فى أن الحمل فى الأمه عيب يرد معه الجاربه للأخبار الداله على ذلك و قد تقدم سابقاً فى كون الوطى مانعاً عن رد الأمه بالعيب أنه لا يكون مانعاً فى الحامل فضلاً إذا لم توطأ و هذا لا شبهه فيه بل الأمر كذلك إذا لم تكن هنا اخبار تدل على جواز الرد و عدم مانعيه الوطى عنه و ذلك لأن صدق العيب على الحمل مما لا ريب فيه بداهه أنها فى معرض الخطر للوضع و أنها لا تكون قابله للاستخدام على الوجه الذى تكون غير الحامل قابله لذلك فتكون مثل شراء العين المستأجره مسلوبه المنفعه و هل يتوقف أحد فى أن كون العين مسلوبه المنفعه عيب فى ذلك، بل عدم كون الأمه الحامله قابله للاستيلاء عيب فيها فإنها لو لم تكن حاملاً كانت حاملاً

من المشتري فيكون له فيها نفع من هذه الحيثية و لكن الحمل مانع عن هذه المنفعة، و كيف كان فلا شبهه في كون الحمل في الأمه عيبا ترد به الى البائع.

ثم انه إذا كان الحمل في ملك المشتري فهل يكون ذلك مانعا عن الرد أم لا، فالظاهر أنه مانع عن الرد لما عرفت أنها عيب على التقريب المتقدم فإذا ثبت له الأرش فقط، بل مانعيه الحمل عن الرد هنا لا يتوقف على كونه عيبا و ذلك لأن المذكور في المرسله المتقدمه أن صبغ الثوب و خياطته يكون مانعا عن الرد، مع أنها كمال للثوب فليس بعيب و أن العمده في سقوط الرد كانت هي روايه زراره فالمذكور فيها أن احداث الحدث مانع عن الرد و لا يفرق في ذلك بين كون الحدث عيبا في المبيع أم لا و من الواضح أن الحمل من أظهر أفراد إحداث الحدث فيكون مانعا عن الرد، و على هذا الوجه الأخير فلا وجه لما أتعب به المصنف نفسه من أن الحمل عيب و نقل في ذلك كلمات جلّ الأصحاب، بل قد عرفت أنه مع عدم كونه عيبا أيضا يسقط به الرد كما هو واضح.

### و أما الحمل في غير الأمه

فقد ظهر حكم مانعيته عن الرد هنا أيضا من السابق و أما من حيث كونه عيبا فيه بحيث يوجب ثبوت خيار العيب للمشتري أو للبائع، فذكر الشيخ (ره) في المبسوط أن الحمل تابع للحيوان فإذا باع حيوانا ثم ظهر كونه حاملا فإنه يكون الحمل للمشتري لكونه كالجاء من المبيع و ذكر بعضهم أن الحمل يكون للبائع فإنه أجنبي عن المبيع.

و على القول الأول لا يكون الحمل عيبا، بل هو جزء زائد و يكون دخيلا في زياده المالىه و أنه مرغوب اليه عند العقلاء.

و بعباره أخرى أن العيب عباره عما يكون فقدانه موجبا لفقدان وصف الصحه و يكون وجوده معتبرا في المبيع مع عدم الذكر و يلزم من انعدامه نقص مالىه المبيع و من الواضح أن الحمل في الحيوان بحيث يكون لمالك

الحيوان لا يكون عيباً، بل يكون وصف كمال و دخيل في زياده المالىه كما هو واضح.

و توهم أن الحيوان الحامل يكون في معرض الخطر عند الوضع توهم فاسد بداهه أن هذا الاحتمال موهون في الحيوانات و لذا يقدم بذلك جميع أرباب الحيوانات و يستتجون بذلك عنها كما هو واضح.

و أما على القول الثانى و لالمتزام بان الحمل للبائع فلا شبهه في كونه عيباً في المبيع لما عرفت أن المنافع التى تستفاد من غير الحامل التى منها كونه قابلاً للاستيلاء و الاستنتاج لا تستفاد من غيره كما عرفت ذلك في الأمه.

### قوله:مسأله:الأكثر على أن الثيبوه ليست عيباً في الإمام.

أقول:الظاهر أن المصنف انما تكلم في ذلك غفله عن المسأله السابقه فإنه قد اتضح من تلك المسأله أن الثيبوه عيب أو ليست بعيب و قد أعاد جمله مما ذكره هناك.

نعم،في هذه المسأله ذكر خصوصيه لم يذكرها هناك و هى أنه قد ورد هنا روايتان لا بدّ من التكلم فيهما:

الاولى:ما استدل بها على أن الثيبوه ليست بعيب في الإمام و هى روايه سماعه عن رجل باع جاريه على انها بكر فلم نجدها كذلك قال لا ترد عليه و لا يجب عليه شيء و فيه.

أولاً:أن الروايه ضعيفه السند.

و ثانياً:أنها على القواعد فان مقتضى العمل بها هو عدم ثبوت خيار تخلف الشرط فيها مع أنها بديهي الثبوت مع الاشتراط و غير مربوط بخيار العيب و بيان الملازمه أن المذكور في الروايه هو اشتراط البكاره حيث قال السائل ان الرجل باع الجاريه على انها بكر و لم نجدها كذلك و من الواضح أن ثبوت خيار تخلف الشرط هنا بديهي سواء كانت الثيبوه عيباً فيها أم لا

كما هو واضح على أن الروايه(غريبه)عن الثيوبه و كونها عيبا أو غير عيب و ذلك لما ذكرنا فى كون عدم البكاره عيبا فى الحره المتزوجه التى ظهرت غير باكره أن الظاهر من اللغه هو أن البكاره عباره عن المرأه التى لم يصبها رجل سواء كان دم البكاره موجوده فيها أم لا،بل زال لعارض من المرض أو للوقوع من شاهر و نحو ذلك و على هذا ففى الروايه قد اشترطت البكاره فى الجاربه فلم توجد كذلك فقال الامام عليه السلام انه لا ترد الجاربه و لا يجب عليه شىء و من البديهى أن ذلك لا يثبت كونها ثيبه،بل لعل عدم وجدان السائل كونها كذلك أى أنها غير واجده لدم البكاره أم أنها أصابها الرجل بحيث صارت ثيبه فلا يستفاد من الروايه.

و بعباره أخرى يحتمل أن السائل لم يرى أثر البكاره اعنى دم العذره فاعتقد كون الجاربه ثيبه فسئل عن حكم ذلك و الامام عليه السلام لم يعتنى بذلك،بل رأى أنه لا بد فى الحكم بالثيوبه من ثبوتها و أما بمجرد عدم وجود أثر البكاره لا تثبت الثيوبه لا- يقال أن البكر و ان كان يطلق على المرأه التى لم تر الرجل و على الرجل الذى لم ير المرأه و لكن البكاره هى العذار و هى التى كانت واجده لدم البكاره فالمعنى المذكور لا يجرى فى الروايه.

فإنه يقال نعم و لكن لا يمكن ذلك فى الروايه حيث ان الامام عليه السلام قال لعله كان من مرض و من الواضح أن هذا الكلام له وجه مع المعنى الذى ذكرناه و أما إذا كالمعاد هذا الاحتمال فإنه بمجرد ذهاب دم البكاره تكون ثيبه فافهم.

نعم،لا بأس من الاستدلال على كون الثيوبه عيبا بروايه يونس فى رجل اشترى جاربه على أنها عذراء فلم يجدها عذراء قال يرد عليه فضل القيمه إذا علم أنه صادق.

و وجه الاستدلال هو أن الامام عليه السلام حكم بثبوت الأرش بعد

ثبوت الشيوبه فإن مراده من قوله عليه السلام إذا علم أنه صادق هو العلم بكون المدعى صادقا فى دعواه الشيوبه فإن العلم طريق الى الواقع لا أن المراد من كون العلم بكونه صادقا فى عدم رؤيه اثر البكاره حتى تدل هذه الروايه على عكس الروايه الاولى من الكفايه بثبوت الشيوبه على عدم وجدان اثر البكاره و هو الدم و كيف كان فالروايه الثانيه تدل على أن الشيوبه عيب فى الجاربه.

نعم، لو كانت هنا غلبه بأن تكون أغلب أفراد الجوارى ثيبه كالإماء المجلوبه من بلاد الشرك كانت هذه الغلبه قرينه على عدم ثبوت الخيار و رضاء المشتري بالعقد على هذا النحو كما هو واضح.

### قوله:مسأله:ذكر فى التذكره و القواعد من جمله العيوب عدم الختان

فى العبد الكبير.

أقول:قد عللوا كون عدم الختان عيبا فى العبد ليكون للمشتري حق الفسخ هو أن العبد يكون بذلك فى معرض الخطر إذ ليس ختان الكبير كختان الصغير مأمونا عن الخطر كما هو واضح.

وفيه أولا:أن هذا الدليل أخص من المدعى إذ قد يكون العبد غير مختون ولا- يجب ختانه كما إذا كان نصرانيا و لم يقبل الإسلام فإن الختان انما يجب فى العبد المسلم ففى الفرض المذكور لا يجب.

و ثانيا:أن الختان انما يكون موجبا للخطر إذا لم تكن وسائل ابتداءه و أما مع وجودها فلا يكون كذلك.

و ثالثا:أنا لم نسمع كالختان خطريا مع كثرته فى أول الإسلام.

و رابعا أنه إذا كان خطريا لا- يجب الختان أصلا فإن حفظ النفس مقدم على ذلك و كيف كان فعدم الختان أو مثله كعدم الجدرى ليس بعيب فى العبد و عليه فلا يثبت خيار العيب من جهه عدم الختان نعم لو اشترط

عدمه فظهر الخلاف ثبت خيار تخلف الشرط ثم ان الثمره هنا بين كون الخيار خيار عيب أو تخلف شرط هو الثمره المذكوره فى الثيوبه كما أشار إليه المصنف

### قوله:مسأله عدم الحيض ممن شأنها الحيض بحسب السن و المكان

و غيرهما من الخصوصيات التى لها مدخلية فى ذلك عيب ترد معه الجاربه.

أقول:ذكر المصنف أن من جمله العيوب التى ترد به الجاربه عدم الحيض فان ذلك خروج عن مجرى الطبيعى.

أقول:أن عدم الحيض فى نفسه ليس من العيوب،بل هو كمال فى نفسه نعم إذا كان كاشفا عن كونها مريضه كان عيبا فإن الجاربه لا تحيض لوجود مانع فيها و مرض يكون مانعا عن الحيض و هذا هو المراد من الروايه التى سئل السائل عن جاربه لم تر الحيض فى سته أشهر فإنه قال الامام عليه السلام فهذا عيب ترد من الجاربه.

و أما تقييد كون ذلك عيبا إذا كان ظهورها بعد سته أشهر تمسكا بهذه الروايه أيضا فاسد بداهه أن سته أشهر إنما ذكرت فى كلام الراوى فلا توجب تقييد الحكم.

لا يقال ان هذه الروايه لا يمكن العمل بها بداهه أنها مخالفه للقاعده التى أسسها الفقهاء من كون التصرف مسقطا للخيار إذا لا يخلو الأمه فى مده سته أشهر عن التصرف حتى بمثل اسقنى الماء و ناولنى الثوب و أغلق الباب.

فإنه يقال انك قد عرفت فيما سبق أنه لا وجه لهذه القاعده أصلا و أن التصرف لا يكون مسقطا للخيار إلا إذا كان كاشفا عن الرضاء بالعقد أو دل نص خاص عليه كما فى الوطى حيث ورد أنه مسقط للخيار.و على هذا فكيف يمكن رفع اليد بمثل هذه القاعده عن الروايه الصحيحه.

### قوله:مسأله:الإباق عيب بلا اشكال و لا خلاف.

أقول:ذكروا من افراد العيب الإباق،و ادعوا عليه الإجماع،بل هو من أفحش العيوب،و تدل عليه روايه أبى هشام الآتيه فى عيوب السنه نعم ربما يتوهم تعارضها بروايه قيس انه ليس فى الإباق عهده و لكن المراد من روايه قيس هو أن يكون الإباق عند المشتري من غير أن يكون موصوفاً بذلك عند البائع فإن الظاهر من هذه العبارة أن حدوث العيب كان عند المشتري لا عند البائع و الآ فلا معنى لعدم كون العده عليه كما يقال ان العهده فى التلف فى زمن الخيار للبائع أو العهده فى الجنون أو البرص إلى سنه الى البائع كما فى الروايه و هذا المعنى هو الظاهر من الروايه كما قلنا و هذا موافق للاعتبار أيضا إذ ربما يكون المولى الأول قائما بمخارجه فلا يكون أبقا بخلاف المولى الثانى فيكون الإباق مستندا الى ذلك فليس هذا حملا لها عليه، كما ذكره المصنف،فتحصل أنه لا شبهه فى كون الإباق عيبا فى العبد و انما الكلام فى أن الإباق بمجرّد تحققه و لو مره واحده عند البائع يكون عيبا فيه أولا،بل لا- بدّ و أن يتكرر منه هذا العمل أو كان بانيا على ذلك و الآ فلو أبق مره ثم تاب عن عمله فلا يكون بذلك أبقا.

الظاهر هو اعتبار الاعتياد بذلك أو كان بانيا عليه و يعلم من حاله الإباق و الآ فإذا أبق مره واحده و عصى،ثم تاب و صار عادلا لا- يطلق عليه الآبق هذا هو الظاهر من بعض الروايات أيضا حيث عبّر فيها بأنه كان أبقا فان هذا التعبير انما يطلق فى مورد يكون الاعتياد بذلك بحيث صار وصفا عاديا له و لا يتحقق بإباق واحد كما هو واضح.

### **قوله:مسأله:الثفل الخارج عن العاده فى الزيت و البذر و نحوهما**

عيب يثبت به الرد و الأرش.

أقول:ذكر الفقهاء و المصنف أن من جمله العيوب ما يكون الشىء مخلوطا بشىء آخر اختلاطا خارجا عن المتعارف فإذا باع حنطه فظهر فيه

تراب خارج عن المتعارف كان المبيع معيوباً وكذا إذا باع السمن الزيت و ظهر أن فيه دردى كان السمن معيوباً فللمشتري خيار العيب، وهذا الذى ذكره المصنف مما يقتضيه العرف فان كون الخليط أكثر من المقدار المتعارف عيب عرفى.

و عليه فلا يفرق بين كون غالب الأفراد الموجوده فى الخارج كذلك أو بعضها فلا وجه لما ذكره المصنف من التعليل بقوله لكون ذلك خلافاً ما عليه غالب أفراد الشئ فإنك قد عرفت سابقاً أن الغلبه لا تكون موجباً لتعيين الطبيعه نعم تكون هذه الغلبه مع السكوت عن الوصف نفيًا وإثباتاً قرينه على كون المشتري راضياً بذلك المبيع المعيب فيكون ذلك موجباً بسقوط خيار العيب، إلا أن يشترط صريحاً وجود الوصف الذى فقده أكثر أفراد هذه الطبيعه كما هو واضح وح يقع الكلام فى ثمره كون هذا الخيار هو خيار عيب أو خيار تخلف الشرط وهى عين الثمره المذكوره فى ثبوتها الإمام بين كون الثبوت عيباً فى الجارية أو يكون تخلفها موجباً لخيار تخلف الشرط كما هو واضح.

وقد ظهر أن كون الخليط فى المبيع عيباً أمر عرفى موافق للقواعد فيكون مشمولاً لقول زواره أيما رجل اشترى شيئاً و به عيب أو عوار الخ، ومع ذلك لا نحتاج إلى الروايه فى المقام وح فتكون روايه عيسى بن عبد العزيز مؤكده للمطلب حيث قال قلت لأبى عبد الله عليه السلام فى الرجل يشتري زق زيت يجد فيه دردياً قال ان كان يعلم أن الدردي يكون فى الزيت فليس عليه أن يردّه وان لم يكن يعلم فله أن يردّه وقد عرفت فى السابق أن العيب لا يختلف بالعلم والجهل فمراده من جواز الرد مع عدم العلم و عدم جوازه مع العلم هو بالنسبه إلى حكم العيب فان كون العيب موجباً للرد انما هو مع الجهل به دون العلم به.



و على الجملة لا- شبهه فى كون ذلك عيبا فى المبيع، نعم الظاهر من روايه السكونى أن ذلك أى الخليط المذكور ليس بعيب حيث روى عن جعفر عن أبيه عليه السلام ان عليًا قضى فى رجل اشترى من رجل عكه فيها سمن احتكرها حكره(أى مجتمعه)فوجد فيها ربًا فخاصمه الى على عليه السلام فقال له على عليه السلام لك بكييل الرّب سمنًا،فقال له الرجل انما بعته منه حكره له،فقال على عليه السلام:انما اشترى منك سمنًا و لم يشتر منك ربًا، فان الظاهر من هذه الروايه مخالفه لحكم العيب من الرد و الأرش كما فى المتن.

بل يشكل الأمر فيها من جهه عدم انطباقها بالقواعد حيث ان المفروض فى الروايه ليس هو بيع الكلى حتى يلزم البائع بإعطاء الزيت مقدار ما ظهر منه درديا،بل المبيع هو العين الخارجيه و لذا قال السائل اشترى من رجل عكه فيها سمن احتكرها حكره(أى مجتمعه)و من الواضح أن صفه الاجتماع لا تلائم الكليه كما هو واضح.

و عليه فلا- بدّ من توجيه الروايه و الذى ينبغى أن يقال فى توجيهها هو أن المراد من الروايه هو ردّ الثمن الذى يقع فى مقابل الرب اعطى فى مقابل السمن فان قوله عليه السلام لك بكييل الرب سمنًا هو أن لك مبتدء و خيره محذوف فإنه لا بدّ و أن يكون المعطى للمخاطب بكلمه كاف الخطاب أن يكون شيئًا و يكون سمنًا حالًا منه أو تمييزًا عنه و يكون التقدير لك شىء من الثمن لأن تقدير غير الثمن لا- يناسب المقام بكييل الرب حال كون ذلك كيل الرب سمنًا أى كان أن يعطى للمشتري بكييل الرب سمن فحيث نقص ذلك و كان بدله الرب فحكم الامام عليه السلام أن يعطى ثمن ذلك السمن و ليس المراد من الروايه إعطاء السمن بكييل الرب فإنه على هذا لا بدّ و أن يكون السمن مرفوعًا و الحال أنه منصوب.

و على الجملة فإن كان ظاهر الرواية هو ذلك فيها و إلا فلا بدّ و أن يوجه كذلك بحيث يكون ما يعطى للمشتري شيئا من الثمن لا- شيئا من السمن ثم انه أشكل المصنف فى المقام اشكالا و أجاب عنه بجواب لكن الاشكال و جوابه بجمع شقوقه ليس مربوطا بالمقام، بل هو راجع الى بطلان البيع من جهة الجهل بالمبيع كما هو واضح.

أما حاصل الاشكال أنه ربما يستشكل فى أصل الحكم بصحة البيع لو كان الخليط كثيرا و علم بحيث يكون مقدار المبيع و أما ما تقدم فى مسأله الاندار من كفايه معرفه وزن السمن بطروفه خارجه بالإجماع كما تقدم أو مفروضه فى صورته انضمام الطرف المفقود هنا لأن الطرف هنا مما يتموّل و الدردي فى المقام ليس مما يتموّل، و أما حاصل الجواب فان كان وجود الدردي بحيث يوجب الجهل بالمبيع من قبيل امتزاج ما لا يتموّل بالمبيع بحيث لا يعلم قدر خصوص الزيت فلا شبهه فى بطلان البيع للجهل بمقدار المبيع و ان كان مجموع الطرف و المظروف معلوما إذ المفروض أن مقدارا من المظروف مال و مقدار منه ليس بمال فيكون المال الذى يبذل الثمن فى مقابله مجهولا، فيبطل البيع للجهل فان انضمام الطرف بالمظروف إذا كانا مالين لا يضر لأن الجهل حصل من الانضمام و هذا بخلاف هذه الصورة فإن الجهل هنا حصل من اختلاط الغير المتموّل بالتمول كما هو واضح.

و ان كان الدردي بحيث أفاد نقصا فى الزيت بحيث يرى المجموع زيتا و لكن زيتا معيوباً لا أنه يقال هذا زيت مخلوط بشيء غير متمول بل مجموعته زيت و متمول و لكنه معيوب من جهة دردي فلا شبهه فى صحة البيع، و لكن يثبت للمشتري خيار العيب كما هو واضح لمكان العيب الذى كان غير معلوم له.

و ان لم يكن الدردي موجبا لتعيب الزيت و لم يكن موجبا لنقص ماله

المبيع، بل موجبا لنقص مقدار المبيع فقط مع وقوع المشاهده عليه فلا يكون البيع باطلا هنا، بل لا خيار للمشتري أيضا، كما إذا باع ما فى العكه الذى شوهد كل رطل بكذا من غير أن يكون مقدار الزيت معلوما و لا مقدار الزيت و الظرف معلوما.

و ما ذكره المصنف من كون الظرف و المظروف معلومين معا فليس بلازم و قد تقدم ذلك فى كتاب البيع فى بيع الصبره و قد يكون النظر الى بيع مجموع الزيت مثلا بعنوان كل رطل بكذا، و لكن بشرط أن يكون هذا الموجود عشره أرطال، فإذا ظهر رطل واحد درديا كان للمشتري خيار تبعض الصفقه و هذا هو الفرق بين هذه الصوره و سابقه فان فى الصوره السابقه لم يكن اشتراط كونه عشره أرطال مثلا ملحوظا بخلافه هنا.

و ان باع ما فى العكه على أنه كذا مقدار فتبين نقصه عنه لوجود الدردي فيه، صح البيع و كان للمشتري خيار تخلف الوصف أو الجزء على الخلاف المتقدم فيما لو باع الصبره على أنها كذا فظهر ناقصا، و لكن قد تقدم فى بيع الصبره أيضا أن هذه الصوره ليس بمعقول بداهه أن المجموع ان كان مبيعا فلا معنى للاشتراط بعد فيكون المجموع مبيعا واحدا و ان لم يكن مبيعا فلا معنى للإشارة إلى مجموع ذلك، و القول بأنه بعثك ما فى هذه العكه أو هذه الصبره فما ذكره المصنف من الشقوق المتعدده صحيحه غير هذا الأخير، فافهم.

قوله: مسأله: قد عرفت أن مطلق المرض عيب.

أقول:

**تعرض المصنف هنا بأحداث السنه و هى أربعه: الجنون و**

**اشاره**

البرص و الجذام و القرن.

و أما الحدبه فهى تفسير القرن لما فى بعض الروايات أنه يرّد المملوك لخصال أربعه ثم عدّ الخمسه الجنون و البرص و الجذام و القرن و الحدبه،

ص: ٢٤١

فيعلم من ذلك أنه هو القرن و قد استفاضه الروايات على ذلك و كونها عيبا ترد بها الجارية إلى سنه و هذا لا شبهه فيه في الجملة و لا بدّ من الأخذ بظاهر الروايات من كونها بنفسها عيبا و ان وجد سببها في ضمنى السنه فلا وجه لتأويلها بأنه لعل موادها كانت قبل السنه كما لا يخفى فإنه ربما يكون الجنون لأمر عرضى كالوقوع من شاهر و نحوه من الخوف و غيره

## و انما الكلام

يقع في أربع جهات:

### الجهة الأولى: في أن الجذام أيضا من جمله هذه الأربعة أم لا؟

من جهة أنه ذكر المصنف أن الأردبيلي قد استشكل في ذلك لعدم وجوده في روايه محمد بن علي مع ورودها في مقام التحديد و الضبط لهذه الأمور و عليه فيمكن وقوع تعارض بين هذه الروايات و بقيه الروايات الداله على كون أحداث السنه أربعة.

و قد أجاب عنه صاحب الحقائق بعد ما نقله عن الأردبيلي أن يشبه هذا تعارض المطلق و المقيد فيحمل المطلق على المقيد، إلخ. و لكن أصل كلام الأردبيلي خال عن الإشكال في الجذام من هذه الجهة و أن صاحب الحقائق لم ينقل من الأردبيلي و روايه محمد بن علي مشتمله على ذكر الجذام، بل جميع الروايات الواردة في المقام التي جمع أحداث السنه ذكر فيها الجذام صحيحه كانت أم فاسده، فهذا اشتباه من المصنف و العصمه مخصوصه لأهلها.

### الجهة الثانية: أنه قد استشكل المحقق الأردبيلي في القرن، و هو

الحدبه في الفرج المانع من الوطى،

و قيل هو العظم الثابت فيه المانع من الوطى لعدم وجودها في صحيحه أبي همام، فحيث أنها في مقام الحصر و الضبط فتكون معارضه مع الروايات المشتمله على ذكر القرن و ليس فيها روايه صحيحه و هذا الذى ذكره صاحب الحقائق و أشكل عليه بأنه و ان لم

يذكر القرن في هذه الروايه و لكن لا يلزم من ذلك عدم كونه عيبا بداهه أنه يحمل المطلق على المقيد و مراد صاحب الحدائق من هذا الحمل ليس هو حمل المطلق على المقيد بالمعنى المتعارف، بحيث يكون هنا تكليف واحد متعلق بطبيعته واحده مطلقا تاره و مقيد أخرى، و يحمل المطلق منه على المقيد كما في أعتق رقبه و أعتق رقبه مؤمنه، بل المراد من ذلك هنا أن الامام عليه السلام حيث كان في مقام بيان العيوب و حصرها بإطلاق الكلام أى إطلاقه المقامى أن لا يكون هنا عيب آخر يردّ به المملوك في أثناء السنه و لا شبهه في كون الروايه مطلقه من هذه الجبهه فحيث ورد فرد آخر غير هذه الثلاثه في الروايات الأخر فتكون تلك الروايات مقيده لذلك بإثبات القرن فيها أى عدم كون فرد آخر من عيوب السنه مقيد بالروايات المشتمله على عدها بأكثر من الثلاثه و بإضافه القرن إليها.

ثم ان هذا من عجائب صاحب الحدائق، حيث ان القرن و ان لم يذكر في هذه الروايه في طريق الكافي، و لكنه مذكور فيها في طريق الشيخ، و الكافي و ان كان أضبط من التهذيب و لكن مع دوران الأمر بين الزيادة و النقيصه يقدم ما هو مشتمل على الزيادة و هذا أول مره صادفت باشتباه صاحب الحدائق و الأ فهو أضبط على أنه ذكر القرن في روايه ابن فضال، و هي موثقه.

### **الجبهه الثالثه: أن المحقق الأردبيلي قد استشكل في البرص أيضا**

بدعوى أنه و ان كان مذكورا في تلك الروايات المستفيضه مع الجنون و الجذام و القرن من عيوب السنه و لكن قد ذكر في روايه أخرى صحيحه التي تقدم في خيار الحيوان أيضا أن العهد في البرص إلى ثلاثه أيام فيقع التعارض بينها و بين الروايات المستفيضه فالمتيقن هو ان كونه موجبا للرد في الثلاثه و أما في غيرها فلا، و هذا الذى ذكره الأردبيلي، و ان كان متينا و لكن

حيث كانت الروايات الداله على كونه من عيوب السنه كثيره و مستفيضه و كان فيها صحيح لصحيحه أبي همام و محمد على بناء على كونه حلييا كما قال الأردبيلي أظن أنه الحلبي و موثقه كروايه ابن فضال و كانت هذه الروايات موضع الاعتماد للفقهاء و عملهم بها يحصل الاطمئنان من ذلك على صدق بعضها من الامام عليه السلام و تقدمها على تلك الروايه الداله على كون العهده فى البرص على البائع إلى ثلاثه أيام و عليه فيحتمل أن البرص قد حرف و أن ما صدر من الامام فى مقام التكلم و الإفاده هو لفظ المرض و لكن هذا احتمال نحتمل من جهه معارضه لتلك الروايات الصحيحه التى نظمئن بصدور بعضها عن الامام عليه السلام و الآ فلو جرى مثل هذا الاحتمال فى الروايات لجرى فى جميعها و عليه لم يبق حجر على حجر.

## تنبه

فى ج ١٢ ثل، باب ٢، أقاسم العيوب من أبواب أحكام العيوب، ص ٤١١ عن أبي همام قال: سمعت الرضا يقول يرد المملوك من احداث السنه من الجنون و الجذام و البرص، فقلت: كيف يرد من احداث السنه؟ قال:

هذا أول السنه، فإذا اشترت مملوكا فحدث به شىء من هذه الخصال ما بينك و بين ذى الحجه رددته على صاحبه، فقال له محمد بن على فالإباق قال: ليس الإباق من ذا الآ أن يقيم البيئه أنه كان أبق عنده، ثم قال:

صاحب الوسائل و رواه الشيخ بإسناده عن أحمد بن محمد بن عيسى، عن أبي همام قال: سمعت الرضا عليه السلام يقول و ذكر نحوه الآ أنه قال و البرص و القرن.

و فى ج ٢ التهذيب، ص ١٣٥ عن أحمد بن محمد بن عيسى عن أبي

همام قال: سمعت الرضا عليه السلام يقول: يرد المملوك من احداث السنه من الجنون و الجذام و البرص، فإذا اشترت مملوكا فوجدت فيه شيئا من هذه الخصال ما بينك و بين ذى الحجه فرده على صاحبه، قال محمد بن علي: فأبق، قال: لا يرد إلا أن يقيم البينه أنه أبق عنده.

و فى ج ١ فروع الكافى، ص ٣٩٠، ذكر خبر أبى همام على النحو الذى ذكره فى الوسائل إلى قوله، و رواه الشيخ إلخ، و فى ج ١٠ الوافى ص ١١٠، ذكر الحديث عن أبى همام ناسبا إلى الكافى و التهذيب، كما فى الوسائل و لم يذكر القرن، و على هذا فما ذكره فى الوسائل من إضافه القرن و نسبه الى الشيخ اشتباه منه، نعم ذكر فى التهذيب القرن فى روايه أخرى.

### **الجهه الرابعه: أنه قد أشكل على الروايات المشتمله على ذكر الجذام**

بأنه يوجب اعتناق المملوك بمجرد حدوثة و معه كيف يردّ على البائع بالجذام و قد وجّهوا ذلك بوجوه لا يمكن المساعده عليها فان من جمله الوجوه أن ماده الجذام يمكن أن تكون سابقه على البيع و تكون متكونه فى ملك البائع و ح يصحّ الرد اليه و لا- ينعق على المشتري و لكنه فاسد من جهه أنه يمكن أن يكون الجنون أمرا عارضا من جهه الوقوع من شاهق و نحوه بحيث يكون لخلل فى رأسه فيظهر له الجنون.

و التحقق: أن الروايات هنا متعارضه فإن أمكن الجمع الدلالى فهو، و إلا فلا بدّ و أن يرجع الى قواعد المعارضه و ذلك من جهه أن هذه الروايات المستفيضه انما تدل على أن الجذام من عيوب السنه ترد به الجاربه، و روايه السكونى دلّت على أن الجذام يوجب العتق فمع قطع النظر عن القرائن الخارجيه فتلك الروايات المستفيضه تقدم على روايه السكونى للاطمئنان بصدور بعضها مع كون روايه السكونى ضعيفه و لكن حيث كان الحكم بالعتق مما تسالم عليه الأصحاب فيطمئن به الإنسان باعتبار روايه السكونى فمقتضى الجمع

بينها هو تقييد روايه السكونى بهذه الروايات المستفيضه التى ذكر فيها الجذام، فتكون النتيجة أن المملوك إذا حدث فيه الجذام ينعقد إلا فى صورته اشتراؤه من الغير فإنه لا ينعقد إلى سنه، بل يجوز له رده الى بائعه.

ثم انه هل هذا الحكم مختص بالسنة بحيث لو لم يرده إلى بائعه حتى خرجت السنة فلا ينعقد عليه أو ينعقد بعد خروج السنة فذكر بعضهم أن انعقاده بعد السنة يحتاج الى دليل آخر، بل لو بقى الجذام فيه كان كافيا فى انعقاده كما هو واضح، و ذلك لأن روايه سماعه شامله للسنة و غيرها، و خرج من ذلك السنة و أن الجذام الحاصل فيها لا يوجب الانعقاد إلى سنه و أما أنه يحتاج انعقاده بعد السنة إلى دليل آخر فلا.

### **الجهه الخامسة: أن المشهور قد ذهبوا الى أن التصرف يكون مسقطا**

للخيار

و من البعيد أن يكون المملوك فى ضمن هذه المده خاليا عن التصرف فبه حتى بمثل أغلق الباب أو اسقنى الماء، و نحو ذلك و عليه فلا يمكن العمل بهذه الروايات على إطلاقها.

و فيه أنا قد ذكرنا سابقا أن التصرف على إطلاقه لا يكون مسقطا للخيار بل التصرف انما يكون مسقطا للخيار اما بكونه كاشفا عن الرضاء بالعقد أو لكونه احداث حدث أو يكون هنا دليل خاص عليه كالتقبيل و اللمس فى الجاربه و ركوب الدابه و نحو ذلك، أما القسم الأول فهو تابع لكشف رضاء المشتري، ففى أى مورد استكشفنا ذلك فهو، و الآ فلا، و أما القسم الثالث فهو أيضا مختص بموارد خاصه و هو خيار الحيوان فلا يكون جاريا فى بقيه الخيارات فكلما تحقق ترتب عليه الحكم و الآ فلا، و أما القسم الثانى: فيقع التعارض بين ما دل على كون احداث الحدث مسقطا للخيار و بين هذه الروايات المستفيضه بالعموم من وجه حيث ان مفاد هذه المستفيضه أعم من حيث كون الجذام فى ضمن الثلاثه التى هى زمان الخيار فى الحيوان أو



بعدها إلى سنه و مفاد ما دل على كون احداث الحدث مسقطا للرد أعم بين أن يكون الحدث هو هذه الخصال الأربعه أى الجنون و الجذام و القرن و البرص و بين أن يكون غير ذلك فيرجع فى مورد التعارض الى العمومات الداله على لزوم العقد.

### الجهه السادسه:قد عرفت سابقا أن فى موارد ثبوت العيب يثبت

لمن له الخيار الردّ

و إذا لم يردّ يجوز له مطالبه الأرش و على المشهور يكون من الأول مخيرا بين الأمور الثلاثه اما الرد أو الرضا بالعقد مجانا أو الرضا به مع الأرش.

و على كل تقدير فهل يثبت له مع عدم الرد فى ضمن السنه بالعيوب الثنويه أن يطالب الأرش أم لا؟و الظاهر أنه ليس له مطالبه الأرش بداهه أن الروايات الداله على ثبوت خيار العيب للمشتري مع ظهوره بعد العقد قد اثبت جواز مطالبه الأرش مع عدم الرد مع كون ذلك،أى مطالبه الأرش على خلاف القاعده و من الواضح أن الروايات المستفيضه الداله على جواز الردّ بالعيوب الثنويه ليس فيها تعرض بالأرش فلا- يمكن الالتزام به مع كونه على خلاف القاعده،نعم لو قلنا الأرش ثابت على طبق القاعده لكونه كالجزم من الثمن فمع نقص ما يقابله من وصف الصحه فيرد ذلك الجزم مع القول بأن ماده تلك العيوب الحادثه فى السنه انما هى ثابتة قبل السنه فللقول بالأرش مع عدم الرد وجه وجيه و لكن قد عرفت أنفا أن الأرش ليس جزء من الثمن و الأ كان البائع من الأول مشغول الذمه على ذلك،مع أنه لا يثبت إلا بالمطالبه.

و ثانيا:أن الأوصاف مطلقا لا تقابل بالثمن كما لا يخفى،و أما الثانى فقد عرفت قبيل هذا أن عيوب السنه قد تعرض للعبد لعارض فى نفس تلك السنه من غير أن يكون مادتها قبل البيع كما هو واضح.

ص:٢٤٧

## اشاره

أقول: قد ظهر الميزان الكلى في جواز الرد بالعيوب و لكن قد تعرّض المصنف للعيوب المتفرقه فتعرض لها تبعاً له،

### منها أنه ذكر في التذكرة أن

الكفر ليس عيباً في المملوك

و الظاهر أن الكفر ان كان مثل التوثن و التمجس فلا شبهه في كونه عيباً في الجارية لكونه مانعاً عن الاستمتاع و أما إذا كان مثل التهود و التنصر فلا يكون لجواز الاستمتاع منها.

و توهم كون النجاسه فيهما عيباً واضح الفساد بدهاه عدم كون المنافع المستفاده من المملوك منحصرًا بما يتوقف على الطهاره على أنه ليس بمسلميه النجاسه لكونه من أهل الكتاب و قد أشكل غير واحد في نجاستهم على أنه يمكن أن يكون العبد اليهودى مطلوباً لبعض الناس فإنه يرى أن واجبات العبد تشغله مقداراً من الزمان فهو يريد أن لا يكون كذلك لكونه غير مبال في الدين كما تقدم ذلك في الخصى و كيف كان أن الكفر لا يوجب نقصان ماله المملوك فلا يكون عيباً يترتب عليه أحكام العيوب، كما لا يخفى.

### و منها أن يكون العبد أو الأمه محرمة الانتفاع على المشتري

كما إذا كان ممن يعتقد عليه أو كانت الأمه أخت زوجته، فإنه لا يجوز الجمع بين الأختين أو كانت رضاعياً له، و غير ذلك من الجهات المحرمة، و لكن الظاهر أنه ليس بعيب لعدم نقص فيه، بل المانع من قبل المشتري.

### منها ما لو كان المبيع متهماً بالوقفيه

و ان لم يثبت ذلك شرعاً فان ذلك يوجب نقص ماله و قله رغبة الناس اليه، و هذا واضح.

### و منها الصيام و الإحرام و الاعتداد

و لكن شيء من ذلك ليس بعيب.

و منها كونه ناماً أو ساحراً أو قاذفاً و نحو ذلك، و الظاهر أن هذه الأوصاف إذا كان بحيث ينجر إلى الفتنه و الفساد فهى عيب فيه، و الأ فلا، فإنه لا يخلو منها نوع البشر أحياناً و قل عبد يكون عادلاً، بل الأحرار كذلك.

قوله:القول فى الأرش.

أقول:ذكروا أن الأرش فى اللغة هو ما يؤخذ بدلا عن نقص مضمون و ديه الجزء الفائت و لا شبهه فى إطلاقه على المقام و هو تفاوت القيمة بين المعيب و الصحيح من الثمن أو المثلث،و ان كان الغالب أن ذلك يثبت فى المبيع فان الثمن غالبا يكون من النقود فلا يكون معيبا و لا داعى للبحث عن ذلك،بأنه على نحو الاشتراك اللفظى أو المعنوى،

### بل المهم هو التكلم

### إشارة

فى جهات:

### الجهة الاولى:فى ان الأرش هل يثبت فى المقام على طبق القاعده،

أو على خلاف القاعده

لا- شبهه فى أنه يجوز للبائع جبران عيب المبيع و انما الكلام فى أن للمشتري إزمائه على ذلك أو لا؟فان كان على طبق القاعده فله إزمائه على ذلك،و الأ فلا،الظاهر أنه يثبت على خلاف القاعده،فإنه لا دليل على كونه على حسب القاعده أصلا فإن الوجه فى كون الأرش على طبق القاعده هو أن يكون وصف الصحه الذى يفقد فى المعيب أن يقابل بجزء من الثمن كما أن اجزاء المبيع تقابل بالثمن،فكما أنه إذا فات جزء من المبيع ينقص من الثمن ما يقابله لانحلال الثمن الى كل جزء جزء،و كذلك إذا فات من المبيع وصف الصحه فيكون الثمن ناقصا منه بمقدار ما يقابل من هذا الوصف و لكن لا دليل على ذلك من بناء العقلاء و الشرع أصلا.

أما بناء العقلاء فواضح،فإنه ليس منهم بناء على كون وصف الصحه مقابلا بالثمن ليكون الأرش ثابتا على طبق القاعده و مع عدم مقابلته بالمال ليس هنا بناء آخر على الأرش و أخذ جزء من الثمن على تقدير انتفائه.

و أما من الشرع فلم يصل إلينا ما يدل على ذلك، و عليه فلا دليل على كون وصف الصحة مقابلا بالمال ليلزم من انتفائه كون الأرش على طبق القاعده و من هنا لو لم يطالب المشتري الأرش لم يكن البائع مشغول الذمه على ذلك مع أنه لو كان وصف الصحة يقابل بجزء من الثمن لكان البائع مع عدم التفات المشتري الى ذلك و عدم مطالبته مشغول الذمه على ذلك، مع أنه ليس كذلك، فيعلم من جميع ذلك أن الأرش لم يثبت على طبق القاعده، بل هو ثابت بعنوان الغرامه لدليل خاص يقتضيه، و من هنا لو وقعت المعاوضه بين المعيب و الصحيح و كانا من جنس واحد ربوي لا- يلزم الربا مع أن الصحيح زائد عن المعيب بوصف الصحة، و لو زاد على المعيب في مقابل وصف الصحة شيء لزم منه الربا فيعلم من ذلك أن وصف الصحة لا يقابل بالمال، و هذا بخلاف ما كان جزء من المبيع ناقصا فإنه يقابل بالمال فيكون البائع مع عدم رجوع المشتري إليه بغير التفات مشغول الذمه و هكذا فيكون نقصان الثمن هنا على طبق القاعده كما هو واضح.

و على الجملة لا- دليل على كون ثبوت الأرش على طبق القاعده فيكون ثبوته على خلاف القاعده فيكون الثمن بأجمعه ملكا للبائع بمجرد البيع و على هذا فلا يلزم من انتفاء الوصف الآ خيار تخلف الوصف و الشرط، فان مرجع تخلف الوصف الى تخلف الشرط و لكن التزم السيد (ره) في حاشيته بأن الأرش على طبق القاعده مع تسليمه جميع ما ذكرناه من عدم كون الوصف يقابل بالمال و نحو ذلك بدعوى أن للمعامله مرحلتان مرحله الظاهر و الإنشاء و مرحله اللب و لا شبهه أن وصف الصحة و ان لم يقابل بالمال في المرحلة الاولى و لكنه يقابل بالمال في المرحلة الثانيه بمعنى أن زياده بعض الثمن انما هي بلحاظ الوصف المذكور فتمام الثمن في عالم الإنشاء جعل في مقابل نفس العين و ليس شيء منه في مقابل الوصف لكن في عالم اللب بعض ذلك الثمن

الذى جعل فى مقابل نفس العين مقابل للوصف فإذا فرض تخلفه وجب على البائع أن يغرم ما فات من المشتري و ما اغترم فى عالم اللب بملاحظه ذلك الوصف فبالتخلف لا يلزم الانفساخ لأن الفرض كون تمام الثمن فى مقابل العين المفروض وجودها و لكن لما كان المشتري قد اغترم من جهه ذلك الوصف و أعطى ما لا مقابل له فى ذلك العالم له أن يرجع على البائع و له أن لا يرجع و لذا لا تشتغل ذمه البائع على الأرش من حين العقد، بل من حين المطالبه كما هو واضح.

أقول: لا نفهم معنى محصلا لذلك فإنه كلام شبيه بالعرفان فإنه ليس لمعاملات عالمان عالم الظاهر و عالم الباطن، بل ذكرنا مرارا أنها أمور اعتباريه و حقيقتها قائمه بالاعتبار فما وقع فى مقابل الثمن من العين واقع فى مقابله ظاهرا و لبا كالأجزاء مثلا فما لم يقع فى مقابل الثمن لا يقع فى مقابله أيضا ظاهرا و لبا كأوصاف الصحه.

و على الجملة فللمعاملات جهه واحده لا جهات كثيره، نعم قد يكون الأوصاف داعيه الى زياده الثمن فى عالم اللب و لكنها غير مختصه بأوصاف الصحه، بل تجرى فى أوصاف الكمال أيضا فإن جميع الأوصاف داعيه الى الثمن كما هو واضح.

و على هذا فالأوصاف لا تقابل بالمال أصلا نعم هى موجبه لزياده المالىه، بل تكون فى بعض الأحيان تماميه المالىه بذلك بحيث لا تكون للماده مع قطع النظر عن الصوره و الوصف مالىه أصلا و مع ذلك لا يكون الوصف مقابلا بالمال.

و على هذا فالأرش ليس على طبق القاعده، بل هو غرامه إنما ثبتت بالأخبار الخاصه و على هذا فلا بدّ فى كيفية ثبوته من الرجوع إليها من انه هل هو التفاوت بين المعيب و الصحيح واقعا أو هو التفاوت بين الصحيح

و المعيب بالنسبه الى هذه المعامله.

و الاخبار الوارده فى المقام على ثلاث طوائف فان فى بعضها أنه يرد قيمه العيب و بعضها مشتمل على أخذ أرش العيب و بعضها مشتمل على استرداد مقدار العيب من الثمن و قد أشار السيد الى هذه الاخبار فى حاشيته و ظاهر جميع ذلك وجوب رد تمام قيمه العيب فى هذه المعامله ان كان قد دفع المشتري الثمن إلى البائع و نقص مقدار العيب من الثمن ان كان لم يدفع الثمن اليه بعد.

و الحاصل: أن المراد من التفاوت تاره يكون هو التفاوت ما بين الصحيح و المعيب، بالفعل أى عند ظهور العيب من غير ملاحظه التفاوت بينهما حال العقد بأن تقوّم الجارويه مثلا بالنسبه إلى القيمه الواقعيه خمسين ديناراً صحيحه و خمس و عشرون ديناراً معيبه و كان أصل الثمن خمس و عشرون ديناراً فإنه لو كان المراد من رد التفاوت ما بين الصحيح و المعيب بحسب القيمه الواقعيه كان اللازم هو رد تمام القيمه و هو خمس و عشرون ديناراً، بل ربما يلزم رد الزائد عن أصل القيمه و هذا لا يمكن الالتزام به لا من جهه لزوم الجمع بين العوض و المعوض فإنه لا محذور فيه مع دلالة الدليل كما ثبتت نظير ذلك فى جنايه العبد فإن الجنايه لها مقدر شرعا و ربما يكون ذلك المقدار أزيد بمراتب من قيمه العبد لكونه مريضاً أو هرماً أو نحو ذلك فهل يتوهم أحد ان هنا يلزم الجمع بين العوض و المعوض، بل المأخوذ انما هو بعنوان الغرامه فلا بأس بكونه أزيد من القيمه كما هو واضح على انك قد عرفت أن الأوصاف لا تكون مقابله بالثمن و انما الثمن قد وقع فى مقابل العين و عليه فيكون المردود لأجل نقصان الوصف غرامه لا قيمه حتى يلزم الجمع بين العوض و المعوض كما هو واضح.

نعم، بناء على كون الأوصاف تقابل بالثمن يلزم ذلك فإن الأرش المأخوذ

يكون أزيد من الثمن الذى يقع فى مقابل الوصف فيلزم الجمع بينهما و هذا هو الحل فى عدم لزوم الجمع بينهما فى باب الجنايه أيضا، بل المانع عن هذا الاحتمال هو عدم ظهور الاخبار فيه و عدم مساعده الفهم العرفى على ذلك حيث ان الظاهر منها و بمقتضى الفهم العرفى هو أن التفاوت هو التفاوت بين المعيب و الصحيح بالنسبه الى هذه المعامله فإن الفهم العرفى قاض بأن المشتري لا- بد له أن يطالب من البائع ما نقص عليه من قيمه العين بالنسبه الى هذه المعامله لكونها ربطا بينهما و أما القيمه الواقعيه فلا- ترتبط بينهما أصلا و يؤيد ذلك التعبير برد جزء من الثمن فى بعض تلك الاخبار مع انك قد عرفت أن التفاوت بالنسبه إلى القيمه الواقعيه قد يكون أزيد من مجموع الثمن فلا تصل النوبه إلى رد جزء من الثمن.

و أما اراده التفاوت بالنسبه إلى القيمه الواقعيه لا- وجه له كما لا- وجه للجواب عنه بحمل الاخبار على الغالب من عدم تفاوت القيمه السوقيه مع أقل القيمه حال العقد من جهه كون الرد بقريته على ذلك كما صنعه المصنف أى يكون التعبير بالرد من الثمن قرينه على أن المراد من التفاوت هو التفاوت بالنسبه الى هذه المعامله و الأقد لا يكون هنا رد كما فى المثال الذى ذكره المصنف و ذلك لاحتمال أن يكون الرد أيضا محمولا على الغالب كما هو واضح.

و على الجملة هنا احتمالاين:- أحدهما: أن يكون المراد من التفاوت هو التفاوت ما بين الصحيح و المعيوب بالنسبه الى هذه المعامله.

و الثانى: أن يكون المراد هو التفاوت بالنسبه إلى القيمه الواقعيه و إطلاق الأخبار و ان كان يشمل كليهما و لكن مقتضى الارتكاز العرفى ينصرفه الى الشق الأول فتكون ظاهره فيه كما هو واضح.

و من هنا تعرف ما فى عبارته المصنف من الغلط حيث انه أشار الى الاحتمال الثانى بقوله، نعم ظاهر كلام جماعه من القدماء كأكثر لنصوص توهم إرادته قيمه المعيب كلها فان هذا الاحتمال و مورد إرادته قيمه المعيب كلها لم يقل به احد كما هو واضح و الظاهر أن النسخه الصحيحه هو قيمه العيب و مع ذلك لا يصح لمكان كلمه أزيد بعده.

و الحاصل: قد ذكرنا سابقا أن الثابت بحسب بناء العقلاء هو كون المبيع واجدا لأوصاف الصحه و أنها معتبره فيه مع السكوت عن الاشتراط و إذا كان كذلك أو اشترط المشتري ذلك على البائع فلا شبهه فى أنه يثبت للمشتري خيار تخلف الشرط لذلك، فان بناء العقلاء على اعتبار الوصف.

و أما الأرش فلم يثبت بناء من العقلاء على ثبوت الأرش و إلا لكان البائع مشغول الذمه من الأول و ليس كذلك بل يكون الثمن بأجمعه ملكا للبائع، بمجرد البيع، و مما يؤيد ذلك ما ذكرناه فى أول الخيارات من أن الأرش لا يثبت ابتداء، بل انما يثبت مع عدم الرد، و فى طوله مع أنه لو كان الأرش على القاعده لكان ثابتا من الأول و كان المشتري مخيرا بين الردّ و الأرش، من الأول فلا بدّ ح من الرجوع الى الأخبار و الظاهر منها بحسب الفهم العرفى هو أن المشتري يأخذ التفاوت فيما بين الصحيح و المعيب بالنسبه الى هذه المعامله لا التفاوت بحسب القيمه الواقعيه.

و من هنا لم يذهب أحد الى ذلك و ان كان ظاهر الأخبار بحسب النظره الأولى يساعد على الاحتمال الثانى و لكن يزول بالتأمل فيها فان المفروض فى هذه الأخبار عدم وجود الخلل فى المعامله من غير جهه العيب كالغبن و نحوه فتكون المعامله المفروض فيها كون المبيع معيبا محموله على المعامله المتعارفه و هى أن يكون ذلك بتمن متعارف فإذا كان هنا أرش فنسئل عن حكم ما يكون الثمن فيه قليلا بان اشترى المشتري المبيع الذى



يسوى بخمسين بخمسه كما يتفق ذلك أحيانا أو اشتراه بثمن متعارف و لكن ترقى و كان بقيمه أعلى الى زمان ظهور العيب، فان قلنا بكونه خارجا عن حدود هذه الأخبار بحيث لم نلتزم بالأرش هنا.

و قلنا أن الأرش انما هو فى المعاملات المتعارفه لكون الأخبار ناظره إلى حكمها فهو بعيد فلا يمكن الالتزام به.

و ان قلنا أن الأخبار انما هى تبين حكم المعاملات المتعارفه من جهه كونها هى الغالب لا أنها مختصه بها، بل هى تبين الميزان الكلى فى جميع المعاملات فالمعاملات الغير المتعارفه أيضا على حسب المعاملات المتعارفه فيكون المناط فيها هو ملاحظه أصل الثمن و أخذ التفاوت بالنسبه إلى أصل الثمن بحسب نسبه التفاوت إلى القيمه الواقعيه.

و على الجملة المفهوم من هذه الروايات هو الرجوع الى التفاوت بين الصحيح و المعيب بحسب أصل ثمن المعامله نسبه التفاوت الى الصحيح و المعيب إلى القيمه الواقعيه على أنه هو المشهور بين الأصحاب، بل لم يذهب الى الاحتمال الرجوع الى التفاوت بحسب القيمه الواقعيه أحد.

### **الجهه الثانيه: فى ان الأرش هل يجب أن يكون من نفس الثمن أو**

يجوز أن يكون من غيره أيضا

الظاهر أنه لا يجب أن يكون نفس الثمن فإنه بعد ما قلنا أن الأرش أمر ثبت على خلاف القاعده فليس ثابتا على طبق القاعده لا يلزم أن يكون من نفس الثمن فان الثمن يكون ملكا للبائع بمجرد العقد فلا دليل على إجبار البائع على إعطاء الأرش من ذلك المال الخاص و انما هو غرامه ثبتت بدليل خاص للرباع ان يعطيه من غير الثمن أيضا و لكن المتوهم من بعض الروايات أنه لا بدّ و أن يكون الأرش من نفس الثمن خصوصا من روايه زراره التى هى المستند لنا فى خيار العيب و قد عبّر عنها المصنف بالصحيحه حيث ذكر فيها أنه يضع له من ثمنها بقدر عيبها و لكن هذا التوهم

فاسد فان المفروض فى هذه الروايه و أمثالها أن الثمن لم يرد إلى البائع بل هو عند المشتري بعد و عليه ان الثمن قد يكون كلياً كما هو الغالب فإن البائع يبيع متاعه بالثمن الكلى نوعاً و لا يعين ثمناً خاصاً شخصياً، فعلى الأول يقع هنا تهاتر قهري حيث ان المشتري يطلب مثل ما يطلب منه البائع فبمقدار الأرش يقع التهاتر كما هو واضح.

و عليه فيصح ان يقال يضع له من الثمن بقدر العيب و ان كان الثمن شخصياً كما هو غير الغالب و ح و ان كان ما يطلبه البائع من المشتري عيناً شخصياً و يجوز للمشتري ان يدفعه إلى البائع ثم يطلب منه حقه و لا- يكون هنا تهاتر قهري و لكن لا يجب عليه ذلك بل له أن يطبق الكلى الذى يطلب من البائع على هذا الشخص المعين الخارجى كما هو واضح.

و كيف كان لا شبهه فى أن الأرش غرامه على ذمه البائع بعد مطالبه المشتري فلا يتعين أن يكون من عين الثمن.

نعم، بناء على كون الأرش على طبق القاعده لزم أن يكون من عين الثمن كما هو واضح، و أما فى بقيه الروايات فالمذكور فيها هو أن يرد البائع على المشتري فضل ما بين الصحيح و المعيب و ليس فيها ما يشعر بكون المردود من الثمن.

### **الجهه الثالثه: هل يعتبر أن يكون الأرش من النقود أو يكفى كونه من**

غيرها أيضاً؟

الظاهر من الأخبار الداله على ثبوت الأرش هو أن يكون ذلك من النقود فان المستفاد من مجموعها هو أن البائع يرد التفاوت ما بين الصحيح و المعيب سواء كان المراد من التفاوت هو التفاوت بالنسبه إلى القيمه الواقعيه أو بالنسبه الى هذه المعامله الخاصه و من الواضح أن التفاوت انما يعلم بالماليه المحضه فان تقويم الأشياء و العلم بقيمتها انما هو بماليتها و ما هو متمحض بالماليه فقط، انما هو النقود فيكون الثابت بالأخبار هو

النقود، فالإكتفاء بغيرها يحتاج الى دليل فلم يثبت ذلك حتى لو كان الثمن من الأعيان فإنه مضافا الى ما ذكرناه أنه لم يتعارف أن يقطع من الفراش الذى نفرضه ثمنا لشيء زراعا بعنوان أنه أرش.

نعم إذا رضى المشتري بذلك فلا بأس به و ان كان الأرش من غير جنس الثمن، سواء كان الثمن عينا أو نقدا.

و لكن يبقى البحث فى أنه مع رضاء المشتري يكون الأرش عينا هل يكون الأرش هو ذلك الشيء ابتداء كما فى حاشيه السيد أو بدله فإنه بناء على الثانى تكون هنا معاوضه ضمنيه و الأ فىكون الثابت هو الأرش و هذا البحث لا تمر له (و تظهر ثمرته فيما إذا اشترط شيء فى ضمنه فإنه بناء على المعاوضه لا يكون للشرط ابتدائيا و الأ فىكون ابتدائيا مقرر) الأ عملينا و مع ذلك نقول ان الأرش و ان كان على خلاف القاعده و لكن قلنا ان اللازم على البائع هو إعطاء النقد و عليه فالرجوع الى غير النقد و لو كان رضاء المشتري يحتاج إلى معاوضه جديده فىكون الثابت أولا- بعنوان الأرش هو النقد ثم يبدل ذلك بالمتاع بحسب رضاء المشتري بعنوان المعامله الجديده و يكون ذلك تجاره أخرى عن تراض.

### **الجهه الرابعه: أنه ذكر المصنف (ره) (أنه قد تبين مما ذكرنا فى**

معنى الأرش أنه لا يكون إلا مقدارا مساويا لبعض الثمن

و لا- يعقل أن يكون مستغرقا له) هذا هو المتعين و الوجه فى ذلك أنا و ان ذكرنا مرارا أنه لا- دليل على اعتبار المالىه فى المبيع، بل يمكن بيع غير المتمول لغرض شخصى عقلائى قد تعلق بذلك كما إذا اشترى خط أبيه بقيمه جزاف مع عدم رغبه أحد إليه لغرض له لحفظ خط أبيه فإنه مع عدم كونه من الأموال جاز له شرائه إلا أنه مع ذلك لا مناص عما ذكره المصنف هنا من عدم معقوليه استيعاب الأرش القيمه بحيث تبقى العين للمشتري بلا قيمه، و ذلك لأن المستفاد من

أخبار الأرش هو ردّ مقدار من الثمن أى بمقدار الذى نقصه العيب على حسب المتعارف فان النقصان انما يعلم بحسب يقيم أهل الخيره من أهل العرف و من الواضح أنه لا يتحقق ذلك إلا فى الأشياء التى هى أموال فى نظر العقلاء فان غير الأموال لا قيمه لها عند العقلاء حتى يتقوم عندهم و يرد ما ينقصه العيب و ان كان لها قيمه عند المشتري بحسب النظر الشخصى فيكون مورد الأرش بحسب هذه الأخبار هى الأموال و على هذا فكلما ينقص من المال بحسب العيب فلا بدّ و أن يبقى للمعيب شىء من الثمن، فان المفروض هو ملاحظه التفاوت بحسب هذه المعامله لا بحسب القيمه الواقعيه و على هذا فلا يعقل ان يكون الأرش مستوعبا لجميع الثمن كما ذكره المصنف.

و حاصل:الكلام فى الجبهه الأولى هو أنه قد ذكرنا سابقا أن أوصاف الصحه مما هو معتبر فى العقد سواء ذكرت عند العقد أم لم يذكر، و بهذا يفترق الحال بينها و بين أوصاف الكمال و على كل تقدير أى سواء ذكرت فى ضمن العقد أم لا؟ فيلزم من تخلفها خيار تخلف الوصف و الشرط إذ اعتبر فى المبيع ذلك بحسب الارتكاز و بناء العقلاء و من الشروط الضمنيه فيكون تخلفه موجبا للخيار كما هو واضح.

و أما أنه هل يوجب ثبوت الأرش أو لا- يوجب ذلك و قد ذكرنا أنه أى الأرش لا يثبت بحسب بناء العقلاء أصلا، بل هو أمر تعبدى محض و غرامه خاصه قد ثبت بالتعبد الشرعى و أما كيفيه ثبوته من أنه هو التفاوت بين الصحيح و المعيب بحسب القيمه الواقعيه أو التفاوت بينهما فى هذه المعامله بأن يقوم الصحيح و المعيب و تؤخذ نسبه ذلك التفاوت من أصل الثمن و أما هذه الكيفيه فلم تظهر من الاخبار، بل الظاهر من بعضها بدوا هو الاحتمال الأول و ان كان بعضها ساكتا عن ذلك، بل يدل على أخذ ما نقصه العيب.

و أما ما فى بعض الأخبار من أنه يوضع عنه من ثمنها بقدر عيب ان

كان فيها كما فى روايه ابن سنان و يضع له من ثمنها بقدر عيبها كما فى روايه زراره و فى روايات اخرى أيضا يردّ عليه بقيمه أو بقدر ما نقصه العيب فربما يتوهم منها أن المراد من الثمن هو الثمن فى هذه المعامله بدعوى أن ردّ مقدار من الثمن قرينه على أن المراد منه ذلك فإنه هو الذى أعطاه المشتري للبائع فحكم الامام عليه السلام برد مقدار الثمن يكون قرينه على أن المراد هو ذلك الثمن و لكن لا- ظهور فيها فى أن المراد من التفاوت هو التفاوت بين الصحيح و المعيب بحسب ثمن العين فى هذه المعامله و ذلك فان هذه الأخبار بأجمعها إنما تبين حال المبيع صحيحه و معيبه بحسب قيمه المتعارفه و ذلك لأن المفروض فيها أن المعامله لا محذور فيها من بقيه الجهات من حيث الغبن و غيره إلا من حيث اشتغال المبيع على العيب و من الواضح أن الغالب فى المعاملات الواقعه على الميزان المتعارف و لم نشتغل على الغبن و نحوه هو تساوى قيمه المبيع بالنسبه الى هذه المعامله و الى القيمه الواقعيه و على هذا فحكم الامام عليه السلام برد مقدار من الثمن أو وضعه من جهه الغلبه و ان الغالب هو تساوى القيمه الواقعيه مع قيمه هذه المعامله.

و بعبارة اخرى أن هذه التعبيرات و ان كان الظاهر منها أن المردود لا- يكون أكثر من أصل الثمن لمكان قرينه كلمه الرد و الوضع فى ذلك و أن هذا لا يكون إلا فى ثمن العيب بالنسبه الى هذه المعامله لأن التفاوت بحسب القيمه الواقعيه ربما يكون أزيد من أصل ثمنها بالنسبه الى هذه المعامله و لكن نقول أن هذا لا- يدل على ذلك فان الغالب هو تساوى القيمتين فى المعاملات المتعارفه الغير الواقعيه على الغبن و نحوه بل هو من جهه تساوى القيمه الواقعيه للعين مع قيمتها فى هذه المعامله فلأجل هذه التساوى يكون ردّ التفاوت ما بين الصحيح و المعيب بحسب القيمه

الواقعيه ردا لمقدار من الثمن الذي هو التفاوت بين الصحيح و المعيب بحسب هذه المعامله و لا يخفى أن الغلبه التي ندعيها في المقام ليس هو غلبه الأفراد و إلا فلا يجوز حمل المطلق على الفرد الغالب، بل الغلبه من جهه أن هذه الروايات تبين حكم المعامله مع فرضها حاويه لبقية الجهات كما هو المتفاهم العرفي و إلا فمجرد تساوي القيمتين بحسب الخارج لا يجوز حملها على الغالب.

و بعباره أخرى أن ورود الروايات انما هو لأجل بيان حكم المعيب فقط فلا بدّ و أن يفرض أن المعامله من بقيه الجهات تامه و على هذا قل ما تكون قيمه الواقعيه غير مساويه مع قيمه العين في هذه المعامله، و أما الفرض النادر و هو أن يكون قيمه المبيع في هذه المعامله أقل بمراتب من القيمه الواقعيه أو أضعاف قيمه العين بحسب القيمه الواقعيه فهو خارج عن محط الروايات و هذا هو محل الكلام في المقام من أنه مع الاختلاف فالقاعدته في أخذ الأرش هل هو التفاوت بحسب القيمه الواقعيه أو بحسب هذه المعامله؟ و هذا فالالتزام بأن الأرش مختص بخصوص المعاملات المتعارفه التي كانت القيمتان فيها متساويتين بعيد جدا، بل لم يلتزمه أحد فيما نعلم من العامله و الخاصه.

و لم يعهد من أحد ان يلتزم بثبوت الأرش في المعاملات فقط و عليه فحكم المعاملات المتعارفه انما هو معلومه بهذه الأخبار و أنها مسوقه لذلك و حكم المعاملات الغير المتعارفه التي كان الثمن فيها قليلا جدا أو كثيرا كذلك و لم يكن متوسطات معلومه بالقطع بعدم الفرق بينها و بين المعاملات المتعارفه هذا فاغتنم.

و السرّ في ذلك و أن المراد من القيمه ليست القيمه الواقعيه، بل القيمه في هذه المعامله سواء في المعاملات المتعارفه كما هو يقتض الأخبار

أو فى المعاملات الغير المتعارفه كما هو مقتضى القطع و السرّ هو أن الضمان هنا أى الضمان بالأرّش ليس هو ضمان اليد بحيث يكون ذلك بمقتضى اليد التى ثبتت على مال الغير و تلفت تحتها كما إذا أخذ دابه أحد بغير اذنه و كسر رجله أو متاعه فأتلفه، فإن الضمان هنا ضمان يد، فلا بدّ و أن يخرج التالف عن عهده للمتلف، فيقوم ذلك و تؤخذ منه القيمه الواقعيه و فى فرض التعيب يؤخذ منه التفاوت بين الصحيح و المعيب بحسب القيمه الواقعيه فإن المال على قيمته الواقعيه داخله تحت ضمان اليد فيخرج من عهده و ليس ذلك الضمان ضمان المعاوضه أيضا بأن يكون ذلك مضمونا بحسب المعامله أيضا كما إذا اشترى عشره أمان من الحنطه كليه و أسلم البائع تسعه أمان فان منا واحدا هنا مضمون على البائع ضمان معامله فلا بدّ له من تسليمه إلا إذا كان المبيع شخصيا فإنه لا يلزم تسليمه فان الموجود الخارجى الشخصى الذى هو مبيع قد باعه البائع بما أنه عشره أمان فظهر تسعه فيكشف من ذلك عدم وجود المبيع أصلا بالنسبه الى من واحد و هكذا فى كل مورد يكون جزء من المبيع ناقصا فان ضمان البائع لذلك ضمان معاملى أى بحسب اقدامه على بيع ذلك صار ضامنا له.

و أما عدم كون ضمان الأرّش ضمان يد فواضح لعدم دخوله تحت ضمان البائع باليد بحيث يكون المبيع ملكا للمشتري و أخذه البائع عدوانا و أوجب نقصا فيه ليكون ضامنا حسب ضمان اليد و أنها عدم كونه من قبيل ضمان المعاوضه فلعدم كون الوصف مقابلا- بالمال حتى يكون البائع ضامنا ضمان معاملى مع ظهور المبيع فاقتدا للوصف، بل الضمان هنا نحو آخر غيرهما فهو فى حكم ضمان المعاملى، فإن غايه ما يستفاد من هذه الاخبار أن وصف الصحه بمتزله الجزء الذى يقابل بالمال، لا حقيقه لما عرفت أن الوصف فى الحقيقه لا يقابل بالمال، بل حكما أى كما أن مقتضى نقصان الجزء يوجب

نقص الثمن بمقداره، وهكذا نقصان الوصف يوجب نقص مقدار من الثمن و على هذا فيكون الناقص بملا حظته أصل الثمن كالتقص الجزئي، فإن هذا لا يريد عما هو في حكمه فتكون قيمه ح هي القيمة بالنسبه الى هذه المعامله، و الذي الجائي على هذا أنه لم يذهب أحد من العامله و الخاصه الى أن المراد من القيمة هنا هي القيمة الواقعيه ليكون التفاوت باعتبارها فيكون ذلك قرينه على عدم فهمهم ذلك من الأخبار، بل انهم فهموا القيمة في هذه المعامله كما هو واضح.

و قد عرفت أنه ذكر المصنف (ره) أنه لا يعقل أن يكون الأرش مستوعبا للثمن و قد عرفت وجهه ثم فرض موردا لذلك في حصول العيب قبل القبض أو بعده، و في زمان الخيار بناء على كون الضمان فيهما على البائع.

و قال ((نعم، ربما يتصور ذلك فيما إذا أحدث قبل القبض أو في زمان الخيار عيب يستغرق للقيمة مع بقاء الشيء على صفه التملك بناء على أن مثل ذلك غير ملحق بالتلف في انفساخ العقد به، بل يأخذ المشتري أرش العيب و هو هنا مقدار تمام الثمن) و عليه فتبقى العين في ملك المشتري ان كانت إضافه الملكيه باقيه و ان خرجت عن الماليه و الأفتبقى تحت حقه فتكون العين متعلقه لحقه و لا تكون راجعه إلى البائع، ثم أشكل عليه بان الحالقه بالتلف مشكل.

أقول: لا ربط لهذه الصوره بالمقام أصلا بداهه أن كلامنا في الأرش و مورده على ما يستفاد من الاخبار هو ان يكون الشيء معييا قبل العقد كما ينادى بذلك روايه زراره أيما رجل اشترى شيئا و به عيب أو عوار إلخ، فإن الظاهر منها ان العيب كان موجودا فيه قبل العقد و لا شبهه أن العيب الحادث في زمان الخيار أو قبل القبض خارج عن مورد أخبار الأرش و على هذا فان قلنا بكون العين في ذلك مضمونه على البائع فيحكم بضمانه بمعنى



أن المعامله نفسخ و يأخذ المشتري الثمن من البائع و يأخذ البائع العين من المشتري و ان لم يكن مالا، بل و ان لم يكن ملكا أيضا بحيث خرجت عن الإضافه المالىه و الملكيه لا- أن المشتري يأخذ الأرش و تبقى العين تحت يده أيضا كما هو مقتضى قانون أخذ الأرش و إذا فالضمان هنا ليس ضمان أرش، بل ضمان خاص أجنبى عن الأرش و يفترق عنه بانفساخ العقد و رجوع العين الى ملك البائع ان كانت إضافه الملكيه باقيه و الأ فتكون متعلقه لحقه فافهم.

نعم، يمكن تصوير ذلك بأنه إذا اشترى متاعا بثمن ككتاب شرح اللعنه و ظهر معينا بحيث لو أصلح ذلك و أبقيت مالىته ليكون صحيحا كان مصرفه أكثر من أصل قيمه المعيب أو اشترى عبدا و ظهر مريضا و كانت قيمته خمسين دينارا و لكن كان مصرف مرضه بحيث يكون صحيحا مائة دينار فيكون الأرش فى مثل هذه التصويرات أكثر من قيمه أصل المعيب.

و لكن الظاهر أن هذا أيضا لا- تخلو عن المناقشه بداهه أنه مع ذلك أيضا لا تسقط العين عن المالىه بالكليه بل هى باقيه على مالىتها بمقدار فإنها تقوم صحيحه و معيه فعلا و يؤخذ نسبة التفاوت ما بينهما من أصل الثمن لا أن مجموع قيمه الصحيح يؤخذ من البائع حتى يكون مستوعبا.

و على الجملة فلا نعقل صوره يكون الأرش فيها مستوعبا للثمن.

و بعباره أخرى أن ما تصلح به العين المعيبه و ان كان يستوعب الثمن أو يكون أكثر منه الأ- أنه مع ذلك لا- تخرج العين عن المالىه، بل لها قيمه أيضا فلا يكون الأرش مستوعبا للثمن كما هو واضح و ليس ذلك مثل الأعيان التى لا مالىه لها و تسقط عنها كالخل الذى لا حموضه فيه.

ثم انه ذكر المصنف أنه يظهر من العلامه فى كتبه أنه يلتزم بالأرش المستوعب فى العيب المتقدم على العقد فإنه ذكر العلامه(ره) فى كتبه

مسأله بيع العبد الجاني الى أن قال و للمشتري الفسخ مع الجهل فيرجع بالثمن أو الأرش فإن استوعب الجنايه قيمه و الأرش ثمنه أيضا فإن الظاهر من هذه العبارة أن في صوره عدم الفسخ يكون الأرش الذي يأخذه من البائع للعيب الذي هو الجنايه بمقدار الثمن فلذا عبر بكلمه أيضا غايه الأمر أنه على المبني الذي ذكرناه من كون الأرش غرامه يكون مساويا للثمن و لا يكون نفس الثمن و أما بناء على كون الأرش جزء من الثمن كان الأرش بعينه تمام الثمن.

أقول:تحقيق الكلام في هذا الفرع الذي ذكره العلامة(ره)في كتبه هو أن الجنايه الصادره من العبد على قسمين لأنها قد تصدر منه خطأ و قد تصدر منه عمدا،أما الأول فلا شبهه في أن العبد لا يكون متعلقا لحق المجنى عليه أصلا،بل ديه الجنايه على المولى إذا كان موسرا،نعم إذا كان معسرا و لم يقدر على إعطاء الديه كان للمجنى عليه أن يستوفى ذلك من نفس العبد بأن يسترقه ان كانت الجنايه مستوعبه و الأ يسترق بعضه هذا بالنسبه إلى المجنى عليه و أما المشتري فان كان عالما فلا شيء على البائع لأنه قد أقدم بذلك مع علمه و رضاه،فلا يرجع الى البائع و ان كان جاهلا و لم يكن المولى معطيا للديه لإعساره فاسترقه المجنى عليه من المشتري فيرجع المشتري ح على البائع بما اغترمه للمجنى عليه و هذا واضح.

و أما الجنايه العمديه فهي توجب كون العبد بنفسه متعلقا لحق الغير و من هنا يجعلون من جمله الحقوق حق الجنايه و في هنا أيضا لا يكون البيع باطلا مع وقوعه بدون إجازة المجنى عليه لما قد عرفت في البيع أن كون شيء متعلقا لحق الغير كحق الرهن و الجنايه و نحوهما لا- يمنع عن صحه البيع سواء أجاز ذو الحق ذلك أم لا،فإن غايه الأمر له أن يستوفى حقه من العين أينما وجدها و أما بطلان البيع فلا،و الفرض أن العين في

ملك البائع أيضا فليس ملكا للمجنى عليه، بل له أن يسترقيها و يدخلها في ملكه لا أنها تصير ملكا له بمجرد الجنايه و أما المشتري فهو مع علمه بالحال ليس له شيء لأنه مع علمه بالحال قد أقدم على ذلك و أما مع الجهل فله الفسخ أو مطالبه الأرش.

و توهم سقوط المملوك عن الماليه في صوره الجنايه العمديه مع جهل المشتري لكونه معرضا للخطر فإنه لو كان كذلك كان للعلامه أن يحكم بالبطلان في صوره العلم مع أنه لا يحكم بذلك فلاحظ كلامه و الوجه في ذلك أنه ممن يعتبر الماليه في المبيع و ان لم نعتبرها في ذلك على أن توهم سقوطه عن الماليه بلا وجه فان مجرد احتمال أن المجنى عليه يستوف حقه منه بقتله و نحوه لا يخرج عن الماليه لاحتمال أن لا يستوفى أصلا، فافهم.

**قوله: مسأله: يعرف الأرش. بمعرفه قيمه الصحيح و المعيب**

**اشاره**

أقول: لما عرفت أن النقص لعيب و عوار يوجب جواز مطالبه المشتري الأرش من البائع.

و أما طريق معرفته انما هو بمعرفه قيمته الصحيح و المعيب ليعرف التفاوت بينهما فيؤخذ من البائع بنسبه ذلك التفاوت هذا إذا كانت القيمه معلومه.

و أما إذا لم تكن القيمه معلومه فلا بدّ من الرجوع الى العارف بها و قد

**قسم المصنف ذلك الى ثلاثه أقسام:**

**الأول: أن تكون القيمه معروفه و معلومه عند أهل البلد من غير احتياج**

في معرفتها الى أهل الخبره

و لكن البائع و المشتري جاهلان بها فيستلان ممن هو عارف بها و يخبر عن القيمه المتعارفه بين الناس بأن يخبرون أن هذه الحنطه في السوق يباع كذا و هذا القسم داخل في الشهاده فيعتبر فيها التعدد.

ص: ٢٨٥

## القسم الثاني: أن لا تكون قيمه معلومه فى السوق لعدم وجوده فيه

أصلاً،

و يخبر المخبر عن قيمه بحدته من جهة ملاحظه أشباهه و نظائره و ان كان من غير جنسه لأنه من أهل الخبره يعرف قيمه الأشياء بملاحظه الأوصاف و الخصوصيات الموجوده فيها، كما إذا كان المبيع تذكره العلامه بخطه و ظهر معيوباً فإنه ليس له نسخ كثيره فى السوق حتى يعرف قيمتها منه، بل هو منحصر بنسخه واحده فأخبار المخبر بقيمتها من جهة حدسه و بملاحظه أوصافها من حيث نظائرها من الكتب الخطيه و هذا خارج عن موضوع الشهاده و الاخبار، بل هو من صغريات اخبار أهل الخبره كالطبيب و نحوه، و قد ثبت حجيه قوله ببناء العقلاء و من ذلك الرجوع الى قول المجتهد فإنه من أهل الخبره مع قطع النظر عن الروايات الوارده فى حجيه قوله كما هو واضح.

## القسم الثالث: ان تكون قيمه المبيع بحسب أجناسه معلومه فى السوق

و لكن لا يعلم أنه من قسم الردى أو من قسم الجيد،

فالخبر يخبر على الانطباق أى انطباق الصحيح بالمبيع و الردى عليه، و الأبعد العلم بكونه من أيهما فالقيمه معلومه، فالجهل انما هو فى الانطباق فهذا داخل أيضاً فى أهل الخبره فإن الاطلاع بذلك الخصوصيه التى توجب الانطباق يجعلها أهل خبره، فقد قام بناء العقلاء على قبول قوله كما عرفت فى سابقه.

و على الجملة القسم الأول من قبيل الشهاده و القسمين الأخيرين من باب قبول قول أهل الخبره أما القسم الأول فلا شبهه فى حجيته مع وجود شروط الشهاده فيه و أما بقيه الأقسام فكك أيضاً لوجهين على سبيل مانعه الخلو فإنه اما من جهة أن دليل حجيه خبر الواحد يشمل جميع أقسام الاخبار سواء تعدد المخبر أم لا، و سواء كان الاخبار عن الموضوعات أو عن الأحكام المتعدده كباب المرافعات المسمى بباب الشهاده و نحوه، و

قد ذكرنا ذلك في محله و أن دليل حجيه الخبر من بناء العقلاء و غيره يقتضى حجيه الخبر بقول مطلق و أن اعتبار بعض القيود من جهه الدليل الخارجى أو من جهه أن بناء العقلاء قائم على اعتبار الوجهين الأخيرين أيضا من جهه حجيه قول أهل الخبره على أن الوجه هو الذى قلنا من شمول حجيه خبر الواحد بجميع أقسام الخبر سواء كان فى الموضوعات أو فى الاحكام و اعتبار التعدد فى باب المرافعات و نحوه المسماه بباب الشهاده،انما هو بدليل خاص و أنه خرج عن ذلك الأصل بدليل و الآ فقول العادل الواحد يقبل فى جميع ذلك كما لا يخفى.

ثم إذا لم يوجد المقوم فهل يكتفى بمطلق الظن أو يؤخذ الأكثر، أو يكتفى بالأقل، أما الأول فمن جهه حجيه الظن عند انسداد باب العلم و أما الثانى فلان ذمه البائع مشغوله بالأرش مع مطالبه المشتري، فلا تبرء ذمته إلا بأداء الأكثر، و أما الثالث فلكونه هو المتيقن، فالظاهر هو الأخير لما عرفت مرارا فى الأصول و غيره أن الشك فى أمثال ذلك فى أصل اشتغال الذمه بالأكثر من الأول لا أن الذمه اشتغلت و نشك فى برائتها بإعطاء الأقل و عليه فالمتيقن هو إعطاء الأقل كما هو واضح.

مسأله فى تعارض المقومون

**قوله: مسأله: لو تعارض المقومون**

فيحتمل تقديم بينه الأقل للأصل.

أقول: قد عرفت أنه لا بدّ فى معرفه الأرش من الرجوع الى المقوم من جهه كونه من أهل الخبره فإذا عرف الحال بالرجوع اليه فيها، و إذا اختلف المقومون فما ذا تقتضيه القاعده، أقول: إذا اختلف البائع و المشتري فى قيمه بأن ادعى المشتري كون الأرش أكثر و أنكره البائع و رجعا الى المقوم و

اختلف المقومون فى ذلك أيضا بحيث كان رجوعهما الى المقومين بعد اختلافهم فى ذلك و لا يخفى أن فرض البائع منكرًا من جهة الغلبه حيث يكون المعيب هو المبيع، والأ- قد يكون المعيب هو الثمن و ينعكس الأمر و كيف كان فالظاهر أن هذه الصورة خارجه عن مورد كلام الشيخ و غيرهم الذين تصدوا لبيان حكم هذه المسأله و أنه لم يتبّه أحد بذلك فيما نعلم.

و بيان ذلك أن كلامهم مسوق لبيان حكم صوره الاختلاف فى الأرش مع جهل المتبايعين بالحال و هذه الصورة انما هى الرجوع الى المقوم مع اختلافهما فى ذلك كما هو واضح. و أما حكم هذه الصورة فالظاهر أنه لا يجرى فى المقام ما ذكر فى المدعى و المنكر فان الظاهر من الروايات الوارده فى ذلك هو اختصاص البينه للمدعى و اختصاص اليمين بالمنكر و الرجوع الى المقومين، يقتضى أن تسمع بينه المنكر أيضا، و هو على خلاف تلك الاخبار كما هو واضح.

و على تقدير الرجوع الى ذلك القاعده و شمولها للمقام يكون من قبيل تعارض بينه الداخلى و الخارج فكلما ذكر فى ذلك يأتى هنا.

و بعبارة أخرى أن فى صوره اختلاف المتبايعين فى الأرش من حيث الزيادة و النقصان كان ذلك من قبيل المدعى و المنكر فيكون من صغريات تلك المسأله فان قلنا بسمع بينه المنكر، فيكون التعارض بينهما من قبيل تعارض بينه الداخلى و الخارج و البحث فيه فى محله و ان لم نقل بسمع بينه المنكر، بل كان اللازم فى حقه اليمين كما هو الظاهر لم تسمع بينه بل بينه المدعى.

و أما إذا جهل البائع و المشتري بالأرش أصلا و كان رجوعهما الى المقومين من جهة جهلهم بالأرش فمقتضى القاعده أى شىء فهل يرجع أحد المقومين الذى يكون قوله موافقا للأصل و هو بينه الأقل فإن فاختلاف هنا

فى الأ-كثر و لا شبهه أن بئنه الأقل موافقه للأصل أو يؤخذ بئنه الأكثر فإن جهه الاختلاف هنا عدم وصول بئنه الأقل بما وصل اليه بئنه الأ-كثر فتكون جاهلا- بالزياده أو يرجع الى الحاكم فيكون الحاكم مختيرا بين أن يأخذ بأى بئنه شاء على حسب رأيه أو يرجع الى القرعه لأنها لكل أمر مشتبه أو يرجع الى الصلح لأن لكل منهما حجه شرعيه فمقتضى العمل بها هو الرجوع إليها كما هو واضح. أو أنه يجمع بينهما بطرح مقدار مفاد كل منهما و الأخذ بالبقية بأن تؤخذ من كل بئنه نصف قيمه لو كان المقومان اثنان أو الثلث لو كان ثلاثة و هكذا و قد اختار المصنف الوجه الأخير تبعا لمعظم الأصحاب و أشكل فى بقيه الوجوه كلها.

أقول: ان كان نظره أى نظر المصنف من ترجيح ما ذهب اليه المعظم الى الجمع بين الدليلين مطلقا فإنه لا شبهه فى كونه جمعا عرفيا و مختصا بالموارد التى تكون فى أحد الدليلين قرينه على بيان المراد.

و بعبارة أخرى أن تلك القاعدة مختصه بموارد كون أحد الدليلين ذى القرينه دون الأخر، كما إذا صدرا معا من شخص واحد، فإنه نعلم بعدم كذبه فيكون ذلك قرينه على الجمع بينهما أو صدرا من شخصين الذين فى حكم شخص واحد كالأئمه (عليه السلام) فإنهم لسان واحد و من هنا انه يقع نسبه روايه صدرت عن الصادق عليه السلام الى سائر الأئمه (عليه السلام) و لكن ذلك لا يجرى فى المقام فان كل واحد من المقومين غير الأخر فالجمع بينهما على هذا النحو موجب للمخالفة القطعيه فلا يمكن الأخذ بهذه و قد أشكل عليه المصنف بهذا البيان فى أول التعادل و التراجيح من كتاب الرسائل.

و ان كان نظره فى ذلك هو الرجوع الى هذه القاعدة فى المرافعات الماليه و حقوقها بان يكون العلم بوصول المال الى صاحبه متوقفا على بذل مقدار منه نظير المقدمه الوجوديه بأن يتوقف إيصال المال الى صاحبه على بذل مقدار منه، فيكون المراد من أولويه الجمع من الطرح الأولويه التعيينه

كالاولويه فى باب الإرث، بل ذكر المصنف ان اجراء هذه القاعده هنا أولى من إجرائها فى الأحكام لأن الأخذ بأحدهما كليه و ترك الآخر كك، فى التكاليف الشرعيه لا ينقص عن التعين الذى هو مثل الجمع بين الدليلين من الاحكام، و لا يجوز الارتكاب به بخلاف ما نحن فيه الى آخر ما ذكره فهذا لا شبهه فيه لقيام السيره على ذلك، فان بناء العقلاء على إمضاء هذا العمل بل ورد نظير ذلك فى الأخبار كما فى قضيه الودعى حيث أوجب الإمام عليه السلام أن لكل من الودعيين النصف مع العلم بأن الدرهم لأحدهما و ذلك لأن العلم بوصول المال اعنى الدرهم الى صاحبه متوقف على إعطاء نصف الدرهم لغيره و ان كان مراده هذا فهو لا- شبهه فيه، الأ- أنه أجنبى عن مقامنا و هو الاختلاف فى الأرش فإن ذلك كما عرفت انما هو فى الحقوق المالىه و من الواضح أنه ليس هنا حق مالى حتى يكون الاختلاف فى ذلك و ينتهى النوبه إلى تلك القاعده و يعمل بها لأجل العلم بإيصال المال الى صاحبه، بل الأمر هنا دائر بين الأقل و الأكثر كما عرفت و الأقل متيقن و الكلام فى أصل اشتغال الذمه بالأكثر فهو أول الكلام فضل عن ان يراجع بقاعده التصنيف كما هو واضح.

على أن الرجوع الى أمثال المقام يعطى القطع بعدم جواز الرجوع بقاعده الجمع بين الدليلين كما إذا كان اختلاف المتبايعين فى أصل الأرش لا فى الزياده و النقيصه كما عرفت أن الأمر فى المقام يدور بين الأقل و الأكثر فالنزاع فى الأكثر أنه ثابت أم لا، مثل النزاع فى ثبوت الأرش و عدمه ابتداء و عليه فلا بدّ من الرجوع الى قاعده الجمع بين الدليلين.

ثم انه كما لا يمكن الرجوع الى قضيه الودعى و الإشهاد بها للمقام كما عرفت و كذلك لا يمكن الرجوع الى ما ورد فى بعض الأخبار من أن الدار التى تحت يد شخصين و يدعى كل منهما كونها ملكا له أنه تنصف و



الوجه فى خروج ذلك عن المقام هو أن الحكم بالتنصيف من جهة قاعده اليد و كون البيئتين متعارضتين.

و يمكن التوجيه بوجه آخر و هو أن الحكم بالتنصيف فى قضيه الدار من جهة أن كل منهما يدعى النصف من الآخر و ينكره الأخير فإن النصف الآخر تحت يده على نحو المشاء فكل منهما اقام بينه على ما يدعيه و أوجبت ذلك كون إنكار الآخر ذلك لغوا محضا فيكون النصف له من جهة البيئه كما لا يخفى.

انتهى كلامها الى الجمع بين المقومين و قلنا ان المشهور ذهبوا اليه و أن مقتضى الجمع بين البيئتين هو الأخذ بالنصف إذا كانت البيئه اثنان و بالثلث إذا كانت ثلاثه و هكذا و قلنا أنه لا وجه لهذا الوجه لأنه إذا كان من جهة الجمع بين الدليلين كما ذهب اليه الشيخ الطوسى و ذكر أن الجمع بين الدليلين مهما أمكن أولى من الطرح كما أن هذا يظهر من أول كلام المصنف و هو الذى ذكره المصنف فى التعادل و التراجيح من الرسائل.

و أشكل عليه بأنه لا- وجه للجمع بين الدليلين بذلك حيث انه طرح لهما و هو مخالفه قطعيه الا ان يكون هنا قرينه على ذلك كما إذا أورد من شخص واحد أو من فى حكم شخص واحد و ان كان المراد من ذلك هو قاعده العدل و الانصاف و الجمع بين الحقوق كما يظهر ذلك من ذيل كلامه و هو و ان كان متينا لقيام السيره القطعيه عليه فى الحقوق المالىه، بل ورد عليه الخبر فى الودعى فإن العرف قاض بجواز بذل مقدار من المال مقدمه للعلم بوصول مقدار منه الى صاحبه نظير المقدمات الوجوديه كبذل مقدار من المال لإيصال مقدار الآخر الى صاحبه و هو حسن و لكن لا ربط له بالمقام حيث ان فى المقام ليس حق مالى و انما الأرش يثبت بالمطالبه و لا شبهه أنه لم يثبت بالمطالبه إلا ما هو المتيقن و أما الزائد فلا، كما هو واضح.

بل ذكرنا أن اختلاف المقومين في الزيادة و النقصان مثل اختلافهم في أصل ثبوت الأرش و عدمه لأن الأقل متيقن و الأكثر مشكوك فيكون الأكثر مثل أصل ثبوت الأرش من الأول كما هو واضح.

و اما قضيه الحكم بتنصيف الدار فقد عرفت أنه من جهه اليد أو من جهه قيام البينه على كون كل من النصفين لكل منهما كما هو واضح.

و أما الرجوع الى القرعه فلا وجه له أيضا، لأن الأدله العامه للقرعه الداله على انها لكل أمر مشتبه لا يمكن الرجوع إليها و الا فيلزم أن لا يرجع الى شيء من الأصول و الامارات لوجود الشك في مواردها.

و أما الأدله الخاصه التي ذكرها السيد الداله على جريانها في بعض الموارد فهي خارجه عن المقام لأن الظاهر أنها مختصه بصوره التداعى فإن الإمام عليه السلام حكم فيما تداعى اثنان و أقام كل منهما بينه على ما يدعيه انه يرجع الى القرعه و كل من خرجت القرعه على اسمه يحلف و يحكه له فيعلم من ذلك أن القرعه في مورد التداعى، و أما المقام فليس بمورد التداعى أصلا كما عرفت في أول المسأله، بل ربما يعترف كل من البائع و المشتري بأنه لا يدري أن التفاوت بأى مقدار و عليه فكيف يرجع الى القرعه كما هو واضح.

و أما الحكم بأن الحاكم يكون مختيرا بين الأخذ بأى البيتين شاء فهو أيضا بلا وجه بداهه أنا ذكرنا في التعادل و الترجيح أنه لا أساس للقول بالتخير في باب تعارض الدليلين أصلا، و على تقدير جوازه فإنما يجوز ذلك في تعارض الروايتين و أما في تعارض مطلق الدليلين فلا كتعارض البيئه مع البيئه و الظاهر مع الظاهر، و الأصل مع الأصل و هكذا.

و أما الرجوع الى بيئه الأكثر فهو أيضا بلا وجه، لأنه إنما يجوز ذلك فيما إذا كانت بينه الأقل لا يعلم بالزائد، بأن يقول ان المتيقن أن قيمه هذا الشيء هذا المقدار على اليقين، و بيئه الأكثر تدعى العلم بان قيمته هذا

و ح فلا تعارض بين البيتين فان بينه من يدعى الأقل جاهل بالقيمه الزائد عن المقدار القليل و أنه يدعى القيمه القليله من باب القدر المتيقن و هذا بخلاف بينه من يدعى الأكثر فإنه يدعى العلم بكون قيمه هذا الشىء هو هذا المقدار كما هو واضح.

و أما إذا ادعت بينه كل منهما العلم بأن قيمه هذا الشىء هذا المقدار لا أكثر و لا أزيد.

و ح لا شبهه فى تعارض البيتين قطعا فلا مرجع للرجوع الى بينه الأكثر بدعوى أن بينه الأقل لا يعلم الجزء الزائد كما هو واضح.

و أما الأخذ بينه الأقل من جهه تعاضدها بالأصل فلا وجه له أيضا لما ذكره المصنف من أن الأصل انما يكون دليلا إذا لم يكن هنا دليل لفظى، و إلا فلا يكون الأصل دليلا و لا مرجحا كما هو واضح.

و قد حقق ذلك فى علم الأصول فى بحث التعادل و التراجيح. إذا فالمقام من موارد تعارض الدليلين و تساقطهما فلا بدّ من الرجوع الى الأصول العمليه فإننا ذكرنا فى مورده أن القاعده الكليه و الكبرى الكليه فى تعارض الدليلين هو الحكم بالتساقط و الرجوع الى الأصول العمليه و كذلك المقام كما لا يخفى فإنه من صغريات تلك الكبرى و أما الرجوع الى الصلح بان يكونا ملزمين عليه، فلا دليل عليه، إلا ان يختار المتبايعان ذلك باختيارهما و عليه فلو ألزما عليه كان الصلح باطلا من جهه كونه إكراهيا كما لا يخفى.

ثم انه على تقدير العمل بالجمع بين البيتين فما ذا هو طريق الجمع ذكر المشهور فى طريقه أنه أخذت قيمه واحده متساويه النسبه إلى الجميع أى منتزعه منه نسبتها إليه بالسويه فمن القيمتين يؤخذ نصفهما و من الثلث ثلثها و من الخمس خمسها و هكذا و ضابطه أنه تؤخذ قيمه واحده منتزعه

من المجموع نسبتها إليه كنسبه الواحد الى عدد ذلك القيم و الوجه في أخذه كك، أن الترجيح بلا مرجح باطلا فلا بدّ و أن يفعل هكذا أن يجمع القيم الصحيحه على حده و المعيبه كك و ينسب إحداهما إلى الأخرى و يؤخذ بتلك النسبه من غير فرق بين أن يكون اختلاف المقومين في قيمته صحيحا و معيبا أو في أحدهما.

و توضيح ذلك أنه يؤخذ من القيمتين الصحيح نصفهما و من الثلث ثلثهما و من الأربع ربعهما، و هكذا في المعيب، ثم يلاحظ النسبه بين المأخوذ للصحيح و المأخوذ للمعيب و يؤخذ بتلك النسبه مثلا إذا كان إحدى قيمتي الصحيح اثني عشر و الأخرى ستة و إحدى قيمتى المعيب أربعة و الأخرى اثنتين أخذ من كلتا قيمتى الصحيح و كلتا قيمتى المعيب النصف أعنى التسعه من قيمتى الصحيح و الثلاثه من قيمتى المعيب فيكون التفاوت بين قيمتى المعيب و قيمتى الصحيح بالثلثين فيكون الأرش ثلثي الثمن فيرد من أصل ثمن المبيع ثلثاه كما هو واضح.

و يمكن ملاحظه مجموع قيمتى الصحيح بالنسبه إلى مجموع قيمتى المعيب و أخذ نصف ما به التفاوت فأن التفاوت بين قيمتى الصحيح و قيمتى المعيب هو الستة في المثال المذكور و نصفها الثلاث و هكذا فيما إذا كان المقوم ثلاثه أو أربعة كما هو واضح.

مثلا إذا قومه إحداهما باثني عشر و الأخرى بثمانيه أخذ في نصف الأربعة بقول المثبت و في نصفها الآخر بقول النافي جمعا بين حقى البائع و المشتري.

و الى هذا يرجع أيضا تنصيف ما به التفاوت بين قيمتى الصحيح أو قيمتى المعيب بأن تعمل نصفه بقول المثبت للزيادة و فى النصف الآخر بقول النافي فإذا قومه إحداهما صحيحا باثني عشر و الآخر صحيحا بثمانيه أخذ في

نصف الأربعة بقول المثبت و فى نصفها الآخر بقول النافى و كك فى طرف المعيب و هكذا فى المثال المتقدم.

ثم انه قد اعرض الشهيد(ره) عن طريقه المشهور من جهة عدم الدليل على أخذ القيمة الانتزاعية و سلك مسلكا آخر و هو الأخذ بنفس النسبة بين قيمه كل معيب الى صحيحها و يجمع قدر النسبه و يؤخذ من المجتمع نسبتها بأن يرجع الى البينه فى مقدار التفاوت فقط، و يجمع بين البيئات فيه من غير ملاحظه القيم فإذا قومه إحداهما صحيحا باثنى عشر و معيبا بثمانيه و قومه الأخرى صحيحا بالعشره و معيبا بثمانيه فمقدار التفاوت بين الصحيح و المعيب فى القيمة الاولى هو الثلث و فى الثانيه هو الخمس.

ثم انه قد يتحد طريق الشهيد مع طريق المشهور و قد يختلف و انما لم نفصل لأننا لم نساعد الشيخ و المشهور فى المبني.

### قوله: القول فى الشروط التى يقع عليها العقد.

أقول: ذكر المصنف أن للشرط فى العرف معنيان الأول المعنى الحدى و المصدرى أعنى الالتزام، و الإلزام و الشرط بهذا المعنى مصدرى يصح ان يشتق منه المشتقات فيقال شرط شرط و هو شارط و ذلك الأمر مشروط و فلان مشروط له أو مشروط عليه ففى القاموس أنه التزام الشىء و إلزامه فى البيع و غيره ثم ذكر ان ظاهر كلام القاموس هو أن استعمال الشرط فى الإلزامات الابتدائية من قبيل المجاز دون الحقيقه.

ثم أشكل عليه بأنه فاسد و لعل صاحب القاموس لم يطلع على موارد استعمال كلمه الشرط و ما اشتق منها فى الإلزامات الابتدائية مع أنه كثير كقوله عليه السلام فى حكاية بيع بريره ان قضاء الله أحق و شرط أوثق و الولاء لمن أعتق و كقول على عليه السلام فى الرد على مشترط عدم التزويج بامرأه أخرى فى النكاح ان شرط الله قبل شرط كم و قوله عليه السلام: ما

الشرط فى الحيوان؟ قال: ثلاثة أيام للمشتري، قلت: و فى غيره؟ قال: هما بالخيار حتى يفترقا و أيضا قد أطلق الشرط على العهد و النذر و الوعد فى بعض أخبار النكاح و قد اعترف فى الحدائق بأن إطلاق الشرط على البيع كثير فى الأخبار.

و توهم أن الاستعمال فى الموارد المذكوره على نحو المجاز توهم فاسد لكونه على خلاف الظاهر و محتاجا إلى القرينه على أن الامام عليه السلام استدلا بقوله عليه السلام المؤمنون عند شروطهم على العهد و النذر فى بعض أخبار النكاح و يضاف الى ذلك أنه لا حجيه فى قول القاموس مع تفرده بالنقل و كون الاستعمالات على خلافه.

و على الجملة فلا شبهه فى أن هذا المعنى للشرط معنى عرفى و هو الالتزام و قد يطلق على الملتزم به مجازا فيطلق الشرط و يراد منه المشروط كالخلق بمعنى المخلوق و ح فيراد منه ما يلزمه الإنسان على نفسه.

المعنى الثانى من المعانى العرفيه ما يلزم من عدمه عدم المشروط من دون أن يلاحظ ناحيه الوجود بأنه يلزم من وجوده الوجود أو لا يلزم فيكون المراد من الشرط بهذا المعنى فى نظر العرف ما يكون دخيلا فى تحقق الشىء و وجوده فى الخارج و لا ريب أن الشرط بهذا المعنى من الجوامد فلا يصح اشتقاق المشتقات منه لعدم كونه مصدرا و لا أنه فعل لأحد و على هذا فاشتقاق المشروط منه و كك الشارط و نحوهما ليس على الأصل و القاعده و لذا ليس أى الشارط و المشروط بمتضايين فى الفعل و الانفعال بل الشارط هو بمعنى الجاعل و المشروط هو الذى جعل له الشرط كالمسبب بالكسر و الفتح المشتقين من السبب الذى هو اسم جامد، و الحاصل: أن الشرط بمعنى الثانى نظير الأمر بمعنى الشىء الذى لا يصح أن يشتق منه شىء، و الشرط بالمعنى الأول نظير الأمر بمعنى الطلب الذى يصح الاشتقاق منه.

ثم ذكر أن للشرط معنيين آخرين اصطلاحين، أحدهما ما وقع عليه اصطلاح النحاه من أن الشرط هي الجملة الواقعه عقيب أدوات الشرط.

و ثانيهما: ما استقر عليه اصطلاح أهل المعقول و الأصول من أن الشرط ما يلزم من عدمه عدم المشروط و لا يلزم من وجوده الوجود، و هذا المعنى الثانى الاصطلاحى أخص من المعنى الثانى العرفى، فإنه أى المعنى الثانى العرفى أعم منه فان لك قد عرفت أنه ما يلزم من عدمه العدم و لكن طرف الوجود مسكوت عنه فإنه قد يلزم من وجوده الوجود فيشمل السبب و قد لا يلزم فيشمل هذا المعنى الثانى الاصطلاحى كما هو واضح لا يخفى فافهم.

ثم ذكر أن فى الاخبار عن الشرط بثلاثة أيام فى أخبار خيار الحيوان مسامحه واضحه لعدم كون ثلاثة أيام شرطاً فعليه فلا بدّ من توجيه ذلك بتقدير المضاف بأن يكون المراد شرط ثلاثة أيام ليكون الشرط بمعنى خيار كما صرح بكون الشرط بمعنى الخيار المصنف فى ذيل كلامه.

و عليه فيكون ذلك مثل ما ورد فى بعض اخبار خيار الحيوان أن فى الحيوان كله شرط ثلاثة أيام، و لا يحتاج هذا التعبير الى التوجيه كما توهم بعض المحشين من كلام المصنف (و لا يخفى توقفه على التوجيه) بل هو قيد لما قبل كلمه النعم أعنى الأخبار المشتمله على الاخبار عن الشرط بثلاثة أيام.

و كيف كان فالشرط فى هذه الاخبار اما بمعنى ما قرره الشارع و ألزمه المتبايعين أو أحدهما من التسلط على الفسخ فيكون مصدرا بمعنى المفعول فيكون المراد به نفس الخيار المحدود من الشارع أو يراد به الحاكم الشرعى المقرر و هو ثبوت الخيار.

أقول: الظاهر أن الشرط فى جميع الموارد قد استعمل بمعنى واحد و هو الربط و الارتباط و الإناطه و ليس له معنى عرفى و معنى اصطلاحى بل جميعها يرجع الى معنى واحد و إذا لاحظنا جميع موارد الشرط نرى كونه

مربوطا بشيء واحد و منوطا به و هذا الإناطة قد تكون أمرا تكوينيا كالشروط التكوينية كتقيد المعلول بعليه فإن المعلول مشروط وجوده بوجود كل جزء من أجزاء علته و بوجود مجموع اجزاء علته فوجود العله شرط لوجود معلولها تكوينيا و قد تكون أمرا شرعيا و اناطه جعليا كالشروط الجعليه فى العقد، و من ذلك شروط الصلاة و بقيه العبادات و غيرها التى جعلها الشارع شرطا.

و قد ذكرنا فى مقدمه الواجب من علم الأصول أن فى موارد الشروط الشرعيه أن التوقف أيضا عقلى غايه الأمر أن المنشأ أمر مجعول، مثلا توقف الصلاة على الطهاره أمر تكوينى بعد جعل الطهاره دخيلا فى الصلاة و هكذا فى بقيه موارد الشروط الشرعيه.

نعم، فى المعاملات الشروط جعليه محضه و هى الربط و هذا الربط بنفسه مجعول.

و بعبارة أخرى أن الشرط قد يكون أمرا تكوينيا كتوقف المعلول على العله و قد يكون أمرا شرعيا كالطهاره بالنسبه إلى الصلاة، و على كل تقدير فالتوقف عقلى، و انما المنشأ شرعى، و قد يكون جعليا محضا كالشروط فى المعاملات فإنها عبارة عن الإناطه المحضه و هى مجعوله للجاعل.

ثم ان هذا المعنى الوجدانى يشمل الشروط الابتدائيه أيضا لوجود الإناطه فيها، فان الشرط قد أطلق على النذر و اليمين، و كذا على البيع على ما اعترف به صاحب الحدائق مع أنها ليست فى ضمنه عقد آخر لكى لا تكون شرطا ابتدائيا، بل جميع الشروط التكوينية شروط ابتدائيه كالعله و أجزاءها بالنسبه إلى المعلول، و على هذا فلا بأس بإطلاق الشرط على الشروط الابتدائيه كما ذكره المصنف، و لكن لا شهاده فيما ذكره من موارد الاستعمال على هذا الدعوى.

أما قوله قضاء الله أحق و شرطه أوثق و الولاء لمن أعتق، فلعل إطلاق



الشرط هنا من جهة المقابلة حيث ان السائل قد شرط عدم كون الولاء لمن أعتق فمقابله لذلك أطلق الإمام عليه السلام الشرط على ذلك كما أن المقابلة في التعبير في غير هذه الموارد أيضا كثيره كقوله تعالى تَعَلَّمْ مَا فِي نَفْسِي وَ لَا أَعْلَمْ مَا فِي نَفْسِكَ ،حيث أطلق النفس على الله تعالى مقابله لإطلاقها على نفسه و من هنا ظهر ما في قوله عليه السلام شرط الله قبل شرطكم،و أما إطلاق الشرط على الخيار في قولهم في أخبار خيار الحيوان فمن جهة أن العقد منوط بالخيار و محدود به،فلا يكون الشرط ابتدائيا، بل في ضمن عقد البيع.

ثم ان مرجع هذا المعنى من الشرط في مقام التحليل إلى أمرين:

الأول أن يكون نفس الالتزام معلقا بشيء كأن يبيع مثلا- على تقدير تحقق أمر فلانى، بأن باع عبدا بشرط أن يلتزم المشتري بإعطائه للعالم الفلانى و بحيث أصل الالتزام مربوطا بشيء آخر بمعنى أنه لا يبيع مع عدم هذا الالتزام من المشتري،و لا يضرّ التعليق هنا لكونه واقعا على أمر حاصل و انما يضرّ التعليق إذا كان بأمر استقبالي غير حاضر كما هو واضح.

و من هذا القبيل الشروط الواقعة في العقد اللانزاه التي لا- يجرى فيها الخيار كالنكاح،فان معنى الاشتراط فيه هو أن الالتزام بالنكاح على تقدير التزام المشروط عليه بالشرط المعلوم،و الأ فلا يلزم و يكون بذلك مندرجا تحت عموم الوفاء بالعقد،و أما إذا لم يف المشروط عليه بالشرط فلا- يثبت للمشروط له ح خيار بذلك،بل لعدم جريان الخيار في النكاح،بل يلزم في الحكومه بالوفاء به،و قد ذكرنا في بحث التعليق أن هذا لا يضر بالعقد،نعم إذا كان ذلك في مثل البيع و نحوه مما يجرى فيه الخيار فيثبت للمشروط له خيار على تقدير عدم الوفاء بما التزم به،فتكون نتيجة الاشتراط أمران كما هو واضح.

المعنى الثانى هو أن يكون التزام أحد المتعاقدين بالعقد معلقا على شىء خاص لا أصل للالتزام بالعقد كما إذا باع أحد متاعا، و الشرط فى ضمن العقد صفه خاصه أى كونه على وصف خاص أو فعلا بأن يشترط عليه خياطه ثوب، و قد ذكرنا سابقا أنه لا معنى لاشتراط شىء فى العقد، إلا التعليق، أو ثبوت الخيار للمشروط له على تقدير التخلف، و حيث لا معنى للأول فيكون معنى الاشتراط هو الثانى.

و قد تحصل مما ذكرنا أن الشرط فى ضمن المعاملات قد يكون بإناطه العقد بفعل كبيع شىء على تقدير التزام المشتري ببيعه من شخص آخر أو بفعل آخر اختياري من الخياطه و نحوها فإن أصل البيع متوقف على هذا الالتزام و قد ذكرنا أن التعليق لا يضرّ فى مثل ذلك لكونه على أمر متحقق الحصول.

ثم ان المشروط عليه ان و فى بشرطه فهو، و الأ- يثبت للمشروط له خيار تخلف الشرط و فى الحقيقه أن شرطه هذا منحل الى شرطين أحدهما الالتزام بالفعل الخاص فعلى تقدير عدم الالتزام لا يحصل البيع أصلا، و الثانى ثبوت الخيار على تقدير التخلف و ان كان تحقق الشرط الثانى فى بعض الموارد من العقود أى عقد يجرى فيه الخيار و قد يكون باطنه بالأوصاف كأن يبيع العبد بشرط كونه كاتباً أو يبيع العبد بشرط كونه خياطاً و هكذا و قد ذكرنا فى البحث عن خيار الشرط أن الالتزام بأوصاف المبيع لا معنى له الأ- ثبوت الخيار للمشروط له على تقدير التخلف فإذا تخلف الوصف ثبت له خيار، و له أن يبقى العقد على حاله أو يفسخ.

**قوله: الكلام فى شروط صحه الشرط.**

**اشاره**

أقول:

**من جمله تلك الشروط أن يكون الشرط تحت الخيار المشروط**

عليه،

و الأ فلا يصح الشرط سواء كان صفه لا يقدر العاقد عليه التسليم

ص: ٣٠٠

بدونها أو كان عملاً لا يقدر بإيجاده كأن يبيع داره و اشترط على المشتري بيعها من عمرو مع أن شراء عمرو إياها ليس تحت اختيار المشتري أو يشتري منه زراعه و اشترط عليه كون سنبلًا أو كان هند زوجته له أو كون زوجته للمشتري مطلقه مع أن الطلاق و الزواج لا يتحققان بغير سبب عينه الشارع و لا بدون اختيار من بيده الطلاق و من بيده أمر النكاح و هكذا من الأفعال الغير الاختيارية للمشروط عليه و الجامع هو ذلك أى كون الشرط غير اختياري للمشروط عليه.

و قد استدل على بطلان هذا النحو من الشرط و كونه من صغريات الشرط الفاسد بوجه منها الإجماع و الثانى أن هذا النحو من الشرط غرر فيوجب بطلان البيع للنهي عن بيع الغرر، إذا كما لا بدّ و أن يكون المتبايعين عالما بالعوضين لئلا يكون البيع غرريا من ناحيتهما و كذلك لا بدّ و أن يكونا عالمين بالشرط المعتبره فيه.

و الثالث: أن هذا الشرط ليس مقدور التسليم للمشروط عليه فإنه كما يعتبر أن يكون المبيع و الثمن مقدور التسليم و كذلك يعتبر أن يكون الشرط أيضا كك.

و الرابع: ما ذكره شيخنا الأستاذ و اعتمد عليه، و هو أن المشروط عليه لا بدّ و أن يكون مالكا لما يشترط عليه، و الأ فيكون ذلك مثل بيع ما لا يملك و قد ذكر في الفلسفه أن فاقد الشيء لا يكون معطيا له كما هو واضح.

أقول: أما الشرط بالمعنى الأول و هو تعليق العقد بالعقل كتعليقه على التزام المشتري مثلا، لا من جهة أن شرط أمر غير اختياري موجب للبطلان، بل من جهة أن الالتزام لا يتعلق بأمر غير اختياري كما هو واضح.

بل لا- يصدر اشتراط التزام الطرف بأمر غير اختياري من شخص عاقل أصلا، إلا إذا كان غافلا عن كونه غير مقدور ففي هذه الصورة نتكلم في ذلك

و أما الشرط بالمعنى الثانى بأن يكون معنى اشتراط أمر غير اختيارى هو ثبوت الخيار على تقدير عدم حصول ذلك الأمر كما فى اشتراط الأوصاف فأى دليل يقتضى بطلان ذلك، أما الإجماع فلا نطن بوجوده، بل نطمئن بعدم حصوله، و لذا خالف فى ذلك الشيخ و القاضى على ما ذكره المصنف فى المتن و على تقدير تحققه فلا- نطن أن يكون مستنده رأى المعصوم (عليه السلام) بل يحتمل أن يكون مستنده تلك الوجوه المذكوره فى المقام.

و أما توهم كون هذا الشرط غرريا و موجبا لبطلان المعامله فهو أيضا واضح الدفع لما ذكرناه فى بحث الغرر أن معناه هو الخطر و الهلاكه فإذا كان مرجع اشتراط أم غير اختيارى هو جعل الخيار للمشروط له على تقدير عدم الحصول فأى خطر فى ذلك، فإنه إذا حصل الشرط لزم البيع و الأ كان المشروط له بالخيار فأى غرر هنا و أى هلاكه مال أو شىء آخر فى المقام، على أنه لو كان هذا غرريا فأى فرق بين هذا و بين اشتراط الوصف، فإن الثانى أيضا غررى لجهل المتبايعين بالشرط أو جهل الشارط به فيكون غرريا مع أنه لم يقل أحد بالبطلان هنا من جهة الغرر و قد أبدى المصنف الفرق بينهما بأنه للإجماع، و فيه أنه غير محتمل أصلا بحيث يكون هنا إجماع يكون بعض افراد الغرر موجبا للبطلان دون بعض و أعجب من ذلك، أنه ذكر أن بناء المتعاقدين بالوصف فى اشتراطه يخرج المعامله عن الغرريه.

و فيه أولا- أن البناء أمر قلبى و الغرر عباره عن الخطر و هو أمر نفسانى اعنى التردد و الحيره فلا يرتفع بالأمر قلبى لعدم كونه من أفعال القلوب على أنه لو كان البناء موجبا لرفع الغرر و كيف لا يلتزمون بكونه رافعا للغرر فى المقام أيضا بأن يبنون على حصول ذلك الأمر فيكون ذلك موجبا لارتفاع الغرر كما لا يخفى.

و أما عدم القدره على التسليم فهو ليس شرطا آخر وراء اعتبار عدم الغرر

فإنها شرط واحد و سببه الجهل على أنه انما يفيد إذا كان الشرط، بمعنى الأول. أعنى تعليق العقد على الفعل، كالالتزام و نحوه، و أما فى المقام فأى فائده لكون الشرط مقدور التسليم فإنك قد عرفت أن مرجع هذا النحو من الاشتراط الى جعل الخيار على تقدير عدم الحصول كما إذا باع الزرع و شرط فيه كونه سنبلًا بمشيئه الله و الّا فيكون له الخيار كما هو واضح، و من هنا ظهر أنه لا وجه لما ذكره شيخنا الأستاذ من اشتراط مالكيه المشروط عليه بالشرط، و الّا يكون ذلك مثل بيع ما لا يملك، و من هنا ظهر الحال ما فى الفرع المعروف من أنه لو باع متاعه كالدار مثلا من زيد و اشترط بيعه من عمرو فإنه لا شبهه فى صحه هذا البيع و يترتب عليه الخيار على تقدير عدم البيع و تخلف الشرط كما هو واضح.

و حاصل الكلام: أن الشروط التى يجب الوفاء بها ذكروا فيها شروطا منها أن يكون الشرط مقدورا و قد عرفت أنه استدل عليه بوجوه كانهى عن الغرر و لزوم القدره على التسليم، و قد يكون الاشتراط فرع كون المشروط عليه قادرا عليه و مالكا له كما ذكره شيخنا الأستاذ، و قد عرفت أنه لا يرجع شىء من ذلك الى محصل و ذكرنا جملة من الكلام الذى يرجع الى ما نحن فيه.

و تحقيق البحث هنا أن الشرط تاره يكون شرط فعل و أخرى شرط صفة.

أما الأول: فقد يكون شرطا لفعل نفس أحد المتعاقدين.

و أخرى: شرطا لفعل شخص أجنبى عنهما.

أما الأول: و لو كان امتناعه قياسيا كالطيران الى السماء و نحو ذلك مما يكون محالا بالنسبه إليه، فيكون معنى الشرط هو التزام المشروط عليه بالشرط و عليه فلا معنى لاشتراط أحد المتعاقدين على الآخر أن يلتزم بغير مقدور بأن يبيع ماله و يشترط عليه أن يلتزم بأمر غير مقدور فان هذا لا يصدر

نعم، لو وقع و لم يكن الشارط ملتفتا يكون الشرط أى ما يتعلق به الالتزام من المستحيلات، ثم انه إذا انكشف كونه من المستحيلات فهل يكون هذا أيضا داخلا تحت الشرط لغير المقذور فيبطل من الأول، بناء على بطلان الشرط الغير المقذور أو يدخل تحت الشرط المتعذر، فالظاهر أن يلاحظ مدرك ذلك، فان كان مدركه النهى عن البيع الغررى فلا شبهه فى عدم الغرر هنا، حيث ان الغرر على ما عرفت عبارته عن الخطر و هو قائم بالتردد و الحيره، و قد فرضنا ان المتبايعين ليسا ككك، أى ملتفتين بكون الشرط غير مقدورا حتى يكون ذلك غريبا، و ان كان مدركه عدم القدره على التسليم أو ما ذكره شيخنا الأستاذ من كون الشرط فرع كون المشروط عليه مالكا له فلا، بل يحكم بالبطلان و لكن قد عرفت عدم صحه شىء من ذلك.

و سنبين الحق كما أشرنا إليه سابقا، من كون هو الارتباط و أما إذا كان الشرط متعذرا فى آخر الوقت بعد ما كان مقدورا فى الابتداء، فعلى يكون هذا من صغريات الشرط الغير المقذور أو يكون من مصاديق الشرط المتعذر فلا يوجب فساد العقد فالحق المتعين هو الثانى، لأنه لا معنى لبطلان البيع بتعذر الشرط بعد ما كان صحيحا و الشرط مقدورا و ان قلنا ببطلان البيع بكون الشرط غير مقدور من الأول.

و أما إذا كان الشرط شرط فعل شخص آخر كأن يبيع و يشترط المشتري على البائع كون الزرع سنبلأ أو البسر تمرا أو غير ذلك، فإنه ح لا شبهه فى صحه البيع فان معنى الاشتراط هنا ليس هو توقف العقد على الترام الطرف بالشىء الخارجى، كما كان كك فى القسم الأول، بل معناه هو توقف الترام المشروط له بالعقد و الوقوف عليه و عدم فسخه متوقف على حصول الفعل الفلانى و صدوره عن شخص فلانى، و إذا لم يصدر الفعل من

شخص فلانى ثبت للمشروط له خيار تخلف الشرط فمرجع هذا النحو من الاشتراط هو جعل الخيار حتى ما لو صرح المتعاقدين باشتراط الإيجاب و القبول كليهما بحيث يعلم كون الشرط غير مقدور من حيث الشراء أى يكون بيع المشتري فعلا اختياريا و لكن شراء شخص آخر منه ليس اختياريا له كما هو واضح، و على هذا فلا شبهه فى العقد بل يجوز أن يشترط فيه الفعل الغير الاختيارى أيضا، كموت زيد و سقوط الحجر من شاهق و نحو ذلك فان معنى جميع ذلك ليس الا جعل الخيار و محدوديه العقد كما هو واضح.

و لعل هذا مراد العلامة فيما إذا باع احد ماله و اشترط بيعه من شخص آخر، بل هو الظاهر حيث التزم بثبوت الخيار على تقدير عدم تحقق الفعل، و لم يحكم بالبطان و مع مخالفه العلامة كيف يسوغ لأحد أن يدعى الإجماع فى المقام على البطان و قد عرفت مخالفه الشيخ و القاضى.

نعم، هو احتمال الزوم حيث ذكر أن الشارط انما يبيع و يشترط على المشتري بيعه من شخص خاص، انما يشترط هذا على تقدير قبول ذلك الشخص الأجنبى الاشتراء، و إذا لم يقبل فيكون البيع لازما و هذا الذى ذكره العلامة أيضا صحيح، و لكنه خارج عن المقام، فان كلامنا فى الشرط الغير المقدور و ما ذكره العلامة مقدور حيث ان بيع المبيع من شخص أجنبى على تقدير قبوله مقدور للمشتري فلا يكون من صغريات الشرط الغير المقدور كما هو واضح.

هذا كله فى شرط الفعل لأحد المتعاقدين للأجنبى ثم انه إذا علق العقد على فعل الأجنبى فلا شبهه فى ثبوت الخيار للمشروط له على تقدير التخلف كما عرفت الشرط، و إذ فعل الأجنبى من غير أن يتوقف عليه لزوم العقد و لا- أصله فقبل الأجنبى هذا الاشتراط كما يقع ذلك فى العرف كثيرا حيث لا يقبل المشتري و يقبل الأجنبى كما إذا باع داره و اشترط إعطاء

درهم للفقير فلم يقبله المشتري، و لكن يقول الأجنبي هو على، فهل يكون هذا الشرط واجب الوفاء عليه و يشمله عموم المؤمنون عند شروطهم أو لا يشمله لكونه وعدا محضاً، فسيأتي الكلام فيه في الشروط الآتية من أن شرط الذي لا يتوقف عليه لزوم العقد و لا أصله، هل هو واجب الوفاء أم لا، و أما إذا لم يقبله المشتري، بل لم يكن حاضراً أصلاً فيكون عقد لازماً فلا يكون للمشروط له خيار أيضاً.

و الحاصل: أنه إذا علق أحد المتبايعين العقد على فعل الأجنبي فلم يقبله كان باطلاً، و إذا قبله و عمل به فهو واضح، و الا كان للمشروط له خيار تخلف الشرط، ثم انه في فرض قبول الأجنبي الشرط هل يكون ذلك واجب الوفاء عليه أو لا، بل يكون من صغريات الوعد فلا يجب الوفاء سيأتي الكلام فيه في خلال الشروط الآتية.

و أما شرط النتيجة، بأن يبيع زيد داره و يشترط على المشتري كونه و كيلا في بيع داره أو تزويجه أو شيء آخر أو يشترط عليه كون داره الفلانيه ملكا للبائع أو غير ذلك من شروط النتيجة فإن ذلك كله لا شبهه فيه و خارج عن المقام أعني اشتراط غير المقدور فإنه بمجرد هذا الاشتراط قد تحصل النتيجة جزماً فان معنى الوكالة هو اعتبار الغير و كيلا و إبرازه بمبرز من المبرزات و كذلك بقيه العقود و من الواضح أن البائع إذا اعتبر في ضمن بيع متاعه من عمرو و كون عمرو و كيلا في بيع داره أو كون داره الفلانيه له و أظهره بقوله بعت متاعى بهذا الشرط و قبله المشتري، فقد تحصل الوكالة و تكون دار المشتري ملكا للبائع بنفس هذا الإبراز و الإظهار كما هو واضح.

و أما اشتراط كون زوجة المشتري بائه أو كون بنته زوجه له أو غير ذلك من الأفعال التي كانت لها أسباب معينه عند الشارع فغير مربوط بالمقام فان عدم حصول ذلك من جهة أن الشارع قد جعل لها أسبابا خاصه فلا



تحصل بغيرها و قد ورد في الروايات أن الطلاق ليس الا أن يقول الزوج لزوجه أنت طالق على (عند)شهود و على هذا فكيف يحصل بمجرد الاشتراط في ضمن العقد بدون هذا السبب.

و أما شرط الصفه فقد ذكرنا مرارا أن معنى ذلك ليس الا اشتراط.

الخيار على تقدير عدم ذلك الوصف إذا لا معنى للالتزام بالوصف الا هذا.

و توهم أن عدم الغرر هنا من جهة البناء كما عليه المصنف عجيب كما عرفت مضافا على ما تقدم أن هذا البناء يمكن أن يكون تشريعا بناء كاذبا فان اشتراط الوصف الفعلي ليس الا كاشتراط الوصف الاستقبالي، فكلها يرجع الى جعل الخيار كما هو واضح.

و توهم أن الشرط في الأول غير مقدور هو فاسد للوجوه المتقدمه توهم فاسد، فان كون فعل الغير غير مقدور لا يخلّ بهذه الجبهه و هو شرط الخيار لما ذكرنا أن المرجع في ذلك كله الى شرط الخيار كما لا يخفى، فافهم.

و الوجه في ذلك كله هو ما ذكرناه في معنى الشرط من أنه عباره عن الربط و الارتباط و الإناطه، فإذا كان ذلك في ضمن العقد فقد يكون العقد معلقا على شيء و قد يكون الالتزام به معلقا على شيء، و في الثاني لا يفرق بين أن يكون ذلك الشيء المعلق عليه امرا اختياريا أولا- فإنه على كل تقدير فالإناطه موجوده فإذا حصل و تحقق الشرط فهو، و الا حكم بكون المشروط له ذى خيار كما لا يخفى.

و توهم أن الإجماع قائم على البطلان فاسد لما عرفت من عدم الإجماع هنا كما هو واضح.

قد عرفت ان شرط الفعل انما يجوز إذا كان مقدورا من حيث متعلقه فلو شرط الالتزام بشيء محال و لو كان محالا قياسيا كالطيران الى السماء

لا ينفذ هذا الشرط، بل لا يشترط هذا الشرط عاقل فإنه بعد علمه بعدم تمكن المشروط عليه من ذلك فيكون هذا الاشتراط لغوا محضاً.

نعم، إذا لم يلتفت الشارع بكونه غير مقدور، لا بأس باشتراطه ثم إذا انكشف أنه كان غير مقدور فإن كان الاشتراط راجعاً إلى نفس الالتزام بالغير المقدور، ثم نكشف أنه غير مقدور وقد غرّه المشروط عليه بذلك فيكون العقد باطلاً كما إذا اشترى أحد عبداً واشترط على البائع كونه كاتباً والتزم البائع بذلك مع أنه لم يكن كاتباً فإن هذا البيع يبطل حيث إن البيع المطلق أي بيع العبد على أي نحو كان لم ينشأ وما أنشأ أعنى البيع المقيد فهو غير واقع من الأول، فيكون باطلاً، وأما إذا كان الشرط هو التزام الطرف لا بما هو واقع الالتزام بدون الإبراز بل ببرزه أيضاً وإن كان في إبرازه كاذباً، وإنما غرضه الغش، فح فالشرط قد تحقق، وقد علق العقد بالتزامه وهو قد تحقق بحسب إبراز المشروط عليه، وصار العقد مقيداً به وحصته خاصة أي إنشاء الملكية أي على تقدير الملكية الخاصة كما تقدم سابقاً في معنى جعل الخيار من أن معناه إنشاء الملكية الخاصة المحدودة وح كان العقد صحيحاً ولكن حيث كان الشرط متعذراً ثبت للمشروط له ح خيار تخلف الشرط، فلا يكون لهذا الشرط واقع بحسب البقاء لكونه لغواً فإن الالتزام بغير المقدور لغو وكذلك لو كان الشارع ملتفتاً من الأول فإن هذا الاشتراط مع العلم بعدم قدره عليه لغو، فلا معنى للالتزام به ولا يكون العقد خيارياً به، وهذا بخلاف صورته الجهل بكونه غير مقدوراً فإن الالتزام من المشروط عليه يمكن هنا ولو من باب خدعه الشارع، وكك يصح الشرط من الشارع وعلى كل تقدير لا يمكن إلزام المشروط عليه بعد العلم بالحال وإن كان العقد خيارياً.

**قوله الثاني: أن يكون الشرط سائغاً في نفسه.**

أقول:الظاهر أن غرضه من هذا الشرط هو ما تقتضيه القواعد حيث أن مقتضى القاعده أن يكون الشرط سائغا و الآ فلا يكون نافذا كالاتزام بالمحرم و ما لا ينفذ مخالف لمفهوم الشرط و هو الإناطه،فإن شرط غير النافذ غير مربوط.

و أما بحسب الروايات فسيأتى الكلام فيه فإنها مطبقة على أن كل شرط نافذ الآ الشرط الذى خالف الكتاب و السنه و حرّم الحلال و حلّ الحرام فإنه غير نافذ و عليه فالمقام من صغريات ذلك الشرط و هو الشرط الرابع فان مصاديقه أن يكون سائغا و غير محرّم،و من صغرياته غير ذلك فلا مجال لذكر هذا الشرط بالخصوص،و الآ كان المناسب التعرض لجميع مصاديق الشرط الرابع كما هو واضح.

### قوله الثالث:أن يكون مما فيه غرض معتد به عند العقلاء نوعا،أو

بالنظر الى خصوص المشروط له.

أقول:حاصل كلام المصنف هنا أنه لا بدّ و أن يكون الشرط مما فيه غرض عقلائي و ما لا يكون فيه ذلك يكون فاسدا كاشتراط أن يكون الوزن و الكيل من افراد الكيل و الوزن المتعارفين،و الوجه فى ذلك أن مثل ذلك لا يعد حقا للمشروط له ليكون التصرف فيه حراما أو يتضرر المشروط له بعدم الوفاء به فيثبت له خيار أو يعتنى به الشارع و أوجب الوفاء به، كما هو واضح.

أقول:ان قلنا باعتبار المالىه فى أصل البيع على ما تقدم فى محله اعتمادا على ما عن المصباح من أنه مبادله مال بمال،مع أنه لم نقبله هناك و التزمنا بأن بذل المال فى مقابل التراب أو الخنفساء مثلا ليس ببيع و لم نكشف بالأغراض الشخصيه،و لكن لا دليل على اعتبار وجود الأغراض العقلانيه فى الشروط أصلا،بل يصح اشتراط ما تعلق به الغرض الشخصى للشارط فإذا تخلف ثبت له الخيار و يؤيد ذلك،بل يدل عليه أنه قد يتعلق الحلف و النذر بالفعل الذى يتعلق به غرض شخصى لا نوعى،فهل يتوهم

أحد بطلان ذلك فنفرض المقام أيضا كذلك فيمكن أن يكون غرض الشارط إيقاع المشروط عليه في الصعوبة و نحو ذلك من الأغراض الشخصية.

و توهم كون ذلك سفهيه و موجه للبطلان هذا توهم فاسد لعدم الدليل على بطلان المعاملة السفهيه و انما الدليل على بطلان معاملة السفهيه، و على تقدير أنه ورد في دليل انه لا بدّ و أن يكون الشرط مما يتعلق به غرض عقلائي كما ورد أنه لا بد و ان لا يكون الشرط مخالفا للكتاب و السنه فأیضا لا يمكن أن يتمسك بقوله (عليه السلام) المؤمنون عند شروطهم عند الشك في كون شرط خاص هل تعلق به غرض عقلائي أم لا، فان ذلك تمسك للعام في الشبهه المصداقيه. ثم ذكر المصنف أنه لو شك في تعلق غرض صحيح به حمل عليه و حمل عليه كلام العلامه في التذکره و هذا عجيب منه رحمه الله عليه، فإنه أولا ليس معنى حمل فعل المسلم على الصحه إلا عدم معاملة الفعل الحرام مع الفاعل من دون أن يترتب عليه آثار الفعل الصحيح كمن تكلم بشيء فلا يدري أنه سب أو سلم، فمقتضى ضع فعل أخيك على أحسنه نحمله على الصحه و نقول أنه لم يسب و لكن لا يجب عليه ردّ السلام ای السامع بدعوى أنه سلم فيجب رده لاقتضاء الحمل على الصحه.

على أن الحمل على الصحه انما هو في مورد يكون طرف الاحتمال محرما لا لغوا، فان اللغو يصدر عن العقلاء، بل لا يخلو عاقل الأ و يصدر الفعل اللغو كل يوم مرات عديده، و إذا خرق احد قرطاسا فهل يتوهم أن يحمل فعله هذا على الصحه و يقال انه ليس بلغو بمقتضى حمل فعله على الصحه و ليس كذلك و العجب منه رحمه الله عليه حيث حمل كلام العلامه أيضا على رأيه مع أنه ليس في كلامه فرض الشك، و انما هو ره حكم بصحه هذا الشرط الذى لم يكن فيه غرض عقلائي، و حكم بكون العقد خياريا، و الظاهر أنه أراد ما ذكرناه من عدم الدليل على كون الشرط مما يتعلق به غرض عقلائي

و لا- يلبس الا- الخز، ثم انه على تقدير ان يرد فى روايه أيضا أنه لا- بدّ و ان يكون الشرط مما يتعلق به غرض عقلاى فأىضا لا يمكن الحكم بصحته فى مقام الشك لكونه تمسكا بالعام فى الشبهه المصداقيه و هو لا يجوز.

ثم ان المصنف(ره) ذكر بعض الشروط التى من صغريات الشرط التى لا- تكون موردا للغرض العقلاى مثل ما إذا اشترى أحد عبدا كافرا و اشترط على البائع كونه كافرا فى صحته و فساده قولان، للشيخ و الحلّى من تعلق الغرض المعتد به من جواز بيعه من المسلم و الكافر مع انه لو كان مسلما لم يجز بيعه من الكافر، و لاستغراق أوقاته بالخدمه، فإنه لو كان مسلما لا شغل مقداراً من أوقاته بالعبادات، و القول الآخر أنه يفسد هذا الشرط لأن الإسلام يعلو و لا يعلى عليه، و أن الأغراض الدنيويه لا تعارض الأغراض الأخرويه و لكن الظاهر هو الوجه الأول فإنه مع قطع النظر عن الأغراض المذكوره التى أغراض عقلايه حكمتنا بصحة الشروط التى لا- يتعلق بها غرض عقلاى و كيف مع الأغراض المذكوره على أن اشترى العبد لأجل هدايته من أهم الأغراض العقلايه فإنه ورد أن هدايه شخص خير من ملأ الأرض ذهباً الثانى يشبه بالتعليلات المذكوره فى كتب العلامه و لا يصلح سنداً للفتوى الخاصه المبنيه على أساس صحيح من الكتاب و السنه أما ما ذكره من أن الإسلام يعلو إلخ، فإنه أجنبى عن المقام و الآ فلا بدّ من الحكم بأنه لا يصح شراء المسلم الكافر مع وجود العبد المؤمن لأن الإسلام يعلو و لا يعلى عليه و أما ما ذكر من عدم تعارض الغرض الدنيوى مع الغرض الأخروى فإنه ليس هنا غرض أخروى حتى يقع التعارض بينهما و يرجح الثانى فإن المعاملات أغلبها للأغراض الدنيويه و ان كان فى طيها أغراض أخرويه أيضا.

فتحصل أن شيئاً من الشروط المذكوره لصحة الشرط الذى يجب الوفاء

## قوله الرابع: أن لا يكون مخالفا للكتاب و السنه فلو اشترط رقيه حر أو

توريث أجنبي كان فاسدا.

أقول: لا شبهه في أن الشرط المخالف للكتاب و السنه غير نافذ للأخبار المستفيضه، بل المتواتره معنى و الظاهر أنه لم يخالف في ذلك أحد فيما نعلم

### و لكن هنا أمران ربما يحتملان في المقام أحدهما أن أدله

وجوب الوفاء بالشرط يحتمل أن تكون مخصصه لأدله التحريم و رافعه للحرمة

و يكون المرجع الى أن المحرمات انما تكون محرمة بأدلتها الأولية إذا لم يطرأ عليها عنوان الشرط في ضمن عقد، و إلا تكون مباحه بل واجب الوفاء بمقتضى دليل وجوب الوفاء بالشرط و يكون ذلك نظير طرؤ عنوان الثانى على الأشياء المحكومه بالأحكام بعناوينها الأولية، و أن لم يكن المقام من ذلك القبيل كما قرر في محله، لان بعنوان الاضطرار يرتفع الموضوع و ليس التخصيص كذلك و كيف هذا الاحتمال، بل ورد نظيره في الشريعه فى التكليفات و الوضعيات، أما التكليفات كجواز الصوم فى السفر بالنذر مع أنه لم يكن مشروعاً فى السفر و كجواز الإحرام قبل الميقات مع النذر مع أنه لم يكن مشروعاً قبل الميقات بدون النذر، و أما فى الوضعيات كجواز ارث كل من الزوجه أو الزوج من الآخر بالشرط فى ضمن عقد المتعه مع التوارث فى غير القربات النسبيه و غير القربات السببيه المعروفه منتفيه، إلا أن هذا الحكم الوضعى قد ثبت بالاشتراط فيكون الدليل الدال على نفوذ هذا الشرط تخصيصاً للأدله الداله على عدم هذا الحكم الوضعى فى غير الموارد المذكوره فيمكن أن يكون المقام من هذا القبيل أيضا بأن يكون ما دل على وجوب الوفاء بالشرط مخصصاً على الأدله الداله على المحرمات أى الأدله الأولية.

### الأمر الثانى: أنه يحتمل أن تكون الأدله الداله على وجوب الوفاء بالشروط مخصصه

للأخبار الكثيره الداله على أن كل شرط جائز بين المسلمين إلا- شرطاً خالف كتاب الله و سنّه نبيه من الأخبار المتواتره بأن يستكشف من تلك الأدله أى أدله وجوب الوفاء بالشرط أن الشرط الفلانى المخالف للكتاب أو السنه لا بأس به فهو واجب العمل و هذا الأمر الثانى إن أراد به المحتمل وجوب الوفاء بالشرط تكون مخصصه لواقع ما هو مخالف للكتاب و السنه أى لحكم الله سواء ذكر فى القرآن أو لا- بأن يكون الشىء فى نفسه محرماً بمقتضى حكم الله و لكن يكون مقتضى الشرط هو الجواز، و لا- شبهه أن هذا مناقضه محضه لأن عدم رفع اليد عن الحكم الأمر بنفوذ الشرط المخالف مناقضه محضه، فلا يمكن الالتزام به، و هل يتوهم أحد جواز ورود التخصيص على اطاعه المخلوق بطرق المعصيه و من هنا ورد أنه لا طاعه للمخلوق فى معصيه الخالق و ان كان مراده التخصيص بظاهر الكتاب بمعنى أن يكشف من ملاحظه أدله وجوب الوفاء بالشرط أن ظاهر القرآن ليس بمراد فمرجع ذلك الى الأمر الأول، فإنه إذا لم يكن ظاهر الكتاب مراد يستكشف أنه ليس بحرام فى صوره الاشتراط فى ضمن عقد و هذا هو عين الأمر الأول إذا عرفت هذا فاعلم

### **ان الكلام فى المقام يقع فى جهات: الاولى: أن المراد من الكتاب المذكور فى هذه الأخبار المستفيضه أو**

المتواتره أى شىء

حيث ذكر فيها أن كل شرط خالف كتاب الله فهو باطل على ما هو مضمون تلك الروايات، فهل المراد من الكتاب هو القرآن كما هو الظاهر منها فى بدو النظر أو المراد من ذلك ما هو مكتوب فى اللوح المحفوظ و بينه بلسان نبيه و لو فى غير القرآن فيكون المراد من الكتاب هو ما كتب كما ذكر ذلك فى القرآن أيضاً بقوله عز من قائل **كُتِبَ عَلَيْكُمُ الصِّيَامُ، كَمَا كُتِبَ عَلَى الَّذِينَ مِن قَبْلِكُمْ** و قد عرفت أن النظر البدوى يقتضى الاحتمال الأول و كون المراد من الكتاب هو القرآن، و لكن النظر الى تلك الروايات

ص: ٣١٣

يقتضى أراد الاحتمال الثاني منها بأن يكون المراد بها هو ما كتبه الله و بينه بلسان نبيه، و لو كان في غير القرآن، و انه ما من شيء الا و قد كتب الله فيه حكما، و يدل عليه وجوه.

الأول: أنه ورد في بعض الروايات لفظ السنه أيضا، بأن لا يخالف الكتاب و السنه فأن ذلك قرينه على أن يكون المراد من الكتاب ما هو مكتوب لله من الأحكام.

الثاني: أن مناسبة الحكم و الموضوع يقتضى التعميم حيث انه لا خصوصيه في عدم نفوذ الشرط المخالف بين أن يكون مخالفا للقرآن أن لحكم الشارع و ان لم يكن مذكورا في القرآن، إذ لا فرق بين أحكام الشرع و أفراد أحكامه فلا خصوصيه للمخالفه مع القرآن حتى لا يكون نافذا و أما مخالف السنه فيكون نافذا، بل جميع أحكام الشارع على نسق واحد سواء كان مذكورا في القرآن أو في غيره، و قد عرفت أنه لا معنى لجواز مخالفه حكم الشارع مع بقائه على حاله، فإن أمره بنفوذ الشرط المخالف مع عدم رفع اليد عن الحكم مناقضه و اضحه و إذا فلا فرق بين أحكام الشارع، و بحسب مناسبة الحكم و الموضوع يحكم بأن المراد من الكتاب كل حكم شرعي فتكون النتيجة مما ذكرنا أن مفاد تلك الاخبار هو أن كل شرط نافذ إلا شرطا خالف الحكم الشرعي كما هو واضح.

الثالث: أن مخالفه القرآن أعم من أن يكون مخالفا لحكم مذكور في القرآن أن لعموم القرآن و احكامه و من الواضح أن جميع الأحكام الشرعيه قد أمر في القرآن بالإطاعه بها و الإتيان بها بمقتضى قوله و ما آتاكم الرسول فخذوه و ما نهاكم عنه فانتهوا و من الواضح ان شرط ما يكون مخالفا لحكم شرع من أى حكم مخالف للقرآن كما هو واضح، فالمراد من الموافق مما يكون موافقا لحكم الشارع و لو كان مستفادا من القواعد أو كان ثابتا بالأصل الذى



دل عليه عموم حديث الرفع أو غير ذلك.

### **الجهه الثانيه: أن المراد من الشرط المخالف للكتاب هو الشرط**

الغير الموافق أو الشرط المخالف،

و قد يظهر من بعض الروايات الاحتمال الأول و من بعضها الثاني، و ذكر في بعضها ما سوى كتاب الله الظاهر أنه لا ثمره لهذا البحث بعد البناء على أن المراد من الكتاب هو ما كتبه الله من الاحكام، فإنه على هذا لا يوجد شرط غير موافق للكتاب الا و يكون مخالفا له كما هو كذلك، و أظهر من الجميع في روايات المقام قوله عليه السلام الأ شرطا سوى ما هو في كتاب الله أى يكون غير ما كتبه الله، نعم لا بأس للتكلم في ذلك و ان المراد أى العناوين في الاخبار الوارده في عرض الاخبار على القرآن فان المراد من الكتاب هناك هو القرآن و لذا أمر بعرضها عليه و ح فعنوان المخالف يفترق عن عنوان الغير الموافق.

### **الجهه الثالثه: في أن الشرط المخالف يكون على ثلاثة أقسام:**

الأول أن يشترط أحد المتبايعين على الآخر فعلا محرما كقتل النفس المحترمه أو الكذب أو شرب الخمر و نحو ذلك.

الثاني: أن يشترط اعتبارا من الاعتبارات العقلانيه لكون زوجته مطلقه أو كونه وارثا للآخر أو كون ولاء العتق له مع كون المعتق لشخصا آخر و هكذا و هذا يرجع الى شرط النتيجة و قد عرفت فيما سبق أن مثل هذه الأمور لها أسباب خاصه لا توجد إلا بها إلا- إذا كان ذلك الشرط على نحو يتحقق في ضمن هذا العقد، بأن يوجد الاعتبار بنفس الاشرط و يتحقق القبول بقبول المشروط عليه العقد، لما عرفت أن هذا الشرط شرط أمر اعتبارى فلا بدّ من ملاحظه المورد بأنه يتحقق هذا الأمر الاعتبارى أو لا يتحقق كما هو واضح، فان تحقق خرج الشرط عن كونه مخالف للكتاب و إلا فيكون مخالفا له.

الثالث: أن يشترط أحدهما على الآخر حكما من الأحكام الشرعيه كما إذا باع داره و اشترط على المشتري أن يكون الخمر حلالا أو غير ذلك من الاحكام و هذا هو اشتراط فعل الأجنبي عن العقد.

و قد عرفت أنه أمر غير المقدور للمشروط عليه و ح فان كان التعليق هو تعليق نفس العقد على الالتزام بفعل الغير.

و قد عرفت أنه باطل إذ لا معنى للالتزام بالأمر الغير المقدور حتى لو قلنا بصحة التعليق فى العقود و عدم بطلانه، فلا يصح الاشتراط هنا إذ لا يمكن الالتزام بأمر غير مقدر و ان كان مرجع الاشتراط هنا إلى إناطه لزوم العقد بفعل الغير و أنه على تقدير تحققه يلتزم المشروط له بذلك و إلا فلا فهو صحيح فإنه على تقدير تحقق ذلك الفعل يكون العقد لازما و إلا كان للمشروط عليه خيار تخلف الشرط كما هو واضح فلا بد من التكلم فى هذه الأمور الثلاثة واحده واحده.

و قد ورد فى الروايات على ما عرفت عدم نفوذ الشرط المخالف لكتاب الله أو سوى كتاب الله أو لا يوافق كتاب الله على ما فى الروايات بالسنة مختلفه و كان الكلام فى معنى هذه الروايات و لا يخفى أن الشرط بحسب الاستقضاء قد يكون متعلقا بالمباح بأن يشترط فعل مباح أو تركه و المراد من المباح هنا ما لم يكن فيه إيجاب فيشمل المكروه و المستحب أيضا و الظاهر أنه لا شبهه فى نفوذ ذلك و لم نر من يستشكل فيه.

نعم قد ذكر فى روايتين ما يوجب توهم عدم نفوذ ذلك أيضا و أنه مخالف لكتاب الله.

الأولى: روايه العياشى، عن ابن مسلم، عن أبي جعفر عليه السلام قال: (قضى أمير المؤمنين عليه السلام فى امرأه تزوجها رجل و شرط عليها و على أهلها ان يتزوج عليها أو هجرها أو اتى عليها سريره فهى طالق،

فقال عليه السلام: شرط الله قبل شرطكم ان شاء و فى بشرطه و ان شاء أمسك امرأته و تزوج عليها و تسرى و هجرها إن أتت بسبب ذلك، قال الله تعالى فَأَنْكِحُوا مَا طَابَ لَكُمْ، الى آخره، و أحل لكم ما ملكت ايما نكم و اللاتى تخافون نُشُوزَهُنَّ فَإِنِ الْأُمُورِ الْمَذْكُورَةُ أُمُورٌ مَبَاحَةٌ كَمَا هُوَ وَاضِحٌ.

الثانية: روايه ابن عمار سماها المصنف موثقه المؤمنون عند شروطهم الا شرطا حرم حلالا أو أحل حراما فأن اشتراط إلتزام بالمباح يوجب عدم جواز العمل به لكونه محرما و الروايه الاولى و ان ذكر فيها بعض الأمور المباحه الا- أنه لا فرق بين افراد المباح جزما.

أما الروايه الثانيه فهى ضعيفه السند لغيث بن كلوب فإنه لم يوثق فى الرجال و ان نقل عن الشيخ أنه و ان كان عاميا و لكن الأصحاب يعملوا بروايته و لكنه ليس بوجه على أن المذكور فيها أن كل شرط حرم حلالا فهو غير نافذ و عليه فلا يبقى مورد للعمل بالشروط الذى ثبت بالأدله الداله على لزوم الوفاء بالشرط و هذا المضمون غير موجود فى غير هذه الروايه.

و أما الروايه الأولى فهى أولا ضعيفه السند لعدم ثبوت اعتبار تفسير العياشى.

و ثانيا: أن دلالتها غير تامه فإنها مجمله حيث ان المذكور فى صدر الروايه أن ما تعلق به الشرط انما هو طلاق الزوجه على تقدير التزويج و الإتيان بالسريه أو هجرها فى المضجع على تقدير إتيان الزوجه بالنشوز و لكن فى ذيل الروايه استدل عليه بالآيه فإن ظاهر الآيه أن نفس تلك الأمور أى الزواج و الإتيان بالسريه و الهجر فى المضجع مما تعلق به الشرط لا أنها مقدمه للطلاق الذى هو متعلق الشرط كما فى صدر الروايه.

نعم، يمكن توجيه الروايه بأن الآيات الشريفه التى استدلت بها الامام عليه السلام على عدم نفوذ الشرط انما دلت على جواز تزويج المرأه فوق

الواحد و هكذا دلت على أخذ السريه و على جواز الهجر مع تحقق سببه و هو النشوز و لا شبهه أن جواز تزويج المرأه الأخرى غير الاولى ليس مخصوصا فى حكم العراب و كذا أخذ السريه، بل فى حق غيرهم أيضا و عليه فالشارع لم يجعل الزواج و أخذ السريه سببا للطلاق، بل سببه شىء آخر و الآ لم يجر للمزوج أن يتزوج بامرأه أخرى و الآ يلزم أن يكون ذلك مسببا لطلاقها و ح فجعل الزواج و أخذ السريه سببا للطلاق مخالف للآيات المذكوره و كتاب الله الكريم الداله بالملازمه على عدم جعله سببا للطلاق و أيضا جعل النشوز سببا للهجر و اشتراط عدم التهجر مع تحقق سببه مخالف للكتاب و هذا التوجيه و ان كان ممكنا فى مقام الثبوت و لكن لا يمكن المسير اليه بدون الدليل.

و على تقدير كون متعلق الشرط هى الأمور المذكوره فى الروايه و لو بمؤنه التوجيه المذكوره، و أيضا لا دلالة فيها على عدم نفوذ اشتراط عدم المباح حتى فى الأمور المذكوره و ذلك من جهه أن الامام عليه السلام قد استدل على بطلان الشرط بقوله و شرط الله قبل شرطكم و من الواضح أنه ليس فى المباح شرط الله ليتقدم على شرط المتبايعين فلا يمكن الأخذ بالروايه و الالتزام بكون الشرط متعلقا بالأمور المذكوره من هذه الجهه.

و قد يقال كما فى المتن ان اشتراط الأمور المذكوره مناف للقرآن و أن استدلال الامام عليه السلام شرط الله قبل شرطكم صحيح، و ذلك من جهه أن التزويج على المرأه و أخذ السريه و الهجر فى المضاجع، و ان كان من الأمور الجائزه الآ أن غرض الشارع قد تعلق بعدم تغييرها عن إباحتها فلا يكون الشرط على خلافه نافذا، لأن شرط الله قبل ذلك، و هو و ان كان ممكنا أيضا فى مقام الثبوت، و لكنه يحتاج الى دليل و هو منتف بل استدل الامام عليه السلام بالايه على كون الأمور المذكوره مباحه من غير كونها مقيد

بشيء، و من الواضح أن الإباحه ليس فيها شرط و عليه فلا معنى للاستدلال بأن شرط الله قبل شرطكم على عدم النفوذ و عليه فلا بد و أن تحمل الروايه اما على التقدير المتقدمه أو يرد علمها على أهلها.

نعم، يتحمل أن يكون بعض المباحات مما لا بدّ و أن يلتزم بكونه مباحا إلى الأبد و أن الله اثبت الإباحه فى بعض الأشياء المباحه و اشتراط خلافها خلاف شرط الله و خلاف ما كتبه الله فلا- يكون ماضيا و أن شرط الله أسبق و هذه الكبرى و ان كانت صحيحه و لكن لم نجد لها صغرى فى المباحات كما هو واضح على انا لو أخذنا بها و قلنا بأن اشتراط خلاف المباح لا ينفذ لم يبق مورد للأخبار الداله على وجوب الوفاء بالشرط فإن أى مورد يفرضه لا بدّ و أن فيه حكم من الاحكام إذ لا يوجد شيء الا و فيه حكم الله نافذ تشريعا و تكوينيا و إذا فلا دلالة فى شيء من هاتين الروائتين على عدم نفوذ الشرط فى المباحات، فلا بدّ من الرجوع الى بقيه الروايات الذى يستفاد منها كقوله عليه السلام كل شرط نافذ الا ما خالف الكتاب أو كان سوى كتاب الله أو غير ذلك من المضامين المختلفه و الذى يستفاد من ذلك مع ملاحظه ما دل على وجوب الوفاء بالشرط أن أى فعل كان المكلف فيه مطلق العنان و لم يكن فيه إلزام من الفعل و الترك و انما تعلق الإلزام به من ناحيه الالتزام الشرطى لا بدّ من الوفاء به و لا يكون مخالفا للكتاب و السنه أصلا لعدم تعلق شرط به من ناحيه الشارع حتى يجب الوفاء به و يكون وجوب الوفاء بالشرط مناقضا له و الأ- بان يكون الالتزام الشرطى مسبقا بالالتزام الأخر الشرعى بحيث يجب أن يعمل على طبق ذلك الالتزام السابق لكونه ملزما و باعثا للعبء نحو الفعل لا بدّ من العمل به و لا يكون شرط المخالف سابقا و مقدا عليه كما هو واضح فان حفظ وجوب الوفاء بالشرط و عدم نفوذ الشرط المخالف للكتاب هو ذلك و مع الغرض عما ذكرناه،

فالروايتان متعارضتان مع روايه منصور فإنها دلت على نفوذ الشرط المتعلق بترك التزويج بعد ذمه بئس ما صنع و إرشاده بذلك الذم وقوعه فى المشقه و الشده فتكون معارضه للروايتين المتقدمتين و يتساقطان و يرجع الى عموم المؤمنون عند شروطهم.

و بالجمله أن هذه الروايه و ان ذكر فيها الذم،الأ- أنه لا- يكشف من بطلان الشرط،بل هو إرشاد إلى وقوع المشروط عليه فى المشقه و أنه يندم بعد ذلك و الأ فقد حكم الامام عليه السلام بنفوذ الشرط فى ذيل الروايه.

ثم انه قد يقال بأن النسبه بين ما دل على اباحه المباحات و بين ما دل على نفوذ الشرط هى العموم من وجه ففى مورد الاجتماع نحكم بالتساقط و فيه أولا أن الإباحه إنما تترتب على الأشياء بحسب طبيعتها و أنها لا تخالف الإلزام على تلك الأشياء و ثانيا أن ما دل على نفوذ الشرط مذيّل بما دل على عدم نفوذ الشرط المخالف للكتاب و السنه و من الواضح أن المراد من المخالف ما يكون مخالفا مع قطع النظر من الشرط،فان المراد من مخالفه نفس ما تعلق به الشرط كما فى بعض الروايات لا نفس الشرط،كما يتوهم من بعض الروايات الأخرى،و الأ يكون كل شرط مخالفا فلم يبق مورد لوجوب الوفاء بالشرط و من الواضح أن الإباحه غير مخالفه للكتاب مع قطع النظر عن الشرط بخلاف الحرام مثلا فان فعله مخالف للكتاب و السنه كما لا يخفى.

ثم انه قد يتوهم عدم جواز شرط فعل المباح و الالتزام به لكونه مخالفا للروايه الداله على عدم جواز الحلف بترك العصر و أنه التزام خلاف التزم به الشارع و بينه. و فيه أن هذه الروايه فى مورد الحلف و قد يعتبر فيه المرجوح أو أن لا يكون تركه مرجوحا و لا- شبهه أن الالتزام بترك المباح دائما مرجوح فلا يتعلق به الحلف بخلاف المقام فإنه لا بأس بتعلق الشرط بالمرجوح كما هو واضح.

هذا كله فيما إذا اشترط احد المتبايعين على الآخر فعل المباح وقد يكون الشرط على غيره في ضمن العقد فعل الحرام بأن يشترط على غيره شرب الخمر أو أكل الميتة وغير ذلك، وحي لو كان هنا دليل على نفوذ الشرط حتى في فعل المحرم يكون ذلك تخصيصاً لأدلة المحرمات ونظيره أن العزل عن الزوجه الدائم حرام، ولكن مع اشتراط ذلك في ضمن العقد نافذ للدليل الخاص.

ثم انه قد يتوهم ان النسبه بين دليل المحرمات و بين أدله وجوب الوفاء بالشرط هي العموم من وجه، وفي مورد الاجتماع يحكم بالتساقط و يرجع الى الأصول العمليه (أو الى بناء العقلاء و ارتكازهم فإنه على العمل بالشرط المقرر) ولكن يرد عليه أولاً أن وجوب الوفاء بالشرط انما في فرض يكون ما تعلق به الشرط في نفسه خالياً عن الإلزام فإن الظاهر من قوله عليه السلام: «المؤمنون عند شروطهم» أن العمل بالشرط انما هو من علامه الايمان كما ورد أن المؤمن في عدته، يعنى من علامه الايمان أن المؤمن إذا وعد يفي بوعده، و من الواضح أن هذا ما هو من علامه الايمان انما هو الذى لا يكون فيه مبعوضيه فإنه إذا وعد أحد العياذ بالله بالزنا أو اللواط أو شرب الخمر.

فهل يتوهم أحد أن العمل بهذا الشرط من علائم الايمان و كذلك الشرط فان وجوب الوفاء بالشرط انما هو في مورد لا يكون الشئ مبعوض الإيجاد قبل تعلق الشرط به، و إلا فلا يكون مشمولاً لدليل وجوب الوفاء بالشرط.

الوجه الثانى: أنه قد ذكر في أدله وجوب الوفاء بالشرط الآ ما خالف كتاب الله و سنه نبويه أو بما سوى كتاب الله أو لا يوافق كتاب الله، و من الواضح أن المراد من المخالف ما يكون كك مع قطع النظر عن تعلق الشرط

به بأن يكون متعلق الشرط مخالفاً لكتاب الله، فإن المراد من المخالفه مخالفه متعلق الشرط لا نفسه، ولذا ذكر في بعض الاخبار ذلك و ما ذكر في بعضها الآخر من مخالفه نفس الشرط، انما هو بنحو من العناية و على هذا فلا شبهه أن متعلق الشرط إذا كان فعل محرم يكون مخالفاً لكتاب الله كما هو واضح، وقد تحصل من هذين الوجهين أنه لا بدّ من تقديم جانب الحرمة في ماده الاجتماع كما هو واضح، فافهم.

و الحاصل: أن ما تعلق به الشرط إذا كان مباحاً فلا شبهه في نفوذ الشرط ح إذا لا وجه لصرف ما دل على وجوب الوفاء بالشرط الى فعل الواجب أو ترك الحرام، فإذا اشترط أحد المتعاقدين على الآخر فعل مباح، أو تركه، يكون نافذاً.

و أما ما توهم دلالة على عدم النفوذ كروايه العياشى و غيرها فإنه فاسد، فإنه و أن كان روايه التهذيب موثقه و لكن لا يمكن المساعده عليه من حيث الدلاله لأن المراد من المباح ما كان مباحاً في كتاب الله و معه فلا وجه للاستدلال عليه بأن شرط الله قبل شرطكم إذا لا شرط في المباح.

و توهم أنه أريد من الأمور المذكوره في الروايه المباحه التي لا تتغير عنه الرخصه كما ذكره المصنف يحتاج الى دليل كما أن توهم أن بعض المباح لا بدّ و أن يلتزم بكونه مباحاً إلى الأبد أيضاً يحتاج الى الدليل (التوهم الثانى و الثالث شىء واحد).

و أما إذا كان الشرط متعلقاً بفعل الحرام فقد عرفت أنه لا يكون مشمولاً لعموم الأمر بالوفاء بالشرط و ذلك لأن جملة هذه الاخبار الداله على وجوب الوفاء بالشرط قد ذكر فيها الأ شرطاً خالف الكتاب أو ما سوى كتاب الله أو ما لا يوافق الكتاب و من الواضح أن المراد من الشرط المخالف هو ما يتعلق به الشرط و يكون مخالفاً له مع قطع النظر عن تعلق الشرط و ذلك لأن مخالفة



الكتاب مأخوذه في موضوع الشرط المخالف فلا- بدّ و أن يكون الموضوع محققا قبل الحكم بأن يكون متعلق الشرط مخالفا للكتاب قبل الشرط، و أما إطلاق الشرط عليه أى على المتعلق مع أنا ذكرنا أن الشرط هو الإناطة فهو سهل لكثرة إطلاق الشرط على متعلقه و لو بالعناية، و المجاز و لو لم يكن المراد هو ما ذكرناه لم يبق شرط الآ و يكون مخالفا للكتاب غير اشتراط ترك الحرام و فعل الواجب و على هذا فلا شبهه أن اشتراط ترك الواجب أو فعل الحرام مخالف للكتاب مع قطع النظر عن الاشتراط و عليه فلا يشمل دليل الوفاء بالشرط باشتراط فعل المحرّم و ترك الواجب أصلا.

نعم، يمكن أن يرد التخصيص على ذلك بأن يكون الشيء حراما و لكن كان بالشرط جائزا فيكون ذلك تخصيصا لما دل على عدم نفوذ الشرط المخالف للكتاب مع قطع النظر عن الشرط كما ورد نظير ذلك فى الصوم فى السفر و الإحرام قبل الميقات و العزل عن الزوجه الدائمه مع اشتراطه فى ضمن العقد، كما هو واضح، و دعوى ضعف التخصيص هنا كما ذكره المصنف لا مجال له، فإنه انما يكون التخصيص ضعيفا إذا كان لحاظه مع ملاحظه متعلق الشرط مع الشرط معا، بأن يكون شىء باقيا على حرمة حتى مع تعلق الشرط به، فإنه ح لا شبهه فى ضعف دعوى التخصيص، و ليس كك كما عرفت، بل التخصيص انما هو فى الشرط المخالف مع قطع النظر عن الشرط، و يكون مع الشرط جائزا.

و بعبارة أخرى أنه يمكن نفوذ الشرط المخالف للكتاب إذا كانت مخالفته مع قطع النظر عن الشرط لا مع الشرط أيضا، بأن يكون باقيا على حرمة مع الشرط أيضا و مع ذلك يكون نافذا و واجب الوفاء كما هو واضح.

على أن الشرط انما يجب الوفاء به إذا كان ذلك من علائم الايمان كالوعد و الحرام ليس كذلك. كما تقدم، و هل يتوهم أحد كون فعل الزناء مع

الوعد أو الاشتراط من علائم الايمان.

(و أما القسم الثالث) و هو أن يشترط أحد المتعاقدين على الآخر اعتبار أمر كأن يبيع داره من هند و يشترط عليها أن تكون زوجه له أو يبيع فرسه من غيره و يشترط عليه كون المزرعه الفلانيه ملكا للبائع و هكذا و هو على ثلاثه أقسام، لأن هذا الأمر الاعتبارى الذى يشترط أحدهما على الآخر تحققه قد يكون على نحو لا يحتاج الى سبب خاص و لا يكون من فعل شخص آخر، بل يكون فعلا اختياريا للشارط بحيث يصح اعتباره منه، بأى سبب كان، و بأى نحو ابرز و هذا لا شبهه فى تحققه بالشرط و قبول المشروط عليه، و ذلك كاشتراط أن يكون المشتري و كيلا- للبائع فى فعل خاص أو يشترط عليه أن يكون وصيا له أو تكون داره ملكا له بعد موته فان هذه الأمور تتحقق بمجرد قبول المشتري و يكون قبوله ابرازا للوكاله و الوصيه و التمليك كما هو واضح، فإن الأمور المذكوره أمور اختياريه للشخص و غير محتاجه إلى سبب خاص فتكون مبرزه مقبول المشتري، أى من عليه الشرط اشتراط الشارط كما هو واضح.

و قد يكون اعتبار أمر غير اختيارى للمشروط عليه كأن يشترط عليه كون زوجه زيد الذى هو غير المشروط عليه طالقا، أو كون ابنته زوجه للشارط نحو ذلك فان ذلك و أمثاله من أفعال الأجنبى و من اعتباراته النفسانيه فلا معنى لاشتراطه على المشروط عليه على أنها محتاجه إلى سبب خاص، فلا توجد بأى سبب كما هو واضح.

و قد يكون ذلك أمرا اختياريا للمشروط عليه إلا أنه لا يوجد لاحتياجه الى سبب خاص و لا يوجد بكل سبب كأن يشترط عليه كون زوجه طالقا أو كون بنته الصغيره زوجه للشارط، فان ذلك و ان كان تحت اختيار الشارط إلا أنه لا يوجد إلا بسبب خاص فإنه الطلاق لا يكون طالقا إلا أن يقول

ص: ٣٢٤

أنت طالق، لا يكفي أن يقول طلقتك، و نحوه، وكذلك النكاح.

نعم، يمكن ورود التخصيص على كل من الشقين الأخيرين، و يحكم الشارع بتحقيق الاعتبار المذكور بالاشتراط فى ضمن العقد، كما يمكن أن يرد التخصيص على الشق الأول أيضا، بأن يحكم الشارع بعدم تحقق الاعتبار بالاشتراط و ان كان أمرا اختياريا للمشروط عليه و كان يوجد بأى سبب إلا أن الشارع حكم بعدم تحققه بقبول الشرط و إبرازه بذلك، فان ذلك كله تحت يد الشارع.

و أما القسم الرابع، و هو ما اشترط على الآخر فى ضمن العقد جعل وجود حكم من الأحكام الشرعية كأن يبيع داره و يشترط عليه حليه الخمر أو شىء آخر من المحرمات أو إباحه واجب و نحو ذلك، و قد ذكرنا سابقا أن هذا يرجع الى اشتراط فعل الأجنبى.

و عليه فان كان الشارط ملتفتا على كونه فعل الغير، غير مقدور للمشروط عليه، و كان غرض الشارط تعليق أصل العقد على ذلك فلا شبهه فى بطلان العقد، فإنه مضافا على بطلان التعليق فى العقود، أن هذا باطل لعدم إمكان الالتزام بالغير المقدور فيكون العقد باطلا لعدم حصول المعلق عليه و هو الالتزام إذ لا يوجد الالتزام، و لا يتحقق الأمر الغير المقدور.

و ان لم يكن ملتفتا بذلك أى بكونه غير مقدور و أظهر المشروط عليه أيضا التزامه بالشرط أو كان الشارط ملتفتا بكونه غير مقدور، و لكن علق الخيار على ذلك الشىء، فلا شبهه فى صحه العقد، و لكن يكون للشارط الخيار على تقدير التخلف حتى لو قال بعتك و اشترط لنفسى الخيار على تقدير عدم حليه الخيار كان صحيحا، فان هذا ليس اشتراط الحرام ليكون مخالفا للكتاب، بل اشتراط الخيار على تقدير التخلف و هو صحيح حتى مع العلم بعدم الحصول و كونه حراما فان مرجع جعل الخيار الى تحديد الملكيه و

إنشائها محدوده و إنشاء الملكيه المحدوده أى الملكيه على تقدير بمكان من الأماكن كما عرفت فى معنى جعل الخيار و هذا واضح لا شبهه فيه.

ثم ان المصنف(ره) بعد ما ذكر حكم مخالفه الشرط للكتاب و السنه ذكر أنه مع الشك فى كون شرط مخالفا للكتاب و السنه يرجع فى مشروعيه الشرط إلى أصاله عدم مخالفته للكتاب، و ما ذكره هنا مخالف لما ذكره فى أصوله و عقد عليه تنبيهها خاصا لعدم جريان هذا الأصل فى تنبيهات الاستصحاب و أطال شيخنا الأستاذ الكلام فى عدم جريان هذا الأصل و ذكرنا نحن أيضا فى الأصول أن هذا الأصل غير جار لأنه ان كان المراد من عدم مخالفه ذلك الشرط للكتاب و السنه هو العدم النعتى فليس له حاله سابقه إذ فى أى زمان كان هذا الشرط و لم يتصف بعدم كونه مخالفا للكتاب و السنه و ذلك لأن فى العدم النعتى لا بدّ و أن يوجد الموضوع بدون النعت ليكون مسبوqa للعدم النعتى، حتى يمكن استصحاب عدم هذا النعت عند الشك فى اتصاف ذلك الموضوع بهذا النعتى العدمى، و ان كان المراد من العدم المحمول، فهو و ان كان له حاله سابقه و لو قبل الشرع و الشريعة أو بعد الشريعة أيضا بمقدار من الزمان إلا أن استصحاب ذلك لا يثبت الموضوع الشرعى و لا يثبت أن هذا الشرط غير مخالف للكتاب و السنه، إلا على القول بالأصل المثبت، فان كون هذا الشرط غير مخالف للكتاب من اللوازم العقلية للعدم المحمولى و كل ذلك لا شبهه فيه و لا نحتاج الى التويل، و لكن قد ذكرنا فى محله حجه العدم الأزلى و معه لا نبتلى بهذه الإشكالات كما هو واضح، فراجع.

و لكن العدم الأزلى لا يجرى فى المقام و ذلك لعدم وصول النوبه اليه و بيانه أن الشك تاره يكون فى الجعل و أخرى فى تغير الحكم بالشرط و نحوه، و الشق الأول و ان كان خارجا عن كلام المصنف و لكن نتكلم فيه أيضا

أما الشق الأول فتارة يكون الشك في الحكم التكليفي و أخرى في الحكم الوضعي، أما الأول كما إذا باع متاعا من زوجته مثلا- أو تزوّجها و اشترط عليها أن ترقص له في كل ليله و شككنا في أن هذا الشرط مخالف للكتاب أم لا، و لا نكتب هذا المثال، فإنه مزاحي أو اشترط شرب التن مثلا، و شككنا في كونه مشروعاً و عدمه فإنه بناء على ما ذكرناه من كون الشرط مخالفا للكتاب هو كون متعلق الشرط مخالفا له مع قطع النظر عن الشرط فلا- شبهه في أن هذا الشرط غير مخالف له فان مقتضى الأصول العملية تثبت كون ترقص مباحا، فإنه من الشبهات البدويه و تجرى فيه البراءة، و كك الحال إذا أحرزنا حكم المشكوك بالأماره أو بالأصول الأخر غير البراءة فإن هذا الموضوع الخاص مباح و غير مخالف للكتاب و السنه.

و أما إذا شككنا في الحكم الوضعي بأن اشترط شرطا في العقد و شككنا في صحته و فساده أي نفوذه و عدمه فان مقتضى الأصل هو الفساد و هذا هو المعنى من قولهم أن الأصل في العقود و الإيقاعات هو الفساد إلا أن يكون الاشتراط هنا من القسم الرابع بأن اشترط في العقد الخيار على تقدير وجود الحكم الفلاني، فقد عرفت أنه مع عدم التحقق يثبت للشارط الخيار بان يكون الشرط أي متعلقه مما يشك في كونه صحيحا أو فاسدا، نعم إذا كان الشك في أصل صحه جعل الخيار كان الحكم فيه أيضا الفساد لما عرفت أن الأصل في العقود الفساد و في كل من هذين الفرضين للقسم الأول لا تصل النوبه الى الأصل أصلا، حتى يستشكل فيه أنه يجرى في المقام أو لا يجرى.

و أما إذا كان الشك في تغيير الحكم بالشرط فأیضا لا- تصل النوبه الى الأصل، لما عرفت أن المراد من مخالف الكتاب هو المخالف لو لا الشرط و

عليه فلا تتغير ذلك بالشرط إلا إذا كان هنا تخصيص و هو يحتاج الى الدليل، و في كل مورد ورد دليل على نفوذ الشرط المتعلق بالحرام كما في الأمور المتقدمه يحكم بنفوذها و إلا نحكم بالبطلان لأجل تلك الأخبار المتواتره الداله على أن الشرط المخالف للكتاب و السنه باطل كما هو واضح.

و قد تحصل أنه لا تصل النوبه في الموارد المشكوكه الى الأصل أصلا حتى يتكلم في جريانه و عدمه و ان نقحنا في الأصول أن الأعدام الأزليه لا مانع عن جريانها.

### **ثم انه بقى الكلام في بعض الفروع التي وقع الكلام في كون الشرط فيها**

مخالفا للكتاب و السنه أم لا،

و قد أشار الى عنوان هذا المطلب المصنف بقوله: و انما الإشكال في تميز مصداق أحدهما عن الآخر في كثير من المقامات.

(١)

### **منها كون من أحد أبويه حره رقا**

بأن يشترط صاحب الأمه على من يتزوجها من الحر أن يكون الولد على تقدير حصوله رقا و قد وقع الكلام في كون هذا الشرط سائغا و عدمه.

و محصل كلام المصنف هنا أنه ان كان عدم كون ولد الحر رقا الثابت بالأدله المتواتره من قبيل العله بحيث لم يتخلف عنه الحكم كان هذا الشرط مخالفا للكتاب و السنه فان الولد الحاصل من الحر و الأمه بمقتضى الأدله الداله على تبعيه الولد لا شرف أبويه، يكون حرا، لكونه ولد حر، فلا يكون اشتراط كونه رقا في عقد الزواج نافذا لاستحاله تخلف المعلول عن علته التامه و ان كان كون الولد للحر من مقتضيات كون الولد حرا لا عله تامه لذلك فلا يكون الشرط مخالفا للكتاب و السنه، و لكن لم يرجح شيئا عن هذين الاحتمالين.

أقول: قد عرفت أن المراد من كون الشرط مخالفا للكتاب هو مخالفته مع قطع النظر عن الشرط لأن ذلك أى المخالفه مأخوذ في موضوع الشرط فلا

ص: ٣٢٨

يمكن أن يلاحظ ذلك مع الشرط و عليه فلا شبهه أن اشتراط أن يكون الولد رقا في ضمن عقد التزويج مخالف للكتاب، لأن الأدلة مطبقة على كون ولد الحر حرا و مميّا يدل على كون هذا الشرط مخالفا للكتاب أنه لم يتوهم أحد جواز اشتراط هذا الشرط في ضمن العقد البيع أو عقد آخر، بل كلمن ذكر هذا انما ذكره فيما إذا اشترط ذلك في ضمن عقد تزويج الأمه كما هو واضح.

و أما الخلاف في أن هذا الشرط نافذ أو غير نافذ فليس من جهة العمومات الداله على وجوب الوفاء بالشرط ليقال انه أى فرق في التمسك بها بين أن يكون الشرط المذكور في ضمن عقد الزواج أو في غيره، بل الخلاف المذكور من جهة الروايات التي دلت جملة منها على نفوذ ذلك الشرط و جملة أخرى على عدم نفوذها فمن عمل بالطائفة الأولى حكم على تخصيص ما دل على عدم كون ولد الحر حرا، بل يكون حرا بالشرط في ضمن عقد زواج الأمه للحر، و من عمل بالطائفة الثانية فممنع عن نفوذ ذلك الشرط، فلم يقل بالتخصيص و حيث انه ليس هذا مورد العمل و الأثر الفعلى لم نتعرض لتلك الروايات.

### **قوله: و منها ارث المتمتع بها هل هو قابل للاشتراط في ضمن عقد**

المتعه أو عقد آخر، أم لا.

أقول: الظاهر لا خلاف في أن اشتراط إرث الزوجه المتمتع بها بحيث تكون كسائر الزوجات صحيح و ذكر بما حاصله الظاهر أنه اتفق الفقهاء رضوان الله عليهم على عدم مشروعيه اشتراط الشرط المذكور في ضمن عقد آخر و أيضا اتفقوا على عدم مشروعيه اشتراط إرث أجنبي آخر في ضمن أى عقد كان سواء كان هذا العقد المتعه أم غيره، و على هذا يقع الإشكال في أفراد غير الوارث و في أفراد العقود فان كان ثبوت الحكم لموضوعه على وجه العله التامه بحيث لا يتخلف بأن يكون غير الوارث وارثا فلما ذا تخلف في

عقد المتعه، و قد فرضنا أن ثبوت التوارث للأشخاص الخاصه على نحو العله التامه و ان فرضنا أن ذلك على نحو الاقتضاء فلما ذا يجرى فى غير عقد المتعه، و لماذا لا يجوز اشتراط ارث غير الوارث من غير الزوجه المتمتع بها فى ضمن عقد المتعه.

أقول: قد عرفت حكم ذلك من الفرع السابق و توضيح ذلك أن العمومات الداله على وجوب الوفاء بالشرط بالنسبه إلى اشتراط إرث أى أجنبى من الأجانب و فى أى عقد من العقود ستيان فان كان ثبوت الإرث الذى هو حكم من الأحكام الوضعيه على موضوعه على نحو ثبوت المعلول لعلته فلا- يصح فى جميع العقود و لا- فى شخص من غير الوارث، و ان كان ذلك بعنوان المقتضى صح الاشتراط مطلقا.

و قد عرفت فى القسم الثالث من الشرط أن اعتبار أمر اعتبارى لشخص لا يكون تحت اختيار الشخص دائما و بأى سبب كان ففى المقام اعتبار ماليه التركة لغير الوارث ليس فى اختيار المورث و لكن قد ورد فى جملة من الروايات المعتمده جواز إرث الزوجه المتمتع بها فى عقد المتعه، و عمل بها المشهور فيكون ذلك تخصيصا لما دل على ثبوت التوارث فى الموارد الخاصه و تكشف من ذلك أن هذا الشرط المتعلق بما هو مخالف للكتاب مع قطع النظر عن الشرط ليس مخالفا له مع لحاظ الشرط كما هو واضح و من هنا يعلم أنه لا وجه للإشكال المذكور فان جواز الشرط المذكور فى هذا المورد ليس من ناحيه أدله الوفاء بالشرط حتى يشكل بعدم الفارق بين أفراد العقود و بين أفراد الأجانب، بل بين أن يشترط كون الزوج و الزوجه مثل سائر الزوجات أو مثل بقيه الوارث من الابن و البنت و الأب و الام و غيرهم، كما لا يخفى.

نعم، فى المقام روايتان أشار إليها السيد(ره) فى المقام، إحداهما



مرسله الكافي الداله على عدم جريان الإرث في المتعه اشترط أو لم يشترط.

و الثانيه روايه البرقى و هى أيضا بهذا المضمون و قد عمل بمضمونهما السيد فى حاشيته، و ان التزم فى العروه على ما ببالى بعدم نفوذ هذا الشرط، و لكن الظاهر أن ما ذهب اليه المشهور من نفوذ هذا الشرط فهو المتعين و لا تقاوم هاتين الروايتين بذلك.

أما الروايه الأولى فنحتمل أنها هى روايه البرقى بعينها فان صاحب الكافي لم يسمى بالراوى بل نقل بعنوان روى فلعلها ما نقله البرقى و على تقدير كونها روايه مستقلة و هى ضعيفه السند للإرسال، و لذا لم يستند إليها الكلينى أيضا، و نقله بعنوان روى.

و أما الروايه الثانيه فالظاهر أنها أيضا ضعيفه السند لأن فى سندها حسن و هو لم يوثق و يحتمل أنه حسين و لذا عنوان الشيخ فى أول كلامه بعنوان حسن و سماه فى آخر كلامه بحسين، و على ما فى رجال المامقانى و يحتمل ان يكون إماميا و أما التوثيق فلا، و على تقدير أن يكون هاتان الروايتان معتبرتين لا تقاوم الروايات الداله على نفوذ الشرط لأنه مضافا الى كونها مشهوره أو قريبه منها، و عمل المشهور بها و كونها أصح سندا أنهما يتعارضان و لا بدّح من ترجيح ما دل على نفوذ هذا الشرط لكونه موافقا للكتاب إذ المذكور فيها أن للزوجه الربع مع عدم الولد و الثمن مع وجود الولد و من الواضح أن الزوجه تطلق على المتعه كما تطلق على الدائمه و من هنا استدل الفقهاء فى كثير من أبواب الفقه على ترتب أحكام الزوجه على المتعه بصحة إطلاق الزوجه عليها غايه الأمر قد ثبت بالروايات أن المتعه لا ترث فأوجب ذلك خروجها عن الآيه إلا أن ذلك لا ينافى ثبوت التوارث بينهما من جهة الاشتراط للروايات الداله على نفوذ هذا الشرط فى عقد المتعه و قد فرضنا أن ذلك لا يخالف الكتاب، بل يوافق إطلاقه، كما

قد عرفت أن اشتراط الإرث في عقد المتعه مما وقع فيه الخلاف بأنه شرط خلاف الكتاب أم لا، فالمشهور هو الثاني و بعضهم إلى الأول. و ذكرنا سابقا أن اعتبار الملكيه لشخص آخر و ان كان امرا اختياريا لكل شخص و ليس له سبب خاص و لكن اعتبار ملكيه التركة بعنوان الإرث لغير الوارث ليس في اختيار الإنسان إلا إذا كان ذلك من باب الوصيه من الثلث و الّا فهو شرط على خلاف حكم الله و من ذلك اشتراط الإرث للزوجه المنقطعه في عقد المتعه و من هنا ورد في عدة من الروايات أن المنقطعه لا ترث و زواج المتعه ليس زواج ارث.

نعم، وورد في جملة أخرى من الروايات أن المتعه قد تكون زواج ارث كما إذا اشترط فيها التوارث، و قد لا تكون زواج ارث ان لم يشترط فيها الإرث، فيعلم من هذه الأخبار جواز اشتراط الإرث للمنقطعه في العقد فتكون هذه الأخبار مخصصه لما دل على عدم الإرث في المتعه كما أن الاخبار الداله على عدم الإرث في المتعه مخصصه للآيه الشريفه الداله على إرث الزوجه لكونها مطلقه تشمل الدائمه و المنقطعه.

و لكن هنا روايتان تدلان على عدم إرث الزوجه المنقطعه اشترط أم لم يشترط، إحداهما مرسله الكافي و الثانيه روايه البرقي، و ذكرنا أن المحتمل القوي أن يكون المراد من المرسله هي روايه البرقي و على كل تقدير سواء اتحدا أم تعددا، فروايه الكافي مرسله و روايه البرقي ضعيفه لما تقدم فلا تكونان متعارضتين لما دل على ثبوت التوارث في زواج المنقطعه بالاشتراط و على تقدير صحه السند ذكرنا سابقا أنه لا بدّ من ترجيح ما دل على ثبوت الإرث بالاشتراط لكونه موافقا لعموم القرآن الدال على ثبوت الإرث في الزواج مطلقا لإطلاق المزوجه على الدائمه و المنقطعه كما هو كثير في كثير

من أبواب الفقه و لكن نقول أنه لا بدّ من تقديم ما دل على عدم التوارث لعدم وصول النوبه إلى الترجيح حتى نأخذ الموافق للكتاب، بل هنا عموم فوق و هو الأخبار الداله على عدم التوارث، و عليه فيحكم بالتساقط، أى تساقط ما دل على ثبوت الإرث بالاشتراط و عدمه سواء اشتراط أم لا، فيرجع الى تلك الأخبار الداله على عدم الإرث فى المنقطعه مطلقا.

### قوله: و منها أنهم اتفقوا على جواز اشتراط الضمان فى العاربه.

أقول: المشهور أن اشتراط الضمان فى العاربه صحيح، و لكن اشتراطه فى عقد الإجاره غير صحيح، و قد أشكل ذلك بأنه ان كانت الامانه موجب له لعدم ضمان الأمين و عله تامه لذلك فلا بدّ و ان لا يتخلف فى الإجاره و العاربه كليتهما و ان لم تكن عله لذلك بل مقتضيه له فلما ذا تخلف ذلك فى العاربه دون الإجاره مع أن كل من المعير و المستأجر أمنان فى وضع اليد على العين المعيره و المستأجره.

أقول: أن المراد من الضمان هنا ليس ما هو المراد فى باب الضمان أى الضمان على دين أحد و نحوه، فإنه بمعنى نقل الدين على ذمه الضامن أو ضم الذمه إلى الذمه كما عليه العامه، بل المراد من الضمان هنا هو ان يشغل الضامن ذمته بالعين على تقدير تلفها فيكون المراد منه الضمان بالعين على تقدير التلف و سبب هذا الضمان أى ضمان العين أمران أما إتلاف العين التى هى ملك للغير فيكون المتلف ضامنا لها بمقتضى من أتلف مال الغير و هو له ضامن و اما بدليل على اليد ما أخذت حتى تؤدى و لو بضميمه بناء العقلاء عليه، و ليس هنا سبب ثالث لهذا الضمان و عليه فاشتراط ضمان العين فى ضمن عقد من العقود مخالف لما هو ضرورى فى الشرعيه أعنى عدم كون غير الإتلاف سببا للضمان فيكون شرطاً مخالفاً لما كتبه الله على عباده و بينه بلسان سفرائه إلا أن يكون هنا مخصص فى مورد بحيث ورد

دليل خاص على أن الاشتراط في ضمن العقد الفلاني يكون موجبا للضمان أيضا لا يقال أن دليل وجوب الوفاء بالشرط يدل على أن الشرط أيضا من أسباب الضمان، وفيه أنه ليس بمشرع حتى يدل على ذلك فإنه إنما يشمل الموارد التي كان للشخص جعل ذلك في طبعه على نفسه أى يكون سائغا في نفسه و يكون دليل الوفاء بالشرط دالا على الإلزام و لم يثبت في الشريعة أن يضمن أحد ما إتلافه شخص آخر و عدم ثبوت المانع عنه لا يكفي بل لا بدّ و أن يثبت له حق على ذلك كما جاز له ان يعطى قيمه العين مع التلف قبل الشرط فيجوز شرطه أيضا، فافهم.

و على هذا فيرتفع الإشكال في المقام حيث انه وردت روايات معتبره على جواز اشتراط الضمان أى ضمان العين مع التلف على المعير في عقد العاربه فتكون هذه الروايات مخصّصه لما هو ثابت في الشريعة من عدم كون غير الإتلاف و اليد من موجبات ضمان العين و لكن لم يرد ذلك في غير العاربه فيبقى تحت القاعده الأوليه أعنى عدم وجود سبب لضمان العين غير اليد و الإتلاف و أن الاشتراط ليس من أسبابه و قد عرفت في القسم الثالث من الشرط أن اشتراط ما ليس بسبب لحكم وضعى أو تكليفى لا يكون نافذا و يكون الالتزام به لغوا.

ثم ان هذه فيما اشترط الموجر على الأجير الضمان، أى ثبوت ضمان العين على ذمه المستأجر بحيث يكون من جهه ديونه و يكون ثابتا في التركه على تقدير عدم الإعطاء و أما لو اشترط عليه إعطاء قيمه التالف، فهو لا يكون مخالفا للكتاب و السنه و لا يكون الاشتراط سببا مستقلا للضمان، بل يكون ذلك من شرط الفعل و قد تقدم أنه نافذ، بل قد تقدم في القسم الثالث من الشرط أن اشتراط اعتبار أمر اعتبارى في ضمن العقد لا بأس به إذا كان في تحت اختياره، فهو من شرط الفعل، فيكون نافذا، و مع التخلف

ثبت الخيار للمشروط له فيكون الاشرط موجبا لثبوت حكم تكليفي عليه و على تقدير العصيان لا يثبت في ماله بحيث يكون من جمله ديونه كما كان الأول كذلك، فان الثابت بمقتضى شرط الفعل هنا يكون هو الحكم التكليفي فقط و أما ثبوت الخيار فلا مجال له بعد فرض العين المستأجره تالفا، و يمكن أن يرجع الى ذلك المعاملات الرائجه بين التجار حيث يدخلون أموالهم في اليمه بان يكون ضمانها مع التلف على الدوله فإن ذلك من جهه اشترط كون قيمه المال على الضامن مع التلف في ضمن عقد لازم أو يعطى مقدارا من المال للضمان بهبه و يشترط ذلك في ضمنه كما هو واضح فبذلك تكون معامله مشروعه و لا يكون ذلك أكلا للمال بالباطل.

### قوله: و منها اشترط أن لا يخرج بالزوجه إلى بلد آخر.

أقول: قد اختلفوا في صحه هذا الشرط و عدمه و ذهب المشهور ظاهرا الى نفوذه لعموم دليل وجوب الوفاء بالشرط و ذهب بعضهم الى عدم النفوذ لأن هذا الشرط مخالف للكتاب، فان المكتوب لله هو وجوب اطاعه الزوجه للزوج فالشرط المذكور مخالف له.

و لكن قد عرفت أن معنى كون الشرط مخالفا للكتاب هو المخالف مع قطع النظر عن الشرط و لا شبهه أن إخراج المرأه من بلدها الى بلد آخر في نفسه من المباحات و ليس فيه مخالفه للكتاب فلا بأس باشرط عدم خروجها في ضمن عقد النكاح، أو البيع، أو غير ذلك من العقود، فيكون هذا الشرط نافذا و صحيحا كما هو واضح. و هذا لا شبهه فيه.

ثم انه إذا خالف الزوج هذا الشرط و طلب من الزوجه الخروج من بلدها فهل يجب للزوجه اطاعته أو يجوز لها أن يخالفه في ذلك ربما يقال بالأول لوجوب اطاعه الزوجه لزوجهها و الشرط المذكور لا يوجب جواز مخالفتها بعد مخالفه الزوج لكونه مخالفا للكتاب و السنه الداله على وجوب

اطاعه الزوجه للزوج فى أى شىء يريد منها فى غير معصيه الخالق.

و لكن هذا الاشكال واضح،الدفع بداهه أنه يجب للزوجه اطاعه زوجها فيما له حق لا فيما ليس له حق،و من الواضح أنه بعد اشتراط أن لا يخرجها الزوج من بلدها الى بلد آخر إلا برضايتها فى ضمن عقد لازم من العقود ليس له حق فى هذه الجبهه على الزوجه حتى يجب عليها أن تطيعه فى هذه الجبهه أيضا و هذا واضح لا- شبهه فيه و تحصيل أن هذا الشرط أيضا نافذ و غير مخالف للكتاب و السنه.

### **قوله:الشرط الخامس أن لا يكون منافيا لمقتضى العقد.**

أقول:ذكر المصنف فى ذيل هذا الشرط فروعاً:- منها:ما ذكره بعضهم من أنه إذا باع شيئاً و اشترط عدم البيع و لكن ذكر العلامه أنه صحيح و قواه بعض من تأخر عنه.

منها:ما ذكره فى سؤال فى بيع الحيوان من جواز الشركه فيه إذا قال الربح لنا و لا خسران عليك لصحيحه رفاعه فى الشركه فى الجاريه،و لكن النص مختص بالجاريه.

و منها:اشتراط عدم إخراج الزوجه من بلدها الى بلد آخر،وقد جوزه جماعه للنص و عدم المانع و منعه آخرون.

و منها:مسأله توارث الزوجين فى عقد المنقطعه.

أقول:الظاهر بل الواقع أنه لم ينقع حقيقه الشرط المخالف للكتاب و السنه و حقيقه الشرط المخالف بمقتضى العقد فى كلمات الفقهاء و لذا ترونهم يذكرون جمله من الفروع مثلاً للشرط الذى يكون مخالفاً لمقتضى الكتاب،و أيضا يذكرونها بعينها مثلاً لما يكون مخالفاً لمقتضى العقد و لا بد لنا من تنقيح ذلك حتى يتضح لنا واقعهما و حقيقتهما و يعلم أن ما يكون مثلاً لأحدهما هل يمكن أن يكون مثلاً للآخر أيضا أولاً يمكن.

فنعول:

### **أن الشروط فى العقود على نحوين**

لأنها قد تكون معتبره فى العقود بحسب الارتكاز و بناء العقلاء و تسمى ذلك بالشروط فى ضمن العقد بحيث لا يحتاج الى الذكر و قد تكون معتبره فيها بالاشتراط و بدونه لا يكون جاريا فيها، بل يكون العقد مطلقا بالنسبه اليه.

### **اما القسم الأول الشروط التى معتبره فى ضمن العقد**

فهو كثير

### **منها ما تقدم من كون المضمن بالقيمه**

المساويه للقيمه السوقيه

و الأ- كان للمغبون من البائع أو المشتري خيار الغبن و ان لم يشترط ذلك فان بناء العقلاء بحسب ارتكازهم على ذلك فيكون هذا الشرط معتبرا فى المعامله سواء صرح به أم لا، و من هنا قلنا سابقا أن خيار الغبن انما هو ثابت بالشرط الضمنى و بتخلفه يثبت الخيار للمشروط عليه كما هو واضح.

### **و منها: عدم كون كل من الثمن أو المضمن معيبا**

فان الشرط الضمنى على ذلك و الارتكازى العقلائى يقتضى كونهما خالين عن العيب و الأ ثبت الخيار لمن كان ماله معيوباً و من هنا قلنا ان خيار العيب على القاعده و و لم يحتاج الى ورود روايه فيه و ان كان ثبوت مطالبه الأرش فيه على خلاف القاعده.

### **و منها: انصراف الثمن الى نقد البلد و هكذا انصراف تسليم المبيع**

الى بلد البيع

و ان لم يصرّحاً بذلك و قد ذكرنا سابقاً أن الميزان فى الشروط الضمنيه ما يكون معتبرا فى العقد بدون التصريح و الانصراف المذكور كذلك و على هذا فلو قال البائع أو المشتري انى أريد أن أسلم الثمن أو المبيع فى بلد آخر كان للأخر خيار الفسخ مع أنه لم يشترط الخيار فى ضمن العقد و هكذا كل شرط ضمنى فإن الميزان هو ما ذكرناه فيكون المنشأ فى الحقيقه هو الحصه الخاصه من الملكيه و نحوها على مقتضيات العقود المعامله لما ذكرنا سابقاً فى معنى جعل الخيار و قلنا ان معناه هو تحديد المنشأ و

ص: ٣٣٧

إنشاء حصه خاصه من الملكيه مثلا، بل فى الحقيقه أن هذا القسم من الشرط ليس بشرط أصلا، و انما المنشأ هو المنشأ المضيق من الأول فكان المنشئ للعقد مع وجود الشروط الضمنيه قد إنشاء حصه خاصه و طبيعه مضيقه كما هو واضح و من هنا لا نحتاج فى اعتبار هذه الشروط الضمنيه فى أى عقد كان الى شمول دليل وجوب الوفاء بالشروط عليها و انما يكفى فى صحتها، و نفوذها نفس عموم أدله المعاملات من أَوْفُوا بِالْعُقُودِ و الصلح جائز بين المسلمين و غير ذلك من الأدله حسب كل معامله دليلا خاصه و مخصوصا بمعامله خاصه كالصلح جائز بين المسلمين أو عاما كقوله: المؤمنون عند شروطهم و السر فى ذلك هو أن المعامله المنشأ هو معامله مضيقه و العقد المتحقق عقد خاص و الدليل الدال على وجوب الوفاء بالعقد انما يدل على الوفاء بهذا العقد المضيق فيكون نفس ما يوجب التصيق الذى نسميه شرطا ضمنيا و يترتب على مخالفته الخيار مشمولا لعموم الوفاء بالعقد، فان العقد الذى وجد فى الخارج و شمله هذا العموم و غيره هو هذا المضيق لا غير، فافهم.

نعم، انما يجرى ذلك فى العقود القابله للتصيق من حيث الزمان بحيث يكون المنشأ فيها محدودا ككون الملكيه فى البيع الخيارى ملكيه محدوده، و أما العقود التى لا يكون قابلا- للتصيق فلا- يجرى فيها ما ذكرناه اعنى تصيق المنشأ و إنشاء الطبيعه المحدوده و المضيقه و لو بمؤنه الشروط الضمنيه المأخوذه فيها بحسب ارتكاز العقلاء و ذلك كعقد النكاح فان الشارع قد جعله دائما أو مقيدا بأجل خاص فلا بد و ان ينشأ اما دواما بحيث لا يزول بالفسخ أصلا إلا فى موارد خاصه الثابته بالنص الخاص و لا يرتفع إلا- بالطلاق أو مؤجلا بأجل معلوم و أما إنشاء محدودا بأجل غير معين كالملكيه المحدوده بالخيار فلا، بحيث يكون كل من الزوج أو الزوجه



مخيرا فى فسخ عقد النكاح فى أى وقت أراد، فإن عقد النكاح لم يثبت فى الشريعة مقيدا بأجل غير معين، فحيث جرى فيه ما ذكرنا من اعتبار الشروط الضمنية الموجهة لتضييق دائره المنشأ و أن المنشأ فيها ليس إلا حصه خاصه فلازم ذلك أن يكون الخيار محدودا بزمان غير معين أعنى فسخ من له الخيار فى أى وقت أراد و قد عرفت أنه غير مشروع و بذلك حكمنا بعدم جريان الخيار فى النكاح فى حاشيه العروه من غير احتياج الى التمسك بالإجماع كما زعمه بعض الاعلام، فافهم.

### و أما القسم الثانى من الشرط و هو ما يكون معتبرا فى العقد بالاشتراط

الصريح.

و هذا قد يكون شرطا موافقا للقواعد الشرعيه كجميع الشروط السائغه كاشتراط الكتابه و الخياطه و غيرهما من شرط الفعل و النتيجة فإن ذلك صحيح و نافذ و يجب الوفاء بها بمقتضى دليل الوفاء بالشرط و يكون مع التخلف موجبا للخيار سواء كان الشرط فى أصل تعليق العقد بالالتزام بشىء أو فى تعليق الالتزام بالعقد بشىء و قد تقدم تفصيله.

و قد يكون الشرط مخالفا لمقتضى العقد.

و قد يكون مخالفا للكتاب و السنه و الفارق بينهما أن كل عقد له مقتضى فإذا كان الشرط ينافى ذلك المقتضى كان هذا الشرط منافيا لمقتضى العقد كما إذا باع داره من شخص و اشترط عليه أن يملكها و آجر دابته من غيره و اشترط عليه أن لا تكون منفعتها له، و هكذا فإن هذا الشرط مناقض لمقتضى العقد، فإن معناه البيع و لا أبيع، ثم انه هل يكون من قبيل الشرط المخالف لمقتضى العقد ما إذا اشترط فى ضمن البيع أن يكون المبيع بلا- ثمن أو ليس من ذلك، و قد توهم كونه مخالفا لمقتضى العقد إذ البيع بلا ثمن، لا يعقل، فمرجع هذا الاشتراط الى عدم البيع و هذا لا يلائم البيع

ص: ٣٣٩

و لكنه واضح الدفع فان هذا الاشرط قرينه على عدم اراده البيع من ذلك، بل أريد منه الهبه.

نعم، لو أريد من هذه الجملة معناها اعنى البيع حقيقه كان الشرط، مخالفا لمقتضى العقد، و لكن ليس الأمر كك، نعم هذا الشرط مناف لمقتضى لفظ البيع و هذا لا محذور فيه مع القرينه، فإن المجازات كلها كذلك، إذ القرينه فيها منافية لمقتضى اللفظ، كما هو واضح.

و بالجملة هذا المثال خارج عن كون الشرط مخالفا لمقتضى العقد، بل القرينه دلت (و هو الاشرط) على أن المراد من البيع ليس معناه الحقيقى و انما المراد منه الهبه، نعم يتوقف صحه ذلك على ما تقدم فى ألفاظ العقود من أن اللفظ المجاز هل يجوز أن يقع به الإنشاء أم لا، فان قلنا بالصحه كما ذهب اليه بعضهم، بل ذهبوا الى صحته بالغلط أيضا كان إنشاء الهبه بلفظ البيع مع القرينه المذكوره صحيحا و الا فلا.

و قد يكون الشرط المذكور مخالفا للكتاب و السنه و المراد من ذلك أن يكون هنا حكم شرعى قد جعله الشارع فيكون الاشرط مخالفا له بحيث لو لم يكن هنا ذلك الحكم لا يكون الشرط مخالفا لشيء أصلا، بل كان واجب الوفاء و ذلك كيبيع شيء و اشرط أن لا يبيعه من شخص فان هذا مع قطع النظر عن حكم الشارع بجواز بيعه لغيره لا ينافى شيء أصلا، و انما التنافى من جهه جعل الشارع ذلك الحكم على خلاف الشرط افرض أنه لو كان هنا حكم وجوب يتعلق ببيع ما يشتريه المشتري من غيره و مع ذلك يشترط البائع على المشتري أن لا يبيعه من غيره كان هذا الشرط منافيا لحكم الشارع و هكذا فى جميع موارد مخالفه الشرط للكتاب، فالميزان فيه أن الشرط مع قطع النظر عن حكم الشارع لا ينافى بشيء، و انما يطرد على العقد عنوان التنافى إذا جعل الشارع هنا حكما و يكون الشرط على خلافه من دون أن

يكون منافيا لمقتضى العقد أصلا فالشرط المنافى لمقتضى العقد منافيه و ناقضه دائما سواء كان هنا حكم شرعى أم لم يكن بخلاف الشرط المخالف للكتاب فتحصل أن الشرط المخالف لمقتضى العقد لا يجتمع مع ما يكون مخالفا لمقتضى الكتاب أصلا، فالاشتباه من جهة عدم التنقيح كما هو واضح.

و ملخص الكلام فى المقام أنه ذكروا من جملة الشروط لصحة الشرط أن لا- يكون مخالفا للكتاب و من جملتها أن لا يكون مخالفا لمقتضى العقد و مثلوا لكل منهما أمثله و لم يميز ما بينهما، بل ربما ذكروا فرعا واحدا مثلا للشرط الأول و أيضا ذكروا مثلا للشرط الآخر أيضا، حتى أن المحقق الثانى مع مهارته فى الفقه (بحيث ذكر المصنف فى حقه تاره و بمثل هذا سمي محققا ثانيا و أخرى ذكر أنه بهذا قد ثنى المحقق) تكلم فى الشرطين و لم يأتى بشيء ثم ذكر أنه لا بدّ من الرجوع فى ذلك الى الفقيه و أنه يتبع رأيه فى ذلك مع أنه لا- شأن لرأى الفقيه فى كون شرط مخالفا للكتاب أو لمقتضى العقد، و أن أى من الشروط مخالف للكتاب أو أى منهما يخالف مقتضى العقد و انما يرجع الى الفقيه فى ما يرجع الى الاحكام من حيث الاستفادة من الأدله.

و الذى يقتضيه التحقيق فى تمييز كل من الشرطين عن الآخر ما أشرنا إليه أنفا و حاصله أن ما يقتضيه العقد سواء كان الاقتضاء بلا- واسطه أو مع الواسطه، الأول أن يقتضيه بلا واسطه شيء فى البين أصلا كإقتضاء البيع ملكيه العين و اقتضاء الإجاره ملكيه المنفعه و اقتضاء النكاح الزوجيه و هكذا فالعقد بما هو عقد يقتضى الأمور المذكوره من غير أن يحتاج ذلك الى إمضاء الشرع و اعتباره أو إمضاء العقلاء و اعتبارهم.

و بعبارة أخرى أن لكل عقد له مقتضى فى نفسه مع قطع النظر عن إمضاء الشارع و العقلاء و اعتبارهم حتى لو فرضنا لم يكن فى العالم شرع و شريعته

و لا العقلاء، و تحقق عقد بين شخصين كان لهما مقتضى (بالفتح).

الأمر الثاني: أن العقد لا يكون مقتضياً لشيء و لكن يكون موضوعاً لحكم من الأحكام الشرعية كجواز النظر إلى المرأه و جواز بيع المبيع بعد شرائه و جواز التصرف في العين المستأجره و هكذا فإن الأمور المذكوره ليست من مقتضيات العقد ابتداء و لكن من مقتضياته ثانياً، أى هو موضوع لها في نظر الشارع و كل شيء يترتب على العقد أولاً و بالذات ثانياً، و بالعرض لا يخلوا عن هذين الأمرين.

و أما الأفعال الخارجيه فهي بأجمعها خارجه عن مقتضى العقد لا بالمعنى الأول و لا بالمعنى الثاني، فإن وقوع شيء في الخارج و عدم وقوعه فيه مسبب عن سبب تكويني غير مربوط بالعقد فلا يكون العقد مقتضياً له لا ابتداء و لا بالواسطه، نعم يكون الفعل الخارجى موضوعاً لحكم شرعى يكون ذلك الحكم الشرعى من مقتضيات العقد بالمعنى الثاني، كأكل مبيع و شربه و نحو ذلك فإن أمثال هذه الأفعال ليست من مقتضيات العقد بكلا المعنيين، و لكن موضوعه لحكم الشارع و هو جواز الأكل مثلاً و ذلك الحكم من مقتضيات العقد بالمعنى الثاني فإن جواز الأكل مترتب على شراء ما يؤكل و إلا كان حرام الأكل لكونه مال الغير هذا كله، ما يرجع الى مقتضى العقد.

و أما الشرط فقد يطلق على الشروط الضمنيه، فالشرط الضمنى يرجع غالباً اما الى تضييق المنشأ كالملكيه و نحوها على اختلاف المنشئات فى العقود و ذلك كخيار الغبن و نحوه مما ثبت بالشرط الضمنى لأننا قد ذكرنا فى السابق أن مرجع جعل الخيار هنا الى تضييق دائره المنشأ و هو الملكيه و قد يرجع الى تضييق دائره الثمن كانصرافه الى نقد البلد و المصداق الأوضح لذلك ما وقع البيع على شيء بخمسه دنائير، فإنه يحمل فى العراق على الدينار العراقيه و ليس للمشتري أن يدعى بعد المعامله أن المراد

من الدينار هو الدينار الايراني فيكون خمس ألف ديناراً منطبقاً على تومان واحد، وهكذا يحمل الثمن على ثمن البلد، فلا بدّ من إعطائه في بلد المعاملة و ليس للمشتري أن يدعى إعطائه في بلد آخر، ففي الحقيقة أن هذا الشرط الضمني يضيق دائره الثمن بحيث لا يكون الثمن غيره حتى لو أعطى المشتري الثمن في غير هذا البلد و رضى به البائع لا يكون هذا هو الثمن الذي وقع عليه العقد، بل يكون بدلاً منه و يصير معامله أخرى بين الثمن و بين نقد آخر، وهكذا الحال في المثلث فإذا باع حنطه في بلد فالشرط الضمني يوجب حمله على حنطه هذا البلد أو اشترى حنطه من شخص في مزرعته فمقتضى الشرط الضمني تحمل على حنطه تلك المزرعه و يكون المبيع مقيداً بذلك و مضيقاً به بمعنى أن المبيع يكون هو الحصة الخاصه دون غيرها و لو اعطى البائع من غير ذلك لا يكون ذلك المبيع الذي وقع عليه العقد إذا رضا المشتري به.

نعم، يكون معامله أخرى بين المثلث و بين حنطه أخرى كما هو واضح و ليس لأحد أن يقول أن المبيع أو الثمن هنا الكلى فلا يكون المعطى من غير نقد البلد أو حنطه البلد إعطاء من غير الثمن و محتاجاً إلى مواضاه جديده لما عرفت من تضيق دائرتهما بالشرط الضمني و انما قلنا ان الشرط الضمني يرجع غالباً الى تضيق دائره أحد الأمور الثلاثة من جهه أنه قد لا يكون الشرط الضمني موجبا لتضييق دائره شيء من تلك الأمور ابتداء كأصل تسليم الثمن أو المثلث فان الشرط الضمني بالنسبه إلى تسليم الثمن أو المثلث موجود و لكن لا يكون موجبا لتضييق دائره المنشأ أو الثمن أو المثلث ابتداء، بل يوجب الخيار مع التخلف.

ثم ان الشرط الضمني و ان كان يوجب تضيق دائره بالنسبه إلى الجهات المذكوره و لكن مع التخلف يثبت الخيار فلا يبطل البيع لانه وقع

على الكلى و ان كان كليا مضيقا و لم يقع على الشخص الخاص و مما ذكرناه ظهر ان الشرط الضمنى لا يوجب الا تضيق الدائره و جعل المنشأ أو الثمن أو المبيع حصه خاصه و هو فى الحقيقه ليس بشرط فكأن البائع من الأول باع حنطه مزرعه خاصه و وقع البيع على نقد هذا البلد بالصراحه.

فهل يتوهم أحد أن الثمن أو المبيع مطلق و غير مضيق و على هذا فلا يحتاج اعتبار هذا القسم من الشرط الى شمول دليل وجوب الوفاء بالشرط عليه، بل يكفى فى مشروعيه نفس الأدله الداله على صحه العقد، فان العقد قد وقع على شىء خاص و المنشأ انما هو شىء خاص.

فهل يتوهم أحد أنه إذا وقع العقد على مبيع خاص يحتاج كونه خاصا الى دليل الشرط، بل المعامله الواقعه فى الخارج معامله خاصه فتكون بخصوصيتها مشموله لعموم ما دل على صحه العقد كما هو واضح.

ثم انا و ان ذكرنا أن معنى جعل الخيار يرجع الى تحديد المنشأ حتى الخيارات المجهوله الا أنه لا ينافى بما ذكرناه هنا من كون الشروط الضمنيه راجعه الى تضيق الدائره و أنها ليست بشروط فى الحقيقه و لا يحتاج اعتبارها الى أدله الوفاء بالشرط و الوجه فى عدم التنافى هو ما أشرنا إليه قبيل هذا من أن الشروط المجهوله بحسب جعل المتعاقدين انما هو يوجب إلزام المشروط عليه على الفعل المشروط و فى هذه المرتبه يحتاج إثبات مشروعيه هذا الإلزام الى شمول أدله وجوب الوفاء بالشرط عليه، ثم مع تخلف المشروط عليه على شرطه يثبت للشارط خيار التخلف شرط و هذا الخيار الثابت بالتخلف و انما يوجب هذا الشرط تضيق دائره المنشأ فى مرحله تخلف الشرط لا ابتداء، و الا فما هو ثابت ابتداء اعنى إلزام المشروط عليه يحتاج الى دليل الشرط فالشروط الضمنيه ابتداء يوجب تضيق الدائره بلا احتياج الى دليل الشرط و الخيارات المجهوله توجب تضيق دائره

المنشأ بعد تخلف الشرط بلا احتياج الى دليل الشرط فان الاحتياج إليه فى منشأ الخيار و هو الإلزام و أما ثبوت الخيار مع التخلف لا يحتاج الى دليل أصلا، فافهم.

القسم الثانى من الشروط أن يكون شرط فعل بأن يشترط أحد المتبايعين على الآخر أن يبيعه من زيد أو يشترط ترك فعل بأن لا يبيعه من شخص و من قبيل شرط الفعل أيضا إذا اشترط اعتبار ملكيه مال مخصوص للبائع و قد تقدم هذا فى اشتراط الاعتبار.

و قد ذكر العلامة أنه لو باع العبد و اشترط على المشتري عتقه صح ذلك لبناء العتق على التغليب فكأنه لم يجوز هذا الشرط أى شرط الفعل و بنى فى عتقه على الغلبه مع أن كون بناء العتق على الغلبه لا يجوز غير المشروع، فهل يتوهم أحد صحه عتق عبد الغير لبناء الشارع على الحريه الى غير ذلك من الأمثله ففى هنا لا يكون هذا الشرط بنفسه مخالفا لمقتضى العقد و لا الكتاب و السنه من حيث نفسه لما عرفت سابقا أن الفعل الخارجى من حيث الوقوع و عدمه غريب من مقتضى العقد بالكلية فلا يقتضى العقد وقوع فعل فى الخارج و لا عدمه و كك لا يكون مخالفا للكتاب و السنه لعدم كون الفعل الخارجى من حيث نفسه حكما شرعيا لا وجودا و لا عدما، نعم هو موضوع للحكم الشرعى فلا بدّ من ملاحظه الشرط بالنسبه الى هذا الحكم المترتب على الفعل فان كان مخالفا له كان باطلا و الأصح، كما إذا باع حنطه و اشترط على المشتري شرب الخمر أو فعل حرام آخر أو اشترط عليه ترك واجب من الواجبات و أما إذا كان الشرط امرا اعتباريا فقد تقدم الكلام فيه من أنه ان اختيار سببه بيد المتعاقدين كالملكيه فى البيع و نحوه يصح و الأ كان أمرا غير اختيار بان يكون فعلا للأجنبى أو كان سببه سببا خاصا فلا يكون ذلك الشرط و عليه فان كان البيع معلقا على الالتزام به بطل لعدم إمكان الالتزام

لغير المقدور و للتعليق و ان كان اللزوم معلقا عليه ثبت للشارط الخيار، أى خيار التخلف الشرط.

و إذا لم يكن شرط الفعل مخالفا للكتاب و السنه بالمعنى المذكور، صح من هذه الجهه و من جهه عدم مخالفته لمقتضى العقد و ان كان له مانع آخر كما إذا باع شيئا بشرط أن لا يبيعه إلا إياه فذكر العلامة فى التذكرة أنه مستلزم للدور سيأتى الكلام فيه.

و من قبيل شرط الفعل أيضا ما إذا باع شيئا و اشترط أن يبيعه من شخص خاص أو شرط عدمه كأن لا يبيع من أحد فإنه ليس مخالفا لمقتضى العقد و لا أنه مخالف للكتاب و السنه، بل هو شرط سائغ فإذا تعلق به غرض الشارط فلا بأس به و قد ورد فى بعض روايات بيع العبد انه لو باع و اشترط عدم البيع من أحد أو عدم الهبه صح و ان اشترط الإرث فلا يصح فمع قطع النظر عن القاعده فالروايه أيضا يقتضى صحه الشرط و العجب أنهم ذكروا ان اشترط عدم بيعه من زيد صح و إذا اشترط عدم بيعه من أحد فلا يصح و لا ندرى أنه أى فرق بين الشرطين.

و العجب من العلامة فإنه (ره) ذكر أن اشترط عدم البيع منافى لمقتضى ملكيه فيخالف قوله (صلى الله عليه و آله) الناس مسطون على أموالهم.

و وجه العجب أن دليل السلطنه لم يثبت حكما إلزاميا من الوجوب أو الترك حتى يلزم من الاشتراط ترك الواجب أو فعل الحرام فيكون مخالفا للكتاب و السنه، بل هو يثبت أمرا مباح و هو كون الإنسان مرخصا فى بيع ماله و تركه و له الاختيار فى ذلك و قد تقدم أن الشرط فى مورد الأمر المباح بالمعنى الشامل للمكروه و المستحب أيضا لا ينافى الكتاب و السنه بوجه و من هذا القبيل أن يبيع دارا مثلا- و يشترط على المشتري أن يجعلها وقفا فإنه لا- ينافى بالكتاب بوجه فإنه فعل مباح سائغ كما هو واضح.



القسم الثالث من الشرط أن يشترط أحدهما على الآخر أمرا وضعيا كما إذا باع متاعه من زيد و الشرط عليه أن يكون زوجته مطلقه أو يكون بنته زوجه له و هكذا فان كان ذلك الشرط أمرا منافيا و مناقضا لمقتضى الشرط، فلا يجوز لكونه مناقضه كما إذا باع داره من عمرو و اشترط عليه أن لا تكون الدار ملكا له أو آجر دابته منه و اشترط أن تكون المنفعه مملوكه له أو عقد عقد نكاح و اشترط في ضمن العقد أن لا تكون زوجه له و هكذا فان ذلك كله مناقضه لمقتضى العقد فلا ينفذ و ان لم يكن الوضع المذكور مناقضا لمقتضى العقد و لكن ذلك مخالف لحكم الشارع لأنه اعتبر في حصوله سببا خاصا فلا يكون الاشتراط من جهه أسبابه و قد عرفت ذلك سابقا و ذلك كاشتراط زوجيه امرأه في عقد البيع مثلا أو طلاقها فيه، و هكذا لو اشترط أمرا وضعيا يكون نفس ذلك الأمر الوضعي مخالفا لحكم الشارع كاشتراط أن يكون خمر المشتري ملكا للبائع و هذا أيضا مخالف لحكم الشارع فلا يكون نافذ.

ثم انه من قبيل الشرط المخالف للكتاب أن يشترط أحد الشريكين على الآخر من المبيع الذى يشتريان مشاعا أن يكون النفع له و الخسران على الآخر و هذا أيضا مخالف للكتاب فان مقتضى الحكم الشرعى أن ضرر كل مال على مالكة و لم يثبت فيه جواز ان يلتزم أحدهما على الآخر ضمانه كما تقدم نظيره فى تعهد ضمان تلف مال شخص آخر فإنه لم يثبت هذا النحو من الضمان فى الشريعة إلا أن يشترط على الآخر لزوم إعطاء قيمته من ماله فهو شرط الفعل فلا بأس به، و أما الروايه الداله على جواز شراء الجاربه و اشتراط هذا الشرط فى ذلك، فإن أمكن حملها على شرط إعطاء قيمتها مع الخسران فهو، و إلا فلا بد من الاقتصار بها فى موردها فلا يمكن التعدى عنها الى غيرها لكونها مخالفه للقاعده كما لا يخفى.

و قد ظهر مما ذكرناه من معنى المقتضى للعقد و من معنى الشرط أنه

لا- يبقى مورد للشك حتى يحتاج الى التمسك بالأصول، بل قد اتضح أنه كلما يكون شرطا فحكمه معلوم اما بالأماره أو بالأصول، و لكن العجب من هؤلاء المحققين لم يأتوا شيئا يكون ميزا بين كون الشرط مخالفا لمقتضى العقد أو للكتاب حتى المحقق الثاني مع مهارته فى الفقه.

### قوله السادس: أن لا يكون الشرط مجهولا.

أقول: ذكر الفقهاء أن من جملة شروط صحة الشرط فى ضمن العقد أن لا يكون الشرط مجهولا فلو اشترط أحد المتبايعين على الآخر شرطا مجهولا بطل العقد للغرر.

أقول: توضيح الكلام فى المقام أن الشرط المأخوذ فى العقد قد يكون شرطا ضمنيا و معتبرا بحسب الارتكاز العقلائي الذى مرجعه الى كون المنشأ أو الثمن أو المثمن مقيدا و حصه خاصه على ما تقدم فإنه حينئذ لا تكون الجهاله فى الشرط إلا جهاله فى البيع فيكون فى الحقيقة الثمن مجهولا- أو المثمن ككك فيرجع هذا إلى جهاله العوضين، و قد اعتبرنا عدمها فى شرائط العوضين، فلا يحتاج اعتبارها فى المقام أيضا، إذ قد تقدم أنه ليس فى أمثال المقام اشتراط غالبا، بل الثمن أو المثمن مقيد و مضيق بالحصه الخاصه كما إذا قيد البائع أو المشتري العوضين من الأول بحصه خاصه ككون المبيع عبدا كاتبا أو كون الحنطه من مزرعه فلا- نيه فهل يتوهم أن هذا القيد اعتبر فى المبيع بعنوان الاشتراط بحيث يحتاج نفوذه الى دليل الوجوب الوفاء بالشرط و ليس ككك، بل انما وقع البيع على شىء خاص و على كل مقيد على حصه مخصوصه كما هو واضح.

و على الجملة جهاله مثل هذه الشروط عين جهاله العوضين كما إذا باع منا من حنطه مزرعه مجهوله أو على ثمن مجهول فلا شبهه فى خروج هذا القسم عن محط الكلام، و الظاهر أنه لا يتوهم أحد كونه داخلا فى المقام و

انما نذكره توضيه للأقسام، فافهم.

الثاني: أن يكون الخيار المعتبر في العقد بحسب اشتراط المتعاقدين مجهولا كأن يبيع أحمد عبدا معلوما من زيد و اشترط زيد على أحمد أن يكون العبد كاتباً مع أنه لا يعلم كونه كاتباً أو غير كاتب، ففي هذه الصورة و ان كان الخيار مجهولاً و لكن هذه الجهالة في الخيار لا يوجب غرريه العقد، لكي يحكم ببطلانه فان الغرر على ما تقدم في محله هو الخطر، و من الواضح أنه أي خطر يتوجه على المشتري من تلك الجهالة إذ لو كان العبد كاتباً في الواقع و تسلمه على هذا الشرط يحكم بلزوم البيع و الآ يكون له الخيار له أن يفسخ العقد و له أن يقيه على حاله و يرضى بالعبد غير الكاتب، نعم لو لزم على قبول العبد بدون الكتابه و لم يكن له الخيار في ذلك كان له ضرر مالي و يكون البيع غررياً و خطرياً و قد عرفت أن الأمر ليس كك.

الثالث: أن يشترط أحدهما على الآخر شرطاً في العقد و يكون ذلك الشرط مجهولاً كما إذا باع حنطه من شخص و اشترط على المشتري كونها من مزرعه يعلمها البائع مثلاً- فهذه الجهالة تسرى إلى الجهالة في نفس المبيع فيكون مجهولاً في نفسه فيكون البيع باطلاً من جهة جهالة نفس المبيع لا من جهة جهالة الشرط.

الرابع: أن يشترط في ضمن العقد الفعل بان يشترط البائع على المشتري، أو العكس، أن يخيظ له ثوباً و لم يذكر أن الثوب أي شيء، فإنه لا- شبهه في كون البيع غررياً لأنه قد يكون ما قصده الشارط قميصاً فتكون أجرته خمسين فلساً و قد يكون جبه فتكون أجرته ديناراً فح يكون البيع غررياً لأنه لا- يعلم المشروط عليه أن المال الذي وصل إليه في مقابل المبيع أو العوض يساوى بما إعطاء من بدله مع وجود هذا الشرط أولاً فإن الشرط و

ان لم يكن فى مقابله شىء و لكن لا- شبهه فى كونه دخيلا- فى زياده الثمن أو المثلن فان ما يعطى من الثمن بدون الشرط لا يعطى معه فتكون هذه المعامله خطريه و غرريه.

الخامس: أن يشترط شرط النتيجة بأن يشترط أحدهما على الأخر فى البيع كون ما بيده من الأموال له و لم يعلم أنها أى مقدار، فإنها أيضا يوجب غرريه المعامله فتبطل لذلك و كيف مع السير و التقسيم لا نجد موردا باطلا لوجود الغرر فى نفس البيع و لا- يفرق فى ذلك بين أن يكون الدليل على بطلان البيع هو النهى عن بيع الغررى و بين أن يكون النهى عن مطلق الغرر، كما هو واضح.

### قوله: الشرط السابع أن لا يكون مستلزما لمحال.

أقول: ذكر العلامة رحمه الله أنه لو شرط فى البيع أن يبيعه من البائع لزم الدور و أما لو شرط على أن يبيعه من غيره فلا- يلزم الدور لجواز أن يكون جاريا على حد التوكيل أو عقد الفضولى بخلاف ما لو شرط البيع على البائع.

أقول: الذى ذكره العلامة لا بأس به من حيث الكبرى و لكن لم نجد له صغرى فى المقام و بيان ذلك أنه ان أراد من كلامه هذا الشرط الفلسفى فهو صحيح من حيث الكبرى، حيث انه لو كان ما هو من قيود المعلول و شروطه شرطا للعله و نفس المعلول شرطا فيها لزم الدور لتوقف المعلول على علته و توقف العله على المعلول باعتبار الشروط المعتميره فيه، و لكن الأمر ليس كذلك هنا فان الشرط ليس من قيود عله الملكيه و سببه، بل سبب الملكيه فى البيع مثلا هو العقد و الشرط، انما هو شرط للزوم كما هو واضح و ان كان مراد العلامة هذا المعنى فهو لا يرتب بالمقام و ان كان شيئا آخر فلا ندرى ما أراد على أنه أى فرق بين اشتراط بيعه من البائع و من غيره فان الاشتراط لو كان موجبا للدور يوجب فى كلا الموردين، و إلا فلا و

و ما ذكره من الفارق غير تام.

نعم، ذكر صاحب الحقائق هذا الشرط و استدل عليه بروايتين فسيأتى الكلام فى ذلك فى النقد و النسيه، بل صرح فى التذكرة بجواز اشتراط أن يقف المشتري المتاع على البائع و على عقبه فأى فرق بين هذا و سابقه أى اشتراط بيعه على البائع بل هذا مثل النذر و العهد كقولك لله على كذا، ان كان كذا، و الانصاف أن هذا الاشتراط لا بأس به فلا يكون موجبا للمحال فتحصل أنه لم نجد صغرى لما ذكره العلامة و ان كانت الكبرى صحيحة كما هو واضح، نعم، لو كان الشرط راجعا الى كون المبيع للبائع بهذا البيع بحيث يكون الإيجاب قبولا لبيع المشتري المبيع المأخوذ من البائع له و يكون قبول المشتري بيع البائع إيجابا للبيع الثانى لزم ما ذكر و مع شرط النتيجة ان كان قصدهما كون المبيع له فعلا يكون بيع ما ليس عنده و ان كان المراد كون المبيع له بعدا لزم التعليق فهو باطل بالإجماع، و لكنه أجنبى عن صورته الاشتراط المذكور كما عرفت فان الشرط المذكور لا بأس به أصلا، و دعوى الإجماع على هذا الاشتراط باطل جدا فان هذا من العلامة و من بعده فكيف يمكن دعوى الإجماع فيه.

#### **قوله: الشرط الثامن أن يلتزم به فى متن العقد.**

أقول: ذكر الفقهاء رضوان الله عليهم أن من جملة الشروط لصحة الشرط فى ضمن العقد أن يكون الشرط مذكورا فى ضمن العقد و ألا فلا يكون واجب الوفاء.

و تحقيق ذلك أن الشروط التى لا يذكر فى العقد قد تكون من الشروط الضمنية كأنصراف العقد الى كون النقد بلديا و كون التسليم فى بلد البيع و هكذا و قد تقدم الكلام فيها و قلنا أن معنى الشرط الضمنى هو أن لا يكون اعتباره محتاجا الى الذكر، بل يكون معتبرا فى العقد سواء ذكر أم

لم يذكر كما هو واضح، وهذا القسم من الشروط خارج عن محل الكلام جزماً فإنها وإن لم تذكر في ضمن العقد ولكنها معتبرة فيها ببناء العقلاء عليها، ويجب الوفاء بها بنفس الأدلة الدالة على وجوب الوفاء بالعقد كما تقدم في الشرط المخالف لمقتضى العقد بلا احتياج إلى أدله وجوب الوفاء بالشرط كما هو واضح.

وقد يكون الشرط المذكوراً قبل العقد تصريحاً وتفصيلاً، ولكن لا يذكر في العقد إلا بنحو الإشارة كقول البائع بعتك المتاع الفلاني بدينار على ما علم فيقول المشتري قبلت هكذا فإنه لا شبهة في ارتباط العقد بالمشروط الذي شرطه قبل العقد كما هو واضح.

وقد يكون الشرط المذكوراً قبل العقد، ولكن يكون مغفولاً عنه عند العقد فلا يذكر في ضمنه نسياناً وغفله وهذا أيضاً خارج عن محل الكلام جزماً لكونه غير مربوط بالعقد.

وقد يذكر الشرط قبل العقد ولم يذكر في ضمنه ولكن يقع العقد بانياً عليه بحيث يقصد المتبايعان كون العقد مقيداً بذلك الشرط، فهل يجب الوفاء بهذا الشرط أو لا فهذا هو محل الكلام في المقام وهل هذا الشرط صحيح أو فاسد؟ وعلى تقدير فساده هل هو مفسد للعقد أو لا؟ أما الكلام في الوجه الثانيه فسيأتى إنشاء الله.

وإنما الكلام فعلاً في الوجه الأولي فذكر المصنف أن العقد إذا وقع توأطئهما على الشرط كان قيدياً معنوياً له، فالوفاء بالعقد الخاص لا يكون إلا مع العمل بذلك الشروط ويكون العقد بدون تجاره لا عن تراض، إذ التراضى وقع مقيداً بالشرط فإنهم قد صرحوا بأن الشرط كالجزم من أحد العوضين، فلا فرق بين أن يقول بعتك العبد بعشره وشرطت لك ماله وبين التوائهما على هذا الشرط مع ذكره قبل العقد.

أقول: يرد عليه أولاً- أنه لا يصح ما ذكره المصنف في المقيس حيث انا ذكرنا مرارا أن الشرط لا يقابل بالمال و الآ لكان اللازم وجوب رد جزء من الثمن أو المثلن مع مخالفه الشرط، بل مرجع الشرط فى العقد ليس الآ تعليق نفس العقد عليه، مع حصول المعلق عليه، و يترتب على عدم العمل بمقتضى الالتزام الخيار أو تعليق نفس الالتزام على الشرط، فيترتب على مخالفته الخيار، و أما كون الشرط مقابلا بجزء من الثمن أو المثلن فلا، و على تقدير كون الشرط كالجاء من مقابله بجزء من الثمن و لكن لا نسلم بطلان ذلك فى المقيس عليه، بل نقول بكفايه البناء و القصد يكون الجزء الخاص داخلا فى المبيع و لا يلزم التصريح به كما هو واضح، فإنه يكفى إيقاع العقد بانبا على الثمن و المثلن الذين سبق ذكرهما و لا يحتاج اعتبارها فى البيع إلى الإبراز أيضا، كما يحتاج أصل البيع إلى الإبراز، فافهم هذا ما يرجع الى ما ذكره المصنف الراجع إلى صحه الشرط الذى وقع العقد مبنا عليه.

ثم انه ذكر للقول بالبطلان وجهان: الأول: الإجماع على بطلانه لكونه بمنزله الشرط الابتدائى و فيه أنا لا نسلم تحقق الإجماع التعبدى على ذلك الآ من جهه أن الشرط كنفى العقد يحتاج إلى الإبراز و عليه فيرجع هذا الوجه الى ما ذكره شيخنا الأستاذ من الوجه الثانى الاتى.

الوجه الثانى: ما ذكره شيخنا الأستاذ من أن الشرط كسائر أركان البيع من الثمن و المثلن محتاج إلى الإبراز و الإظهار فكما أن إيقاع البيع مبنا على كون الشىء الفلانى ثمنا أو مثمنا لا يكفى فى صحه العقد و كذلك إيقاعه مبنا على الشرط الذى سبق ذكره أيضا، لا يكفى، بل يحتاج صحه ذلك الشرط، و كونه لازم الوفاء الى ذكره فى متن العقد و بدونه لا يجب الوفاء به أصلا، و لا يقاس ذلك بالشروط الضمنيه حيث ان الشروط الضمنيه بسبب تعهدا عند العرف يصير من المدلولات العرفيه للفظ قصدها

المتعاقدان أو لم يقصدا و هذا بخلاف ما تباينا عليه فإنه لا يكاد يصير مدلولاً للفظ ابداً بدهاه أن تباين المتكلم و المخاطب على معنى لا يكاد يوجب الدلالة و صيروره اللفظ دالاً عليه بنحو من الدلالة كما هو واضح.

و على الجملة البناء على الشرط فى إنشاء العقد لا يكفى فى إنشائه، بل لا بدّ من تعليق الإنشاء بنفس الشرط، بحيث ينشأ الشرط مستقلاً كما ينشأ العقد كما هو واضح.

أقول: قد تقدم أن الشرط فى العقود بمعنى الربط و الإناطة، فهو يرجع الى أمرين: أحدهما: تعليق نفس العقد به و هذا فيما إذا كان الشرط هو التزام المشروط عليه فإنه يرتبط العقد به و لا- يضر التعليق هنا لحصول المعلق عليه و هو الالتزام، و ح إذا لم يعمل المشروط عليه بشرطه يكون للشارط الخيار، و لا شبهه أن اشتراط أن يكون هذا النحو من الإناطة محتاجاً إلى إبراز فاسد، و لا دليل عليه و لا- وجه لقياسه بنفس العقد، من جهة أنه محتاج إلى الإظهار و الإبراز فبدونه لا يحصل العقد فى الخارج كما لا يحصل بالقصد السابق، فإنه ليس اسماً للاعتبار المحض بل للاعتبار المبرز كما تقدم مراراً و حققناه فى علم الأصول، و هذا بخلاف الشرط، فإنه اسم للإناطة كما عرفت، و هو يتحقق و ان لم يبرز فى الخارج بل يكفى فيه العلم بتحقيقه كما فى صورته إيقاع العقد بانها عليه، كما ان الأمر كك فى نفس الثمن و المثل أيضاً فإنه لا يحتاج اعتباره فى البيع إلى إبراز أصلاً، و ان كان البيع عبارة عن مبادله مال بمال، فإنه يكفى فى اعتبار ذلك مجرد علم المتبايعين بالثمن و المثل مع إنشاء أصل البيع بمثل بعت و نحوه فقط خالياً عن ذكر الثمن و المثل لعدم الدليل على اعتبار الإبراز فيهما أيضاً.

الثانى: من معنى الشرط فى العقود أن يكون الالتزام معلقاً عليه



بحيث ان العقد انما وقع مطلقا و لكن كونه لازما مشروط بشرط فبدونه يثبت الخيار للمشروط له و هذا كما فى اشتراط الأوصاف الخارجيه و نحوها و قد ذكرنا فى محله سابقا أنه لا معنى للالتزام بالأوصاف الا تعليق البيع بها أى يبيع على تقدير وجود الصفه الخاصه للمبيع و لا- شبهه فى بطلانه فيكون خارجا عن صوره الاشتراط لكون المتفاهم من الاشتراط هو القسم الصحيح أو يكون المراد منه جعل الخيار على تقدير التخلف، و هذا لا- شبهه فى صحته، فيكون المراد من الاشتراط هو هذه الصوره و لا ريب أن هذه الصوره أيضا لا يحتاج الى الذكر، فإن الإناطه التى هى معنى الشرط تحصل بغير الذكر من القصد و البناء و إيقاع العقد على هذا البناء كما لا يخفى.

و إذا فلا محذور فى التمسك لإثبات صحه البيع الذى وقع بانبا على القصد السابق بأحل الله البيع و نحوه و مشروعيه الشرط و صحته بعموم المؤمنون عند شروطهم، كما لا يخفى، فافهم.

نعم بناء على مسلم شيخنا الأستاذ فى الشرط من أنه التزام آخر فى ضمن التزام يحتاج إلى إنشاء آخر، أى كما يحتاج العقد إلى إنشاء و كك الشرط فيحتاج إلى إنشاء آخر.

و أما بناء على ما ذكرناه من كون الشرط عباره عن الربط فقط فيكفى فى ربط العقد به، ح بناء العقد عليه مع العلم المتبايعين على بناء العقد على هذا القصد و البناء، لا نقول بان الشرط يحتاج إلى الإبراز و العلم به، بل يكفى فيه مجرد الذكر السابق، بل نقول أنه يكفى فى إبراز الشرط وجود القرينه على اناطه العقد المنشأ به و ان لم يبرز بمرز، و هذا بخلاف العقد فإنه ما لم يبرز لا يصدق عليه البيع مثلا كما أن الإبراز المجرد عن القصد لا يصدق عليه البيع أصلا و قد تقدم ذلك فى أول البيع.

نعم إذا ذكر الشرط سابقا و لكن نسيا ذلك عند العقد و لم يقصدوا وقوع العقد على الشرط المذكور سابقا لا يكون العقد مربوطا به كما هو واضح، و لكن الأمر ليس كك في إيقاع العقد بانيا على الشرط السابق الذكر كما هو واضح.

### قوله: و قد يتوهم هنا شرط ناسع.

أقول: ذكر بعضهم الظاهر هو المحقق الثاني قدس سره أن من جملة الشروط لصحة الشروط المعتره في العقد هو تنجيز الشرط و ذكروا في سنده أمران:

الأول: أن التعليق في الشرط يسرى الى تعليق العقد فان مرجع قولنا بعثك بشرط أن تخيط ثوبي، ان جاء زيد الى أن البيع انما هو على تقدير مجيء زيد و على تقدير عدمه لا يبيعه و من الواضح أن التعليق في العقد موجب للبطلان لتسالم الفقهاء عليه إلا في موارد خاصه.

الوجه الثاني: أن الشرط لو لم يكن مطلقا و منجزا لزم أن يكون البيع واقعا على ثمينين على تقديرين، فان بيع الدار بدينار بشرط خياطه ثوب البائع على تقدير مجيء زيد، انما يقع بالدينار المجرد على تقدير عدم مجيء زيد و عليه و على خياطه الثوب على تقدير مجيء زيد، فيلزم أن يكون المبيع الواحد له ثمينين على تقديرين.

و الذي ينبغي أن يقال أن التعليق الذي يوجب بطلان العقد على قسمين:

الأول: أن يكون العقد معلقا على أمر متأخر كما إذا كان الإنشاء حاليا و المنشأ أمرا استقباليا بان يحصل في الاستقبال، و قد وقع نظيره في باب الوصيه و التدبير، بل نظائره كثيره في العرف، و قد تسالم الفقهاء رضوان الله عليهم بكونه مبطلا للعقد، إلا في موردين: أحدهما الوصيه

و الثاني:التدبير،و ان لم يكن فى الالتزام به محذورا عقلى و قد تقدم تفصيل ذلك فى باب التعليق فى العقود.

القسم الثانى:ان يكون التعليق على أمر حالى،و لكن لا يعلم بكونه حاصلًا أو غير حاصل،كأن يقول بعتك المتاع الفلانى ان جاء زيد و الفرض أنه جاء و لكن لا يدرى المتعاملان بمجيئه و هذا أيضا مبطل للعقد،فالتعليق الذى يوجب البطلان انما هو هذين القسمين.

و أما التعليق فى الشرط فهل يكون من قبيل هذا القسمين المذكورين لىوجب بطلان العقد أو لا يكون كك،لكى لا يكون موجبا لبطلانه؟فنقول:

قد عرفت فيما سبق أن للشرط فى العقد معنيان:-الأول:أن يكون العقد معلقا على التزام المشروط عليه بأن يبيع متاعه من زيد على تقدير التزامه بفعل اختيارى له،و الأ فلا يبيع،و قد عرفت أنه لا شبهه فى صحته مع حصول الالتزام بالفعل،و على تقدير عدم الالتزام، يبطل البيع للتعليق أولا و عدم الشرط ثانيا،و قد عرفت أيضا أنه مع عدم كون متعلق الالتزام أمرا اختياريا لا يحصل نفس الالتزام أيضا لاستحاله الالتزام بأمر ممتنع،كما هو واضح.

ثم انه يثبت الخيار للمشروط عليه على تقدير عدم العمل بطبق التزامه و اما البطلان فلا لحصول الالتزام حين العقد.

المعنى الثانى:للشرط فى ضمن العقد أن يكون الالتزام العقدى معلقا على وصف أو فعل و ليس معنى تعليق الالتزام بذلك إلا ثبوت الخيار للشارط على تقدير التخلف فىكون المنشأ محدودا.

إذا عرفت ذلك فنقول إذا باع أحد متاعه معلقا على التزام المشتري (على ما هو المعنى الأول للشرط)بأمر غير اختيارى على تقدير خاص فلا شبهه فى بطلان البيع ح للتعليق بداهه استحاله تحقق الالتزام بأمر

مستحيل كما هو واضح. ولا يخفى أن ما ذكرناه من تفسير الشرط و تعليق الالتزام عليه أو ما نذكره الآن من المرتكزات العرفيه و كلامنا شرح للمرتكزات.

و أما على المعنى الثانى للشرط فإذا باع متاعه مطلقا و لكن جعل فيه شرطا كان مرجعه الى تقييد اللزوم بذلك و فى الحقيقه أن البائع قد أنشأ شيئا أحدهما: أصل العقد، و الثانى: التزامه به على تقدير حصول ما علق عليه التزامه من الكتابه للعبد و نحوها، بحيث يكون له الخيار مع التخلف كما عرفت ثم إذا كان توقف الالتزام على الشرط المنجز فلا كلام لنا فيه، و ان كان تعليق اللزوم به الشرط المعلق كان ذلك على أنحاء، لأن التعليق قد يكون بأمر متأخر فى ظرفه كأن يقول بعتك هذا الكتاب بشرط أن تخطى لى ثوبا ان جاء زيد فى رأس السنه فان ما علق به الشرط و هو الخياطه أمر استقبالى و هو مجيء زيد فى رأس السنه، و قد يكون تعليق الشرط بأمر حالى حاصل بالفعل، و لكن المتبايعين لا يعلمان به كما إذا قال البائع للمشتري بعتك هذا العبد على أن تخطى لى ثوبا ان كان العبد كاتبا و كان كاتبا فى الواقع، فان ما علق به الشرط و ان كان حاصلا و هو الكتابه و لكن حيث لا يدريان به المتبايعين فيكون الشرط معلقا فى الظاهر دون الواقع، و قد يجتمع هنا كلا الأمرين كما فى البيع الخيارى بأن باع كتابا و جعل فيه الخيار فى رأس الشهر الآتى على تقدير ردّ الثمن فان معلق عليه الخيار أمر متأخر و هو مقيد برد الثمن فهو مجهول إذ لا يعلم ان المشروط عليه يرد الثمن أو لا يرد الثمن فهو مجهول فقد أجمع الأمران الثانى من تعليق الشرط أن يكون الالتزام مشروطا بشرط كأن يقول بعتك المتاع الفلانى على تقدير التزامك بالخياطه ان جاء زيد فهل هذا يرجع الى التعليق فى العقد بدعوى أن الخياطه معلق بمجىء زيد فيكون الالتزام معلقا لكونه متعلقا بالخياطه و يكون العقد معلقا فيبطل العقد للتعليق.

وفيه أن نظير ذلك قد وقع في الواجب المعلق والمشروط حيث ان من حكم باستحاله الواجب المعلق لكونه مستلزما لانفكاك الإنشاء عن المنشأ فارجعه الى الواجب المشروط، وقد بسطنا الكلام في إمكانه في محله و في المقام لا محذور أن يكون المقيد بالشرط هو الخياطه و يكون بمنزله المنشأ الذي يتأخر زمانه في الواجب المعلق و يكون الالتزام مطلقا و فعليا و محققا عند تحقق العقد، و يكون ذلك بمنزله الوجوب و الإنشاء في الواجب المعلق الذي قلنا ان الوجوب حالي و الواجب استقبالي فلا يلزم من الاشتراط المذكور لزوم التعليق في العقد، و كك الحال في الإجاره أيضا كما إذا آجر الدار من شخص و يشترط المستأجر على الموجد ان يخدم ضيفه ان جاء فان المشروط عليه قد التزم بالفعل و لا شبهه أن متعلق مشروط و مشكوك الحصول و الالتزام فعلى و الملتزم به أمر استقبالي مشكوك.

### الكلام في حكم الشرط الصحيح

قوله: مسأله في حكم الشرط الصحيح.

أقول: قد أشرنا فيما تقدم الى أن الكلام في حكم الشروط يقع في جهتين: - الأولى: في حكم الشرط الصحيح.

و الثانيه: في حكم الشرط الفاسد، أما الكلام في الجهه: - الأولى: فقد عرفت أن الشرط على ثلاثه أقسام: - الأول: شرط الفعل، بان يشترط أحد المتعاملين على الآخر إيجاد فعل أو تركه على ما تقدم تفصيله.

و القسم الثاني: هو شرط الصفه بأن يشترط المشتري على البائع كون

العبد كاتباً أو كون الحنطه أبيض أو أصفر أو كون التمر اسود و غير ذلك من الأوصاف أو ما هو فى حكم اشتراط الأوصاف من الأمور الخارجه عن اختيار المشروط عليه، و قد عرفت فيما سبق أنه لا معنى لاشتراط الأوصاف و التزام المشروط عليه بذلك اما لتعليق العقد عليها بأن يبيع على تقدير تحقق هذا الوصف، فلا شبهه أن هذا تعليق موجب لبطلان العقد بالإجماع أو مرجع ذلك الى جعل الخيار على تقدير تخلف الوصف و قد عرفت سابقاً أن هذا هو المتعين إذ لم يشك أحد فى صحه هذا الشرط، فلو كان هنا تعليق لكان باطلا و نفس بنائهم على صحه هذا الشرط قرينه على عدم إرادته الصوره الأولى.

القسم الثالث: من الشرط هو شرط النتيجة و شرط تحقق أمر بنفس العقد، و ذلك كاشتراط تحقق أمر اعتبارى فى العقد، و ذلك كاشتراط أن يكون بنت المشتري زوجه للبائع أو بالعكس بأن اشترط المشتري على البائع ذلك أو اشترط انعقاد عبد فلانى للمشتري أو يكون المزرعه الفلانيه ملكا له أو غير ذلك من الماهيات الاعتباريه و قد عرفت حكم هذا القسم أيضا فيما سبق و قلنا ان هذا الأمر الاعتبارى ان كان أمرا اختياريا للمشروط عليه و سببه أيضا اختياريا له أى له أن يوجد هذا الأمر الاعتبارى بأى سبب أراد يوجد ذلك بمجرد تحقق العقد الذى اشترط ذلك فيه، و ذلك كالملكيه مثلا فان سبب هذه الماهيه الاعتباريه انما هو تحت يد المعبر، فإنه بأى نحو ابرز هذه المعبر تحقق فى الخارج و ينشأ كما هو واضح.

و ان لم يكن ذلك الأمر الاعتبارى تحت اختيار المعبر أو لا يكون سببه تحت يده، بل كان له سبب خاص فإنه لا يوجب ذلك بالعقد كالزوجه و الطلاق و العبوديه و الانعقاد، و كون المرهون مبيعا عند انقضاء الأجل و

نحو ذلك كان الشرط فاسدا لمخالفته للكتاب و السنه كما هو واضح.

ثم انه هل يمكن استفاده حكم هذه الأقسام الثلاثة كلها من دليل الوفاء بالشرط و أن المؤمنون عند شروطهم يشمل جميع هذه الأقسام الثلاثة أو لا بل يختص بشرط الفعل فقط، و أن المستفاد من ذلك الوجوب التكليفي و هو يختص بشرط الفعل كما عليه المصنف، و الظاهر أن دليل الوفاء بالشرط يشمل جميع الأقسام المتقدمه و لا يختص بالفعل و أن المستفاد من ذلك الحكم التكليفي و الوضعي كليهما فيكون جميع الأقسام مندرجه تحته و يجب المضى في جميع ذلك بمقتضى الشرط و الوجه في ذلك أن الظاهر من معنى قولهم (عليه السلام) في الروايات المستفيضه المؤمنون عند شروطهم أو المسلمون عند شروطهم هو أنهم لدى شرطهم كقولهم (عليه السلام): (المؤمنون عند عدته) و أن الشرط لازم له و لا ينفك عنه خصوصا مع أخذ الايمان أو الإسلام موضوعا للحكم، فإنه يرشد الى الايمان و عدم انفكاك الشرط عنه الذى التزم به لا ينفكان و انهما متلازمان، و الشرط لازم له و لاصق به و يعبر عن ذلك بالفارسيه بكلمه (جسيدين) كان الشرط لصق به و ضمّه و لا شبهه أن هذا المعنى يلائم جميع أقسام الشرط أما القسم الأول و هو شرط الفعل فواضح، فان معنى اشتراط الفعل أن العقد مربوط به و قد اثبت المشروط عليه ذلك في ذمته و هو عنده و لا ينفك عنه و لا يجوز له التخلف عن ذلك الفعل.

و أما القسم الثانى و هو شرط الصفه فقد عرفت أن مرجع ذلك الى جعل الخيار و أن الشارط يشترط على المشروط عليه الخيار و يكون الالتزام بالعقد مربوطا به بحسب التزام المشروط عليه، و أنه لازم الوفاء و أن مقتضى كون المؤمن عند شرطه هو أن يكون الخيار ثابتا على المشروط عليه على تقدير التخلف، لأنه اشترط على نفسه الخيار إذا تخلف للوصف فلا بدّ و أن يكون عند شرطه و مقتضى كونه عند شرطه هو نفوذ خيار الشارط و كونه مسلطا على

فسخ العقد و إمضائه و هذا أيضا واضح.

اما القسم الثالث و هو شرط حصول أمر فى العقد فهو أيضا شرط فى العقد، و العقد مربوط به و مقتضى اشتراط المتعاقدين ذلك هو أن يكون هذا أيضا نافذا لكونه شرطا من المؤمن و شرط المؤمن نافذ و ماض و لا- ينفك و لا يتخلف و هذا القسم من الشرط شرط أيضا لا يتخلف.

و على الجملة مقتضى قولهم عليهم السلام المؤمنون عند شروطهم و ان شروطهم نافذ، و إذا شرط المؤمن شرطا ينفذ أن جميع الأقسام المذكوره من الشرط نافذ فإنه لا شبهه فى صدق الشرط عليها كلها و ارتباط العقد بها و إذا كان شرطا حقيقه و قلنا أن شرط المؤمن نافذ فلا بدّ من الحكم بشمول دليل الوفاء بالشرط لذلك، كما لا يخفى. فافهم.

و يؤيد كون المؤمنون دالا على الحكم التكليفي و الوضعي معا تطبيق الامام عليه السلام ذلك، أى المؤمنون عند شروطهم تاره بالحكم التكليفي و أخرى بالحكم الوضعي، أما الأول ما تقدم من الروايه أن أحدا تزوج امرأه و اشترطت عليه أن لا يأخذ عليها امرأه، فقال الامام عليه السلام: بنس ما صنع، فما يدرى ما يخطر بباله من الليل و النهار و إذا اشترط فليفى بشرطه لأن المؤمنون عند شروطهم.

و أما الثانى: ما دل على جواز إعطاء الابن مال كتابه الأمه المكاتبه التى هى مزوجه لأبيه و اشتراط أن لا يكون لها الخيار بعد كونها حره لأنه لو لم يكن هذا الشرط لكان لها الخيار فحكم الامام عليه السلام بنفوذ هذا الشرط وضعيا و طبق عليه قوله (عليه السلام) المؤمنون عند شروطهم فهاتان الروايتان قرينتان على كون المراد من دليل الوفاء بالشرط أعم من التكليفي و الوضعي كما هو واضح.

ثم انه بناء على ما يظهر من المصنف من اختصاص المؤمنون عند شروطهم

ص: ٣٤٢



بشرط الفعل و عدم شموله لشرط الصفه و النتيجة لأن ذلك يتضمن حكما تكليفيا فلا بدّ من التعلق بالفعل كالوجوب الوفاء فى النذر و العهد، كما هو واضح، و هل هنا دليل آخر على لزوم القسمين الآخرين أم لا؟ فذكر السيّد و شيخنا الأستاذ إشكالا على الشيخ بأنه إذا خصّصتهم ذلك بشرط الفعل و قلم ان مفاد الدليل هو الحكم التكليفى فأى دليل لكم على القسمين الآخرين.

و لكن الظاهر أنا لا نحتاج فى إثبات نفوذ الشرط فى القسمين الآخرين الى دليل الوفاء بالشرط من جهة أنا ذكرنا سابقا أن معنى جعل الخيار عباره عن تحديد الملكيه المنشئه و جعل المنشئه قسما خاصا، و لا شبهه أن اشتراط الوصف فى العقد الذى مرجعه الى جعل الخيار انما يوجب تضيق دائره المنشأ فىكون المنشأ هى الحصه الخاصه، و كك المنشأ فى القسم الثالث حيث ان اشتراط العقد بكون الشىء الفلانى حاصلًا بذلك العقد أيضا، الذى هو شرط النتيجة يوجب تضيق دائره المنشأ لأن معنى الشرط كما عرفت هو الربط و الارتباط، و إذا كان العقد مربوطا بشىء يكون المنشأ بلحاظ هذا الشرط مضيقا و عليه فالمتبايعان من الأول قد أنشأ ملكيه خاصه و ملكيه محدوده و يكون المشمول لعموم أَوْفُوا بِالْعُقُودِ هو هذه الحصه الخاصه لازمه الوفاء، فإذا كان هذا العقد الخاص واجب الوفاء بدليل أوفوا، فىكون الشرط الذى يوجب تضيق الدائره أيضا واجب الوفاء كما هو واضح، فلا نحتاج مع ذلك الى دليل وجوب الوفاء بالشرط لإثبات كون الشرط فى القسم الأول و الثانى أيضا نافذا وضعًا كما لا يخفى.

ثم انه إذا اشترط أحدهما فى ضمن العقد على الآخر أمرا اعتباريا على نحو شرط النتيجة و كان ذلك الأمر الاعتبارى جائزا فى طبعه كالوكالة فهل يكون لازما باشتراطه فى ضمن العقد أو لا؟ يكون كك، بل يكون جائزا كما

كان ككك، إذا تحقق في نفسه خاليا عن اشتراطه في ضمن عقد من العقود و لم تر من تعرض لذلك إلا السيد في حاشيته، حيث انه ذكر هذا و حكم بكونه لازما من جهة أن المستفاد من القرائن الخارجيه القطعيه أن اعراض الشارط كون المشروط عليه وكيلا من قبل الشارط ليس هو الوكاله حدوثا و ابتداء بحيث يكون المشروط عليه وكيلا له بعد العقد حدوثا فقط لا مستمرا، بل غرضه هو الوكاله المستمره كما هو واضح.

و فيه ليس لنا كلام في كون الوكاله المشروطه في ضمن العقد مستمره أو غير مستمره، بل هي مستمره بلا ريب، و انما الكلام في أن هذه الوكاله المستمره جائزه كالوكاله في عقد الوكاله أو غير جائزه، بل هي لازمه كما هو واضح فما ذكره السيد رحمه الله عليه خارج عن محل الكلام، كما لا يخفى و الظاهر أنها لازمه.

و الوجه في ذلك هو أن دليل الوفاء بالشرط انما دل على أن المؤمن عند شرطه و شرطه لازمه عليه و لاصق به و منضم اليه بحيث لو أراد أن لا- يفي بشرطه و يفكه عن نفسه لا- يمكن و هذا عبارته أخرى عن لزوم الشرط فالوكاله و ان كانت جائزه بحسب طبعها و لكن حيث اشترط ذلك في ضمن العقد اللازم فمقتضى دليل الوفاء بالشرط هو كونها لازمه و غير جائزه و أن الوكاله الحاصله بعنوان شرط النتيجة لا تنحل بالفسخ، بل المأخوذ في موضوع وجوب الوفاء بالشرط هو الايمان و الإسلام و هما يقتضيان اللزوم بحيث أن يكون هنا شيء لم يكن قبل الشرط و من الواضح أن الجواز في الوكاله كانت قبل الشرط على أنا ذكرنا من انه يكفي في لزوم الشرط نفس دليل الوفاء بالعقد و لا نحتاج بعد ذلك الى ما يدل على وجوب الوفاء بالشرط، و ذلك لأن الاشتراط يوجب تضيق دائره المنشأ و كونه حصه خاصه و لا شبهه أن أَوْفُوا بِالْعُقُودِ يدل على وجوب الوفاء بهذا الحصه الخاصه كما لا يخفى

فكما أن العقد يكون لازماً بالاشتراط و جميع ما يكون من قيوده و حدوده أيضا يكون لازماً بذلك كما هو واضح لا يخفى، فافهم.

نعم إذا اشترط على الآخر أن يوكل شخصا آخر في ذلك فإنها يكون جائزه و هذا بخلاف اشتراط كونه و كيلا هذا ما يرجع الى شرط أمر اعتبارى بعنوان شرط النتيجة.

و اما شرط الفعل فقد تقدم الكلام فى بعض الجهات الراجعه اليه و من جملتها هى أن مقتضى المؤمنون عند شروطهم هو شرط الفعل فقط، لكونه دالا على الحكم التكليفى فلا يتعلق بالأفعال كتعلق النذر به أو يعم بقيه الأقسام فقد عرفت أن المصنف رحمه الله عليه ذكر كونه وجوب الوفاء بالنذر بحيث لا يتعلق بالأفعال و أما بقيه الأقسام فليست مشموله لذلك و لكن قد عرفت أن الأمر على خلاف ذلك، و أن مفاد دليل الوفاء بالشرط هو الأعم من ذلك.

ثم انه خالف الشهيد رحمه الله فى كون دليل الوفاء بالشرط دالا على الحكم التكليفى أعنى وجوب الوفاء بالشرط، بل ذكر أنه لا يجب على المشروط عليه فعل الشرط و انما فائده الشرط هو جعل العقد عرضه للزوال و لكنه واضح الدفع حيث عرفت أن الظاهر من قولهم عليهم السلام المؤمنون عند شروطهم كقولهم (عليه السلام) المؤمن عند عدته حيث يستفاد من أمثال ذلك وجوب الوفاء بالشرط و الوعد على أن غرض الشارط هو أن يلزم المشروط عليه بحسب شرطه لا مجرد جعل العقد جائزا و عرضه للزوال، بل قد عرفت أن المأخوذ فى موضوع الوفاء بالشرط هو الايمان و أن الوفاء به من علامته و هو يقتضى أن يكون المشروط عليه ملزما بالوفاء و يجب عليه الوفاء بالعقد خصوصا يتضع أن الحديث يدل على وجوب الوفاء تكليفا بملاحظه روايه منصور المتقدمه حيث دلت على أنه إذا اشترط ذلك فليف بشرطه و طبق عليه الامام عليه

و من جمله الجهات للبحث هنا هو ان مقتضى دليل الوفاء بالشرط ما ذكره المصنف رحمه الله حيث قال: ان للمشروط له إجبار المشروط عليه من جهه أنه التزم بالعمل له فله إجباره من جهه التزامه العمل للمشروط له و هذا لا- من جهه جواز الأمر بالمعروف، بل من جهه ثبوت حق له عليه بالتزام عليه بالشرط حيث انه التزم له فله المطالبه بذلك فما افاده(قده)متين و يؤيده ما فى بعض الاخبار من قوله عليه السلام فليتم المرأه شرطها، حيث عبر باللام و قال للمرأه الظاهر فى كونه حقا لها و عليه فللمشترى أو للبايع أن يطالب المشروط عليه لشرطه مضافا الى السيره العقلائيه، فإن العقلاء يرونه حقا على المشروط عليه، و يطالبون به فى المحاكم العرفيه ثم انه ره استدلال على ذلك بوجه آخر و ملخصه ان الشرط ملك للمشروط له، و له أن يطالب بمملوكه و أن الشرط كأحد العوضين فكما أن أجزاء العوضين، لا بدّ من تسليمهما الى مالكهما و كذا الشرط لأنه كالأجزاء، لا بدّ من تسليمه الى مالكه و هذا لا يمكن مساعدته عليه و ذلك لما قدمنا من أن الشرط لا يوجب اشتغال ذمه المشروط عليه بالشرط على نحو لو مات اخرج من تركته كما فى العوضين، فإنه لم يثبت كون الشرط كذلك، نعم يجب عليه الوفاء بما اشترطه على نفسه، و هو حق ثابت للمشروط له، و أما الملكيه فلا، كما لا يخفى.

و المتحصل أن المشروط له يتمكن من مطالبه المشروط عليه بالشرط و إجباره عليه، لأنه حقه حسب التزامه مضافا الى دلالة الروايه المتقدمه، و ثبوت السيره العقلائيه و أقوى من الكل ان له إسقاطه و هو يؤيد كون وجوب الوفاء حقا لأنه القابل للإسقاط. و يمكن ان يقال أن الحكم أيضا يعقل ان يرتفع بإسقاطه من جهه احتمال أنه مشروطا بعدم رفع يد المشروط له منه و هذا أمر ممكن بحسب مقام

الثبوت الآخر أنه يحتاج الى دليل في مقام الإثبات، هل الحكم، الحكم التكليفي فقط؟ كوجوب الوفاء بالندرج، فإنه لا يجب للمنذور له، بل لا يجوز مطالبه المنذور من الناذر لعدم استحقاقه على الناذر شيئاً أصلاً، الآخر من الأمر بالمعروف يجوز المطالبه و هو لا يختص بالمنذور و المشروط له، بل هو وظيفه كل مسلم أو يدل على الحكم الوضعي أيضاً بحيث يكون هنا وجوب حتى يجوز للمشروط أن يطالبه من الشارط، بمعنى أن هنا حقاً للشارط على المشروط عليه بحسب الاشرط بحيث للشارط إجبار المشروط عليه على الوفاء بشرطه بحسب الاشرط، وربما يفصل بين الشرط الراجع إلى مصلحه أحد المتعاقدين كخياطه الثوب و نحوها و بين ما لا يرجع الى مصلحتهما كاشترط كئس المسجد فالترجم بجواز الإجبار في الأول دون الثاني كما ربما يفصل بين شرط الذي كالمتعلقات للعقد نظير اشترط رهن المبيع عند البائع لعدم اطمينانه للمشتري حتى يوثق بثمنه و بين الشرط الأجنبي نظير الخياطه و نحوها ففي الأول يصح الإجبار لأنه من متعلقات العقد، و العمل به كالعامل بالعقد لازم دون الثاني فقد اختار المصنف الوجه الثاني لأن مقتضى العمل بالشرط ليس هو الآخر تسليم العوضين، فان المشروط له، له حق بحسب الاشرط على المشروط عليه و لذا له أن يجبره على الوفاء و سيأتي في البحث الآتي أن الإجبار في عرض كون الشارط مختيراً بين الفسخ و الإمضاء لا أنه ليس الإجبار أصلاً كما زعمه بعضهم.

نعم، أن الشارط لا يملك شيئاً بحسب الاشرط كما في كلام المصنف حيث ذكر أن الشارط يملك على المشروط عليه الشرط إذ ليس هنا مملوك و الآخر لا بدّ و أن يكون من جملة الإرث على تقدير موت الشارط و ليس كك و قد عرفت أن الشرط لا يقابل بجزء من الثمن ليكون مملوكاً للشارط، بل هو جعل حق على المشروط عليه و الشاهد على ذلك أنه يسقط ذلك بالإسقاط

مع أنه لو كان مفاد الدليل مجرد الحكم التكليفي لم يسقط بالإسقاط، كما هو واضح.

ثم ان ما ذكره المصنف من الاستدلال بالروايات الداله على أن المؤمنون عند شروطهم على أنه ليس الوفاء بالشرط مجرد التكليف المحض، بل هنا شيء آخر للشارط على المشروط عليه متين و لكن قد عرفت أنه ليس بملك لعدم ترتب لوازمه من الإرث و نحوه على ذلك، و انما هو حق من الحقوق، و لا شبهه في دلاله الروايات المتقدمه على ذلك و يضاف على ذلك قيام السيره القطعيه على ذلك و أن اشتراط أحد المتعاقدين على الآخر، مجرد إثبات الحكم التكليفي عليه، بل غرضه أن يجعله ملزما بهذا الشرط بحيث يجبره على ذلك في المحاكم المختصة على تقدير أداءه، بل ربما يلتفت للشارط بالحكم التكليف أصلا.

و على الجملة فبناء العقلاء على ثبوت حق للشارط على المشروط عليه بالاشتراط و غرض المتبايعين أيضا هو ذلك، فان الشارط غرضه إثبات حق على المشروط عليه و إلزامه إعطاء ذلك الحق و سيأتي أن الإيجابار على الوفاء بالشرط في عرض الخيار، و الفسخ لا في طوله و يدل على ذلك كله أن للمشروط له إسقاط ذلك، فإنه لو لم يكن من الحقوق لم يقبل ذلك الاسقاط فمن قبوله الاسقاط نستكشف كونه من قبيل الحقوق، كما هو واضح.

و ما عن صاحب جامع المقاصد من توجيه عدم الإيجابار بأن له طريقا الى التخلص بالفسخ ضعيف في الغايه بداهه أن من جعل لنفسه الخيار انما غرضه هو الفسخ بعد تعذر أخذ ما شرط عليه اما لعدم تمكنه أو لعدم تسلط الشارط على المشروط عليه لشقاوته و أما مع إمكان إجباره و لو بالشكايه الى المحاكمه المختصة فيجبره عليه إذ لو لم يكن للشارط حق الإيجابار لتضرر في معامليه غالبا، فإنه لو اشترى أحد شيئا مع الشرط على البائع و ترقى قيمه

ذلك الشيء أضعاف قيمته الاولى فليس للمشروط عليه أن لا يعمل بالشرط و يقول للشارط أفسخ المعامله، بل يجبره الشرط على الوفاء، إلا أن يريد الفسخ على طبق ميله، و ليس غرضنا من ذكر الضرر التمسك بحديث نفي الضرر، بل غرضنا استبعاد هذا المطلب أى الالتزام بعدم جواز الإيجاب فإن نتيجه ذلك هو تضرر الشرط كثيرا و هو على خلاف الارتكازات العقلانيه و بنائهم فإنه ليس من المتعارف ان يشترط أحد على غيره بشرط أو مضى مده ثم يقول المشروط عليه ليس لك الأفسخ العقد.

و على الجملة ليس الغرض من الشرط هو تخلص الشرط عن المعامله و لوازمها حتى يقال انه ليس منحصرا بالإيجاب بالفسخ، بل غرض الشرط هو الوصول الى غرضه من الشرط من المنافع و دفع الضرر و لو كانت الأغراض شخصيه فلا وجه للقول بأن له وجهها الى التخلص.

و بعبارة أخرى أن ما افاده جامع المقاصد لا يتم لا من جهة ما ذكره المصنف من الخيار فى مرتبه متأخره عن الإيجاب لوصول النوبه إليه لما سيأتى أن الإيجاب فى عرض الخيار لا- فى طوله، بل من جهة أنه ان كان للمشروط له حق المطالبه، فلا شبهه فى جواز الإيجاب لمطالبه الحق، و إلا كان مفاد الشرط هو الحكم التكليفي فقط كالنذر فلا يسوغ الإيجاب مضافا الى قيام السيره.

و قد يتوهم أن ظاهر الشرط هو فعل الشيء اختياريا، فإذا امتنع المشروط عليه فقد تعذر الشرط و حضور الفعل منه كرها بالإيجاب غير ما اشترط عليه لأن اللازم أن يكون متعلق الشرط امرا اختياريا كما تقدم، فلا يكون الإيجاب موجبا للوفاء بالشرط و فيه الظاهر أن هذا التوهم انما نشأ من خلط بين الكلمه الاختياريه المستعمله فى مقابل عدم القدره و كلمه الاختيار المستعمله فى مقابل الكره و عدم المحبوبيه و الذى هو موضوع صحه التكاليف هو الأول بمعنى أنه يشترط أن يكون التكليف متعلقا بأمر اختيارى

فلا يصح تعلقه بأمر غير مقدور و أما الثانى فلا و من الواضح أن الفعل اعنى الشرط فى المقام، و ان يصدر عن المشروط عليه بالكره، و لكن مع ذلك هو فعل اختيارى له و ليس فعلا غير اختيارى حتى لا يصح كونه متعلقا للشرط الا أن يكون الإكراه عن غير حق.

و بعبارة أخرى أن متعلق الشرط لا- بدّ و أن يكون امرا مقدورا سواء كان صادرا عن المشروط عليه كرها أم اختياره مقابل الكره، فلا وجه لهذا التوهم أصلا، نعم لو اشترط على الآخر فعلا صادرا عنه بالاختيار و عدم الكره كان لهذا التوهم مجالا واسعا كما هو واضح على جواز مطالبه الحقوق كالأموال هذا كله مع الإغماض عما ذكرناه فى اشتراط الوجوب بالقدره حيث قلنا ان الوجوب لا يتعلق بغير المقدور.

و أما إذا كان الفعل مقدورا تاره و غير مقدور أخرى فلا مانع من إيجاب الجامع بين المقدور و غير المقدور، لأن الجامع بينهما مقدور و كذلك نقول فى المقام أن الالتزام بالعمل الغير، الغير الاختيارى و ان كان غير معقول الا- أن العمل إذا صدر من الاختيار تاره و من غير الاختيار أخرى فالجامع بين الاختيارى و غيره لا- مانع من التزامه و لكن لو لم نقل بذلك فالجواب ما عرفته آنفا.

قد عرفت أن شيخنا الأنصارى(قده) تعرض فى المقام لعدّه أمور:

منها: أن الوفاء بالشرط واجب على المشروط عليه وجوبا تكليفيا.

و منها: أن لزوم الوفاء بالشرط هل هو حكم تكليف محض أو أنه من جهة حق للمشروط له على المشروط عليه، و لذا يمكنه إجبار المشروط عليه على العمل و الوفاء بما لزمه على نفسه ذكر المصنف أن له إجبار المشروط عليه بالوفاء من جهة أنه ملك الشرط باشتراطه و قد وافقناه فى النتيجة و ناقشنا فى دليلها و قد قلنا أن له إجباره و استشهدنا عليه بالسيرة العقلية،



و قلنا ان لزوم الفعل بالشرط و كونه حقا للمشروط له ثابت ببناء العقلاء و أن الأدله الداله على لزوم الوفاء بالشرط وردت إمضاء للسيره المذكوره.

ثم انه قد تعرض بعد ذلك على أمر ثالث و هو أن المشروط عليه إذا امتنع من الوفاء بما التزمه و كان الشرط أمرا قابلا للنيابه كالانشائيات نظير بيع شىء أو هبته و نحوهما، فهل للحاكم أن يباشر بذلك فيبيع المال المشروط بيعه أو يهبه من قبل المشروط عليه أو أنه ليس للحاكم ذلك و لا- يقع عمله نافذا عن قبل المشروط عليه قد قوى تمكنه من ذلك من جهة ما ورد من أن السلطان ولى الممتنع فيندفع ضرر المشروط له بتصدى الحاكم للوفاء بما التزمه المشروط عليه على نفسه هذا، و الوقت لم يسع للمراجع الى أن هذه الروايه هل رويت بطريقنا و انها معتبره أو أنها نظير من المختصرات لغويه لا اعتبار لها فليراجع الى مظانها.

ثم على تقدير أنها روايه معتبره لا تكفى بمجردا فى إثبات المدعى و هو صحه تصدى الحاكم على ما على الممتنع من الالتزام بل لا بدّ من ضم مقدمه خارجيه إليها فإن الحاكم ليس بسلطان و لا من دونه بمرتبه أو بمراتب فلا بدّ فى إثبات ولايه الحاكم من دعوى القطع بمناسبه الحكم و الموضوع على أن هذا الولايه الثابته للسلطان ليست من الأحكام المختصه للسلطان، بل هو من أحكام المنصب فيثبت للحاكم أيضا لأن المستفاد من الروايه أن الشارع لا يرضى لتضييع حقوق الناس و هذا كما ثبت للسلطان يثبت للحاكم أيضا إذا تمكن من ذلك و لو لا دعوى القطع المذكوره احتاج إثبات المدعى فى المقام الى ضم كبرى كليه على هذا الروايه و هى ولايه فى كل ما للسلطان من الاحكام و المناصب أو المناصب المختصه له و قد تقدم فى بحث الولايه أن ولايه الحاكم على نحو الكليه غير ثابتة و أنه ليس له الولايه فى كل ما للإمام و السلطان ولايه و لذا ذكرنا أن إثبات المدعى فى المقام بمجرد

هذه الروايه غير ممكن الا بضم دعوى القطع على أن هذه الولايه ليست من مختصات السلطان بمناسبه الحكم و الموضوع.

ثم انه قد تعرض إلى أمر رابع فى المقام و هو أن الخيار الثابت للمشروط له على تقدير عدم وفاء المشروط عليه بما التزامه على نفسه هل هو فى عرض الإيجاب أو أنه فى طوله بمعنى أنه إذا تعذر عليه إجباره و لم يتمكن منه تنتهى النوبه إلى الخيار و له أن يفسخ العقد أو أنه مع تمكنه من الإيجاب متمكن من الخيار أيضا نقل عن بعضهم أن الخيار فى طول الإيجاب و عن علامه أن الخيار فى عرضه و أن مع تمكنه من الإيجاب متمكن من الفسخ ثم قوى(قده)عدم ثبوت الخيار مع التمكن من الإيجاب.

و فى حاشيه المكاسب من تقارير شيخنا الأستاذ(قده)أن هذا البحث بعينه البحث السابق و لا- اختلاف بينهما إلا فى مجرد الألفاظ و احتمال هناك أن يكون تكراره من قلم شيخنا الأنصارى و تعجب منه فى أنه كيف تعرض له ثانيا و لا يخفى وضوح الفرق بين المسألتين لأن البحث فى المسأله الأولى انما كان متمحضا فى ثبوت أصل الإيجاب و أنه جائز للمشروط له أولا و أما فى هذه المسأله فالبحث فيها فى أن الخيار الثابت للمشروط له فى عرض الإيجاب أو فى طوله فالمسألان متغايران لا ربط من إحداهما إلى الأخرى.

و العجب من شيخنا الأستاذ أنه كيف خفى ذلك عليه مع أنه أمر واضح لا- يحتاج إلى إقامه الدليل و لعل الاشتباه من قلمه الشريف دون فلم شيخنا الأنصارى و ذكر بعض المحققين أن أصل عنوان المسأله عجيب لأن استحاله اجتماع الخيار مع التمكن من الإيجاب بمكان من الموضوع و الوجه فى ذلك أنا ذكرنا أن الشرط ليس هو مجرد الوفاء الاختيارى بل يعمه و الوفاء الإيجابى أيضا و من الظاهر أن الخيار انما يثبت فى المقام بعد تعذر الشرط إذ الكلام فى هذا الخيار اعنى خيار تعذر الشرط و مع التمكن من الخيار لا

تعذر للشرط، بل هو ممكن و معه لا معنى للخيار.

و بالجمله فرض التمکن من الإيجار فرض عدم تعذر الشرط الذى هو أعم من العمل الاختيارى و الإيجارى و فرض عدم تعذر الشرط فرض عدم الخيار فكيف يجتمع التمکن من الإيجار مع الاختيار و ما أفاده رحمه الله متين لو كان المراد بالخيار فى المقام خصوص خيار تعذر الشرط إذ مع التمکن من الإيجار لم يتعذر الشرط فلم يتحقق موضوع الخيار و اما لو كان المراد بالخيار الأعم من تعذر الشرط كما سيأتى فلا وجه لما أفاده.

و بعبارة أخرى انا نلتزم بالخيار عند تعذر الشرط لكن لا من جهة خصوصيه فى التعذر، بل من جهة أنه أحد الأمور الموجبه للخيار و مصداق من مصاديق الموجب للخيار.

و ح يمكن أن يثبت الخيار مع التمکن من الإيجار ليتحقق موضوعه كما سنبينه إنشاء الله.

و عليه فلا بد من مراجعه مدركه الخيار لو بنى أنه يثبت مع التمکن من الإيجار أو لا- يثبت إذ عدم إمكان اجتماعها ليس من البداهيات حتى لا يحتاج فيها الى دليل فنقول أيضا مدرك الخيار عند تخلف الشرط هو الإجماع كما ذهب اليه بعضهم فلا بد فيه من الاقتصار على المورد المتيقن و هو صوره عدم التمکن من الإيجار و أما معها فلا يقين بالإجماع على ثبوت الخيار ح فلا يثبت الخيار بعد عدم التمکن من الإيجار.

و ان كان المدرك لثبوت الخيار قاعده لا ضرر كما ذهب اليه المصنف فلا يثبت الخيار مع التمکن من الإيجار أيضا لأنه مع تمكنه من الإيجار لا يتوجه عليه ضرر حتى يدفع بالخيار و من هنا ذكر شيخنا الأنصارى أن الخيار فى طول الإيجار لا فى عرضه و لكننا ناقشنا فى كون مدرك الخيار هو قاعده لا ضرر فى خيار الغبن فراجع.

و أما إذا كان المدرك للخيار عند تخلف الشرط هو الشرط الضمني الذي اعتمدنا عليه، فالخيار ثابت مع التمكن من الإيجاب و ذلك لأن المشروط له قد علق إزمه فى المعامله على التزام المشروط عليه بالشرط، و قد ذكرنا أن الشرط لا بدّ و أن يكون مربوط بالعقد و لا معنى لكونه عباره عن الالتزام فى ضمن الالتزام بأن يكون العقد ظرفاً للشرط فقط، بل لا بدّ و أن يكون مربوط به و ذكرنا أيضاً ان الاشتراط يوجب تعليق أصل المعامله على التزام المشروط عليه بالشرط بحيث لو لا التزامه بالفعل فلا يتحقق المعامله أصلاً كما أن التزامه بالمعامله و قيامه عليها معلق على وفائه بالشرط فى الخارج بمعنى أن المشروط عليه ان لم يفه بالتزامه فى الخارج فللمشروط له أن لا يف بالتزامه بالمعامله.

و بعباره أخرى ان التزام المشروط عليه بالشرط و ان كان محققاً بحسب الحدوث و لذا قلنا بتحقيق البيع لحصول ما علق عليه الآ انه ان التزم بالشرط بحسب البقاء أيضاً فليتزم المشروط له أيضاً بالمعامله، و أما إذا لم تلتزم المشروط عليه بالشرط بحسب البقاء فللمشروط له أن لا يفى بالتزامه بالمعامله فيفسخها و عليه فالخيار يثبت للمشروط له بمجرد عدم وفاء المشروط عليه، بشرطه و عدم التزامه به بقاء و معنى خياره كونه متمكناً من رفع اليد عن التزامه و قد عرفت انه انما يكون متمكناً من رفع اليد عن التزامه فيما إذا لم يلتزم المشروط له عليه بالشرط بحسب البقاء و معه لا داعى إلى تقييده بعدم التمكن من الإيجاب لأنه كلفه زائده و بما ذكرنا ظهر أن الخيار فى المقام فى عرض الإيجاب لا فى طولله، و يمكن أن يكون نظر المصنف فيما ذكره فى المقام الى ذلك حيث ذكر أن المقام لا يقاس بامتناع تسليم أحد العوضين لأن تسليم كل من العوضين الى مالك الآخر انما يجب مع تسليم الآخر فإذا لم يسلم أحدهما فلاآخر أن يمتنع عن التسليم بمعنى أن الالتزام بالتسليم فى

كل من المتبايعين مشروط و هو ثابت لكل منهما و هذا بخلاف المقام لأن الالتزام بالعمل بالشرط انما هو من أحدهما لا من كليهما فإذا لم يف بما التزمه فللمشروط له أن لا يفى بالتزامه (و ليس للمشروط عليه الامتناع من الوفاء حتى يف الآخر بالتزامه كما فى مسأله التسليم إذ الالتزام ليس من الطرفين فى المقام).

و قد ذكر المحقق المتقدم أن هذا الكلام من الشيخ يشبه كلام الأطفال فى مقام اللجاج حيث يقول أحدهما للآخر ان لم تعطنى لا أعطيتك و بما ذكرناه عرفت أن الأمر ليس ككك و أن هذا الكلام منه كلام متين و لا يشبه كلام الأطفال، لأن المشروط له قد علق التزامه بالمعامله مع وفاء المشروط عليه بالتزامه فان لم يف بما التزمه، فلا يجب على المشروط له البقاء على التزامه فما أفاده العلامه من ان الخيار فى عرض التمکن من الإيجابار هو الصحيح.

ثم انه ذكر فى المقام امرا خامسا و هو أنه إذا تعذر الشرط فى الخارج من جهه عروض عمى على من التزم بالخياطه أو شلل و نحوهما فلا يثبت للمشروط له الآ الخيار، و له ان يفسخ المعامله ح و لا يثبت له الأرش بأن يطالب المشروط عليه ما به التفاوت بين قيمه الشىء مع الشرط كالخياطه، و قيمته بدونه. و ربما يقال بثبوت الأرش فى موارد تعذر الشرط لتفاوت قيمه المبيع مع الاشتراط و قيمته بدونه.

و ثالثا: يفصّل بين الشروط التى تقابل فى نفسها بالمال كاشتراط خياطه الثوب لأن لها قيمه فى نفسها و اشتراط مال العبد فى شرائه فيلتزم فيها بالأرش عند تخلفها و تعذرها و بين شرط الأوصاف مما لا يقابل بالمال فى نفسه و انما يوجب زياده قيمه المشروط نظير اشتراط القدره على الكتابه فى العبد أو القدره على الطبخ و غيرهما من الأوصاف الكماليه الموجهه لاختلاف قيمه الموصوف فيلتزم بعدم الأرش فيها.

و لا يخفى عليك أن الشروط سواء كانت من شرط الأوصاف أو غيرها مما لا يقابل بالمال فى المعاملات و يقع شىء من الثمن فى مقابلها، بل الثمن بتمامه يقع فى مقابل ذات المبيع و عليه فلا وجه للأرش و مطالبه ما يخص بها من القيمة مطلقا و انما التزمنا بالأرش فى خيار العيب من جهة النصوص لا من جهة مطابقه القاعده.

و قد أشار السيد فى حاشيته على ثبوت الأرش فى تخلف الشروط بدعوى أنها و ان لا تقابل بالمال فى مقام الإنشاء و عالم الظاهر إلا أنها تقابل بها فى عالم اللب و الواقع و قد تقدم ذلك فى مبحث خيار العيب و به أثبت كون الأرش على وفق القاعده و أجبنا عنه هناك بأن المعاملات مما ليس له عالمان ظاهر و واقع و صورته و لب، بل صورتها لبها و لبها صورتها لأنها ليست إلا الاعترافات نفسانيه مبرزه بمرز فى الخارج و هو اما موجوده، أو معدومه، و لا- معنى لثبوتها لبا دون صورته و عليه فلا- يثبت للمشروط له عند تخلف الشروط و تعذرها إلا الخيار دون الأرش كما عرفت.

ثم ان المصنف ذكر امرا سادسا و هو أن الشروط إذا صار متعذرا و ثبت بذلك الخيار للمشروط له، و لكن العين خرجت عن ملك المشروط عليه و سلطنه لتلف أو نقل لازم فهل يمنع ذلك عن فسخه أو لا؟ و على تقدير فسخه هل يرجع على المشروط عليه بقيمتها أو مثلها أو أنه يقتضى الرجوع الى نفس العين بفسخ العقد الواقع عليها من أصلها أو من حين الفسخ و قد تعرض (قده) فى المقام الى جهات:- الجهه الاولى: فى أن المشروط له إذا فسخ هل يرجع الى قيمه العين و لا يرجع إليها بنفسها بفسخ العقد الواقع على العين من جهة ان العقد الواقع على العين قد صدر من أهله و وقع فى محله حيث انه صدر من مالكة فى زمان ملكه فلا وجه لبطلان العقد، بل لو فسخ فلا بد من أن يرجع

بديلها أو أن يرجع الى نفس العين بفسخ العقد الصادر من المشتري من أصله أو من حين فسخه و الصحيح أن يرجع الى بدلها لأن العقد الواقع عليها كان صحيحا حين صدوره و لا وجه لبطلانه و تعرضنا لذلك تفصيلا فيما تقدم و المقام اعنى تعذر الشرط مع خروج العين عن ملك المشروط عليه من أحد صغريات ما تقدم فى محله من أن الفسخ بعد انتقال العين الى ملك شخص آخر بعقد صحيح لا يقتضى إلا الرجوع الى بدلها فراجع.

الجهة الثانية: أن الشرط إذا تعذر و خرجت العين عن ملك المشروط عليه بعقد آخر منافى لمقتضى الشرط كما إذا اشترط عليه بيعه من زيد و هو باعه من عمرو أو اشترط عليه وقفه و هو باعه و هكذا مما يكون منافيا للاشتراط فهل العقد الواقع على المال صحيح مع أنه مخالف لمقتضى الشرط أو أنه باطل أو يفصل فيه بين ما إذا قلنا بأن الشرط يقتضى حقا للمشروط له على المشروط عليه فنلتزم فى الأول بصحة العقد الصادر من المشروط عليه الذى هو مخالف لمقتضى العقد لانه لا يستلزم ح الآ مجرد المخالفه للحكم الشرعى بوجوب الوفاء و أما عقده فصحيح و نلتزم فى الثانى بالبطلان إذا لم يسبقه الاذن من المشروط له و لم تلحقه اجازته منه لأنه ح بيع شىء تعلق عليه حق الغير و بيعه باطل.

و أما إذا سبقه اذنه أو لحقه اجازته فالعقد أيضا صحيح و هذا هو الذى ذهب اليه المصنف.

و ربما يفصل فى المقام بتفصيل آخر و هو التفصيل بين سبقه بالاذن من المشروط له، فالعقد يصح و بين لحوقه بإجازته أى المشروط له فيبطل بدعوى أن العقد إذا سبقه اذن من له الحق فعقده وقع صحيحا عند إسناده إلى العاقد.

و أما إذا وقع بلا اذنه حين إسناده إلى قاعده ثم لحقته الإجازة فلا

محاله يقع فاسداً لأنه عقد واحد شخصى قد حكم عليه بالبطلان حين صدوره من العاقد فكيف ينقلب إلى الصّحه بالإضافه (و) العقد باستمرار الزمان لا يكون متعدداً) إلى نفس ذلك العاقد، بعد ذلك و قد تقدم هذا التفصيل من الشيخ أسد الله التستري في بيع الفضولى حيث فصل في تصحيح العقد الأول بالإجازة المتأخره بين العقد الفضولى المصطلح أعنى ما إذا كان العاقد غير من ينسب إليه العقد بالإجازة و بين مثل تزويج بنت أخت الزوجه أو بنت أخ الزوجه مما يكون العاقد الفضولى فيه هو المنتسب إليه العقد بالإجازة، فالترم في مثل ذلك بصّحه العقد المذكور فيما إذا سبقه الاذن من الزوجه و بالبطلان فيما إذا لم يسبقه الاذن سواء لحقته الإجازة أيضاً أم لم تلحقه، و ذلك من جهه أن العقد حين صدوره من العاقد حكم عليه بالبطلان لعدم اشتماله على شرط صحته، فلا يمكن أن ينقلب إلى الصّحه بالإجازة المتأخره بالإضافه إلى ذلك العاقد لأنه عقد واحد قد حكم بالفساد (و) العقد الواحد لا يتعدد بحسب الأزمنه) بالإضافه إلى العاقد فلا يتصف بالصّحه بالإضافه إليه أبداً، و هذا بخلاف الإجازة في الفضولى المصطلح لأن العقد و ان اتصف بالبطلان بالإضافه إلى العاقد إلا أنه لا مانع من اتصافه بالصّحه بالإضافه إلى المالك إذا أجاز لأنه لم ينسب إليه قبل أجازته ليحكم بصّحته أو بفساده، بل ينسب إليه بإجازته و يحكم بصّحته له من حين الانتساب هذا ما فصله الشيخ اسد الله التستري هناك.

و التفصيل المذكور في المقام هو عين هذا التفصيل الذى نقلناه عن الشيخ المذكور.

و قد أجبنا عن ما فضّله شيخ المتقدم هناك بوجوه: - منها: أن مقتضى الأخبار الواردة في صحه تزويج العبد بدون اذن مولاه إذ الإجازة بعد تزويجه معللاً بأنه لم يعص الله و انما عصى سيّده،



عدم الفرق فى صحه العقد الصادر فضوليا بالإجازة المتأخره بين الفضولى المصطلح و تزويج بنت أخت الزوجه أو بنت أخيها و ذلك لأن الأخبار المذكوره تعطى ضابطه كليه فى صحه العقد الفضولى بالإجازة المتأخره و هى أن العقد الصادر عن الفضول ان كان معصيه وضعيه لله تعالى فهو باطل، و لا ينقلب الى الجواز و صحه الفضولى على طبق القاعده فى جميع موارد فلا وجه لرفع اليد عنها فى بعض موارد و أما إذا لم يكن معصيه لله حتى بالإجازة المتأخره لانه كان معصيه و مخالفه لذلك المجيز فإذا رضى به و أجاز جاز و فى العقد المذكور أيضا إذا رضيت الزوجه و أجازت عقد بنت أختها أو بنت أخيها جاز لأنه لم يكن معصيه لله و انما كان معصيه للزوجه و مخالفا لحقها فإذا أجازت جاز، فهذا التفصيل ساقط و التفصيل موكول الى محله.

و أما دعوى البطلان مطلق فلعلها من جهه أن العقد ح منهى عنه لأنه مناف للوفاء بالشرط الواجب و النهى فى المعاملات يوجب الفساد.

و يرد عليه وجوه:- الأول: أنه ليس فى المقام نهى مولوى شرعى من بيع المشروط عليه ماله من غير من اشترط بيعه منه، إذ لم يرد عنه نهى و انما أمر ببيعه ممن اشترط بيعه منه و هو لا يقتضى النهى عن بيعه من غيره إلا على القول بأن الأمر بالشىء يقتضى النهى عن ضده و هو ممنوع.

الثانى: ذهب الى أن بيعه من غير من اشترط بيعه منه مورد للنهى و لو من جهه اقتضاء الأمر بالشىء النهى عن ضده إلا انا ذكرنا فى محله أن النهى فى المعاملات لا يقتضى فسادها مطلق سواء تعلق بالسبب أو بالمسبب أو التسبيب.

و الثالث: أنا لو سلمنا ان العقد المذكور منهى عنه شرعا و سلمنا أن النهى فى المعاملات يوجب الفساد و لكنه لا يلزم منه الالتزام بفساد العقد

المذكور مطلق لأنه إذا رضى به المشروط له إذنا أو اجازة فلا- محاله ترتفع النهى عنه إذ النهى عنه ليس الأ- من جهة حق المشروط له فإذا تجاوز عن حقه ارتفع النهى.

و دعوى البطلان مطلق لا- يرجع الى وجه صحيح و من ذلك يظهر أن التفصيل بين كون الوجوب تكليفا محضا أو كونه حقا كما ذهب اليه المصنف لا يمكن المساعدة عليه لأن الوفاء بالشرط و لو قلنا أنه من جهة ثبوت الحق للمشروط له على المشروط عليه الأ- أن هذا الحق لا تتعلق بالمال و العين و انما تتعلق على العقد فلا يكون بيعه بيعا لمتعلق حق الغير و ليس المقام عن قبيل بيع العين المرهونه التى متعلق حق الغير سيما مع ملا-حظه أن الخيار منعقد فى المقام فلا- وجه للتفصيل بين الصورتين إذ فى كليهما يكون بيعه مضادا لما يجب عليه الوفاء به تكليفا أو حقا ثبت للمشروط له الخيار من دون ان يستلزم بطلان العقد أبدا فالصحيح هو الالتزام بصحة العقد الصادر من المشروط عليه مطلقا و يشمله عمومات حل البيع و الوفاء بالعقود و لكن للمشروط له الخيار و لا وجه للبطلان.

ثم لو قلنا ببطلان العقد الصادر من المشروط عليه فيخرج ذلك عن محل الكلام لان البحث فى تعذر الشرط ببيع المشروط عليه من اشترط بيعه ح و الكلام فى تعذر الشرط.

و هذا بخلاف ما إذا قلنا بصحة العقد من المشروط عليه لأنه ح يكون داخلا فى تعذر الشرط الذى هو محل الكلام فى الجبهه الخامسة من عنوان كلام المصنف الأ أنه إذا كان المشروط عليه متمكنا من العمل بالشرط بفسخ عقده لجوازه أو شرائه منه ثانيا و جب عليه و الزم عليه بمقتضى الاشتراط فيفسخ عقده أن تمكن أو يشتريه ممن باعه منه ثانيا و يصرفه فى محله.

و هذه الصورة لا بدّ من إخراجها عن محل الكلام و فرض البحث فيما

إذا لم يتمكن المشروط عليه من إرجاع العين الى ملكه و لو بالشراء حتى يتعذر عليه الشرط فإذا كان الأمر كذلك و قلنا بصره بعه فقد تعذر عليه الشرط و ثبت للمشروط له الخيار فهو ان امضى عقده أى عقد نفسه فهو، و لا كلام و أما إذا فسخ عقده فهل يرجع الى بدل عينه أو يرجع الى نفسها بفسخ العقد الواقع عليه من أصله، أو من حين الفسخ وجوه قدّمنا صحيحها و لا مزيه له على ما تقدم إلا أن العلامة (ره) ذكر في هذه المسألة أنه إذا فسخ المشروط له يرجع الى نفس عينه بانفساخ العقد الواقع عليها من المشروط عليه إلا- إذا كان الواقع عليها هو العتق فإنه ح يرجع الى قيمتها لا الى نفسها بفسخ العتق لأن العتق مبنى على الغالب و هذا الكلام من العلامة مما لم يفهم له معنى محصلا أبدا لأن معنى بناء العتق على الغالب هو أن العبد إذا عتق منه جزء يسرى الحريه الى جميع اجزائه و منه ضمان أحد الشريكين لحصه شركه فى العبد إذا عتق نصفه أى حصه نفسه و لكنه كما كان سببا لحرية نصفه الآخر أيضا يضمن لشريكه قيمه ذلك النصف و هذا المعنى غلبه الحرية و العتق لا أن معناه أنه إذا أعتق ملك الغير يكون هذا موجبا لحرية و المفروض أن فسخ المشروط له يكشف عن أن عتق المشروط عليه وقع فى غير ملكه فيبطل، فالصحيح ما ذكرناه من صحه العقد مطلق و للمشروط له الخيار و أنه إذا فسخ يرجع الى بدل العين مطلق لأن العقد الصادر من المشروط عليه صدر من أهله و وقع فى محله و لا وجه لبطلانه (بقى هناك مسأله أن الخيار لا يسقط بالتصرف فى العين و نتعرض لها فى عنوان الاتي إنشاء الله).

و من جمله ما تعرض له المصنف (ره) هو أن للمشروط له إسقاط شرطه قد استفدنا من القرائن الداخليه و الخارجييه أن وجوب الوفاء بالشرط ليس من الأحكام المجعوله لله تعالى ابتداء فإنه ليس من الأحكام الأوليه و انما

هو من جهة حق المشروط له الثابت بالاشتراط نظير وجوب الأداء في الدين فإنه من جهة ملا حظة حق الدائن لا أنه مجعول ابتدائي للشارع.

وقد عرفت أن الاشتراط يوجب ثبوت حق للمشروط له على المشروط عليه عند العقلاء أيضا و عليه فلا مانع من أن يرفع المشروط له يده عن حقه إذ به يرتفع وجوب الوفاء بالشرط وهذا أمر ظاهر الآ أن ذلك وقع مورد الخلاف بين الأعلام في شرط العتق وقد ذهب جماعه الى عدم سقوطه بالإسقاط فإذا شرط العتق في معاملة ثم رفع المشروط له يده عن شرطه قالوا بأنه لا يوجب سقوطه، بل يجب على المشروط عليه الوفاء بالشرط مع إسقاطه المشروط له أيضا و ذلك من جهة أن في شرط العتق ثلاثه حقوق حق للمشروط له و حق لله تعالى، و حق للعبد و إذا رفع المشروط له يده عن حق نفسه فهو لا يستلزم سقوط الحقين الآخرين و من هنا قالوا ان إسقاط الشرط في العتق لا يوجب السقوط هذا و لا يخفى أن كون العتق حقا لله و للعبد مما لا يرجع الى محصل كما ذكره المصنف، لأنه أريد من كونه حقا لله تعالى أنه أمر محبوب قد ذهب اليه الشرع فهو و ان كان كذلك الآ أنه لا يستلزم الحق و لا وجوب الوفاء عليه لأنه أمر استجابي و الآ محبوبية العتق لله لا يختص بصوره الاشتراط فقط، لأنه محبوب على كل حال و لازمه وجوب العتق و لو مع عدم الاشتراط و هو مقطوع العدم لأنه مستحب لا وجوب له فضلا عن أن يكون حقا و ان أريد من كونه حقا لله أنه أمر بالوفاء به على تقدير شرطه لأنه حق لشارط ح و هو أيضا صحيح الآ انه مشترك بين شرط العتق و غيره من الشروط فما ذا وجه عدم سقوط شرط العتق دون غيره، و اما أنه حق للعبد ففيه أن اشتراط العتق لا يوجب حقا للعبد على المشروط عليه و ليس له المطالبة بذلك أبدا كما ذكرنا نظيره في النذر لأنه إذا نذر شيئا على الفقراء، أو غيرهم فليس للفقراء مطالبه الناذر بالوفاء بالنذر.

و أن أريد من ذلك أن العبد ينتفع بعقله و اليه يرجع نفعه، ففيه أن رجوع المنفعة إليه لا- يوجب الاستحقاق إذ هو نظير ما إذا اشترط في ضمن العقد أن يهب لثالث مالا- أو يبيعه منه بالعق من ثمنه فإنهما يوجبان رجوع النفع الى الثالث الا أنه لا يوجب الاستحقاق و عليه فالصحيح أنه لا فرق بين شرط العتق و شرط غيره في سقوطه بالإسقاط.

ثم ان إسقاط الشرط و الحق تاره يكون باللفظ و أخرى يكون بالفعل و هذا الأمر و ان تعرض له المصنف (ره) في الأمر المتقدم الآ أن المناسب له ذكره في هذا الأمر فإذا تصرف المشروط له أو عمل عملا علمنا به انه يسقط بذلك حقه فلا كلام في سقوطه به و اما إذا لم يدل عمله على إسقاطه فلا دليل على أن مجرد التصرف أو العمل يوجب السقوط، اللهم الآ فيما دل الدليل على كونه موجبا للسقوط كما دل على أن التقيل و المس و نحوهما يسقطان الخيار في خيار الحيوان الآ أن التعدى من مورد النص الى غيره غير ممكن فيما لم يتم دليل على أنه يوجب السقوط لا دليل على سقوط الخيار به كما قدمنا تفصيل ذلك في الأبحاث المتقدمه فليراجع.

و من جمله الشروط التي ذكرها المصنف في حكم الشروط الصحيحه أخيرا هو أن الشرط ربما لا يكون من قبيل الكم كما في شرط الخياطه، و الكتابه، و غيرهما، من الأوصاف و الافعال و أخرى يكون الشرط من قبيل الكم متصلا أو منفصلا و الأول كما إذا باع الثوب على أن عشره أذرع و الأرض بأنها متر و الثاني كما إذا باع ما في الكيس من الجوز على أنه مائه عدد و لا إشكال في أن تخلف الشرط في القسم الأول لا- يوجب الا الخيار و لهما الإمضاء مع المطالبه بالأرش بما يخصه من الشرط لأن الثمن انما يقع في مقابل ذات المبيع و لا يقع في مقابل الشرط أبدا و لو كان الشرط في نفسه أمرا ممولا كما في الخياطه على ما تقدم و أما إذا تخلف الشرط في

القسم الثانى فأيضاً لا خلاف بينهم فى ثبوت الخيار بذلك للمشروط له إلا أنه وقع الخلاف بينهم فى أنه يتمكن من أخذ الأرض وما يخص الشرط من الثمن أو الإمضاء أو أنه كالقسم الأول لا يوجب الا الفسخ أو الإمضاء مجاناً ولا يتمكن من أخذ الأرض بوجه وربما قيل بجواز أخذ الأرض فى هذا القسم مطلقاً وقيل بعدمه مطلقاً وثالث فصل بين متقارب الاجزاء، (و موافق الاجزاء) ومختلفها بالالتزام بالأرض فى الثانى دون الأول وهذا من غير فرق بين صورتى التخلف بالنقصان والتخلف بالزيادة والذى ينبغى أن يقال فى المقام هو أن البيع الشرط يتصور بحسب مقام الثبوت على أقسام و صور:- الصورة الاولى: أن يكون أصل البيع والمعامله معلقاً على ذلك الكم كما ربما يعلق على كيف أو غيره من الأوصاف والأمر كما إذا صرح بأن يبعي لهذا الثوب مشروط بان يكون عشره أذرع بحيث لو كان انقص لا يشتريه المشتري ولا يبيعه البائع أو صرح بأن يبعي لما فى الكيس من الجوز، معلق على ان مائه عدد ولا أبيعته إذا كان انقص كما يشتريه المشتري إذا كان ككك وفى هذه الصورة العقد باطل من رأسه لأنه من التعليق المبطل ومع البطلان لا يبقى للنزاع فى أن له الإمضاء مجاناً أو له أن يطالب بالأرض مجال إذا البيع باطل، وليس له الإمضاء ولا الفسخ ولا المطالبة بشيء لعدم الموضوع والمعامله وهذا ظاهر.

الصورة الثانية أن يكون أصل البيع منجزاً على كل تقدير ولا يكون معلقاً على ذلك الكم المشترط كما إذا اشترى الثوب على كل تقدير إلا أنه اشترط على البائع أن يكون ثمنه عشره دراهم إذا كان الثوب عشره أذرع وتسعه إذا كان تسعه فاصل المعامله غير معلقه إلا أن يكون الثمن عشره دراهم معلق على كون الثوب عشره أذرع وكأنه اشترى الثوب الخارجى كل ذرع بدرهم من

دون أن يعلم أنه عشرة أذرع أو أقل أو أكثر وقد تقدم في بيع صاع من الصبره أن هذه المعامله صحيحه و لا غرر فيها بوجه لأن الثمن بمقدار المثلث ان كان زائدا فزائدا و ان كان ناقصا فناقصا و لا خطر في هذه المعامله أصلا و العلم بما في الصبره أو بذرع الثوب قبل قبضه و تسليمه غير معتبر لانه يظهر عند تسليمه بلا خطر على أحدهما فالمعامله صحيحه في هذه الصوره و يثبت للمشروط له الخيار على تقدير عدم كون الثوب عشرة أذرع مع كون الثمن بمقدار المثلث كل ذرع بدرهم.

و بالجمله أنه اشترط في هذه الصوره أمران:- أحدهما: أن يكون له الخيار على تقدير عدم تحقق الكم المشروط.

و ثانيهما: أن يكون كل ذرع بدرهم أى كون الثمن بمقدار المثلث فإذا ظهر المبيع ناقصا عن الكم المشروط في هذه الصوره فيثبت للمشروط له الخيار أن الثمن ينقص بمقدار نقص المبيع لأنه لو كان عشرة أذرع كان ثمنه عشرة دراهم و حيث انه تسعه أذرع فقيمته تسعه دراهم حسب الاشتراط و لكن لا يبقى في هذه الصوره مجال لإمضاء العقد بتمام الثمن أى بلا أخذ الأرش كما هو أحد أطراف الاحتمال فى المقام فإنه صرح بأنه لو لم يكن عشرة أذرع فليس ثمنه عشرة دراهم، بل ثمنه تسعه بمقدار المبيع فالإمضاء بتمام الثمن عند ظهور النقص فى المبيع لا يجرى فى هذه الصوره.

الصوره الثالثه: ما إذا كان كل من المبيع و الثمن غير معلقين و كلاهما منجزان على كل تقدير كما إذا اشترى الثوب بعشره دراهم على كل حال ظهر ناقصا أو غير ناقص فهذا الموجود اشتراء بهذا الثمن المعين و ان لا يدري أن المثلث عشرة أو أقل الآ أنه اشترط على البائع الخيار لنفسه على تقدير ظهور النقص فى المبيع و عدم كونه عشرة أذرع و المعامله فى هذه الصوره صحيحه أيضا و العلم بمقدار المبيع مما لا دليل على اعتباره فى غير

المكيل و الموزون الآ من جهه استلزم الجهل بمقدار الغرر الا أنه للنص كما مرّ في محله تفصيل ذلك فراجع.

و في هذه الصورة يثبت للمشروط له الخيار عند ظهور النقص في المبيع و له أن يمض العقد بتمام الثمن أيضا الآ أنه لا يتمكن في هذه الصورة من إمضائه مع المطالبه بالأرش و قيمه الناقص لأنه بلا- موجب إذ المفروض أن المعامله وقعت على هذا الموجود بهذا الثمن الموجود لا بأقل منه فاحتمال إمضائه مع الأرش الذي هو أحد الاحتمالات في المسأله غير جارى في المقام فلا يجتمع أطراف الاحتمالات المذكوره في صورته واحده.

و منه يظهر أن موردى النص و الإثبات في كلمات الأصحاب متعدد و معه يكون النزاع لفظيًا لأن من يقول بجواز الإمضاء مع المطالبه بالأرش نظره الى الصورة الثانيه كما أن من أنكر الإمضاء مع الأرش و لم يجوز أخذ الأرش فنظره الى الصورة الثالثه و هما مختلفان فالنزاع لفظى هذا كله بحسب مقام الثبوت.

و أما في مقام الإثبات فيما إذا قال بعتك هذا الثوب بعشره دراهم على أنه عشره أذرع فإن أرجعنا قوله على يعنى الشرط و التعليق إلى أمرين أحدهما التزامه بالمعامله الذى معناه الخيار و ثانيهما ان هذه العشره فيما إذا الثوب عشره أذرع أى أرجعناه إلى المثلثين يكون من التعليق فى الثمن و كأنه اشترى كل ذرع بدرهم فيثبت بذلك ما ذكره المصنف من أن له الإمضاء مع المطالبه بالأرش و قيمه النقص.

و بعبارة أخرى تكون المعامله ح من قبيل الصورة الثانيه التى يكون التعليق تعليقا لأمرين أحدهما الخيار و الالتزام بالمعامله، و ثانيهما كون الثمن عشره دراهم بمعنى أن كون الثمن عشره دراهم معلق على كون المبيع عشره أذرع، فان لم يكن ككك فالثمن أيضا لا يكون عشره دراهم، بل بالنسبه و



و لا يبقى لما ذكره جامع المقاصد من الإمضاء بلا مطالبه الأرش مجال لأنه من التعليق فى الثمن كما مر.

و أما إذا أرجعناه أى قوله على الى خصوص الالتزام بالمعامله فقط لا اليه و الى كون الثمن عشره دراهم الراجعه الى الصوره الثالثه فيثبت به ما ذكره جامع المقاصد من أنه يثبت له الخيار و له الفسخ و الإمضاء من دون مطالبه الأرش، لأنه باع الثوب بعشره دراهم بلا- تعليق و لكن الظاهر المطابق للمستفاد العرفى من مثل التعليق المذكور هو ما ذكره المحقق الثانى من أنه يرجع الى الالتزام بالمعامله فقط، و بعدمه يثبت له الخيار و لذا قال بأن الإشاره مقدمه على العنوان بمعنى أنه أشار الى الموجود الخارجى و قال بعثك بكذا فالموجود مبيع فى مقابل الثمن كائنا ما كان لا أنه يرجع الى أمرين أحدهما الالتزام و ثانيهما كون الثمن كذا مقدار بمعنى التعليق فى الثمن لأنه و ان كان أمرا ممكنا كما ذكرناه الا- أنه محتاج الى التصريح به فى مقام الإثبات و مجرد الظهور اللفظى و التعليق لا يكفى فيه لأن ظاهره أنه تعليق للالتزام بالمعامله، بل ربما يصرح به البائع أو المشتري و لا يرون الشرط الا- تعليقا من الالتزام بالمعامله لا- أنه تعليق فيه و فى الثمن كما هو ظاهر بحسب الفهم العرفى فما افاده المصنف لا- يمكن المساعده عليه هذا كله فى طرف ظهور النقص.

و كذا الحال فما إذا ظهرت الزيادة لأن البائع تاره يعلق أصل بيعه بأن لا يكون زائدا على عشره أمتار فى بيع الأرض مثلا و قد عرفت أنه باطل و لا يجرى فيه هذا النزاع أى الإمضاء مجانا أو مع مطالبه الأرش و اخرى يعلق التزامه بالمعامله على كونه عشره أذرع كما يعلق كون ثمنها عشره دراهم على كون الأرض عشره أذرع و كأنه يشترط بيع كل ذرع منها بدرهم و عند التخلف يثبت له الخيار و الزيادة باقيه فى ملكه كما أن له أن يفسخ المعامله

فى عشره أذرع المبيعه أيضا لأنه له الخيار (لأن الغرض التـخلف بالزيادة) و ثالثه يبيع هذه الأرض بهذا الثمن منجزا و لكنه يجعل لنفسه الخيار فقط من دون أن يكون الزيادة له لأن الفرض أنه باع الأرض بأجمعها بعشره دراهم هذا بحسب مقام الثبوت.

و أما فى مقام الإثبات فإن أرجعنا التعليق إلى أمرين أحدهما الالتزام بالمعامله و ثانيهما كون ثمنه عشره دراهم أى كل ذرع بدرهم بالمعنى المتقدم أعنى كون ثمنه عشره دراهم معلق على كون الأرض عشره أذرع فإن زاد يزيد و ان نقص ينقص الذى هو الصوره الثانيه فيثبت له الخيار مع مطالبه بالزائد كما ذكره المصنف و ان أرجعناه إلى خصوص التعليق فى الالتزام الذى هو الصوره الثالثه فيثبت له الخيار فقط دون استحقاق الزيادة كما ذكره جامع المقاصد، و قد عرفت أن الظهور اللفظى على طبق ما ذكره جامع المقاصد و عليه فالظاهر أن تخلف الشرط فى الكم فى جميع صور الأربعة أعنى متوافق الاجزاء كما فى الثوب و مختلف الاجزاء كما فى الأرض لجوده بعضها و رداءه بعضها الآخر أو الدار لاختلاف اجزائها كان التـخلف بالنقص أم كان بالزيادة لا يوجب الأ الخيار و لا يجوز مطالبه الأرض معه، لأن التعليق بحسب المتفاهم العرفى يرجع الى الالتزام بالمعامله و نتيجهه الخيار و لا يرونه راجعا الى كون المـثمن عشره أذرع الذى نتيجهه تعليق الثمن و كون الثمن بقدر المـثمن.

و أما ما افاده المصنف فى الجواب عن ذلك باننا لا ننكر أن البيع على أنه عشره أذرع يبيع مع الاشتراط إلا أنا ننكر أن يكون كل شرط غير مقابل بالمال و لا يتوسط اليه الثمن فهو لا يرجع الى محصل لأن فرض كون التعليق المذكور شرطا فرض عدم وقوع المال فى مقابله و الشرط مع كونه مقابلا بالمال مما لا يجتمعان فالحق ما افاده جامع المقاصد كما تقدم.

و الكلام فىه يقع فى جهات كما ذكره المصنف:-

**الجهه الأولى: لا إشكال فى أن الشرط الفاسد لا يجب الوفاء به و لا**

إلزام بفعله شرعا،

لأنه معنى الفساد فى مقابل الصحه و الإلزام به، فمعنى أنه فاسد أنه لا إلزام بفعله، و لا يجب على المكلف أن يفى به، فالشرط الفاسد بما أنه شرط لا حكم له، نعم إذا كان الشرط الفاسد فى نفسه مشروعا لا مانع من أن يأتى به المشروط عليه لأنه وعده و هذا ظاهر و ينبغى أن يكون محل الكلام هو الشرط الفاسد الذى لم يدل دليل على صحته مع فساد شرطه.

و انما الكلام فى أن الشرط الفاسد إذا لم يقم دليل على فساد العقد معه أو صحته معه، و عليه فمثل بيع الخشب مشروطا بأن يجعله المشتري صنما خارج عن محل الكلام لأن فساد العقد فى مثله لأجل النصوص، بل بطلان البيع المذكور غير مستند الى الاشتراط لأنه باطل حتى فى صورته عدم اشتراطه فيما إذا علم البائع أنه يجعله صنما كما تقدم ذلك فى محله و ذكر هناك المصنف أن النص هو الفارق بين بيع الخشب ممن يعلم أنه يجعله صنما و بيع العنب ممن يعلم أنه يجعله خمرا حيث ان الأول باطل و الثانى، صحيح و لا فرق بينهما إلا ورود النص فى الأول على البطلان دون الثانى، كما هو ظاهر، و كذا البيع مشروطا ببيعه من البائع ثانيا فإنه و ان كان باطلا- إلا- أنه من جهه دلالة الاخبار على بطلانه و هى الاخبار المعنونه بأخبار العينه و إلا فالشرط اعنى البيع ثانيا صحيح فى نفسه.

و من هنا لو اشترط ببيعه من شخص آخر يصح بلا كلام، لأنه من قبيل

شرط فعل سائغ فى نفسه و انما دلت الأخبار على بطلان العقد عند مقارنته بالشرط المذكور لا أن الشرط فسد و أوجب فساد المشروط و لعله ظاهر فهذا الموارد خارجه عن محل الكلام كما أن الشرط الفاسد إذا أوجب فقد شرط من شروط البيع تكويننا و يكون خارجا عن محل الكلام كما إذا اشترى شيئا و اشترط عليه عماره داره و لا ندرى أن داره وسيعه أو ساحتها ضيقه و هو يوجب اختلاف القيمة لا- محاله و لكون المعامله غرريه بالوجدان لأنه أمر خطرى لعدم علمه بمقدار ما التزمه من مخارجات العماره فيكون البيع فاسدا فى نفسه لفقده شرط من شروطه و هو عدم كونه غرريه و البطلان فى هذه الصوره مستند الى فقد شروط صحه البيع فى نفسه و هذا أيضا خارج عن محل الكلام (و كما إذا باع و اشترط أن يكون ما فى كيس المشتري من المال له مع عدم علمه بمقدار ما فى الكيس) و من هذا القبيل ما إذا اشترطه الخيار فى عقد النكاح فان الفقهاء قد ذهبوا الى أنه يوجب فساد النكاح و لم يتبينوا وجه بطلانه أى بطلان النكاح.

و قد ذكرنا الوجه فى ذلك سابقا و أشرنا إليه فى حواشينا على كتاب العروه و ملخصه أن الأدله دلت على أن النكاح لا يخلو من أحد القسمين لأنه اما دائمي أو موقت بوقت مضبوط، و يعبر عنه بالانقطاع و التمتع كتوقيه بشهر أو شهرين و نحوهما، و قد عرفت أن معنى جعل الخيار فى معامله تحديد ذلك المنشأ بالفسخ لأن الإهمال فى الواقع غير معقول فالمنشأ للمتعاقدين اما هو الملكيه أو الزوجيه على نحو الإطلاق و أما هو الملكيه أو الزوجيه المقيد بوقت أو شىء، و معنى جعل الخيار أن المنشأ ليس هو الملكيه المطلقه، بل الملكيه الموقه بزمان الفسخ أو الزوجيه الموقته بزمان فسخها.

و حيث أن أصل الفسخ و زمانه غير معينين، فيكون جعل الخيار فى

عقد النكاح إنشاء الزوجية الانقطاعيه المقيده بوقت غير معلوم، وقد عرفت أن النكاح لا يخلو عن أحد القسمين، فإنه إما استمراري و دائمى، و اما موقت بوقت مضبوط، و لا- ثالث لهما، فالموقت بوقت غير معلوم باطل، فالشرط فى هذه الصوره قد أوجب فقد شرط من شروط صحه النكاح أعنى التوقيت بوقت مضبوط و هذا أيضا خارج عن محل الكلام.

فالبحت متمحض فى الشرط الفاسد الذى لا يدل دليل على بطلان العقد معه و لا يوجب فقد شرط من شروط صحه العقد تكويننا للكلام يقع فى أنه هل يوجب سرايه الفساد الى المشروط أولا و هذا كما إذا اشترط فى ضمن عقد أن يشرب الخمر أو يكذب أو يترك واجبا فهل فساد الشرط فى المثالين يوجب فساد العقد أولا.

الصحيح أن الشرط الفاسد لا يوجب فساد المشروط أبدا وفاقا لمحققين من المتأخرين كالعلامه و الشهيدين و المحقق الثانى خلافا لبعض المتقدمين كالشيخ و من تبعه.

و الوجه فى ذلك أن الشرط غير راجع الى تعليق أصل المعامله بوجوده و إلا لكانت المعامله باطله فى نفسها كان شرطها فاسدا أم لم يكن، لأن التعليق فى العقد يوجب البطلان.

بل، الشرط الذى بمعنى الربط يربط شيئين آخرين فى كل معامله فإنه يستلزم تعليق أصل المعامله بالتزام الطرف بالشرط (فى شرط الأفعال الاختياريه و منه يظهر حال شرط النتيجة أيضا) بحيث لو لا التزامه به فعلا فلا بيع بينهما أصلا و مثل هذا التعليق لا يوجب البطلان لأنه تعليق بأمر حاصل بالفعل و هما يعلمان بوجوده فالمعامله تتحقق بتحقق التزام المشروط عليه بالشرط كما يستلزم تعليق التزام البائع مثلا ببيعه على إيجاد المشروط عليه الشرط خارجا.

بل، ربما يصرح بأنك ان لم تأت بكذا فلا التزم بالمعامله و هذا التعليق يوجب الخيار على تقدير عدم إيجاد المشروط عليه ما وجب في حقه و عليه فإذا باعه شيئاً بشرط أن يرتكب محرماً أو يرتكب ترك واجباً فقد علق أصل بيعه على التزم المشروط عليه بذلك المحرم كما علق التزمه به بإيجاد ذلك المحرم في الخارج، فإذا التزم المشروط عليه بذلك المحرم عصياناً أو غفله عن أنه حرام أو جهلاً بالموضوع كما اشترط عليه شرب مائع مخصوص، و التزم بشربه ثم ظهر أنه خمر فلا محال تكون المعامله صحيحه بحصول ما علقه عليه و هو التزم الطرف بالحرام (بمعنى أن تعليق الخيار بالالتزام بالحرام كترك الصلاة و نحوه لا يوجب الحرمة و لا البطلان) و شرط الالتزام بالحرام ليس شرطاً مخالفاً للكتاب و لا للسنه فلا حرمة فيه، و هو شرط سائغ و حيث انه حاصل بالفعل فالمعامله متحققه و يشملها العمومات فلا يكون فساد الشرط المذكور شرعاً موجبا لبطلان المعامله لأنها لم يعلق على وجود الشرط في الخارج حتى ينتفى بانتفائه، و انما علق على التزم المشروط عليه بالشرط و المفروض أن الالتزام به حاصل فالمعامله متحققه و لا وجه لبطلانها، و الى هنا تحصل أن المقتضى لصحة المعامله موجود، فلا بد من ملاحظه أنه هل هناك مانع عن صحتها أو لا مانع عنها أيضاً (تتميم) قد عرفت أن الشرط إذا أوجب فقد شرط من شروط العقد تكويناً فلا محاله يوجب فساد العقد إلا أنه خارج عن محل الكلام كما عرفت أمثله و من ذلك ما إذا اشترط أمراً مخالفاً لمقتضى العقد كما إذا اشترط عدم التملك في البيع فان هذا الشرط يوجب عدم قصده البيع لا محاله و البيع لا مع القصد باطل لانتهاء شرطه، و هو العقد و القصد معا و هذا أيضاً خارج عن محل الكلام.

و ذكر شيخنا الأستاذ أنه إذا باع شيئاً و اشترط عليه أن يصرفه في أمر

حرام كما إذا باعه العنب و اشترط عليه أن يصرفه في الخمر يكون ذلك الشرط موجبا لفقد شرط صحه البيع و به يخرج عن محل الكلام.

و الوجه في ذلك أن المبيع ح مما لا-منفعه محلله مقصوده فيفسد بيعه لأن الانتفاع منه يجعله خمرا قد حرمه الشارع و ألغاه و الانتفاع به في غيره من الأمور المحلله مما اشترط البائع عدمه على المشتري و عليه فلا منفعه مقصوده للمال فيفسد بيعه و نظيره ما إذا باعه شيئا و اشترط عليه أن يقامر به و تقريره ظاهر هذا و لكن الأمر ليس كذلك لأن الاشتراط المذكور ان كان يمضى شرعا كما إذا أمضاه الشارع و أنفذه فهو يدل على جواز صرفه في المورد المذكور لأنه مما أمضاه الشارع أى ألزمه على أن يصرفه فيه و هو من المنافع المقصوده المحلله بالإمضاء و أن لم يعلق عليه الإمضاء شرعا فهو ساقط و لا اعتبار به بمعنى أن المشتري أراد أن يصرفه في غير مورد الاشتراط لأن شرط عدم صرفه في غير مورد الشرط وقع فاسدا و على كل حال لا يستلزم هذا الشرط فقد شرط من شروط صحه البيع فهذا الاشتراط داخل في محل الكلام نظير غيره من الشروط الفاسده.

نعم، كبرى المسأله كما عرفتھا تامه لأن كل شرط استلزم فقد شرط من شروط صحه البيع فهو مفسد للعقد و يخرج عن محل الكلام و أن كان تطبيقها على المثال المذكور غير تام فالبحت متمحض في الشرط الفاسد في نفسه من دون أن يستلزم فقد شرط في أصل المعامله كما عرفت فلنرجع الى ما كنا بصدده.

### **و الوجوه التي استدل بها على فساد العقد بفساد شرطه ثلاثة الأول**

أن للشرط قسطا من الثمن لا محاله

فإذا صح الاشتراط فلا اشكال لوقوع مجموع الثمن في مقابل مجموع المثلن و هما معلومان و أما إذا فسد الشرط و لم يمض شرعا فقهره لا ينتقل إلى البائع مثلا ما يقع في مقابل الشرط لا

محاله و حيث أن ما يقابله مجهول فيستلزم ذلك الجهل بالثمن الواقع في مقابل ذات المبيع فيبطل معامله و الجواب عن ذلك مضافا الى النقص بالشرط الفاسد فى النكاح كما نقضه الشيخ(ره) أن الثمن لا يقع فى مقابل الشرط أبدا صحيحا كان الشرط أم فاسدا و انما يقع المال فى مقابل ذات المبيع.

نعم،الشروط مما يوجب زياده قيمه لا أنها يقع فى مقابل المال و من هنا قلنا ان الشرط إذا تعذر ثبت للمشروط له الخيار فقط و ليس له مطالبه المشروط عليه ما يقابل الشرط من الثمن و ليس هذا إلا من جهه أن الشرط قيد خارجى يوجب زياده قيمه و لا يقع بإزائه شىء من المال،هذا أولا.

و ثانيا: أن ما يقابل الشرط من الثمن فيما إذا قلنا بمقابله للمال ليس أمرا مجهولا،بل حاله حال الوصف فى أن الموصوف بالوصف قيمه و لفاقده قيمه أخرى،و كذا شراء الثوب بشرط الخياطه له قيمه و شرائه بدونها له قيمه أخرى معلومه عند الناس و لا جهاله فيما يخصه من الثمن،و هذا ظاهر.

و ثالثا:بعد الغض عما تقدم أن المعتبر من العلم بمقدار الثمن و المضمن هو العلم بمقدار مجموعها و لا يعتبر العلم بقيمه كل جزء جزء من المبيع،بل العلم بقيمه مجموع المال كاف فى صحته و ليكن حال الشرط كالجزم فكما إذا باع مال نفسه و مال غيره بثمان واحد صفقه واحده ثم ظهر أن نصفه للغير لا يكون معامله الواقع على مال نفسه باطله مع عدم العلم بما يقع فى مقابله من الثمن فكذلك المقام أو إذا باع خمرا و خلا بقيمه أو شاه و خنزيرا يقع معامله فى الخل و الشاه صحيحه بما يخصهما من الثمن مع عدم معرفتهما لما يخصهما من المال فكذا نقول فيما نحن فيه ان العلم بقيمه



### و لا يشترط فى صحتها معرفه

ما يخص المبيع من الثمن فهذا الوجه الثانى

الذى هو المهم فى المقام هو أن التراضى المعتبر فى المعاملات معلق على المعامله مع الاشتراط و لا- يرض البائع بالمعامله المجزده عن الشرط فان المقييد ينتفى بانتفاء قيده فيكون العقد الواقع على ذات المبيع من التجاره لا عن تراض و هو باطل لقوله عز من قائل لا تأكلوا أموالكم بينكم بالباطل إلا أن تكون تجاراً عن تراض .

و الجواب عن ذلك يظهر مما أشرنا إليه سابقا.

و حاصله أن الرضى المعاملى عند الإنشاء لم يعلق على وجود الشرط فى الخارج و الأ- لكانت المعامله باطله لأنه من التعليق المبطل و لو فرضنا صحه التعليق أيضا تكون المعامله باطله فيما نحن فيه لعدم حصول ما علق عليه على الفرض و المعلق ينتفى عند عدم المعلق عليه لا- محاله و هذا من غير فرق بين الشروط الصحيحه و الفاسده و لازمه بطلان العقود و الإيقاعات عند الاشتراط مطلقا لأنه تعليق أو عند عدم حصول المعلق عليه إذا قلنا بصحه التعليق مثلا.

و حيث ان العقود و الإيقاعات لا تبطل عند اشتراط شىء فى ضمنهما أو عند عدم حصول شرطها فنستكشف من ذلك أن الرضى المعاملى لم يعلق على وجود الشرط فى الخارج و الالتزام بإيجاده لما كان حاصله عند المعامله و هما يعلمان بوجوده فلا يكون التعليق على مثله مبطلا و من الظاهر أن الالتزام بإيجاد الشرط فى المقام حاصل لأنه التزم به على الفرض و تكون المعامله تامه و متحققه و كون ذلك أمرا محرما لم يمضه الشارع مطلب آخر غير مربوط بحصول المعلق عليه للمعامله كما هو ظاهر.

نعم،ربما يكون البائع بحيث لو كان عالما بحرمة ذلك الشرط أو كان

عالمًا بعدم إمضاء الشارع له لما أقدم على المعامله و إنما أقدم عليها باحتمال أن الشارع يمض الشرط المحرم فى المعامله تقصيرا أو قصورا.

الآن أن ذلك من باب تخلف الدواعى و هو لا يستلزم البطلان و الّا لزم بطلان المعامله فما إذا كان البائع بحيث لو علم بترقى قيمه المبيع لم يبيعه أو علم بأن المشتري لا يعمل بشرطه أو لا يدفع اليه ثمنه لم يقدم على المعامله مع أن المعامله فى الأمثله صحيحه غايه الأمر ثبوت الخيار له فى بعض الفروض كعدم دفعه الثمن أو عدم وفائه بالشرط و هكذا.

و الوجه فى ذلك أن تخلف الدواعى لا ربط له بالرضا المعاملى ابدا فالرضى موجود لتحقق ما علق عليه و هو الالتزام و يشمله عموم أحل الله البيع و غيره من العمومات و معه لا وجه للبطلان.

و مما ذكرنا يظهر الفرق بين الصور النوعيه العرفيه و بين شرط الفعل أو الوصف أو غيرهما مما لا يرجع الى المثلن أو الثمن لأن اختلاف الصوره النوعيه العرفيه و تخلفها يوجب بطلان المعامله و التعليق على مثلها صحيح لأنه تعليق على الموضوع فإذا باعه عبدا فظهر جاريه فالمعامله باطله عند العرف لأن معنى بعتك هذا العبد أى بعتك هذا الموجود على أنه عبد مشروطا بأنه كك فإذا ظهر جاريه فالمعلق عليه لم يتحقق فى المعامله فهى باطله إذا العرف يرى كلا من الجاريه و العبد فردتين متباينين و أحدهما غير الآخر.

نعم،هما بحسب النظر الفلسفى واحد حقيقه و اختلافهما اختلاف وصف عرضى غير ذاتى الّا أن المدار فى الصحه و البطلان هو تخلف الصور النوعيه العرفيه دون الفلسفيه و هذا بخلاف اشتراط غير الصور النوعيه لأن تخلفه لا يوجب البطلان و المعامله لا تتعلق عليه و الّا بطلت من رأسها كما هو ظاهر.

وقد تقدم الجواب عنها آنفاً و سابقا و حاصل الجواب أن مورد دلالة الدليل على فساد المعامله عند فساد شرطها خارج عن محل الكلام لأن الشرط فيها غير فاسد في نفسه إذ البيع من البائع ليس أمرا مخالفا للكتاب و السنه.

فلو سلمنا دخوله في محل الكلام فهو نص ورد في خصوص البيع النسيه مشروطا ببيع المشتري له ثانيا نقدا فنلتزم ببطلان هذا الشرط و إفساده العقد في مورده اعنى خصوص بيع النسيه فمن أحد شرائط صحتها ان لا يشترط فيها بيعه من البائع ثانيا و لو مع كون هذا الشرط في نفسه صحيحا فهو باطل للنص أو لأنه دورى على ما ذكره العلامة (ره) فهذا الروايات خارجه عن محل الكلام.

و أما روايه عبد الملك الوارده في حكم من يشتري شيئا و يشترط على البائع أن تكون خساره المشتري على بايع المال فقال عليه السلام لا ينبغي فهي أيضا لا تدل على فساد العقد عند فساد شرطه لأن قوله عليه السلام لا ينبغي لم يعلم أنه راجع الى أصل هذه المعامله و البيع أى البيع المذكور مما لا ينبغي أو أن هذا الاشتراط لا ينبغي.

ففى الثانى يخرج عن محل الكلام لأنه نهى ورد على الشرط ابتداء و ساكته عن بطلان البيع و هو ظاهر.

و على الأول يكون داله على بطلان العقد بفساد شرطه، بل على هذا أيضا يخرج عن محل الكلام لأن البحث فى الشرط الفاسد الذى لم يدل دليل على فساد العقد به، و على الأول يكون داله و لكن الروايه لا دلالة لها على أحدهما فهى مجمله لا دلالة فيها على المطلب، هذا أولا.

و ثانيا: ان قوله عليه السلام لا- ينبغي، لا- يفيد الفساد و انما يفيد الكراهه و لا- ربط لها بالفساد فنذهب ان المعامله مع الشرط المذكور مكروهه

و كلامنا فى الصحه و الفساد.

و ثالثا: نذهب ان قوله عليه السلام لا ينبغى، نص فى الفساد، و التحريم الا أنه لا يقتضى الحكم بفساد العقد عند فساد شرطه مطلقا لأنه نص ورد فى مورد خاص و هو البيع بشرط كون خساره المشتري على البائع و لا تتعدى عنه الى غيره.

و رابعا: أن دلالة الروايه على فساد العقد بفساد شرطه مطلقا أو فى موردها متوقف على أن يكون المراد من كون خساره المشتري على البائع ضمان البائع لما يخسره المشتري فى بيعه المبيع فإنه أمر على خلاف الكتاب و السنه إذ لا وجه فخساره احد و كون الآخر ضامنا على خسارته شرعا.

و أما إذا كان المراد من الاشتراط المذكور شرط جبران خساره المشتري بمال البائع بأن يكون الشرط شرط و هو أن يعطيه البائع مقدارا من ماله للمشتري إذا خسر، فالروايه تكون خارجه عما نحن فيه لأن الشرط المذكور ح شرط سائغ مباح لا فساد فيه أبدا حتى يستلزم فساد العقد أيضا كما ذكرناه سابقا فتكون الروايه أجنبيه عن المقام و معتبره فى خصوص موردها.

و الى هنا تحصل أن العقد لا يفسد عند فساد شرطه و لا وجه لفساد العقد ابدا مع اقتضاء العمومات صحته لأنه بيع و عقد و هو صحيح على طبق القاعده و تعضد القاعده جمله من الاخبار فى صحه العقد عند فساد شرطه فمنها ما عن المشايخ الثلاثه فى الصحيح عن الحلبي عن الصادق عليه السلام أنه ذكر أن بريده كانت عند زوج لها و هى مملوكه فاشتراها عائشه فأعتقها فخيرها رسول الله (صلى الله عليه و آله) فقال أن شئت قعدت عند زوجها و ان شئت فارقته و كان مواليتها الذين باعوها اشترطوا على عائشه أن لهم ولائها فقال (صلى الله عليه و آله) الولاء لمن أعتق حيث منع (صلى الله عليه و آله) من الشرط لفساده و لم

ص: ٣٩٨

يمنع عن أصل البيع المشروط به.

و منها مرسله جميل و صحيحه الحلبي الأولى عن أحدهما (عليه السلام) في الرجل يشتري الجارية و يشترط لأهلها أن لا يبيع و لا يهب و لا يورث قال قضي بذلك إذا اشترط لهم الآ المواريث.

و هذه الروايه أيضا دلت على منعه عليه السلام عن شرط عدم الإرث مع تصحيحه العقد و سائر الشروط و غيرها من الأخبار.

و هذه الأخبار أيضا يقتضى صحة العقد عند فساد شرطه و قد عرفت أن الصحة هي المطابقه للقاعده بحيث لم تكن تحتاج معها الى الأخبار.

و لو لا هذه الأخبار أيضا كنا نحكم بصحة العقد و عدم سرايه الفساد من الشرط اليه هنا.

### **ثم انه ربما يستدل على ما ذكرناه من عدم سرايه الفساد من الشرط**

الفاسد الى العقد

بان فساد العقد من جهه فساد شرطه أمر مستحيل في مقام الثبوت.

و الوجه فيه أن صحة الشرط بمعنى وجوب الوفاء عليه متوقف على صحة العقد إذ وجوب الوفاء بالشرط مانع لوجوب الوفاء بالعقد بمعنى أنه انما يكون واجب الوفاء فيما إذا وقع في ضمن عقد صحيح و هذا التوقف ظاهر و لذا قلنا ان الشرط الغير المذكور في ضمن العقد شرط ابتدائي لا يجب الوفاء عليه و على ذلك إذا كان صحة العقد أيضا متوقفه على صحة الشرط كما هو معنى كون العقد فاسدا بفساد شرطه لدار و هذا ظاهر.

و ذكر المصنف أن في هذا الاستدلال ما لا يخفى و هو كما أفاده فإن وجوب الوفاء بالشرط و ان كان متوقفا على صحة العقد كما عرفت الا أن صحة العقد لا تتوقف على وجوب الوفاء بالشرط، بل يتوقف على ملزوم وجوب الوفاء بالشرط و ملزومه أن لا يكون فاسدا أي أن لا يكون منافيا لمقتضى العقد و لا

يكون مخالفا للكتاب و السنه و هكذا فيما تتوقف صحه العقد على أمر عدمى و هو غير ما يتوقف صحه العقد فلا دور.

و لأجل فساد هذا الاستدلال لم يتعرض المصنف للجواب عنه هذا تمام الكلام فى بيان صحه العقد عند فساد شرطه بقى الكلام فى أنه هل يثبت للمشروط له الخيار، ح أو لا خيار له ذكر المصنف احتمالين فى المقام.

ثم انه ربما يستدل على الصحه بأن صحه الشرط فرع على صحه البيع.

فلو كان الحكم بصحه البيع موقوفا على صحه الشرط لزم الدور و أجاب المصنف عن ذلك بأن فيه ما لا يخفى و الانصاف أن المسأله فى غايه الاشكال و لم يبين وجهه لوضوحه و هو أنه لا تتوقف صحه كل من الشرط و العقد على صحه الأخر.

أما الأول فلأن صحه الشرط و كونه لازم الوفاء فرع وجود الدليل عليه من وجوب الوفاء بالشرط أو غيره و لا شبهه أن هذا المعنى لا يتوقف على صحه العقد المتوقف على شمول دليل صحه العقد عليه، نعم تتوقف صحه الشرط على الشروط المذكوره لصحه الشرط التى ذكر من جملتها أن لا يكون الشرط ابتدائيا و ليس من جملتها صحه البيع.

و اما الثانى: فلأن صحه العقد لا تتوقف على وجود الشرط فى ضمن العقد فضلا عن ان تتوقف على صحته، نعم إذا فسد العقد لا يبقى مجال لوجوب الوفاء بالشرط لأنه يصح ح شرطا ابتدائيا و على الجملة فهذه الدعوى أيضا فاسده.

ثم انه على تقدير صحه العقد مع فساد الشرط فهل يثبت الخيار للمشروط له مع جهله بفساد الشرط أولا، و قد وجّه المصنف فى صدر كلامه الاحتمالان:- الأول: بدعوى أنه فى حكم تخلف الشرط الصحيح، فان المانع الشرعى

كالعقلى فيدل عليه ما يدل على خيار تخلف الشرط، ثم ذكر أنه لا- فرق فى الجهل المعتبر فى الخيار بين كونه بالموضوع أو الحكم الشرعى و لذا يعذر الجاهل بثبوت الخيار أو فوريته ثم عدل عند هذا الاحتمال و وجه الاحتمال.

الثانى: بدعوى أن العمده فى خيار تخلف الشرط هو الإجماع و أدله نفى الضرر أما الإجماع فهو منفى فى المقام لمخالفه كثير من الفقهاء و ذهابهم الى فساد العقد بفساد الشرط كالمحقق و غيره، بل حكى عدم القول بالخيار من أحد من المتقدمين و أوائل المتأخرين فالإجماع غير متحقق و مع ذلك لا مجال لدعوى الإجماع على ثبوت الخيار فى المقام للمشروط له على تقدير تخلف إذا كان جاهلا بالحال.

و أما أدله نفى الضرر، فذكر المصنف أنه لو صح العمل بعمومها لزم منه تأسيس فقه جديد خصوصا إذا جعلنا الجهل بالحكم الشرعى عذر فرب ضرر يترتب على المعاملات من أجل الجهل بأحكامها خصوصا الصحة و الفساد، فإن ضروره الشرع قاضيه فى أغلب الموارد بان الضرر المترتب على فساد معامله مع الجهل به لا يتدارك به على أن الضرر فى المقام ليس من ناحيه إلزام الشارع حتى يرتفع بدليل نفى الضرر، بل انما هو ناش من اقدام المتضرر، فلا يكون ذلك مشمولا لذلك، هذا كله مع أنا قد ذكرنا فى خيار الغبن أن دليل نفى الضرر غريب عن إثبات الخيار بالكلية أصلا، فإنه لا يتكفل لإثبات الحكم الشرعى أصلا، و انما شأنه نفى الحكم الشرعى الضررى كما هو واضح.

و بعباره أخرى أن معنى الخيار كون المنشأ محدودا بالفسخ و أدله الإمضاء أيضا تمضى هذا المنشأ لا أضيق منه و لا أوسع منه و الأ فلا تكون العقود تابعه للقصود.

نعم، قد يكون الإمضاء الشارع أوسع مما إنشائه المتعاملان و قد يكون

أضيق منه كما فى خيار المجلس حيث ان المتعاقدين أنشأوا البيع لازما من الابتداء و الشارع جعله لازما بعد الافتراق و كذا فى بيع الحيوان بعد ثلاثه أيام و فى بيع الصرف إنشاء و الملكيه من الابتداء و الشارع أمضاها بعد القبض و فى غير الموارد التى ورد الدليل على التوسعه أو التضيق فلا- يمكن التخلف، بل ما أنشأه المتعاقدان هو الممضى للشارع و إذا كانت المعامله المنشئه محدوده بالفسخ فترتفع بالفسخ، و هذا معنى جعل الخيار فيكون ثابتا بالشرط الضمنى الذى مرجعه الى تحديد المنشأ بالفسخ و ارتفاع العقد به كما هو واضح.

نعم، إمضاء الشارع للشرط بمعنى إيجاب الوفاء به فى الخارج مرتفع لأنه فاسد و لا يلزمه الشارع بإيجاد المحرم فى الخارج و أما كون المشروط له متمكنا من الفسخ على تقدير عدم ارتكاب المشروط عليه بالحرام أو ترك الواجب فلا مانع له ابدا.

نعم، ظرف ثبوت الخيار و هو ارتكاب الحرام مبغوض للشارع و غير مسمى لإثبات الخيار له فى ذلك الطرف و هذا نظير ما لو جعل الخيار لأحدهما من الابتداء عند عمل المشروط عليه بالحرام أو إتيانه الواجب (لا أنه يشترط شيئا و يكون نتيجة الخيار) فإنه مما لم يذهب أحد إلى بطلانه و عدم ثبوت الخيار له عند إتيان الواجب أو ترك الحرام، فالخيار ثابت للمشروط عليه لا محاله و هذا من غير فرق بين علمهما ببطلان الشرط و حرمة، و جهلهما و بين جهل أحدهما و علم الآخر و هذا ظاهر.

و منه يظهر أن هذا الخيار ليس ثابتا من ابتداء العقد بدعوى أنه متعذر من الأول لأن الممنوع الشرعى كالممنوع العقلى، بل انما يثبت له فيما إذا لم يف المشروط عليه بالشرط و لو كان فاسدا فإذا فرضنا أنه ارتكب المحرم عصيانا فلا يثبت للمشروط له الخيار، لأنه إنما جعله على تقدير عدم



إتيانه به و لو معصيه و كون ذلك الفعل محرما مطلب آخر لا يمنع عن عدم ثبوت الخيار، هذا تمام الكلام فى الأمر الأول من الأمور المذكوره فى أحكام الشرط الفاسد، وقد اشتمل على بحث عدم وجوب الوفاء بالشرط الفاسد و أنه لا يمنع عن صحه العقد أنه يوجب الخيار للمشروط له.

و التحقيق أن يقال أن دليل الخيار فى تخلف الشرط ليس هو الإجماع و لا دليل نفى الضرر و لا شىء آخر، بل الدليل على ذلك انما هو الشرط الضمنى أو الصريح و قد عرفت ذلك فى خيار الغبن و غيره و توضيح ذلك إجمالاً أن كلا من البائع و المشتري إذا اشترط على الآخر شرطاً اما صريحاً أو فى ضمنى العقد ثبت للشارط الخيار مع التخلف فان مرجع الاشتراط الى جعل الخيار بدهه أن الشارط إذا اشترط إيجاد فعل على البائع، أو وصفاً فى المبيع معناه أن التزامى على العقد مشروط بالتزامك على إيجاد الفعل الفلانى أو بظهور المبيع على الوصف الفلانى و إذا تخلف ذلك لا يكون المشروط له ملزماً بالالتزام بالعقد و معنى أنه لا يكون ملزماً بالالتزام على العقد أن له الخيار فى فسخ العقد و إبقائه و عليه ففى المقام أن المشروط له قد اشترط على المشروط عليه إيجاد فعل فاسد و شرط فاسد بحيث لو لم يفعله المشروط عليه ثبت له الخيار و لا شبهه ح فى ثبوت هذا الخيار و توهم أن الشرط مخالف للكتاب توهم فاسد، فان الشرط و هو جعل الخيار للشارط ليس مخالفاً للكتاب، بل متعلقه مخالف للكتاب كما إذا باع شيئاً و الشرط فى ضمنه أن يعصر الخمر و الآله الخيار فان جعل الخيار ليس مخالفاً للكتاب، بل متعلقه كك و قد تقدم صحه جعل الخيار على تقدير ترك فعل الحرام بان اشترط أحد المتبايعين على الآخر أن يفعل محرماً كما هو واضح.

**قوله الثانى: لو أسقط المشروط له الشرط الفاسد.**

أقول: ذكر في تقرير شيخنا الأستاذ أنه لم يسبق هنا أمر أول ليكون هذا ثانيا له و لعله اشتباه من قلم المصنف أو من النساخ و لكنه واضح البطلان لأنه ذكر عند الشروع بأحكام الشرط الفاسد أن الكلام يقع في أمور و ذكر الأمر الأول و قد أطل البحث فيه و ذكر في آخره أنه هل يثبت الخيار للجاهل بفساد الشرط أو لا، تم تعرض للأمر الثاني فلا اشتباه من المصنف و لا من النساخ.

و حاصل كلام المصنف هنا أنه بناء على كون الشرط الفاسد مفسدا للعقد إذا قلنا بصحة العقد و عدم فساده بفساد الشرط فلا شبهه في صحة العقد و سقوط الخيار بإسقاط الشرط مع القول بثبوت الخيار للمشروط له، و إذا أسقط المشروط له ذلك الشرط فهل يصبح العقد صحيحا أو يبقى في فساده فقد اختار الأول بدعوى أن العقد قد انعقد بينهما فاسدا فلا ينفع السقاط المفسد بعد ذلك ثم احتمال الصحة بناء على أن التراضى انما حصل على العقد المجرد عن الشرط فيكون كتراضيهما عليه حال العقد.

ثم أجاب عنه بأن التراضى إنما ينفذ إذا وقع عليه العقد أو لحق العقد السابق كالعقد الفضولي أو المكره و لكن الأمر في المقام ليس كذلك لأن التراضى انما هو على الإنشاء المطلق و هو لم ينشأ و المنشأ انما هو العقد المقيّد و هو غير ممض للشارع فلا يفيد في المقام تحقق الرضاء المتأخر على إطلاق العقد السابق الذى إنشأ مقيدا بالشرط الفاسد و عن العلامة التردد في فساد العقد مع إسقاط الشرط الفاسد حيث احتمال الوجهين:

الأول: بطلان العقد من أصله لما عرفت.

و الثانى: توقف البيع بدون الشرط على الرضا فإن رضى به المشروط له بدون الشرط صح العقد و الا بطل و قد رده المصنف أى الاحتمال الثانى بأنه لا يعرف وجه للإيقاف، فافهم.

و حاصل اشكال المصنف باننا لا نعرف وجها لإيقاف المعامله بعد إنشائها و انعقادها باطلا و معه كيف ينعقد صحيحا بإسقاط شرطها و هذا لا- يقاس بالرضا و الإجازة المتأخره أو الأذن السابق فى كفايتها فى صحه العقد، فإن الأذن أو الإجازة ح يتعلقان على العقد السابق، أو اللاحق، فيوجبان صحته و هذا بخلاف ما إذا تعلقا على أمر آخر غير ما رضيا به سابقا و غير ما عقد عليه فإنه لا يقبل الباطل إلى الصحه.

### قوله الثالث: لو ذكر الشرط الفاسد قبل العقد.

أقول: فى بعض النسخ عقد العنوان مسئلتان مكان الأمر الثالث و الأمر الرابع و هو اما سهو من قلم المصنف رحمه الله أو من النسخ و الصحيح أن تقول الثالث و الرابع كما فى بعض النسخ الأخرى و كيف كان إذا قلنا بأن الشرط الفاسد مفسد للعقد و أن فساد الشرط يسرى إليه فهل يختص ذلك بما إذا كان الشرط مذكورا فى متن العقد أو يعم ما إذا كان مذكورا قبل العقد و وقع العقد مبتئا عليه فان قلنا أن الشرط المذكور قبل العقد الذى لا يذكر فى ضمن العقد خارج عن الشرط فلا كلام لنا فيه فإنه ليس هنا شرط حتى يكون فساده موجبا لفساد الشرط و إذا بيننا على أنه أيضا شرط و لا عنايه فى إطلاق الشرط عليه و لا دليل على ذكره فى ضمن العقد فان معنى الشرط هو الإناطة و الارتباط و هو يحصل بذكره قبل العقد بحيث يقع العقد مبتئا عليه و مربوطا به لا فى حال الغفلة عن البناء السابق فيكون بذلك مشمولاً لعموم المؤمنون عند شروطهم و خارجاً أيضا عن الشروط الابتدائية.

و عليه يقع الكلام فى أنه يفسد العقد أو لا يفسد فذكر المصنف هنا وجهان مبنيان على تأثير الشرط قبل العقد فان قلنا بأنه لا حكم له كما هو ظاهر المشهور لم يفسد و الا فسد، و قد فصل بذلك و نقل هنا قولاً ثالثاً

عن المسالك و عبارته غلفه جدا و لا تتعرض لها و لاحظها و الذى ينبغى أن يقال أنه لا شبهه فى صدق الشرط على ذلك كما عرفت، و ح فلا بدّ من ملاحظه مدرك أن الشرط الفاسد يفسد العقد و يسرى فساده إليه فإن كان ذلك هو الإجماع فلا شبهه فى عدم شموله للمقام لكونه دليلا ليّيا و المتيقن منه ما يكون الشرط مذكورا فى متن العقد و أما إذا كان مذكورا قبله و وقع العقد مبتيًا عليه فلا يكون داخلا لمعقد الإجماع. و ان كان الدليل هو نفي الضرر فمقتضى القاعده هو فساد العقد بفساد الشرط فإنه لا فرق بين هذا الشرط و الشروط المذكوره فى ضمن العقد كما هو واضح.

نعم، بناء على أن المدرك لفساد العقد بفساد الشرط هو الاخبار الوارده فى بيع الوضيعه و العينه على ما تقدم فهى منحصره إلى صورته ذكر الشرط فى متن العقد فلا يكون المقام مشمولًا لها.

و بعباره أخرى أن مورد تلك الأخبار صورته ذكر الشرط فى متن العقد و أما إذا وقع العقد مبتيًا عليه أى على ذكر الشرط السابق فهو خارج عن مورد الأخبار فلا بدّ من الاقتصار بمورد التعبد كما هو واضح إلا أنها غير تامه الدلاله كما تقدم.

و بعباره أخرى إذا قلنا بأن فساد العقد عند فساد شرطه على طبق القاعده و من جهة قصور المقتضى للصحة ح لأن للشرط قسطا من الثمن فإذا فسد و اخرج قسطه يكون الثمن مجهولا- و المعامله غرريه أو لأن الرضا انما وقع على عقد خاص و هو المعامله بهذا الشرط الفاسد فإذا انتفى القيد ينتفى المقيّد، فلا- محاله نلتزم بالإفساد عند التبانى أيضا فما إذا قلنا أنه فى حكم الشرط الملفوظ لأن خراج قسط من الثمن فيه أيضا يوجب الجهاله فى الثمن و الرضا بالمعامله مقيّد باقترانها للشرط، فإذا انتفى ينتفى الرضا فلا تشمله الأدله لقصور العقد بحسب المقتضى فيفسد العقد

و أما إذا كان على خلاف القاعده فيقتصر بمورد النص و الظاهر على ما عرفت أنه بناء على أن فساد الشرط يسرى الى العقد فالشرط السابق على العقد يوجب فساده أيضا، لكونه شرطا حقيقه على ما عرفت.

نعم، إذا نسى المتبايعان ذلك و أوجد العقد بغير بنائه على الشرط السابق لا يكون الشرط ح مؤثرا فى العقد، فان العقد بحسب القاعده إذا لم يقيد حين الإنشاء بشىء أنشأ مطلقا و غير مقيد بشىء و قد فرضنا أنه لم يقيد بشرط و من هنا ذكرنا سابقا أن ترك ذكر الأجل فى المتعه يوجب كون العقد المنشأ دواما على طبق القاعده و الروايه الوارده فى ذلك موافقه للقاعده لا- مخالفه لها، لأن طبع العقد أن يوجد مطلقا مع عدم التقيد بشىء.

#### **قوله الرابع: لو كان فساد الشرط لأجل عدم تعلق غرض معتد به.**

أقول: ذكروا موردا يكون الشرط لغوا و لا يكون موجبا لكون العقد لغوا فكأنه مستثنى من موارد فساد العقد بفساد الشرط و هو ما إذا كان الشرط لم يتعلق به غرض العقلاء بأن يشترط أحدهما على الآخر أن يوزن المبيع بكييل فلانى مع أنه لا فرق بينه و بين الكييل المعروف عندهم بوجه و هذا الشرط لا يزيد المالىه بوجه، و لا يكون دخيلا فى الرغبه إلى المبيع أصلا، و قد صرح فى موارد من التذكره بعدم الإفساد.

و من هنا ذكر الشهيد رحمه الله أنه لو اشترط كون العبد كافرا و ظهر مسلما كان الشرط لغوا و ليس له الخيار من ناحيه تخلف الشرط، و وجه المصنف أن الوجه فى ذلك هو أن الوفاء بمثل هذا الشرط حيث لم يكن واجبا شرعا و لم يكن فى تخلفها أو تعذرها خيار خرج هذا الشرط عن قابليه تقيد العقد بذلك.

ثم أشكل عليه بأن لغويتها لا تنافي تقييد العقد بها في نظر المتعاقدين فاللازم اما بطلان العقد و اما وجوب الوفاء كما إذا جعل بعض الثمن مما لا يعد مالا عرفا و هذا لا بأس به لأننا لو أغمضنا عما ذكرناه سابقا من كفايه تعلق الغرض الشخصي في العوضين فضلا عن الشروط و أنه مع اعتبار الماليه بحسب أغراض العقلاء في العوضين فلا دليل على اعتبار ذلك في الشروط فلا شبهه أن ما أنشأ بحسب نظر المتبايعين انما هو العقد المقيّد فلا يعقل أن يكون الممضى غير ما أنشأ حين العقد و عليه فأصل الشرط ليس بلغو فضلا عن أن يتكلم في أن فساده يسرى الى العقد بناء على السرايه أو لا يسرى فهذا البحث لغو أصلا.

و على الجملة بعد ما فرضنا أن معنى الشرط هو الربط فلا شبهه في ارتباط العقد بالشرط المذكور و عليه فلا بدّ اما من الالتزام بعدم فساد الشرط مع عدم ترتب الغرض العقلاني عليه لصدق الشرط عليه فيحكم بوجوب الوفاء به، لأدله الشروط أو لعموم دليل الوفاء بالعقد و اما أن نلتزم بالإفساد في هذا الشرط أيضا بناء على أن عدم ترتب الغرض العقلاني على الشرط يوجب الفساد فإنه بعد الفساد فلا محاله يوجب فساد العقد بناء على السرايه، كما هو واضح، فلا وجه للاستثناء أصلا.

## الكلام في أحكام الخيار

### إشاره

قوله:الكلام في أحكام الخيار.

أقول:لا- خلاف بين الفقهاء في أن الخيار يورث بأنواعه و لم نجد في ذلك خلافا الآ عن الشافعي في خيار المجلس و لعله من جهه أنه يرى الموت افتراقا، بل ادعى بعضهم الإجماع على ذلك و استدل على أنه يورث

مضافا الى الإجماع المتقدم بان الخيار حق للميت فيورث لعموم ما تركه الميت من حق فلوارثه.

أقول: لا شبهه في أن الخيار من قبيل الحقوق و ذلك من جهة أنه و ان لم يكن فرق حقيقه بين الحق و الحكم، بل كل ذلك من قبيل الأحكام الشرعيه و لكن قد تقدم في أول الخيار و في أول البيع أن ما يكون اختياره تحت يد الإنسان من الأحكام الشرعيه بحيث حقا يقبل النقل و الانتقال أو السقوط و الإسقاط سمي ذلك حقا و ما لا يكون كك يسمى ذلك حكما فالجواز في الهبه من قبيل الحكم إذ لا يقبل شيئا من الأمور المذكوره و لا يتغير عن حاله بوجه الآ أن يكون هبه لذى رحم أو على وجه قربي، فإنه يكون لازما و أما غيرهما فلا- يكون لازما حتى بإسقاط الواهب حق رجوعه و يقابل هذا الجواز الحكمى اللزوم الحكمى فى النكاح، فإنه أيضا حكم من الأحكام الشرعيه و لذا لا يقبل الانفساخ و لو برضائه الموجب و القابل، بل طريق ارتفاعه الاختيارى منحصر بالطلاق الذى بينه الشارع و أما رفعه، بغير ذلك كاقاله مثلا فلا يكشف من ذلك أن هذا اللزوم حكمى لا حقى كما هو واضح.

و هذا بخلاف الجواز فى الوكاله فإنه يقبل التغير و كك اللزوم فى البيع فإنه يقبل الحل بالإقاله أيضا و هو الانفساخ كما يقبل الحل بالفسخ فيعلم من ذلك أن اللزوم هنا حقى و قابل للحل و ليس الإقاله بيعا جديدا حتى يتوهم أنه لا يكون حلا للعقد السابق إذ تصلح الإقاله بعد تلف العينين و لو كان بيعا جديدا لما كانت صحيحه، كما هو واضح.

و على الجملة أنه لا شبهه فى وجود الفرق بين الحق و الحكم و أن كانت حقيقتهما واحده.

و أما الخيار فهو أيضا من قبيل الحقوق لما عرفت سابقا أنه ملك فسخ العقد على ما يستفاد من الأخبار كقوله عليه السلام و ذلك رضى بالبيع، و

نحو ذلك سواء كان ذلك الخيار مجعولا بجعل شرعى كخيار المجلس، ونحوه، أو مجعولا بجعل المتعاقدين كخيار الشرط و أشباهه كخيار الغبن و العيب و نحوهما الثابت بالشرط الضمنى، فإن جميع تلك الخيارات التى توجب جواز العقد من قبيل الحقوق و اختيارها بيد صاحبها وضعا و حلا و إبقاء و إسقاطا كما هو واضح، فإن قوله عليه السلام فذلك رضى بالعقد، ظاهر فى أنه يقبل الاسقاط و هذا هو معنى الحق، فافهم، و لكن الكلام فى شمول النبوى ما تركه الميت من حق أو مال فهو لو ارثه لأن شموله للخيارات يحتاج إلى أمرين: - أحدهما: إحرز أن الخيارات من قبيل الحقوق و قد تقدم ذلك و دلالة جملة من الاخبار عليه كقوله و ذلك رضى بالعقد، أى إمضاء العقد و إسقاط الخيار فإنه لو لم يكن من قبيل الحق لم يكن الاسقاط فضلا عن أن يكون ذلك رضى بالعقد.

و الثانى: أن يحرز أن هذا الحق عما يصدق عليه أنه تركه الميت بأن يكون قابلا للانتقال حتى يصدق عليه ذلك، فإن مفاد النبوى أن ما تركه الميت و إبقاءه بموته فى الخارج فهو لو ارثه و من الواضح أن هذا المعنى يصدق فى مثل حق التحجير حيث أن المحجر قد ثبت له حق فى الأرض المحجرة بواسطة التحجير و قد تعلق حقه بالأرض التى هى موجوده فى الخارج، فإذا مات يصدق عليه أنه ترك فى هذه الأرض حقا و كك فى أمواله فإنها مملوكة له فيصدق عليها أنه قد تركها الميت و يكون ذلك المتروك للوارث نظير أن يسافر أحد و ترك متاعه فى منزله فيقال انه مشى و ترك متاعه فى منزله غاية الأمر أن الانتقال هنا من عالم الى عالم آخر كما لا يخفى، و لكن لا يصح ذلك فى الخيارات لما عرفت أن معنى جعل الخيار ابتداء، أو بالالتزام ليس الآ تقيد العقد بالفسخ فتكون الملكيه المنشئه مغيا بالفسخ



و الفسخ يكون غايه لها و لا شبهه أن من جعل لنفسه الخيار و يقيد الملكيه بتلك الغايه لا يجعل تلك الغايه وسيعه أى أعم من فسخ نفسه و فسخ و ارثه و مع ذلك كيف يعقل أن يثبت الإرث فى الخيارات إلا أن يكون هنا إجماع كما هو كك،فان الفقهاء قد تسالموا على أن الخيار يورث،و قد عرفت أن المخالف هو الشافعى فى خيار المجلس فقط،و لكن مع قطع النظر عن الإجماع فلا يمكن إثبات الإرث فى الخيارات بعموم ما تركه الميت من حق فلو ارثه.

و أما إثبات إرث الخيارات بالتمسك،بالاستصحاب أشكال على ما ذكره المصنف لأنه يرد عليه.

أولاً: أن الشبهه حكميه و لا يجرى الاستصحاب فى الشبهات الحكميه للمعارضه دائماً،فإن استصحاب ثبوت الخيار بعد الموت معارض بعدم جعله للوارث.

و ثانياً: ان الموضوع غير محرز إذ لا- ندرى أن الخيار حق مختص بالميت و قائم به لكى لا يجرى الاستصحاب هنا أو أنه أمر وسيع قائم بالميت مع وجوده و حياه و بوارثه مع موته،فيكون ذلك مشكوكا و التمسك بعموم لا- تنقض اليقين بالشك فى المقام تمسك بالعام فى الشبهه المصداقيه.

و ثالثاً: أنه بعد ما ذكرنا من اختصاص الخيار بالميت لكون الملكيه المنشئه محدوده بفسخه لا يبقى هنا مورد للشك حتى نتمسك بالاستصحاب كما هو واضح،و الظاهر أنه لا يمكن إثبات إرث الخيار بغير الإجماع،و الله العالم.

**قوله:بقى الكلام فى أن ارث الخيار ليس تابعا لإرث المال.**

أقول:و ينبغى التنبيه على أمور الأول لا شبهه فى أن ما يكون مانعا عن الإرث فى الوارث بحيث لا يكون معه مانع عن الإرث من الموروث شيئاً

ص: ٤١١

كالقتل و الكفر و نحوهما، و هو مانع عن ارث الخيار أيضا بناء على جواز ارث الخيار، و هذا لا كلام فيه، و انما الكلام فى أن من لا- يكون وارثا بالنسبه إلى شىء خاص من أموال الميت كعدم إرث الزوجه من العقار و عدم ارث غير الولد الأ-كبر من الحيوه، هل يكون وارثا للخيار الثابت فى بيع تلك الأموال بأن مات البائع للعقار أو الحيوه بعد بيعه الخيارى فهل يكون غير الولد الأكبر وارثا لذلك الخيار و كك الزوجه أم لا، ففى المقام وجوه، بل أقوال القول بالإرث مطلقا و بعدمه كك، و ان لم يظهر من يصرح بالعدم و لكن قد استشكل بعضهم فى الإرث أو يفصل بين كون ما يحرم الوارث عنه منتقلا الى الميت أو منتقل عنه الى غيره، فإنه على الأول يحكم بعدم الإرث و ذلك لأن الخيار علاقه فيما انتقل عنه بعد كونه مسلطا على ما انتقل اليه بحيث أن يخرج ما انتقل اليه من ملكه الى ملك من انتقل عنه ذلك العين بالفسخ و إدخال ما انتقل عنه الى غير فى ملكه بذلك، و لا شبهه أن المرأه ليس لها السلطنه على ما انتقل الى الميت و هو العقار و كيف لها الفسخ و إرجاع كل من المالكين الى مالكة الأول بالفسخ و عليه فلا خيار للمرأه فى هذه الصوره لعدم تسلطها على إرجاع العين الى ما انتقل عنه، و لا يقدر على إيجاد معنى الفسخ و لا- معنى لثبوت الخيار لمن لا يقدر على الفسخ و هذا بخلاف ما إذا كان ما لا ترث منه الزوجه منتقلا عن الميت الى غيره فإنه ح لها السلطنه على المال المنتقل الى الميت و هو ثمن العقار فهى قادره على الفسخ ح لتحقيق مفهوم الخيار هنا.

و القول الرابع ان يفصل على عكس الصوره السابقه و الوجه فى هذا التفصيل هو أن الثمن المنتقل إلى البائع ملك متزلزل للبائع و إذا فسخ العقد ينتقل الثمن الى الميت فيرث منه كل من الزوجه و غيرها، و هذا بخلاف ما إذا كان العقار منتقلا عن الميت لأن الزوجه لا ترث منه فيما إذا

فسخ العقد و رجع المبيع الى ملك الميت فلا خيار لها لأن الخيار حق لصاحبه فيما انتقل عنه يوجب سلطنه ما انتقل عنه بإرجاعه إلى ملكه و المفروض أن الزوجه ليس لها علاقه و لا سلطنه على العقار فيما إذا انتقل الى الميت بدعوى أنه ان كان ما انتقل من الميت عقارا فلا- خيار لها لأنها لا تملك شيئاً بعد الفسخ و أما ان كان ما انتقل اليه عقارا فلها الخيار لأنها بالفسخ تملك قيمه العقار لأن الفسخ يجعل العقد كأن لم يكن فيكون ما أعطاه الميت فى مقابل العقار من الثمن مملوكا للزوجه و غيرها بعد الفسخ فان معنى الخيار هو التسلط على حل العقد و جعله كأن لم يكن، و ان لم يكن الفاسخ مالكا لما انتقل إلى البائع كالأجنبى و قد ذكر المصنف تفصيل ذلك فى المتن.

أقول:الظاهر هو القول بعدم الإرث مطلقا و ذلك لما عرفت من أنه ليس هنا دليل لفظى دل على جواز ارث الخيار حتى نتمسك بإطلاقه،بل الدليل على ذلك هو الإجماع و لا شبهه أنه إجماع فى المقام بعد هذه الاختلافات كما عرفت و عليه فلا يمكن القول بإرث الزوجه للخيار لعدم الدليل عليه و على تقدير التنزل و القول بأنها ترث الخيار فى فرض بيع الميت العقار أو شرائه ذلك فلا وجه للإشكال فى إرثها لما تعلق به البيع مع الفسخ سواء قلنا بثبوت الخيار لها بالإرث أم لا فإنه على كل تقدير ترث الزوجه من متعلق البيع بعد الفسخ كما هو واضح.

فلا ثمره ح للبحث عن ثبوت الخيار لها بالإرث و عدمها كما هو واضح.

و من جهة أن الزوجه غير مالكة للعقار فلا- سلطنه لها عليها كما ذكره المصنف فكيف لها أن تفسخ العقد و يرجع الثمن من المشتري.

و توضيح ذلك أنه إذا كان الميت قد اشترى عقارا ببيع خيارى بأن

كان له الخيار أو كان الخيار لصاحبه و هو المشتري و فسخ الوارث أو المشتري ذلك البيع فان البيع ينقلب الى عدمه فكأنه لم يكن من الأول فتكون العقار ملكا للمشتري و الثمن ملكا للميت فيكون ذلك من جمله تركته فترث منه الزوجه أيضا كسائر الورثه و لا- وجه في هذه الصوره في حرمان الزوجه عن الإرث و الاشكال في ذلك ح لأن معنى الفسخ هو رجوع كل من العوض و المعوض الى مكانه الأول فيكون الثمن ملكا للمشتري و المثلن ملكا للبائع و ان كان معنى الفسخ هو حل العقد من حين الفسخ كما هو كك إلا أنه ليس معناه أن الفاسخ يملك العوض بالملكيه الجديده لأن الفسخ ليس معامله جديده بل هو اعاده للملك السابق فيكون الفسخ وسيله لملك الميت العوض أو المعوض بذلك كما إذا نصب شبكه للصيد فوقع فيها ذلك الصيد بعد موت من نصب الشبكه فإنه يكون مالكا للصيد لأنه أوجد سببه قبل الموت.

و على الجملة أن الفاسخ أى شخص كان يكون فسخره سببا لتملك الميت العوض أو المعوض فتكون الزوجه أيضا وارثه من ذلك و ان لم يكن لها الخيار أصلا لأن المفروض أن المنتقل الى الميت كان عقارا و المنتقل عنه غيرها فبالفسخ ينحل البيع و ينتقل العقار الى غير الميت و مقابله الى الميت و لا مانع من إرث الزوجه من غير العقار، كما هو واضح.

و ان كان المنتقل الى الميت بالمعامله غير العقار، و لكن فى مقابلها بأن باع العقار بثمن هو غير العقار فإذا فسخر ذلك العقد اما فسخره الوارث أو فسخره المشتري، أى طرف الميت فح ينحل العقد فترجع العقار الى الميت و ان كان المنتقل الى الميت بالمعامله غير العقار، و لكن فى مقابلها بأن باع العقار بثمن هو غير العقار فإذا فسخر ذلك العقد اما فسخره الوارث أو فسخره المشتري، أى طرف الميت فح ينحل العقد فترجع العقار الى الميت و الثمن إلى المشتري.

و لكن فى هذه الصوره لا- معنى من حرمان الزوجه من ثمن العقار الذى كان من جمله ما تركه الميت و ان كانت محرومه من نفس العقار بتوهم أن الثمن بعد فسخر العقد يكون ملكا للمشتري فيؤخذ من الورثه و يعطى

للمشترى كما هو واضح، وذلك لأن الثمن قبل فسخ العقد كان ملكا للوارث الذى من جملته الزوجه، فلا وجه لعدم إرثها عنه مع كونه من التركة غايه الأمر بعد فسخ العقد و رجوع العقار الى ملك الميت كان ثمن العقار من جمله ديون الميت فيخرج من أصل المال فكما ان الإنسان إذا أخرج ماله عن ملكه بالهبه ثم أرجعه اليه فتظهر الثمره فى إرث الزوجه.

و على الجملة فبناء على كون الخيار موروثا فلا وجه لحرمان الزوجه من ثمن العقار التى اشتراها الميت أو ثمنها الذى باعها به كما عرفت سابقا.

ثم ان جميع ما ذكر فى إرث الزوجه للخيار و عدم إرثها ذلك فى بيع ما لا تملكه الزوجه جارى فى بيع الحبوه أيضا بالنسبه إلى إرث الخيار هنا لغير الأخ الأكبر، قد ذكر المصنف أن الدين المستغرق لتمام التركة و ان كان يمنع عن ارث المال إلا أنه لا يمنع عن ارث الخيار، فللورثه فسخ المعامله التى أوقعها الميت حال حياته، ثم ان جميع ذلك جار فى صوره أن يكون للميت دين مستغرق و لا- يكون له تركه أزيد من الدين، و قد باع شيئا و جعل لنفسه فيه الخيار، فهل ترث الورثه الخيار هنا أو لا ترث؟ فما ذكره المصنف من الإشكال فى إرث الزوجه للخيار فى بيع العقار جار هنا أيضا، بل هنا أولى بالإشكال من ذلك كما يستضح لك فلا وجه لتفكيك و نفي الاشكال هنا.

و توضيح ذلك أنه تاره نقول بأنه إذا كان للميت دين مستغرق لا ينتقل المال منه الى الورثه أصلا، كما إذا لم يكن له دين إلا بمقدار بعض أموال الميت لا ينتقل ماله إلى الورثه بهذا المقدار كما هو ظاهر قوله تعالى مِنْ بَعْدِ وَصِيَّتِهِ يُوصِي بِهَا أَوْ دَيْنٍ فان الاستفادة منها أن التركة غير ما يكون مقابلا للدين كما هو واضح، و على هذا المبني فليس للورثه حق فى مال الميت أصلا و معه كيف يكون له الخيار فى فسخ عقد الميت و إرجاع المبيع

الى ملك الميت مع أنهم غير مسلمين على ما انتقل الى الميت لكونه ملكا للديان.

و إذا قلنا أن جميع أموال الميت تنتقل إلى الورثة و لكن تكون ذلك متعلقه لحق الغير و هم الغرماء و الديان كما هو خلاف ظاهر الآيه، فإن ظاهرها هي الصورة الاولى و ح و ان كان الوارث مسلطا على ما انتقل الى الميت و مالكة له، إلا ان فسخهم العقد ورد ما انتقل الى الميت الى صاحبه ورد ما انتقل عنه إليه إلى الميت تصرف في حق الغير و هو غير جائزه على هذا الاشكال، فإرث الورثة الخيار هنا أسوء من إرث الزوجه الخيار في بيع الميت العقار، لأن القول بالإرث هنا يستلزم التصرف في حق الغير و لكن القول به هنا لا- يستلزم ذلك، و عليه فلا- وجه لتوهم ان ارث الورثة للخيار في صوره الدين المستغرق مورد للوافق، و إرث الزوجه للخيار في صوره بيع العقار مورد للخلاف، بل الخلاف في أحدهما ينافى الوفاق في الأخرى.

ثم أنه لا وجه لثبوت الخيار ح و إرثه له بوجه، و أما على مسلكه من كون التركة ملكا للورثة بعد الموت فلان فرع السلطه على ما بيده من المال حتى يتمكن من إرجاعه إلى مالكة و المفروض أن الورثة لا يتمكنون من التصرف في التركة لأنه و ان كان ملكا لهم عند المشهور إلا أنه متعلق لحق الغرماء و الديان، و لا يجوز التصرف في متعلق حق الغير.

ثم انه بناء على عدم إرث الزوجه للخيار فليست الورثة مستقلة في اعمال الخيار في بيع العقار و ذلك لا من جهة أن الزوجه لها الخيار، بل قد عرفت أنه لا خيار لها على الفرض، بل من جهة أن دليل ارث الخيار كما تقدم ليس هو دليلا لفظيا لكن يتمسك بظاهره، بل عرفت أن مقتضى القاعده هو أن يكون الخيار موروثا لأن مرجع جعل الخيار عباره عن تعليق اللزوم بالتزام الطرف الآخر بالشرط و مرجع ذلك الى تحديد الملكيه(لا

المملوك)بالفسخ و كون الفسخ غايه لها و من الواضح أن الغايه هو فسخ ذى الخيار لا هو، و وارثه، و ح فلا دليل على ثبوت الخيار للورثه لكن قامت الضروره و الإجماع على ارث الخيار، و من الواضح أن المتيقن من ذلك هو اجتماع جميع الورثه على الفسخ لا- بعضه دون بعض خصوصا إذا كان الفسخ على ضرر الزوجه بأن باع الميت عقارا فإذا فسخت الورثه لم ترث الزوجه، فإننا لم نطمئن بثبوت الإجماع هنا إذا، فلا- بدّ من ملا-حظه المتيقن و هو اجتماع جميع الورثه و منها الزوجه على الفسخ، كما هو واضح.

**قوله:مسأله:فى كيفية استحقاق كل من الورثه للخيار.**

**اشاره**

أقول:بعد ما بنى على جواز ارث الخيار

**فيقع الكلام فى كيفية ذلك مع**

**اشاره**

تعدد الورثه، و قد ذكر فيها وجوه:-

**الوجه الأول:أن يكون لكل منهم خيار مستقل،**

بحيث يكون كل منهم مستقلا فى الفسخ و الإمضاء بحيث يكون لكل منهم خيار مستقل من حيث الفسخ أو الإمضاء، و يكون اختيار العقد تحت يده على ما استفدناه من الروايات المتقدمه فى باب الخيار لقولهم عليه السلام و ذلك رضى منه بالعقد فإنه يعلم من هذا التعبير أن معنى الخيار هو أن يكون اختيار العقد تحت يد ذى الخيار، بحيث كان له الفسخ أو الرضا، فإنه لا يطلق الرضا فى مورد الآ كان طرفى الأمر من الفعل و الترك تحت اختيار الفاعل كما هو واضح بل هذا هو معنى الفسخ أيضا.

و اما على مسلكنا فلأنه لا إجماع محقق فى إرث الخيار فى المقام و ذلك لأن المتيقن منه ما إذا لم يكن متعلقه ملكا لشخص آخر أو كان متعلقا لحق الغير سيما إذا كان استلزم إرث الورثه الخيار ضررا على الديان كما إذا اشتراه الميت بأرخص من قيمه السوقيه مثلا، أو اشتراه بخمسين درهما مع ان القيمه السوقيه مائه، فان فسخ الورثه يارجاع ما يسوى بمائه إلى مالكه الاولى و أخذ ما يقابله ضرر على الديان، و حيث لا إجماع فى المقام لا يثبت

ص: ٤١٧

للورثة الخيار فيما إذا كان للميت دين مستغرق بحيث يكون لكل منهم ذلك فلو سبق منهم أحد في الفسخ بان فسخ العقد أو في الإمضاء بأن أمضاه لم يبق مجال للآخرين.

### **الوجه الثاني: كصوره السابقه و لكن أن يكون كل منهم مستقلا في الفسخ**

فقط

بحيث إذا فسخ العقد لا يبقى مجال لفسخ الآخرين، و أما الإمضاء فلا يكون إمضائه إمضاء للآخرين، بل يبقى بعد إمضاء أحدهم مجال الإمضاء غيره كما هو واضح، و هذا نظير الخيار المجلس الثابت للمتعدد فان لكل من المتعاملين في المجلس فسخ المعامله دون إجازتهما لا منهما لتتوقف على اجازة كليهما، نعم تكون أجازته نافذه في حقه فقط.

### **الوجه الثالث: أن يكون الخيار ثابتا للطبيعه و لصرف الوجود**

بحيث يكون هنا خيار واحد فكل من الورثة تصدى لإعمال ذلك من حيث الفسخ أو الإمضاء كان له ذلك لتتحقق الطبيعه بذلك، و لكن لا- يبقى مجال لإعمال غيره خياره في ذلك لعدم الموضوع لذلك لأن المفروض أن الخيار قائم بالطبيعه و قد حصل.

### **الرابع: أن يكون لكل من الورثة الخيار بحسب حصته من الثلث أو النصف**

أو الربع

بحيث له أن يفسخ العقد في نصفه أو ثلثه أو ربه، و هكذا لا- أن الحق يقسم لأنه غير قابل للتقسيم، بل من جهة أن كل منهم نصف من له الحق أو ربه أو ثلثه.

### **الخامس: ما قواه المصنف من ان الخيار حق واحد قائم بالمجموع**

فكان الورثة قائم مقام الميت و مجموعهم شخص واحد، فيكون الخيار للمجموع كما هو واضح، و هذه هي الوجوه التي ذكرت في المقام و لكن مع اختلافهم في كيفية إرث الحق لم يختلفوا في كيفية إرث المال، بل اتفقوا و تسالموا على أن كل من الورثة يرث مقدار حصته و أن المال ينتقل اليه على نحو التقسيم

ص: ٤١٨



كما هو واضح، و لم يخالف فى ذلك أحد فيما نعلم.

و يقع الكلام هنا فى مقامين، الأول فى كيفية انتقال المال إلى الورثة و المقام الثانى فى كيفية انتقال الحق إلى الورثة.

أما المقام الأول: فالمعروف المشهور، بل المجمع عليه أن المال الذى للميت انما ينتقل إلى الورثة على نحو التقسيم، يعنى حين ما ينتقل إليها المال ينتقل الى كل منهم بمقدار حقه دون الأزيد و لا الأنقص، و هذا هو الظاهر من الآيه الشريفه أيضا حيث أنها ظاهر فى أن لكل واحد من الورث هو الثلث، أو السدس أو الثمن من حيث الانتقال لا- أنه تنتقل التركة إلى المجموع و هم يقتسمونها بعد ذلك، و قد عرفت أن هذا و ان كان موردا للتسالم، و ظاهرا للآيه و لم نسمع المناقشه فيه من أحد و لكن يشكل الذهاب اليه من جهتين:- الأولى: أن التركة إذا انتقلت إلى الورثة على سبيل الافراض فنسل أنها انتقلت إليهم معيننا بحيث يكون حق كل معلوما عند الله تعالى و ان كان مجهولا عند الورثة أو على نحو الغير المعين مثلا إذا مات زيد فترك ابنين و انتقل ماله إليهما بحيث انتقل نصفه إلى أحدهما و نصفه الآخر الى الآخر، معيننا و لو فى علم الله تعالى أو غير معين، فان كان الأول فيرد عليه أنه فالمرجع فى تعيين أحد النصفين لهذا الابن و النصف الآخر للابن الآخر مع أن نسبه المال إليهما كان على حد سواء و وجه الانتقال كانت واحده، و هو الإرث فتخصيص أحد النصفين بأحدهما و النصف الآخر بالآخر تخصيص بلا مخصص و ترجيح بلا مرجح، فلا- وجه لتوهم أن المال الميت انتقل إلى الورثة معيننا أى حصه كل معينه فى علم الله تعالى، و ان كانت مجهوله فى علمهم بحيث أن من كل شىء نصفه المعين لأحدهما و نصفه

و ان كان الثانى بأن انتقل حصه كل من الورثه إليها غير معينه فيرد عليه أن مال الميت كان شيئاً معلوماً و أمراً مشخصاً كالدينار الخارجى الشخصى مثلاً فيماذا صار غير معين.

و توهم أن كل منهما قد ملك عنوان النصف المشاع و هو أمر غير معين كما فى الشركه و بيع نصف الدار مشاعاً فلا محذور فيه فاسد، بداهه أن عنوان النصف كعنوان الثلث و الربع و غيرهما من العناوين الانتزاعيه و ليست أموراً واقعيه و كلامنا فى واقع المال الذى تركه الميت فإنه أمر معين و مشخص بلا- شبهه، و الأ- فلو لاحظنا الأمور الانتزاعيه فلازم ذلك أن يملك كل من الورثه أموراً غير متناهيه لأننا نفرض النصف من اليمين أو الشمال أو اليسار أو ربعاً أو خمساً أو سدساً الى غير ذلك من الفروض الغير المتناهيه و هذا لا يمكن الالتزام به بأن يقال ان من ملك نصف الدينار فقد ملك أموالاً غير متناهيه كما هو واضح.

نعم، يتصور ذلك فى تملك الكلى فى المعين و تمليكه كبيع صاع من الصبره المعينه فإن المملوك انما هو العنوان الانتزاعى الكلى ينطبق على الصياح الخارجيه و اين ذهب التشخص عن ملكه و عليه لا يمكن بناء على أن مال الميت قد انتقل إلى الورثه مفروضاً من الأول، هذا هو الوجه الأول.

الوجه الثانى: أنه إذا فرضنا أن الميت قد خلف عشره أبناء و ترك من المال فلساً واحداً بحيث لو قسم إلى العشره تخرج حصه كل منهم عن المالىه و يكون مورداً لحق الاختصاص فقط هذه هى المقدمه الأولى.

المقدمه الثانى: أنا ذكرنا مراراً عديده أن دليل الضمان لا يدل على أزيد من ضمان الأموال كقاعده الضمان بالإتلاف و نحوها و إذا أتلف أحد مملوك أحد الذى غير متمول فى نظر العرف لا يكون ذلك موجباً للضمان بل

لم يفعل محرماً أيضاً لأن دليل دل على حرمة التصرف في مال امرأ مسلم لا- في ملكه، وهكذا لو أتلّف ما ليس بمملوك لأحد، بل هو متعلق لحق الغير كالميتة المختصه لأحد و نحوها، فإنه لا يوجب الضمان، بل لا دليل على تحريمه أيضاً من حيث التصرف في متعلق حق الغير ما لم يوجب ذلك ازاله حقه.

و نتيجة المقدمتين أنه بناء على المشهور من انتقال التركة إلى الورثة ابتداء على سبيل الافتراض أن إتلاف التركة التي كانت قليلة بحيث مع التقسيم إلى الورثة تخرج عن المآليه كفلس واحد لا- يوجب الضمان لأن حق كل منهم ليس بمال و المجموع و ان كان مالا و لكنه ليس مملوكا لأحد كما هو المفروض، و هذا مما لا يمكن الالتزام به و على هذا فلا بدّ من القول بأن التركة انما تنتقل إلى الورثة من حيث المجموع و يكون الوراث بأجمعهم قائمين مقام الميت فكان الميت مالكا للمال بوحدته و قد ملكتها الورثة بأجمعهم، فمجموع الورثة مالك واحد و شخص واحد قد قاموا مقام الميت فكان كل واحد منهم نصف المالك أو ثلثه أو ربه أو سدسه على حسب استحقاقهم و حصصهم و هذا المعنى حيث كان أمرا دقيقا لا يفهمه نوع العرف، و لذا يعبر في العرف أن كل واحد من الورثة مالك للثلث أو الربع أو السدس أو غير ذلك و من جهة لحاظ الفهم العرفي قد عبّر في الآيه بلحاظ حصتهم و ظاهر الآيه طرف القسيمه فلا- تنافي الآيه بكون انتقال التركة إلى مجموع الورثة و ان كل واحد من الورثة مالكيته بمقدار حصته.

و بعبارة أخرى أن الآيه لا- تنافي مما ذكرناه من كون انتقال الإرث من الميت إلى الوارث انما هو بحسب مجموع من حيث المجموع بأن انتقل مجموع التركة إلى مجموع الورثة بحيث تكون الآيه ظاهره في انتقال التركة إلى الورثة بحسب النسبه ابتداء لتنافي ما ذكرناه فإنه مع القول بما ذكرناه أن استحقاقهم

للإيرث انما بحسب النسبه أى و ان لم يكن الانتقال بحسب النسبه، بل انتقل مجموع التركة إلى مجموع الورثه و لكن لم يبق ذلك الى الأبد، بل إذا أرادوا القسمة فاستحقاقهم بعد الانتقال انما هو بحسب النسبه فحيث أن لحاظ جهه الانتقال معنى دقيق لا يلتفت اليه نوع الناس بأن يفهم كل أحد أن مالكيه كل وارث بحسب نسبه استحقاقه لا- أن كل واحد مالك للسدس أو الربع، مثلاً بل نصف المالك و ربع المالك و سدس المالك و نحو ذلك و لأجل هذه الجهه أعنى عدم التفاوت نوع الناس بذلك يعبر في العرف أن لكل واحد من الورثه المقدار الفلاني، أى يسمى فى مقام البيان و الذكر جهه الاستحقاق التى ثبت عند إرادته القسمة لا عند الانتقال.

و القرآن الكريم أيضا جرى فى التعبير على هذا المعنى العرفى لا أنه ينكر أن كيفية الانتقال ليست على النحو الذى ذكرناه كما هو واضح.

و الحاصل: أن كيفية انتقال التركة إلى الوارث و أن كان على سبيل ما ذكرناه، و لكن فى مقام التعبير عنها عرفا يلاحظ كيفية الاستحقاق و نسبه القسمة لأجل السهولة فى الفهم كما عبر كك فى القرآن أيضا.

و يؤيد ما ذكرناه من كون انتقال التركة إلى الورثه على نحو العموم المجموعى أنه قد يكون ما تركه الميت أمرا بسيطا غير قابل للقسمة كما إذا آجر أحدا لإتيان ركعتين من الصلاه فمات قبل أن يأتى بها الأجير فإنه بناء على كون الانتقال بحسب النسبه و على نحو القسمة ابتداء كيف تكون حال هذا العمل البسيط، فهل يكون بعض الورثه مالكا لركعه و بعضه الآخر مالكا لركعه أخرى أو بعضه مالكا لفاتحه الكتاب و بعضه للسوره و كل ذلك لم يكن فتعين ما ذكرناه، فافهم.

ثم ان هذا الذى ذكرناه جار فى جميع موارد الشركه القهريه و الاختياريه و كك فى بيع نصف المبيع مشاعا فان معنى الشركه واقع فى المال الخارجى

هو هذا.

نعم، يتصور التمليك على نحو الكلى و لكنه خارج عن هذا و على هذا المسلك الذى سلكناه فى إرث المال يتضح الأمر فى إرث الحق أيضا، فإنه إذا كان الانتقال بعنوان المجموع فيما أمكن التبعض و التقسيم حين الانتقال كإرث الأموال فكون الانتقال على نحو العموم المجموعى فيما لم يمكن الانتقال بعنوان التبعض كما فى إرث الحق أولى، فإن الحق أمر واحد بسيط غير قابل للتبعض فكيف يمكن التقسيم فيه بحيث ينتقل الى كل ورثه نصف الحق على أن دليل إرث الحق هو دليل ارث المال من النبوى ما تركه الميت من حق أو مال فلوارثه هذا إذا كان دليل ارث الخيار هو النبوى و اما إذا استشكلنا فيه كما تقدم و قلنا أن مدركه هو الإجماع و تسالم الفقهاء على ما تقدم فالمتيقن منه هو أن يلتزم بكون انتقال حق الخيار إلى الورثه على نحو العموم المجموعى بأن ينتقل مجموع الخيار الى مجموع الورثه فيكون النتيجة على هذا و على المسلك المتقدم هو ما ذكره المصنف فلا- يكون فسخ كل واحد من الورثه العقد و اعماله الخيار بذلك أو إمضائه ذلك الذى عبر فى الروايات بالرضا فقال عليه السلام و ذلك رضى منه بالعقد فلا يكون ذلك موردا للأثر مع قطع النظر عن اعمال الوارث الآخر الخيار بالفسخ أو الإمضاء.

و إذا لم نقل على مقاله المتقدمه و قلنا فى إرث المال أنه على سبيل التبعض و التقسيم من الابتداء كما هو ظاهر الآيه و مورد تسالم المشهور فح فالأمر فى الحقوق أيضا على نهج ما سبق و لا يمكن الالتزام بانتقال الحق إلى الورثه على حسب النسبه و الاستحقاق و ذلك أما بناء على كون دليل ارث الخيار هو الإجماع فواضح فان المتيقن منه أن ينتقل الى المجموع و تكون الورثه بأجمعهم فى حكم شخص واحد قائم مقام الميت فإنه لم يكن

ص: ٤٢٣

للميت الآ حق واحد بسيط، و لم يتبعض له، فكيف يتبعض للورثة فمقتضى أخذ القدر المتيقن هو ذلك.

و أما على فرض أن يكون الدليل على ذلك هو عموم ما تركه الميت من حق أو مال فلوارثه فمن جهة أنه لا دليل على تبعيض الخيار للورثة بأن ينتقل إليهم بحسب نسبة استحقاقهم لأن الدليل انما دل على أن ما تركه الميت من الحق فلوارثه و من الواضح أن الميت قد ترك خيارا واحدا و حقا بسيطا غير متبعض و ح فكيف يكون لكل وارث بعض ذلك الحق، فلا بدّ و أن يكون هذا الحق الواحد البسيط منتقلا الى المجموع من حيث المجموع.

و بعبارة أخرى ما تركه الميت هو الحق الواحد فلا بدّ في فرض إرث الورثة الحق أن يرثوا هذا الحق الواحد و ما يرثه الوارث من حصص الخيار لم يتركها الميت فلا دليل على ارث الخيار حسب نسبة استحقاق الورثة، بل لا بدّ في فرض الإرث أن يفرض المجموع شخصا واحدا قائما مقام الميت و يكون كل واحد نصف ذى الخيار أو رבעه و هكذا على فرض نسبة استحقاقهم في مقام التقسيم، بل الدليل على عدم ارث الخيار بحسب نسبة الاستحقاق في المال هو أى الدليل على العدم أن الميت لم يكن له اعمال هذا الحق بالنسبة الى بعض اجزاء المبيع دون بعض سواء في الخيارات المجعولة من قبل الشارع أو المجعولة لنفسه فليس له أن يفسخ العقد في خيار الحيوان في بعضه دون بعض و كذا في خيار المجلس و غيره، و قد تقدم ذلك في ثبوت خيار المجلس للأصيل و الوكيل فإذا لم يكن للميت ذلك فكيف يكون لورثته أن يفسخ العقد في بعض المبيع دون بعض على الجملة فاحتمال أن يرث كل ورثة من الميت خيارا بحسب نسبة استحقاقه في المال بحيث يكون مسلطا على فسخ العقد أو إمضائه في بعض دون بعض واضح البطلان.

و من هنا ظهر أنه لا وجه للقول بثبوت الخيار للطبيعي أيضا بل هذا

أسوء من سابقه فان فى السابق كان اقلا لكل ورثه خيار بحسب استحقاقه المال من التركة و يصدق عليه ان ما تركه الميت من حق فلوارثه و فى هذه الصورة ليس ككك بداهه عدم الدليل عليه بأن يكون الخيار ثابتا لصرف الوجود فإذا سبق أحد الورثه إلى إعماله فسخا أو إمضاء لم يبق للآخر مجال مع أن الدليل كان دلا- على أن ما تركه الميت من حق أو مال فلوارثه لا لطبيعى الوارث ليكون الخيار لمن سبق على أن دليل ارث الخيار هو دليل ارث المال فهل يتوهم أحد كون الإرث ثابتا للطبيعى بحيث كلمن سبق إلى أخذ التركة لا يكون لغيره ذلك.

و قد اتضح مما ذكرناه بطلان الاحتمال الثانى المتقدم فى أول المسأله و هو أن يكون لكل منهم خيار مستقل من حيث فسخ العقد دون الإمضاء فإنه لا دليل على ذلك أيضا على أنه إذا كان له خيار من حيث الفسخ فلما ذا ليس له خيار من حيث الإمضاء مع أن الدليل مطلق و كذا لا- دليل على الاحتمال الأول أيضا بأن يكون الخيار لكل واحد من الورثه فسخا و إمضاء على نحو الاستحقاق بحيث لا- يبقى مجال مع اعماله الخيار إلى الورثه الأخرى و ذلك لأن الدليل كان يقتضى أن يكون ما تركه الميت من الحق و المال للوارث بأجمعهم لا لوارث واحد.

و بعبارة أخرى أن الوارث لم يتلق الخيار ابتداء من الشارع ليكون مستقلا فى اعماله، بل يتلقاه من الميت و هو خيار واحد فلا يمكن أن يكون هذا لكل ورثه خيار مستقل إذا سبق إلى إعماله، بل هذا الخيار الواحد ثبت لمجموع الورثه و لم يتوهم ذلك أحد فى إرث المال مع أن الدليل واحد.

و على الجملة أن ملاحظه كيفية الإرث فى المال و اتحاد الدليل على ارث الخيار و المال يقتضى بطلان هذه المتحتملات أجمع فلا دليل على أن يرث كل من سبق إلى اعمال الخيار الحق المذكور و لا يبقى مجال للبقية فما

ذكره المصنف من كون الخيار ثابتا للمجموع بحيث لا يؤثر اعمال واحد منهم الخيار فسخا و إمضاء بدون الآخر واضح البطلان كما لا يخفى.

ثم ان ما ذكرناه من كون انتقال الحق إلى مجموع الورثة كان من حيث القاعده مع أخذ المدرك للإرث في الخيار هو النبوى ما تركه الميت من حق أو مال فلوارثه مع العلم الخارجى بأن الحق من جمله ما تركه الميت و قد ذكرنا أن القاعده هو ذلك في تقسيم المال أيضا، و ان كان المال قابلا- للقسمه و الحق غير قابل لها و أما إذا كان المدرك هو الإجماع فالأمر أوضح لأن المتيقن منه أن تكون مجموع الورثه مجتمعين على الفسخ أو الإمضاء و لا يكون لكل واحد حق فسخ العقد و لو فى البعض على نحو الاستقلال، بل مقتضى أخذ القدر المتيقن أن لا ينفذ اعماله الخيار فسخا و إمضاء على نحو الاستقلال حتى فى البعض أيضا كما هو واضح.

ثم انه بعد ما بنى المصنف على أن ارث الخيار على نحو المجموع أى ينتقل الخيار من الميت الى المجموع الورثه ذكر أن هذا جار فى مطلق الحقوق الأ- أن يثبت من الخارج عدم سقوط الحق عن الآخر بعفو بعضه بل يكون هو مستقلا فى الاستيفاء و لا يقيد استيفاء حقه باجتماع الورثه على الاستيفاء بحيث إذا خالف أحدهم و عفى عن حقه لم يكن للآخر الاستيفاء بل مع العفو من أحد يستوفى الآخر حقه غايه الأمر فى مثل حقه القصاص يدفع الى المقتص منه بمقدار حق من عفى عنه، و الظاهر أن هذا الحكم مشهور بين الفقهاء على ما فى المتن و ان احتمله فى الدروس من أن أحد الورثه إذا عفى عن الشفعه كان للآخر الأخذ بكل المبيع و كيف فالكلام فى مدرك الفرق بين هذه الحقوق و بين الخيار حيث انا ذكرنا أن الإرث فى الخيار على نحو المجموع فليس لأحد الورثه أن يعمل خياره مع إسقاط الآخر ذلك بخلافه فى الحقوق المذكوره.



و ذكر المصنف أن وجه الفرق بينهما هو دليل لا ضرر حيث ان منع من له حق القذف من الورثه بإسقاط الوارث الآخر حقه و كك في حق القصاص و الشفعه ضرر على ذى الحق فإنه لو سقطت الشفعه بعفو أحد الشريكين تضرر الآخر بالشركه فيكون دليل نفي الضرر مانعا عن منع غير العافى عن اعمال خياره و كك أن سقوط حق القذف و القصاص بعفو البعض ضرر على غير العافى لأن الحكمه فيها التشفى فإبطالها بعفو أحد الشركاء إضرار على غير العافى و لا شبهه أن قاعده لا ضرر غير موجود فى المقام.

و لكن للنظر فيما ذكره المصنف مجالا واسعا و ذلك من جهه أن عدم سقوط حق القذف عن بعض الورثه بعفو بعض الآخر انما هو من جهه النص الخاص لا من جهه دليل نفي الضرر، و الأ كان ذلك مثل الخيار، فهذا الواحد لا كلام فيه للنص الخاص.

و أما عدم سقوط حق القصاص عن البعض بعفو الآخر فمن جهه ان الوراث الذين فى الطبقة الأولى أو فى الدرجه الأولى يتقدمون على أهل المرتبه الثانيه و الدرجه الثانيه فمع وجود الأولاد لا تصل النوبه إلى أولاد الأولاد أو الى الاخوه مثلا و يكن مع انتفائهم تصل النوبه إلى المرتبه الثانيه و الدرجه الثانيه لا أن أهل الدرجه الثانيه و المرتبه الثانيه يكونون ولى الدم من جهه إرثهم حق القصاص من المورث لأن معنى الولى هو الذى يلى أمر الميت، فالوراث كلهم يلون أمر الميت غايه الأمر كل فى مرتبه و عليه فمقتضى قوله تعالى وَ مَنْ قُتِلَ مَظْلُوماً فَصَدِّقْهُ بِمَالِهِ سُلْطَاناً هُوَ أَنْ كُلُّ مَنْ يَلِي أَمْرَ الْمَيِّتِ وَ لَوْ مِنَ الْوَرَاثِ الْوَاقِعِينَ فى المرتبه الثانيه أو فى الدرجه الثانيه فهو ولى الميت فى أخذ حق القصاص من القاتل و عليه فلكل من الورثه أن يقتص من القاتل يكونه ولى الدم و ان عفى الآخر عن حقه غايه الأمر أنه لا بد له أن يعطى من ديه المقتص منه لوارثه المقدم الذى عفى الآخر كما

أنه لا بد له أن يعطى حق الوارث الآخر إذا لم يعف عن حقه و لم يرض بالقصاص أيضا.

و على الجملة أن عدم سقوط حق القصاص بعفو البعض أيضا غريب عن دليل نفي الضرر كما هو واضح.

و أما حق الشفعه فان لم يرد فيه نص على عدم سقوطه بعفو الآخر و لا- دليل آخر يقتضى تلقي الورثه ذلك ابتداء من الله تعالى، و لكن لا- نلتزم فيه بغير ما التزمناه فى حق الخيار، بل نجرى فيه عين ما ذكرناه فى إرث الخيار بان نقول أن الميت إذا كان له حق الشفعه على أحد فمات يقومون الورث بأجمعهم مقامه فى ذلك فلهم جميعا أن يأخذوا و يملكوا حصه الشريك المبيعه بحق الشفعه.

و أما إذا عفى أحدهم عن حقه أو لم يعمل حقه و سكت لا دليل على استقلال البقيه بأعمالهم حقهم و الأخذ بالشفعه لما تقدم من التفصيل فى حق الخيار سواء كان المدرك لإرث حق الشفعه هو النبوى ما تركه الميت من حق أو مال فلوارثه مع العلم الخارجى بأن حق الشفعه من جمله ما تركه أو كان الدليل على ذلك هو الإجماع كما تقدم فى الخيار، فافهم.

و أما ما ذكره المصنف من الفرق بين الخيار و الحقوق المذكوره أعنى حق القذف و حق القصاص و حق الشفعه و دعواه أن حديث نفي الضرر هو الفارق بينهما فيرد عليه.

أولا: أن لا ضرر انما هو مسوق لنفى الأحكام الضرريه فى الشريعة المقدسه و ليس مسوقا لدفع ما يوجب عدم جلب المنفعه و من الواضح أن الوارث بإعماله حق الشفعه يجلب المنفعه و هى ضم حصه الشريك المبيعه لحصه نفسه خصوصا إذا كانت الحصه المبيعه مبيعه بقيمه رخيصه و لا شبهه أن عدم ثبوت حق الشفعه له لا يوجب ضررا عليه لما ذكرنا فى قاعده لا ضرر

و فى خيار الغبن أن الضرر انما هو نقص فى المال و الطرف و العرض و ليس هنا نقص بوجه من الوجوه كما هو واضح.

و ثانياً أنه لو كان دليل نفي الضرر جارياً فى المقام و كان موجبا لثبوت الحق للوارث لتملك حصه الشريك المبيعه بالشفعه فلما ذالا- يجريه المصنف عين ذلك فى الخيار أيضا لكن يلتزم بثبوت الوارث أيضا إذلا- فارق من هذه الجهه بين الخيار و حق الشفعه خصوصا إذا كان ما باعه الميت بقيمه رخيصه فإنه يقال هنا ان عدم ثبوت الخيار للوارث ضرر عليه كما هو واضح.

و ثالثا: أن حديث نفي الضرر انما ورد فى مقام الامتنان على الأمه و لا يجرى فى الموارد التى كانت على خلاف الامتنان و من الواضح أن جواز أخذ الوارث الحصه المبيعه من الشريك الذى هو المشتري ضرر عليه فلا يمكن الحكم بشمول المقام لذلك نعم أصل جعل حق الشفعه للشريك مبنى على الضرر خصوصا بعد ما ورد فى بعض روايات الشفعه من تطبيق لا ضرر و لا ضرار بذلك، إلا أنه لا بدّ من الاقتصار بمورد التطبيق و أما بالنسبه إلى الوارث فلا نطمئن بذلك فان لاحتمال اختصاص التطبيق بمورده و هو نفس الشفيع مجالا واسعا كما هو واضح.

و على الجملة فلا يمكن التمسك لإثبات حق الشفعه للوارث بدليل لا ضرر إذا فحق الشفعه و الخيار على حدّ سواء فلا بدّ من الالتزام بأن حق الشفعه إذا التزمنا بانتقالها الى الوارث انما ينتقل الى المجموع من حيث المجموع.

على أنه لو التزمنا بثبوت الوارث أيضا فلما ذا لا يختص كل منها بحصه نفسه بان يفسخ العقد بالمقدار الذى يرث من الحق أى بنسبه حقه الذى وصل اليه من المورث بل التزم المشهور بان الوارث الواحد أيضا يعمل حقه فى تمام المبيع فان هذا لا يقتضيه دليل نفي الضرر كما أنه لو قلنا بثبوت

الخيار لكل واحد من الورثة له أن يعمل خياره بنسبه حقه و أما الأزيد فلا فإذا أراد الفسخ يحلّ العقد فى مقدار حقه كأنه لم يكن من الأول و فى الشفعه أيضا إذا عمل حقه فى مقدار نصيبه و فسخه و جعله كأن لم يكن يدفع به الضرر كما هو واضح.

و لكن هذا الإيراد الأخير واضح الدفع بداهه أن حق الشفعه لا يتعلق بالعقد بحيث يكون مثل الفسخ موجبا لحل العقد و جعله مثل الأول بحيث لم يكن هنا عقد أصلا بل انما يتعلق بالعين و يملكها بالشفعه و أن كل من له حق الشفعه إذا عمل حقه فلا بدّ و أن يعمل ذلك فى مجموع الحصة المبيعه و يملكها بالشفعه و هذا حكم شرعى قد ثبت بالروايات فى الشريعة المقدسه فيكون ذلك مثل الغصب غايه الأمر أنه غصب شرعى لا غصب محرم.

و من هنا ذكر المحقق فى الشرائع الشفعه بعد الغصب لأجل المناسبه بينهما كما لا يخفى و يكون ذلك تخصيصا لدليل التجاره عن تراض بحيث مع عدم رضا المشتري أيضا يفسخ الشفع و لو كان البائع باعه بقيمه رخيصه و عليه فحق الشفعه من هذه الجبهه أجنبيه عن الخيار بالكليه كما هو واضح، فلا- دفع للإشكال المذكور أى دعوى أنه لا- ملزم لإعمال حق الشفعه فى مجموع العقد، بل لا بدّ و أن يعمل فى بعضه المختصّ لنفسه لاندفاع الضرر به.

**قوله: فرع إذا اجتمع الورثه كلهم على الفسخ فيما باعه مورثهم.**

**اشاره**

أقول: إذا بنى جميع الورثه على الفسخ و فسخوا العقد فيقع البحث هنا فى جهات:-

**الجبهه الاولى: فى أنه إذا مات من له الخيار و كان له دين مستغرق**

للتركه فهل يجوز للورثه الفسخ هنا أو لا

و قد تقدم فى إرث الزوجه الخيار و الاشكال فى إرث الخيار فى صوره استغراق الدين التركه من جبهه أنه أى

ص: ٤٣٠

ذی الخيار لا- يتمكن من الفسخ فان قانون الفسخ أن يكون الفاسخ مالكا لمن انتقل اليه ليخرجه من ملكه و يتملك في مقابله المال المنتقل عنه و من الواضح أن الورثه ليست ككك،لما ذكرنا أن المال لا ينتقل إلى الورثه في صوره استغراق الدين كما هو مقتضى قوله تعالى مِنْ بَعْدِ وَصِيَّتِهِ يُوصِي بِهَا أَوْ دَيْنٍ، و كك هو مقتضى الروايات كما هو واضح،و كك على القول بالانتقال إلى الورثه،أن التركة متعلقه لحق الغرماء فليس لهم التصرف في متعلق حق الغير.

و مع الإغماض عن ذلك أن الفسخ قد يكون موجبا للمفسده كما إذا كانت التركة قبل فسخ الورثه العقد تساوى ألف دينار و بعد الفسخ تساوى خمس مائه دينار،لترقى قيمه ما أخذه الميت بالمعامله الخياريه فإن الفسخ هنا يوجب المفسده بين الديان،و قد لا- يكون موجبا للمفسده كما إذا كانت التركة تساوى مائه دينار سواء كان قبل الفسخ أم بعده فهل للورثه في المقام حق الفسخ أو لا- فنقول ان كان مدرك ثبوت الخيار للورثه هو النبوى أعنى قوله (صلى الله عليه و آله) ما تركه الميت فلوارثه فلا إشكال في جواز الفسخ لهم و ثبوت الخيار لهم كما هو مقتضى الإطلاق بعد إحراز أن حق الخيار مما يصدق عليه التركة و من جملة ما تركه الميت أى بعد إحراز الصغرى من الخارج و لو بالعلم الوجدانى،فإنه في هذه الصوره يتمسك بإطلاق الدليل اللفظى و يحكم بثبوت الخيار للورثه و ان لم يحصل لهم شىء من ذلك،و ليس للديان المنع من ذلك فإنه لا يجب للورثه حفظ موضوع التركة للديان،بل لهم إعدام موضوعها أو إبقائها كما هو واضح،فان الفسخ يعدم موضوع بقاء التركة بالمقدار الكثير كما أن عدم الفسخ يوجب كثرتها.

و ان قلنا أن مدرك الخيار هو الإجماع فالمتيقن هو صورته عدم وجود الدين المستغرق للميت و مع القول بالجواز هنا أى شمول الإجماع لهذه

الصورة أيضا فالمتيقن هو كون الفسخ مصلحه للديان و مع التنزل فلا أقللا لا بدّ و أن يكون الفسخ و عدمه بالنسبه الى حال الورثه سيان بان لا يكون مصلحه لهم و لا مفسده لهم، كما هو واضح.

### **الوجه الثانيه: أنه إذا كان الفسخ مصلحه للديان فهل يجب الفسخ**

للورثه أو لهم إجبارهم على الفسخ أو ليس لهم ذلك،

و لا- يجب عليهم الفسخ فإنه لا يجب للورثه إيجاد الموضوع للتركه أصلا، فضلا عن إيجاد الموضوع لكونها زياده، بل بناء على ثبوت الخيار لهم بالوراثه فهم مخيرين أيضا فى ذلك، أى فى الفسخ و عدمه، كما هو واضح.

### **الوجه الثالثه: فيما يعطى لمن هو طرف العقد مع الميت بعد فسخ**

العقد،

فصور المسأله هنا ثلاثه،

### **الصورة الاولى أن يكون دين الميت**

مستغرقا لتركته و مع ذلك فسخ الورثه العقد

و ح فتاره تكون عين الثمن الذى أخذه الميت من المشتري أو عين المبيع الذى اشتراه من البائع الأجنبي باقيه بعين أموال الميت، و ح فلا- شبهه فى أنه يأخذ المشتري فى الفرض الأول و البائع فى الفرض الثانى عين ماله من أموال الميت، فان قانون الفسخ يقتضى رد كل مال الى صاحبه الاولى، بعد الفسخ، و حيث ان المبيع فى الفرض الأول و الثمن فى الفرض الثانى قد رجع الى ملك الميت و الى محلها الاولى، فلا بدّ و أن يرجع ما يقابلها الى محلها أيضا و المفروض أن فى صوره استغراق الدين لا تنتقل التركه إلى الورثه، بل هى باقيه فى ملك الميت، كما هو ظاهر قوله تعالى **مِنْ بَعْدِ وَصِيَّتِهِ يُوصِي بِهَا أَوْ دَيْنٍ** على ما تقدم فلا- بدّ من ردّ عينها الى مالكها الأول، كما هو مقتضى ضمان اليد و ان لم تكن الثمن أو المثلن فى الفرضين المذكورين باقيين بل كانا تالفين فان ذلك يكون من جهه الديون أيضا فتضرب التركه عليهم و تقسم بينهم على حسب ديونهم، فان مقتضى ضمان اليد رد العين المضمونه مع البقاء و مع التلف ينتقل الضمان الى البدل، فيكون من جمله الديون فان كانت التركه

وافيه بجميع فهو والأ- يقدم المشتري و البائع فى أخذ ما يقابل مالهما على بقيه الدين أو لا فذكر شيخنا الأستاذ أنهما أحق بذلك بعد فسخ العقد و لكن لا نعرف وجها لذلك، فإن الأحقيه بالنسبه إلى بقيه الدين قد ثبت فى موردين، الأول: فى العين المرهونه فإنه إذا مات الراهن و لم يفك العين من الرهن و كان عند ديون مستغرقة للتركة فإن المرتهن أولاً بالعين المرهونه من البقيه فيبيع ذلك و يستوفى حقه منها و إذا كانت فيها زياده يردّها إلى التركة و المورد الثانى فيما باع الميت قبل الموت شيئاً كلياً و لم يسلمه قبل الموت حتى مات فإنه يخرج المبيع من تركته قبل الدين و كل ذلك للنص الخاص و لا شبهه أن المورد ليس منها و لا أنه ورد فيه نص خاص فما ذهب إليه شيخنا الأستاذ فاسد جداً.

### الصوره الثانيه: أن لا يكون للميت دين أصلاً و فسخ الوارث العقد

فان كانت العين المنتقله إلى الميت بالمعامله الخياريه تالفه كان قيمتها دينا عليه بعد الفسخ، فلا بدّ و أن يخرج من تركته و من الواضح أنه لا فرق فى وجوب أداء دين الميت من التركة بين الدين القديم أو الحادث بعد الموت كما عليه الضروره كما أنه يملك بعد الموت أيضاً بلا شبهه لصحه اعتبار الملكيه له كما يصح اعتبار الملكيه للكلى كمساجد و نحوه، إذ الاعتبار خفيف المؤنه فيصح أن يتعلق بالمعدوم كما يصح أن يتعلق بالموجود، فافهم، و الفرض أنه لا دين له فيخرج ذلك منها فيكون ما ينتقل إليه بعد الفسخ من جمله تركته و الوجه فى ذلك أى فى كون ذلك دينا للميت و كون ما يرد بالفسخ من جمله تركته أن قانون الفسخ كما عرفت هو ردّ كل من الثمن و المثلن الى مالكة الأول و مقتضى اعمال قانون الفسخ هو ما ذكرناه، كما هو واضح.

و ان كانت العين باقيه صريح كلام المصنف، بل التسالم بين الفقهاء أن صاحب الميت أعنى الطرف الآخر للمعامله يأخذ العين بعد الفسخ و يكون ما ينتقل الى الميت بالفسخ من جمله التركة و لكن للمناقشه فيه مجالاً

واسعا كما عرفته سابقا فى إرث الزوجه،الخيار و ذلك لأن التركه بأجمعها مع عدم القرض و الوصيه انتقل إلى الورثه و من جملتها المال المنتقل الى الميت بالمعامله الخياريه و مقتضى قانون الفسخ هو أن ينتقل كل من العوضين الى ملك مالكه الأولى و اذن فالمال الذى انتقل من الميت قبل موته بالمعامله إلى طرف معامله ينتقل الى الميت كما هو مقتضى قانون الفسخ و لا شبهه فى تصوير مالكيه الميت أيضا كما فى صوره مالكيه المسجد،و الجهات العامه و حيث أن مقابله كان فى حكم التلف لخروجه من ملك الميت و دخوله فى ملك الوارث فىكون ذلك من جملة ديون الميت فلا معنى للحكم بأخذ البائع أو المشتري(الذى هو طرف المعامله مع الميت)عين ماله من جملة التركه و على الجملة فلا دليل على أخذ صاحب الميت العين المنتقله إلى الورثه يعد كونها بذلك فى حكم التلف، كما هو واضح.

### **الصوره الثالثه: أن يكون للميت وصيه أو دين و لكن لم يكن دينا مستغرقا**

للتركه، ثم فسخ الوراث العقد،

و ان كانت العين المنتقله إلى الميت تالفه قبل الفسخ، كان مقابلها من جملة الديون لأن مقتضى دليل اليد هو لزوم ردّ العين و مع التعذر ينتقل الضمان إلى القيمه و البديل، و يكون بدله دينا للميت فيخرج من التركه و يكون ما انتقل من البائع مثلا الى الميت من الثمن بالفسخ من جملة التركه.

و ان لم يكن العين تالفه فهل يأخذ طرف الميت فى المعامله عين ما انتقل منه الى الميت أو تنتقل الى البديل أو يلتزم هنا بالأمر المتوسط، الظاهر هو الأخير، فإنه بعد ما مات أحد و كان عنده دين غير مستغرق لا ينتقل جميع أمواله إلى الورثه، بل يبقى بمقدار الدين و الوصيه أيضا لو كانت فى ملك الميت كما هو مقتضى ظاهر الآيه على ما تقدم و اذن فىكون الميت مشتركا مع الوارث فى التركه مشاعا لعدم تعيين حصه كل منهما بعين خاصه، و من الواضح أن من جملة التركه تلك العين المأخوذه من الغير بالبيع فتكون هى أيضا مشتركه بينهم، و عليه فإذا فسخ الوراث العقد فيرجع ما انتقل من الميت البائع مثلا الى ملك الميت كما هو قانون الفسخ فىكون من



جملة التركة و يرّد من العين المبيعه التي هي كانت تحت يد الميت إلى البائع بعد الفسخ بالمقدار الذي في ملك الميت، فيكون البائع شريكا بنسبه مالكيه الميت في العين شركه مشاعيه، و أما بالنسبه إلى بقيه حقه أى البائع فيكون ذلك دينا في ذمه الميت فيخرج من أصل التركة كما تقدم، فافهم و تأمل.

و التكلم في هذه المسأله لا- يتوقف على القول بارث الخيار بداهه أن الكلام هنا متمحض لبيان حال انفساخ معامله الميت بعد موته و هذا تاره يكون بفسخ الوارث التي يتوقف على القول بارث الميت الخيار و أخرى يكون طرف معامله مع الميت من المشتري أو البائع و هذا لا- يتوقف على القول بارث الخيار، كما إذا باع الميت ماله من غيره بمائه دينار و كانت قيمته خمسين دينارا، فإن للمشتري خيار الغبن، فإذا لم يفسخ حتى مات البائع و فسخ المشتري بخيار الغبن، فإن بيان هذه المسأله و تنقيح ذلك لا- يتوقف على القول بارث الخيار، و كك إذا ترافعا في الفسخ و عدمه و حكم بالفسخ فإنه يكون أيضا من صغريات هذه المسأله كما هو واضح.

**ثم أن الظاهر أن تنقيح هذه المسأله يقع في ضمن صور ثلاثه التي**

**اشاره**

يترتب الأثر عليها

و أما الصور التي لا يترتب عليه الأثر فهي كثيره و لا يهم التعرض لجميع ذلك.

**الصوره الاولى: أن يكون الدين مستغرقا للتركة**

و قد تقدم أنه قد يكون ما أخذه الميت من الغير من الثمن أو المثلن تألفا و أخرى يكون باقيا.

و أما في صوره البقاء فلا- ريب أنه بعد انفساخ العقد من ناحيه الورثه أو من ناحيه من هو طرف الميت من المشتري أو البائع يرجع إلى ماله الذي كان منتقلا إلى الميت و يسترده و ذلك لما عرفت أن قانون الفسخ هو رجوع كل من العوض و المعوض إلى ملك من خرج من ملكه، و من الواضح أن المفروض أن في صوره استغراق الدين أن التركة لا تنتقل إلى الورثه، و جملتها ما أخذه الميت من طرفه في معامله فحيث كان ذلك باقيا بعينه فيأخذه فإن مقتضى دليل ضمان اليد أن يأخذ المالك عين ماله من الضامن و مع تلفها يأخذ بدلها و المفروض ان عين المال في المقام موجوده.

ص: ٤٣٥

و أما فى صورته تلف العين بان يكون ما انتقل الى الميـت تالفا، فيكون ذلك من جملة ديون الميـت قسم التركة عليهم بحسب نسيبه ديونهم و دعوى أن البائع أو المشتري أو باستيفاء ما انتقل عنه الى الميـت من بقيه الديان كما ادعاه شيخنا الأستاذ لا يمكن المساعده عليه لعدم الدليل عليها كما تقدم.

### الصورة الثانية: أن لا يكون للميت مال أصلا،

و مع ذلك فسخ الوراث أو من باع المال من الميـت المعامله فإنه ح ينتقل الثمن الى الميـت و أما المبيع فحيث كان تالفا فيكون الميـت مديونا ببـدله و اذن فإن و فى الثمن بقيمه المبيع الذى هو دين على الميـت يستوفى البائع الثمن من المبيع فلا كلام و ان كان هنا دين آخر للميت أو كان منحصرا به، و لكن لم يكن الثمن و افيـا بقيمه المبيع، لكونه أعلى، و قد كان الميـت اشتراه بأقل للغبن مثلا و هل يكون الثمن ح دينا على الميـت أو يكون من مال الورثه كما أن الإرث لهم و جهان كما فى المتن.

الوجه الأول: ما قواه المصنف فى آخر كلامه من أن الورثه قائمون مقام الميـت فى الفسخ برد الثمن أو بدله و تملك المبيع فإذا كان المبيع مردودا على الورثه من حيث انهم قائمون مقام الميـت اشتغلت ذممهم بـثمنه من حيث انهم كنفس الميـت، كما أن معنى إرثهم لحق الشفعه هو أن يملك الورثه الحصه المبيع و يعطون الثمن من كيسهم لا من مال الميـت فإذا فسخ الورثه العقد فى صورته عدم وجود المال للميت أو فسخه المشتري الذى هو طرف المعامله مع الميـت كان الضرر على الورثه أى يعطون الثمن للمشتري من كيسهم كما أن ثمن الحصه المبيعه فى بيع الشريك حقه من كيس الورثه مع أخذهم ذلك بالشفعه.

الوجه الثانى: ان لا- يكون الثمن من مال الورثه فى هذه الصوره أعنى صورته عدم وجود التركة الميـت بداهه أن الورثه لهم حق الفسخ فى ذلك و أما لزوم الثمن عليهم فلا، كما إذا كان الخيار للأجنبي أو للوكيل الغائب

عن الموكل، فهل يتوهم أحد لزوم الثمن عليهم مع الفسخ، وأعمالهم الخيار في ذلك العقد الذى لهم الخيار فيه و عليه فإذا فسخوا العقد و حلوه فمقتضى قانون الفسخ دخول المبيع فى ملك الميت و دخول الثمن فى ملك المشتري، و حيث أنه قد تلف الثمن فيكون دينا فى ذمته كما إذا كان له دين آخر مع عدم وجود التركة له و يوفى عنه ديون الميت و على هذا فقد خرج الثمن العين عن ملك المشتري فيكون ذمه الميت مشغوله بالثمن الكلى، فلا- يكون مال الورثه عوضا عن الثمن، إلا- إذا أعطوه برضايتهم كما إذا إعطائه شخص آخر أو أبرأه المشتري و مدرك الوجهين هو أن الفسخ هل هو فسخ العقد الواقع بين البائع و المشتري بحيث أنه يعدمه من الأول بقاء و يجعله كأن لم يكن من حيث البقاء لا من حيث الحدوث أولا، بل هو عقد جديد فيحصل به التبادل الجديد بين العوض و المعوض، فإنه على الأول يكون الفسخ موجبا لرجوع الثمن إلى المشتري و رجوع المبيع إلى البائع كما هو قانون حل العقد و جعله كأن لم يكن و على الثانى فيكون الفسخ عقدا جديدا واقعا بين الورثه و المشتري، فيأخذ الورثه المبيع و يردون عوض المثلن إليهم من مالهم الشخصى، و لكن الظاهر هو الأول فإن معنى الفسخ هو حل العقد من الأول بقاء كأنه لم يكن و على هذا فلا يمكن المساعدة إلى الوجه الأول، بل لا بدّ من اختيار الوجه الثانى، فإنه بعد كون معنى الفسخ هو حل العقد الأول فلا يبقى مجال لاحتمال كونه عقدا جديدا، فافهم. و انه هو الصحيح لما عرفت من انه ليس للورثه إلا حق الفسخ فقط كالأجنبى.

و أما قياس المقام بالشفعه واضح، الفساد للفرق البين بينهما حيث عرفت سابقا أن فى حق الشفعه إنما يملك الشفيع الحصه المبيعه بالشفعه من غير أن يكون له تماس بالعقد من حيث الفسخ و الإمضاء بل من له حق

الشفعة في فرض صحة العقد يملك الحصه المذكوره بالشفعه تملكا جديدا كالباع، غايه الأمر أنه تجاره عن غير تراض الطرف و غصب شرعى و يكون ذلك تخصيصا لدليل التجاره عن تراض و غصبا شرعيا و أى ربط له بفسخ العقد بأعمال الخيار و إرجاع كل من العوض و المعوض الى محلها الأول.

و ما ذكره المصنف من كون الورثه كالميت فى فسخ العقد و يقومون مقامه كأنهم نفس الميت و عليه فلا بد أن يعطوا الثمن من مالهم كما ان الميت إذا كان حيا يعطى ذلك عن ماله لا يمكن المساعدة عليه لعدم الدليل على ذلك غايه الأمر أن الدليل قام على إرث الورثه الخيار، و أما الزيادة فلا، كما لا يخفى، فافهم.

### **الصورة الثالثة: أن يكون للميت مال و لم يكن له دين، أو كان و لم**

يكن مستغرقا للتركة و باع قبل موته متاعا

و كان له الخيار أو لصاحبه، فإنه ينتقل ماله حينئذ إلى الورثه و إذا فسخ الوارث العقد أو فسخه المشتري فبمقتضى قانون الفسخ ينتقل مال المشتري الى الميت أى ينتقل المبيع الى الميت لأنه كان خارجا من ملكه فيكون من التركة.

و أما الثمن فان كان تالفا فيكون بدله دينا على الميت فيخرج من التركة لعدم الفرق فى إخراج دين الميت من التركة بين الدين السابق على الموت و الدين الحادث بعد الموت، فان جميع ذلك يخرج من التركة أو يأخذ المشتري مقابل الثمن من المبيع الذى انتقل الى الميت بعد الفسخ فإنه يدخل فى ملك الميت و المفروض أن الثمن قد تلف فى ملك الميت اما تلفا حقيقيا أو تلفا حكما كمنه الى غيره فى حياته بالبيع أو بالهبه و نحو ذلك فيكون بدله دينا عليه، و لا ينتقل ذلك المبيع إلى الورثه لكان الدين على ما اخترناه فى إرث المال من انه إذا كان للميت دين لا ينتقل ماله إلى الورثه بمقدار الدين، و ان كان المبيع و افيا بالثمن الذى يطالبه المشتري

من البائع فهو و إلا فيأخذ البقيه من التركة التي ورثتها الوارث لما عرفت من عدم الفارق بين الدين السابق على الموت أو اللاحق به فان جميع ذلك لا بد و ان يخرج من التركة.

و ان كانت العين باقيه و انتقلت التركة إلى الورثة التي من جملتها تلك العين ثم فسخ الوارث أو المشتري العقد و ح كان المبيع الذي اشتراه المشتري من الميت قبل الموت من جملة التركة و هل يكون عين الثمن منتقلا إلى المشتري بالفسخ كما هو قانون الفسخ فإنه يقتضى رجوع كل من العوض و المعوض الى ملك من خرج من ملكه أو لا، بل يكون الثمن من جملة التركة لانتقاله إلى الورثة قبل الفسخ و ان طرأ الفسخ على العقد بعد ذلك فلا بد و أن يكون من جملة ديون الميت فيخرج من التركة التي من جملتها الثمن المذكور لا عن عين الثمن فقط، كما عرفت، ربما يقال بالثاني كما ذكرناه سابقا و بيئا عليه بدعوى انتقال التركة إلى الورثة مع عدم الدين و من الواضح أن الثمن كان ملكا للميت فينتقل إلى الورثة و الفسخ انما نحقق بعد كون الثمن ملكا للورثة فلا معنى لعوده الى الميت بعد فسخ العقد حتى يعود الى ملك المشتري بقانون الفسخ.

و لكن الظاهر هو الاحتمال الأول و أنه إذا فسخ العقد اما بفعل الورثة أو بفعل المشتري يرجع كل من العوض و المعوض الى مالكة الأول مع بقاء العين و لو في ملك الورثة كما هو قانون الفسخ و لا ينتقض قانونه بانتقال التركة إلى الورثة كما هو واضح.

و السر في ذلك أن مقتضى أدله الإرث لفظيه كانت أو لبيه ليس أزيد من كون ما يملكه الميت على أى كيفية كان منتقلا إلى الورثة فإن كان يملك أمواله بالملك المطلقه تنتقل تلك الأموال بتلك كيفية إلى الورثة و ان كان مالكا لها بالملك المقيده ينتقل اليه كك فان الدليل دل أن ما تركه الميت

فلوارثه، و من الواضح أن الميت إذا ترك شيئاً في ملكه بالملكه المقيد لا يقتضى دليل الإرث انتقاله إلى الورثه بالملكه المطلقه كما هو واضح.

و عليه فان الميت كان ملكاً للثمن أو المبيع مثلاً- في البيع الذى له الخيار أو للمشتري بالملكه المحدوده بالفسخ لا بالملكه المطلقه لما ذكرنا أن مرجع جعل الخيار فى العقد كالباع مثلاً الى تحديد الملكه بالفسخ بمعنى أن كل من الباع و المشتري مالك للمعوض أو المعوض بالملكه الخاصه المحدوده بالنهايه المعينه و هى الفسخ فإذا مات الباع مثلاً و انتقل ماله الذى من جملة الثمن المأخوذ من المشتري الى الورثه فينتقل ذلك على تلك الكيفيه الخاصه أى بالملكه المحدوده فكما أن ملكيته كانت تزول بإيجاد الغايه و هى الفسخ فى حال حياته و كك تزول ملكيه الورثه بإيجاد تلك الغايه كما هو واضح، و ح فإذا فسخ العقد اما بفعل الورثه أو بفعل المشتري انتقل كل من العوضين الى صاحبه أى ينتقل المبيع الى الميت و من الميت إلى الورثه و ينتقل الثمن من الورثه إلى المشتري لحصول غايه ملكيتهم المغياه من الأول و من حين البيع، بل هذا أمر ارتكازى للمتشرعه فى باب الإرث و عليه بناء العقلاء، فإنهم حاكمون بأنه إذا انتقل شىء من شخص إلى الورثه لمكان ملكيته له انما ينتقل إليهم على الكيفيه التى كان فى ملكه، بل هذا ضرورى فى بيع الخيارى كما إذا باع أحد من شخص داره بالبيع الخيارى بقيمه رخيصه لاحتياجه الى ثمنه و جعل لنفسه الخيار إلى مده ليفسخ بعد ذلك ثم مات المشتري و هل للورثه ان يملكوا الدار بالملكه المطلقه بدعوى أنها انتقلت إليهم فتكون مملوكة لهم بالملكه المطلقه، بل ليس للورثه أن يخرجوا المبيع من ملكهم فى زمن الخيار للشرط الضمنى على الميت عند العقد فيعلم من ذلك أن ما ينتقل من الميت الى الوارث ليس مملوكاً بأجمعه بالملكه المطلقه بحيث يوجب الانتقال تبدل الكيفيه أيضاً، بل مالكيته تابعه لملكه الميت خاصه و عامه كما هو واضح.

فتحصل أنه إذا فسخ العقد بفعل الورثة أو بفعل شخص آخر الذى كان له الخيار انتقل مال كل الى مالكة الأول و لو كان منتقل إلى الورثة.

نعم، لو تصرف الورثة فيما انتقل إليه فى غير ما يكون معامله عليه بالبيع الخيارى فإن البيع الخيارى قد تقدم حكمه اما بإتلافه حقيقه أو بما هو فى حكم الإتلاف كنقله الى غيره ببيع أو هبه أو نحوهما يكون ذلك فى حكم التلّف فليس للمشتري مثلا أن يطالب الورثة عين الثمن و لا يفيد ما ذكرناه من كون الملكيه محدوده فى المقام و السرّ فى ذلك بحيث يظهر منه حكم سائر النواقل غير الإرث هو أن الوارث و ان كان يملك الثمن المنتقل اليه من الميت بالملكيه المحدوده بالفسخ كما ان نفس الميت كان كك، إلا أن ما كان محدودا انما هو هذه الملكيه فقط و أما المملوك فهو مطلق و غير مقيد بشىء أى المملوك مملوك لمالكه مطلقا بحيث له ان يفعل فيه ما يشاء و كيف يشاء نظير أن شخص سلطانا لمملكه الى شهر و لكن كون سلطنته مقيده و محدوده بمدته لا يوجب كون نفوذ سلطنته فيمن له السلطنه عليه أيضا محدودا بتلك المده، بل يمكن ان يكون نافذا إلى الأبد إلى مدته أزيد من مدته السلطنه و المثال الواضح لهذا سلطنه رئيس الوزراء فان سلطنه و ان كانت محدوده و لكن مع ذلك ما يفعله نافذ إلى أزيد مدته السلطنه كما هو واضح، و فى المقام أيضا كك حيث ان سلطنه من ملك شيئا بالبيع الذى فيه الخيار و ان كانت محدوده بالفسخ و هو مالك إلى غايه خاصه، و لكن المملوك مملوك له على نحو الإطلاق فإن كون المبيع ملكا له غير مقيد بوقت أصلا و عليه فإذا تصرف فيه فى أثناء سلطنته المحدوده تصرفا متلفا أو فى حكم الإتلاف كنقله الى غيره يكون ذلك نافذا إلى الأبد و السرّ فى ذلك هو ما ذكرناه أن المحدود انما هو السلطنه و الملكيه دون المملوك و من هذا ظهر الفرق بين الإرث و النواقل الآخر أيضا لأنك قد عرفت أن أدله الإرث لا يقتضى

أزيد مما تقدم من كون الورثة مالكا للتركة على الكيفية التي كان المورث مالكا لها و أما فى النواقل الأخر حيث وقع بالمملوك الغير المقيد بشيء فيكون نافذا إلى الأبد.

نعم، استثنى من ذلك البيع الخيارى فإنه لا يجوز بيع المبيع بهذا البيع فى مده الخيار و ذلك للشرط الضمنى و سيأتى ذلك فى خلال البحث فى أحكام الخيار، فإنه لا بدّ من البقاء المبيع الى تمام زمان الخيار فان انقضى زمان الخيار كان البيع لازما فان فسخ المشتري العقد يأخذ المبيع و يعطى بدل الثمن كما هو واضح، لا يخفى.

ثم ان المصنف (ره) قد ذكر فى آخر كلامه أن المقام يحتاج الى التنقيح أزيد من ذلك، و كتب السيد فى حاشيته أنه لم ينقح المصنف المقام أصلا حتى يحتاج الى تنقيح أزيد كما أن الصورة الثالثة لم أر من يتعرض لها من الفقهاء و قد حققناها بحول الله و قوته، فلاحظ و تأمل.

### **قوله: لو كان الخيار لأجنبى و مات فى انتقاله الى وارثه، إلخ.**

أقول: إذا كان الخيار للأجنبى و مات فهل يكون خياره للمتعاقدين أو للورثة أو يكون ساقطا و جوه، فاختار المصنف السقوط لأجل الشك فى مدخله نفس الأجنبى إذا الخيار لم يجعل للأجنبى و لو ارثه، بل للأجنبى و نتكلم فى ثبوت الخيار لو ارثه بأدله الإرث و نحتمل أن يكون لخصوصيه الأجنبى دخل فى اختصاص الخيار به.

أقول: أن ما ذكره المصنف (ره) من الحكم بالسقوط بموت الأجنبى متين و لكن لا- من جهة ما ذكره من الوجه بداهه مدخله الأجنبى فى ثبوت الخيار له فضلا عن الشك فيه فان الخيار ليس دائرته و سيعه بحيث يكون مجعولا للأجنبى و مع عدمه فلوارثه أو للمتعاقدين من الأول قطعا، بل انما جعل الخيار لخصوص الأجنبى و خصوصيه الأجنبى دخيل فى الخيار قطعا و لكن



نتكلم فى ثبوته لوارثه بأدله الإرث بأنه إذا مات الأجنبى فهل ينتقل خياره هذا الى وارثه أم لا و أى ربط لهذا لمدخله خصوصيه كونه للأجنبى فى الخيار كما هو واضح.

و عليه فيمكن أن يرث وارث الأجنبى خياره إذا صدق عليه أنه مما تركه الميت و ح فان كان مدرك ثبوت الخيار و انتقاله من الميت إليهم من جهه الإجماع فلا شبهه أنه دليل لبين، فالمتيقن منه هو صورته كون الورثه لذى الخيار من المتعاقدين، و ان كان مدركه الدليل اللفظى و عموم ما تركه الميت من حق أو مال فهو لوارثه فقد عرفت الإشكال فى ذلك.

و مع الإغماض ان الظاهر من الحق المتروك أن يكون لجلب المنفعه و لا منفعه للأجنبى فى ذلك، و الا فسخ العقد (و ان كان يمكن منعه بأنه قد يعطى احد مالا له ليفسخ العقد أو إمضاء على أنه منقوض بثبوت الخيار لورثه المتعاقدين فى صورته استغراق الدين التركة من المقرر).

ثم ان المحكى عن القواعد أنه لو جعل الخيار لعبد أحدهما فالخيار لمولاه و وجهه المصنف بأنه يحتمل أن يكون ذلك من جهه عدم نفوذ فسخ العبد و إمضائه بدون اذن مولاه، و لكن لا نعرف وجهها صحيحا لما ذكره فى القواعد و لما ذكره المصنف من التوجيه بدهاه أن إرجاع الأمر الى عبد الغير من الوكاله و غير ذلك قد يكون تصرفا فيه و يكون ذلك تصرفا فى ملك مولاه فمثل ذلك لا ينفذ بدون اذن مولاه كما إذا أمر عبد غيره أن يمشى إلى السوق و يشتري له متاعا أو أمره بالخياطه و البنايه و نحو ذلك فان مقتضى قوله تعالى عَبْدًا مَمْلُوكًا لَا يَقْدِرُ عَلَى شَيْءٍ أنه ليس للعبد و لا لغيره أن يتصرفوا فيه بمثل هذه التصرفات.

و قد ورد فى روايه أنه سئل الإمام عليه السلام عن طلاق العبد زوجته فقال الامام عليه السلام: لا، و استدل بقوله تعالى عَبْدًا مَمْلُوكًا لَا يَقْدِرُ عَلَى شَيْءٍ

و ذكر أنه شيء لا يقدر عليه العبد و قد يكون ما يرجع الى عبد الغير من الأمور التي لا يكون تصرفا فى سلطنه مولاه، و لا يكون مزاحما لاستيفاء منافعه بوجه من الوجوه كأن يوكله أحد فى إجراء عقد من النكاح و غيره فان ذلك أمر لا يزاحم المولا و لا يكون تصرفا فى ملكه بدون اذن و لا دليل على عدم نفوذ مثل هذه الافعال من العبد(كما أنه لا يتوهم أحد أن تصور العبد شيئا بدون اذن المولى و اطلاعه حرام و هذا أيضا نظير التصورات القليه مقرر).

و أما إذا مات هذا العبد الذى جعل له الخيار فقد ظهر مما ذكرناه أنه لا ينتقل الى وارثه، و أما توهم انتقاله الى مولاه بديهي الفساد لعدم كونه وارثا للعبد و كون أموال العبد راجعا الى مولاه ليس من جهة الإرث بل من جهة أن العبد لا يملك، و اما بناء على كون مالكيته فى طول مالكيه المولى لا فى عرضه فيكون أمواله راجعا الى مولاه كما هو واضح.

### **قوله:مسألة و من أحكام الخيار سقوطه بالتصرف بعد العلم بالخيار**

أقول:قد تقدم فى خيارى المجلس و الحيوان أن ما يكون مسقطا للخيار و إمضاء له أمران:- الأول: ما يكون مصداقا للإسقاط بحيث يكون ذى الخيار معتبر الكون العقد لازما و باقيا و يظهره بمرز سواء كان ذلك المبرز هو الفعل أو القول فان ذلك أى إسقاط الخيار كبقية الأمور الإنشائية يحتاج الى الاعتبار أولا، و الى الإظهار ثانيا، بحيث يكون مسقطا له بالحمل الشائع و هذا لا شبهه فيه، و بهذا أشار الإمام عليه السلام فى جملة من الروايات و ذلك رضى بالعقد أى مصداق لإظهار الإسقاط لا أن الروايه تدل على كون التصرف مسقطا للخيار تعبا، بل يعلل أن كون مسقطا من جهة الرضا بالعقد و قصد ذى الخيار الاسقاط كما هو واضح.

الثانى: أن يكون مسقطا تعبدا و ان لم يكن مصداقا للإسقاط بالحمل الشائع، بل لم يقصد المتصرف سقوطه أو قصد عدمه و لكن التعبد الشرعى أوجب سقوطه بذلك كالتقيل و اللمس و النظر الى ما لا يحل النظر إليه فإن ذلك كله يوجب سقوط الخيار تعبدا أو لم يكن هنا تصرف أصلا فى شىء من العوضين كالتفرق الموجب لسقوط خيار المجلس فإنه يوجب تعبدا كما هو واضح، و قد تقدم ذلك كله و الكلام هنا فى أن ما يوجب سقوط الخيار هل يوجب تحقق الفسخ به أيضا أم لا؟ الظاهر أنه لا شبهه فى أن ما يكون مصداقا لسقوط الخيار فهو مصداق للفسخ أيضا، سواء كان بالقول أو بالفعل أو بغير ذلك، فمن هذه الجهة لا فارق بينهما، هذا لا شبهه فيه.

و انما الكلام فى أن ما يكون موجبا لإمضاء العقد و سقوط الخيار من التصرف اما لكونه مصداقا للسقوط أو تعبد إذا وقع على ما انتقل إلى ذى الخيار بأن تصرف المشتري فى الحيوان مثلا أو ما اشتراه من المتاع فى مجلس العقد و هل يكون ذلك فسحا تعبدا أو لكونه مصداقا له إذا وقع على ما انتقل عنه بان باع زيد جاريه قبلها يعد التسليم أو نظر الى ما لا يحل النظر إليها أو لا مسها أو لا يوجب الفسخ. فقد ذهب جمع من العلماء الى الثانى و أن الفسخ يتحقق بذلك كما أن الإمضاء كان متحققا بها إذا وقعت على ما انتقل الى المتصرف، أقول: ان كان التصرف فيما انتقل عنه مصداقا للإسقاط فلا شبهه فى كونه موجبا للفسخ و مصداقا له كما كان مصداقا للإمضاء أيضا و ان لم يكن ذلك مصداقا للإسقاط إذا وقع على ما انتقل اليه، بل يكون مسقطا تعبدا كما إذا تصرف بها و لم يكن ذلك بنفسه مصداقا للفسخ و لا أنه قصد كونه مصداقا له فلا يكون موجبا للفسخ إذا وقع على ما انتقل عنه لا من جهة التعبد لكونه ثابتا فى التصرف فيما انتقل اليه، فلا يمكن تسريته الى التصرف الواقع على ما انتقل عنه كما إذا باع جاريه ثم قبلها أو

لا- مسها أو نظر الى ما لا يحل النظر إليها و لا من جهة كونه مصداقا للفسخ لما عرفت أنه لم يكن مصداقا للإمضاء و لسقوط الخيار و إمضاء العقد فلا- يكون مصداقا للفسخ أيضا، كما هو واضح، لأن كلا منها يحتاج الى الاعتبار و الإظهار، فالتصرفات المذكوره غير قابله لذلك.

و على الجملة ان كان التصرف على نحو يكون مصداقا للفسخ بحسب المتفاهم العرفي و ان لم يعلم قصد الفاسخ أو علم قصده بأنه أراد بفعله هذا فسخ العقد لا شبهه في تحقق الفسخ بذلك كما يتحقق به الإمضاء و ان لم يكن كك، بل كان ذلك إمضاء للعقد من جهة التعبد فقط فلا يكون فسحا للعقد قياسا كما هو واضح، فإن تسريه من مورده و هو التصرف فيما انتقل إليه إلى التصرف فيما انتقل عنه هذا كله في مقام الثبوت.

و أما في مقام الإثبات فإذا تحقق الأمور المذكوره من اللمس و النظر و التقييل بأن أوقع الأمور المذكوره فيما انتقل منه فهل تكون ذلك أماره على كون البائع مثلا قاصدا للفسخ أم لا، و الفرق واضح بين المقام و بين ما تقدم في مقام الثبوت، فان الكلام هناك في كونه مصداقا للفسخ مع القصد و عدم كونه مصداقا له مع عدمه و في المقام البحث في كاشف القصد بأنه يكشف عند الظهور أم لا؟ فافهم ذكر المصنف أن الأمر هنا أسهل بناء على أن ذا الخيار إذا تصرف فيما انتقل عنه تصرفا لا يجوز شرعا إلا من المالك أو ياذنه دل ذلك بضميمة حمل فعل المسلم على الصحيح شرعا على اراده انفساخ العقد قبل هذا التصرف و نقل ذلك عن بعض الفقهاء أيضا كالعلامه و غيره.

ثم ذكر أن أصله حمل فعل المسلم على الجائز من باب الظواهر المعبره شرعا كما صرح به جماعه كغيرها من الأمارات الشرعيه فيدل على الفسخ لا من الأصول التعبديه حتى يقال انها لا تثبت لوازمها، و ذكر أن ذلك حقق في الأصول.

أقول: ذكر في الأصول أمران، أحدهما: أن لوازم الأصول ليست بحجة بخلاف لوازم الأمارات فإنها تثبت بها كما تثبت الدلالات المطابقية، و ذكرنا نحن أيضا في البحث المذكور أنه لا- فارق في ذلك بين لوازم الأصول و لوازم الأمارات فإنها في كليها لا تثبت إلا إذا قام الدليل على ثبوتها و حجيه الأمارات بالنسبة إليها كما أنها حجة في الدلالات المطابقية و قد قام بناء العقلاء على ثبوت تلك اللوازم في الأمارات التي كانت من قبيل الألفاظ فإنه كما قام على حجيه الظواهر و اعتبار الدلالات المطابقية بحسب ما يستفاد من ظواهر اللفظ و كك قام على ثبوت لوازمها أيضا و حجيتها بالنسبة إليها و ذلك كالروايات و القرآن و من القبيل الأقارير و الجامع أن كل ما يكون في مقام التكلم و الإفاده و الاستفاده و المرافعات و غيرها من قبيل الألفاظ تثبت فيها ببناء العقلاء لوازمها كما تثبت مدلولاتها المطابقية أيضا كما هو واضح.

و أما إذا لم يكن من هذا القبيل فلا تثبت اللوازم بثبوت الملزوم، و مثلنا لذلك هناك بأنه ورد أنه إذا اشتبهت القبلة يتحرى من اشتبه عليه ذلك فيأخذ ما هو أخرى فإن الظن و ان كان حجة هنا للمتحرى و لكن لا يثبت بذلك لوازمه كالوقت مثلا بأن يثبت بكون القبلة هذا الطرف الخاص المظنون الظهر مثلا، يحكم بان الشمس إذا وصلت الى النقطة الفلانية يحكم بتحقيق الظهر، و مقامنا من هذا القبيل حيث انه على تقدير أن حمل فعل المسلم على الجائر و الصحيح من الأمارات و لكن لا يثبت بها لوازمها لعدم الدليل عليه، ففي المقام غايه ما يستفاد من السيره أو من الروايات كقوله عليه السلام ضع فعل أخيك على أحسنه، و نحو ذلك أن نحمل فعل ذى الخيار الواقع على ما انتقل عنه على الصحيح و أنه لم يفعل محرما و أما أنه فسخ العقد لكونه لازم كون فعله صحيحا لا يثبت بذلك كما هو واضح.

الأمر الثاني: ما ذكره المصنف أيضا و نحن تبعناه من أن الثابت في الشريعة المقدسه انما هو حمل فعل المسلم على أحسنه و على الوجه الصحيح كما إذا صدر فعل من شخص و احتمل كونه حراما أو حلالا فلا بدّ من أن يحمل على الصحيح و على الجائز بأن لا يعامل معه معاملة الفساق من جهة ترتيب أثر الفعل المحرم على ما صدر منه و مثل لذلك بأنه إذا تجاوز شخص عن شخص و تكلم بكلام و احتملنا أنه تسب و احتملنا أنه سلم فان مقتضى حمل فعل المسلم على الصّحه أن يقال أنه لم يصدر منه السب لأن المسلم لا يفعل محرما و لا يباشره، و أما إثبات أنه سلّم بحيث يجب رد جوابه فلا، لعدم الدليل عليه، و هذا الذي ذكره (ره) في قاعده حمل فعل المسلم على الصّحه في الأصول و أنها لا تثبت لوازمها متين جدا، و لا يمكن مساعدته على ما ذكره في المقام كما هو واضح.

و عليه فالمسلم انما هو حمل فعل المتصرّف على الوجه الجائز و أنه لم يفعل حراما إنشاء الله، و أما فسخ العقد لكونه لازم عدم صدور الحرام منه فلا دليل عليه كما هو واضح، هذا كله فيما إذا لم يعلم أن التصرف انما صدر منه عن علم و التفات أو علم أنه تصرف عن غير علم و أما إذا علم أنه تصرف في ذلك غفله عن بيعه ذلك أو نسيانا فإن الأمر هنا أوضح فإنه لم يحتمل أحد بل لا يحتمل أنه فسخ العقد بذلك التصرف كما هو واضح.

فتحصل أن حمل فعل المسلم على الصّحه و ان التصرف لم يكن محرما لا يدل على الفسخ تعبدا لكونه لازما لحمل فعل المسلم على الصّحه الذي من قبيل الامارات فتحصل أن حمل فعل المسلم على الصّحه ليست من الأمارات بل من الأصول العمليه فلا تثبت به لوازمه و هو تحقق الفسخ به و على تقدير كونه من الأمارات فلا دليل على حجّيه لوازم مطلقا الأمارات لفظيه كانت أم غيرها، كما هو واضح.

هذا كله فيما إذا كان التصرف مما يحرم تعلقه بملك الغير كالتصرفات الخارجيه و لذا احتاج الى حمله على الصحه.

و أما إذا لم يكن من التصرفات المحرمه كما إذا لم تكن خارجيه، بل من التصرفات الاعتباريه التي يجوز تعلقها بملك الغير أيضا من غير أن يكون محرمه تكليفا و ان كان نفوذه وضعا يحتاج الى الاذن و ذلك كالبيع و الهبه و العتق و نحوها، فان مثل هذه التصرفات الاعتباريه يصح تعلقها بمال الغير فضوله، فلا يكون محرما.

و دعوى أن الفضوليه لا تجرى في مثل العتق و نحوه من الإيقاعات للإجماع و ان كانت صحيحه إلا أن ذلك لا يدل على تحقق الفسخ لاحتمال الغفله و الاشتباه و الجهل في حق المتصرف و عليه فإذا تصرف ذى الخيار فيما انتقل عنه تصرفا اعتباريا ناقلا كالبيع و الهبه و العتق و نحوها فإنه لا شبهه في أن الظاهر من هذه التصرفات أنها وقعت في ملكه إذ لا بيع إلا في ملك و لا عتق إلا في ملك و لا يجوز هبه مال الغير فيكشف ذلك عن أنه فسخ بنفس هذه التصرفات و ان كان لا بأس بجواز بيع مال الغير فضوله إلا أنه على خلاف ظاهر هذه الافعال، بل لا يقع عتق مال الغير صحيحا للإجماع و للتسالم على عدم جريان الفضولى في الإيقاعات كالعتق و الطلاق، و لكن الكلام في حجيه هذا الظاهر و ان كان هو موجودا فان كل ظاهر ليس بحجه، فإنه كان حجتيه بالظن الحاصل من ذلك الظاهر، فان المظنون أن الإنسان إذا باع باع مال نفسه أو عتق مال نفسه و هكذا فلا دليل على حجتيه إلا من جهه الغلبه و لا حجه للظن الحاصل منها.

و بعبارة أخرى أن مدرك حجيه هذا الظهور أن كان هو الظن فلا دليل على حجتيه و ان كان شىء آخر من الأدله الخاصه فلم نر دليلا خاصا على اعتباره كما هو واضح.

و قياس المقام بحجيه ظواهر الألفاظ قياس مع الفارق بداهه أن الوجه في حجيه ظواهر الألفاظ هو الوضع بمعنى أن العقلاء تعهدوا على كلما أرادوا شيئاً فلانيا مثلاً- أن يتكلموا بلفظ فلانى و بنوا أيضا على أنه إذا تكلم أحد بكلام له ظاهر في معناه الموضوع له يؤخذ بظهور كلامه و الأ فلا دليل على حجيه مطلق الظواهر كما هو واضح.

و ربما يقال انه إذا باع ذى الخيار مثلا ما انتقل عنه فيحتمل أنه باع ذلك عن مالكة الفعلى فضوله و يحتمل أنه باعه عن نفسه أصاله و لكن فسخ العقد ببيعه هذا، فالأصل عدم قصده بيع ذلك عن غيره.

و فيه أولا: أن هذا الأصل مثبت لأن فسخ العقد من لوازم عدم قصد البيع عن غيره لا نفسه و الأصل المثبت ليس بحجه.

و ثانيا: أنه لا يعتبر القصد فى بيع مال الغير فضولا كما لا يعتبر ذلك فى بيع مال نفسه، بل يكفى مجرد قصد البيع و إبرازه بمبرز، و قد ذكرنا فى أول البيع أن حقيقه البيع هو هذا.

و عليه فلا- قصد هنا حتى نفيه بالأصل و هذا واضح، نعم يعتبر ذلك فى بيع الكلى كما تقدم فى بيع الكلى بداهه أنه لا يتعين بدون الإضافه إلى ذمه معينه سواء كانت ذمه نفسه البائع أو شخص آخر، و انما يتعين الكلى بالإضافه إلى محل خاص و تقيده بقيد خاص و لكنه أجنبى عن المقام كما هو واضح.

و بالجملة فلا يمكن إثبات كون التصرفات الواقعه على ما انتقل عنه فسخا للعقد لا بمقتضى حمل فعل المسلم على الصحه و لا بظهورها فى الفسخ، و لا بالأصل العملى كما مر، فافهم.

**قوله: مسأله هل الفسخ يحصل بنفس التصرف؟**

**اشاره**

أقول: إذا قلنا بان التصرف يحصل به الفسخ سواء كان خارجيا تكوينيا أو اعتباريا، و هل يحصل به الفسخ قبل وقوعه و تحققه أو بعده أو فى أثناءه

ص: ٤٥٠



وجوه ربما يقال بالأول كما عن التذكرة بدعوى أن الإسلام يسان به المسلم عن القبيح، فلو قلنا بعدم حصول الفسخ قبل التصرف فلا بدّ و أن يقع جزء منه أو تمامه محرما و هو ينافى حمل فعل المسلم على الصحة و صيانته الإسلام المسلم عن ارتكاب القبيح و اذن فلا بدّ و أن يكون التصرف كاشفا عن وقوع الفسخ قبله و استدلوا على مرامهم بالروايات الداله على لزوم العقد بالتصرف معللا بأنه رضى بالعقد، فإنه يكون كاشفا عنه بعد الوقوع، و حملوا على ذلك كلمات جملة من الأعلام و لا يمكن أن يحصل الفسخ بنفس تلك التصرفات الاعتبارية بداهه أن حصول الملك بالبيع مثلا يحتاج الى حصول الفسخ، و حصول الفسخ لو توقف بمثل هذه التصرفات لزم الدور.

و فيه أولا: أنا ذكرنا آنفا أن التصرف على تقدير كونه موجبا للفسخ انما هو من باب كونه مصداقا للفسخ لا كاشفا عنه، فلا معنى لكونه كاشفا عنه على أنه لو كان الأمر كك، فلزمه ان يكون الإراده فسحا فان ما هو قبل الفسخ هي الإراده و من الواضح أنه ليس بفسخ، بل اراده فسخ كما هو واضح.

و ثانيا: أن لازم ذلك أن لا يحصل الفسخ باللفظ أصلا فإنه يكون كاشفا عنه لعدم الفارق بين كون الفسخ باللفظ أو بغيره و هو خلاف الضروره بين الفقهاء فإنهم حكموا بكون الفسخ محققا باللفظ أيضا.

و أما الروايات الداله على تحقق الرضا بالتصرف فلا- شهاده فيها على ذلك بداهه أن معنى الرضا هنا عباره عن للإمضاء أى التصرف رضاء بالعقد و إمضاء له ضروره أنه لا- معنى لحمل الرضا الذى هو أمر قلبى على الفعل التكويني الخارجى، فيكون الروايات الداله على حصول الرضا بالتصرف أجنبيه عن القول بحصول الفسخ بعد التصرف لكونه كاشفا عن الفسخ و بعباره أخرى الرضا له معنيان أحدهما الرضا القلبى و الثانى الرضاء الخارجى، و المراد

منه فى المقام الثانى بمعنى أن التصرف إمضاء للعقد و إنفاذا له و اجازته و رضاء علمى به لا أنه رضاء قلبى و القرينه على كون الثانى مرادا هو عدم صحه حمل الأمر القلبى على الفعل الخارجى كما هو واضح، و يمكن حمل كلمات الفقهاء أيضا على ذلك فان حكمهم بكون التصرف رضاء بالعقد لعله من جهه كون بنائهم على كون التصرف مصداقا للرضا العلمى و للإمضاء و الإجازة.

و من هنا التجأ بعضهم الى كون الفسخ حاصلًا بعد تحقق التصرف فى الخارج و ح فىكون التصرف مصداقا للفسخ.

و لكن ىرد عليه أن لازم ذلك وقوع التصرف الاعتبارى كلها فى ملك الغير فإذا باع فىكون بىعه فى ملك الغير و إذا وهب أو عتق فىكون كل ذلك واقعا فى ملك الغير، فىلزم أن الأمور المذكوره لم تقع فى ملك نفس الإنسان المتصرف.

نعم، لا- بأس به بناء على جواز بىع الإنسان شىئا ثم ملكه الآ- أنه لا ىجرى فى مثل العتق للإجماع على أنه لا ىجرى الفضولىه فى الإيقاعات كما عرفت، بل ربما ىكون التصرف حراما و إذا ترتب عليه الأثر و هو الفسخ، و تملك الفاسخ المال المنتقل عنه كما إذا كانت التصرفات خارجيه كالتقبيل و الوطى و اللمس فى الجارىه و غير ذلك من التصرفات التكوينيه الخارجيه و هذا كله لا ىمكن الالتزام به و قد اختار المصنف معنى متوسطا بىن كون الفسخ حاصلًا من الأول و قبل التصرف أو بعده.

و قال بما حاصل كلامه: أن المراد بالبىع هو النقل العرفى الحاصل من العقد لا نفس العقد لأن العرف لا يفهمون من لفظ البىع الآ المعنى المأخوذ من العرف فى قولهم بعت و عليه فالفسخ الموجب لملك الفاسخ، المال المنتقل عنه انما ىحصل بأول جزء من التصرف الاعتبارى أو الخارجى

و أما النقل و التملك العرفى،إنما يحصلان بتمام التصرف أى بالبيع و العتق مثلا،و ح يقع البيع أو العتق أو غيرهما من التصرفات القولية عقدا كان أو إيقاعا فى الملك و لا دليل على كون البيع أو العتق و غيرهما من التصرفات القولية واقعا فى الملك بجميع أسبابها و مسيبتها،بل يكفى فى وقوعها فى الملك أن يقع فيها عند تمام السبب أى و يحصل المسبب فى الملك و أما لا بدّ و أن يكون سببه أيضا بجميع اجزائه حتى الجزء الأول فى الملك،فلا دليل عليه كما هو واضح.

ثم التزم بحرمه الجزء الأول تكليفا فى التصرفات الخارجيه كالوطى و التقبيل و نحوهما،و لكن هذا لا ينافى حرمه ذلك حصول الفسخ به وضعا أى لا ينافى حرمه السبب من بعض الجهات صحه حصول المسبب،كما لا يخفى.

ثم قال و بالجمله فما اختاره المحقق و الشهيد الثانى لا يخلو عن قوه و به ترتفع الاشكال عن جواز التصرفات وضعا و تكليفا و كذا لا ندرى أنه كيف يرتفع الاشكال بما ذكره عن جواز التصرفات وضعا و تكليفا مع أنه رحمه الله صرح قبل أسطر بحرمه الجزء الأول من التصرفات الخارجيه و أيضا كيف ظهر من كلامه أن الحق ما ذهب اليه المحقق و الشهيد الثانى مع أنهما ذهبا الى حصول الحل و الفسخ قبل التصرف بالقصد المقارن كما تقدم رأيهما قبل أسطر فى كلامه.

و الحاصل:أن الكلام فى تحقق الفسخ بالتصرف فى ما انتقل عن ذى الخيار الى غيره بأنه هل يحصل الفسخ قبل التصرف و التصرف كاشف عنه أو بعده أو يحصل فى أثناء التصرف وجوه،و قد ذكر غير واحد أنه يحصل قبل الفسخ بدعوى صيانته الإسلام المسلم عن فعل القبيح،فلا بدّ من الالتزام بحصول الفسخ قبل التصرف،لثلا يكون أمثال البيع و العتق و غيرهما من

التصرفات الاعتبارية تصرفاً في ملك الغير، وثلاثاً- يكون مثل الوطى والتقبيل وأمثال ذلك من التصرفات الخارجية محرّمة تكليفاً، ولكن ذكرنا أنه واضح البطلان من جهة أن البيع وغيره من التصرفات الاعتبارية وكك التصرفات الخارجية بنفسها مصداق للفسخ و مبرز له لا أنه كاشف عن تحقق الفسخ قبلها، والأ فلا بدّ و أن يكون الفسخ محققاً بإرادته الفسخ، و من الواضح أن إرادته الفسخ ليس بفسخ على أنه مخالف لكلمات الفقهاء القائلين بأن الفسخ يتحقق بنفس التصرف، و يضاف الى ذلك أن لازم ذلك هو عدم تحقق الفسخ باللفظ أيضاً، بل لا بدّ و أن يكون ذلك كاشفاً عنه لعدم الفرق في ذلك بين اللفظ وغيره، و هو بديهى البطلان، لحكم جمع من الاعلام بأن الفسخ يتحقق باللفظ و كيف كان فهذا الوجه لا يمكن الذهاب اليه، كما هو واضح على أنه ذكر المصنف وغيره بأن الفسخ لا يحصل بالنية و البناء القلبي، بل هي من الأمور الإنشائية فلا بدّ و أن يتحقق بالإظهار بمبرز فبمجرد إرادته الفسخ لا يتحقق الفسخ كما هو واضح.

و قد تقدم الاستدلال على ذلك بروايات لسقوط الخيار بالتصرف كقولهم عليهم السلام و ذلك رضى بالعقد و الجواب عن ذلك فى البيان الأول فراجع و من هنا التجأ بعضهم الى أن الفسخ انما يتحقق بعد التصرف و يكون حاصلًا بعد تماميه السبب.

و فيه أن لازم ذلك أن يكون التصرفات الاعتبارية من البيع و الهبة و العتق واقعه فى ملك الغير و الالتزام بجواز بيع مال الغير ثم تملكه و أن كان متيناً و لكنه لا يتم فى العتق حيث انه وقع التسالم بين الفقهاء بعدم صحه العتق بالإجازة المتعقبه و عدم جريان الفضوليه فيه فلا يمكن رفع الاشكال بهذا الالتزام.

و أما التصرفات الخارجية من الوطى و التقبيل و غير ذلك فتكون محرّمة

تكليفاً والحال أنه وقع التسالم على حصول الفسخ بالتصرفات الاعتبارية والخارجية من غير أن يلزم منه محذور كما هو واضح.

وقد أجاب المصنف عن الاشكال بالالتزام بالأمر المتوسط وحاصله أن التصرفات الوضعية فإنما يحصل الفسخ بها بالجزء الأول ويحصل النقل والانتقال بتماميه السبب غايه الأمر لا يكون تمام السبب في ملك البائع أو المعتق وهذا لا دليل عليه بأن يكون تمام السبب واقعا في ملك البائع وإنما المسلم هو لزوم كون البيع واقعا في ملك والمفروض أنه وقع فيه وبهذا يحمل الأخبار الداله على أنه لا بيع إلا في ملك ولا عتق إلا في ملك فان الظاهر منها أن يكون البيع واقعا في الملك وكذا العتق وأما أن يكون تمام سببها أيضا واقعا في الملك فلا يقتضيه الدليل والسّر في هذا الالتزام هو أن المراد من البيع هو البيع العرفي وهو النقل والانتقال المعبر عنه بمبادله مال بمال ولا شبهه في حصول المبادله والنقل والانتقال هنا بنظر العرف وان كان جزء سبب ذلك واقعا في ملك الغير فان ذلك لا يضرّ بالمسبب الذي يسمى بيبعا أو غيره من المعاملات.

وبعبارة أخرى البيع الحقيقي وواقع البيع عبارته عن المسبب الذي هو البيع العرفي المسمى بالمبادله وهو حاصل في ملك البائع وكذلك العتق وأما السبب فليس بواقع البيع وحقيقته فلا محذور في وقوع جزء منه في ملك الغير.

وأما في التكاليفيات فلم يدفع الاشكال والتزم بكون التصرفات الخارجيه محرمه بالنسبه إلى الجزء الأول نعم ذكر في النتيجة أن الأقوى ما ذكره الشهيد والمحقق الثانيان بالنسبه إلى الجواز التكليفي والوضعي ولكنه لم يبين وجه ذلك ودليله فيبقى الاشكال على حاله كما هو واضح، هذا، محصل كلام المصنف.

و لكنه لا يمكن المساعدة عليه فيما ذكره في الوضعيات أيضا و ذلك لأن ما تقدم من الاشكال على كون التصرف مسقطا قبل العقد جار هنا أيضا، فإن ذلك يرجع الى كون اراده الفسخ مسقطا أو ليس بمسقط بداهه أن الجزء الأول من التصرف بنفسه ليس مصداقا للفسخ حتى يقال انه حصل الفسخ بنفس الجزء الأول و اذن فلا بدّ من الالتزام بكونه كاشفا عن اراده الفسخ و يكون ذلك هو المسقط كما هو واضح، لا يخفى فافهم، على أنه لو حصل الفسخ بالجزء الأول من الفعل لحصل بالجزء الأول من القول أيضا كالتكلم بكلمه بع من دون أن يعقب ببقية الصيغه مع أنه لم يلتزم به أحد على أن لازم ذلك أنه لو ندم بعد إيجاد الجزء الأول من التصرف عن البيع أن يلتزم بالفسخ و يقال انه حصل بمجرد لفظ (بع) وهذا أيضا بديهى البطلان و لم يلتزم به أحد فيما نعلم، بل المصنف أيضا فلا وجه للذهاب الى أن الجزء الأول من التصرف يكون مسقطا كما هو واضح.

## و التحقيق أن يقال انه تاره يقع الكلام في الوضعيات و أخرى في

### اشاره

التكليفات،

### أما الكلام في الأولى فأیضا يقع في جهتين

الأولى في العقود و الثانيه في الإيقاعات أيضا.

### أما الجبهه الاولى في العقود

فلتزم فيها بأن الفسخ انما في الإنشاء و لكن لا- على النحو الذى ذكره المصنف، بل بالإيجاب فقط فإنه بعد ما تم سواء كان بالفعل أو بالقول كان ذلك مصداقا للفسخ و إيجابا للبيع و لم يتحقق البيع به بعد حتى يقال ان الفسخ قد حصل بعد التصرف فيقع في ملك الغير بداهه أن البيع لم يتم بالإيجاب الساذج، بل يتوقف تماميته بتحقق القبول بعده و بالقبول يتحقق تمام البيع فلا يكون البيع بما هو بيع في ملك الغير، بل الإيجاب فقط و من الواضح أنه ليس ببيع، بل كونه بيعا معلق على مجيء القبول و تحققه في الخارج فكأنه قال البائع بعتك على تقدير تحقق القبول

ص: ٤٥٦

من القابل و لا- يضرّ التعليق هنا فان توقف الإيجاب على القبول و تعلقه عليه من طبعى البيع و بقيه العقود فهو فى مثل ذلك ضرورى.

و قد ذكرنا فى أول البيع فى أنه مبادله مال بمال أن مثله لا يضر حيث ذكرنا أن البيع ليس مطلق المبادله، بل المبادله الخاصه أى على تقدير قبول المشتري و كونه تعليقا لا- يضر فإنه طبعى البيع و من الأمور الضرورية فإنه لا يبيع البائع متاعه مطلقا و لو لم يقبل الآخر، بل على تقدير قبول الآخر كما هو واضح، و وقوع الإيجاب فقط فى ملك الغير لا يضر بالبيع لما ذكره المصنف من أن ما يضر بالبيع هو وقوع ذلك فى ملك الغير لا ما هو جزء السبب فإنه لا يزيد من اللفظ كقوله بعتك المتاع الفلانى فلا يقال بمجرد وقوع الإيجاب من اللفظ و غيره فى ملك الغير أن البيع وقع فى ملك الغير ضروره أن البيع عباره عن المسبب و هو بعد لم يتحقق بالإيجاب و كيف يكون واقعا فى ملك الغير و لا دليل أيضا على عدم جواز وقوع السبب فى ملك الغير و الروايات الداله على أنه لا يبيع إلا فى ملك انما هى ناظره الى عدم تحقق البيع (الذى هو المسبب و البيع العرفى الذى هو النقل و الانتقال كما فى المتن) إلا فى ملك لا ما هو جزء السبب أعنى الإيجاب الساذج.

### أما الوجه الثانيه: أعنى الإيقاعات

فالجواب المتقدم و ان لم يكن جاريا هنا و لكن يمكن الجواب عن الاشكال هنا بمثل ما التزم به المشهور فى المعاطاه من كونها مفيده للإباحه أن الملكيه فى مثل أعتق عبدك عنى إنما تحصل آنا ما ثم يعتق العبد و ذلك لا من جهه اقتضاء الدليل العقلى أو العرفى ذلك، بل من جهه الجمع بين الأدله حيث ان مقتضى الروايات أنه لا يبيع إلا فى ملك و أن مقتضى تسلط الناس على أموالهم هو وقوع العتق عن الغير فمقتضى الجمع بينها أن الملكيه إنما تحصل آنا ما بحيث لا يترتب عليها أى آثار فرضتها الآ العتق و قلنا ان الالتزام بذلك الذى سمي بالملكيه

التقديرية ليس مجرد فرض كما ربما يتوهم من التعبير بالملكية التقديرية بل لها حقيقة و أن الملكية تحصل حقيقه و واقعا غايه الأمر أن زمانه قليل و ان هذه الملكية غير قابله لأن يترتب عليه أثر غير العتق فقط.

و مثل هذا الكلام نلتزمه هنا أيضا بأن يقال انه تحصل الملكية الآنيه الحقيقيه التي تسمى بالملكية التقديرية للمتصرف ثم يعتق.

و بيانه أن الفاسخ إذا تكلم بصيغه العتق فقبل أن تتم الصيغه بأن يبقى منها حرف واحد فقط نلتزم بحصول الملكية الآنيه بين هذا الحرف الباقي و ما تحقق منها فنحكم بوقوع العتق في الملكية فإن العتق انما يحصل بعد تماميه الصيغه أجمع بحيث لا يبقى منها حرف واحد لكونها سببا للعتق لا ما هو جزء من الصيغه فإنه جزء السبب فلا يتحقق المسبب الذي هو العتق إلا بتماميه سببه، و قد عرفت أنه لا- محذور في وقوع مقدار من سبب البيع و العتق في ملك الغير لأنه لم يدل دليل على أنه لا بدّ و أن يكون سبب العتق واقعا في ملك، بل انما دل على وقوع المسبب فيه و عدم وقوعه في ملك الغير و هو العتق كما هو واضح.

نعم، عند إيجاد السبب لم يحصل العتق، بل هو متوقف على تمامه فيكون حصول العتق معلقا على حصول الملكية الآنيه المتوقعه على تحقق الفسخ و قد فرضنا أنه أى الفسخ يحصل بإيجاد السبب الآ الجزء الأخير منه فمن زمان الاشتغال بإيجاد السبب الى زمان تحقق الجزء الأخير منه لا- بدّ و أن يلتزم بالتعليق و لكن مثل هذا لا- يضر بالعقد لكونه تعليقا على الموضوع و التعليق بالموضوع لا يضرّ كما إذا قال بعتك المتاع الفلاني على تقدير كونه موجودا و هذا الجواب يجرى في العقود أيضا إذا منعنا عن وقوع الفسخ بالإيجاب فقط فإنه يلتزم بالملكية التقديرية في الآن الأخير من زمان تماميه القبول من ناحيه المشتري و من جميع ما ذكرناه ظهر لك أن ما ذكره بعضهم



من لزوم الدور على تقدير الالتزام بحصول الفسخ بالتصرف لا يرجع الى محصل و تقريب الدور هو أن البيع يتوقف على الملكية أى حصولها للبائع و حصولها للبائع يتوقف على الفسخ و الفرض أن الفسخ لا يحصل إلا بالبيع الذى يتوقف على الملكية، فلزم الدور المستحيل لا لما ذكره الشهيد(ره) من كون الدور معيًّا إذ لا نفهم أنه ما ذا أراد من كلامه هذا بدهاه أن الدور المعنى انما هى فى المتلازمين الذين معلولان لعله واحده كالبتنين الموضوعتين على هيئه خاصه و لا نعقل هذا المعنى فى المقام فان الدور لو كان فإنما هو توفى لا معنى، و لكن الذى يسهل الخطب أنه لا دور فى المقام، هذا كله فى الوضعيات فقد اتضح أنه لا إشكال فى تحقق الفسخ بذلك.

### و أما الحال بالنسبه إلى الحكم التكليفى فى التصرفات الخارجيه

فقد ذكر المصنف أولاً- أنه يحرم التصرف الخارجى فى الجزء الأول تكليفا ثم ذكر و بالجمله فما اختاره المحقق و الشهيد الثانى فى المسأله لا يخلو عن قوه و به ترتفع الاشكال عن جواز التصرفات تكليفا و وضعاً و لم يبين وجه ذلك أقول تاره نقول أن جواز التصرف فى المال هو مترتب على كونه ملكاً له قبل هذا التصرف قبله رتبه، فلو لم تحصل الملكية للمتصرف بعد و انما تحصل الملكية بنفس التصرف لا يجوز ذلك و لا يكفى فى الجواز التكليفى إلا أن يترتب التصرف على الملكية.

و أما لاتحاد الزمانى فلا يكفى فى الجواز التكليفى و ان حصل الفسخ بذلك وضعاً و كك التصرف فى الأمه و هذا نظير أن يقال أن التصرف فى المرأه حرام ما لم تحصل الزوجيه قبل ذلك بان يقال ان الظاهر من قوله تعالى **إِلَّا عَلَىٰ أَرْوَاجِهِمْ** أو ما **مَلَكَتْ أَيْمَانُهُمْ** أن جواز النظر أو التصرفات الأخر التى لا- تجوز لغير الزوج فى زوجته فى مرتبه متأخره عن الزوجيه و الملك اليمين فلو حصلت الزوجيه أو الملكية فى زمان واحد فلا يكفى ذلك فى جواز

ذلك التصرف الذى به تحصل الملكيه و الزوجيه، ففى المقام أن الملكيه إنما تحصل بنفس التصرف الخارجى فيتحققان فى زمان واحد و ان كان التصرف متقدما على الملكيه من حيث الرتبه.

و على الجملة قد يقال بأن المستفاد من الآيه الشريفه أن حليه الأمه بحيث يجوز التصرف فيها لا بدّ و ان تكون مترتبه على الملكيه بحيث أن تحرز الملكيه فى الرتبه المتقدمه ثم يجوز التصرف الخارجى فيها و كك فى الأعيان الأخر التى وقعت مبيعه أو ثمنا بأن يقال أن جواز التصرف فيها تكليفا مترتبه على تحقق الملكيه قبل ذلك و الأ فلا يجوز التصرف تكليفا و ان حصلت الملكيه و التصرف فى زمان واحد نظير أن يقال أن جواز التصرف فى المرأه مترتب على تحقق الزوجيه قبل هذه المرتبه و عليه فلا يجوز التصرف التكليفى فى المال المنتقل عنه بحيث يحصل الفسخ و الملكيه بذلك فإذا قلنا بذلك فالحرمة باقيه على حالها و ان حصل الفسخ بالتصرف كما هو واضح.

و كنظير ما ورد أن الماء إذا بلغ قدر كتر لا- ينجسه شىء أن الظاهر هو أن تكون الكريه متحققه قبل تحقق الملاقاه بحيث لو كانت الكريه متحقق حين تحقق الملاقاه يحكم بالنجاسه لأجل ملاقاه النجاسه بما ليس بكتر فان ظاهر قوله عليه السلام الماء إذا بلغ قدر كتر لا ينجسه شىء أن الكريه لا بدّ و ان يتحقق قبل الملاقاه بالنجاسه قبله رتبيه.

و أخرى نقول بأنه يكفى فى جواز التصرف فى الأموال كونها مملوكا للمتصرف و لو كانت الملكيه حين زمان التصرف كما فى حصول طهاره البدن و الغسل بالغسله الأولى فيما إذا كان البدن متنجسا بنجاسه لا يحتاج تطهيرها الى تعدد الغسل فإن الأقوى حصول التطهير و الغسل عن النجاسه أو عن غيرها بهذه الغسله الوحده كما ذكرناه فى حاشيه العروه إلا إذا كانت النجاسه مما يحتاج تطهيرها الى تعدد الغسل فإنه لا

يمكن الالتزام بحصول التطهير و الاغتسال بالغسله الواحد بل تبقى النجاسه بعد على حالها و على هذا فيمكن الالتزام بجواز التصرف لأحد المتعاملين فيما انتقل عنه لكفايه حصول الملكيه فى زمان التصرف فى جواز التصرف تكليفا من غير احتياج الى تحقق الملكيه قبل التصرف رتبه.

و على الجملة فإن قلنا بالاحتمال الأول فلا يمكن دفع الاشكال عن التصرف بالنسبه إلى الجواز التكليفى، بل لا بد من الالتزام بالحرمة التكليفيه و ان قلنا بالثانى فيجوز التصرف تكليفا لكفايه تحقق الملكيه فى زمان الفسخ و التصرف فى الحكم بجواز التصرف تكليفا كما هو واضح.

و الذى ينبغى أن يقال هو أن الظاهر من قوله عليه السلام لا يجوز التصرف فى مال أمرا إلا بطيب نفسه هو أن التصرف الواقع فى ملك الغير بدون اذنه حرام بحيث لم يكن التصرف فى زمان كون الشىء ملكا له و أما إذا كان التصرف فى زمان حصول الملكيه للمتصرف و ان لم يكن فى مرتبه فإنه لا يشمله دليل حرمة التصرف لعدم كونه فى مال الغير، بل انما هو فى مال نفسه.

و بعبارة أخرى أن مقتضى الظاهر من الأدله الداله على حرمة التصرف فى مال الغير هو أن يكون المال مال للغير فى زمان التصرف بأن يكون المال حين اشتغال المتصرف بالتصرف مال للغير و أما لو كان ما تصرف فيه المتصرف مال نفسه فى زمان التصرف، و ان كان مرتبه التصرف قبل مرتبه الملكيه بحيث ان التصرف بحسب الرتبه قد وقع فى مال الغير فلا يشمله دليل حرمة التصرف و الله العالم، و يكون ذلك نظير حصول طهاره البدن و الغسل بغسله واحده فى زمان واحد، كما هو واضح.

نعم، كون التصرف الخارجى جائزا تكليفا فى مثل الأمه متوقف على إثبات أن يكون المراد من قوله تعالى أَوْ مَا مَلَكَتْ أَيْمَانُهُمْ أيضا ظاهره فى كون

حصول الملكية في زمان التصرف كافيًا في الجواز التكليفي و ان كانت رتبة التصرف قبل الملكية.

ثم انه نقل المصنف عن بعض أن الفسخ إذا جاز بحكم الخيار جاز كل ما يحصل به قولًا كان أو فعلاً و أجاب عنه بأنه فاسد فان معنى جواز الفسخ لأجل الخيار الجواز الوضعي لا-التكليفي فلا- ينافي تحريم ما يحصل به الفسخ و لكن ظاهر المصنف أنه فكك بين الجواز الوضعي و الجواز التكليفي فكأنه حكم يكون التصرف مع كونه حرامًا تكليفيًا موجبًا لانفساخ العقد وضعًا لعدم الملازمه بينهما الآ- أن هذا و أن كان تمامًا فإنه لا ملازمه بين الأحكام التكليفية و الوضعيه و لكن الأمر في المقام ليس كك حيث أن الشارع قد حكم بجواز الفسخ وضعًا و تكليفيًا و أنه مباح تكليفيًا و لكنه من الأفعال التوليدية فيحصل بالقول تاره و بالفعل أخرى.

و على كل تقدير لا- ملازمه بين جواز الفسخ وضعًا و تكليفيًا الذي حكم الشارع بذلك و بين جواز ما يتولد منه الفسخ من الفعل، بل القول أيضًا فإنه قد يكون الفعل الموجب للفسخ مباحًا، و قد يكون حرامًا كما إذا باع خبزًا بأخذه في شهر رمضان و أكله حيث ان الفعل مع كونه حرامًا لأن الأكل في شهر رمضان حرام و مع ذلك يتحقق به الفسخ، و كذلك القول كما إذا قال فسخت العقد و لكن كان هذا القول في أثناء الصلاة، فإن التكلم في الصلاة حرام، و لكن مع كونه حرامًا يحصل به الفسخ و لعل مراد المصنف هذا يعني لا ملازمه بين جواز الفسخ بان يكون جائزًا وضعًا و تكليفيًا و بين جواز ما يتولد منه ذلك من الفعل أو القول، فإنه ربما يكون حرامًا لا أن يكون مراده هو التفكيك بين الجواز الوضعي و الجواز التكليفي بأن يكون الفسخ جائزًا وضعًا و حرامًا تكليفيًا، فان هذا لا يمكن المساعدة عليه بداهه أن الشارع قد حكم بإباحه الفسخ لذي الخيار، فكيف معه يكون حرامًا في نفسه بما هو فسخ،

نعم يمكن أن يحكم بحرمه سببه بما هو سبب الفسخ، وهذا غير حرمه الفسخ في نفسه مع قطع النظر عن سببه كما هو واضح، فافهم.

### قوله: فرع: لو اشترى عبدا بجاريه مع الخيار.

أقول: عقد العنوان و لو كان في شراء العبد بجاريه و لكنه يجرى في غيرهما أيضا، فالميزان هو اعمال الخيار بالنسبه إلى الفسخ و الإمضاء معا كما هو واضح، إذا اشترى أحد عبدا بجاريه، ثم قال أعتقهما، فهل يكون ذلك اجازة في العبد و فسخا في الجاريه، أو فسخا في الجاريه فقط، و لا يكون اجازة في العبد أو اجازة في الجاريه و لا يكون فسخا في العبد و جوه:

أما الاحتمال الأول: فلا يمكن المساعدة عليه بوجه بدهه أنه لا يعقل اجتماع الإجازة و الفسخ في آن واحد، فإنه يستلزم المناقضه و الخلف و أما الاحتمال الثاني: أعني حصول الفسخ في الجاريه فقط، و لا يكون اجازة في العبد من جهه دعوى أن الفسخ يتقدم على الإجازة.

و يرد عليه ما ذكره المصنف من أنه لا دليل على تقدم الفسخ على الإجازة، و لم يرد في ذلك آيه و لا روايه، نعم يتقدم الفسخ على الإجازة فيما إذا صدر الفسخ من طرف و الإجازة من طرف آخر، و لكن التقديم هنا ليس من جهه الدليل الخاص، بل لأجل ما يقتضيه القاعده بدهه أن الإجازة انما هي اجازة من قبل المجيز فقط، فلا يكون ذلك اجازة من قبل الطرف الآخر الذى له الخيار فنفضها البائع و المشتري، و هذا بخلاف الفسخ، فإن أيا من البائع و المشتري فسخ العقد، ينحل و يفسخ فلا يبقى لا إجازة الأخر مجال أصلا و ان جاز قبل فسخ الفاسخ و لكن إذا كان الفسخ و الإجازة من طرف واحد بان يتحققا معا سواء اتحد المجيز و المجاز أو تعدد، فلا وجه لتقديم أحدهما على الآخر، كما إذا أوجد الفسخ و الإمضاء دفعه واحده بأن يقول أعتقهما كما تقدم أو كان للبائع وكيل و قد

جعل الخيار له و لو كيله فأجاز أحدهما العقد و فسخ الآخر فإنه لا دليل فى شىء من هذين الموردين على تقديم الفسخ على الإجازة أو العكس، فان تحققهما معا يستلزم المناقضة بأن يقال بصحة العقد و بطلانه فهو محال و تقديم أحدهما على الآخر ترجيح بلا مرجح فيسقط كلاهما، و كذلك الأمر فى المقام حيث ان نفوذ العتق بالنسبة إليهما يستلزم التناقض و ترجيح الفسخ على الآخر أى الإجازة ترجيح بلا مرجح فيسقط كلاهما كما هو واضح، لا يخفى فافهم.

و أما احتمال أن يعتق العبد و تبقى الجارية بدعوى تقديم الإجازة على الفسخ ففيه أنه لا دليل عليه أيضا فإنه يستلزم الترجيح بلا مرجح، كما تقدم، و قد ذكر المصنف (ره) أنه ربما يقال بتقديم الإجازة على الفسخ من جهة أنها إبقاء للعقد و الأصل فيه الاستمرار.

و فيه أولا أن أصله استمرار العقد لا يثبت كون المعتق هو العبد، الأ على القول بالأصل المثبت.

و ثانيا: أن الصادر من ذى الخيار انما هو قوله أعتقهما معا و لا شبهه أن القول بعقد العبد يستلزم القول بعقد الجارية كما أن العكس كذلك و عليه فلا بدّ من الالتزام بما ذكره المصنف من القول بأن الأصل هو استمرار العقد، و مع ذلك لا يحصل الفسخ و لا الإجازة كما هو واضح، لا يخفى.

نعم، لا بدّ و أن يحكم بحصول العتق فى العبد الذى اشتراه بالجارية و بعدم حصول العتق فى الجارية لأن تحقق العتق فى الجارية يتوقف على تحقق الفسخ الذى هو مؤنه زائده بخلاف تحقق العتق فى العبد فإنه ملك نفسخ فيكون عتقه نافذا لأن الناس مسلطون على أموالهم.

و الحاصل: أن الكلام كان فيما لو اشترى عبدا بجاريه و كان له أى للمشتري خيار فإنه وقع الكلام هنا فى أنه هل يقدم الفسخ على الإجازة أو

تتقدم الإجازة على الفسخ بأن يكون العبد معتقاً دون الجارية أو لا يكون شيئاً منهما معتقاً فإن عتق كليهما غير معقول لكونه مستلزماً لتناقض، وعتق واحد منهما دون الآخر ترجيح بلا مرجح فيحكم بسقوط كليهما.

وقد ذكر المصنف و شيخنا الأستاذ و بعض المحققين أن المقام خارج عن بحث تقديم الإجازة على الفسخ أو العكس و الوجه فيه أن النزاع في أن الفسخ يتقدم على الإجازة أو العكس إنما هو في مورد يكون الخيار لكل من الطرفين فإنه ح إذا فسخ أحدهما و أجاز الآخر يكون الفسخ هنا متقدماً على الإجازة و لكن هذا ليس من جهة دليل خارجي، بل لأجل اقتضاء القواعد ذلك حيث ان الإجازة إنما هي رضا بالعقد و إمضاء له من قبل نفسه، و هذا بخلاف الفسخ فإنه هدم للعقد من أصله فيتقدم على الإجازة و أما إذا كان الخيار لواحد أو لمتعدد من طرف واحد، فلا دليل على تقدم أحدهما من الآخر، و عليه فيحكم ببقاء العقد على حاله و سقوط العتق من الجانبين أي من العبد و الجارية كليهما.

و لكن يرد عليه ما ذكرناه من أن نفوذ العتق في الجارية يتوقف على الفسخ لترجع إلى ملكها و لو آنا ما ليتحقق العتق لأنه لا عتق إلا في ملك و هذا بخلاف نفوذ العتق و تحققه في العبد، فإنه لا يتوقف على شيء بل ينفذ ابتداءً لكونه ملكاً للمعتق فيصح عتقه لأن الناس مسيطرون على أموالهم و لا يكون العتق متحققاً في الجارية فإنها مال الغير، و لا عتق إلا في ملك فإن كونها ملكاً للمعتق يحتاج إلى الفسخ و الفسخ لم يتحقق بعد لكونه مزاحماً مع الإجازة، و عليه فلا وجه للحكم بسقوط كلا العتقين من جهة عدم الترجيح لأحدهما، فالترجيح بلا مرجح باطل.

نعم، هذا كلام صحيح بالنسبة إلى الإجازة و الفسخ حيث انه لا ترجيح لأحدهما على الآخر، فيحكم بعدم تحقق شيء منهما و لا منافاه بين تحقق

العتق و القول بصحته، و عدم تحقق الإجازة فإنه لا ملازم بينهما فإنه لا يكون التصرف بالعتق إجازة للعقد، فإنه ربما يكون قصده مع هذا التصرف على الفسخ بعد ذلك فان التصرف انما يكون إجازة إذا كان مصداقا للإجازة و هذا لا يكون إلا مع القصد الا كان التصرف إجازة بالتعبد و سيأتي كما هو واضح.

و بعبارة أخرى لم تقع المزاحمة هنا بين عتق العبد و عتق الجارية بل وقعت المزاحمة بين الإجازة و الفسخ فسقوط الإجازة و الفسخ معا لا يستلزم سقوط العتقين كك كما هو واضح، لعدم كون عتق العبد محتاجا إلى شيء هذا كله بالنسبة إلى الحكم الوضعي، و كك الكلام بالنسبة إلى الحكم التكليفي فإنه جائز فيما أخذ المشتري من الغير و غير جائز في ما انتقل عنه إلى غيره مثلا- إذا اشترى فاكهه بخبز فأكلهما معا فان هذا التصرف بالنسبة إلى الفاكهه جائز لكونه تصرفا في مال نفسه، و لا يتوهم احد حرمة و أما بالنسبة إلى الخبز غير جائز، فإنه تصرف في مال الغير فهو غير جائز، إلا باذنه و كك إذا كان التصرف في العبد و الجارية معا تصرفا لا يكون فسخا أو إجازة تعبدا بأن أمرهما معا بالإتيان بالماء أو شيء آخر فإنه جائز بالنسبة إلى العبد دون الجارية، هذا كله إذا كان التصرف بنفسه مصداقا للفسخ و قصد الفاسخ أو المجيز الفسخ أو الإجازة بذلك.

و بعبارة أخرى أن الفسخ أو الإجازة من الأمور الإنشائية فيعتبر فيها القصد و الإبراز و ما ذكرناه من الاحكام انما يجرى في صورة القصد بكونه إجازة أو فسخا ليكون التصرف مبرزا لهما و مصداقا لهما خارجا.

و أما إذا كان التصرف من التصرفات التي تكون إجازة تعبدا و بحكم الشارع لا- من جهة كونها إنشاء للإجازة و قاصدا به ذلك، بل يتحقق به الإجازة بحكم الشارع حتى مع عدم القصد بها، بل مع القصد بعدمها فإنه



ح لا شبهه فى كون التصرف إجازة أيضا مضافا الى ما تقدم فى خيار الحيوان و ذلك كالتقيل و اللمس و الوطنى و نحو ذلك من التصرفات التى تكون مسقطه تعبدا كما هو واضح، هذا فيما إذا كان الخيار لخصوص المشتري.

و أما إذا كان الخيار هنا للبائع فقط و مع ذلك أعتقهما المشتري فان عتقه بالنسبه إلى الجاربه لا ينفذ أما مع عدم إجازة مالكةها فعدم النفوذ قطعى كما هو واضح، و أما مع الإجازة فأیضا لا- يصح لما مر مرارا أن الفضولى لا- يجرى فى العتق لكونه من الإيقاعات، و قد قام الإجماع بعدم صحه الفضولى فى الإيقاعات كما هو واضح.

و أما بالنسبه الى العبد الذى هو ما له فنفوذ العتق فيه و ضعا متوقف على البحث الآتى من أحكام الخيار و هو أنه هل يجوز تصرف من عليه الخيار فيما انتقل اليه بما يوجب خروج العين عن ملكه بأنه يتلفه أو يتصرف فيه بما هو فى حكم الإتلاف أم لا يجوز، فان قلنا بالجواز كما هو الحق فلا شبهه فى نفوذ العتق و الآ فلا ينفذ لما سيأتى من أنه متعلق لحق الغير فلا ينفذ التصرف فيه. و أما تصرف البائع فيهما معا فالكلام فيه هو الكلام فيما تقدم من صورته ثبوت الخيار للمشتري فقط و تصرف فيهما معا فلاحظ و تأمل.

و أما إذا كان الخيار ثابتا لهما معا فاعتق المشتري العبد و الجاربه معا، فهل هنا أيضا يتقدم الفسخ على الإجازة أو العكس أو يحكم بالسقوط فنقول إذا بيننا فى المسألة الآيه على جواز تصرف من عليه الخيار فيما انتقل اليه تصرفا متلفا أو ما هو فى حكم الإتلاف كماخرجه عن ملكه بيع أو شراء، و ح يجرى فى المقام جميع ما ذكرناه فيما كان الخيار ثابتا لخصوص المشتري و قد ذكرنا هناك أن العتق ينفذ فى العبد فقط دون الجاربه و أن نفوذه فى العبد لا يتوقف على شىء لكونه عتقا فى ملكه و الناس مسلطون على أموالهم و أما عتقه فى الجاربه لا ينفذ فإنه يحتاج الى الفسخ و لم يتحقق الفسخ بعد

لكونه مزاحما مع الإجازة كما هو واضح، وهكذا الكلام في طرف البائع لأن كلا منهما ممن له الخيار و يجرى هنا ما ذكره المصنف أيضا كما أشار إليه في المتن و جوابه ما قدمناه. و ان قلنا بأنه لا يجوز لمن عليه الخيار أن يتصرف في المال الذي انتقل اليه لكونه متعلقا لحق الغير، فلا يكون عتق كل من البائع و المشتري العبد و الأمه نافذا كما ينفذ تصرفاتهما الأخرى الناقله و المتلفه و إذا تصرف كل من البائع و المشتري في هذا الفرض فيما انتقل عنه لا فيما انتقل اليه، حتى يتوقف على المسأله الآتية يفسخ العقد قطعا فيكون التصرف فسخا لعدم تزاممه بالإجازة لأن المفروض أن التصرف فيما انتقل اليه لا يجوز لكونه ممن عليه الخيار و اذن فلا تزامم بين الفسخ و الإجازة كما هو واضح.

ثم انك قد عرفت أن المصنف و ان عنوان الكلام في العبد و الجاربه و لكنها من باب المثال، فان البحث يجرى في غيرهما أيضا و الميزان هو أنه هل ينفذ تصرف المشتري في كل من المبيع و الثمن أو لا؟ بل في أحدهما فقط أو لا، ينفذ في شىء منهما، بل يحكم بالسقوط و التفصيل هو ما ذكرناه فافهم.

**قوله مسأله: من أحكام الخيار عدم جواز تصرف غير ذي الخيار تصرفا**

**اشاره**

يمنع من استرداد العين.

أقول: قد وقع الخلاف بين الأعلام أن التصرفات المانعه عن استرداد العين هل هي جائزه وضعا و تكليفا لمن عليه الخيار أو غير جائزه قد يقال بالأول، و قد يقال بالثاني، و ربما يفصل بين التصرف عتقا فهو نافذ لكونه بانيه على التغليب و بين غيره فلا ينفذ و فرق بعضهم بين الإتلاف و غيره و جواز في الثاني دون الأول لكن إذا فسخ العقد يفسخ من أصله، و قيل بالانفساخ من حين الفسخ وجوه، بل أقوال، و لا بدّ و أن يعلم أن هذا

ص: ٤٤٨

البحث انما له ثمر و وجه إذا لم نقل بمقاله الشيخ الطوسى من القول بأنه لم تحصل الملكيه لكل من ذى الخيار و من عليه الخيار فى زمن الخيار و انما يحصل ذلك بعد انقضاء مده الخيار، فإنه على هذا لا يجوز التصرف لمن عليه الخيار لكونه تصرفا فى ملك الغير بدون اذنه فهو حرام.

ثم انه بناء على حصول الملكيه لكل من البائع و المشتري فى زمن الخيار غايه الأمر أن ذى الخيار له حق الرجوع الى ماله بفسخ المعامله فإن كانت العين باقيه يرجع الى عينه و الأ فالى مثله، فلا شبهه على هذا المبنى من وجود المقتضى لجواز تصرف من عليه الخيار فيما انتقل اليه و هو الملكيه و لا نعرف وجهاً لمنع المقتضى و انما الوجه فى عدم جواز تصرف من عليه الخيار فى العين المنتقله إليه هو وجود المانع عن التصرف و هو كون العين متعلقه لحق الغير و ح فتصرفه انما يكون تصرفا فى حق الغير فهو غير جائز نظير التصرف فى العين المرهونه مع كونها متعلقه لحق المرتهن و كالتصرف فى المبيع فى البيع الخيارى و كالتصرف فى أموال المفلس فإنها متعلق لحق الغرماء فهو لا يجوز، و كتصرف الورثه فى تركه الميت مع كون الدين مستغرقا للتركة، فإن ذلك تصرف فى حق الغرماء و غير ذلك من الموارد التى يحكم بحرمة التصرف من جهه كونه واقعا على متعلق حق الغير و مقامنا من هذا القبيل حيث ان العين متعلقه لحق الغير فيكون التصرف فيها تصرفا لا فى متعلق حقه، بل موجبا لزوال حقه فهو لا يجوز كما هو واضح لا يخفى.

و أجاب عنه المصنف بان الثابت من خيار الفسخ بعد ملاحظه جواز التفاسخ بعد تلف العينين هى سلطنه ذى الخيار على فسخ العقد بحيث ان الخيار حق تعلق بالعقد لا بالعين، و الأ فحين تلف إحدى العينين أو كلاهما لسقط حق الفسخ و ليس كك، بل يجوز الفسخ مع تلف العينين

و لكن يرجع الى البدل و على هذا فلا مانع من تصرف من عليه الخيار فى ما انتقل إليه فى العين لكونه مسلطا على ماله.

كان كلامنا فى جواز تصرف من عليه الخيار فيما انتقل اليه و قد ذكرنا أن البحث هنا متوقف على القول بحصول الملكيه من الأول فى البيوع الخياريه كما تحصل فى البيوع اللازمه أيضا، غايه الأمر أنها فى البيوع الخياريه ملكيه مترزله فإنه على هذا المنهج يقع البحث فى أنه هل يجوز لمن عليه الخيار أن يتصرف فيما انتقل إليه أم لا؟ و أما على ما سلكه الشيخ الطوسى (ره) من عدم حصول الملك أصلا فى زمان الخيار لكل ممن له الخيار و عليه الخيار فان عدم جواز تصرف من عليه الخيار فيما انتقل اليه لا يحتاج الى البحث فإنه تصرف فى مال الغير فهو لا يجوز بدون اذنه، و اذن فالمقتضى لجواز التصرف قاصر من غير احتياج الى وجود المانع و أما على المسلك المعروف فلا- شبيهه فى وجود المقتضى لذلك و هو حصول الملكيه من حين العقد و انما الكلام فى وجود المانع.

و الذى قيل فى وجه المنع عن التصرف لمن عليه الخيار فى ما انتقل اليه هو أن العين أى ما انتقل الى من عليه الخيار انما هى متعلقه لحق الغير و هو من له الخيار و من الواضح أنه لا يجوز التصرف فى متعلق حق الغير بدون اذنه كما لا يجوز التصرف فى مال الغير بدون اذنه كما لا يجوز التصرف فى العين المرهونه بدون اذن المرتهن و فى أموال المحجورين عليهم من جهه الفلاس بدون اذن الغرماء و فى الأمه المستولده لتعلق حق العتق بها و هكذا و المتحصل أن الخيار حق يتعلق بالعقد المتعلق بالعوضين من حيث إرجاعهما بحل العقد الى مالكهما السابق فالحق بالأخره متعلقه بالعين التى انتقلت منه الى صاحبه و اذن فلا يجوز أن

يتصرف فيها بما يبطل ذلك الحق كالتصرف المتلف أو ما هو بحكم الإتلاف.

و أشكل عليه المصنف(ره) بأن الخيار أمر تعلق بالعقد حيث ذكرنا في أول الخيارات أنه ملك فسخ العقد أو إمضائه لا أنه تعلق بالعين ليكون ذلك متعلقا لحق الغير فلا يجوز التصرف فيه و عليه فالمقتضى لجواز تصرف من عليه الخيار في ما انتقل اليه و هو الملكيه موجود و ما ذكر من المانع لا- يصلح للمانع فيبقى دليل جواز تصرف المالا-ك في أموالهم على حاله أعنى النبوى المعروف الناس مسيطون على أموالهم و مما يدل على تعلق حق الفسخ بالعقد دون العين جواز تفاسخ العقد بعد تلف العينين أيضا بديهة أنه لو كانت العين موردا لحق الغير لما جاز التفاسخ بعد تلف العينين كما هو واضح.

ولا- يقاس المقام بحق الرهن الذى تعلق بالعين الموجب لعدم جواز إتلافها فإن العين هنا وثيقه فاتلافها ينافي ذلك، و ثانيا أن النص انما دل على عدم جواز التصرف فيها هذا محصل كلام المصنف فالنتيجه أنه يجوز تصرف من عليه الخيار في ما انتقل اليه بلا ريب كما هو واضح.

أقول:ان كان غرض المانع من كلامهم هذا ما فهم المصنف من كون الخيار و حق الفسخ متعلقا بالعين بحيث يكون العين ابتداء متعلقه لحق الغير فما ذكره المصنف من الجواب عنه متين جدا فان الفسخ يتعلق بالعقد دائما دون العين و لذا يسقط حق الفسخ بتلف احدى العينين أو كليتهما و قد يكون غرضهم من ذلك هو أن الفسخ يتعلق بالعقد بحيث يرتفع به العقد و الاعتبار الذى كان مظهرا فى الخارج و كأنه لم يكن هنا عقد و بقانون هذا الفسخ يرجع كل من العوضين الى ملك مالكة الأول و يفرض العقد الموجود كالعدم و لكن مرجع ذلك بالأخره ليس الأ- كون العين متعلقه لحق الغير بداهه أنه إذا أوجب الفسخ ارتفاع العقد و جعله كالعدم فيكون شأن كل من العوضين شأن أنه لم ينتقل من

مالكه الأول إلى غيره فالعين بالأخره تكون موردا لحق الغير و متعلقا له، فإنه بانهدام العقد و إعدامه يرجع الى تلك العين بمقتضى دليل اليد. نعم مع عدم بقاءه يرجع الى قيمته و لكنه لا يجوز إتلافها اختيارا بعد العلم بأنه ربما يفسخ العقد و يفرض كالعدم و يرجع مالك كل عوض اليه كما هو واضح.

و اذن فلا وجه لما أجاب به المصنف عن كلامهم فإنهم لا يدعون عدم تعلق الفسخ بالعقد، بل يدعون تعلقه به كما هو ظاهر كلامهم الذى ينقله المصنف و لكن حيث انه بعد فسخ العقد يرجع كل من البائع و المشتري الى ماله فبالأخره العين متعلقه لحق من له الخيار فإنه مسلط على فسخ العقد فيحتمل أن يفسخ هو ذلك العقد و يرجع الى ماله فمن الآن أى قبل الفسخ أن تلك العين المنتقله عن له الخيار متعلقه لحقه كما أن العين المرهونه متعلقه لحق الراهن بلحاظ أنه مع عدم إعطاء الراهن حق المرتهن يبيعها المرتهن و يستوفى منها حقه.

و الحاصل أن الفسخ انما يتعلق بالعقد و لكن بعد الفسخ و فرض العقد كالعدم أن المرجوع إلى ذى الخيار هو تلك العين التى كانت عند من عليه الخيار فتكون من الأول متعلقه لحقه فلا يجوز التصرف فيها و لا ينافى ذلك انتقال حق من له الخيار الى بدلها إذا فسخ العقد و وجد العين تالفه عند من عليه الخيار كما هو واضح و على هذا فلا وجه لما أجاب به المصنف عن دليل المانعين.

و الذى ينبغى أن يقال فى جوابهم هو أنه لا شبهه فى كون العين المنتقله الى من عليه الخيار متعلقه لحق من له الخيار، و لكن لا دليل على عدم جواز التصرف فى كل ما يكون هو متعلق حق الغير، فان ذلك ليس من الضروريات حتى لا يحتاج الى دليل، بل انما هو من الأمور النظرية فيحتاج الى دليل فلا يمكن إثباته بلا دليل، فان هذا التصرف انما هو

صدر من اهله لكونه مالكا و وقع فى محله، بل انما ثبت ذلك فى موارد عديده من جهه الدليل الخاص كعدم جواز التصرفات المتلفه فى العين مرهونه، بل مطلق التصرف إلا ياذن المرتهن فان ذلك من جهه النص و كذلك عدم جواز بيع ما تعلق به حق الاستيلاء كالأمه المستولده و كعدم جواز التصرف فى أموال من هو محجور بالفلس لكون أمواله متعلقه لحق الغرماء، و أما فى غير هذه الموارد فلا، فى المقام أيضا لم يرد دليل خاص على عدم جواز تصرف من عليه الخيار فى ما انتقل اليه تصرفا متلفا مع كون التصرف صادرا من اهله و هو المالك و واقعا فى محله، بل انما ذهب المشهور الى ذلك من جهه البرهان المتقدم من حرمة التصرف فى متعلق حق الغير، و الأ- لو كان هنا مدرك آخر من الاخبار و غيرها لوصل إلينا و كان فى مرأى من الناس و مسمع خصوصا من المانعين حيث يذكرونه فى مقام الاستدلال على مقصدهم فيعلم من عدم ذكرهم ذلك و تمسكهم بالدليل المذكور أنه ليس هنا دليل آخر يدل على الحرمة كما هو واضح.

و ما ذكروه من الدليل واضح المنع فان المقام شبيه بكون أموال كل شخص متعلقه لحق الورثه قبل الموت و هل يتوهم أحد أنه لا- يجوز للملا-ك التصرف المتلف فى أموالهم لكونها متعلقه لحق الورثه و لا- يجوز التصرف فى متعلق حق الغير و كذا فى المقام فان العين و ان كانت متعلقه لحق ذى الخيار فى زمن الخيار، بان يفسخ العقد و يرجع إليها فى زمان الخيار و لا دليل على حرمة مثل هذا التصرف كما هو واضح.

نعم، قامت القرينه القطعيه على عدم جواز تصرف من عليه الخيار تصرفا متلفا فى المبيع فى البيع الخيارى فيما إذا اشترط البائع على المشتري أن لا يبيع المبيع فى مده الخيار و لا يوهبه كك، كما إذا باع أحد داره التى تساوى ألف دينار بخمسائه دينار و اشترط على المشتري الخيار إلى سنه فان

جاء بالثمن فهو، و إلا يسقط خياره أو اشترط عليه أن لا يبيعه إلى سنه و لا يوهبها، فان تقليل الثمن في ذلك لمكان جعل الخيار قرينه قطعيه على عدم جواز التصرف المتلف في المبيع في مده الخيار و قد أشرنا الى ذلك في طي بعض المسائل السابقه قبيل هذا، بل قامت السيره القطعيه الارتكازيه على ذلك، حيث ان من احتاج الى نقد يبيع متاعه الذى مورد احتياجه و لا يريد أن يخرج من ملكه يبيعه بعنوان بيع الخيارى و يجمع بذلك بين دفع احتياجه بثمانه و بين عدم خروج متاعه عن ملكه بقدر الإمكان و إلا لو كان نظره الى إخراجها من ملكه جزما و لازما لباعه من الأول بثمانه كان ضعف الثمن الذى كان فى صورته اشتراط الخيار فيكون هذا المورد أيضا من جهه الموارد التى قام الدليل على عدم جواز التصرف فى متعلق حق الغير فى موارد وجود الخيار و لكن لا يقاس بذلك بقيه الموارد من البيوع الخياريه فإن ما انتقل الى من عليه الخيار و ان كان متعلقه لحق من له الخيار إلا أنه لا دليل على حرمة التصرف فى تلك العين.

ثم ان هنا كلاما بيننا و بين شيخنا الأستاذ فى تصرف من عليه الخيار فى المبيع فى البيع الخيارى من أنه هل يحرم التصرف فى ذلك وضعا و تكليفا أو تكليفا فقط، فبنى شيخنا الأستاذ فى ذلك و أمثاله على أن الممنوع شرعا كالممتنع عقلا فحكم بفساد المعامله بذلك و بهذا بنى فى باب النهى عن المعاملات هل يوجب الفساد أو لا؟ على فساد المعامله المنهى عنها، و ننقل ذلك فى المبحث المذكور قريبا فى بحث الأصول و نورد عليه بأنه لم يرد دليل على أن الممنوع الشرعى كالممنوع العقلى، بل المسلم من المنع الشرعى هو التحريم التكليفى فقط، و عليه فتصرف من عليه الخيار فى البيع الخيارى المشروط فيه الخيار أو عدم البيع و الهبه إلى مده خاصه يكون حراما فقط تكليفا من جهه مخالفه الشرط و أما من حيث الوضع فلا يترتب عليه فساد



المعاملة المشروط فيها هذا الشرط و اذن فإذا فسخ ذى الخيار و وجد العين تالفه أو ما هو فى حكم التلف يرجع الى بدلها من المثل أو قيمه و ان لم تكن العين تالفه يرجع الى نفسها كما هو واضح.

و كيف كان فلا شبهه فى جواز تصرف من عليه الخيار فيما انتقل اليه من العوض، بل هذا مما قام عليه الإجماع و تسالم الفقهاء فى بعض الموارد كالثمن فى بيع الحيوان، فإنه هل سمعت من أحد يتوقف فى التصرف هذا الثمن تصرفا متلفا بدعوى أنه متعلق لحق الغير و كذا فى الثمن فى البيع الخيارى حتى مع وجود الخيار للمشتري أيضا من خيار المجلس أو الحيوان أو الشرط فإنه لم يتوهم أحد فى جواز التصرف ح فى الثمن، بل بناء البيع الخيارى على التصرف فى الثمن إذ البائع إنما باع ذلك العين بثمن رخيص مع الخيار مده لاحتياجه الى التصرف فى الثمن كما هو واضح.

و السر فى جميع ذلك هو أن التصرف انما هو صدر من اهله و وقع فى محله، بل تصرف من عليه الخيار فيما انتقل اليه من الضروريات كما فى خيار الرويه و التأخير و الغبن، فان الغابن أو الذى يؤخر الثمن عن المده المعلومه فى المبيع المؤجل أو عن المده التى رضى البائع بالتأخير فى هذه المده فى بيع النقد و كذا فيما اشترى شيئا برؤيه قديمه ثم ظهرت العين على غير الوصف السابق فان فى جميع ذلك لا- شبهه فى جواز تصرف من عليه الخيار فى المبيع، بل هو أمر ارتكازى ضرورى فلا يحتاج إلى التأمل أصلا.

و توهم أن الخيار فى الموارد المذكوره ليس من الأول، بل من زمان ظهور الغبن أو الرؤيه أو تأخير الثمن عن المده المعينه توهم فاسد بداهه ثبوت الخيار فيها من الأول كما تقدم فى السابق و الوجه فى ذلك هو ما ذكرناه فى مبحث خيار الغبن و الرؤيه و العيب من وجود الشرط الضمنى من المتعاملين من حين المعامله على تساوى العوضين فى المعامله لثلا

يتحقق الغبن و ظهور كل من العوضين على الصفه المرثيه فى خيار الرؤيه و عدم تعيب المبيع فى خيار العيب، و إذا كان هذا الشرط الضمنى موجودا فيثبت من تخلفه الخيار أى خيار تخلف الشرط و حيث ان هذا الشرط موجود من الأول من المتعاملين فيكون الخيار أيضا ثابتا من الأول كما هو واضح.

نعم، زمان ظهور الغبن و تحقق تأخير الثمن و ظهور المبيع على غير الوصف السابق هو زمان ظهور الخيار لا زمان ثبوته كما هو واضح.

نعم، قد يوجد الخيار بعد تحقق العقد بزمان بحيث لم يكن هنا خيار من الأول كما إذا باع شيئا من شخص بثمان مؤجل أو نقد فرضى بتأخيره إلى مده فعرض الحجر لفلس على المشتري فى أثناء المده و صار مفلسا و محجورا بحكم الحاكم و تعلق حق الغرماء فإنه ح يثبت الخيار للبائع من زمان عروض الحجر فيكون مخيرا فى فسخ العقد و أخذ عين ماله لوجود النص الخاص فى المقام و هذا هو الذى ذكرناه سابقا و قلنا ان البائع أولى بالعين المبيعه من بقيه الديان و الغرماء و أما فى غير هذا المورد من الموارد لا نعرف موردا يكون الخيار موجودا بعد زمان من حين تحقق العقد بل هو موجود من الأول لوجود مقتضيه غايه الأمر لم يظهر من حين العقد و انما ظهر بعد مده كما هو واضح، فافهم.

ثم ان هذا كله فيما كان التصرف الصادر ممن عليه الخيار تصافا لازما فقد تحصل أنه لا مانع من تصرف من عليه الخيار فيما انتقل اليه من العوض وضعا و تكليفا و أنه لا- دليل على المنع عن ذلك و ان كانت العين متعلقه لحق ذى الخيار و أنه لا يزيد على تعلق حق الورثه بأموال الإنسان و لم يتوهم أحد حرمه تصرفه مراعاة لحق الورثه و لا دليل على وجوب إبقاء متعلق حق من له الخيار فيما نحن فيه كما أنه لم يرد دليل على وجوب إبقاء الإرث للورثه كما هو واضح.

### الأول: ان مورد البحث كما عرفت هو تصرف من عليه الخيار فيما انتقل

اليه تصرفا متلفا للعين أو ما هو في حكم الإلتلاف

مع كون تصرفه في زمن الخيار وقد تقدم الكلام مفضيلا في جوازه و ان منعه جمع من الأكابر و انما الكلام في أن المراد من الخيار الذى يقع التصرف في زمانه هل هو الخيار الفعلى أو يعم الخيار إنشائي أيضا بمعنى أن مورد البحث ما يكون هنا خيار بالفعل أو يعم صورته وجود الخيار بعد ذلك، و ان لم يكن فعليا، و انما يكون سببه فعليا فنقول أن الخيار بحسب ثبوته بالفعل أو بالقوه على ثلاثه أقسام:- الأول: أن يكون ثابتا فعلا- كخيار المجلس و الحيوان و نحوهما فان الخيار في أمثال ذلك موجود بالفعل أى من أول العقد، و إذا تصرف من عليه الخيار فيما انتقل اليه كان تصرفه في زمن الخيار فموضوع الخيار في هذا القسم انما هو العقد و ليس فيه تعليق على شىء بوجه فيكون حكمه و هو الخيار أيضا فعليا كما هو واضح.

الثانى: أن يكون الخيار فعليا حتى باعتبار سببه أيضا، بل منشئه كمنسه يكون ثابتا في زمان متأخر عن العقد كالخيار الناشئ من الفلس حيث انه لم يكن في زمان تحقق العقد، بل العقد حينما تحقق انما تحقق لازما و غير خيارى، بل انما نشأ الخيار من كون المشتري مفلسا و غير قادر على أداء الثمن، فإنه ورد النص هنا بكون البائع له الخيار بالنسبه إلى نفس المبيع ان كان باقيا فيكون هذا الخيار ناشئا من فلس المشتري مع كونه قادرا أولا و انما لم يترق الثمن اما لكون البيع مؤجلا أو لعذر في ذلك.

و بعبارة أخرى إذا باع شخص متاعه من عمرو مؤجلا أو نقدا مع رضائه بتأخير الثمن مع كون المشتري غير محجور بالفلس، بل واجدا للمال كثيرا و

قادرا لإعطاء الثمن ثم طراهه الفليس بعد زمان مع بقاء المبيع بعينه فإنه يثبت الخيار للبائع ح بالنسبه إلى إرجاع عين ماله و أنه لا يضرب مع الغرماء، وهذا الخيار سبيه هو الفليس و انما يحصل ذلك و نفس الخيار بعد زمان مضى من زمان العقد.

الثالث: أن يكون منشأ الخيار من زمان العقد و لكن يكون نفس الخيار متأخرا عن العقد بزمان، كما في الخيار الثابت بتخلف الشروط الضمنيه أو الصريحه أى المذكوره فى ضمن العقد حيث ان الخيار ليس بثابت من زمان العقد، و لا يكون فعليا من حينه بحيث لو تصرف من عليه الخيار انما يقع تصرف فى غير زمان الخيار الفعلى قبل ثبوت الخيار كما فى القسم الثانى أيضا كان كك و انما يثبت الخيار بعد التخلف.

و بعبارة أخرى الخيار مجعول من زمان العقد و لكن ظرفه متأخر حيث ان المتبايعين جعلوا خيارا للمشتري عليه عند إيجاد العقد و فى زمان تحققه و لكن مشروطا بتخلف الشرط فيكون ذلك نظير الواجب المشروط.

فهل هذه الأقسام الثلاثه مورد للبحث المذكور و هو جواز تصرف من عليه الخيار فيما انتقل اليه و عدم جوازه أو بعضها داخل و بعضها غير دخل، فنقول أما القسم الأول فلا شبهه فى دخوله فى محل النزاع فان الخيار فعلى و محقق عند تصرف من عليه الخيار فيما انتقل اليه، فلو تم ما ذكر من وجه المنع من كون التصرف فى متعلق حق الغير فهو لا يجوز لجرى فى المقام فان المصداق الواضح لهذا البحث هو هذا القسم.

و أما القسم الثانى: فهو خارج عن محل الكلام جزما بداهه أنه لا يمكن أن يقال أن تصرف المشتري فى المبيع تصرف فى حق الغير باعتبار أنه يطراه الفليس بعد ذلك فيثبت الخيار للبائع و تكون العين المبيعه متعلقه لحق البائع مع عدم وجود سبب الخيار و منشئه لا فى زمان العقد و لا فى زمان

التصرف، بل كان البيع لازماً من جميع الجهات و لم يكن فيه خيار حتى بنحو المشروط نظير الواجب المشروط و مع ذلك كيف يمكن أن يكون المبيع متعلقاً لحق الغير حتى يباحث في جواز التصرف فيه و عدمه و عليه فسواء قلنا بجواز تصرف من عليه الخيار فيما انتقل إليه أم لم نقل فهذا القسم خارج عن حريم البحث جزماً كما هو واضح، و إنما المتصرف قد تصرف في ملكه اللانزم من جميع الجهات من غير أن يكون فيه شوب الجواز و صدر ذلك التصرف من أهله و وقع في محله كما هو واضح، لا يخفى فافهم.

و أما القسم الثالث من الخيار فهو مورد البحث و النزاع في أنه داخل في محل الكلام أولاً بحيث إذا قلنا بحرمه تصرف من عليه الخيار فيما انتقل إليه كون تصرفه هنا غير جائز قبل فعلية الخيار أو أنه خارج عن مورد البحث بحيث انه مع القول بحرمه تصرف من عليه الخيار فيما انتقل إليه لا يمكن القول به هنا ففيه كلام و اشكال، من حيث ان الخيار ليس بفعلية عند التصرف لعدم ثبوته في زمان العقد فيكون التصرف جائزاً حتى مع القول بحرمه تصرف من عليه الخيار فيما انتقل إليه بداهة أن هذا التصرف لم يكن في زمان الخيار و من حيث ان سبب الخيار كان موجوداً في زمان التصرف فمع تمامية البرهان المتقدم للمانعين فالعين هنا متعلق لحق الغير أيضاً غاية الأمر أن رجوعه أي ذى الخيار في القسم الأول كان على تقدير واحد و هو الفسخ و في هذا القسم على تقديرين أحدهما التخلف الموجب لثبوت الخيار، و الثانى الفسخ في فرض التخلف، و هذا هو الأقوى فإن كون رجوع العين إلى ذى الخيار بتقدير و تقديرين لا- يوجب الفرق بين كون العين متعلقاً لحق ذى الخيار، فيقع التصرف في متعلق حق الغير كما هو واضح فافهم.

### **الفرع الثانى أنه بناء على عدم جواز تصرف من عليه الخيار فى ما انتقل**

إليه تصرفاً متلفاً للعين أو ما هو بحكم الإلتلاف

هل يجوز لمن عليه الخيار

ص: ٤٧٩

أن يتصرفه فيه بما هو المعرض لفوات العين أو لا يجوز ذلك كما لا يجوز التصرف المتلف في العين، فالمعروف هو الأول و لم يظهر من المصنف اختيار أحد الطرفين و جزم شيخنا الأستاذ على العدم، و مثال ذلك و طى الأمة، فإنه معرض لكونها مستولده و الاستيلاء مانع عن الرد و على هذا فيرد الأشكال على المشهور بأنه كيف يمكن الجمع بين الحكم بمانعيه الاستيلاء عن الرد و بين تجويز الوطى الموجب للاستيلاء و من هنا منع بعضهم عن ذلك و لكن تجويز الوطى مع الالتزام بمانعيه الاستيلاء عن الرد بأنه قد يعلم الواطى بعدم حصول الحمل بالوطى لكون الأمة يائسه و ح فلا فرق بين الوطى و التقبيل و غيره من التصرفات الغير المانعه عن الرد و ان قلنا بعدم جواز التصرف المانعه عن الرد من التصرفات الاعتباريه و الخارجيه و عليه فالوطى يلازم الاستيلاء احتمالا أيضا بحيث أن الواطى يحتمل حصول الاستيلاء و مع عدم العلم بذلك فالظاهر أن مراد من يجوز الوطى مع قوله بمانعيه الاستيلاء عن الرد هو أن الواطى لا يعلم بحصول الاستيلاء غايه الأمر أنه يحتمل ذلك فبناء على جريان الاستصحاب فى الأمور الاستقباليه كما هو كك يحكم بعدم حصول الاستيلاء بهذا الوطى و مع الإغماض عن هذا الاستصحاب فيمكن التمسك باستصحاب العدم الأزلئ.

و توضيح ذلك أنا نشك فى أن الوطى مفوت للعين و معرض لها الى التلف أم لا، نستصحب عدم ذلك و مع الغض عن ذلك فنتمسك بأصالة البراءه و الحلّ و نحكم بجواز الوطى لمن عليه الخيار و أن التزمنا بمانعيه الاستيلاء عن الردّ كما هو واضح. و على هذا فلا وجه لما أفاده شيخنا الأستاذ من تقويه حرمة الوطى بناء على عدم جواز تصرف من عليه الخيار فيما انتقل اليه.

و حاصل كلامه أن الاستيلاء أمر خارج عن اختيار المكلف فإنه أمر قهر

الحصول بعد تحقق الوطى و عليه فلا- يكون ذلك موردا لتعلق النهى به و انما متعلق النهى هنا هو الأمر الاختيارى من فعل المكلف الذى يكون وسيله للاستيلاء و هو الوطى فيكون الوطى فى نفسه ممنوعا عنه و عليه فنفس الوطى تفويت لحق ذى الخيار لا- فى معرض التفويت و لا- يقاس ذلك بعرض المبيع للبيع لأنه بنفسه ليس تفويتا بل المفوت هو البيع الذى هو أمر اختيارى للمكلف و هذا الوجه الذى ذكره الأستاذ قد يسر عليه فى عدة موارد خصوصا فى الأصول و بنى أن التكاليف قد يتعلق بالمسبب و قد يتعلق بالسبب و وجه الظهور أن مقتضى الاستصحاب هو عدم كونه مفوتا كما تقدم، و مقتضى أصالة البراءة هو جواز الوطى كما يجوز التقييل، فافهم.

### **الفرع الثالث: أنه إذا نقل من عليه الخيار العين الى غيره بعقد جائز**

فهل يفسخ العقد الثانى بفسخ ذى الخيار العقد الأول أو لا يفسخ،

و على تقدير عدم الانساح فهل لمن له الخيار إجبار البائع الثانى على فسخ العقد الثانى أو ليس له ذلك.

أقول: أما بناء على عدم جواز تصرف من عليه الخيار فيما انتقل اليه فلا شبهه فى عدم جواز تصرفه فى ذلك سواء كان بالتصرف الخارجى أو الاعتبارى و سواء كان التصرف الاعتبارى من التصرفات اللازمه أو الجائزه كما هو واضح و قد تقدم الكلام فى ذلك.

و أما بناء على الجواز تصرف فان نقل من عليه الخيار العين الى غيره بعقد لازم فلا شبهه فى أن فسخ من له الخيار العقد لا يكون فسخا للعقد الثانى و لا أن له إجباره برد العين من المشتري الثانى فإن تصرف البائع الثانى تصرف صدر من أهله و وقع فى محله فإنه و ان كانت ملكيته محدوده إلا أن العين كان مملوكا له مطلقا لا مقيدا بزمان. و ان كان النقل بعقد جائز و فسخ البائع الأول الذى هو ذو الخيار العقد فهل يكون فسخه فسخا للعقد

الثانى أيضا أو لا؟ الظاهر أنه لا يكون فسخا بداهه أن المشتري الثانى لم يتلق البيع من البائع الأول حتى يكون البائع الأول مسلطا على فسخ العقد الثانى كما ذكره المصنف و لا أن سلطنه البائع الثانى من فروع سلطنه البائع الأول و فى طولها ليكون مسلطا على فسخ العقد الثانى من هذه الجبهه بل انما يتلقى المشتري الثانى البيع من البائع الثانى الذى كان مالكا للعين و قد نقلها اليه فيكون نافذا لكون الناس مسلطون على أموالهم، ثم هل لذى الخيار إجبار البائع الثانى على فسخ العقد الثانى بعد فسخه العقد الأول أو لا ذكر بعضهم و منهم السيد فى حاشيته أن له ذلك فان قانون الفسخ رجوع كل من العوضين الى مالكة الأول فإذا كان مقتضى قانون الفسخ هو ذلك فيكون من عليه الخيار ضامنا بالعين ابتداء ضمانا معاوضيا فان تمكن من أداء العين فلا بد له ذلك و الآ فيكون منتقل الى المثل أو القيمه و حيث ان البائع الثانى الذى هو من عليه الخيار متمكن عن رد العين إلى البائع الأول بفسخه العقد الثانى فلا بد له أن يفسخ هذا العقد الثانى و يرجع العين الى مالكة الأول و هو ذى الخيار كما فى ضمان الحيلولة.

أقول: تاره نقول أن سلطنه ذى الخيار لم تنقطع عن العين و اخرى نقول بانقطاعها عنها و انما يكون مالكا لها بالفسخ أى ترفع اليد عن العقد بالفسخ و ترجع العين الى ملك ذى الخيار من غير أن تكون سلطنه مستمره فى ذلك، فعلى الوجه الأول فلا شبهه فى أن له أن يجبر الثانى على إرجاع العين اليه كما فى موارد البديل الحيلولة و لكن لم يتوهم أحد أن سلطنه البائع الأول لم تنقطع عن العين كما هو واضح.

و أما الثانى كما هو كك فالظاهر أنه ليس لذى الخيار بعد فسخه العقد أن يجبر البائع الثانى و هو من عليه الخيار على فسخ العقد الثانى بداهه أن مقتضى قانون السلطنه انما هو رجوع كل من العوضين الى مالكة



الأول على تقدير بقاء كل منهما فى سلطنه من انتقل إليه بأنه إذا فرض العقد ح كالعدم بواسطة الفسخ يرجع كل من العوضين الى مالكة الأول كأنه لم يقع هنا عقد و أما إذا لم يكن باقيا فى ملك من انتقل اليه فقها ينتقل العوض الى البدل فبقانون الفسخ يكون البائع الثانى مشغول الذمه ببدل العين من المثل أو القيمة و لا دليل على إجبار البائع الأول البائع الثانى على إرجاع العين بفسخ العقد الثانى.

و بعبارة أخرى أن العقد إذا انفسخ فيرجع كل عوض الى مالكة الأول كأن العقد لم يقع فيخرج كل من العوضين عن سلطنه من انتقل اليه و يدخل فى ملك من انتقل عنه.

و أما إذا لم يكن هنا سلطنه لأحد الطرفين على العين لخروجها عن ملكه و لو لعقد الجائر فقها ينتقل الى البدل كما هو واضح.

و توهم أن الذمه ابتداء تشتغل بالعين كما هو مقتضى الضمان الخارجى بحسب اليد المضمنه و إذا لم يمكن من أداء العين تنتقل العين الى البدل و من الواضح أن أداء العين هنا ممكن بفسخ العقد الثانى توهم فاسد بداهه أن هذا غير الضمان الخارجى فإن الذمه هناك مشغوله بالعين ابتداء بخلاف المقام فان مقتضى قانون الفسخ رجوع كل من العوضين الى مالكة الأول بفرض العقد كأن لم يكن و لكن إذا فسخ العقد و لم تكن العين موجوده عند من انتقل إليه فإن مقتضى قانون الفسخ هنا ليس إلا إرجاع المالكه السابقه لكل من المتبايعين فحيث لم تكن العين موجوده فلا بدّ من أن تكون موجوده فى متعلق آخر كالبدل.

و بعبارة أخرى أن ذمه من نقل العين الى غيره لا تكون مشغوله ابتداء الا بالبدل لأن مقتضى قانون الفسخ ليس إلا إرجاع ملكيه الفاسخ بفسخ العقد فان كانت العين باقيه فترجع السلطنه فى ضمنها و الا فى ضمن بدلها

لا أن الذمه تكون مشغوله بالعين ابتداء ثم مع التعذر تنتقل الى البدل فان العقد انما انفسخ في زمان لم تكن العين موجوده في ذمه من عليه الخيار حتى تكون ذمته مشغوله بها، بل كانت منتقله إلى الغير فلا ترجع بقانون الفسخ إلا الملكيه فقط في ضمن البدل و عليه فلا وجه لدعوى أن البائع في البيع الثاني متمكن من فسخ العقد لفرض كونه جائزا فما دام متمكن من إرجاع العين لا تنتقل الى العوض لما عرفت أن الذمه أصلا لا تشتغل بالعين، بل حينما تشتغل تشتغل بالبدل، فافهم.

لا يقال ان معنى الخيار هو تحديد الملكيه المنشئه ففي المقام أن الملكيه المنشئه لمن عليه الخيار انما هي محدوده بالفسخ و هو قد نقل العين الى غيره بالعقد الجائز بحيث له فسخه أى العقد الثاني، فيكون المنشأ هنا أيضا ملكيه محدوده ففي الحقيقه قد بقى هنا حصه من الملكيه في اختياره بان فسخ البائع الأول العقد الأول فله أن يرجع الى هذه الملكيه الباقيه أى لحصته بعد الفسخ فيجبره بذلك أى البائع الثاني بفسخ العقد الثاني فإنه يقال انما يرجع الى هذه السلطنه مع بقاء العين، و الفرض أنه منتقل الى غيره و ح لا يرجع بالفسخ إلا مطلق السلطنه فتكون متعلقه بالبدل على أن مقتضى ما ذكر هو انفساخ العقد الثاني بفسخ العقد الأول و قد عرفت ان المشتري الثاني لم يتلق البيع من البائع الأول، فلا معنى لانفساخ العقد بفسخ البائع الأول العقد الأول.

و بعبارته أخرى و ان كان مقتضى قانون الفسخ هو فرض العقد الأول كأن لم يكن بحيث يرجع كل من العوضين الى مالكة، و لكن إذا كانت العين تالفه كان مقتضى قانون الفسخ هو فرض العقد كالعدم، إلا أنه يارجع الملكيه السابقه متعلقه بالبدل و أما إرجاع السلطنه السابقه المتعلقه بالعين مع كون العين منتقله إلى الغير، فلا فإن السلطنه المتعلقه بالعين لا ترجع

الأ مع كون العين موجوده كما هو واضح.

## فرعان

### قوله الثانى: أنه هل يجوز اجاره العين فى زمان الخيار بدون إذن

#### ذى الخيار

فيه وجهان:- أقول:تحقيق هذه المسأله فى أنه إذا آجر من عليه الخيار العين المستأجره من غيره،فهل تبطل الإجاره بفسخ ذى الخيار لكون الإجاره بعد ذلك واقعه فى ملك الغير،أى بقاء و ان كانت واقعه فى ملك الموجر حدوثا أو لا يبطل لأنها واقعه فى ملك المؤجر الذى كان مالكا بالعين مطلقا و ان كانت ملكيته محدوده.

فذهب المحقق القمى إلى بطلان الإجاره بفسخ البيع بخيار رد مثل الثمن و علله بأنه يعلم بفسخ البيع أن المشتري لم يملك منافع ما بعد الفسخ و أن الإجاره كانت مترلزله و مراعاه بالنسبه فسخ البيع و ذهب المصنف إلى الصحه فغايه الأمر يأخذ ذى الخيار ممن عليه الخيار مثل منفعه العين أى أجره مثل فى المده الباقية.

و حاصل ما ذكره فى وجه ذلك أن من عليه الخيار انما ملك العين ملكيه مستعده للدوام من غير أن تقييد ملكيه بقيد و من نماء هذه الملكيه المطلقه المنفعه الدائمه فإذا استوفاهما المشتري بالإجاره فلا وجه لرجوع تلك المنفعه إلى الفاسخ و انما تعود العين اليه مسلوب المنفعه فى مده الإجاره كما إذا باع العين فى زمن الخيار فإنه لا-شبهه فى نفوذ البيع و كما إذا تفاسخ البائع و المشتري فإنه لم يحتمل أحد ببطلان الإجاره بالتفاسخ مع أنه لا فرق بين الفسخ و التفاسخ.

ثم ذكر الفارق بين المقام و اجاره العين الموقوفه للأولاد فإنه إذا آجرها البطن الأول إلى مده معينه فتبطل الإجاره بعد انقراضه و لا تنتقل العين الموقوفه إلى البطن الثانى الا مسلوبه المنفعه.

و حاصل ما ذكره من الفارق هو أن البطون المتأخره إنما يتلقون الوقف من المالك الأول لا البطن الأول فمالكيتهم أى البطون المتأخره للانتفاع من الوقف من شئون ملك الواقف دون البطن الأول و اذن فليس للبطن الأول أن يتصرف فى العين الموقوفه إلا بمقدار حقه فان حقه محدودا بموته و ليس له أن يوجر العين إلى خمسمائه سنه و يأخذ أجرتها فتبقى العين مسلوبه المنفعه بالنسبه إلى البطون المتأخره لعدم سلطنه على هذا المقدار من التصرف فى العين كما هو واضح.

و على الجملة فلب مرام المصنف أن من عليه الخيار انما ملك العين على نحو الإطلاق و ان كان لدى الخيار إرجاع ذلك الى ملكه و لكن قبل أن يرجعها الى ملكه فلمن عليه الخيار أن يتصرف فيها كيف يشاء بإعدام العين أو إعدام منافعها الى وقت خاص و هذا واضح جدا.

و لكن مضافا الى بعد ذلك فى نفسه و مخالفته للارتكاز حيث انه من البعيد أن يقال أن المشتري مثلا بمجرد أن اشترى شيئا مع البيع الخيارى إن أجر ذلك الى خمسين سنه أو أزيد فإذا فسخ ذى الخيار العقد فيقول أن العين كانت مملوكه لى و قد أجرتها للغير فأنت مستحق للعين مسلوبه المنفعه فإن ذلك خلاف الضروره قطعاً، فافهم.

و لكن هذا المطلب يتوقف على ما ذكرناه من معنى الخيار و حاصله أن معنى جعل الخيار فى العين ليس إلا- إنشاء الملكيه المحدوده بالفسخ بحيث تكون غايتها حاصله بالفسخ و تنتهى مدته لا- أن الفسخ رافع للملكيه و انما نقول بكونه رافعا لها بالمسامحه و المساهله و الأقفى الحقيقه أن المنشأ ليس أزيد من الملكيه الخاصه المحدوده و من الواضح أن الأمور المحدوده ينتهى أمدها بحصول الغايه كالصوم المغيبى بدخول الليل و جواز الأكل فى شهر رمضان المغيبى بدخول الفجر و إذا كانت الملكيه على

العين محدوده بالفسخ و بالتبع تكون الملكيه على المنافع أيضا مقيده بالفسخ تابعه للعين، و الملكيه عليها مترتبه على ملكيه العين فلا يعقل أن يكون ملكه للمنافع مطلقه و لكن ملكه للعين مقيده بالفسخ و عليه فإذا فسخ ذى الخيار العقد تنفسخ الإجاره أيضا لتمايمه أمد ملك من عليه الخيار أعنى موجر العين لغيره بالفسخ و حصول غايته بذلك، نعم المملوك و ان كان مملوكا لمن عليه الخيار مطلقا بحيث له أن يتصرف فيه كيف يشاء و ان كانت ملكيته لها مقيده بالفسخ كالسلطنه الموقت و الوزاره الموقته و غيرها من المناصب و الموقه و كرئيس الجمهور فى مده أربع سنوات مثلا- فإنه و ان كانت سلطنتهم موقته و لكن التصرفات الواقعه فى زمان هذه السلطنه الموقته يمكن ان تكون مطلقه، فإنهم مالكون للتصرف فى الأمور فى هذه المده على نحو الإطلاق و كذلك فى المقام حيث ان الملكيه و ان كانت مقيده بالفسخ مغيا به و لكن المملوك فى مده هذه السلطنه مملوكه مطلقه و عليه فينفذ فيه جميع التصرفات من الإتلاف حقيقه أو حكما كالنقل الى غيره ببيع و نحوه و لكن مع ذلك كله فإذا آجر العين من غيره فلا تكون الإجاره نافذه لما بعد الفسخ أيضا.

و السرّ فى ذلك أن العين فى فرض الإجاره لم تخرج من ملك الموجه بل انما ملك المنفعه للمستأجر فإذا فرضنا أن ملكيته للعين مقيده بالفسخ بمعنى أن العين إذا بقيت فى ملكه فملكته لها مقيده بالفسخ فتكون المنافع أيضا كك، و لسنا نقول ان ملكيه المنفعه لا تنفك عن ملكيه العين حتى يقال انه قد يبيع الإنسان العين مسلوبه المنفعه كما إذا آجرها لشخص ثم باعها من شخص آخر، بل نقول انه إذا ملك الإنسان العين بالملكيه المحدوده فلا يعقل أن يملك المنفعه بالملكيه المطلقه لأن الملكيه الثانيه مترتبه على الاولى كما هو واضح.

و على هذا فالوقف و ما ذكرناه شىء واحد و لا فارق بينهما أصلا فما

ذكره المصنف من الفارق ممنوع و من هنا لا وجه للقول بأنه كما يمكن لمن عليه الخيار أن يملك العين لشخص آخر ملكيه مطلقه في زمان الخيار كالبيع ونحوه، و لم يكن البيع باطلا بالفسخ، بل ينتقل العوض الى البدل فكذلك الحال في المنفعه أيضا و ذلك من جهه أن العين لمكان كونها من قبيل الجواهر لا- يتقيد بالزمان كما ذكره أهل المعقول فأن الزمان لا يكون مقدرًا للجواهر فلا- يقال دار اليوم و دار الغدو أن أحدهما غير الآخر و لكن المنافع تقدر بذلك لكونها من قبيل الأعراض و عليه فيمكن تمليك المنفعه بمقدار خاص من الزمان و لكن لا يمكن ذلك في تمليك العين بأن يملكها لشخص زمانا خاصا و عليه فلا- يمكن تمليك العين للغير مقيده بزمان و أما المنافع فلمكان كونها من قبيل الأعراض فيمكن أن تقدر بالزمان و ح فحيث كانت ملكيه المنافع يتبع ملكيه العين و المفروض أنها باقيه في ملك من عليه الخيار فإذا فسخ ذو الخيار العقد فيرجع الى العين فبتبع ذلك يرجع الى المنفعه أيضا لما عرفت أن تمليك المنفعه في زمان ممكن، نعم إذا ملك العين من شخص ببيع و نحوه و لا يمكن الرجوع إليها بعد الفسخ لما عرفت أن الملكيه العين لا تقطع بالزمان لكون العين من الجواهر، و الجواهر لا يقيد بالزمان كما ذكر أهل المعقول فافهم.

و ما ذكره المصنف من قياس المقام بالتفاسخ قياس مع الفارق بداهه أن معنى الفسخ هل هو حل العقد السابق و حصول أمد الملكيه الحاصله بالعقد و ليس هنا ملكيه جديده حاصله بالعقد و هذا بخلاف التفاسخ فإن الملكيه الحاصله به ملكيه جديده و حاصله بالمرضاه الجديده كما هو واضح.

و عليه فيكون اجاره العين للغير قبل التفاسخ نظير بيع العين المستأجره

فتكون منتقله إلى المشتري مسلوبه المنفعه و هذا بخلاف المقام فإن الملكيه ليست جديده كما عرفت فما ذكره المحقق القمى هو متين جدا و لعل غرضه هو ما ذكرناه من ذهابه الى كون الملكيه مقيده بالفسخ و ان لم يصرح به.

لا يقال انه لو آجر من عليه الخيار العين المنتقله إليه ثم فسخ ذى الخيار العقد لا تبطل الإجاره لعدم كون الملكيه على هذا مقيده بالفسخ فإنه يقال ان ملكيته لما انتقل إليه تابعه لملكيه ما انتقل عنه فإذا كانت الملكيه هناك مقيده فتكون هنا أيضا مقيده و عليه فإذا قلنا ببطلان الإجاره هناك فنقول ببطلانها هنا أيضا.

(أقول: قد أوردت على الأستاذ بهذا الاشكال و أجاب عنه بهذا الجواب و لكنه أيضا لا يتم فإن الملكيه فى هذا الطرف أيضا لو كانت مقيده لما أوجب زياده القيمه فى ناحيه من عليه الخيار و نقصانه فى ناحيه من له الخيار، فافهم).

لا- يقال أن الملكيه فى البيع الخيارى إذا كانت مقيده بالفسخ فيما ذا انتقل هذه الملكيه اعنى الحصه الباقية الى من عليه الخيار بالإجاره.

فإنه يقال انها تنتقل اليه بالفسخ مجانا و ليس بيعا ثانيا حتى يورد عليه بعدم ترتب آثار البيع عليه و ليس له الرجوع إليها ثانيا كما هو الحال فى الهبه المجانيه فإن الرجوع انما يكون إذا كانت الهبه متعلقه بالعين لا بنفس الملكيه.

و دعوى أنه لا معنى لإسقاط الملكيه لعدم شمول دليل السلطنه عليه مدفوعه بأن الإسقاط بدليل أدله إسقاط الخيار كقوله عليه السلام الله، و ذلك رضى منه بالبيع لا بدليل السلطنه ليورد بعدم شموله على رفع اليد عن السلطنه كما هو واضح، و ان شئت فقل ان معنى الخيار هو كون المنشأ هو الملكيه المحدوده بالفسخ على تقدير عدم إمضاء ذى الخيار ذلك، فح لا

نحتاج بذلك الطريق الاعوجاج من نقول أن دائره المنشأ مضيقه من الأول بعدم الإضاء لا أنه مضيق مع قطع النظر عنه حتى يرد الاشكال المذكور.

قوله: ثم انه لا إشكال فى نفوذ التصرف بإذن ذى الخيار.

أقول: ذكر المصنف أنه إذا أذن من له الخيار لمن عليه الخيار فى إجاره العين يسقط خياره بذلك لدلاله العرف على ذلك و منع بذلك عما ذهب اليه المحقق الأردبيلى من منع دلالة الاذن على سقوط الخيار ثم أبدل ذلك بأنه لا يكون الاذن فى البيع أقل من التقييل الموجب لسقوط الخيار و كذلك أيده بروايه السكونى من كون العرض على البيع موجبا لسقوط و التزاما بالعقد فالإذن لا يقل عنه.

أقول: هذا المسأله أيضا متوقفه على ما ذكرناه فى معنى الخيار فإنه إذا كان معنى الخيار هو تحديد الملكيه و أن ملكيه المنفعه تابعه لملكيه العين كما عرفت فتكون ملكيه المنفعه أيضا محدوده بالفسخ بالتبع فلا محال يكون الاذن موجبا بسقوط الخيار و ذلك إذ ليست ملكيه من عليه الخيار للعين مطلقه حتى لا تبقى خيار لذى الخيار بداهه أنه إذا آجر من عليه الخيار العين باذن من له الخيار إلى مدته و غير مقيده بالفسخ فقهرًا تكون الإجاره بالنسبه إلى الزائد عن زمان الفسخ بإذن ذى الخيار فيكون معناه ح أن ذى الخيار رفع اليد عن التحديد المذكور و مع ذلك القول ببقاء الخيار التزام بالتحديد و ليس هذا إلا خلفًا و مناقضه كما هو واضح هذا إذا اذن من له الخيار لمن عليه الخيار أن يوجر العين لنفسه و أما لو اذن فى الإيجار فقط من غير أن يقيده بكون الإجاره لمن عليه الخيار فلا وجه للبطلان لعدم دلالة ذلك الكلام على كون الإجاره لمن عليه الخيار حتى يكون ذلك دالا على إلغاء التحديد عن ملكيه من عليه الخيار فيحكم بسقوط الخيار، بل يمكن أن يكون إذنا فى الإجاره لتكون أجرته للموَجِر و هو من



عليه الخيار في مده الإجاره و لمن له الخيار بعد الفسخ و اذن فلا دلالة لكلامه على سقوط خياره كما إذا صرح بذلك فإنه ليس فيه محذورا أصلا فافهم.

فما ذكره المصنف من دلالة الإذن عرفا على السقوط ممنوع على إطلاقه و انما هو يدل على ذلك في الصورة الأولى دون الثانية كما لا يخفى.

### و حاصل الكلام أن من جملة الفروع التي ذكرها المصنف أنه هل يجوز

إيجار العين في زمان الخيار أو لا،

و تحقيق هذه المسألة في ضمن جهات

### الأولى: فيما يرجع الى عبارته المصنف

حيث انه ذكر أولا- في مطلع كلامه أنه هل يجوز اجاره العين في زمان الخيار بدون إذن ذى الخيار فيه وجهان، من كونه ملكا له فيكون التصرف صادرا من أهله و واقعا في محله فيحكم بصحة الإجاره و من كون العين متعلقه لحق الغير فيحكم ببطلان هذا التصرف فان الفاسخ مسلط لأخذ العين و مع ذلك فلا وجه للحكم بصحة الإجاره فإنه بعد ما أخذ الفاسخ العين من المستأجر لا يبقى مجال لصحة الإجاره فإن صحتها متوقفه على أن يأخذ المستأجر العين لاستيفاء المنفعة منها ثم ذكر أنه لو آجر العين باذن من له الخيار أو من نفس ذى الخيار ثم فسخ ذى الخيار فلا تبطل الإجاره ثم بعد أسطر ذكر أنه لا شبهه في نفوذ التصرف إذا كان الإيجار بإذن من له الخيار و انما الكلام في أنه هل يكون ذلك الاذن موجبا لسقوط الخيار أو لا و على القول بعدم سقوطه بالاذن فهل تبطل الإجاره بنفس التصرف المتحقق في الخارج أولا، فيعلم من ذلك أن ما ذكره من أنه لو آجر العين باذن من له الخيار أو من نفس ذى الخيار ففسخ لا تبطل الإجاره أمر مسلم فلا شبهه فيه و كان هذا ليس موردا للإشكال بين الفقهاء، بل الظاهر أن كلام المحقق القمى أيضا ليس في هذه الصورة و انما مورد الخلاف و مورد كلام القمى هو الشق الأول أعني

ما إذا آجر من عليه الخيار العين من غير ذى الخيار بدون اذن من له الخيار، وح كيف ساغ للمصنف (ره) عن تعقيب ما هو ليس بمورد للخلاف بالتعليل بأن من عليه الخيار قد ملك العين ملكيه مطلقه إلخ، ثم نقل فيه خلاف المحقق القمى و الظاهر و الله العالم، أن فى العبارة سقطا فكأنه لما ذكر الوجهان، فى الشق الأول و هو فرض اجاره العين بغير إذن ذى الخيار ثم ذكر الشق الثانى و حكم فيه بعدم بطلان الإجاره بالفسخ ثم ذكر و أما الشق الأول فالأظهر و الأقوى هو صحه الإجاره و علله بما ذكره الى آخر كلامه، و الآ فالشق الثانى ليس مورد التكلم أصلا فضلا عن مخالفه القمى فى ذلك، و لذا لم يستشكل فيه فيما بعد أيضا من حيث بطلان الإجاره و عدمه و انما تكلم فيه من حيث كون الإذن إسقاطا للخيار و عدمه، و مع عدم كونه مسقطا فهل يسقط بالتصرف أو لا.

### **الجهه الثانيه: أنه ذكر المصنف (ره) وجهان فيما إذا آجر من عليه**

الخيار العين للأجنبى بدون اذن من له الخيار

ثم اختار صحه ذلك من جهه أن من عليه الخيار انما آجر العين فى زمان كان مالكا لها فى ذلك الزمان ملكيه مطلقه مستعده للدوام و من نماء تلك الملكيه المطلقه المنفعه الدائمه، فإذا استوفاه المشتري بالإجاره فلا وجه لرجوعها الى الفاسخ، بل يعود الملك اليه مسلوب المنفعه فى مده الإجاره نظير البيع بعد الإجاره فإن العين تكون ح ملكا للمشتري مسلوب المنفعه فى مده الإجاره ثم ذكر الفارق بين المقام و اجاره البطن الأول العين الموقوفه (على البطن على حساب البطن بعد البطن) أزيد من مده عمرهم فإنه تبطل الإجاره هنا بموت البطن الأول بخلاف ما نحن فيه، فان الفارق هو أن البطن المتأخره انما تلقوا العين الموقوفه من أصل السبب و هو الواقف دون البطن الأول فلا- يكون البطن الأول مالكا للانتفاع بالوقف أزيد من مده حياته لكونه أى البطن

الأول مالكا للمنفعه المحدوده بالموت فكأن الواقف صرح بذلك كما هو واضح بخلاف المقام فإن المشتري الأول قد ملك العين و منافعها مطلقه ما دام لم يفسخ فله التصرف فيها و فى منافعها كك، أى على وجه الإطلاق فيكون تصرفه نافذا لكونه صادرا من أهل و واقعا فى محله و اذن فلا- وجه لبطلان الإجاره بالفسخ، ثم ذكر أن المقام بعينه نظير اجاره العين إلى مده، ثم تفاسخا المتبايعان بالإقاله حيث انه لم يحتمل احد هنا بطلان الإجاره و كك إذا باع من عليه الخيار العين فى مده الخيار فان البيع يكون نافذا فلا يبطل بالفسخ، بل يرجع مالک العين فى الصوره الاولى الى عين ماله و لكن مسلوبه المنفعه و فى الثانيه يرجع الى بدل العين كما هو واضح، هذا ملخص كلامه فى المقام.

و لكنه لا يتم على مسلكنا الذى استثناه فى معنى الخيار و قلنا ان حقيقته يرجع الى تحديد الملكيه المنشئه بالفسخ على تقدير عدم الإمضاء و على هذا فلا معنى لصحه الإجاره الواقعه بدون إذن ذى الخيار بعد فسخه العقد، و يكون عقد الإجاره بالنسبه إلى المده الباقيه من زمان الإجاره بعد الفسخ فضوليه و موقوفه على اجازة المالك و هو ذو الخيار ذلك العقد أى عقد الإجاره، و الآ بطلت إذ ملكيه المنافع كانت تابعه لملكيه العين فبعد ما كانت ملكيه العين محدوده بالفسخ فكانت ملكيه المنافع أيضا كك فإذا فسخ العقد مع عدم خروج العين عن ملك من عليه الخيار فكما يتم أمد ملكيه العين فكذلك يتم أمد ملكيه المنفعه أيضا كما هو مقتضى التبعية.

نعم، لو كانت العين منتقله إلى شخص آخر بيع و نحوه و لم يكن له الرجوع إليها بعد الفسخ فإن ملكيه من عليه الخيار و ان كانت مطلقه و لكن المملوك كان مملوكا مطلقا كما مثلناه بمثل السلطنه و الوزاره و حيث ان العين من قبيل الجواهر و هى لا تتقيد بزمان فيكون الانتقال إلى المشتري الثانى

أبدى و هذا بخلاف المنافع فإنها من قبيل الأغراض فتقدره بالزمان فيمكن أن تملك حصه منها دون الحصه الأخرى و عليه فبالإجاره تملك للمستأجر الى أن يتحقق الفسخ، و أما الحصه الباقيه بعد الفسخ فلا، كما هو واضح.

و أما قياس المصنف ذلك بالتفاسخ قياس مع الفارق بداهه أن معنى الفسخ هو إرجاع الملكيه السابقه و ان كان انحلال العقد انما هو من زمان الفسخ، و هذا بخلاف التفاسخ، فإنه تملك جديد من الطرفين فلا بأس فى التملك الجديد أن تملك الإنسان العين مسلوبه المنفعه كما إذا آجرها من شخص ثم باعها من شخص آخر و كك الأمر بالتفاسخ، و اذن فالمقام بعينه مثل الوقف و لا فارق بينهما من هذه الجبهه أصلا فما ذكره المصنف من الفرق بينهما غير واضح.

قوله: ثم انه لا إشكال فى نفوذ التصرف بإذن ذى الخيار و أنه يسقط خياره.

أقول: قد عرفت أن المصنف (ره) قد أشار الى عدم بطلان الإجاره بالإذن فيها أو باستئجار نفسه العين ممن عليه الخيار و هذا لا شبهه فيه و لا أنه مورد الخلاف بين الفقهاء و لذا أرسله المصنف إرسال المسلم على النهج الذى ذكرناه من وقوع التصحيف فى العبارة و انما أشار الى جهتين أخيرتين فى المقام، إحداهما سقوط الخيار بالإذن فى الإيجار، و الثانيه مع قبول عدم سقوط بذلك لسقوطه بالتصرف بحيث أن الجبهه الثانيه فى طول الجبهه الاولى أما الجبهه الأولى فبناء على مسلكنا فى معنى الخيار من كونه عباره عن كون المنشأ مقيد به بالفسخ على تقدير عدم الإمضاء، و عليه فما لم يأذن من له الخيار فى الإيجار أو لم يجر العقد بعد الإيجار، يكون العقد فضوليًا بالنسبه الى ما بعد الفسخ فتبطل الإجاره بالرد و بعدم الإمضاء و أما إذا اذن فيه أن يستأجر العين لنفسه بأن قال أجر هذه العين و لك

أجرتها.

أو بعبارة أخرى تدل على كون الأجره للموَجِر فلا شبهه ح في صحه الإجاره مطلق و سقوط الخيار بهذا الإذن بداهه أنه لا يعقل كون مجموع الأجره للموَجِر مع عدم الفسخ، فان من عليه الخيار الذى هو الموَجِر لم يكن مالكا للعين و المنفعه إلا بالملكيه المحدوده بحيث كان أمدها حاصلًا بعد الفسخ و صارت العين و منفعتها ملكا للمستأجر و إذا صرّح ذى الخيار كون جميع أجره العين فى زمان الإجاره للموَجِر حتى بعد الفسخ فلا يعقل هذا إلا برفع اليد عن الفسخ و إمضاء العقد و جعل ملكيه من عليه الخيار مطلقه و إلا يلزم التناقض فان مقتضى كون مجموع الأجره له الملكيه مطلقه و إلا لم يكن الأجره بعد الفسخ له و مقتضى عدم سقوط الخيار أن الملكيه ليست بمطلقه و هما متناقضان، فافهم.

نعم، لو لم يدل الاذن على كون الأجره للموَجِر، بل يجتمع مع كونها لذى الخيار أيضا بعد الفسخ، فلا يسقط الخيار بالاذن المذكور، فإن الإذن بالإيجار لا يناف بقاء الخيار كما إذا صرّح بذلك و يقول إذنك فى إيجار العين كيف شئت إلا أن الأجره لك ما لم تفسخ العقد و أما بعد الفسخ فهى ملكك لى و هذا واضح.

و أما على مسلك المصنف فإنه (ره) قد استدل على سقوط الخيار بوجهين، الأول: دلالة الإذن عرفا على سقوط الخيار، فإن أهل العرف يفهمون من مثل ذلك السقوط كما هو واضح.

ثم ناقش فى دلالة الاذن على السقوط فى آخر كلامه و شبهه باذن المرتهن للراهن ببيع العين المرهونه حيث ذكر أنه لا يسقط حق الرهانه بذلك عن العين المرهونه بحيث له الرجوع عن اذنه قبل البيع و كك فى المقام.

ثم تمسك بالوجه الثانى للقول بإسقاط الإذن ذلك و هو أن الاذن

تضمن للرضاء بالعقد بداهه أنه ليس بأدون من تقييل الجاربه فكما أنه يدل على سقوط الخيار فيها و كك الاذن فى التصرف فإنه يكشف عن رضاء ذى الخيار بالعقد، فيحكم بالسقوط ثم أيدته بروايه السكونى فى كون العرض على البيع موجبا لسقوط الخيار، فالإذن بالتصرف أولى بذلك منه كما هو واضح.

أما الوجه الأول: فيرد عليه أن المراد من دلالة الاذن فى التصرف من ذى الخيار أن كان هو الدلالة المطابقه أو التضمنيه فهو بديهى البطلان بداهه أنه ليس لسقوط الخيار من ذى الخيار باذن منه فى تصرف من عليه الخيار فى العين التى انتقلت اليه معنى مطابقا للاذن و لا معنى تضمينا لذلك لعدم وضع هذه اللفظ فى لغه من اللغات على ذلك فلا يعقل معه دعوى الدلالة المطابقه أو التضمنيه.

و أما الدلالة الالتزاميه فهى أيضا منفيه و ذلك من جهه أن اذن ذى الخيار فى التصرف من عليه الخيار فى العين لا يزيد على ما يقتضيه طبع العقد شيئا فإن مقتضى البيع هو أن كون من عليه الخيار مالكا للتصرف فيما انتقل اليه غايته ملكيه محدوده و لا شبهه أنه يجوز للملاك أن يتصرفوا فى أموالهم لكونهم مسلطين على ذلك سواء اذن لهم من له الخيار أو سكت، بل منع عن التصرف فإذا كان ذلك من مقتضيات طبع المعامله فلا يترتب على الاذن فى تصرفه فيها أثر أصلا، إذ لا يزيد على أصل مقتضى طبع المعامله شيئا أصلا فحيث ان المصنف (ره) قد التزم بحصول الملكيه المطلقه لمن عليه الخيار من غير أن تكون مقيده بالفسخ فلا محاله فجاز له التصرف بحسب مقتضى طبع العقد كك، و اذن من له الخيار فى ذلك لا يوجب شيئا وراء ما يقتضيه أصل طبع المعامله، فهل يتوهم أحد أنه لو اشترى شخص ثوبا و قال له صاحبه و هو البائع ألبسه أن هذا إسقاط لخيار المجلس و كذلك نظائره فإن العرف لا يشكون فى عدم دلالة قوله ألبسه على سقوط الخيار و أى فرق

بينه و بين المقام كما هو واضح، بل يمكن أن يتوهم أن دلالة اذن المرتهن للراهن ببيع العين المرهونه على سقوط حق الرهانه عن العين دلالة عرفيه موجوده و لكن لا- سييل لهذا التوهم هنا و ذلك لأن الراهن لم يكن له التصرف فى العين المرهونه قبل اذن المرتهن و هذا بخلاف المقام، فان من عليه الخيار له التصرف فى العين المنتقله إليه بحسب مقتضى طبع العقد بدون إذن ذى الخيار كما عرفت.

و بعبارة أخرى معنى الدلالة الالتزاميه أن يلزم العلم باللازم بتصور الملزوم فى الالتزام البين بالأخص، و فى البين بالمعنى الأعم أن يلزم من تصور اللازم و الملزوم و النسبه بينهما العلم باللزوم و من الواضح أن كليهما منفى فى المقام، فإنه لا يلزم من تصور الاذن و سقوط الخيار و تصور الملازمه بينهما العلم بالملازمه بينهما فعلى مسلك المصنف فلا وجه لسقوط خيار ذى الخيار بإذنه فى التصرف من عليه الخيار فى التصرف فى العين المنتقله إليه كما هو واضح.

و من هنا ظهر أيضا أنه لو اذن ذى الخيار لمن عليه الخيار فى بيع العين من غيره فلا يسقط خياره، فان جواز نقل العين لمن عليه الخيار من مقتضيات نفس العقد فلا يكون الاذن فيه موجبا للزيادة الاذن فى التصرف ليكون التصرف مستندا اليه ليكون الاذن ح موجبا لسقوط الخيار.

و الحاصل: أن الاذن لا يوجب زياده التصرف الذى لم يكن قبل الاذن بحيث يكون مشروعيه ذلك التصرف مستندا الى الاذن لكى يحكم بدلاله الإذن ح على سقوط الخيار كما هو واضح، و من هنا التزمنا بسقوط الخيار بالإذن فى التصرف بناء على مسلكنا، فان جواز تملك من عليه الخيار منفعه العين بعد فسخ العقد أيضا مستند إلى إذن ذى الخيار لعدم وجوده قبل ذلك فىكون ح دالا على سقوط الخيار لتحقق الملازمه بينهما على

هذا، بل يمكن أن يكون مع اذنه بانبا على الفسخ، بل يصرح بذلك مع انه لو كان الاذن دالا على السقوط لكان ذلك منافيا لمفهوم الاذن.

و أيضا قد ظهر مما ذكرناه أنه لو آجر ذو الخيار العين المنتقلة الى من عليه الخيار من الغير لنفسه بان تكون الأجره له، فلا مناص عن كون ذلك فسخا للعقد مقابل ما ذكرناه من اذنه له أن يوجرها من غيرها لتكون الأجره له أى لمن عليه الخيار فإنه لا معنى لبقاء العين فى ملكه أى من عليه الخيار مع أن تكون المنافع ملكا لذى الخيار، بحيث تكون الأجره التى فى مقابل المنافع ملكا له كما هو واضح.

و أما الوجه الثانى: هو الالتزام بدلاله الاذن على كون ذى الخيار راضيا بالعقد كالتقيل، ففيه أنا ذكرناه فى خيار الحيوان أن أمثال هذه التصرفات كالتقيل و اللمس و النظر، بل الوطى على كون المتصرف راضيا بالعقد، بل يمكن ذلك مع بنائه على عدم الفسخ أصلا فضلا عن أن يكون خاليا عن البناء أيضا و كك الاذن فإنه يمكن أن يأذن فى التصرف على ما هو مقتضى طبع العقد و مع ذلك كان بنائه على الفسخ أو مسكوتا عنه من غير أن يكون ذلك منافيا لمفهوم الاذن كما عرفت، نعم التزمنا بكون الأمور المذكوره موجبه لسقوط الخيار لا- من جهه كشفها عن الرضا بالعقد، بل من جهه التعبد الشرعى و دلاله النص على السقوط بها كما هو واضح، فافهم.

(و من هنا ظهر عدم دلاله روايه السكونى أيضا على ذلك لكونها واردا على نحو التعبد على أنها ضعيفه السند) على الظاهر نعم إذا كانت هنا قرينه خارجيه دلت على سقوط الخيار بالاذن و أنه مصداق لذلك فلا بأس به.

لا- يقال على ما التزمهم من كون الخيار راجعا الى تحديد الملكيه يلزم الالتزام بصحة البيع إلى أمد خاص مع أنه لم يلتزم به أحد، و فيه أنه لم يكن نص على بطلان مثل ذلك البيع لم يكن محذور فيه، و لكن النص دل على



بطلانه لا يقال بناء على ما التزمتمهم من المبني المذكور يمكن لنا القول بجواز رجوع ذى الخيار الى من عليه الخيار، فيما إذا نقل العين الى غيره و أبقى المنفعة فى ملكه فإنه مع الفسخ يرجع الى المنفعة و يتملكها بالفسخ و أن الفسخ إرجاع الملكية الاولى.

و فيه أن ملكيه المنفعة تابعه لملكيه العين فإذا أمكن إرجاع العين إلى الملكية السابقه فترجع معها المنفعة و الأ- فلا، كما هو واضح، و أما الرجوع الى المنفعة فقط دون العين على خلاف الارتكاز العرفى من تبعيه ملكيه المنفعة لملكيه العين، فافهم.

الجهة الثانى: (أعنى سقوط الخيار بوقوع التصرف فى الخارج بإذن ذى الخيار) أنه ذكر المصنف (ره) أن التصرف الواقع تفويت لمحل هذا الحق و هى العين باذن صاحبه فلا يفسخ التصرف و لا يتعلق الحق بالبدل لأن أخذ البدل بالفسخ فرع تلف العين فى حال حلول الحق فيه، لا مع سقوط الحق عنه.

أقول: ان كان مراد من هذه العبارة أنه يعتبر أن يكون التلف فى زمان وجود الحق لا- فى حال سقوطه، بمعنى أنه انما يبقى حق الفسخ لذى الخيار مع تصرف من على الخيار فى زمان وجود حق الفسخ لذى الخيار و حلوله فإنه ح يكون التصرف فى متعلق حق الغير فلا يكون مثل هذا التصرف موجبا لسقوط الخيار فان حين تحققه أى التصرف قل تحقق فى متعلق حق الغير و عليه فله أى لذى الخيار أن يفسخ العقد بعد التصرف المذكور فان كانت العين باقيه يرجع الى العين و الأ فالى البدل و أما إذا كان التصرف واقعا على العين فى زمان ليس لذى الخيار حق، بل سقط ذلك بواسطة التصرف و لم يكن التصرف فى متعلق حق الغير فح لا يكون له خيار حتى يفسخ العقد و يرجع الى البدل و من المفروض أنه إذا أذن لمن عليه الخيار

أن يتصرف فى العين فقد أسقط خياره بذلك، و وقع التصرف فى زمان سقوط الخيار لا- فى زمان وجوده و حلوله ليكون التصرف واقعا فى متعلق حق الغير فلا يكون منافيا لثبوت الحق.

و ان كان مراده هو هذا، فلا نفهم معنى ذلك بوجه و لا يمكن تصحيحه بوجه إذ يرد عليه:

أولاً: أن كلامنا فى سقوط الخيار بالتصرف بأنه هل يسقط بذلك أو لا يسقط، ففرض سقوط الخيار به بحيث يكون التصرف واقعا فى زمان سقوط الخيار ليس إلا دورا واضحا، فان سقوط الخيار يتوقف على وقوع التصرف و كون التصرف مسقطا للخيار متوقف على سقوط الخيار ليكون واقعا فى زمان سقوطه لا فى زمان حلوله كما هو واضح.

و الحاصل: لو قلنا بان التصرف فى مثل القرض يكون مسقطا يلزم الدور على أنه كيف يكون التصرف مسقطا للخيار مع أنه فى زمان كان له الخيار ليس هنا التصرف و فى زمان تحقق فيه التصرف ليس هناك خيار فلا ربط بالتصرف بسقوط الخيار أصلا كما لا يخفى.

و ثانياً: لا دليل على وقوع التصرف الذى يثبت منه الخيار أى لا يضر بوجوده فى زمان وجود الحق ليكون التصرف فى متعلق حق ذى الخيار، بل مع كونه واقعا فى زمان عدم الخيار أيضا يمكن أن يبقى لدى الخيار حق الفسخ، فإذا أتلّف من عليه الخيار العين فبفسخ ذى الخيار العقد فيأخذ ممن عليه الخيار بدل العين كما إذا كان لأحد المتبايعين خيار منفصل ككون فى رأس الشهر فقد تصرف الآخر فى العين تصرفا متلفا أو ما هو فى حكم الإتلاف كنقله الى غيره ببيع و نحوه فان ذلك يمنع عن ثبوت الخيار لدى الخيار فى رأس شهر و لم يحتمل أحد سقوط الخيار بتصرف من عليه الخيار قبل وصول زمان الخيار و عليه فإذا وصل وقت الخيار و فسخ ذو الخيار العقد

ينتقل ضمان العين الى البدل فيأخذ ممن عليه الخيار بدل ماله من المثل أو قيمه فلا ملازمه بين فسخ العقد و الرجوع الى البدل و بين كون التلف أو ما هو في حكمه في زمان حلول الحق لا في زمان سقوطه كما هو واضح.

و أيضا لا شبهه في جواز تفاسخ المتبايعين بالإقاله مع تلف إحدى العينين أو كليهما فإنه بعد ذلك يرجع الى البدل مع أنه لم يكن حق لأحدهما كما فيما انتقل الى الآخر و بالعكس ليكون التلف في زمان وجود الحق كما هو واضح، فكيف مع عدم الدليل على ما ذكره المصنف على ما هو ظاهر كلامه فالدليل على خلافه كما عرفت فلا يمكن المساعدة على هذا الرأي بوجه.

و حيث كان هذا الاحتمال بعيدا عن المقام المصنف و لم يكن له معنى محصلا أصلا، فقد وجه شيخنا الأستاذ سقوط خيار من له الخيار بتصرف من عليه الخيار بإذن ذى الخيار بوجه آخر، و لعله هو مراد المصنف أيضا و قال أن الاولى أن يعلل لسقوط الخيار بالتصرف بما أشرنا إليه في خيار الغبن، و هو أن التصرف المأذون فيه مفوت لمحل الحق، حيث ان الغرض من الفسخ استرجاع الملك السابق اما بعينه أو ببديل و كل منهما متعذر أما العين فلخروجها عن ملك المشتري بالتصرف الناقل أو بالإتلاف، و أما البدل فلأنه فرع كون العين مضمونه عليه و بعد كونه مأذونا في التصرف لا- يمكن أن يكون ضمان العين عليه، فلا- موضوع لانتقال الضمان الى بدلها فإذا امتنع الضمان امتنع الفسخ فامتنع الخيار.

و هذا الذى ذكره الأستاذ له وجه، و قد ذكرنا أنه يمكن أن يكون مراد المصنف و لكن يرد عليه أنه كما أن اذن ذى الخيار فى تصرف من عليه الخيار لا- يوجب سقوط الخيار، و كذلك وقوع التصرف فى الخارج بإذن ذى الخيار أيضا، لا يوجب سقوط الخيار و ان كان التصرف واقعا فى متعلق حق الاذن

و السّرّ في ذلك هو ما تقدم من أن جواز تصرف من عليه الخيار فيما انتقل اليه من العوض انما هو من مقتضيات طبع العقد سواء أذن له ذو الخيار أم لم يأذن، لأن العين كانت مملوكا له و لا شبهه في جواز تصرف الملاك في ملكهم بأي تصرف شائوا و على هذا فاذن ذى الخيار في التصرف فيها مع تحقق التصرف أيضا في الخارج لا يوجب سقوط حقه، و عدم كون التصرف في متعلق حقه بل يمكن أن يكون بنائه أى الأذن هو الفسخ، و لو بعد تلف العين أو يصرح بذلك و أنه يرجع الى البدل مع كون التصرف متلفا للعين، مع أنه لو كان بينهما منافاه لما جاز التصريح بذلك.

نعم، لو كانت العين مملوكه لذى الخيار لكان اذنه في التصرف فيها موجبا لسقوط الضمان، و ليس كذلك، فاذن لا شبهه في بقاء حق ذى الخيار مع تحقق التصرف في الخارج، و ح فإذا فسخ ذى الخيار العقد فان مقتضى قانون الفسخ هو رجوع كل من العوضين الى مالكة الأولى و مع عدم بقاء العين يرجع الى البدل.

و بعبارة أخرى أن مقتضى طبع العقد هو جواز تصرف من عليه الخيار في ما انتقل اليه من العين سواء اذن به ذو الخيار أم لا، و سواء تحقق التصرف في الخارج باذن من له الخيار أم لا، فان اذن من له الخيار في ذلك لا يزيد بالنسبة إلى أصل الجواز شيئا أصلا، و عليه فلا ينافى إذن ذى الخيار في ذلك ببقاء الخيار أصلا كما إذا صرح بذلك لعدم التنافى في ذلك أصلا.

و أما كون من عليه الخيار ضامنا بالبدل بعد فسخ العقد فإنما هو من جهة قاعده ضمان اليد أو ضمان الإلتلاف و ذلك فان مقتضى قانون الفسخ هو رجوع كل من العوضين الى مالكة الاولى بعد الفسخ، فإذا فسخ فمقتضى دليل اليد هو لزوم أداء العين فحيث لم تكن العين موجوده فمقتضاه لزوم

أداء البدل و هذا هو الذى تقتضيه قاعده الضمان بالإتلاف، فإن مقتضى من أتلف مال الغير فهو له ضامن الرجوع الى البدل من المثل أو قيمه فإنه بعد رجوع العوض الى مالكة الأول ان ما أتلفه من عليه الخيار انما أتلف مال غيره فهو له ضامن بأداء المثل أو قيمه فافهم، فلا يكون الاذن ممن له الخيار فى التصرف و وقوع التصرف فى الخارج سببا لسقوط خيار ذى الخيار أصلا، نعم إذا صدر الاذن فى التصرف من المالك و وقع التصرف المتلف أو ما هو فى حكم الإتلاف فى الخارج فلا شبهه فى كون هذا النحو من الاذن موجبا لعدم ضمان المتلف بذلك العين فإن الاذن قد صدر من أهله و لا بدّ من الالتزام بلوازمه و هذا غير من له الخيار فى التصرف فيما انتقل الى من عليه الخيار فان ذلك التصرف كان مقتضى طبع العقد بخلاف التصرف هنا فإنه لم يجز لمأذون له أن يتصرف فى مال غيره قبل الاذن، و انما جاز ذلك بعدة كما هو واضح فلا يكون موجبا للضمان فكأن شيخنا الأستاذ خلط بين التصرف الواقع فى الخارج فى مال شخص آخر بإذنه فإنه لا- يوجب الضمان سقوط حقه عن ماله بإذنه بالإتلاف و بين المقام حيث أن وقوع هذا التصرف المتلف فى الخارج لا يوجب سقوط حق من له الخيار عن العين أعنى أنه لو فسخ لكانت العين له، فان وقوع التصرف المذكور بإذنه فى الخارج لا يوجب سقوط حقه عن الرجوع الى البدل بعد فسخ العقد لعدم كون اذنه فى هذا التصرف موجبا لشيء لم يكن لمن عليه الخيار كما هو واضح.

نعم، لو ثبت من القرائن الخارجيه أن أذن من له الخيار التصرف فى العين الخارجيه لمن عليه الخيار موجب لسقوطه لكونه قاصدا به سقوط خيار أو أنه قصد ذلك بوقوع التصرف فى الخارج و ان لم يكن قاصدا ذلك بالاذن لكان للقول بالسقوط مجالا واسعا و لكنه خلف الفرض فإنه الكلام فى دلالة نفس الاذن على سقوط الخيار كما فى الوجه الأولى فى دلالة نفس

وقوع التصرف فى الخارج على سقوط الخيار كما فى الجهه الثانيه، فافهم ذلك.

### قوله:مسأله المشهور المبيع يملك بالعقد و اثر الخيار تزلزل الملك.

#### اشاره

أقول:الظاهر أن الاولى تقديم هذه المسأله على المسأله السابقه، كما أشرنا إليه فى أول المسأله السابقه بأن يتكلم أولاً فى توقف حصول الملكيه بانقضاء زمان الخيار أولاً- و عدمه ثم يتكلم فى أنه هل يجوز تصرف غير ذى الخيار فيما انتقل اليه أو لا فقد ذكرنا أنه لا- يجوز ذلك على قول الشيخ لكونه تصرفاً فى ملك الغير بدون اذنه فهو لا- يجوز و أما على قول غير الشيخ من المشهور القائلين بعدم توقف الملكيه على انقضاء زمان الخيار ففيه خلاف فالمقصود أن الاولى تقديم هذه على المسأله السابقه لتوقفها عليها بخلاف العكس كما عرفت ثم ان المعروف و المشهور بين الفقهاء أن الملكيه حاصله من حين العقد فى البيع الخيارى غايته ملكيه مترزله.

و لكن الظاهر من الشيخ الطوسى و من تبعه انها تحصل بعد انقضاء زمان الخيار لكل من ذى الخيار و غيره إذ لا معنى لحصول الملكيه لطرف واحد دون الآخر فإن البيع مبادله مال بمال فلا معنى للانتقال من طرف دون الآخر فافهم.

و قد اضطربت كلمات الفقهاء فى فهم كلام الشيخ و بيان مراده فان ظاهر إطلاق المحكى عن المحقق و جماعه أن الشيخ التزم بعدم حصول الملكيه فى زمان الخيار المختص بالمشتري أيضاً.

بل صرح فى التحرير بشموله لذلك لكن ذكر الشهيد فى الدروس خلافاً فى حصول الملكيه من حين العقد أو بعد انقضاء الخيار ثم نسب الى الشيخ التزامه بحصول الملكيه من حين العقد فى الخيار المختص للمشتري و نقل عن ابن الجنييد توقف حصول الملكيه على انقضاء زمان الخيار ثم وقع الخلاف

بين الأعلام في أن الشيخ فيما يقول بتوقف الملكيه على انقضاء زمان الخيار هو من باب الكشف أو النقل و أيضا وقع الكلام في أنه يقول بذلك في الخيارات المتصله فقط أو مطلقا و ان كانت الخيارات منفصله عن العقد و أن مراده هو ذلك في صورته كون الخيار لكل من البائع و المشتري أو للبائع، و أما إذا اختص بالمشتري فلا يقول بذلك أو يقول به مطلقا كما عرفت بالإشاره إلى كون كلامه مطلقا بالنسبه إلى الخيار المختص بالمشتري أيضا على ما هو المحكى عن المحقق و جماعه، و ظاهر بعضهم عدم التوقف في صورته اختصاص الخيار بالمشتري كخيار الحيوان و نحوه.

و على الجملة اضطربت كلمات الفقهاء في نسبه القول بتوقف الملكيه على انقضاء زمان الخيار الى الشيخ، فان منهم من قال بان الشيخ التزم بذلك في مطلق زمان الخيار و ان كان مختصا بالمشتري أو يقول بذلك فيما كان الخيار ثابتا للمتبايعين معا أو لخصوص البائع و أيضا وقع الخلاف في أنه يقول بذلك في الخيار المتصل أو في الخيار المنفصل أيضا و قد نسب إليه في القول بعدم التوقف فيما إذا صار أحد المتبايعين مفلسا الى غير ذلك من الاختلافات و الاضطرابات كما ذكره المصنف في المتن، و لا يهمننا تحقيق هذا المطلب و انما المهم بيان مدرك الشيخ القائل بالتوقف مطلقا أو في الجملة و بيان مدرك المشهور القائلون بعدم التوقف، بل التزموا بحصول الملكيه من حين العقد.

الظاهر أنه لا شبهه في دلاله عمومات صحه العقود و المعاملات، و لزومها على كون الملكيه حاصله من الأول لا أنها متوقفه على شيء، فان الظاهر من قوله تعالى **أَحَلَّ اللَّهُ الْبَيْعَ**، أن ما ينتقل الى كل من المتبايعين بوسيله البيع يجوز له التصرف فيه بخلاف ما كان فيه الربا، فإنه لا يجوز فان معنى حليه البيع ملازم لحليه ما يحصل النقل و الانتقال بواسطه البيع و كك

أَوْفُوا بِالْعُقُودِ، خصوصاً قوله تعالى لا تَأْكُلُوا أَمْوَالَكُمْ بَيْنَكُمْ بِالْبَاطِلِ إِلَّا أَنْ تَكُونَ تِجَارَةً عَنْ تَرَاضٍ. فإن الأكل ليس هو الازدراء، بل هو كناية عن التملك فمحصل الآيه أنه لا تملكوا أموالكم بالباطل، و لكن تملكوا بالتجاره عن تراض، فالله تبارك و تعالی قد حصر أسباب التملك المشروع بمقتضى النفي و الإثبات بالتجاره عن تراض و جعلها سببا وحيدا لذلك مقابل التملك الباطل، فمقتضى ذلك أن الملكيه حاصله من حين العقد لصدق التجاره عن تراض على البيع من حين العقد، و قد فرضنا أن التجاره عن تراض هو السبب الوحيد لحصول الملكيه فتحصل الملكيه فى البيع من حين العقد من غير توقف على انقضاء زمان الخيار، بل هذا هو الذى قامت عليه السيره بين الناس فإنهم يعاملون مع المثلث معامله الملكيه من حين العقد من غير توقف فى ذلك على شىء و من الواضح أن الشارع قد أمضى ما هو المتعارف بين الناس من المعاملات و ليس له فى ذلك طريق خاص غايه الأمر قد منع عن بعض المصاديق تخطئه للعرف كما أضاف إليها بعض الشروط لذلك و مع الشك فى مورد أنه اعتبر الشارع هنا شرطا أو لم يعتبر فيتمسك بالإطلاقات و العمومات الداله على صحه المعاملات و نفوذها و يحكم بحصول الأثر من الأول و عدم توقفه على شىء آخر، بل هذا هو مقتضى ما إنشاء المتعاملان فان غرضهما جعل البيع سببا للملكيه و هو يقتضى حصولها من حين العقد إلا دل دليل خارجى على توقفها على شىء آخر كما فى بيع الصرف و السلم، فان الدليل الخاص دل على توقف حصول الملكيه بالتقابض فى المجلس و عدم حصولها بمجرد البيع كما هو واضح.

ثم انه لا يكفى مجرد وجود هذه العمومات و الإطلاقات فى بطلان مسلك الشيخ، بل لا بد و أن يلاحظ أن هنا روايه تدل على مسلكه أولا و على تقدير وجود الروايه على ذلك فهل هنا روايه أخرى تدل على مسلك



المشهور و روايه آخر تدل على مسلك الشيخ مع تماميه ميزان الحجيه فيهما فيقع المعارضه فاما يحكم بالتساقط فيرجع الى عمومات الكتاب و إطلاقاتها أو يؤخذ ما هو موافق للكتاب و هو ما دل على عدم توقف حصول الملكيه على انقضاء زمان الخيار فيثبت بذلك أيضا قول المشهور و اذن فلا بدّ من صرف عنان الكلام الى ما استدل به على كل واحد من القولين.

### و قد استدل على القول المشهور و هو عدم توقف حصول الملك على

#### اشاره

انقضاء زمان الخيار بوجوه

مضافا الى اقتضاء العمومات ذلك.

#### الأول: الاخبار الوارده في خيار المجلس

كقولهم عليهم السلام:

البيعان بالخيار ما لم يفترقا فإذا افترقا وجب البيع، حيث ان الظاهر من لفظ الخيار الوارد فيها هو كون البيع مخيرا في فسخ العقد و عدمه بحيث قد فرض هنا بيع ثم حكم بثبوت الخيار له، و من الواضح جدا أن البيع انما يصدق على المتعامل بعد حصول الملكيه فالمتحصل من الروايه بقريته إطلاق البيع على المتبايعين هو حصول الملكيه في زمن الخيار إذ ما لم تتحقق الملكيه لم يتحقق البيع و إذا لم يتحقق البيع لا يصدق البيعان على المتعاملين فحيث أطلق البيعان عليهما فنكشف من ذلك حصول الملكيه في زمان الخيار كما لا يخفى.

و من هنا اتضح أنه لا يتوقف الاستدلال بهذه الروايات على المقصود على كون الخيار بمعنى الاختيار في استرجاع العين و كون المتبايعين مخيرين في بيع العوضين من شخص آخر مثلا، و إبقائها كذلك فإنه على هذا استكشف حصول الملكيه من الأول، و وجه الفساد انك قد عرفت وجه الاستدلال مع تعلق الخيار بالعقد.

و توهم أن إطلاق البيع باعتبار حصول صورته البيع و إيجادهما ما يكون مستعدا لذلك، أي لحصول النقل و الانتقال و الملكيه بعد ذلك كما في

الفضولى توهم فاسد فإنه خلاف الظاهر من الإطلاق و من هنا نفى البيع فى بيع الصرف و السلم قبل القبض الذى لم تحصل الملكيه مع أن صورته البيع قد حصلت كما لا يخفى، فلا بأس بدلائلها على المقصود، فافهم.

### الثانى: الأخبار الواردة فى جواز النظر إلى الجارىه و قبيلها،

بل وطبها فى زمان الخيار بعد شرائها بحيث لم يجر ذلك قبل الشراء فيدل ذلك على حصول الملكيه فى زمان الخيار فإنه لو لم تحصل الملكيه فى ذلك الزمان لكان زمان الخيار و قبله سيات فى ذلك، فلم يجر التصرف فى زمان الخيار أيضا كما لا يجوز التصرف قبل زمان الخيار أيضا.

و ناقش المصنف فى دلاله هذه الأخبار بأنه يمكن أن يكون التصرفات الواقعه على الجارىه بعد العقد فى زمان الخيار إمضاء للعقد و إسقاطا للخيار كما يتحقق الرجوع بنفس الوطى فى زمان العده فى المطلقه الرجعيه فإنه إذا طلق الرجل زوجته ثم وطئها فى العده بغير أن يرجع إليها يكون رجوعا إليها و ان لم يقصد الرجوع بذلك، بل كان قاصدا عدمه كما هو واضح.

و لكنه توهم فاسد بداهه ان فى المطلقه الرجعيه ان علقه الزوجيه لم تنقطع بعد الطلاق و من هنا اشتهر فى السنه الفقهاء أن المطلقه رجعيه زوجته و عليه فلو وطئها الزوج انما وطئ زوجته حقيقه من غير أن تكون الزوجيه حاصله بنفس الوطى و انما الوطى يكون دليل على الرجوع و رافعا لأثر الطلاق فقط، سواء قصد به الرجوع أم لا، بل الأمر كك حتى لو قصد عدم الرجوع، بل قصد الزنا أيضا كأن كان جاهلا لحصول الرجوع بذلك الوطى و قصد الزنا فإنه لا يكون إلا تجزّيا محضاً و أما الحرام فلا بداهه أن الوطى انما صدر من اهله و وقع فى محله فيكون رافعا لأثر الطلاق لما أنه يوجد الزوجيه أيضا بحيث كانت الزوجيه منتفيه (فأوجب) الوطى رجوعها، بل الزوجيه كانت ثابتة فالوطى أوجب رفع أثر الطلاق فقط، كما هو واضح، هذا

بخلاف المقام، فإنه على القول بعدم حصول الملكية في زمن الخيار يكون التصرف واقعا في ملك الغير فيكون حراما و قد حكم الامام عليه السلام بحليه ذلك، فيكشف من ذلك أن الملكية قد حصل في زمان الخيار و الحلية مستنده إليها.

الأ أن يقال بما أشرنا إليه سابقا من كون الملكية حاصله في زمان التصرف و لم نعتبر التقدم الرتبي في جواز التصرف و نقول بذلك في كفايه جواز التصرف في ملك اليمين و نقول بان المستفاد من قوله تعالى أَوْ مَا مَلَكَتْ أَيْمَانُهُمْ هو كون المملوك مملوكا للمتصرف في زمان التصرف و ان حصلت الملكية في زمان التصرف و لم تكن متقدمه عليه رتبه و ح يجوز التصرف في الأمه في زمان الخيار بما لا يجوز لغير المالك إذا قصد المتصرف لتصرفه، هذا إمضاء العقد كما هو ليس ببعيد، بان نقول بكفايه حصول الملكية في زمان التصرف في جوازه و لكنه لم نلتزم الفقهاء بذلك، فالظاهر أن من حكم بجواز التصرف فيها بالأمر المذكوره انما هو من جهة حصول الملكية بالعقد في زمان الخيار كما هو واضح، فإذا فتدل الروايه على مسلك المشهور.

الأ أن يقال أن غايه ما يستفاد من هذه الروايات هو حصول الملكية للمشتري في زمن خيار الحيوان، لأن المفروض أنه اشترى جاريه و تصرف فيها ما لا يجوز لغير المالك و أن جوازه يكشف عن حصول الملكية له بالعقد و لكن الشيخ لم يلتزم في فرض وجود الخيار للمشتري بخلاف مقاله المشهور و اذن فالروايه غريبه عن ما نحن فيه كما هو واضح.

### **الثالث: ما تقدم في أدله بيع الخيار أي البيع المشروط برد الثمن**

المسمى في العرف بالبيع شرط و البيع الخيارى و بيع الخيار فان في هذه الروايه ما يدل على أن نماء المبيع في زمن الخيار للمشتري و تلفه أيضا عليه فيكشف من ذلك أن المبيع ملك للمشتري من زمان العقد، و إلا لم يكن وجه

لكون الملك للبائع و النماء للمشتري فإن النماء تابع للملكيه.

و قد أورد عليه المصنف (ره) بوجهين:- الأول: أنه يمكن أن يكون هذه الروايات غريبه عما نحن فيه أعنى البيع بشرط الخيار ليكون ما ذكر فيها من كون النماء ملكا للمشتري شاهدا على حصول الملكيه فى زمان الخيار، بل انما هو من قبيل اشتراط الانفساخ فى البيع برد الثمن بأن يفسخ بنفسه متى رد البائع الثمن من غير احتياج الى الفسخ فلا يكون هذه الروايات مربوطه بالمقام.

و فيه أنه بعيد عن مساق هذه الروايات غايته كما أشار إليه المصنف و خلاف الظاهر منها، بل اشتراط انفساخ العقد بلا سبب أمر غير مشروع فى الشريعه فإنه لم يثبت جواز ذلك فى نفسه فلا يكون ما هو غير مشروع مشروعاً بالاشتراط كما هو واضح.

الوجه الثانى: ما ذكره من أنه يمكن أن يكون هذه الروايات خارجه عن مورد كلامنا فان محل الكلام انما هو عدم حصول الملكيه فى زمان الخيار و عليه فلو كان النماء فى هذه المده لمن انتقل اليه العين كان للتمسك بهذه الروايات على إثبات حصول الملكيه فى زمان الخيار وجه و لكن الأمر ليس كذلك فان النماءات انما حصلت فى زمان لزوم العقد فان الخيار انما يحصل للبائع بعد رد الثمن لا قبله فلا منشأ لهذه التوهم أصلاً إذ ما يتوهم كونه كاشفا عن حصول الملكيه به لم يكن حاصلًا فى زمان الخيار، بل فى زمان لزوم العقد كما هو واضح.

و فيه أولاً ان إطلاق الروايه يشمل صورته كون الخيار بشرط رد الثمن من أول العقد أيضاً و ثانياً أنه لم يعلم من مذهب الشيخ القائل بتوقف حصول الملكيه على انقضاء زمان الخيار إخراج الخيارات المنفصله عن مورد الكلام، بل ما ذكره أعم من خيارى المنفصل و المتصل أيضاً، فهذه الروايات

أيضاً لا بأس بدلالاتها على حصول الملكيه فى زمن الخيار.

#### الوجه الرابع: الأخبار الواردة فى خيار الحيوان

الداله على ثبوت الخيار للمشتري فى ضمن ثلاثه أيام، كقوله عليه السلام صاحب الحيوان المشتري، بالفتح أو الكسر، بالخيار إلى ثلاثه أيام، حيث ان الظاهر من إطلاق صاحب على المشتري ظاهر فى أن الملكيه إنما حصلت فى زمان الخيار و الآ لم يصح إطلاق صاحب عليه، و توهم أنه باعتبار أنه سيصير صاحباً خلاف الظاهر من الروايه جدا فالروايه ظاهره الدلاله على المقصود.

اللهم الآ أن يقال بأن غايه ما يدلّ هذه الروايات هو أن الملكيه حاصله للمشتري فى زمان خياره، و الشيخ لا ينكر ذلك، و إنما لم يلتزم الشيخ بعدم حصول الملكيه فى زمان الخيار إذا كان الخيار للبائع فقط أو للبائع و المشتري معاً، فإنه يلتزم بعدم حصول الملكيه لذى الخيار و غيره إذا الملكيه إذا حصلت، حصلت للطرفين فلا- معنى لحصولها لغير ذى الخيار و عدم حصولها لذى الخيار فان البيع تبديل مال بمال و اذن فالروايه أجنبه عن المقام.

#### الوجه الخامس: الأخبار الواردة فى العينه

و هى أن يشتري الإنسان شيئاً نسيه ثم يبيعه بأقل منه فى ذلك المجلس نقداً، فان الظاهر من جمله منها ان البيع إنما يكون فى مجلس الاثراء و بضميمه صحيحه يسار بن يسار يتم المطلوب و هو حصول الملكيه فى زمن الخيار، و هى أنه سئل عن الرجل يبيع و يشتريه عن صاحبه الذى يبيعه منه، قال: نعم لا بأس به، قلت:

اشترى متاعى، فقال عليه السلام: ليس هو متاعك و لا بقرك و لا غنمك، فان ظاهر الذيل، بل صريحها و هو قوله عليه السلام ليس هو متاعك و لا- غنمك أن المبيع قد انتقل إلى المشتري و لم يبق فى ملك البائع و قد عرفت عن جمله منها أن البيع الثانى قد وقع فى مجلس البيع الأول، و المفروض أن

هذا الزمان زمان خيار المجلس فتدل الروايه على ان الملكيه قد حصلت فى زمان خيار المجلس فإذا حصلت الملكيه للمشتري حصلت ملكيه الثمن للبائع أيضا، لأن البيع مبادله مال بمال، بل يمكن التمسك لإثبات أن الملكيه قد حصلت فى زمان الخيار بإطلاق الصحيحه مع قطع النظر عن ضميمه الطائفه الأولى كما لا يخفى.

وقد أشكل المصنف على الروايه بعدم دلالتها على حصول الملكيه فى زمان الخيار، إذ البيع عند القائل بالتوقف جائز، ولكن يكون لازما بالتواطى كما صرح الشيخ فى المبسوط فتحصل الملكيه قبل البيع الثانى و بهذا دفع الاشكال، وقد تقدم نظيره سابقا من أن الملك إذا حصل بنفس البيع الاشكال وقد تقدم نظيره سابقا من أن الملك إذا حصل بنفس البيع الثانى مع أنه موقوف على الملك للزم الدور وقد كان هذا الاشكال واردا على من صحح البيع الذى يتحقق به الفسخ، وعلى هذا حمل قول السائل اشترى غنمى على ركوز مذهب الشيخ فى أذهانهم فأجاب الإمام عليه السلام بأنه ليس غنمك لكون التواطى مسقطا للخيار.

وفيه أن مجرد التواطى على البيع مع عدم التصريح به لا يكون موجبا للزومه كما أن التبانى على الخيار لا يوجب أن يكون العقد خياريا و السر فى ذلك أن إسقاط الخيار أو الفسخ من الأمور التى يحتاج إلى الإنشاء و الإظهار على ما تقدم فى مبحث الخيارات فلا تحقق بمجرد القصد و البناء ما لم يبرزه فى الخارج بمرز و قول السائل اشترى غنمى ليس من جهه ركوز مذهب الشيخ فى أذهانهم إذ لا سبيل لنا الى هذه الدعوى، بل سئواله هذا من جهه استغرابه من صحه شرائه باعه قبل هذا الزمان بقليل لأن الغرض أن البيع الثانى قد تحقق فى مجلس البيع الأول و مع تسليم أن مسلك الشيخ كان مركوزا فى أذهانهم من أين يعلم أنه كان صحيحا و مسلما حتى عند الامام عليه السلام بحيث كان جواب الامام عليه السلام مبينا

على كون التواطى على البيع السابق موجبا لسقوط الخيار و يصير البيع به لازما كما هو واضح و كيف كان فظهور هذه الأخبار فى إثبات مسلك الشيخ واضح جدا.

### الوجه السادس: صحيحه محمد بن مسلم

عن رجل أتاه فقال اتبع لى متاعا لعلى أشتريه منك بنقد أو نسيئه فاتباعه الرجل من اجله قال ليس به بأس إنما يشتريه منه بعد ما يملكه فإن إطلاق قوله عليه السلام ليس له بأس إنما يشتريه منه بعد ما يملكه شامل لحصول الملكيه عن زمان العقد و من الواضح أن حصولها من زمان العقد يقتضى حصولها فى زمان خيار المجلس أيضا كما هو واضح، و اذن فتدل الروايه على مسلك المشهور.

و لكن يرد على هذا الاستدلال ان هذه الروايه ناظره الى أن هذه المعامله ليست من قبيل بيع ما ليس عنده لاستيجاب العقد الأول كما ذكره المصنف فى المتن فقوله ما يملكه إشاره الى هذا الاستيجاب فليست الروايه ناظره إلى حصول الملكيه من حين العقد و عدمه إذ ليس تلك الجبهه موردا للسؤال أصلا، و قد ورد فى جملة من الروايات لا توجب البيع قبل أن تستوجه و فى بعضها أنه قال عليه السلام أليس ان شاء فعل و ان شاء ترك، يعنى أن الأمر إذا كان كك بحيث أن من وعد لأحد أن يشتري شيئا و هو أيضا يشتري منه بنقد أو نسيئه أليس له أن يشتري بعد اشترا من كان بينهما تبا و تعاهد أو ترك ذلك و لم يشتري فإن كان كك فلا بأس لأنه ليس إيجابا قبل الاستيجاب، بل وعد محض و الآن ان كان مجبورا فى قبوله لتحقق البيع فى عقيدتهم فهو باطل لكونه إيجابا قبل الاستيجاب على أن وقوع الثانى فى مجلس البيع الأول نادر جدا فان الغالب، أن المشتري بعد استيجاب البيع الأول يتفرق من مجلس العقد و يذهب الى صاحبه لإنشاء البيع الثانى، بل على هذا سيره التجار فإنهم لا يبيعون

ما يشترون عند البائع، بل يخفون أمر المعامله الثانيه و على هذا فلا يبقى هنا خيار المجلس حتى يكون قوله عليه السلام ما يملكه دليلا على حصول الملكيه فى زمان الخيار كما هو واضح، ليكون التملك بنفس العقد فافهم.

و قد استدل على قول الشيخ بالروايات الداله على أن تلف المبيع فى ضمن ثلاثه أيام فى خيار الحيوان أو شرط أيام معدوده من مال البائع كصحيحه ابن سنان عن الرجل يشتري العبد أو الدابه بشرط الى يوم أو يومين، فيموت العبد أو الدابه أو يحدث فيه حدث على من ضمان ذلك؟ فقال على البائع، حتى ينقض الشرط ثلاثه أيام و يصير المبيع للمشتري شرط له البائع أو لم يشترط، قال و ان كان بينهما شرط أيام معدوده فهلك فى يد المشتري فهو من مال البائع حيث استدلوا بهذه الروايه على أن المبيع فى زمان الخيار فى ملك مالكه الأول فهو البائع، و لذا يكون تلفه على البائع و انما تحصل الملكيه بعد مضى زمان الخيار و لذا قال عليه السلام حتى ينقضى ثلاثه أيام و يصير المبيع للمشتري.

أقول: الظاهر أنه لا ينكر ظهور الروايه فى قول الشيخ و ان التزم هو (ره) فى الخيار المختص بالمشتري حصول الملكيه بالعقد من حينه، و لكن حيث عرفت ظهور الروايات المتقدمه، بل صراحه بعضها فى حصول الملكيه بالعقد فيمكن حمل هذه الصحيحه على أن لزوم الملكيه و استقرارها انما هو من زمان انقضاء الخيار لا أصل تحققها، و يكون المراد من قوله عليه السلام و يصير المبيع له أن يثبت و يجب كما ورد فى أخبار خيار المجلس البيعان بالخيار ما لم يفترقا، فإذا افترقا و جب البيع أى يكون لازما و ثابتا، فان المراد من الكون و الثبوت و اللزوم و الصيروره المبيع للمشتري هو التحقق و الاستقرار و الثبوت لا الحدوث بعد ما لم يكن.

و على الجملة فالروايه قابله للحمل على هذا المعنى بعد كون ظهور



الروايات المتقدمه فى حصول الملكيه من حين العقد أقوى، و مع الإغماض عن ذلك فيقع التعارض و التكافؤ بين الروايات المتقدمه الظاهره فى حصول الملكيه من زمان العقد و بين صحيحه ابن سنان الظاهر فى حصولها من حين انقضاء الخيار، فذكر المصنف أن فى فرض المعارضه بينهما يرجع الى أصاله عدم حصول الملكيه من حين العقد، و لكن التعارض منتف فى المقام بداهه أن الطائفه الأولى معروفه و مشهوره، فلا بدّ من الأخذ بها و رفع اليد عن الصحيحه لكونها غير معروفه فتكون الشهره المؤيده بالإجماع موجبا لترجيح تلك الطائفه الأولى و رفع اليد عن الصحيحه و ان كانت صحيحه.

أقول: كأن نظر المصنف من ترجيح الأولى من الروايات إلى الشهره الفتوائيه و الآفكلتا الطائفتين من حيث الناقل و الراوى فى مرتبه واحده فإن كليهما خبر واحد، نعم المشهور من الفقهاء ذهبوا الى حصول الملكيه من زمان العقد، فتكون الشهره فتوائيه، فبناء على كون اعراض المشهور موجبا لوهن الخبر الصحيح تكون هذه الشهره موجبه لوهن الصحيحه و ترجيح لطائفه الأولى و لكن الأمر ليس كذلك، إذا المراد من الشهره الموجبه لترجيح فى مقام التكافؤ هو الشهره فى الروايه بمعنى كون الروايه فى نفسها ظاهره و بارزه كما ذكره المصنف فى الرسائل و استدل على ذلك بالإطلاقات العرفيه و اللغويه فيقال سيف شاهر أى ظاهر، و مقابل هذه الشهره هو النادر و الخفى أى تكون الروايه الأخرى فى مقلبها نادره و شاذه و هذا المعنى غير مربوط بالشهره الفتوائيه كما هو واضح.

و اذن فلا بد من معامله المعارضه بينهما بعد الإغماض عن الحمل المذكور فلا يكون هذه الشهره رافعه للمعارضه بكونها موجبه لترجيح الطائفه الأولى و مع التكافؤ فلا بدّ من الرجوع الى العمومات الداله على حصول الملكيه من الأول كما ذكرناه قبل ذكر أدله الطرفين و عليه فلا وجه لرجوع إلى أصاله

عدم حصول الملكيه من زمان العقد كما ذكر المصنف(ره).

و على الجملة مقتضى القاعده هو الأخذ بقول المشهور كما هو واضح لا يخفى، فافهم.

لا يقال ان غرض المصنف من دعوى كون الطائفة الأولى متقدمه على التائيه لأجل الشهره و ان غرضه هو الشهره فى الفتوى و لكن مبنى المصنف أن الشهره الفتوائيه إذا قامت على خلاف الخبر الصحيح يكون موجبا لضعفه و وهنه و اذن فتكون الروايات الداله على حصول الملكيه من حين العقد متعينه و هذا لا ينافى لكون الشهره الموجهه لترجيح احدى الروايتين المتكافئتين هى الشهره فى الروايه دون الفتوى.

فإنه يقال نعم و لكنه على هذا لا تصل النوبه إلى التكافؤ أصلا، بل يكون ما هو موافق للشهره حجه و ما هو مخالف لها غير حجه لإعراض المشهور عنها، و قد فرض المصنف التكافؤ ثم رجح الطائفة الأولى بالشهره فى الفتوى كما لا يخفى.

و التحقيق أن يقال انه بناء على الإغماض عن الحمل المذكور فلا بدّ من ترجيح ما هو المدرك للمشهور بعد فرض التكافؤ فإنها موافقه لعموم الكتاب و إطلاقه الداله على حصول الملكيه من الأول كما هو واضح.

ثم استدل على كل من قولى المشهور و الشيخ بالنبوى المشهور الخراج بالضمان أما الاستدلال على قول المشهور فبتقريب أن المبيع فى زمان الخيار المشترك أو المختص بالبائع فى ضمان المشتري و خراجه له و بقاعده التلازم بين ملك المنفعه و ملك العين يثبت حصول الملك بنفس العقد.

و بعبارة أخرى أن يكون الضمان للمشتري فى زمن الخيار يكشف كون المنفعه له كشفا لميّا و يكون المنفعه له يكشف كون العين داخله فى ملكه بالعقد كشفا إتيّا.

و فيه أولا- أنه لم يعلم من القائلين بالتوقف كالشيخ و من تبعه التزامهم بكون التلف فى زمان خيار المشتري له و ضمانه عليه، و الذى هو المبدء لهذا الاستدلال هو إثبات ضمانه فى زمن الخيار للمشتري و هو ممنوع.

و ثانيا على القول بالضمان أن الملازمه بين ضمان العين و ملك المنافع انما يتم بناء على ما ذكره أبى حنيفة من القول بكون الخراج لمن عليه الضمان و ان كان ذلك الضمان بالغصب حيث ذكر فى الدابه المغصوبه أن الضمان للغاصب و المنافع أيضا له و لكنه على هذا المبنى أيضا لا يكون ملك المنافع كاشفا عن ملك العين أنا قد ذكرنا فى المقبوض بالعقد الفاسد، فساد هذا المبنى، و قلنا ان المراد من النبوى الخراج بالضمان هو الضمان المعاملى لا مطلق الضمان، يعنى أن من ضمن الشئ بالمعامله بحيث لو تلف لكان التلف من كيسه، فالمنافع أيضا له، و من المعلوم أن الضمان المعاملى فى المقام معدوم بناء على مسلك الشيخ لعدم تحققها فى الحقيقه الملك الى انقضاء زمان الخيار، فكيف يحكم بالضمان غايه الأمر يكون المقام من قبيل الضمان فى المقبوض بالسوم كما هو واضح، فلا دلالة فى الحديث على مسلك المشهور.

و ثالثا: قد عرفت أنه ليس المعروف من مسلك الشيخ أن تكون الملكيه متوقفه على انقضاء الخيار فى كون الخيار للمشتري أيضا، بل التزم فى هذا الفرض بعدم التوقف و اذن فلا يكشف من حصول الملكيه من زمان العقد فى فرض كون الخيار للمشتري بالحديث حصولها بنفس العقد مطلقا كما هو واضح.

و على الجملة فلم يتم الاستدلال بالنبوى على قول المشهور.

و أما الاستدلال به على قول الشيخ فان مقتضى النبوى الخراج بالضمان هو أن المنافع بإزاء الضمان و ينعكس بعكس النقيض الى أن من ليس

ضامنا ليس الخراج له، و بضميمه قاعده التلف فى زمان الخيار ممن لا خيار له ينتج عدم حصول الملك فى زمان الخيار، فان كون التلف على البائع فى زمان خيار المشتري يقتضى أن يكون منافع المبيع للبائع لأن الخراج بالضمان و مقتضى كون المنافع له أن يكون المبيع أيضا فى ملكه، و اذن فلم تحصل الملكيه للمشتري فى زمان الخيار، و هكذا العكس بأن كان الخيار للبائع دون المشتري كما هو واضح.

و لكن يرد عليه أنه مضافا الى اعتراف الشيخ بحصول الملكيه للمشتري فى زمان خياره و مقتضى النبوى هو عدم الحصول أنك قد عرفت أن المراد من النبوى هو الضمان المعاملى دون مطلق الضمان بمعنى أن الاستفادة منه أن الضمان العقدى فى مقابل الضمان الغصبى يقتضى كون المنافع للضامن و ح فالضمان فى المقام و إذا كان حاصلًا لمن لا- خيار له و ليس المقام مثل الاستدلال السابق حتى يمنع عدم الضمان و لكن هذا الضمان ليس بضمان معاملى إذ المنافع لذى الخيار و لا ضمان غصب، بل هو ثابت بالتعبد، و عليه فكون التلف فى زمان الخيار ممن لا خيار له يكون خارجا عن القاعده بالنص، فان مقتضى القاعده كون تلف كل مال على مالكه، فهذا الضمان لا ضمان غصب و لا ضمان معاملى، بل ضمان تعبدى، و كك كون التلف قبل القبض من مال البائع أيضا خارج عن القاعده بالنص فان مقتضى القاعده هو كون تلف كل مال على مالكه و انما التخلف هنا بواسطه النص فالضمان هنا تعبدى كما هو واضح.

و على الجملة كون التلف فى زمن الخيار ممن لا- خيار له و كك كون التلف قبل القبض من مال البائع إنما خرج عن القاعده الكليه أعنى كون تلف كل مال على مالكه بواسطه النص فالضمان فيها لا معاملى و لا غصبى، بل هو تعبدى، فلا يكشف من هذا الضمان أن الملكيه لم تحصل قبل القبض أو فى

زمان الخيار كما هو واضح، بل الضمان حاصل و لكنه ضمان تعبدى بخلافه فى الاستدلال بالنبوى على القول المشهور فان الضمان أيضا هناك لم يكن حاصلًا.

و على الجملة فلا- دلالة فى النبوى على قول الشيخ أيضا و يضاف الى جميع ذلك أى الأجوبه المذكوره عن الاستدلالين أن النبوى ضعيف السند و غير منجر بشىء و لم ينقل فى كتب الخاصه إلا مرسلًا فلا يكون حجه لنا فى شىء أصلا.

**قوله مسأله: و من أحكام الخيار كون المبيع فى ضمان من ليس له الخيار**

**اشاره**

فى الجملة،

بمعنى انفساخ العقد بالتلف لا أن يكون على من لا خيار له إعطاء بدل المبيع كما هو واضح،

**و يتضح هذه المسأله فى ضمن جهات:**

**الأولى: فى بيان أن هذا الحكم تختص بخيارى الحيوان و الشرط أو يجرى**

فى غيرهما من الخيارات

كما ذهب اليه صاحب الرياض و غيره مدعيا له الاتفاق.

و بعبارة أخرى بعد ما قلنا بكون التلف بعد القبض فى زمن الخيار من مال لا خيار له فى خيارى الشرط و الحيوان يقع الكلام فى أن هذا الحكم من مختصات هذين الخيارين أم لا؟ بل يجرى فى غيرهما من الخيارات أيضا فنقول: أما ثبوت ذلك الحكم فى الخيارين المذكورين أعنى خيارى الشرط و الحيوان فمما لا شبهه فيه لروايه ابن سنان و ان كان بينهما شرط أيا ما معدوده فهلك فى يد المشتري فهو من مال بايعه حتى ينقضى شرطه، و يصير المبيع للمشتري و قد تقدم أن المراد من صيروره المبيع للمشتري كونه له مستقرا فإنه كان قبل انقضاء زمان الخيار له متزلزلا لا أنه لم يحصل الملك له أصلا على ما سلكه الشيخ الطوسى و قد تقدم الكلام فى ذلك مفصلا و كيف كان فلا شبهه فى صراحه هذه الروايه فى أن التلف فى زمان خيار الحيوان و الشرط ممن لا خيار له و ان كان ذلك أى التلف بعد القبض.

ص: ٥١٩

و انما الكلام فى جريان هذا الحكم فى غيرهما من الخيارات، وقد استدل على كونه من أحكام جميع الخيارات بوجه، منها الاتفاق، حيث انه قد ادعى صاحب الرياض وغيره كالمحقق آقا جمال فى حاشيه للمعه الاتفاق على جريان ذلك فى غير خيارى الحيوان و الشرط من بقيه الخيارات.

و فيه أولا: أن وجود الاتفاق أعم من وجود الإجماع إذ يمكن أن يكون هنا اتفاق العلماء على مسأله و لا يكون هنا إجماع تعبدى لوجود مخالف لم يصل الى مدعى الاتفاق فلا يلزم دعوى الاتفاق دعوى الإجماع التعبدى كما هو واضح.

و ثانيا: على تقدير أن يكون الاتفاق إجماعا فيمكن أن يكون مستنده الوجهان الإتيان فلا يكون هنا إجماع تعبدى أصلا كما هو واضح.

و ثالثا: ليس هنا اتفاق كيف فإنه خالف فى المسأله جملة من الأكابر كالمحقق و أمثاله كما هو لا يخفى.

الوجه الثانى: أنه قد ثبت ضمان المبيع على البائع و ضمان الثمن على المشتري قبل القبض فنشكك فى ثبوت ذلك عليهما بعد القبض و فى زمن الخيار أى ثبوت الضمان على البائع فى زمان خيار المشتري و ثبوت الضمان على المشتري فى زمان خيار البائع و عدمه نستصحب ذلك حتى يصير العقد لازما.

و فيه أولا أن الاستصحاب لا يجرى فى الشبهات الحكيمه على ما ذكرناه فى محله للمعارضه الدائمه.

و ثانيا: أنه تعليق فلا- نقول بحجيه الاستصحاب التعليقى و فيه أن الاستصحاب التعليقى فيما إذا كان الحكم التعليقى ثابتا بعد الاستصحاب ففى المقام الحكم الثابت قبل القبض نستصحه بعده.

و ثالثا: أن الموضوع غير باق فى حاله بداهه أن الضمان انما ثبت

قبل القبض و كلامنا بعد القبض و قد تبدل موضوع القضييه المتيقنه إلى موضوع آخر فلا اتحاد بين موضوعى قضيتين المشكوكه و المتيقنه فلا يجرى الاستصحاب مع تبدل الموضوع.

و رابعا: أن المقام من صغريات المسأله المتقدمه فى محلها من دوران الأمر بين العمل بالعام أو استصحاب حكم المخصّص و قد قلنا انه يتمسك بالعموم، فان مقتضى العمومات هو حصول المبادله بين المالين و صيروره كل منهما ملكا للآخر بحيث يكون تلف كل من مالكه الفعلى و قد خرج من ذلك العموم زمان قبل القبض فيبقى الباقي تحت العام كما هو مقتضى العمل بالعمومات بحسب الأزمان كما هو واضح، و قد تقدم ذلك مفصلا فى بعض المباحث السابقه.

و خامسا: أن الدليل أخصّ من المدعى، فإنه قد لا يكون ضمان على البائع من أول الأمر حتى قبل القبض لكى يستصحب ذلك الضمان بعد القبض فى زمن الخيار الى أن ينقض ذلك كما إذا كان المبيع عند المشتري قبل البيع و ح فلا ضمان للبائع حتى يستصحب ذلك الى زمان لزوم العقد كما هو واضح.

و على الجملة فلا يمكن إثبات كون التلف فى زمن الخيار على من لا خيار له بمثل هذه الوجوه، و اذن فلا بدّ من ملاحظه دليل أصل الحكم أعنى الروايه الوارده فى المقام ليلاحظ أنه هل تشمل هذه الروايه لغير خيارى الشرط و الحيوان أم لا، فان قلنا بأن المراد من قوله عليه السلام فى صحيحه ابن سنان حتى ينقضى شرطه أو الشرط باللام خاليا عن الضمير و كذا المراد من قوله عليه السلام فان كان بينهما شرط أياما معدوده ان كان المراد من كلمه الشرط فى هذه الروايه الطبيعه المطلقه الشامله لكل شرط سواء كان فى الحيوان أو فى غيره، و سواء كان مجعولا للمتعاقدين و ثابتا باشتراطهما

أم لا كخيار المجلس وغيره وكذلك خيار الرؤيه والعيب والغبن فلا شبهه في صدق الشرط على جميع ذلك و عليه فمقتضى الروايه أن يكون التلف في زمن أي خيار من مال من لا- خيار له، و ان كان غير خيارى الحيوان و الشرط و ان قلنا ان المراد من الشرط المذكور في الروايه هو العهد بأن يراد منه خصوص الشرط في خيار الحيوان المعجول للشارع أو خصوص الشرط الثابت في خيار الشرط الثابت بجعل المتعاقدين فلا تشمل الروايه لغير خيارى الحيوان و الشرط و لكن الظاهر هو الثانى، فإن الظاهر أن اللام في قوله عليه السلام حتى ينقض الشرط إشاره إلى الشرط المعهود في خيار الحيوان و هذا ظاهر لو كانت النسخه حتى ينقض شرطه، فان الضمير يرجع الى الحيوان، و من هنا يتضح الحال من قوله عليه السلام ان كان بينهما شرط أياما فإنه و ان لم يكن مصحوبا باللام و لا ملحوقا بالضمير إلا أن المراد منه هو الشرط الذى الشرط باللام الداخلى فيه أى الشرط المعهود كما تقدم فإنهما قد ورد في روايه واحده فيكون ما هو المراد من مصحوب اللام هو المراد من الخالى منه، و كيف كان فاراده الطبيعه منهما خلاف الظاهر من الروايه، فإن محط الكلام في الروايه هو الشرط في بيع الحيوان و الشرط الذى جعل بجعل المتعاقدين على أنه مع الغض عن ذلك أن قوله عليه السلام ان كان بينهما شرط أياما معدوده ظاهر في خيارى الحيوان، و الشرط بحيث يكون المراد من القيد أعنى أياما معدوده هو القيد الاحترازى فلا نريد أن نتمسك بالمفهوم حتى يستشكل فيه بعدم حجيته مفهوم الوصف بل نقول ان مقتضى الظاهر أن قيد الأيام قيد احرازى بمعنى ان الموضوع من الأول مضيق بما إذا كان الشرط أياما معدوده بحيث يكون محدودا من الأخير فالحكم ثابت على هذا الموضوع المضيق و لا شبهه أن الشرط أياما معدوده و محدودا من الآخر لا يكون إلا في خيار الحيوان الذى إلى ثلاثه



أيام و فى خيار الشرط فإنه أيضا يكون أياما بحسب الجعل و محدودا من الآخر.

و أما فى غيرهما و ان كان يمكن أن يكون أياما و لكنه لا يكون محدودا من الآخر ليكون أياما معدوده فإن الشرط فى غيرهما قد يكون قليلا و قد يكون كثيرا، كما إذا كان المتبايعين محبوسين فى مكان، فان خيار المجلس يبقى مده و قد يكون قليلا كما إذا تفرقا بعد دقيقه و كذا خيار العيب و الرويه و الغبن هذا إذا قلنا بأن الخيار فى موارد خيار الغبن و الرؤيه و العيب، انما ثبت من الأول حيث أنه يمكن أن يكون قليلا- و يمكن أن يكون كثيرا، الأ- أنه غير محدود بحد و ليس ذلك مثل خيار الحيوان ليكون ثلاثه أيام دائما و محدودا و لا مثل خيار الشرط ليكون أياما عديده أيضا و محدودا و من هنا يعلم أنه لا تشمل الروايه لغرض قبل خيار الشرط لازما مده العمر لعدم كونه محدودا و أما إذا قلنا بان الخيار فى أمثال ذلك، انما ثبت من زمان ظهور العيب فقط فشمول الروايه لها أشكل حتى مع القول بعدم اختصاص الحكم بخيارى الحيوان و الشرط بداهه أن الظاهر من قوله عليه السلام حتى ينقضى الشرط، و يصير المبيع للمشتري، أن الحكم مختص بمورد لم يتصف العقد باللزوم بعد بحيث يكون لازما و يكون المبيع للمشتري ملكيه مستقره بعد زوال زمن الخيار و أما إذا كان العقد لازما فى زمان و يكون الخيار طارئ عليه بعد اللزوم بحيث يكون الخيار خيارا منفصلا، فلا شبهه فى عدم شمول الروايه لهذه الصوره أصلا لعدم صدق قوله عليه السلام حتى يصير المبيع ملكا له كما هو واضح لا يخفى، فافهم، لان المبيع قد صار ملكا لازما له قبل ذلك و ظاهر الروايه أنه لم يصير ذلك ملكا له كك، بل انما يكون كك بانقضاء زمن الخيار لما عرفت أن المراد من صيروره المبيع ملكا له ليس هو كونه ملكا له حقيقه من ذلك الزمان، بل المراد أن يكون ملكا له

لازما و إلا كان ملكا له مترلزلا بنفس العقد.

و الحاصل: أنك قد عرفت الكلام فى الجهه الاولى و ملخصه أنه لا شبهه فى أن التلف فى زمان خيار الحيوان و الشرط من مال البائع للروايات الخاصه فتكون تلك الروايات موجه لرفع اليد عن مقتضى القاعده و هو كون تلف كل مال على مالكه، و أما التعدى من خيار الحيوان و الشرط الى غيرهما فإنما هو من وجوه، و هى الاتفاق و الاستصحاب و الاستفاده من الروايه و شىء من ذلك لم يتم دلالتها على المقصود و لا يمكن رفع اليد بها عن مقتضى القاعده و هو كون تلف مال كل مالك على مالكه هذا هى الجهه الأولى.

### الجهه الثانيه: أنك قد عرفت الكلام فى كون التلف فى زمان خيار

المشتري من مال البائع

و أن هذا الحكم مختص بخيارى الحيوان و الشرط و انما الكلام فى هذه الجهه فى أنه إذا كان الخيار للبائع و تلف المبيع فى زمان خياره، فهل يكون ذلك من المشتري أم لا؟ أقول: تاره يقع الكلام بعد قبض المشتري المبيع و أخرى قبله أما الكلام فى الأول فلا- شبهه فى كون التلف من المشتري لكونه موافقا للقاعده، إذ المفروض أنه مملوك له فيكون تلفه على مالكه و ليس ذلك مثل الجهه الأولى بأن يكون التلف على غير المالك حتى نحتاج الى الدليل الذى يكون مخرجا عن القاعده كما هو واضح، بل هو موافق للقاعده كما لا يخفى.

و أما إذا كان التلف قبل القبض فى المقام تظهر الثمره فإن قلنا بشمول قاعده أن التلف فى زمان الخيار ممن لا خيار له شامله لما قبل القبض أيضا فيكون التلف للمشتري مع أنه كان من البائع لكونه تلفا قبل القبض و ان قلنا بعدم الشمول كان التلف من البائع الظاهر أنه لا يكون من المشتري و أن القاعده لا تشمل لما قبل القبض و ذلك لأن الظاهر من الروايات الداله على هذه القاعده أى كون التلف فى زمن الخيار ممن لا خيار له أنها وارده

ص: ٥٢٤

فى مقام توسعه ضمان البائع حيث ان ضمان المبيع على البائع قبل القبض فقد أثبتت هذه القاعدة كونه على البائع بعد القبض أيضا توسعه لذلك و ح لا معنى للالتزام بكونها تخصيصا لقاعده أن التلف قبل القبض من مال البائع بان لا يكون له فى زمان خياره للمشتري، بل كانت القاعدة حاكمه عليها و وارده فى مقام توسعه القاعدة الاولى، و عليه فلا- مورد لهذه القاعدة أصلا، أعنى قاعده كون التلف لمن لا- خيار له فيما لم يقبض البائع المبيع مع كون الخيار له فلا يكون هذه الصوره مشموله للروايات الداله على كون التلف فى زمن الخيار ممن لا خيار له على ان المذكور فى الروايات هو البائع و لم يذكر المشتري فى شىء منها بان يكون التلف من المشتري فى فرض كون الخيار للبائع كما هو واضح.

### **الجهه الثالثه: فى أن هذا الحكم مختص بالمبيع أو يشمل الثمن أيضا**

بأن تلف الثمن فى زمان خيار البائع و عليه فإذا تلف الثمن فى بيع الخيار كان على البائع دون المشتري، و ذلك من جهه أنا نعلم أن الضمان الثابت هنا عباره عن ضمان واحد ثابت من أول العقد الى انقضاء زمان الخيار و هو عدم كون عهده المبيع على ذى الخيار و كون عهده على غيره، و من الواضح أن الثابت من حين العقد الى زمان القبض ليس الضمان إلا انفساخ العقد بالتلف لا كون مثل المبيع أو قيمته على البائع فيكون معناه بعد القبض أيضا كك فقد حكم الامام عليه السلام فى هذه الروايات باستمرار ذلك الضمان الثابت قبل القبض الى بعد القبض أيضا، و عليه فلا يكون هذه القاعدة مخصّصه للضمان قبل القبض، بل حاكمه لها بمعنى توسعه دائرتها فلو كان ضمان المبيع على المشتري إذا تلف قبل القبض مع كون الخيار للبائع فلازمه أن يلتزم بضمان المثل أو قيمه و من هنا ظهر عدم شمول القاعدة مورد خيار تأخير التسليم كما هو واضح، فافهم.

وقد عرفت أن ما دل على تسريه الحكم الى غير خيار الحيوان و الشرط انما هو بأحد وجوه ثلاثه الاتفاق و الاستصحاب و الاستفادة من الروايات و قد عرفت الجواب عن جميع ذلك، و هل يمكن التمسك بشيء من تلك الوجوه هنا لتسريه الحكم الى الثمن أم لا؟ و الظاهر أنه لا يصح، أما دعوى الاتفاق فهي مجازفه لعدم تصريح أحد بذلك ممن يعتد بقوله من الأكابر، فكيف يمكن دعوى الإجماع هنا و على تقدير ثبوته، فالجواب هو الجواب الذى تقدم فى الجبهه الاولى.

و أما الاستصحاب فيقرب بأن الثمن قبل أن يقبضه المشتري من البائع كان ضمانه على المشتري دون البائع، فإذا أقبضه منه و كان الخيار للبائع فانا نشك فى بقاء الضمان عليه، و عدمه فنستصحب ضمان المشتري قبل الإقباض.

و لكن يرد عليه جميع ما ذكرناه فى الجبهه الاولى من عدم كون الاستصحاب حجه فى الشبهات الحكيمه و من تبدل الموضوع بداهه أن الضمان كان على المشتري قبل القبض، ففى المقام بعد القبض و من كون الدليل أخص من المدعى، فإنه قد لا يكون ضمان الثمن على المشتري من الأول فلا يكون هنا موضوع للاستصحاب و من أن مقتضى العمومات هو كون العقد ثابتا بعد التحقق فى جميع الأزمنه إلا- فيما كان التلف فى زمن خيار المشتري فى خيارى الشرط و الحيوان، فإنه يكون العقد ح منفسخا، ففى المقام لا دليل على الانفساخ لعدم الوجه لاستصحاب حكم المخصص.

و بعباره أخرى ان المقام من قبيل دوران الأمر بين الحكم بحكم العام و بين العمل بحكم المخصّص و قد ذكرنا مرارا هنا و فى الأصول أنه يتمسك بالعام فى غير زمان التخصيص دون استصحاب حكم المخصص كما هو واضح فما ذكره المصنف (ره) من التمسك بالاستصحاب ضمان المشتري قبل القبض

و قد بقى الكلام فى أن هذا الاستصحاب الذى يتوهم جريانه فى المقام و فى الجهه الأولى أيضا استصحاب تنجيزى أو استصحاب تعليقى، فنقول ان كان معنى الضمان هنا عباره عن كون مثل التالف أو قيمته ثابتا على عهده البائع الذى ليس له خيار، فالاستصحاب تنجيزى كما التزم به شيخنا الأستاذ مع كون مبناه أن الضمان بمعنى انفساخ العقد الذى مقتضاه أن يقول بكون الاستصحاب تعليقىا الذى لا يقول بحجيته بدهاه أن ضمان الثمن كان على المشتري قبل الإقباض و عهده عليه و ثبوت المثل أو قيمه على تقدير التلف من أحكام ذلك، و من آثار ثبوت العهده على المشتري لا أن معنى الضمان عباره عن التعهد بالمثل أو قيمه على تقدير التلف لكى يقال ان الاستصحاب تعليقى بمعنى أنه لو تلف كان مثله أو قيمته على المشتري فان هذا الحكم كان ثابتا قبل القبض فنستصحب بعد القبض أيضا، و على هذا فالاستصحاب تنجيزى و لكنه لا يجرى فى المقام لأنه من القسم الثالث للاستصحاب الكلى لأن ثبوت العهده على المشتري قبل الإقباض موجود حيث لم يقبض الثمن، و أما بعده فنشك فى حدوث سبب آخر للضمان و فرد آخر يوجب ثبوت العهده على المشتري مقارنا لذهاب الفرد الأول من سبب الضمان و هو كون المال تحت يده قبل القبض فلا يجرى الاستصحاب فى ذلك.

و بعباره اخرى أن الضمان قبل القبض انما هو من جهه الشرط الضمنى فيرتفع موضوعه بالتسليم و ثبوته بعده انما هو سبب آخر مشكوك الحدوث فالمستصحب داخل فى القسم الثالث من استصحاب الكلى فلا يجرى الاستصحاب فى مثل ذلك، و أما إذا كان الضمان هنا بمعنى انفساخ العقد كما عليه المصنف و أن المبيع أو الثمن يدخل فى ملك الضامن أنا ما فيتلف

من ملكه فيكون الاستصحاب تعليقا لأن الانفساخ انما يثبت و يتحقق بعد التلف فالانفساخ على تقدير التلف حكم تعليقي فاستصحابه بعد التلف يتوقف على جريان الاستصحاب التعليقي، فلا نقول به كما لا يقول به شيخنا الأستاذ فيكون هذا اشكالا آخر للتمسك بالاستصحاب هنا و في الجبهه الأولى كما لا يخفى سيأتى الكلام فيه إنشاء الله تعالى.

و أما استفاده حكم ذلك من الأخبار سواء قلنا بالتعدى عن خيار الحيوان و الشرط أم لم نقل بذلك، فلا يمكن ذلك لأن المذكور فى الروايات انما هو تلف المبيع دون الثمن فيكون فرض تلفه خارجا عن حدود الروايات كما هو واضح، إلا أن تمسك بها من جهة تنقيح المناط بدعوى أن المناط فى كون تلف المبيع على البائع فى زمان الخيار انما هو تزلزل العقد و هذا المناط موجود فى صورته كون التالف هو الثمن فى زمان خيار البائع فيكون تلفه على المشتري و لكنه واضح البطلان لكونه مبنيًا على جواز العمل بالقياس و الاستحسان و نحن لا نقول به فلا يمكن تعديده الحكم الى الثمن سواء قلنا بتعديته الى غير خيار الحيوان و الشرط أم لا؟ و من هنا ظهر أنه لا وجه لتوهم كون التلف ممن عليه الخيار فى بيع الخيار بان باع داره بثمن و جعل لنفسه الخيار إلى سنة ثم تلف الثمن فى ذلك زمان فإنه لا يكون على البائع.

### **الجبهه الرابعه: فى أن المراد من الضمان الذى نبحت فى ذلك أى**

شئ

هل المراد منه ثبوت عهده المبيع على البائع بالمثل و قيمه أو المراد من ذلك انفساخ العقد، و الذى يظهر من الشهيد و اختاره شيخنا الأستاذ هو الأول، و لكن المشهور المعروف بل المتسالم عليه هو الثانى كما اختاره فى المتن و الوجه فى ذلك أمران:-  
الأول: أن الظاهر من الضمان الذى ثبت فى المقام هو ضمان واحد

ص: ٥٢٨

ثابت من أول العقد و ابتدائه إلى انتهاء خيار الحيوان و الشرط أو خيار آخر أيضا بناء على التعدى من خيارى الحيوان و الشرط الى غيرهما.

و لا شبهه أن الضمان الثابت قبل القبض ليس الا هو انفساخ العقد على تقدير التلف و لم يتوهم أحد كون الضمان هنا هو التعهد بالمثل أو القيمة، بل معناه هو انفساخ العقد و فرضه كأن لم يكن إذ الشارع قد حكم بكونه أى التلف قبل القبض من البائع و كأنه لم يتحقق العقد و لم يخرج البائع من ضمان العين بالإقباض و إذا كان قبل القبض بهذا المعنى، فيكون كك بعد القبض أيضا فإن الظاهر أن الضمان الوارد فى الروايات الداله على أن التلف فى زمن الخيار ممن لا خيار له بمعنى واحد و على نهج فارد كما لا يخفى.

و دعوى ثبوت القاعده فى مورد خيار التأخير بلا وجه، و قد تقدم عدم ثبوت القاعده قبل القبض ليكون مقتضيا للضمان قبل القبض بأن يكون التلف من المشتري فى زمان خيار البائع.

الأمر الثانى: أن المذكور فى الروايات أن التلف فى زمن الخيار من مال البائع فى جواب السائل عن كون الضمان على من، و لا شبهه أنه انما يكون من مال البائع إذا كان الضمان هنا بمعنى انفساخ العقد فإنه يكون المبيع للبائع أنا ما قبل التلف ثم يتلف و أما إذا كان الضمان بمعنى التعهد بالمثل أو القيمة فلا- يكون التلف من مال البائع، بل يكون من مال شخص آخر إذ لا معنى لنسبه التلف الى مال البائع مع كون التالف مال شخص آخر فيعلم من ظاهر الروايه أن الضمان هنا بمعنى انفساخ العقد كما هو واضح.

### **الجهه الخامسه: من الكلام فى أن مورد هذه المسأله هل هو العين**

الشخصيه

بأن باع شيئا فتلف فى زمن الخيار سواء كان مختصا بالمبيع أو أعم منه، و من الثمن و سواء كان مختصا بخيارى الحيوان و الشرط أو أعم منهما

ص: ٥٢٩

أو يعم مورد البحث عين الكليه أيضا بأن باع كليًا و اقبض فردا منه ثم تلف ذلك الفرد في زمن الخيار،الظاهر هو الأول لوجهين:- الأول:أن ما وقع عليه العقد انما هو الكلي دون الفرد،و الفرد انما دفعه البائع إلى المشتري من جهة انطباق الكلي عليه لا- أنه هو المبيع و لذا لو ظهر فيه عيب أو غش أو تخلف وصف يبدله بشخص آخر غيره،لا- أنه يكون مخيرا بين الفسخ و الإمضاء مع الأرش أو مجانا كما كان الأمر كذلك لو ظهر المبيع الشخصى معيوبًا،و في المقام أيضا كك فإنه إذا باع كليًا و سلم فردا منه و تلف ذلك في زمان خيار الحيوان،أو الشرط،فإنه لا يكون ذلك من مال البائع لعدم كون المبيع تالفًا،فإنه هو الكلي و الكلي لا- يتلف و انما التالف هو ما انطبق عليه الكلي،و من الواضح أن الظاهر من الروايه هو أن يكون التالف هو المبيع بنفسه كما هو واضح لمن راجع إليها.

الوجه الثانى:انك قد عرفت أن الضمان هنا بمعنى انفساخ العقد و كون التالف على البائع كأن لم يكن هنا عقد أصلا،بحيث يكون المبيع داخلا- فى ملكك البائع أنا ما قبل التلف فيكون تلفه عليه،و لا معنى لانفساخ العقد الواقع على الكلي،بإتلاف الفرد كما ذكره المصنف(ره).

### **الجهه السادسة:أنه هل مورد البحث مختص بما إذا كان التالف**

مجموع المبيع أو يعم

بما إذا كان التالف جزء منه أو وصفا من أوصافه الصحه، بل وصفا غير دخيل فى الصحه و أنه على تقدير عمومه لذلك فما هو معنى الضمان هنا،فقد ذكر المصنف أن معنى الضمان فى فرض كون التالف هو جزء المبيع انفساخ العقد فى الجزء كبيع ما يملك و ما لا يملك فى صفقه واحده فإنه يفسخ فى أحدهما دون الآخر لانحلاله الى بيعين و سكت عن كون التالف وصفا من أوصاف المبيع سواء كان ذلك وصف الصحه أم لا،و لكن الظاهر أن مورد البحث لا يعم بصوره كون التالف جزء من المبيع أو وصفا

ص: ٥٣٠



و الذى ينبغى أن يقال هو أن مورد البحث مختص بتلف المبيع بأجمعه، فلا يعم بما إذا كان التالف جزء منه أو وصفاً من أوصافه و ذلك لأن الظاهر من قول السائل إذا حدث فيه حدث على من يكون ضمانه و من قوله عليه السلام على البائع، و ان كان يشمل تلف الجزء و الوصف كليهما و هذا لا شبهه فيه، و لكن لا بدّ و أن يلاحظ أن المراد من الضمان هو التعهد بالعين و كون عهدها على الضمان، و هذا معنى واحد يشمل لصوره تلف العين قبل القبض و بعده فى زمان الخيار فيكون العقد منفسخاً و يكون المراد من كون عهده العين التالفه على البائع كون التلف فى ملكه كأنه لم يقع عليه العقد و فى صورته كون التالف هو الوصف كون العهده على البائع عبارته عن فرض هذا التلف قبل البيع، فلو كان البيع واقعا على مبيع بعنوان كونه واجداً لوصف الصحة أو الكمال الموجب لزيادته المالىة أو لوصف لا يكون دخيلاً فى زيادته المالىة ثم علم بذلك فإن المشتري يكون له الخيار أى خيار تخلف الوصف و فى فرض ظهور المبيع معيوباً يكون مخيراً بين الفسخ و الإمضاء مجاناً أو مع الأرش، و قد تقدم تفصيل ذلك و كون الأرش واقعا فى الطول أو العرض.

و إذ عرفت ذلك ففى المقام أيضاً كذلك حيث ان المبيع إذا حدث فيه حدث فى زمان الخيار، فمعنى كون التلف على البائع فرض ذلك الحدث فى المبيع قبل وقوع العقد عليه، فكما كان المشتري فى فرض ظهور المبيع معيوباً أو فاقداً للوصف مخيراً فى فسخ العقد و إمضائه، و فى صورته كونه معيوباً كان له أخذ الأرش أيضاً، و كذلك له ذلك إذا كان حدوث الحدث فيه فى زمان الخيار كما تقدم و من هنا اتضح أنه لا يفسخ العقد فى صورته تلف جزء المبيع كما ذهب إليه شيخنا الأستاذ بل يثبت للمشتري خيار الفسخ بداهه

أن الظاهر من الروايات الداله على كون التالف من مال البائع أن يكون مجموع المبيع تالفا لا بعضه و من جميع ما ذكرناه ظهر أنه لا يكون الضمان الوارد فى الروايات فى هذه المسأله مستعملا فى أكثر من معنى واحد لما عرفت أنه بمعنى كون التالف على عهده البائع و هذا المعنى تختلف بحسب اختلاف المصاديق و لا شبهه أن اختلاف المصاديق بحسب الموارد أجنبى عن استعمال اللفظ فى أكثر من معنى واحد كما لا يخفى، و أيضا ظهر من ذلك أن ما ذكرناه سابقا من كون الاستصحاب تنجيزيا متوقف على كون الضمان بمعنى العهده و فى المقام بمعنى الانفساخ فيكون الاستصحاب تعليقا ليس كذلك، بل الضمان بمعنى انفساخ العقد فيكون الاستصحاب تنجيزيا كما هو واضح.

و أما ما دل على كون ضمانه على البائع فى زمان خيار المشتري إذا حدث فيه حدث فقد عرفت معناه و أن المراد من ذلك فرض الحدث حادثا قبل البيع كما لا يخفى.

و على الجملة فلا يستفاد من الروايات انفساخ العقد بالنسبه إلى الجزء الفائت فى زمان الخيار.

لا يقال ان البيع و ان كان بحسب الحدوث واحدا و لكنه منحل الى الاجزاء كما فى بيع ما يملك مع ما لا يملك، و عليه فلا بأس من الالتزام بانفساخ العقد فى الجزء الفائت كما ذهب اليه المصنف و اختراه شيخنا الأستاذ أيضا.

فإنه يقال ان الانحلال و ان كان صحيحا بحسب نفسه و لكن لا يمكن الالتزام به فى جميع الموارد، بل يختلف بحسب اختلاف الأحكام كما تقدم فى خيار المجلس فإنه إذا باع أحد شيئين بصفقه واحده و ان كان البيع منحلا إلى شيئين و لكن ليس له أن يفسخ العقد فى أحدهما بخيار المجلس

دون الآخر فان الانحلال لا- يجرى بالنسبه إلى مثل هذا الأحكام الثابته لمجموع المبيع بما هو مجموع و مقامنا أيضا من هذا القبيل حيث ان الظاهر من الدليل أن التلف انما يكون موجبا لانفساخ العقد إذا كان واقعا على مجموع المبيع لا على بعضها و ان كان البيع الواقع على كل جزء بحسب الانحلال و لكن بيعا مستقلا و الانحلال لا- يجرى بالنسبه الى هذا الحكم لكونه على خلاف الظاهر من الروايه كما هو واضح، فافهم.

### الجهه السابعه: أنه لا شبهه في أنه إذا كان التلف بآفه سماويه أو

نحوها

بان اقترسه حيوان أو مات لمرض و نحوه كالسقوط من شاهق أن التلف يكون ح من مال البائع، فيما إذا كان التلف في زمان خيار المشتري، هذا هو مورد الروايات لقوله عليه السلام أو هلك، فان الظاهر من ذلك هو هلاكه بمعنى إتلاف متلف، و هل يعم الحكم بصوره الإتلاف بان يستند التلف الى فعل أحد الصادر عنه بالإراداه و الاختيار فيكون ح أيضا من مال لا خيار له.

أو لا- يعم الحكم بذلك، بل يكون التلف من المتلف فنقول ان الصور المعقوله المتصوره في المقام لا- يخلو عن ثلاثه:-  
الاولى: أن يكون المتلف هو الذى كان عليه الخيار كالبائع مثلا.

الثانيه: أن يكون هو المشتري الذى له الخيار.

الثالثه: أن يكون المتلف هو الشخص الأجنبى.

أما الصوره الاولى: فلا شبهه أن التلف يكون عليه لأنه هو السبب التام فى ذلك فمقتضى قاعده الضمان بالإتلاف يكون التلف محسوبا عليه من غير احتياج إلى قاعده كون التلف فى زمن الخيار على من لا خيار له.

و أما الصوره الثانيه: فكك أيضا فإن الضمان انما على المشتري فلا يكون ذلك موجبا لانفساخ العقد، و الأ لا يتمكن أحد من شراء حيوان و ذبحه و أكله و ضيافته فى زمان الخيار، فإنه بالذبح المجرد يفسخ العقد و يفرض

ص: ٥٣٣

كالعدم و يكون المذبح راجعا الى ملك البائع كما هو واضح، وهذا على خلاف الضروره من الشرع و العقلاء، بل إتلاف ذى الخيار المبيع مع العلم بالحكم يكون إسقاط للخيار و التزاما للعقد، و الحاصل أن اقدمه بإتلاف المبيع بإرادته و اختياره موجب لثبوت الضمان له و إسقاط خياره و إقرار للعقد فلا يكون مثل هذا الإتلاف وسيله لكون التلف ممن لا خيار له كما هو واضح.

و من هنا ظهر الحال فى الصورة الثالثه أيضا حيث ان ضمان ذلك المال على المتلف لا على من عليه الخيار كما لا يخفى.

### ثم ان هنا مسأله أخرى يوهم كلام المصنف الخلط بينها و بين المسأله

المتقدمه من تجزيه الإتلاف عن التلف

فيتخيل أن المسأله الثانيه من تتمه المسأله الاولى و من ذيلها و لكن الأمر ليس كذلك، بل غرض المصنف مع غلق عبارته و اضطرابه أنه استند التلف إلى الإتلاف فما ذا يصنع فى المقام فهل يبقى الخيار فى حاله أو لا، و مع فسخ ذى الخيار فى هذه الحاله الى من يرجع و ذكر أنه ان كان المتلف هو ذى الخيار فلا شبهه فى سقوط خياره فان العقد لازما بهذا التصرف كما عرفت فلا خيار له، و ح و ان كان المتلف هو من عليه الخيار كان خيار المشتري باقيا فى حاله فإن أراد أن يفسخ العقد و يرجع الى الثمن الذى هو عين ماله السابق على العقد و ان أراد ان يمضى العقد فيرجع الى من عليه الخيار فهو البائع فى المقام و يأخذ منه بدل المبيع و هذا أيضا لا كلام فيه و انما الكلام فيما إذا كان المتلف هو الأجنبى فإنه ح لا شبهه فى بقاء خيار المشتري على حاله فإن أمضى العقد أو خرج زمان الخيار و لم يمض العقد فيرجع هو الى الأجنبى و يأخذ منه بدل ماله و هذا أيضا لا شبهه فيه و ان فسخ العقد فمقتضى قانون الفسخ أن يرجع كل من العوضين الى مالكة الأصل و ح فلا شبهه فى رجوع

التمن الى ملك المشتري فيرجع المشتري الى البائع و يأخذ الثمن منه كما لا شبهه في رجوع بدل المبيع إلى البائع و لكن الكلام في أن البائع هل يرجع الى المشتري أو لا.

و الحاصل: أن المتلف لا يخلو اما أن يكون هو البائع الذي عليه الخيار أو المشتري الذي له الخيار أو الأجنبي أما الأول فلا شبهه في كون ضمان التالف عليه لقاعده الضمان بالإتلاف. و ح لا- تصل النوبه إلى قاعده أن التلف في زمان الخيار ممن لا خيار بحيث يحكم بانفساخ العقد فإن القاعده في مورد لا يكون هنا ما يدل على ضمان شخص معين بالخصوص سواء كان هو من له الخيار أو من عليه الخيار، بل المشتري الذي له الخيار مخير بين إمضاء العقد و الرجوع الى البائع بالمثل أو قيمه أو الفسخ و الرجوع الى الثمن.

و ان كان المتلف هو المشتري فلا- شبهه أن ضمانه عليه، بل يسقط خياره أيضا فضلا عن أن يكون التلف من مال من لا خيار له، فان هذا النحو من التصرف كاشف عن رضاه بالعقد فيكون لازما و هذا مما لا ريب فيه.

و أما إذا كان المتلف هو الأجنبي فأیضا يكون الضمان هو الأجنبي لقاعده الضمان بالإتلاف فلا يتوهم في شيء في صور الإتلاف كون التلف ممن لا خيار له.

نعم، لو كان هنا أيضا دليل على كون التلف من مال من لا خيار له لأخذنا به و لكنه منتف فلا بدّ من الرجوع الى دليل آخر و هو قاعده الضمان بالإتلاف.

ثم انه لا شبهه في بقاء خيار المشتري إذا كان المتلف هو الأجنبي كما أنه كان باقيا في فرض كون المتلف هو البائع و ح ان كان راضيا بالعقد و ممضيا له فلا شبهه في لزوم العقد و سقوط خياره فيتعين عليه الرجوع الى

الأجنبي و ان فسخ العقد فإنه يرجع الى البائع الذى من عليه الخيار فيأخذ الثمن منه، و اما البائع فهل يرجع هو الى المشتري أو إلى الأجنبي أو يتخير في الرجوع الى أى منهما شاء، ووجه و قبل التعرض لبيان مدرك الوجوه و ترجيح المختار منها على غيره لا بدّ و ان يعلم أن مورد البحث فى كلام المصنف هو تلف المبيع و أن الفاسخ هو المشتري كما هو مسوق الكلام من الأول فما ذكره شيخنا الأستاذ من جعل مورد البحث هو تلف الثمن و أن الفاسخ هو البائع استنادا إلى أمور و قرائن استفادها من العبارة لا وجه له.

نعم، الظاهر ان كلمه الفاسخ فى الموارد الثلاثة و كلمه المفسوخ عليه فى آخر العبارة اما من سهو القلم أو من اشتباه النساخ فإنه لا بدّ و ان يكون المذكور مكان الفاسخ كلمه المفسوخ عليه و فى مكان كلمه المفسوخ عليه كلمه الفاسخ كما هو واضح.

أما الوجه فى رجوع البائع إلى المتلف فقد ذكر المصنف فيه وجهين:

الأول: أن بدل العين التالفه انما هو فى ذمه المتلف.

و الثانى: أن العين التالفه بعد الفسخ ملك للمالك السابق و هى فى عهده المتلف فتكون كما لو كانت موجوده عنده، فلا بدّ من الرجوع عليه و أجاب المصنف عن ذلك أن البدليه إنما هى بالنسبه إلى التلف من حيث وجوب دفعه الى المالك و أن ذمه المتلف غير فارغه عن ذلك لا أنه يترتب على هذا البدل جميع الآثار المترتبة على العين بحيث كما أن العين لو كانت موجوده فى يد الأجنبي كان البائع المفسوخ عليه يرجع اليه و كذلك البدل و ليس كك، بل البدل مثل العين فى اشتغال ذمه المتلف بذلك فقط لا فى جهه أخرى و ح فيرجع البائع إلى المشتري، فالمشتري يرجع الى الأجنبي، و أيضا أن مقتضى الفسخ و ان كان عود العين التالفه إلى المالك

السابق لكن تلك العين التالفه مضمونه ضمانا معاوضيا على المشتري الذى يفسخ العقد بحيث لا بد له أن يعطى البديل للبائع الذى هو المالك السابق للمبيع و عليه فلا بد و أن يخرج المشتري عن عهده ذلك و يعطى بدله للبائع و اذن فيرجع البائع اليه و أما الأجنبى فهو ضامن ضمانا غراميًا بالنسبه إلى المالك حين الفسخ، و هو من له الخيار و عليه فالوجه هو الرجوع الى المشتري.

و قد اختاره السيد فى حاشيته و أيده بأن الأمر كذلك فى الإقاله أيضا، فإن فيها أيضا يرجع البائع إلى الآخر و ان كان المتلف هو الأجنبى.

و على الجملة حكم الفسخ و الانفساخ مطالبه العوض من الطرف كما هو قانون الفسخ فإنه يقتضى أن يخرج كل من المتبايعين عن عهده العوض و يرجع ذلك الى ما انتقل عنه ذلك العوض اليه كما هو واضح.

و أما وجه التخير فقد ذكر المصنف أن يد الفاسخ يد ضمان بالعوض قبل الفسخ و بالقيمه بعده و إتلاف الأجنبى أيضا سبب للضمان فيتخير فى الرجوع ثم ذكر أن هذا أضعف الوجوه.

أقول: الظاهر أن القول بالتخير أصح الوجوه، و ذلك من جهة أن جواز الرجوع الى الفاسخ لأجل ضمان المعاوضه فإن مقتضى الضمان المعاوضى أن يرجع البائع إليه بالثمن فإذا فسخ المشتري العقد فيرجع البائع إليه بالمبيع كما هو مقتضى قانون الفسخ فحيث كانت العين تالفه فيرجع الى بدلها كما هو واضح.

و أما جواز رجوعه الى المتلف فمن جهة أن المتلف قد اشتغلت ذمته ببدل العين التالفه بمقتضى قاعده الضمان بالإتلاف و كان اللازم عليه أن يعطى ذلك الى المشتري حدودا الى زمان فسخ المشتري العقد، و إذا فسخ المشتري العقد كانت ذمته مشغوله ببدل العين التالفه بقاء بالنسبه

إلى البائع كما إذا كان مال أحد تحت يد أجنبي أما بعنوان الغصب أو بعنوان الامانه فمات المالك فإنه لا بد أن يعطى ذلك الى وارثه و هكذا لو كانت ذمته مشغوله لأحد لأجل إتلاف ماله ثم مات المالك فإنه يجب عليه أن يعطى بدله لوارثه و المقام أيضا كك كما هو واضح.

و اذن فخير للمفسوخ عليه أن يتخير بين الرجوع الى الفاسخ أو المتلف ثم انه لا يفرق فى الحكم بالتخير بين القول بأن ضمان المتلف بقيمه يوم التلف أو أعلى القيم، أو قيمه يوم المطالبه، فإنه إذا قلنا بقيمه يوم التلف مع كونه زائدا عن قيمه يوم الفسخ، و المطالبه، يعتبر من حين الفسخ اشتغال ذمه المتلف بذلك القيمه و لا يلزم من ذلك أن نقول يتعين الرجوع الى الفاسخ و الأ لزم أن يكون الزائد عن قيمه يوم الفسخ للفاسخ كما هو واضح.

نعم، فرق بين الرجوع الى المتلف و الفاسخ فإنه ان رجع الى الفاسخ فيرجع الفاسخ الى المتلف و ان رجع الى المتلف فلا يرجع المتلف الى أحد لاستقرار الضمان عليه كما هو واضح، و من هنا ظهر أنه لا وجه لقياس المقام ببيع ذى الخيار المبيع من شخص آخر فى زمان الخيار فإنه بعد الفسخ لا يرجع البائع إلى المشتري الثانى لعدم اشتغال ذمته فعلا ببديل العين التالفه حتى ينتقل ذلك الى البائع بقاء، نعم يصح قياسه بباب تعاقب الأيدي فى الغصب مع تلف العين المغصوبه كما هو واضح.

**قوله:مسأله و من أحكام الخيار ما ذكره فى التذكرة فقال لا يجب على**

**إشاره**

البائع تسليم المبيع و لا على المشتري تسليم الثمن فى زمان الخيار.

أقول: أن هنا فرعان:-

**الأول:أنه لا يجب على البائع تسليم المبيع فى زمان إذا لم يسلم**

المشتري الثمن

و ذلك من جهة الشرط الضمنى فإن العقلاء بانون على اشتراط

ص: ٥٣٨



تسليم المبيع بتسليم الثمن فبانتفاء الثاني لا يجب الأول و هذا واضح.

### الفرع الثاني: انه إذا سلم البائع المبيع لا يجب على المشتري تسليم

الثمن في زمان خياره

بتوهم أنه من أحكام الخيار و قد استشكل عليه بأنه بأى دليل لا يجب ذلك فمجرد كون المشتري له الخيار لا يثبت جواز تأخير التسليم، بل لا بدّ و ان يكون له دليل و لذا ذكر المصنف أيضا أنه لا نعرف وجها لهذا الحكم.

نعم، لو قلنا بمقاله الشيخ الطوسي (ره) على ما نسب اليه من القول بتوقف حصول الملك على انقضاء زمان الخيار، و أنه لم تحصل الملكيه قبل ذلك لتوجه ما ذكره العلامة من عدم وجوب التسليم على المشتري في زمان خياره، و ان سلم البائع أيضا المبيع إليه إذ ليس الثمن ملكا للبائع حتى يجب تسليمه اليه كما أن المبيع ليس ملكا للمشتري و ان سلمه البائع اليه، و لكن قد تقدم الإشكال في ذلك و عدم الدليل عليه و قلنا ان مقتضى العمومات حصول الملكيه لكل من البائع و المشتري من أول العقد غايه الأمر تكون الملكيه في زمان الخيار متزلزله و انما تستقر بانقضاء زمان الخيار كما لا يخفى.

ثم ان شيخنا الأستاذ قد تعجب من قول المصنف حيث ذكر أنا لا نعرف وجها للقول بعدم وجوب تسليم الثمن على المشتري مع تسليم البائع المبيع إياه، ثم ذكر الوجه في ذلك و حاصله أن أدله الوفاء بالعقد قد خصّصت بمدلولاتها المطابقه و هي لزوم العقد بالأدله الداله على ثبوت الخيار للمتبايعين أو لأحدهما و كان العقد في زمان الخيار جائز و متزلزلا، بحيث كان العقد بجميع مدلولاته المطابقه و الالتزاميه تحت يد ذى الخيار لا يجب عليه التسليم كما لا يجب عليه الوفاء بأصل العقد فلا يكون هذا مخالفا لقاعده السلطنه لأن من لا خيار له لو انتقل اليه المال على نحو كان لمالكه الأصلى التسلط على عدم التسليم لم يثبت له السلطنه المطلقه.

و بالجمله ان قاعده السلطنه قابله للتضييق و كيف أن الوجه في عدم وجوب تسليم الثمن على المشتري في زمان خياره قدرته على فسخ العقد فحيث كان قادرا على ذلك فقادر على لوازمه و من جمله لوازمه عدم وجوب تسليم الثمن كما هو واضح.

و لكن هذا الكلام،الكلام عجيب منه من جهة أن دليل التخصيص انما ورد على العمومات من حيث دلالتها على لزوم العقد مطلقا و جعله جائزا في زمان الخيار و أما الملكيه الحاصله من أول العقد فهي باقيه على حالها و غير مخصّصه بأدله الخيار،و ح فلا يجوز لدى الخيار المنع من تسليم العوض فإنه تصرف في مال الغير بدون اذنه فهو حرام.

و دعوى تضييق دائره دليل السلطنه بأدله الخيار أو انصراف الأدله الداله على حرمه التصرف في مال الغير بدون اذنه عن موارد البيوع الخياريه كما عن بعض دعوى جزافيه بداهه أنه لا دليل على التضييق و لا موجب للانصراف،بل لا بدّ من الأخذ بمفادها و الحكم بوجوب تسليم مال الغير اليه إلا إذا رضى بالبقاء عنده.نعم يمكن توجيه عدم وجوب التسليم كما ذكره العلامة من جهة انه لا يتعين التسليم لعدم لزوم العقد،بل ان يفسخ العقد فمراد من التزم بعدم التسليم ان ذى الخيار له فسخ العقد لكى يكلف بالتسليم فيكون البيع لم يقع كما هو واضح و لكن هذا توجيه بعيد كما ذكره فى المتن و مع ذلك ذكرانا لا نعرف وجهها لذلك أى لعدم وجوب التسليم لدى الخيار.

#### **قوله:مسأله:قال فى عد لا يبطل الخيار بتلف العين.**

أقول:لا- شبهه أن موضوع هذا البحث انما هو صوره عدم انفساخ العقد و عليه فلا تراحمها قاعده التلف قبل القبض و قاعده التلف فى زمان خيار الحيوان أو خيار الشرط،فإنك قد عرفت أن مقتضى القاعده فى هذه الموارد هو انفساخ العقد كما هو واضح،و أيضا أن مورد البحث ما إذا لم يكن اعمال الخيار فيه متوقفا على بقاء العين كما فى مورد خيار العيب بداهه

أنه يتوقف على بقاء العين بحالها فلو تغيرت عما وقع العقد عليه و لم تكن العين قائمه بعينها سقط الخيار و يكون النزاع فى سقوطه بالتلف أو بقاءه لغوا كما هو واضح، بل يتعين عليه أخذ الأرش و السر فى ذلك أن المستفاد من روايات خيار العيب هو كون الخيار متوقفا على رد المعيوب و أيضا أن مورد البحث ما إذا لم يكن الخيار بحسب جعل المتعاقدين مختصا بصوره بقاء العين بأن يكون المجعول هو الحصه الخاصه من الفسخ فيكون المقتضى من الأول مضيقا كما إذا جعل لنفسه الخيار فى بيع مقيدا برد مثل الثمن كأن باع داره بثمن معين و اشتراط جواز رده برد مثل الثمن إلى مده خاصه و تلف الدار فى ضمن هذه المده فإنه يسقط الخيار بالتلف فلا يبقى خيار هنا فان المجعول انما كان هو الخيار الخاص و الفسخ الخاص اعنى الفسخ مع بقاء العين كما هو واضح.

و كذا الحال إذا كان الخيار متعلقا برد العينين كما فى المعاملات فإنه بناء على كونها جائزه فإنما يكون جواز الرد متعلقا بالعين و هذا انما يتحقق ما دام العين باقيه فى حالها و إذا تلفت سقط موضوع جواز الرد أصلا كما هو واضح، بل يحكم بلزوم العقد.

إذا عرفت ذلك فنقول انه وقع الكلام فى سقوط الخيار و عدمه فى جملة من موارد الخيارات كخيار الغبن فان المحقق الثانى تردد فى سقوط خيار الغبن بتلف المغبون فيه و منها المرابحه فيما إذا ظهر كذب البائع فى رأس المال بأن أخبر بأنه اشتراه عشره دراهم و يأخذ منه الربح درهمين فيكون الثمن اثنا عشر درهما، فظهر أنه اشتراه بثمانيه دراهم فإنه قد تخلف الشرط فى المقام فقد وقع الخلاف فى سقوط الخيار هنا بتلف العين و عدمه.

و قد تردد العلامة فى ذلك، بل عن المبسوط الجزم بالعدم و علم ذلك بأن الرد انما يتحقق مع بقاء العين، و لكن قوى فى المسالك و جامع المقاصد ثبوته، و منها خيار الرؤيه فإن المحقق الثانى ألحقه بخيار الغبن فى سقوطه بتلف العين و كذلك تلف الثمن فى خيارى الحيوان و الشرط

المجوعول على نحو الإطلاق لا فى تلف المبيع، فإنك قد عرفت خروجه عن مورد البحث، و تعين انفساخ العقد هناك.

و الظاهر أن القائلين بسقوط الخيار فى الموارد المذكوره و غيرها انما توهموا أن الخيار انما تعلق برد العين و من الواضح أن هذا انما يكن فيما إذا كانت العين باقيه و أما إذا تلفت فلا يمكن الرد فيسقط الخيار كما هو واضح.

و لكن التحقيق فى المقام أن يقال: ان الخيار تاره يثبت بالأدله الخاصه و الروايات الداله على ذلك و أخرى بالشرط الضمنى.

أما الأول: كخيار المجلس مثلاً، فالظاهر بقاء الخيار بعد تلف العين أيضاً لإطلاق الأدله و عدم تقيدها بصوره تلف العين كما هو واضح، فان مقتضى قولهم عليهم السلام البيعان بالخيار ما لم يفترقا هو كون الخيار دائراً مدار الاجتماع فما دام المتبايعان فى المجلس كان الخيار باقياً، و إذا تفرقا يسقط الخيار و لا شبهه أن التفرق قد يكون بعد تلف العين و أخرى قبله، وإطلاق الروايه محكم و من هنا ظهر أنه لا- وجه لتوهم أنه لا- نجد فى أدله الخيارات كما فى كلام المصنف تكون مطلقه فى إثبات الخيار بالنسبه الى ما بعد تلف العين و كذلك إطلاق قوله عليه السلام: و هم بالخيار إذا دخلوا السوق، فإنه مطلق بالنسبه الى ما بعد التلف و ما قبله.

و أما إذا كان دليل الخيار هو الشرط الضمنى فقد مرّ مرارا أن معنى جعل الشرط فى العقد مرجعه الى جعل الخيار و من الواضح فى كون الإنسان مخيراً فى فسخ العقد و إمضائه، لا يفرق فيه بين تلف العين و بقائه كما هو واضح، كما أن الإقاله ليست بمقيده ببقاء العين فكك الفسخ إذ لا فرق بينهما إلا من أن الإقاله فسخ من الطرفين و الفسخ بالخيار، فسخ من طرف واحد، اذن فمقتضى القاعده هو الحكم بثبوت الخيار بتلف العين كما هو واضح، و من هنا ظهر أنه لا وجه للتمسك بالاستصحاب كما

فى المتن لعدم وصول النوبه إليه،حتى يستشكل فيه بما ذكرناه سابقا من عدم كون الاستصحاب جاريا فى الشبهات الحكيمه و غير ذلك من المناقشات.

### قوله:مسأله:لو فسخ ذو الخيار فالعين فى يده مضمونه بلا خلاف.

أقول:إذا فسخ ذو الخيار العقد فلا شبهه فى كون العين مضمونه لصاحبها على الفاسخ إذا فرط فى إعلان صاحبها و جعله متمكنا فى أخذ ماله عرفا فان يده ح يد ضمان من حيث البقاء و ان لم يكن كذلك من حيث الحدوث و بناء العقلاء أيضا على ذلك و أما إذا جعل صاحبه متمكنا من الأداء بإعلانه إياه و نحو ذلك لا يكون ذلك ضامنا عليه فان يده أمانه شرعيه كما هو واضح.

و أما المفسوخ عليه فهل يكون ضامنا لمال الفاسخ أو لا،فقد ذكر شيخنا الأستاذ أنه يكون ضمانه عليه لدليل اليد و ذلك فان المستفاد من من الدليل أن كون مال الغير تحت استيلاء شخص يقتضى أن يكون ضمانه عليه إلا أن يتحقق رافعه و لم يؤخذ مال الغير عنوانا للمأخوذ حتى يقال انه حين الأخذ لم يكن مال غيره فلا يشمل قوله على اليد ما أخذت،بل اعتبر بالقرينه العقليه موضوع الحكم يوجب الأداء و لا شبهه أنه حين الحكم بوجوب الأداء هذا العنوان موجود لأنه فى هذا الحين مال الغير و ان لم يكن حين الأخذ كك.

و بالجملة المال المقبوض إذا طرأ عليه عنوان مال الغير يترتب عليه الضمان كما أنه لو خرج عن هذا العنوان يرتفع عنه الضمان.

و لكن ير عليه:- أولا:أن على اليد ما أخذت حتى تؤدى روايه نبويه مرويه من طرق العامه فلا يمكن المساعده على صحتها كما تقدم سابقا.

و ثانياً: أن شيخنا الأستاذ و قد اعتبر فى مفهوم الأخذ عنوان القادريه و الاستيلاء كما هو كذلك فى قوله تعالى لا تأخذهُ سِنَّهٗ وَ لا نَوْمٌ، و من الواضح أنه ليس هنا كذلك، بل المدرك لهذه القاعده انما هو السيره القطعيه العقلائييه و لا شبهه أنها منتفيه فى المقام، بل هى على عكس ذلك فإن السيره قائمه على أنه لا ضمان فى مثل هذه الموارد.

## الكلام فى النقد و النسيه

### اشاره

قوله: القول فى النقد و النسيه.

أقول: أن البيع بحسب تقسّمه الى النقد و النسيه له أربعة أقسام لأنه اما يكون كل من العوضين نقدا فهو بيع النقد، و اما يكونا كلاهما نسيه، و هو الكالى بكالى، و اما يكون أحدهما نقدا و الآخر نسيه، فان النقد هو الثمن و النسيه هو المثلث، و هو بيع السلم، و اما بالعكس فهو بيع النسيه المعروف، ثم ان القسم الثانى أعنى بيع الكالى بكالى ثم ان المراد من بيع الكالى بكالى أن يكون كلّ من العوضين كلياً فى الذمه و دينا للآخر بأن باع أحد منا من الحنطه كلياً بدرهم كلى مع كون كل منهما مؤجلاً و أما إذا كانا لشخصين فقد أجل فى التسليم من الطرفين فلا يكون من بيع الكالى بكالى فتقسيم البيع الى النقد و النسيه أمر آخر لا يكون مربوطاً بتقسيمه الى الحاضر و غيره و الوجه فى اختصاص الكالى بكالى بالكلى هو روايه النهى عن بيع الدين بالدين و الإجماع فإن الدين لا- يكون إلا كلياً و المتيقن من الإجماع هو ذلك، فافهم، نعم المعنى اللغوى للكالى بكالى موجوده هنا فان العوضين من الطرفين فلو اشترط فيهما الأجل فإن التأخير هنا بحسب الشرط فما ذكره شيخنا الأنصارى من المراد بالمؤجل خصوص الكلى  
إشاره

ص: ٥٤٤

الى ذلك.

ثم ان المراد من كون المثلن أو الثمن نسيه أى شىء و قد يكون المراد من ذلك كون التملك فى أمثال ذلك تعليقاً من ناحيه المؤجل بأن يملك البائع مثلاً فعلاً و لكن الملكيه تحصل بعد زمان بحيث يكون الإنشاء فعلياً، و المنشأ استقبالياً نظير الوصيه و لكنه باطل و صحته فى باب الوصيه لدليل خاص و بيان ذلك أن العلماء ذكروا فى بيان بطلان التعليق فى العقود مثلاً تاره ينشئ تملك ماله للمشتري على تقدير أن يكون هذا اليوم يوم جمعه مع ترده فى كونه يوم جمعه فإنه يملك على هذا التقدير.

و أخرى ينشئ ملكيه ماله لشخص فى مقابل العوض الخاص بعد عشره أيام بحيث يكون البيع حاصلًا بعد عشره أيام، كما إذا آجر داره بعد شهر و فى المقام من الآن يبيع المبيع الفلانى بعد سنه بحيث تكون الملكيه من الطرفين حاصله بعد سنه و ليس الموجود من الآن إلا إنشاء البيع فقط، ليس إلا و قد اتفقت كلمات الأصحاب على بطلان كلا هذين القسمين و لكن بطلان البيع هنا على تقدير كون إنشاء التملك على التقدير المذكور بحيث يكون الإنشاء فعلياً و المنشأ استقبالياً لا يتوقف على بطلان التعليق، بل لو لم يتم الإجماع على بطلان التعليق فأيضاً لا بدّ من الالتزام ببطلان ذلك من جهه أنا ذكرنا فى محله أن البيع مبادله مال بمال بحيث يدخل الثمن فعلاً فى ملك من خرج المعوض من ملكه، و من الواضح أنه على التقدير المذكور قد صار الثمن ملكاً للبائع فعلاً، من غير أن يكون المبدل أى المبيع داخل فى ملكه و لا يشبهه أن هذا خارج عن مفهوم المبادله المفروض حصولها بالفعل فلا يكون مشمولاً لمفهوم المبادله كما هو واضح و أيضاً يحكم ببطلانه من جهه عدم صدق البيع عليه سواء قلنا ببطلان التعليق أم لا.

و قد يقال أن معنى البيع النسيه عبارته عن كون الإنشاء فعلياً و المملوك

ص: ٥٤٥

متأخرا كالواجب المعلق و كبعض أقسام الإجاره كما إذا آجر الدار المعهوده فعلا بعد عشره أيام،ففى المقام أن البائع يملك المشتري ماله بعنوان أن يكون الإنشاء حاليًا و كك المنشأ و لكن المملوك يكون متأخرا كما فى الإجاره،حيث أن الموجر الآن يوجر الدار المعينه بعد شهر فإنه بذلك يملك منفعتها من الآن ملكيه فعليه و لكن المملوك متأخر و كك فى المقام،و هذا و ان كان معقولا- فى الإجاره و لكنه غير معقول فى البيع بداهه أن الإجاره تمليك المنفعه و هى من الاعراض و الاعراض تقدر بالزمان و لكن البيع ليس كذلك،فإنه تمليك الأعيان فهى لا تقدر بالزمان،فإن حنطه اليوم مثلا هى عين هذه الحنطه بعد عشره أيام و هكذا و عليه فلا- معنى أن يملك البائع للمشتري حنطه الشهر الآتى،بحيث تكون هذه الحنطه مبيعا كما هو واضح.

و على الجملة لا يعقل بيع الأعيان فعلا،و تمليكها بالملكه الفعلية بعد مده نظير تمليك الدار المعينه فعلا،لشخص بعد مده بحيث يكون مملوك المشتري متأخرا و ذلك لما عرفت فافهم،بل المناط فى النسيه هو كون كل من العوضين للآخر بالفعل و تكون ذمته مشغوله بذلك بحيث يجب لكل منهما الخروج عن العهده فعلا،و لكن يشترط أحدهما على الآخر تأخير الثمن الى وقت كما فى النسيه أو تأخير المثلثن كما فى السلم فيكون التأجيل من ناحيه الشرط لا من ناحيه كيفيه الإنشاء كالتعليق و نحوه ليلزم المحاذير المتقدمه و هذا الذى ذكرناه لا يحتاج الى التفتيش الذى ذكرناه،بل هو أمر عرفى و ثابت بحسب ارتكاز العقلاء أيضا كما هو واضح،و عليه فلا- يجب دفع الثمن المشترط تأخيره إلى مده حتى مع مطالبه الطرف إذ ليس له حق المطالبه قبل الوقت المعين.

**قوله:مسأله:إطلاق العقد يقتضى النقد.**

ص: ٥٤٤



أقول: قد ظهر مما ذكرناه أن إطلاق العقد يقتضى التعجيل و ذلك من جهة أنه إذا كان مقتضى البيع هو مبادله مال بمال بالفعل فمقتضى ذلك أن كل من العوضين ملك لكل من المتبايعين بالفعل و هذا يقتضى أن يعطى كل منهما العوض للآخر بغير تأخير عند المطالبة فإن جواز تأخير أداء مال الغير مع المطالبة يحتاج الى دليل، بل يجب ذلك بدون المطالبة أيضا، فإن كل من كانت ذمته مشغولة بمال الغير و جب عليه إفراغ ذمته و أداء مال الغير اليه سواء طالب أم لم يطالب، فان عدم المطالبة لا يكشف عن رضاه بذلك، فإنه ربما يكون من جهة الغفلة.

نعم، إذا انكشف بالقرائن الخارجيه جواز تأخير الأداء و رضى المالك بالبقاء عنده، لا يجب الأداء فورا و من هنا اتضح أنه لا يتوقف وجوب إيصال مال الغير اليه، على المطالبة، بل مقتضى اشتغال ذمه المديون أو من وضع يده على مال الغير، أن يوصله اليه، و ان لم يطالب ذلك لأنه لا يحل مال أمر مسلم إلا بطيب نفسه، فإنه شامل بإطلاقه لذلك أيضا راجع فى ذلك الى حاشيه السيد الا مع العلم برضاه للبقاء عنده ما لم يطالب كما هو واضح.

و على هذا فلو اشترط أحد المتبايعين على الآخر التعجيل فى التسليم و عدم التأخير كان هذا تأكيدا للإطلاق لا تأسيسا إذ ما يستفاد من الشرط انما يستفاد من الإطلاق كما عرفت فلا يكون للاشترط فائده كما ذكره الشهيد فى الدروس من أن فائده الشرط ثبوت الخيار إذا عين زمان النقد فأخل المشتري، بل نفس هذه الفائده مترتبه على الإطلاق أيضا كما ذكره الشهيد الثانى مع الإطلاق أيضا يعين عدم تعيين الزمان إذا أخل به فى أول وقته.

نعم، للاشترط فائده إذا كان الإطلاق يقتضى وجوب التسليم و لكن بحسب العرف بأن يقضى العرف بلزوم التسليم فى سته أيام مثلا و هو يشترط

على صاحبه التسليم فورا فان هذا المقدار من الفوريه لا- تستفاد من الإطلاق و أيضا تترتب القاعده على الاشتراط إذا كانت القرينه العرفيه قائمه على رضاء كل من المتبايعين ببقاء كل من العوضين عند الآخر فان بالاشتراط ترتفع هذه القرينه و تكون فائده الاشتراط هو لزوم التسليم فورا و لا يجوز التأخير اعتمادا الى رضاء الطرف بمقتضى الاشتراط كما هو واضح.

ثم ان لصاحب الجواهر هنا كلاما و هو أن الخيار هنا انما هو مع عدم التمكن من الإيجاب و انه واقع فى طوله و الأ فلا يثبت الخيار و قد أشكل عليه المصنف بأن ذلك غير مربوط بالمقام، فان الكلام هنا فى ثبوت خيار تخلف الشرط و عدمه فى نفسه و الشرائط الآخر غير مربوطه بذلك فإنه يبحث فى بقيه الشرائط فى مواردنا فمن جملتها اشتراط ثبوت الخيار مع التمكن من الإيجاب أو بوجوبه معه و شىء منهما لا يرتبط بالمقام كما هو واضح هذا أولا.

و ثانيا: أنه لا معنى لاعتبار عدم التمكن من الإيجاب أو وجوبه مع التمكن منه فى ثبوت الخيار بداهه أن الخيار هنا من ناحيه تأخير التسليم فى المده المعينه المضبوطه بحسب الاشتراط فى ضمن العقد بحيث يكون الخيار هنا من ناحيه التأخير فى الزمان الخاص و ح فما لم يصل ذلك الزمان فلا معنى للإيجاب إذ لا حق له فى ذلك قبل وصول الوقت فضلا عن وجوب الإيجاب و بعد وصوله فإذا كان وقت الأداء باقيا أيضا لا وجه لجواز الإيجاب أو وجوبه لوسعه الوقت و إذا خرج الوقت فقد فات الوقت و ثبت الخيار فأیضا لا يبقى مجال للإيجاب كما هو واضح.

و على الجملة بعد السبر و التقسيم و التفتيش لا نرى وجها لكون الخيار مشروطا بعدم التمكن من الإيجاب أو وجوبه بعد التمكن منه، نعم إذا اشترط فعل فى ضمن العقد كالخياطه و نحوها فأمكن اعتبار هذا الشرط فيه لعدم كون الخيار من حيث الزمان.

أما ما ذكره المصنف من الوجه الأول فهو متين، فإنه لا معنى لذكر جميع شرائط خيار تخلف الشرط في المقام، بل لها مورد آخر قد تقدم الكلام في ذلك فاعتبار عدم التمكن من الإيجاب أو وجوبه مع التمكن منه في ثبوت خيار التأخير الذي من مصاديق خيار تخلف الشرط لا وجه له يعني لا مورد له هنا، بل مورده محل آخر.

و أما ما ذكره صاحب الجواهر فهو أيضا حسن، فإنه بّنه على أن هذا الشرط موجود في موارد خيار تخلف الشرط و هذا المورد منها فيعتبر فيه ذلك أيضا و هو تنبيه حسن، و لكن الكلام في أصل اعتبار هذا الشرط و أن الخيار واقع في طوله.

و قد تقدم في مورده أنه لا دليل على هذا الشرط بداهه أن خيار تخلف الشرط ثابت على فرض التخلف بالشرط الضمني المعترف في العقد عند التحقق و لا شبهه أنه لم يقيد هذا الشرط من حيث كونه تخلفه موجبا للخيار لم يقيد بالتمكن من الإيجاب و وجوبه معه، بل بمجرد أن المشروط عليه تخلف عن العمل بالشرط ثبت للمشروط له خيار تخلف الشرط كما هو واضح.

و أما ما ذكره ثانيا فلا يمكن المساعدة عليه، فإنه لو صح لجرى في جميع الشروط أيضا حتى الخياطه و الكتابه و نحوهما فإنه يقال انه لا معنى لاشتراط هذا الشرط أصلا فإنه قبل زمان الشرط لا معنى للإيجاب و في زمانه فالوقت موسع و بعد خروج الوقت لا يبقى مجال لذلك، أي للإيجاب، بل يجرى ذلك في الواجبات التكليفية أيضا بعين ما ذكر.

و قد ذكر نظير ذلك الأ-يرواني في المحرمات و قد تقدم في البحث عن حرمة الإعانة على الإ-ثم من انه لا- يتوجه النهي إلى المكلف قبل الاقدام بالحرام و بعده، قد فات محله فإنه بالنسبه إلى جرئه لم يشربها من الخمر

لم يتوجه اليه التكليف و بالنسبه إلى جرئه شربها قد مضى وقت النهى فأیضا يكون توجهه اليه غير مقدور كما لا يخفى فافهم.

و كيف كان فلا مجال لما ذكره المصنف من الإشكال الثانى، بل المراد من اعتبار عدم التمكن من الإيجار فى ثبوت الخيار، و أنه مع التمكن منه لا يثبت الخيار أنه إذا وصل وقت الشرط و علم من المشروط عليه علائمه عدم الوفاء بالشرط مع مضى مده من الوقت إذا كان الوقت موسعا و فى أول الوقت إذا كان مضيقا فإنه ح يجبر على الوفاء به، و هذا هو مرادهم من التمكن من الإيجار، و لكن الكلام فى أصل وجود الدليل على اشتراط هذا الشرط و قد عرفت المناقشه فى ذلك و قد تقدم تفصيل ذلك فى محله.

### قوله:مسأله:يجوز اشتراط تأجيل الثمن مده معينه.

أقول:الكلام فى ضرب المده فى البيع المؤجل و كيفية ذلك لا شبهه فى انه لا بدّ من ضرب الأجل المعين فى البيع المؤجل و لو لم يعين الأجل كان ذلك موجبا لبطلانه للغرر المنفى بالنص و الإجماع بداهه أن الغرر بمعنى الخطر و من الواضح أن عدم تعيين المده فى البيع المؤجل موجب للخطر فى المال ضروره أن مالىه المبيع تختلف باختلاف زياده المده و نقصانها، حيث ان قيمه المبيع تزيد بزياده تأخير ثمنه و يقل نقصانه فلو باعه نسيه بقيمه رخيصه بزعم أنه يسلم المشتري الثمن بعد عشره أيام و لم يسلم إلى سنه فان ذلك من أوضح أفراد الغرر المنفى بالنص و الإجماع على تقدير تماميتهما.

و عليه فلا بدّ من ضرب المده المعينه فى البيع المؤجل و قد استدل المصنف على اعتبار تعيين الأجل هنا بما ورد فى السلم من لزوم تعيين المده فإن كان نظره من ذلك الى وجود الملازمه بينهما و تنقيح المناط القطعى بدعوى أنه نقطع بعدم الفرق بينهما، فإن الأجل فيهما على حد

سواء ولا نحتمل الخصوصيه فى السلم فهو، و الأ فلا وجه لذلك الاستدلال فان كل من السلم و البيع المؤجل أمر مستقل فى نفسه، فلا يرتبط أحدهما بالآخر كما هو واضح.

ثم ان هذه المده المعينه لا بدّ و أن لا يكون على مقدار كثير أوجب خروج الثمن عن المالىه و عدم اعتبار العقلاء المالىه لذلك كاشتراط تأجيل الثمن عشره آلاف مليون سنه فان العقلاء فى مثل ذلك لا يعتبرون المالىه للثمن، فمثل هذه التأجيلات خارج عن مورد البحث كما هو واضح.

و توهّم صحه ذلك بدعوى أن الأجل و ان كان طويلا و لكن بالموت يكون الثمن حالا توهّم فاسد، فان حلول الثمن بالموت من أحكام البيع المؤجل فهو مترتب بالبيع الصحيح فلا يمكن الحكم بصحه البيع بهذا اللحاظ و قد فرضنا أن البيع مع قطع النظر عن لحاظ الحكم الشرعى فاسد لعدم اعتبار المالىه على الثمن.

ثم انه لا فرق فى الأجل المعين بين القصير و الطويل ما لم ينجر الى خروج الثمن عن المالىه فى نظر العقلاء كالفرض المتقدم، و لكن عن الإسكافى أنه لا بدّ و أن لا يكون المده إلى ثلاث سنين، و قد يستشهد له بالنهى عنه فى بعض الأخبار حيث جوّز فيها الامام عليه السلام للسائل التأجيل فى المعامله مع أهل الجبل إلى سنه و سنتين و لم يجوّز ذلك الى ثلاث سنين، و لكن الظاهر أن النهى فى الروايتين ليس تحريما بحيث لا- يجوز التأخير إلى ثلاث سنين أو أكثر، بل إرشاد الى أن التأجيل مع أهل الجبل بمقدار ثلاث سنين ينجر الى تلف المال و إنكارهم الثمن و مسامحتهم فى الأداء بحيث يوجب ذلك ذهاب رأس المال أيضا فكأن السائل مشاور الامام عليه السلام فى ذلك فهو لم ير مصلحه فى معاملتهم التأجيل بهذا المقدار، كما لا يخفى.

ثم انه إذا ضرب الأجل بمقدار لا يبقى المتبايعان الى هذه المده فى ذلك الأجل عاده كألف سنه أو مائتين سنه مثلا فهل يصح ذلك أو لا- فذكر المصنف أن فى الصحه نظر من حيث خروج الثمن عن الانتفاع به و من الأجل المضبوط و حلوله بموت المشتري، ثم اختار الثانى و قربه بأن ما فى الذمه و لو كان مؤجل الأ- أنه مال يصح الانتفاع به فى حياته بالمعاوضه عليه بغير البيع، بل و بالبيع أيضا كما فى التذكره ثم أشكل عليه بوجهين:- الأول: أن هذا الاشتراط لغو محض بداهه أنه يكون حالا بالموت فأى فائده لذلك.

و الثانى: أن الاشتراط المذكور و هكذا الشرط كلاهما مخالف للمشروع و للسنة بداهه أنه قد ثبت فى السنه أن الأجل يحلّ بموت المشتري و مرجع الشرط إلى أنه لا- يحلّ هو باق بعد الموت أيضا فإن المفروض أن الأجل أكثر من مده عمر المشتري فيكون الاشتراط و الشرط مخالفين للسنة فيكون الشرط فاسدا بل ربما كان مفسدا بناء على كون الشرط الفاسد مفسدا للعقد.

و الجواب عن ذلك، أن كون الشرط مخالفا للمشروع أو غير مخالف له انما يلاحظ بالنسبه إلى العقد الصحيح لا بلحاظ حكم العقد و بعد الفراغ عن العقد، و فرض تحققه فى الواقع صحيحا يترتب عليه الحكم كما هو واضح.

و على هذا فلا يكون اشتراط التأجيل بالمده المزبوره مخالفا للمشروع إذا لم تكن المده بحيث توجب عدم اعتبار العقلاء المالىه للثمن و أما مجرد كون التأجيل بمقدار يعلم عاده عدم بقاء المتبايعين الى هذه المده لا يوجب بطلان المعامله و كون الشرط مخالفا للمشروع، بل يعتبرون العقلاء المالىه للثمن، و يترتب عليه آثار المال و يعاملون عليه المعاملات و الأ فلازم ذلك أن يكون جل المعاملات المشروط فيها التأجيل باطلا و لو كانت المده

قليله إذا مات المشروط عليه قبل وصول الأجل و صار الثمن حالا فإنه يكشف بذلك أن الشرط المذكور كان مخالفا للشرع كما هو واضح.

و من هنا ظهر أن هذا الاشتراط ليس بلغوا أيضا، فإن اللغويه انما تكون إذا كان لحاظ الشرط باعتبار الحكم، وقد عرفت أنه يلاحظ مع قطع النظر عن الحكم و فى العقد الصحيح و بعد تحقق العقد صحيحا يترتب عليه الحكم كما هو واضح، و ذكرنا ان هذا الاشتراط فى نفسه ليس بلغوا أصلا ما لم يكن منجرا الى عدم اعتبار العقلاء المالىه للثمن و الأ فمجرد بعد الأجل و كونه زائدا عن وقت العمر لا يجعل الشرط لغوا.

و دعوى كون هذا الشرط مجهولا من حيث عدم العلم بوقت الموت ليكون حالا و موجبا لبطلان العقد من جهة الغرر كما توهم دعوى فاسده.

بداهه أن الشرط أمر مضبوط و أنه فى نفسه صحيح يعتبر العقلاء معه المالىه للثمن، فلا وجه للحاظه الى وقت الموت، ليكون مجهولا و موجبا لغرريه المعامله كما هو واضح، إلا إذا كانت المده المشروطه من أصلها مجهوله فهو أمر آخر قد تقدم الكلام فى ذلك، و كونه موجبا للغرر و بطلان المعامله آنفا.

ثم ان المناط فى تعيين المده هل هو تعيينها فى نفسها بحيث يكون معيناً فى الواقع و عند أهل العرف سواء علم بذلك المتعاقدان أم لا يعلما بذلك، أو لا بدّ من علم المتعاقدين بذلك، أو لا بدّ مع اشتراط علم المتعاقدين من اشتراط علم عادلين بالأجل من غيرهما و لكن الظاهر هو اشتراط علم المتعاقدين فى صحه العقد المؤجل إذ لا يرتفع الغرر بدونه فلو باع شيئا بمتن مؤجل إلى النيروز و هو عيد الفرس أو المهرجان و هو عيد آخر لهم، و لكن لا يعلم كل من المتعاقدين أن النيروز بعد شهر أو بعد سته أشهر، و كك المهرجان فان ذلك يوجب الغرر البين بداهه أن بعد

الأجل وقربه دخل في زياده ماله المبيع و نقصانه، فيكون ذلك خطرا في ماله المبيع، بلا شبهه كما هو واضح فيكون البيع باطلا و ان كان ذلك معلوما في الواقع و عند الأشخاص الآخرين، فان ذلك لا يرفع الغرر، وقد يتوهم قياس المقام بأوزان البلد حيث انهم ذكروا كفايه الشراء و البيع بأوزان البلد المضبوط في نفسها و ان لم يعرف المتعاقدين مقدار الوزن تفصيلا، ولكنه واضح البطلان بداهه أن الحكم غير مسلم في المقيس عليه أيضا و تسليمه فيه أحيانا من جهة ارتفاع الغرر المشاهده و نحوه و الآ المقيس و المقيس عليه داخلان تحت أصل واحد و أن جهل المتعاقدين يوجب الغرر الموجب لبطلان البيع على أنه لو كان معلوميه العوضين أو الأجل في الواقع كافيا في صحه البيع و ارتفاع الغرر لزم الحكم بصحه كل ما هو مجهول عند المتعاقدين و معلوم عند الله من العوضين أو الأجل في البيع أو الشروط الأخر غير شرط التأجيل مع أنه واضح البطلان على أنه يلزم أن يكون النهى الوارد عن بيع الغرر بلا مورد، فإنه ما من بيع مهول بالأجل إلا فهو معلوم كما عرفت، و من هنا ظهر بطلان توهم كفايه العلم في صحه البيع المؤجل من غير المتعاقدين، و أما الاحتمال الثالث فهو محكى عن الشافعى و لعله من جهة قطع الترافع إذا وقع النزاع بين المتبايعين و لكنه أيضا واضح الفساد بداهه ان قطع الترافع لا ينحصر بذلك، بل يمكن بالحلف أيضا كما هو واضح.

**قوله: مسأله: لو باع بثمان حالا و بأزيد منه مؤجلا.**

**اشاره**

أقول: إذا باع أحد متاعه بثمانين على تقديرين بأن يكون ثمن عشره على تقدير كونه حالا و عشرون على تقدير كونه مؤجلا، فهل يصح ذلك أم لا تحقيق الكلام هنا يقع في مقامين: - الأول: من حيث القواعد.

و الثانى: من حيث الروايات.

ص: ٥٥٤



فلا بدّ من بيان المراد من هذا البيع و تصويره و أنه كيف يكون بيع واحد بثمانين فنقول أن هذا البيع يحتمل وجوها:-

### الأول: أن يكون المراد من ذلك أن البائع قد باع ماله على تقدير أن

يكون البيع مؤجلا، يكون ثمنه عشرون

و على تقدير أن يكون حالا- يكون ثمنه عشره، و يقبل المشتري على هذا النحو و يقول قبلت كذلك، من غير أن يكون الثمن أحدهما المعين أو أحدهما المختير مع كون البيع منشأ جزما و هذا لا شبهه في بطلانه.

و وجه البطلان أن البيع مبادله مال بمال بحيث إذا خرج المثل من ملك البائع فيدخل المبيع في ملك المشتري، و يدخل الثمن في ملك البائع مكان المثل، و لا يمكن ذلك إلا بتملك كل من المتبايعين من الآخر بالمبيع بدل ما يملكه للآخر و لا شبهه أن البائع لم يملك في هذه الصورة أى مع كون الثمن مرددا بين أمرين مشيئا أصلا، إذ لا واقعيه للأمر المردد حتى في علم الله و حيث لا- واقعيه للأمر المردد الذى جعل ثمننا في البيع فبأى شىء يملك البائع حتى يكون ذلك مكان ماله و هو المبيع، و اذن فمفهوم البيع أصلا غير صادق على هذه الصورة.

و على الجملة هذه الصورة خارجه عن البيع بثمانين إذ لا معنى لاختلاف العلماء في ذلك أصلا بعد كونها باطله قطعا.

### الثانى أن يراد من البيع بثمانين التعليق

بأن يقول بعتك هذا المتاع ان كان الثمن نسيه بعشرين و ان كان نقدا بعشره، و يقبله المشتري كك بحيث بأن البائع ينشئ بإنشاء واحد بيعين و يكون الإنشاء واحدا و المنشأ و هو البيع اثنين، و المشتري أيضا يقبله كذلك و الفارق بين هذه الصورة و الصورة الاولى أن البيع فى الصورة الاولى قد أنشأ جزما و لكن التردد فى الثمن بخلاف هذه الصورة فإن البيع لم ينشأ منجزا و انما أنشأ معلقا، و

المشترى أيضا قبل ذلك، هكذا فبعد القبول ان أعطى الثمن نقدا يكون الثمن عشره و ان لم يعطى نقدا كان الثمن عشرون فيعطيه مؤجلا- ولا- شبهه أن التعليق فى العقود ليس مستحيلا فى نفسه ليكون باطلا- من هذه الجبهه و انما هو باطل للإجماع، فإن قلنا بشمول الإجماع لذلك فيحكم بالبطلان و الآ فلا، كما هو المحتمل إذ بطلان البيع بثمانين مورد الخلاف للعلماء، فليس هنا إجماع و سيأتى الكلام فى صحه الإجماع و بطلانه من جبهه هذه المخالفه.

و يحتمل بعيدا أن يراد التخيّر بأن يبيع البائع المتاع بأحد الثمنين على التقديرين بحيث ينشئ البيع منجزا و يكون الترديد فى الثمن لا- على نحو لا يكون له واقعيه كما فى الصوره الأولى ليكون البيع باطلا، بل يملك المثلث للمشترى و يملك منه الثمن و هو أحد الثمنين و لا شبهه أن عنوان أحدهما له واقعيه كالواجب التخييري كما هو واضح، إلا أن هذا بعيد فلا يمكن حمل كلام الفقهاء و حمل الروايات الوارده فى المقام على ذلك.

### **و الثالث: أنه يمكن أن يراد من هذا البيع البيع المؤجل، المنجز دون**

المعلق

و لكن يكون لتقدير الآ-خر و هو كون الثمن نقدا شرطا فيه بأن يبيع البائع المتاع من المشتري بعشرين إلى سنه أى يشترط المشتري على البائع فى ضمن العقد التأجيل و أيضا يشترط عليه شرطا آخر و هو أنه إذا أعطى الثمن نقدا أن يكون عشره بأن ينزل من العشرين إلى العشره.

و بعبارة أخرى يشترط المشتري على البائع النزول على تقدير و لا شبهه فى جواز هذا الاشتراط و صحته فان النزول جائز بدون الاشتراط فلا بأس بإتيانه تحت الإلزام بالاشتراط و إذا أريد من البيع بثمانين هذه الصوره فلا شبهه فى صحه ذلك، و لكن ذلك مخالف لصراحه الروايات بدهاه أن موردها و كك مورد كلمات الفقهاء هو البيع بثمانين و هذا الشق ليس من البيع بثمانين

ص: ٥٥٦

بداهه أن الثمن هنا واحد و هو عشرون و أما كفايه إعطاء العشرة على تقدير أن يعطيه نقدا ليس من جهة كونه ثمنا آخر، بل هو من جهة اشتراط النزول، ولا شبهه أن باب الشروط خارج عن ما نحن فيه كما هو واضح.

و ان كان المراد عكس هذه الصورة بأن يبيع نقدا بعشره و لكن اشترط على المشتري أنه إذا لم يرد الثمن نقدا أن يعطى بعشرين و هذا مضافا الى كونه خارجا عن البيع بثمانين كما عرفت في عكسه أنه يبيع ربوي فيكون محرما و لعل من أفتى بحرمه البيع مع التزامه بالصحة حمل الروايات على ذلك مراده هذه الشق كما هو واضح. و لكن قد عرفت خروج ذلك عن مورد المسألة.

ثم انه إذا كان اشتراط زياده الثمن على فرض التأخير كاشتراطا للرباء الذى هو شرط فاسد فهل يكون بعد فساده للبائع حق مطالبه الثمن قبل الأجل و معجلا- أو ليس له ذلك، ربما يقال بلزوم الأقل و يكون التأخير جائزا من طرف المشتري و لازما من طرف البائع لرضاه بالأقل، فالزيادة ربا و لذا ورد النهى عنه، و هو غير مانع من صحة البيع، و قد ذهب الشهيد الى ذلك فى الدروس و استقر به و أشكل عليه المصنف بان الزيادة ليست فى مقابل الأجل إسقاط البائع حقه من التعجيل الذى يقتضيه العقد لو خلى و طبعه و الزيادة و ان كانت ربا كما سيجيء إلا أن فساد مقابلتها لا يقتضى فساد إسقاط البائع حق مطالبته الثمن إلى أجل خاص كما احتتمل ذلك فى حق القصاص بعبد يعلمان استحقاق الغير له أو حرمة، بل قال فى التحرير بالرجوع إلى الديه و ح فلا- يستحق البائع الزيادة و لا- المطالبه قبل الأجل لكن المشتري لو أعطاه و جب عليه القبول إذ لم يحدث له بسبب المقابلة الفاسده حق فى التأجيل حتى يكون له الامتناع عن القبول قبل الأجل و انما سقط حقه فقط عن التعجيل.

أقول: يرد عليه أن جواز مطالبه البائع حقه من المشتري الثمن ليس

من قبيل الحقوق حتى يقبل الإسقاط بإسقاطه في مقابل العوض ليتوهم بقاء الاسقاط، و ان بطلت المقابله، بل هو حكم من الأحكام الشرعيه الغير القابله للإسقاط، و لا يقاس ذلك بحق القصاص فإنه حق قابل للإسقاط و عليه فيجوز للبائع مطالبه الثمن قبل وصول الأجل، بل يجب للمشتري أن يعطيه إياه أيضا و ان له يطالب إذا لم يعلم بكون البائع راضيا بالتأخير و ذلك لأن التصرف في مال الغير و إبقائه عنده بدون رضاه حرام فلا- يحل ذلك الآ- بطيب نفسه، و المفروض أنه لم يحرز طيب نفسه بالإبقاء، فيجب الأداء كما لا يخفى، فافهم.

إذا عرفت هذه الشقوق فعلمت أن مورد البحث و محط الروايات و محلها هو الشق الثاني بداهه أن الفرضين الأخيرين خارجان عن البيع بثمانين و الفرض الأول خارج عن مفهوم البيع و التأخير فيثبت الشق الثاني و هو التعليق و هو نفسه لا محذور فيه، و لكن الإجماع قائم على بطلانه في العقود، إلا أن يقال بعدم وجود الإجماع في المقام لوجود القول بالصحة و لا يضر خلافهم بالإجماع هذا كله بحسب القواعد.

### و أما بحسب الروايات

فالمستفاد من بعض الروايات صحه ذلك البيع و لكن على نحو خاص ففى روايه محمد بن قيس أنه قال أمير المؤمنين (عليه السلام) من باع سلعه و قال ثمنها كذا و كذا يدا بيد و ثمنها كذا و كذا نظره، فخذها بأى ثمن شئت. فإن الظاهر من هذه الروايه هو صحه ذلك البيع و أنه صفة واحده و لكن لا- تعرض فى ذلك لكون البيع مؤجلا- على تقدير أن يعطيه المشتري بثمان نقد، بل حكم الامام عليه السلام على نحو الإطلاق بالأخذ بقوله فخذها من غير تعرض فيها لعدم جواز مطالبه البائع الثمن الى آخر الأجل، إلا بعد و عدم جوازه كما هو واضح، هذه هي الروايه الأولى.

الثانية:روايه السكونى عن جعفر عن أبيه عن آبائه أن عليًا عليه السلام قضى فى رجل باع بيعا و اشترط شرطين بالنقد كذا و بالنسيه كذا، فأخذ المتاع على هذا الشرط، فقال هو بأقل الثمنين و أبعد الأجلين فإن هذه الروايه أيضا تدل على صحة البيع بثمانين، و لكن مقيدا بكون الثمن هو الأقل و كون الأجل هو الأبعد فقد تعرضت هذه الروايه بالمده أيضا و أن البائع ليس له حق المطالبه الى أن يصل الأجل الأبعد و اذن فلا مانع من الالتزام بصحة البيع بثمانين على هذا النحو الذى استفدناه من روايه السكونى فإن كانت الروايتين معتبرتين كما حكم الشيخ باعتبار الاولى و السيد باعتبار الثانية فيها و لا بد من الرجوع الى سند الروايتين خصوصا الأخيره، لأنها هى العمده فى المقام، و الآ فلا بد من الرجوع الى مقتضى القواعد و قد تقدم الكلام فى ذلك، و قلنا أنه لا إشكال فى هذا البيع من غير ناحيه التعليق و هو مجمع على بطلانه فى العقود و ان لم يكن فيه محذور فى نفسه.

و توهم عدم وجود الإجماع فى المقام لوجود القائل بالصحة توهم فاسد فانا نعلم قطعا أن القائل بالصحة قد اعتمد على الروايه و بعد ضعف الروايه فلا مدرك له فيكون الإجماع تماما و مخالفه القائلين بالصحة غير مضره كما هو واضح.

و أما الروايات الناحيه عن البيع بثمانين و الأمر بتعيين الثمن فهى محموله على الكراهه بقريته ما تقدم من الروايتين، روايتى محمد بن قيس و السكونى الدالتان على جواز البيع كذلك و تعين الثمن الأقل و الأجل البعيد كما هو واضح.

ثم انه بناء على العمل بروايتى السكونى و محمد بن قيس الدالتان على جواز المبيع المذكور و لكن على النحو الخاص يلزم أن لا يكون العقد تابعا للقصد فإن البائع قد أنشأ البيع بثمان خاص على تقدير و بثمان آخر على

تقدير آخر و روايه السكونى دلت على إمضائه بأقل الثمنين و بأبعد الأجلين فهو غير مقصود للمتبايعين فما هو مقصود لم يقع و ما هو واقع غير مقصود.

و فيه أنه لا محذور في الالتزام بذلك بعد دلالة الروايه عليه تعبدا كما وقع نظيره في عقد المتعه فإنه مع عدم ذكر الأجل انقلب دائما بناء على عدم إفادتهما الملك فإنه مقتضى الجمع بين الدليلين هو حصول الإباحه الشرعيه كما ذهب اليه صاحب الجواهر و كيف كان بعد دلالة الروايه في المقام على الحكم المذكور لا يكون تخلف العقد عن القصد فيه محذور أصلا انتهى كلامنا الى البيع شيء بثمانين معجلا بكذا و مؤجلا بكذا.

و قد وردت هنا روايات فطائفه منها تدل على المنع و أنه نهى النبي صلى الله عليه و آله و سلم عن البيع بثمانين معجلا بكذا و مؤجلا بكذا و طائفه أخرى تدل على الجواز كروايه السكونى، و لكن رموا روايه السكونى على الضعف و لأجل ذلك استشكلوا في صحه ذلك البيع، و لكن ذكر في الحدائق أن دليل الصحه ليس منحصرًا بروايه السكونى لترمي بالضعف و نحكم بعدم جواز مثل هذا البيع، بل هنا روايتان عن محمد بن قيس أحدهما صحيحه و هي ما روى عن طريق الفقيه و الثانيه حسنه كالصحيحه و هي ما روى عن طريق الكافي و هاتان الروايتان تدلان على أن أمير المؤمنين عليه السلام قضى في مثل هذا البيع بأقل الثمنين و بأبعد الأجلين و لذا عبر الشيخ (ره) في المتن عن روايه محمد بن قيس بالمعتبره.

و كيف كان فلا- إشكال في الروايه من حيث السند و انما الكلام في دلالة ذلك و المحتمل في دلالتها و ان كان كثيرا و لكن القريب الى الذهن منها وجهان:- الأول: أن يكون غرض الامام عليه السلام من البيع بثمانين بيع متاع بثمان لعشره دنانير معجلا، و لكن يشترط البائع على المشتري كون الثمن

عشرون ديناراً على تقدير التخلف في الأداء عن المدة المؤجله فيكون الزائد في مقابل المده الزائده كما هو واضح، وحيث كان هذه الزيادة رباء و هو حرام، فحكم الامام عليه السلام بلزوم البيع بأقل الثمنين و بأبعد الأجلين.

و لكن يرد على هذا الوجه أن شرط الربا من الشروط الفاسده المخالفه للكتاب و السنه فلا يكون نافذا و عليه فلا يكون البائع ملزماً بتأخير الثمن إلى أبعد الأجلين فحمل الروايه على هذا الوجه مشكل من هذه الجبهه، بل مقتضى حملها على هذا أن لا يجوز للمشتري تأخير الثمن الى هذه المده المضروبه و يجوز للبائع أن يطالب الثمن معجلاً و قبل وصول المده المضروبه لأن التصرف في مال غيره بدون اذنه غير جائز و كيف يجوز للمشتري أن لا يعطى مال الغير بدون رضاه كما هو واضح. و لأجل هذا الاشكال قد وجه المصنف هذه الروايه بأن البائع قد أسقط حق مطالبته بهذا الاشتراط و ان كان الشرط فاسداً و لكن فساد شرطه لا يضر بإسقاطه حقه كما يسقط حق القصاص بمصالحه ولى الدم حقه بعبد يعلمان استحقاق الغير له أو كونه حراً و فى المقام أيضاً كذلك فان فساد الشرط لا يضر بالإسقاط.

و لكن ما أفاده المصنف (ره) ليس بتمام من جهه أن حق القصاص و ان كان أيضاً حكماً شرعياً و لكنه حق من الحقوق المصطلحه لأنه يقبل لإسقاط بالكتاب و السنه و هذا بخلاف حق المطالبه، فإنه حكم شرعى غير قابل للإسقاط حتى لو أسقطه لم يسقط، بل له أن يطالب حقه بعد ذلك، نعم له أن لا يطالب حقه و يرضى بتأخير حقه، و ح فلا يجب للمشتري المبادره بالأداء، و أما مع عدم الرضاء فلا يجوز له التأخير لما عرفت من أن التصرف فى مال غيره بدون اذنه حرام.

و التحقيق أن تحمل الروايه على الوجه الثانى الذى هو مورد النقص

و الإبرام فى المقام حيث نفاه بعضهم و أثبتة آخر، و هو أن يقال أن المراد بالروايه هو التعليق حيث ان البائع قد أنشأ بإنشاء واحد بيعين على تقديرين يعنى على تقدير كون الثمن معجلا- أنشأ بيعا و على تقدير كونه مؤجلا- أنشأ بيعا آخر، فهنا بيعان معلقان بثمانين على تقديرين و لا- محذور للالتزام بذلك الأ- التعليق الذى باطل فى العقود إجماعا، الأ- أنه ليس هنا إجماع و ذلك لاختلاف العلماء و فى ذلك حيث حكم جمع بالبطلان و حكم جمع آخر بالصحة فلا يكون المقام مشموولا للإجماع، و عليه فلا بأس بحمل الروايه على إمضاء ذلك البيع التعليقى و لكن على نحو خاص بأن يكون الأجل من أحدهما و الثمن من الآخر، حيث قال يمضى بأقل الثمنين و أبعد الأجلين.

و لكن أشكل الأردبيلى على الروايه بأنها مخالفه للقواعد العقلية و الشرعية فإن مقتضى القواعد هو أن يكون البيع واقعا على النحو الذى إنشأه المتبايعان و المفروض أن الروايه تدل على صحته غير الشكل الذى أنشأه البائع، و قد دلت الأدله الشرعية و القواعد العقلية على حرمه التصرف فى مال غيره بدون اذنه، و طيب نفسه و المفروض أن المنشئ اعنى البائع لا يرضى بالتصرف فى ماله بغير ما أنشأه و اذن فتكون الروايه مخالفه لتلك القواعد العقلية و الشرعية فتسقط عن الحجية و يرجع علمها إلى أهلها.

و ما ذكره الأردبيلى متين جدا، فان القواعد العقلية و الشرعية تقتضى ذلك و لكن ليست تلك القواعد من القواعد التى تكون غير قابله للتخصيص و اذن فلا مانع بتخصيصها بهذه الروايه الصحيحه فإنها تدل على جواز التصرف فى مال غيره إذا أنشأ بيع ماله على هذا الشكل، فالشارع رغما لأنفه حكمه بإمضاء على غير الشكل الذى أنشأه و أخبر عنه أى إمضاء الشارع الامام عليه السلام، بل وقع نظيره كثيرا كإذن الشارع فى أكل مال غيره فى المخمصة



و حكم الشارع بعدم الملكيه فى بيع الصرف و السلم الى زمان القبض و غير ذلك من الموارد فان ذلك كله حكم بالتصرف فى مال الغير على خلاف قصد المالك و كك حكمه بدوام العقد مع قصد الانقطاع.

و على الجملة أن الروايه الصحيحه إذا دلت على حكم تعبدى يكون تخصيصا للقواعد و تبعيه العقود للقصد ليست من الاحكام التى تكون غير قابله للتخصيص كما هو واضح.

فما ذكره الأردبيلى لا يمكن المساعده عليه و ان كان متينا فى نفسه.

نعم، لا يعقل تخلف العقد عن القصد إذا أمضى الشارع غير المنشأ بحيث يكون حكمه بعنوان الإمضاء لا بعنوان الحكم المولى بحيث يكون إنشاء المنشئ موضوعا لحكم الشارع كما هو واضح.

ثم انه ان كانت الروايات الداله على المنع معتبره فلا بدّ من حملها على الكراهه لأنها ظاهره فى التحريم و ما يعارضها أعنى روايه محمد بن قيس صريحه فيه فيرفع اليد بنص هذه الروايه عن ظهور روايه المنع فتحمل على الكراهه كما هو واضح، و يمكن حملها على وجوه آخر غير الكراهه و قد ذكرها فى الحدائق.

ثم هل يمكن التعدى من مورد الروايه الى ما يكون البيع بثمانين على تقديرين بحيث يكون كل تقدير منهما مؤجلا لا أحدهما مؤجلا- و الآخر معجلا- غايه الأمر يكون الثمن بالنسبه إلى الأجل القليل أقل و بالنسبه إلى الأجل البعيد أكثر، و قد جعل فى الحدائق هذا الفرع ملازما للفرع الأول و موردا لحكم الفقهاء بالصحه ان حكموا بالصحه الفرع الأول و بالفساد ان حكموا بفساد الفرع الأول، و لكن الظاهر أن هذا الفرع بعيد عن الفرع الأول، و أن الامام عليه السلام قد حكم فى الفرع الأول بالصحه على خلاف القواعد تعبدا فلا بدّ من الاختصار بموردها و التعدى من ذلك الى غيره قياس فلا

نقول بحجته، و اذن فلا- بدّ اما من الحكم بالبطلان فى الفرع الثانى للإجماع على بطلان التعليق أو الحكم بالصحة على النحو الذى أنشأه المنشئ أعنى البيع بثمانين إلى أجلين إذا لم يكن هنا تعليق لا الحكم بصحة البيع بأقل الثمنين و بأبعد الأجلين كما هو واضح.

و الظاهر هو البطلان لعدم وجود الاختلاف هنا و ان زعم صاحب الحدائق الملازمه بين الفرعين و نسبه إليهم ذلك و كيف كان فالميزان هو ما ذكرناه، فافهم.

### قوله:مسأله: لا يجب على المشتري دفع الثمن المؤجل قبل حلول

#### اشاره

الأجل.

أقول:من جملة أحكام المؤجل أنه لا- يجب على المشتري أن يدفع الثمن إلى البائع قبل حلول الأجل، سواء طالب البائع أم لم يطالب و هذا إجماعى على أن ذلك فائده الاشرط كما هو واضح.

ثم انه إذا تبرع المشتري بدفعه هل يجب على البائع قبوله أم لا؟ الظاهر هو الثانى، بل لا خلاف فيه بين الأصحاب، بل عن الرياض دعوى الإجماع عليه و فى باب السلم من جامع المقاصد نسبه الخلاف فى ذلك الى بعض العامه و لكن الظاهر أن المقام ليس مما يكون مورد الإجماع التعبدى فإن الأمر فى المقام يدور مدار الاشرط و عدمه و على كل تقدير فيتبع حكمه و عليه فلعل القائل بعدم الوجوب قد لاحظ كون الشرط من البائع على المشتري أيضا بان لا يسلم الثمن قبل الأجل و الأفلو كان الاشرط من خصوص المشتري على البائع فلا- مناص يجب للبائع أن يقبل الثمن لأنه ماله و لا يجب للمشتري حفظ مال شخص آخر، و من هنا ظهر فساد ما ذكره العلامة من تعليل عدم الوجوب بأن فى ذلك منه على البائع فإن التعجيل كالتبرع بالزيادة و وجه الظهور أن التعجيل انما هو بحسب القواعد و ليس

ص: ٥٦٤

فيه منه، بل إيصال حق الغير اليه بخلاف إعطاء الزيادة فإن فيه منه كما هو واضح.

(أقول: لعل كلام العلامة مبني على الفرع الثاني من الشرط لا يسقط بالإسقاط و ح يكون التعجيل تبرعا و تكون فيه منه على البائع إذ في التبرع منه مع وجود الحق للمشتري، نعم إذا قبل ذلك الإسقاط كما هو كذلك فلا منه مقرر) و عليه فلا بد من التكلم هنا في بيان ذلك من ناحيه مقامى الإثبات و الثبوت فنقول

**أن الاشتراط التأخير بحسب مقام الثبوت يتصور على وجوه:**

**الأول: أن يكون الشرط لخصوص المشتري**

بأن يشترط المشتري على البائع أن لا- يكون للبائع حق المطالبه إلى أجل خاص و ح فلو تبرع المشتري و أعطى الثمن قبل و حصول الأجل لوجب على البائع قبول ذلك لأنه ماله و ليس له حق أن لا يقبل لعدم اشتراطه على المشتري ذلك، بل الغرض من اشتراط التأخير هو التوسعه على المشتري فقط و على هذا يترتب فساد ما ذكره العلامة من أنه لا يجب للبائع قبول ذلك لأن فيه منه فإنه أى منه فيه في ذلك بعد ذلك بعد ما كان غرض المشتري إيصال مال البائع اليه.

**الثاني: أن يكون الشرط من ناحيه البائع على المشتري**

بأن يشترط البائع على المشتري أن لا يسلم الثمن إلا بعد مده خاصه كما إذا كان في بلد أخرى غير بلده و باع متاعا و يخاف من أخذ ثمنه أن يسرقه السارق فان الحق هنا للبائع فقط فليس للمشتري أن يسبق الى دفع الثمن و يدفعه إلى البائع قبل الأجل فإنه على خلاف اشتراط البائع على المشتري.

**الثالث: أن يكون الاشتراط من كل من الطرفين على الآخر**

و قد ظهر حكمه من القسمين المتقدمين هذا بحسب مقام الثبوت.

و أما في مقام الإثبات فالظاهر هو القسم الأول مع عدم القرينه على القسمين الأخيرين، فإن المرتكز بحسب عامه الناس و المتعارف عندهم أن

الغرض من الاشتراط انما هو التوسعه على المشتري للتهيئه إلى أداء الثمن و من هنا لو تبرع المشتري بأداء الثمن و أعطى الثمن للبائع و جب له القبول إذ لا- يجب للمشتري حفظ ماله و لا- أن للبائع أن يمتنع عن قبوله لما عرفت أنه ليس له حق في ضرب الأجل و من هنا ظهر الجواب عما احتمله المصنف من أن التأجيل كما هو حق للمشتري يتضمن حقا للبائع من حيث التزام المشتري لحفظ ماله في ذمته و جعله إياه كالودعي، فإن ذلك حق عرفا كما ظهر ما ذكره من ابطال توهم اختصاص الحق بالمشتري و أيضا عرفت جواب ما ذكره العلامة فيما تقدم، فإنه لا منته في إعطاء حق البائع له، إذ ليس هو إلا مجرد إعطاء الحق و عليه فلا يجوز للبائع عدم القبول و لا يقاس ذلك بإعطاء الزائد عن الثمن فان في ذلك منته فلا يجب عليه قبوله كما هو واضح.

و اذن فما ذكره بعض العامه هو الصحيح هذا كله في أصل ثبوت الحق و جعله و أنه بأى كيفية جعل.

### **ثم إذا أسقط المشتري حقه أى حق تأخير الثمن إلى أجل خاص فهل**

يسقط هذا أو لا يسقط؟

و قد ذكر في التذكرة أنه لو أسقط المديون أجل الدين مما عليه لم يسقط و ليس لصاحب الدين مطالبته في الحال و علله في جامع المقاصد بأن التأجيل انما ثبت بعقد لازم فلا يسقط بالإسقاط إلا بمثل الإقاله لارتباط الشرط بالطرفين.

و فيه أن الشرط و ان ثبت في عقد لازم و لكنه حق لخصوص المشتري فقط، فيسقط بإسقاطه مع أنه لو كان ذلك أى الثبوت في العقد اللازم و جها لعدم السقوط كان اللازم عليه أن لا يقبل سقوطه حتى مع الإقاله أيضا إلا أن تكون الإقاله في أصل العقد، ثم ذكر أن في الأجل حق لصاحب الدين

ص: ٥٦٦

أيضا و لذا لم يجب عليه القبول قبل الأجل و لذا يجوز لهما التقايل.

و فيه أن الصغرى ممنوعه فإنه ليس هنا الآ- حق واحد مجعول للمشتري أعنى التأجيل و ليس فيه حق للبائع أصلا، بحيث يكون مشتركا بينهما لعدم الدليل عليه على أن وحده الحق الثابت للمجموع تتصور في مثل ارث الخيار كما تقدم، و لكن لا يعقل هنا لأن أطرافه متعددة من جميع الجهات كما في حاشيته بعض مشايخنا المحققين، فراجع و لعل المحقق الثاني لم يعتمد على الوجه الأول، بل على الوجه الثاني و لذا حكم بجواز الإقالة في الوجه الثاني، فإن مقتضى الوجه الأول كما عرفت عدم جواز الإقالة بخلاف مقتضى الوجه الثاني فإنه يجوز الإقالة لكون الحق واحدا و مشتركا بينهما كما لا يخفى.

و يمكن أن يكون مراد جامع المقاصد من الوجه الثاني أن يكون لكل من البائع و المشتري حق مستقل لا أن هنا حقا واحدا مشتركا بينهما و ح فيكون الجواب عنه هو المناقشه في الصغرى أيضا و أنه لا دليل على جعل الحق على البائع أيضا و ان ذلك ممكنا في مقام الثبوت كما لا يخفى، فافهم و ذكر العلامة (ره) هنا وجهها رابعا و هو أن الأجل صفة تابعه و الصفة لا تفرد بالإسقاط و لهذا لو أسقط مستحق الحنطة الجيده الدنانير الصحيح الجوده لصحه لم يسقط.

و فيه أن الشرط لا يقاس مما ذكره من عدم إسقاط صفة الجوده و الصحه من المستحق لذلك فان ذلك الوصف تقييد في المبيع فلا- يمكن الإسقاط إلا- بالتراضى الجديد بأن تكون هنا معامله أخرى غير المعاملة السابقه لأن ما وقع عليه البيع هو هذه الحصة الجيده أو الصحيحه و غيرهما ليس بمبيع أصلا، و معه كيف يمكن إسقاط صفة الجوده و الصحه بدون التراضى الجديد و المعاملة الجديده و هذا بخلاف المقام، فان اعتبار التأجيل من الاشتراط

فيجوز لمن له الشرط أن يسقط ذلك لكونه حقا كما عرفت، ويجوز التبعيه لا تمنع عن الاسقاط.

نعم، لو كان اعتبار الجوده و الصحه فى المبيع من باب الاشتراط بأن وقع البيع على الحنطه المطلقه و على طبيعى الحنطه أو على طبيعى الدينار و اشترط المشتري الصحه فى ذلك، فان ذلك قابل للإسقاط فالمانع عن الإسقاط فى المقيس عليه هو كون الوصف قيذا فى المبيع و كون المبيع هو الحصه الخاصه لا أن التبعيه مانعه عن ذلك، والألم يقبل شىء من الشروط الاسقاط حتى بالتقاييل أيضا لوجود الملاك المذكور و هو التبعيه كما هو واضح، مع أنه وقع الاتفاق على أنه يجوز الاسقاط بالتقاييل مع أنه لو كان ما ذكره العلامه تماما لا تصح الإقاله أيضا و أيضا لا شبهه أن بعض الشروط يقبل الاسقاط، بل لم يخالف فيه أحد ظاهرا كشرط الخياطه و نحوها، ولا شبهه أنه لا فارق بينما نحن فيه و بين شرط الخياطه كما هو واضح.

و قد انتهى الكلام إلى أنه

### **لو أسقط المشتري أجل الدين فهل يسقط**

#### **اشاره**

حق المشتري أو لا يسقط،

#### **فالمشهور بين العلماء أنه لا يسقط**

#### **اشاره**

و ذكروا فى وجه ذلك وجوها:

#### **الأول: ما ذكره فى جامع المقاصد أن التأجيل قد ثبت**

فى العقد اللازم فلا يسقط بمجرد الاسقاط

و فيه أولا- أنه لا- حق هنا إلا لخصوص المشتري و هو يسقط بإسقاطه و بعده ليس للبائع حق بالنسبه إلى التأجيل حتى يسقط بالإسقاط، و ثانيا أنه لو كان ذلك غير قابل للإسقاط بإسقاط المشتري لم يكن قابلا له بالإقاله أيضا مع أنه كغيره يلزم سقوطه بالإقاله.

#### **الوجه الثانى: أن الحق لكل من البائع و المشتري بحيث يكون لكل**

منهما حق مستقل

فإذا أسقط المشتري حقه لا- يسقط معه حق البائع، بل يبقى هو على حاله و هذا الوجه يمكن أن يكون مراد المحقق الثانى من

الوجه

ص: ٥٦٨

الثانى فى كلامه من أن فى الأجل حقا لصاحب الدين، إلخ، و فيه أنه و ان يقبل الإقاله و لكن ذكرنا فيما سبق أنه لا دليل عليه فى مقام الإثبات و ان كان ممكنا فى مقام الثبوت على أن ثبوت حق للبائع أيضا لا يمنع عن سقوط حق المشتري كما هو واضح.

### **الثالث: أن الحق و ان كان واحدا و لكن قد ثبت ذلك الحق الواحد**

لكل من البائع و المشتري

و عليه فلا يسقط ذلك بإسقاط المشتري فقط و فيه أولا أن الصغرى ممنوعه إذ ليس هنا الآ حق واحدا ثابت لخصوص المشتري و ليس هنا حق للبائع أصلا لعدم الدليل عليه.

و بعبارة أخرى أن هذا الحق ثابت بالاشتراط و هو انما بالنسبه إلى خصوص المشتري فقط كما هو الظاهر من المعاملات المؤجله حيث ان الغرض هو تسهيل الأمر على المشتري بتأخير الثمن كما هو واضح.

نعم بناء على هذا فأیضا يسقط ذلك بالإقاله كما التزم به المحقق الثانى أيضا، نعم يمكن الالتزام بذلك مع مساعده الدليل عليه كما التزمنا به فى ثبوت حق الخيار للورثه على القول به، فإنه ليس هنا الآ حق واحد ثابت لمجموع الورثه.

### **الرابعه: ما ذكره العلامة من أن الأجل صفة تابعه لا يفرد بالإسقاط**

إلخ، و قد تقدم جوابه فراجع.

### **الوجه الخامس: ما ذكره المصنف (ره)**

من أن الحق و ان كان واحدا و ثابتا لخصوص المشتري دون البائع و لكن مرجع التأجيل فى البيع الى أن البائع قد أسقط حق المطالبه و من الواضح أن الزائل لا يعود و عليه فإسقاط المشتري حق التأجيل و عدمه سياتى من هذه الجهه كما هو واضح ثم قاس ذلك بأنه لو شرط فى العقد التبرى من عيوب لم يسقط هذا الشرط بإسقاطه بعد العقد بأن التزم بالصحه و لم تعد العيوب مضمونه كما كانت

ص: ٥٦٩



مضمونه لو كانت بدون الشرط.

و فيه أولاً: أن جواز المطالبة ليس من الحقوق ليسقط بالإسقاط، بل هو حكم شرعى لا يقبل الإسقاط كما تقدم سابقاً و هل يتوهم أحد أنه إذا أسقط البائع حق مطالبه الثمن بعد البيع يسقط ذلك، بل له بعد إسقاطه أن يطلب الثمن أيضاً و السرّ فى ذلك هو أن جواز المطالبة ليس من الحقوق المصطلحه من الأحكام الشرعيه غير القابله للإسقاط كما هو واضح.

و ثانياً: أن لازم ذلك أن لا يقبل الإقاله أيضاً بأن لا يكون للبائع حق المطالبة حتى بعد الإقاله مع أن الفقهاء التزموا بجواز الإقاله كما هو واضح.

و ثالثاً: أن التأجيل ليس إلاّ- جعل الحق للمشتري على البائع فقط و أنه لا- يجوز له المطالبة فى ظرف هذه المده فإذا أسقط المشتري حقه فبمقتضى تسلط الناس على أموالهم أنه يجوز للبائع المطالبة، بل يجب للمشتري رد ماله إليه، فإن التصرف فى مال الغير بدون اذنه حرام.

و رابعاً: أنه لا- وجه لقياس المقام بالتبرى عن العيوب، فان عدم سقوط التبرى بالإسقاط و التزام المتبرى بالصحه بعد العقد لا يستلزم عدم سقوط اشتراط التأجيل، فإن عدم لزوم الالتزام بالصحه بعد العقد انما هو من أحكام العقد اللازم، فإنه بعد ما صار لازماً لا يكون جائزاً و المفروض أن البائع لم يلتزم بالعيب و التزامه بعد العقد لا يكون لازماً إلاّ أن يكون هنا تراض جديد بين المتبايعين و هو أيضاً غير مربوط بالعقد الأول.

و بعباره أخرى أن العقد قد وقع على المبيع الغير المقيّد بكونه صحيحاً الذى يعتبر فى ضمن العقد بحسب الارتكاز و يكون شرطاً ضمناً لأن البائع قد أسقط هذا الشرط بالتبرى عن العيب و تحقق العقد اللازم خالياً عن الشرط و بعد ما صار هذا العقد لازماً فلا يمكن اشتراط شرط الصحه فى

ضمنه بعد لزومه و ان كان اشتراطه بالتراضى الجديد كما هو واضح، وهذا بخلاف المقام فإن المشتري، قد اشترط على البائع التأجيل و صار له حق عليه فله أن يبقى هذا الشرط و له إسقاطه و لذا تجوز فيه الإقالة و أما فى التبرى فلا- يجوز فيه الإقالة أيضا، فإنه هل يتوهم أحد أنه إذا تبرى البائع عن العيب ثم أقال البائع مع المشتري فى إسقاط التبرى يكون اشتراط الصحة فى المبيع لازما و هذا واضح لا شبهه فيه فتحصل أن ما ذهب اليه المشهور من انه لا يسقط التأجيل بالإسقاط غير صحيح و ما ذكره من الوجوه على ذلك غير تام

### و ما ذهب اليه غير المشهور

و نسب الى بعض العامه من أنه يسقط بالإسقاط صحيح كما هو واضح على ما عرفت.

**قوله:مسألة:إذا كان الثمن بل كل دين حالا أو حلّ وجب على مالكة**

### أشاره

قبوله عند دفعه إليه.

أقول:

**قد أشار المصنف(ره) فى هذه المسألة الى جهات من الكلام:**

**الجهة الاولى:انه إذا كان الثمن مؤجلا و حلّ أجله أو كان معجلا**

و أعطاه المشتري للبائع،

فهل يجب على البائع قبوله أم لا يجب عليه ذلك وجهان و لعل المشهور أنه يجب على البائع قبوله و قد اختار المصنف(ره) و استدل عليه بأن فى امتناع البائع عن القبول إضرارا و ظلما إذ لا حق له على من فى ذمته فى حفظ ماله فى ذمته.

أقول:الكلام هنا فى وجوب القبض مع الإقباض و لا كلام لنا فى أن القبض بأى شىء يتحقق فلا يرد أنه إذا لم يقبل فالتخليه بين الثمن و البائع اقباض.إذا عرفت ذلك فنقول أن المراد من الضرر تاره يكون الضرر الخارجى و أخرى يكون الضرر الاعتبارى أما الأول فهو عباره عن النقص فى المال أو الأعضاء أو الاعراض و لا شبهه أن عدم قبول البائع الثمن لا يستلزم شيئا من هذه الأمور فلا يكون هنا ضرر خارجى.

و أما الضرر الاعتبارى و الشؤونى فنعم فإنه لو لم يقبل البائع الثمن لم تفرغ ذمه المشتري و يكون مديونا و يعد بين الناس مديونا و يقل بذلك اعتباره بينهم و لا شبهه فى أن هذا ضرر عليه و لكن الكلام فى أن اندفاع هذا الضرر منحصر بالإقباض ليقع المشتري بعدم قبول البائع الثمن على الضرر الاعتبارى أو ليس بمنحصر بذلك، و الظاهر أنه غير منحصر به، بل يمكن دفعه أن يلقي بالطريق أو يدفعه الى الحاكم أو يكون عنده أمانه، نعم قبوله الثمن موضوع لرفع الضرر و من الواضح أن إيجاد هذا الموضوع ليس بواجب.

و بعباره أخرى أن دليل الضرر انما يرفع الحكم الناشى منه الضرر و لا- شبهه أن الحكم الذى ينشأ منه الضرر انما هو حكم الشارع بلزوم دفع الثمن إلى البائع فإذا امتنع البائع عن القبول يكون بقاء هذا الحكم على حاله ضررًا على المشتري و من الواضح أن اندفاع هذا الضرر لا- ينحصر بقبول البائع ليحكم بوجوبه عليه، بل كما يدفع بوجوبه ككك يدفع ذلك بدفعه الى الحاكم أو بإلقائه فى الطريق أو بجعله عند نفسه أمانه شرعيه كما هو واضح.

و توهم أن قبض الحاكم لا- يدفع الإضرار و الظلم و هكذا بعزله و كون ضمانه على مالكة توهم فاسد كما عرفت و لا وجه لقياس ذلك بمن يجب عليه بيع ماله لنفقته عياله، فان الوجوب هنا باق على حاله حتى مع قيام الغير على بيع ماله و صرفه فى نفقه عياله، فإنه من جهة ما دل على وجوب الاتفاق لا لدليل الضرر كما هو واضح و كيف كان فإذا امتنع عن قبول حقه سقط وجوب الإعطاء له لا أنه يبقى على حاله و سقط اعتبار رضاه فى بيع ماله كما لا يخفى.

### **الجهه الثانيه: أنه إذا قلنا بوجوب الإقباض للبائع و امتنع هو عن**

قبوله

فربما يقال أن الحاكم يجبره بالقبض لأنه ولى الممتنع فله أن يجبره بذلك و لكنه واضح الدفع فإنه لا دليل على ثبوت الولايه للحاكم فقط فى

ص: ٥٧٢

أمثال الموارد لأنّه ليس الآ- من جهه الأمر بالمعروف و أنه يجب عليه أن يقبض و لا- يمتنع عن ذلك و لا- شبهه أن الأمر بالمعروف يشترك فيه الحاكم و غيره فإنه واجب لكل من يقدر عليه و لا يختص ذلك بالحاكم لإطلاق أدله الأمر بالمعروف بالنسبه إلى الحاكم و غيره و بالنسبه إلى العدول و غيرهم و عليه فالتخصيص بالحاكم أولاً ثم بعدول المؤمنين و هكذا بلا وجه.

و الحاصل: أن الكلام في هذه المسأله يقع في جهات: الأولى: أنه هل يجب على البائع قبول الثمن و قبضه مع حلول أجله إذا إعطاء المشتري أو لا يجب. فذكر المصنف أنه يجب على البائع قبوله إذا لم يرض المشتري ببقائه عنده لدليل نفي الضرر و لكن قد عرفت أن الضرر انما نشأ من حكم الشارع باشتغال ذمته و كونه مديوناً فإنه ضرر على اعتباره و لم ينشأ الضرر من عدم قبوله، نعم قبوله سبب لارتفاع الضرر و موضوع له و لكن لا يجب عليه إيجاد هذا الموضوع و بمقتضى دليل نفي الضرر يكون هذا الحكم الذى نشأ منه الضرر مرتفعاً و له أن يدفع حقه اليه و إذا لم يقبل و امتنع عن ذلك يدفعها الى الحاكم أو يطرحه فى الطريق ثم على القول بوجوب الإقباض و امتناعه عن قبوله فهل يجبره الحاكم بالقبول أو لا، و الظاهر هو عدم اختصاص الحاكم بذلك فإنه بناء على وجوب القبض و امتناعه عنه يكون المورد من موارد الأمر بالمعروف و من الواضح أن عدول المؤمنين، بل فساقهم فى عرض الحاكم فى ذلك لإطلاق أدله وجوب الأمر بالمعروف كما هو واضح و قد اعترف المصنف أيضاً بكون ذلك من باب الأمر بالمعروف فى أثناء كلامه.

### **الجهه الثالثه: أن البائع إذا امتنع عن القبض اما لعدم وجوبه، أو**

لعدم إمكان إجباره

فهل يتولى الحاكم بالقبض لكونه ولى الممتنع أو لا- يجب عليه ذلك و الظاهر أنه لا دليل على مباشره الحاكم بذلك إذا لا ولايه له على ذلك، غايه الأمر أنه ولى الممتنع عن أداء الحق فإنه يجبره على الأداء

ص: ٥٧٣

بل يجبره عدول المؤمنين، بل فساقهم على ذلك فإنه من باب الأمر بالمعروف و مع عدم قبوله يتولاه الحاكم و غيره من المؤمنين و أما إذا كان الامتناع عن قبول حق نفسه فلا- دليل على ولايه الحاكم عليه بأن يقبل ماله و يقبضه ولايه عنه و ان قلنا للغائب و نحوه حسبه و كذا ليس للحاكم أن يطالب المديون بالدين مع حلول الأجل و رضاء المالك ببقائه في ذمته أى المديون و كيف كان فمباشرة الحاكم بالقبض في أمثال الموارد تصرف في مال الغير بدون اذنه فيحتاج الى دليل و مع رضا بذلك فيجوز للحاكم قبضه لا أنه يجب عليه بحيث يكون ذلك وظيفه له بما أنه حاكم و هذا واضح جدا.

و من هنا ظهر أن ما ذهب إليه في السرائر من الحكم بوجوب القبض للحاكم و عدم وجوب إجبار الدائن ليس في محله و كذلك لا وجه لما رجّحه جامع المقاصد من تولى الحاكم بالقبض مع عدم الإكراه للبائع.

### **الجهه الرابعه: أنه بعد ما كان اشتغال ذمه المديون ضررا عليه مع**

عدم قبول الدائن دينه

فلا بدّ من عزل حقه و تعيينه في شخص معين و هل المتصدى لهذا العزل هو المديون أو الحاكم أو شخص آخر، و الظاهر أنه هو الحاكم، فان ما يدفع به الضرر هو جواز العزل و أما أن يكون المتصدى هو المديون فلا يقتضيه دليل نفى الضرر لما ذكرنا في باب الولاية أنه و ان كان لا دليل على ولايه الحاكم و لكن مع ذلك نلتزم بثبوت الولاية له من باب القدر المتيقن و كذلك في المقام فإنه قد اقتضى دليل نفى الضرر ارتفاع حكم الشارع باشتغال ذمه المديون و أنه يعزل حقه مع امتناعه و لكن الأمر دائر بين أن المتصدى لذلك هو الحاكم أو غيره فالقدر المتيقن هو أن يكون المتصدى لذلك هو الحاكم.

ثم انه بعد العزل هل يدفع الى الحاكم أو يجعل أمانه عند المديون أو عند شخص آخر أو يلقي الى نفس المالك سواء أخذ أم لا، و قد يقال أنه

ص: ٥٧٤

يعطى للحاكم لأنه ولى من لا ولى له ولكنه واضح الدفع فإنه إنما يدفع المال إليه إذا لم يكن مالكة حاضرا و لم يكن له ولى يحفظه فإنه يعطى للحاكم وهو يأخذه و يحفظه حسبه و أما فى المقام فالمالك حاضر فلا- حسبه لأخذه عنه و لا- دليل بالخصوص يدلنا عليه فلا دليل لوضعه عند الحاكم كما لا دليل على لزوم أن يأخذه الحاكم كما تقدم بحيث يكون وظيفه له و من هنا ظهر حكم غير الحاكم أيضا.

و أما المديون فذكر المصنف أنه يجعل عنده فان تلف فعلى ذى الحق لأن هذا فائده العزل و ثمره إلغاء قبض ذى الحق.

و مع ذلك لا يخرج بالعزل عن ملك مالكة لعدم الدليل عليه فان التملك كان مشروطا بالقبض فلا يسقط بدليل نفي الضرر، بل يسقط الضمان و نماء المعزول أيضا للمديون لما عرفت أنه ملكه فيكون المقام عكس قاعده الخراج بالضمان فلا تكون القاعده المذكوره جاريه هنا فان نفي الضرر ينفي الضمان و اعتبار القبض فى الملك يدل على عدم خروج المعزول عن الملك و يكون ذلك كتعلق حق المجنى عليه برقبه العبد الجانى.

و لكن يرد عليه أنه إذا كان المعزول باقيا فى ملك المديون و كانت ذمته أيضا فارغه عن الدين فأين ذهب ملك الدائن مع أنه كان مالكا لذمته قطعاً فلا مناص عن تعيين ملكه بالمعزول و قد عرفت أن دليل نفي الضرر يقتضى أزيد ما يدفع به ضرر المديون إذا عزل حق الدائن لا- انعدام ملكه بالكليه و قد عرفت أنه يندفع بعزل الحاكم و إذا عزله الحاكم فيتعين حقه بذلك و عليه فيكون تلفه عن المالك فيكون نماءه أيضا له على ما تقتضيه قاعده الخراج بالضمان كما هو واضح.

### **الجهه الخامسه: أنه إذا عزل حق الدائن فهل حفظه على الدائن**

أو للحاكم أو ليس على أحد حفظه

أما الحاكم فقد عرفت الكلام فيه فإنه ولى

الغائب لا ولي الحاضر و كك المديون، فإنه لا دليل على وجوب حفظه عليه بل حفظه كذلك أضر من بقائه في ذمته كما ذكره المصنف و عليه فللمديون أن يحفظ ذلك و له أن يطرحه عليه أو على الطريق فإنه بعد ما عرض ذلك على مالكة و امتنع مالكة عن القبض فلا- يكون حفظه على أحد حسبه، بل على مالكة و المفروض أن المالك لا- يأخذه فسقط احترام ماله من حيث وجوب الحفظ فيلقية المديون اين ما يريد كما هو واضح.

ثم انه بقى هنا شيء قد تعرض له المصنف و أن لم يكن مربوطا بالمقام و هو أن مورد حديث نفى الضرر هو أن النبي صلى الله عليه و آله قد أسقط ولاية سمره و أمر بقلع الشجره و رميها اليه، و لكن قد ذكرنا في البحث عن قاعده لا ضرر أن هذا و ان كان يدل على نفى الحكم الضررى فى الإسلام و لكن لا دلالة فيه على سقوط ولاية المالك عن ماله لأن حكم النبي صلى الله عليه و آله بقلع الشجره ليس من جهه الضرر لأن بقائها فى بستان الأنصارى لم يكن ضررا عليه، بل الضرر انما كان ناشئا عن دخول سمره على الأنصارى بلا استيذان منه و كان يندفع الضرر بمنعه عن الدخول عليه بدون الاستيذان و انما كان أمر النبي صلى الله عليه و آله بذلك من جهه التأديب حيث انه لم يقبل كلما وعده النبي صلى الله عليه و آله تأديبا له بقلع شجرته و رميها اليه و الآ فالحديث لا يقتضى رفع ولاية المالك عن ماله بعنوان لا ضرر.

**ثم انه بقى هنا فرعان قد تعرض لهما المصنف لأجل المناسبه**

#### **اشاره**

و ان لم يكونا مربوطين بالمقام:- الأول: أنه إذا كان مال مشترك عند شخص و أخذ الغاصب منه بقصد أنه من حصه شريكه لا ممن عنده مال، فهل يكون المأخوذ محسوبا من صاحبه أو يكون محسوبا منهما.

الثانى: أن يصدى الظالم بنفسه لذلك بأن أخذ من المال المشترك

وقد ذكر المحقق الثاني هذين الفرعين ثم ذكر أنا لم نجد تصريحاً بهما في كلمات الأصحاب و تردد هو فيما بعد حكمه فيما نحن فيه بكون تلف المعزول من صاحب الدين، ولكن لا- وجه لتوهم أن الفرعين مما نحن فيه كما ذكره المصنف و حكم بخروجهما عن المقام بان يدعى أن دليل نفي الضرر ينفي كون الضرر ممن بيده المال لعدم توجه الضرر عليه، بل يكون من صاحبه بأن يكون دليل الضرر مقتضياً لكون المعزول ممن قصد الظالم وقوع الضرر عليه.

### أما الفرع الثاني فمن جهة أنا لا نسلم كون المأخوذ من صاحب الشريك

كما فيما نحن فيه

لأن دليل نفي الضرر بنفسه لا يقتضى تأثير نية الظالم في التعيين، فإذا أخذ الظالم جزء خارجياً من المشاع فتوجيه الضرر الى من نواه الظالم دون الشريك لا وجه له فان نيته ليست موجبه لتعيين المال لعدم كونها فارزه كما إذا أخذ الظالم من المديون مقدار مال الغريم بنيه أنه من الدائن أو أجبر أحداً أن يبيع ماله من شخص ثم أخذ الغاصب المال المعلوم فان دليل لا ضرر لا يثبت الولاية لأحد أن يبيع ماله من شخص أصاله عن نفس و ولاية عن غيره و هذا واضح جدا.

نعم، هنا كلام من جهة أخرى و هي أن الضرر المتوجه الى شخص هل يجب دفعه لغيره عنه مع تمكنه عن ذلك أو لا يجب دفعه عليه و قد تقدم ذلك في الجزء الأول و قلنا انه لا يجب دفعه و لكنه غير مربوط بالمقام لما عرفت أن الضرر هنا انما توجه الى المال المشاع المشترك و نية الظالم لا يوجب توجهه الى خصوص ما قصده الغاصب فان نيته لا توجب تعيين حق أحدهما فإن أمر الافراز ليس بيده، و لا أن دليل نفي الضرر يقتضى ذلك بعد توجه الضرر الى المال المشاع.



## و أما الفرع الأول: فربما يتوهم أن الشريك لما كان في معرض الضرر

لأجل مشاركته شريكه جعل له ولاية القسمة بمقتضى دليل نفي الضرر،

و لكنه توهم فاسد كما ذكره المصنف، و فيه أن الضرر و ان كان يجوز القسمة و لكن القسمة أيضا ضرر على الطرف الآخر فيكون دليل نفي الضرر بالنسبة إليهما متعارضا.

و بعبارة أخرى أن دليل نفي الضرر انما ورد في مقام الامتتان فكما أن الامتتان يقتضى جواز القسمة و هكذا ان الامتتان يقتضى عدم جواز القسمة فعدم كل منهما خلاف الامتتان فيتعارضان فلا يكون دليل نفي الضرر شاملا لما نحن فيه.

### قوله: مسأله: لا خلاف على الظاهر من الحدائق المصرح به في غيره.

أقول: لما كان الكلام في البيع المؤجل فتعرض المصنف لأجل المناسبه لعدم جواز التأجيل في الثمن، بل في مطلق الدين بأزيد منه بأن يزداد في الأجل بزيادة الدين بحيث تكون زياده الثمن في مقابل الأجل الزائد و كيف كان فلا شبهه في حرمه ذلك و كونه ربوي محرما و لم تسمع خلاف أحد في ذلك ثم ان مورد الكلام ما إذا كانت الزيادة في مقابل الأجل ابتداء بأن يزداد الدين بمقدار من الأثمان فيزيد الدائن الأجل و لا يختص ذلك بمعامله دون معامله و لا بمعامله دون دين، بل يجري في جميع ذلك فالميزان الكلي ازدياد الثمن في مقابل ازدياد الأجل من غير أن يكون ذلك في ضمن معامله.

و أما إذا صالح المديون بإبراء الدين الحال بأزيد منه مؤجلا، فلا بأس به و أنه خارج عن المقام، و كذلك ما إذا باع ما في ذمته من المتاع الربوي كالحنطه مثلا بأزيد منها مؤجلا فإنه باطل لا من جهة الربا و الزيادة العينيه، بل من جهة أن بيع الحال بمثله مؤجلا في الربويين باطل

كما هو المشهور لا- من جهة كون الزيادة فى مقابل الأجل فهذا أيضا خارج عن المقام. و أيضا ليس مربوطا بالمقام ما إذا باع الحال بما فى ذمته من الأثمان كالدينار و الدرهم بأزيد منه من غير جنسه معجلا كالمروءات و نحوه فلا بأس به أيضا.

و على الجملة فمورد الكلام ما إذا زاد المديون على الدين بعد حلوله أو فى وقت المدائنه فى مقابل الأجل بحيث تكون الزيادة فى مقابل الأجل الزائد، و قد اتفقت كلمات الأصحاب على حرمه ذلك من غير خلاف بينهم نصا و فتوى.

و قد استدل المصنف (ره) على حرمه ذلك بوجوه الأول، الخبر الذى رواه فى مجمع البيان عن ابن عباس فى تفسير قوله تعالى وَ حَرَّمَ الرِّبَا من أنه كان الرجل من أهل الجاهليه إذا حلّ دينه على غريمه فطالبه قال المطلوب منه زدنى فى الأجل أزيدك فى المال حتى إذا قيل لهم ربا، فيتعجبون من ذلك و يقولون هما سواء بمعنى أنه كزياده الثمن حال البيع فكما أنها ليست بحرام و كذلك الزيادة فى مقابل الأجل بعد البيع فذمّتهم الله و الحق بهم الوعيد و خطاهم فى ذلك بقوله أَحَلَّ اللَّهُ الْبَيْعَ وَ حَرَّمَ الرِّبَا.

و فيه أن هذه الروايه و ان كانت دلالتها تامه و لكن لم تثبت حجيتها لعدم كونها منقوله من طرفنا.

الثانى: أنه استدل على ذلك بروايات من طرفنا عن الأئمه عليهم السلام الله و هى على طائفتين.

الأولى: ما دل على جواز وضع البعض مع إعطاء البعض من الدين كصححه ابن ابى عمير قال سئل عن الرجل يكون له دين إلى أجل مسمى فيأتيه غريمه فيقول له انقدنى كذا و كذا واضع عنك بقيته أو انقدنى بعضه و أمدّ لك فى الأجل فيما بقى عليك، قال عليه السلام: الله لا ارى به بأسا،

انه لم يزد على رأس ماله قال الله تعالى فَلَكُمْ رُؤُسُ أَمْوَالِكُمْ لَا تَظْلِمُونَ وَلَا تُظْلَمُونَ ، فإنه عليه السلام علل جواز التراضى على تأخير أجل البعض بنقد البعض بعدم الازدياد على رأس المال كما ذكره المصنف فيدل على أنه لو زاد ذلك على رأس ماله لم يجز التراضى على التأخير، فيكون ذلك رباء كما يقتضيه ذيل الآية أعنى قوله تعالى فَلَكُمْ رُؤُسُ أَمْوَالِكُمْ ، إلخ. فهذه الروايه تدل على عدم جواز الزيادة فى مقابل الأجل بعد الدين فتدل على حرمتها عند المدائنه أيضا إذ لا فرق فى ذلك بين الحدوث و البقاء.

و الطائفة الثانيه الأخبار الوارده عن تعليم طريق الحيله فى جواز تأخير الدين بزيادة باشرط التأخير فى ضمن معاملة أخرى للفرار عن الربا فلو جاز التأجيل بزيادة ابتداء و بقاء لم يكن داعى إلى التوصل بأمثال تلك الحيل حتى صاروا عليه السلام بذلك موردا لاعتراض العامه فى استعمال بعض هذه الحيل كما فى غير واحد من الأخبار الوارده فى ذلك و كيف فتدل هذه الروايه أيضا على حرمه الزيادة فى مقابل الأجل حدوثا و بقاء.

و على الجملة أن ما استدل به المصنف على مقصوده بهذه الروايات صحيحه و تامه.

**قوله:مسأله:إذا ابتاع عينا شخصيه بثمن مؤجل، جاز بيعه من بايعه**

**اشاره**

و غيره قبل حلول الأجل

و يعده بجنس الثمن و غيره مساويا له أو زائدا عليه أو ناقصا حالا أو مؤجلا.

أقول:الكلام فى بيع العين الشخصيه بعد شرائه مؤجلا من الشخص الذى اشتراه منه،

**فالكلام يقع هنا فى ثلاث مسائل:**

**اشاره**

الاولى فى أنه هل يجوز بيع العين الشخصيه من الشخص الذى اشتراه منه مؤجلا أو لا يجوز بيعه منه قبل حلول الأجل أو بعده بجنس الثمن الذى اشتراه منه أو غيره مساويا له أو زائدا عليه أو ناقصا عنه حالا أو مؤجلا، ففى هنا مسائل

ص: ٥٨٠

الأولى: أنه يجوز بيع ما اشتراه الإنسان مؤجلا و قد منع الشيخ عن ذلك بعد حلول الأجل بنقصان من الثمن.

و المسألة الثانية: ما نسب الى الشيخ أيضا في خصوص الطعام بأنه بعد حلول الأجل، فإن كلام الشيخ و ان كان في بيع الطعام و لكن علله على نحو يفهم منه التعميم، فراجع المتن و لا- يجوز أخذ الطعام بدلا عن الثمن الا- بما يساويه المسألة الثالثة أن يبيع الشيء بشرط أن يبيعه منه بالمال كما نسب الى المشهور.

### أما المسألة الأولى في أنه هل يجوز بيع العين الشخصية من الشخص الذي اشتراه منه مؤجلا

فالظاهر أنه لا خلاف في جواز ذلك بين الأصحاب إلا عن النهاية للشيخ، فإنه حكم بعدم جواز أن يأخذ البائع من المشتري ما كان باعه إياه أن يأخذ منه بثمن ناقص فما باع منه و لزمه ثمنه الذي كان أعطاه به كما هو ظاهر عموم كلامه في بيع الطعام و عن الشهيد أنه تبع الشيخ في ذلك جماعه. و لكن الظاهر ما هو المشهور و يدل عليه مضافا على العمومات الداله على صحه المعاملات و لزومها صحيحه (1) بشار بن يسار قال: سألت أبا عبد الله عليه السلام عن الرجل يبيع المتاع بنساء مراهجه فيشتره من صاحبه الذي يبيعه منه، فقال: نعم لا بأس به، إلخ. فهذه الروايه و ان كانت خاصه من حيث اختصاصها بشراء البائع المتاع الذي باعه من المشتري مؤجلا و لكنها مطلقه من حيث كون الشراء ثانيا بأقل من الثمن الذي باعه أو أزيد أو مساوى، و كذلك مطلقه من حيث كون الشراء ثانيا بعين الثمن الذي باع به أولا- أو بغيره قبل حلول الأجل أو بعده، فهذه الروايه بإطلاقها من حيث ترك الاستفصال بين الحلول و عدمه تدل على المقصود.

ص: ٥٨١

و تدل على المقصود أيضا صحيحه (١) ابن حازم عن أبي عبد الله عليه السلام قال: رجل كان له على رجل دراهم من ثمن غنم اشتريها منه، فأتى الطالب المطلوب يتقاضاه، فقال له المطلوب أبيعك هذه الغنم بدراهمك التي لك عندي فرض قال لا بأس بذلك فهذه الرواية ليست مطلقة من حيث كون البيع الثاني قبل الأجل أو بعده بل الظاهر منها أن المطالبة إنما كانت بعد حلول الأجل و لذا قال السائل انه اتى الطالب المطلوب يتقاضاه فإنه لو كان ذلك قبل الأجل لم يكن له حق المطالبة و لكن الظاهر من الرواية أن للبائع حق المطالبة (الآ- أن يكون البيع حالا- فتكون الرواية على ذلك أجنبيه عن المقام) و لكن الرواية ليست فيها صراحة بالنسبة كون البيع الثاني واقعا على المبيع الأول، بل هي مطلقة من هذه الجهة فلا- دلالة لها على ذلك الآ- من حيث الإطلاق.

و يؤيد ذلك ما من كتاب (٢) على بن جعفر عن أخيه قال: سألته عن رجل باع ثوبا بعشره إلى أجل، ثم اشتراه بخمسه بنقده فهذه الرواية على تقدير صحة سندها ظاهره في المطلوب و لكن لا صراحة فيها أيضا في كون البيع قبل حلول الأجل أو بعده و كيف كان ففي هذه الروايات مع العمومات الواردة في صحة المعاملات غنى و كفايه.

و قد استدل الشيخ على مقصود بروايتين الأولى روايه خالد بن الحجاج قال: سألت أبا عبد الله عليه السلام عن رجل بعته طعاما بتأخير إلى أجل مسمى فلما جاء الأجل أخذته بدراهمي فقال: ليس عندي دراهم و لكن عندي طعام فاشتره مني، فقال: لا تشتريه منه، فإنه لا خير فيه.

ص: ٥٨٢

---

١- (١) وسائل ج: ١٢، ص ٣٧٠.

٢- (٢) وسائل ج: ١٢، ص ٣٧١.

و فيه أنه على تقدير صحه الروايه فلا دلالة فيها على المقصود إذ ليس فيها أن المبيع ثانيا عين المبيع أولاً، فإن المشتري قال ليس عندي طعام فاشتر منى طعاما فيمكن أن يكون هذا الطعام غير الطعام الذى وقع عليه البيع أولاً، كما يقتضيه التعبير عنه بالنكره حيث انه طلب الثمن فأعطاه الطعام عنه، بل قيل أن تكرار النكره بالنكره يدل على التعدد كما فى قوله تعالى إِنَّ مَعَ الْعُسْرِ يُسْرًا ، إلخ. و أما إذا كان تكرار النكره بالمعرفه فيدل التكرار على الاتحاد، نعم لا يبعد شمولها للمبيع الأول بالإطلاق و ثانيا لا دلالة فيها على الحرمة، بل الظاهر منها الكراهه و لذا لم يقتصر الامام عليه السلام فى المنع بقوله لا تشتري، بل عقبه بالتعليل بقوله فإنه لا خير فيه فان الظاهر من كلمه لا خير هو الكراهه فإنها مثل كلمه لا ينبغي و لا يصلح و نحو ذلك.

و على الجملة فظهور الروايه فى المنع عن الاشتراء من حيث كون البيع ثانيا هو الطعام الأول، و من حيث الزيادة و النقيصه و المساواه، و الشيخ لا يقول بذلك فلا تنطبق الروايه على مسلكه.

الثانيه: روايه عبد الصمد بن بشر قال: سأله محمد بن قاسم الحنات، فقال: أصلحك الله أبيع الطعام من رجل الى أجل فيجئنى فقد تغير الطعام من سعره فيقول: ليس عندي دراهم، قال: خذ منه بسعر يومه، فقال أفهم أصلحك الله انه طعامى الذى اشتراه منى فقال لا- تأخذ منه حتى يبيعه و يعطيك، فهذه الروايه صريحه فى كون المبيع ثانيا هو المبيع أولاً- فعلى تقدير صحتها فتدل على المقصود من هذه الجهه و لكن لا- دلالة فيها على خصوص مذهب الشيخ و هو عدم جواز البيع بثمن ناقص من الثمن الذى اشتراه المشتري به من البائع كما لا دلالة على ذلك فى الروايه الأولى أيضا على تقدير شمولها للمبيع الأول بإطلاقها و الوجه فى ذلك أنه لا شبهه فى أن هذه الروايه صريحه فى كون البيع مؤجلا كما أنها صريحه فى كون المبيع ثانيا عين

المبيع أولاً، وان دلت هذه الرواية على الجبهه الثالثه أيضاً، و هي أن يكون الثمن فى البيع الثانى أقل من الثمن فى البيع الأول فتكون هذه الروايه أخص من العمومات الداله على صحه هذا النحو من البيع و أيضاً تكون أخص من الروايتين المتقدمتين فبمقتضى الجمع العرفى كون هذه مخصصه لها إذ ليس فى المقام ما يعارض هذه الروايه، بل العمومات و الروايتين المتقدمتين كلها أعم من هذه الروايه.

و لكن الظاهر أن روايه عبد الصمد مع الغض عن سندها و الحكم باعتبارها من حيث السند فلا دلالة لها على المقصود فإنها إما مجمله، أو خارجه عن المقام جدا و الوجه فى ذلك أن الراوى حيث سأل الإمام عليه السلام عن جواز شراء الطعام ثانيا الذى باعه من شخص مؤجلا، و قد حلّ الأجل حيث يقول المشتري ليس عندى دراهم خذ طعامك فقد تغير سعره فقال الامام عليه السلام: الله خذ طعامك بسعر يومه الذى تطلب منه الثمن ثم كرر السائل السؤال، فقال هو طعامى فأجاب الإمام عليه السلام أنه لا يجوز أن تشتري منه، بل لا بدّ و أن يبيع لشخصاً آخر فيعطيك ثمنه ثم ندم السائل عن سؤاله ثانياً حيث قال أرغم الله أنفى، إلخ. لا شبهه أن المبيع الثانى الذى سأل السائل عن حكمه ليس الثمن فيه مساويا للبيع الأول، بل اما زائد عنه أو ناقص و لذا قال الراوى فقد تغير سعره فان كان المراد هو الناقص فدلت الروايه على مقصود الشيخ فإنه تكون الروايه أخص من العمومات و الروايتين المتقدمتين فتكون هى مخصصه لهما، و لكن ليس فى الروايه ظهور فى ذلك، بل الظاهر منها أن السائل بعد ما سأل عن حكم البيع الثانى فجوزّه الامام عليه السلام فرأى أنه ليس على نفعه لكون الثمن فيه زائداً من ثمن بيع الأول فأراد الفرار عن ذلك فسأل ثانياً أنه طعامى فكيف أعطى الثمن أكثر مما أعطاه المشتري لى، بل لا بدّ و أن يعطيه المشتري لى بمثل

الثلث الذي أعطيه إياه فأجاب الإمام عليه السلام بأنه لا تأخذ منه إلخ، فتخيل السائل من ذلك أنه لا يجوز البيع بأزيد من الثمن الذي في البيع الأول، فقال أرغم الله انفى رخص لي فررت عليه و شدد عليّ فان الظاهر من هذه (و لكن الظاهر من ذيل الروايه أنه كان الثمن في البيع الثاني فممنع، الامام عليه السلام منه فتكلم هو بهذه الجملة فإنها أمس بصوره القله و الندامه بها اخرى و أما في الزائد فلا من المقرر) الجملة أنه فهم عدم الجواز من الشراء بالزائد فتندم لأنه كان حاضرا بالشراء الزائد، و لكن لا دلالة في قول عليه السلام لا تأخذ منه، إلخ. على عدم جواز الشراء ثانيا بالأكثر كما تخيله الراوى بل الامام عليه السلام أرشده إلى أنه إذا ثقل عليه أن تشتري متاعك بالثلث الزائد من الذي بايعته فلا تأخذ منه ذلك فخلي أن يبيعه من غيرك فيعطيك دراهمك و عليه فلا دلالة في الروايه على المنع عن البيع بأزيد من الثمن الذي كان في البيع الأول و على هذا فالروايه بالكلية أجنبيه عن رأى الشيخ الطوسى فإن الروايه لا تمنع عن البيع الثاني لا بالثلث الناقص من البيع الأول كما صرح به الشيخ الطوسى و قال انه لا يجوز بالناقص، و لا بالثلث الزائد كما هو ظاهر كلامه في مورد بيع الطعام، و ان أبيت عن ظهورها في ذلك فلا ظهور لها في المنع عن البيع بالثلث الناقص من الثمن الأول فلا أقل من الإجماع كما هو واضح.

ثم انه ربما يستدل على مذهب الشيخ بما نسب إليه في السلم من أنه لو باع أحد طعاما من غيره سلما فحل الأجل و لم تمكن البائع من تحويل الطعام، فإنه لا يجوز له أن يعطى درهما بدل الطعام إلا بنحو التساوى فإنه يرجع الى بيع الدرهم بدرهم فهو لا يجوز في غير صوره التساوى و عكس ذلك في البيع المؤجل فإنه إذا باع طعاما بدراهم مؤجلا- فحل الأجل و لم يتمكن المشتري من إعطاء الدراهم فإنه لا يجوز له أن يعطى الطعام بدل



الدراهم لرجوعه الى بيع الطعام بالطعام،فهو لا يجوز إلا بنحو التساوى و إلا يلزم منه الربا و الأصل فى ذلك ما ورد فى السلم من خبر على بن جعفر عليه السلام قال:سألته عن رجل له على آخر تمر أو شعير أو حنطه يأخذ بقيمته دراهم قال عليه السلام:إذا قومه دراهم فسد لأن الأصل الذى يشتري به دراهم و لا يصلح دراهم بدراهم.

و فيه أولاً أن الروايه ضعيفه السند.

و ثانياً:أنها معارض فى موردها بروايه أخرى،و ثالثاً:أن مورد هذه الروايه هو البيعى الكلى،فإنه قال عليه السلام سألته عن رجل له على تمر و لا أقل من إطلاقه بالنسبه إلى الكلى و الشخصى و لا شبهه أن كلام الشيخ فى البيع الشخصى دون الكلى بداهه جواز ذلك فى الكلى و اذن فلا مانع من هذه الناحيه أيضاً لأن البيع الثانى بأقل من الثمن الأول لا بأس به.

فتحصل ان مذهب الشيخ(ره)مبنى على وجوه ثلاثه كلها لا يرجع الى محصل كما هو واضح.

### **و أما المسأله الثالثه فهى أن يبيع شيئاً و يشترط فى ضمنه أن يبيعه**

ثانياً،

فقد نسب الى المشهور بطلان ذلك و علله العلامة بأنه مستلزم للدور و هو محال،و ما يلزم منه المحال فهو محال،و لكنه لا يناسب مقام علامه، بل مقام من هو دونه و ذلك لأنه ان كان معنى الاشتراط هو تعليق البيع على الشرط بحيث أن يكون البيع على تقدير هذا الشرط و إلا فلا بيع، فلتوهم الدور مجال لأن حصول البيع الأول متوقف على البيع الثانى فالبيع الثانى متوقف على الملكيه الحاصله من البيع الأول فيتوقف البيع الثانى على البيع الأول فهو دور و لكن الأمر ليس كك،فإنك قد عرفت أن معنى الشرط ليس هو التعليق الذى قام الإجماع على بطلانه،بل الالتزام معلق على الشرط و العقد معلق

ص: ٥٨٦

على الالتزام بالشرط ولا يضّر مثل هذا التعليق لأنه إنما تعليق بأمر حاصل لتحقيق الالتزام حال العقد و التعليق بأمر حاصل لا تضرّ كما هو واضح، و إنما الذى هو غير حاصله هو الملتزم به دون نفي الالتزام كما هو كك في جميع الشروط غير شرط النتيجة كشرط الخياطه و البنايه و نحوهما و أما على ما هو المعروف من معنى الشرط من ارتباط الالتزام بالعقد مستمرا متوقف على الشرط و الارتباط انما هو بينهما فالملكيه حاصله بالبيع سواء حصل الشرط أعنى الملتزم به أم لم يحصل غايه الأمر أنه يثبت للمشروط له خيار تخلف الشرط، و أما توقف الملكيه على الشرط المتوقف حصوله على البيع الثانى، فلا، كما هو واضح. و حيث ان هذا المعنى من الشرط واضح فلا وجه للزوم الدور بوجه على أنه منقوض بالإجاره أيضا فإنه لو باع عينا من شخص و اشترط استجارها للبائع لزم الدور المذكور و كذلك ينتقض باشتراط بيعه من شخص آخر فان توهم الدور متوجه في جميع ذلك فلا وجه له للفرق بينهما.

ثم انه حيث ان الدور بظاهره الذى عرفت بشيع و القول بلزومه في صورته اشتراط البيع للبائع منقوض بالأمر المذكوره فقد وجهه المصنف بوجه آخر، و حاصله أن الشرط لا بدّ و أن يكون محرز الصحه قبل البيع و لا يكون ممتنعا قبله، فلو كانت صحه الشرط ناشئه من ناحيه الاشتراط في البيع بحيث يكون البيع موجبا لمعقوليته لزم الدور ففي المقام لا شبهه أن بيع مال الشخص من نفسه معقول فلو اشترط ذلك في ضمن البيع لكان صحه هذا الشرط متوقفه على البيع و المفروض أن صحه البيع أيضا متوقفه على هذا الشرط فيلزم الدور و لكن يرد عليه نقضا و حلا أما النقض فلأن النقوض المذكوره و ان لم تكن وارده فإن بيع المالك ماله من شخص آخر و كك إيجار له صحيح في نفسه فيمكن أن يكون ذلك شرطا في البيع أيضا و لكن ينقض ذلك بما إذا اشترط الإيجار لنفسه فان الظاهر أن العلامه لم يمنع في ذلك كما هو المتعارف

كثيراً، أو يشترط كون السكنى له إلى سنه و يشترط ان يرهن عنده و دعوى المصنف أن النقض بالرهن غير وارد لأنه من توابع البيع و مصالحه فيجوز اشتراطها نظير نقد الثمن أو عدم تأخيره عن وقت دعوى لا نفهمها، إذ الإشكال ليس من ناحيه جعل مال الغير وثيقه فإنه كثير، فإنه ربما يستعير مال شخص آخر و يجعله وثيقه عند شخص و يأخذ منه الدراهم، بل الاشكال من ناحيه أن مال شخص لا يمكن أن يجعل عنده رهنا و أنه إذ لا يعقل أن يجعل مقدار من مال شخص ثم يجعل رهنا عنده، فحيث كان هذا غير معقول، فلا بدّ و ان لا يكون اشتراط ممكنا في البيع أيضا على توجيه المصنف لكلام العلامة و أوضح من النقضين المذكورين أن يبيع أحد ماله و اشترط أن يقفه عليه مع أن وقف الإنسان ماله لنفسه غير معقول و الظاهر أن العلامة لم يلتزم بعدم الجواز في شيء مما ذكر، فالأمر يدور بين أن يلتزم بعدم صحة الشرط في الموارد المذكوره أيضا و هو بعيد أو لا يلتزم بعدم الصحة في اشتراط أن يبيع المشتري المبيع من البائع ثانيا فحيث لا يمكن الالتزام بالأول فلا بدّ من عدم الالتزام بذلك في الثاني أيضا.

و أما أن الشرط غير مقدور قبل البيع فكيف يمكن اشتراطه فيه، فواضح الاندفاع لأنه لا يعتبر في الشروط أن يكون مقدورا قبل العقد، بل يكفي في مقدوريته كونه مقدورا بالعقد أيضا كما في المقام، و تقدم نظيره سابقا في حصول جواز التصرف بنفس البيع كما هو واضح.

و أعجب من كلام العلامة ما استدل به الشهيد على بطلان البيع الأول أن البائع لا قصد له على البيع، و إلا لم يشترط بيعه من البائع ثانيا، و وجه العجب أن البائع قد قصد النقل إلى المشتري و دعوى أنه لم يقصد مكابره و أن أبيت عن ذلك فنفرض الكلام فيما إذا صرح البائع بذلك القصد غايه الأمر أنه مع هذا القصد قد اشترط بيعه ثانيا من البائع الأول و تعلق القصد به

أيضا على أنه لو كان اشتراط البيع من البائع الأول ثانيا مضرا لكان قصد المتبايعين النقل إلى البائع الأول، من دون اشتراطها إياه لفظا أيضا، مضرا و موجبا لعدم القصد إلى البائع الأول، بل قد يقصد رجوع المبيع إلى البائع كما في البيع بشرط ردّ الثمن، فان غرض البائع تسهيل أمره مع حفظ متاعه بذلك البيع فيبيعه كذلك و يجعل لنفسه الخيار إلى مده بحيث إذا أتاه الثمن أخذ المتاع.

و على الجملة فلا- نرى بأسا بما إذا باع أحد ماله و اشترط في ضمن البيع أن يبيعه المشتري منه ثانيا لا من حيث الالتزام ليكون تعليقا و لا من حيث الملتزم به، بان يوجب الدور، بل قد يشترط رجوع البائع إلى المبيع إذا أتى بالثمن فضلا عن البيع له ثانيا كما عرفت.

و الحاصل أن الكلام في صحه البيع و اشتراط أن يبيع المشتري المبيع ثانيا من البائع، و قد تقدم أن المانع ذلك هو الدور الذي ذكره العلامة و قد عرفت جوابه و أنه ليس هنا دور، بل المقام كبقية اشتراط من غير فرق بينها فإذا لزم الدور من الاشتراط فيلزم في جميعها و إلا فلا فحيث لم نر محذورا في بقيه الشروط من حيث الالتزام و لا من حيث الملتزم به لكونه أمرا مقدورا و كانت مقدوريته بنفس العقد فلا محذور في صحه ذلك البيع الذي وقع فيه هذا الشرط، بل قد عرفت أن البيع المشروط برّد الثمن من البديهيّات صحته مع أن اشكال الدور لو تم لجري فيه أيضا بتوهم أن البيع متوقف على صحه الشرط و صحه الشرط متوقف على صحه البيع و كيف كان فاصل صحه البيع الأول غير متوقفه على شيء، بل هو يفيد الملكيه سواء عمال المشروط عليه بالشرط أم لا غايه الأمر أنه مع التخلف و عدم العمل بالشرط تثبت الخيار للمشروط له و هذا جار في جميع الشروط كما هو واضح.

و أما ما ذكره الشهيد (ره) من أنه لا قصد للبائع إلى البيع مع هذا

الشرط فقد عرفت جوابه و أنه قصد النقل بهذا البيع و اشتراط هذا الشرط لا ينافيه أى لا ينافى قصده هذا كما هو واضح.

ثم انه قد استدل صاحب الحدائق و بعض آخر على فساد البيع الذى وقع فيه هذا الشرط بروايه الحسين بن المنذر الداله على فساد البيع بهذا الشرط و بروايه على بن جعفر المرويه فى قرب الاسناد، و لكن الظاهر من الروايه كما ذكره المصنف هو بطلان البيع الثانى و يدلنا على ذلك اختلاف أهل المسجد فيه، و حكمهم بأنه لا يجوز البيع فى مكانه، بل بعد أشهر فإن هذا فى البيع الثانى دون الأول و الامام عليه السلام أيضا حكم بجواز البيع الثانى ان كان البيع الأول متحققا بحيث كان المشتري بعده له أن يبيع و له أن لا يبيع و من البديهي أن مورد البحث كان هو البيع الأول كما هو ظاهر كلام المشهور، بل صريح كلام بعضهم و اذن فالروايتين أجنبيتان عن مورد المسأله و تدلان على بطلان البيع الثانى.

و لكن الذى يسهل الخطب أنهما ضعيفتان السند أما الأولى فلحسين ابن المنذر و أما الثانى فلعبد الله ابن الحسن فلا تصلحان للمانعيه عن صحه البيع الثانى أيضا، و عليه فمقتضى القاعده المتصيده من العمومات الداله على صحه المعاملات هو صحه البيع الثانى أيضا كما هو واضح.

## القول فى القبض

### اشاره

قوله: و هو لغه الأخذ مطلقا، إلخ.

أقول:

### اختلفت الأقوال فى معنى القبض

على ما ذكره المصنف فى المتن و لكن الظاهر أن القبض بمعنى واحد فيكون بهذا العنوان شاملا لجميع الموارد و هو ما يكون به ضمان الغاصب و هذا المعنى الواحد عباره

ص: ٥٩٠

عن الاستعلاء على المال بحيث يكون اختياره تحت يده أو يد من يؤول إليه أمر المالك و هذا المعنى هو الذى يحكم به العرف و يوافق اللغه العربيه، بل كل لغه و ليس له حقيقه شرعيه أو متشريع حتى تكون متبعه و على هذا المعنى فيختلف القبض بحسب اختلاف الموارد فإنه فى مثل الدار عباره عن التخليه بين المالك و بينها فان استعلاء المالك يحصل بذلك و فى مثل الجواهر هو القبض بالكف و فى مثل الحيوان هو الأخذ باللجام أو السوق أو نحوهما و كيف كان فالقبض له معنى عرفى واضح ليس فيه اختلاف أصلا و انما الاختلاف فى مصاديقه و أفراده كما هو واضح.

نعم ربما يعبر عما قبضه بالتخليه بالإقباض مسامحه و لا يلزم من ذلك أن يكون المراد منه هو القبض بالكف كما يقال فى تسليم الثمن أو المثمن الى كل من المتبايعين بالإقباض و يقال: انه يجب الإقباض و لكن هذا تعبير مسامحى و المراد هو إقباضه بما يناسبه و اختلاف الحكم فى تحقق القبض هنا من ناحيه الاستناد إلى روايه عقبه الداله على تحققه بمطلق التخليه بقريته الإخراج من البيت أو النبوى كل مبيع تلف قبل القبض فهو من مال بايعه الظاهر فى تحقق الفعل من المشتري لا يرتبط بحقيقه القبض و يمكن أن الغرض من الروايتين واحدا.

و كذلك وقع الكلام فى أن إقباض الغاصب مال المغصوب بأى شىء يحصل بمعنى أنه بما ذا تفرغ ذمته و هذا أيضا ليس مربوطا بحقيقه القبض و ماهيته فان القبض كل شىء بحسبه كما عرفت و بحسب اختلاف المغصوب يختلف الحكم بفراغ ذمته أيضا و لعل هذا هو المقصود من النبوى على اليد ما أخذت حتى تؤدى نعم إذا كان المراد من الأداء، الأداء الخارجى فيعتبر فراغ من ذمه الغاصب الأداء لا مجرد التخليه بين المال و صاحبه و لكن فى المنقولات لا فى غيرها و أيضا وقع الكلام فى أنه إذا باع أحد ما

اشتراه من المكييل و الموزون هل يكفى الوزن أو الكيل الأول فى البيع الثانى أم لا، بل لا بدّ من الوزن و الكيل ثانيا مع كون الكلام فى أن هذا الوزن أو الكيل ثانيا إقباض أم لا، و هذا أيضا غير مربوط باختلاف حقيقه القبض بل هو حكم آخر قد تقدم الكلام فيه عند البحث فى الشرائط البيع و أنه يكفى الوزن فى البيع الأول عن الوزن فى البيع الثانى أولا و أما أنه إذا أوجبنا الوزن فى الثانى فهل أنه قبض أو يحتاج الى قبض آخر فسيأتى الكلام فيه و على الجملة فشىء من الأحكام المزبوره لا يرتبط بالقبض كما هو واضح.

### قوله: القول فى وجوب القبض.

#### مسأله يجب على كل من المتبايعين تسليم ما استحقه الآخر بالبيع

أقول: لا- شبهه فى وجوب الإقباض لكل من المتبايعين فإنه بعد تحقق البيع يكون الثمن مال للبائع و يكون المثلن مالا للمشتري فيحرم إمساكه لكل منهما لأنه تصرف فى مال الغير و إمساكه إياه بغير اذنه فهو حرام و انما الكلام فى أنه يجب ذلك على الإطلاق سواء سلم الآخر العوض أم لا؟ كما ذهب إليه الأردبيلى أو يجب على البائع فقط دون المشتري كما ذهب اليه بعضهم أو يجب على كل منهما مشروطا كما ذهب اليه المصنف، و أما ما ذهب إليه الأردبيلى ففيه ما ذكره المصنف من أن تسليم كل من البائع و المشتري العوض للآخر مشروط بتسليم الآخر العوض إياه بحسب بناء العقلاء و إذا امتنع أحدهما من التسليم فللاخر أيضا أن يمتنع من ذلك و عليه فلا وجه للقول بالوجوب على وجه الإطلاق كما هو واضح.

و أما توهم أنه واجب على البائع مطلقا دون المشتري فإنه يجب عليه التسليم مشروطا بدعوى أن الأصل فى البيع هو المعوض و الثمن عوض عنه فيجب ابتداء تسليم المعوض سواء سلم المشتري العوض أم لا، و لكنه واضح البطلان فان كون الثمن عوضا فى مقام الإنشاء لا يقتض عدم وجوب التسليم مطلقا مثل المثلن، بل بعد تماميه البيع يصير كل منهما مالا للآخر فإذا أوجب

على البائع التسليم بأى كيفية وجب على المشتري التسليم على هذا النحو أيضا و حيث قلنا انه واجب على كل منهما مشروطا بحسب بناء العقلاء فيكون هذا التوهم فاسدا من أصله.

ثم انه ذكر المصنف انه يجبر الحاكم الممتنع عن التسليم بالتسليم أو غير الحاكم من باب النهي عن المنكر فان منع مال الغير عنه منكر فينهى عنه و لكنه واضح الدفع بداهه أنه بعد ما كان وجوب التسليم وجوبا مشروطا فلا يكون عدم تسليم كل منهما مع منع الآخر عن التسليم منكرا حتى يجب ذلك من باب النهي عن المنكر، نعم إذا لم يمتنع أحدهما عن التسليم و لكن امتنع الآخر عنه فلا بأس لكلام المصنف هنا من إجبار الممتنع من باب النهي عن المنكر.

ثم انه إذا كان كل منهما حاضرا للتسليم و وافقا لتسليم الآخر و لكن لا يبادره إلا أن يبادر الآخر بالتسليم لغرض فى ذلك فهل تجرى الوجوه المتقدمه هنا أيضا أم لا؟ الظاهر أن هذه مسأله أخرى غير المسأله المتقدمه و الظاهر أن ما ذكره الأردبيلي متين هنا بداهه أنه لم يثبت بناء من العقلاء فى المعاملات على وجوب التسليم فورا لعدم تعلق الغرض العقلاء بذلك حتى يجيء ذلك تحت الشرط الضمنى، بل بناؤهم انما يثبت على اشتراط أصل تسليم كل من العوض و المعوض لتسليم الآخر و عليه فيكون المبادره لكل منهما واجبه كما هو واضح، و دعوى أن المبادره واجبه على البائع لقبح أن يطلب تبادر من المشتري بتسلم الثمن بخلاف العكس دعوى فاسد، بل الوجوب من كلا الطرفين.

ثم انه إذا كان البيع من ناحيه مؤجلا- أما الثمن كما فى بيع النسيئه أو المثلثن كما فى بيع السلم و لم يسلم البائع الى أن حلّ الأجل فهل يجب على المشتري التسليم بعد حلول الأجل أم لا؟ و هل يجب على البائع ذلك أم لا؟



أما المشتري فقد ظهر حكمه من المسألة السابقة حيث ان الشرط الضمني بحسب بناء العقلاء انما هو على وجوب التسلم مشروطا وقد أخرج المشتري مقداراً من الزمان عن تحت هذا الاشرط بالتصريح أى يشرط عدمه على خلاف بناء العقلاء فبقى الباقي تحت الشرط الضمنى و أما البائع فقد يقال انه يجب عليه التسليم سواء سلم المشتري أم امتنع عن ذلك فإنه أى غير مؤجل قد التزم بالتسليم بحسب الشرط الضمنى و ان لم يسلم الآخر من ناحيه مؤجل و لكنه أيضا واضح الدفع فإنه إنما التزم بالتأجيل برهه من الزمان لا- مطلقا فإذا خرج هذا الزمان الخاص فيكون حاله حال المشتري و حال كلاهما ما ذكرناه فى المسألة السابقة من كون تسليم كل منهما مشروطا بتسليم الآخر، كما لا يخفى، فافهم. فتحصل أن الإقباض انما يجب لكل من البائع و المشتري على تقدير تسليم الآخر و الآخر، حتى فى البيع المؤجل بعد خروج الأجل كما هو واضح.

ثم انه لو قبض المشتري الثمن بدون اذن من البائع فيما لو كان المبيع من الأعيان الشخصية فهل يحسب هذا قبضا أم لا، فنقول: تارة تكون المعاملة مما يتوقف الملكيه فيها على القبض كما فى بيع الصرف و السلم، و أخرى لا يتوقف على ذلك، و لكن كان البقاء المبيع للبائع عنده عن حق فعلى الأول فلا شبهه أن ما أخذه المشتري هو مال الغير فلا يحصل الملكيه بقبضه بل لا بدّ له أن يردّه الى صاحبه، فان المفروض أن المعاملة ليست بوحدتها سببا وحيدا لحصول الملكيه و انما هى مع إقباض البائع دخيل فى ذلك فإذا انتفى الإقباض انتفى الملكيه الا أن يرضى البائع ببقائه عند المشتري فهو و ان لم يكن عن قبض حدثا و لكنه يكون قبضا بقاء.

و على الجملة فمع عدم رضاء البائع بما أخذه المشتري و قبضه لا بدّ له أن يردّه إلى البائع كما هو واضح.

و أما إذا لم تتوقف الملكية على القبض، بل كان للبائع حق الإبقاء المبيع عنده فقط فالظاهر أنه لا شبهة في جواز التصرف في المبيع للمشتري لأنه لم يتصرف إلا في ماله غاية الأمر أن القبض لم يكن عن حق.

و توهم أن التصرف في متعلق حق الغير كالتصرف في ماله فلا يجوز و هو توهم باطل، فإنه بعد كون متعلق حق الغير مالا للمتصرف فلا معنى لحرمه التصرف فيه، نعم لا يترتب على المبيع الأحكام المترتبة على القبض كبيعته من شخص آخر، فإنه قبل قبض المبيع عن البائع اما حرام، أو مكروه فلا يرتفع ذلك إلا بالقبض من البائع كما هو واضح.

ثم انه إذا حصل القبض من جانب و امتنع الآخر من التسليم فهل يجوز للممتنع أن يتصرف فيه أو لا يجوز، الظاهر أنه لا مانع من التصرف فيه لأنه ماله غاية الأمر إذا لم يسلم العوض الى حدّ كان للآخر خيار تخلف الشرط الضمني فإذا فسخ العقد يسترجع المبيع من المشتري.

### **قوله: مسأله: يجب على البائع تفرغ المبيع من أمواله مطلقا.**

أقول: هذه المسأله غير المسأله السابقه أعنى وجوب تسلم العوض على كل من البائع و المشتري، نعم وجوب كل منهما بالشرط الضمنى بحسب بناء العقلاء فإنه كما أن العقلاء يحكمون بوجوب التسليم على كل منهما و كذلك يحكمون بوجوب التسليم مفرغا بمعنى أنه يجب على البائع مثلا- أن يسلم العوض للمشتري مفرغا عن ماله و غير مشغول به، و ليس هذا عين المسأله السابقه، فإنه يمكن انفكاك إحداهما عن الآخر إذ يمكن أن يحصل التسليم و مع ذلك يكون المسلم به مشغوله بمال المسلم كما إذا باع زيد دارا و سلمها إلى المشتري و لكن كانت مشغوله بمال البائع بحيث لا يمكن إفراغه عادة الى شهر أو شهرين مثلا، أى لا يمكن إفراغها فى مده يتسامح فيها عرفا كيوم أو نصف يوم، بل لا بدّ و أن تبقى مشغوله فى مده معتد بها كـشهر أو شهرين و ح

يثبت للمشتري خيار الفسخ كما يثبت ذلك مع عدم أصل التسليم على ما تقدم.

ثم انه ذكر المصنف أنه إذا لم يفرغ البائع المبيع إلى مده يتضرر فيها المشتري ثبت له خيار الفسخ، والظاهر أنه لا وجه لهذا التقييد بداهه أن الخيار لم يثبت بدليل نفي الضرر حتى يكون مقيدا بعدم الضرر، بل انما هو من جهة التخلف بالشرط الضمنى و عليه فيثبت له الخيار بمجرد طول المده و ان لم يتضرر المشتري، بل كان عدم الفراغ على نفعه كما إذا كان فى مسافره فلو حصل الفراغ لم يكن أحد حافظا للمبيع و هذا واضح لا شبهه فيه و يجب على البائع ح أن يعطى الأجره فى المده التى اشغلها على تقدير عدم فسخ المشتري و عدم رضاه بالبقاء مجانا كما هو واضح، ولا يفرق فى ذلك بين أن يكون عدم الإفراغ عن قصور أو عن تقصير فما ذكره المصنف من الجزم بالخيار فى الثانى دون الأول لا وجه له فان التصرف فى مال الغير لا يجوز على كل تقدير و معه يكون ضامنا له سواء فوت عينه أو منفعتة كما هو واضح، وفى المقام حيث فوت منفعة مال الغير فيكون عليه ضمانها.

ثم ان هذه الفروع فى فرض جهل المشتري بالواقع و الأفع علمه يكون المبيع مشغوله و مع ذلك أقدم على الشراء مع علمه بأنه لا يحصل الفراغ الى شهر لا يكون له الخيار الأ مع تسامح البائع بأزيد من ذلك، وقد يقال انه إذا كان المشتري غافلا عن كون المبيع مشغولا و أقدم على الشراء ثم انكشف أنه كان مشغولا فإنه لا يكون له الأجره فى ذلك لأنه مثل أن تكون العين مستأجره فكما ليس للمشتري مطالبه الأجره على ذلك فى مده الإجاره و كذلك ليس له الأجره مع انكشاف كون المبيع مشغولا بمال البائع، نعم يثبت له الخيار فقط من ناحيه تخلف الشرط و لكنه واضح الفساد بداهه أن مقتضى كون العين و جميع منافعها مملوكة للمشتري بالمبيع، فلا بد للبائع أن يخرج من عده ماله مع إتلاف شىء منها، و لو كان هى المنفعه و لا يقاس ذلك بكون العين مستأجره

فإن المنفعة لم تكن داخله في ملك المشتري حتى يكون ضمان تفويتها على البائع، بل كانت حين البيع مملوكة لشخص آخر و هذا بخلاف المقام، فإن المنفعة هنا كأصل العين صارت مملوكة للمشتري بواسطة البيع فتفويتها يوجب الضمان كما لا يخفى.

و على الجملة فإذا كانت العين مشغولة بمال البائع مثلا مده معتده بها لا بما يتسامح عرفا كان للمشتري خيار تخلف الشرط و على تقدير عدم الفسخ يستحق الأجره في مده عدم الفراغ كما هو واضح.

ثم انه لو اشترى أحد أرضا و علم كونها مشغولة بالزرع و الأشجار فلا شيء على البائع كما في الفرع الأول.

و ان لم يعلم بذلك فهل يكون المشتري مخيرا بين قلعها و إبقائها، أو يتخير البائع في ذلك، و قد يقال ان قلع الأشجار أو الزرع ضرر على البائع فيكون مرفوعا بدليل نفي الضرر و يكون هو مخيرا بين القلع و الإبقاء و لكن يرد عليه أن دليل نفي الضرر لا يشمل المقام فإنه معارض بكون البقاء ضررا على المشتري فلا يشمل دليل نفي الضرر لمورد يكون فيه ضرر الغير لكونه في مقام الامتنان.

و دعوى أن ضرر المشتري متدارك بالخيار دون البائع دعوى فاسده، لأننا ذكرنا مرارا أن دليل نفي الضرر انما يرفع الضرر الحكم الضررى الذى يتوجه الضرر منه الى الشخص و لا نظر فيه الى كون الضرر متداركا بحكم آخر و الأ فيمكن أن يتدارك ضرر البائع من بيت المال بأن يلتزم بحديث نفي الضرر بوجوب إعطاء ضرر البائع من بيت المال.

و على الجملة أن حديث نفي الضرر وارد في مورد نفي الضرر الناشى من قبل الحكم الشرعى من غير ملاحظه أنه يتدارك بشيء آخر أم لا؟ فلا نظر له بوجه الى تداركه بشيء أصلا فالاختيار فى القلع و الإبقاء للمشتري لأنه

مسلط على ماله،فليس لأحد أن يزاحمه في تصرفاته السائغه بأى نحو من أنحاء المنع.

ثم انه لو رضى المشتري ببقاء الزرع و الأشجار فى الأرض فهل يستحق الأجره بذلك أم لا؟الظاهر هو الاستحقاق لأنه مالك لمنفعه الأرض فتفويتها موجب للضمان و لا يصح قياس المقام ببيع الدار و انكشاف كونها مستأجره فإن المنفعه هناك مملوكه لشخص آخر بخلاف المقام كما عرفت.

ثم انه إذا قلع البائع زرعه و أشجاءه فلا بدّ له أن يطم مواضعها و يصلح الأرض لأنه نشأ من قبله فلا بدّ له إصلاحه،و لكن هنا نزاع فى أن مثل هذه النواقص التى أوردها شخص على مال غيره هل هى من قبيل القيميات أو المثليات و من هذا القبيل كسر زجاجه الغير و نحو ذلك،الظاهر أنه يختلف ذلك باختلاف الموارد فلا يبعد أن يكون الزجاجه من قبيل المثليات لأنه يمكن عرفا اعاده مثل الأول فلو كسر أحد زجاجه شباك أحد فعليه أن يعيد مثله،و فى مثل تخريب القبه و نحوها يحكم بوجود قيمه ظاهره،فان الظاهر أنها من القيميات لأنه لا- يمكن عاده إعادته مثل القبه الأولى لاختلافها اختلافا فاحشا من حيث الجدد و العتافه و جوده المواد و الأساس،و ردائها و غير ذلك من الجهات الموجبه للاختلاف كما هو واضح فافهم.

### قوله:لو امتنع البائع من التسلم.

أقول:يقع الكلام هنا فى مقامين:الأول أن يكون امتناع البائع من التسليم لحق و هذا على نحوين:-الأول:أن يكون البحث فى ذلك من حيث استحقاق المشتري الأجره و الثانى من حيث الآثار الوضعيه.

أما الأول:فقد يقال بأن المشتري يستحق الأجره للمبيع لأن البائع إنما فوّت عليه منافع العين و هى مملوكه للمشتري فيكون ضامنا لها فلا بدّ و

أن يعطى الأجر له و لكنه واضح البطالان بداهه أنه بعد كون الامتناع عن حق فلا يكون ضامنا للأجره أيضا و يكون اشتراط عدم التسليم وسيله لتقييد بناء العقلاء على الضمان كما هو واضح.

و أما الآثار الوضعيه فهو أن نفقه المبيع هل هي على البائع فى ضمن الحفظ أو على المشتري فذكر فى جامع المقاصد أنها فى المقام كنفقه الزوجه على الزوج فكما أن امتناع الزوجه عن الزوج لا تكون موجب لسقوط نفقه و هكذا فى المقام ثم احتمال العدم و الظاهر هو الأول و لكن ثبوت النفقه على المالك هنا بملاك المالكيه فإن نفقه المال على مالكة و فى الزوجيه بملاك الزوجيه و لم يرد للأول تخصيص إلا إذا كان الأخذ غاصبا و فى الثانى قد خرج عنه النفقه حال النشوز فإنه ليست نفقه الزوجه على الزوج ح و لكن فى غير حال النشوز لم يرد تخصيص كما هو واضح.

و أما المقام الثانى و هو أن يكون عدم التسليم لحق فلا شبهه هنا فى ثبوت الأجره على البائع فى زمان عدم التسليم كأن باع دارا من زيد و سلم زيد الثمن و البائع لم يسلم المبيع، فإنه يثبت له الأجره فى هذا الزمان على البائع.

و أما الحكم الوضعى فأیضا لا شبهه فى ترتيبه عليه ككون النفقه على البائع فإن الغاصب ملزم بحفظ مال المالك و رده اليه فكل ما يصرف فى طريق الحفظ فيكون عليه، و قد ذكر ذلك فى صحيحه أبى ولاد المتقدمه فى باب الضمان بالمثل أو القيمه و هو موافق للقواعد أيضا، لأنك عرفت أن حفظ مال المغصوب على الغاصب ما دام تحت يده بمقتضى دليل اليد و ما ذكره المصنف فى المتين من أن مقتضى القاعده ان نفقته على المشتري اما زائدا أصلا أو سقطت عنه كلمه ليست أى ان مقتضى القاعده أن نفقته ليست على المشتري و إلا فنفى المصنف، قد ذكر ذلك فى باب الضمان بالمثل و حكم هناك بأن

النفقه على الغاصب و ليست للمقام خصوصيه تقتضى كون النفقه على المشتري كما هو واضح،هذا كله فى فرض أن لا يكون البائع شاغلا للمبيع و الأفتوت الأجره عليه بلا شك و ريب كما هو واضح.

## الكلام فى أحكام القبض

**قوله:مسأله من أحكام القبض انتقال الضمان ممن نقله الى القابض.**

أقول:ذكر الفقهاء أن من أحكام القبض اللاحق عليه أن يكون الضمان مع التلف على البائع بل لا- خلاف فى ذلك بينهم و الكلام فى مدرك ذلك،و قد استدل عليه بالنبوى المشهور التلف قبل القبض من البائع و فيه أن هذه الروايه نبويه غير منقوله من طرفنا فلا تكون حجه و على تقدير استناد المشهور بها قلنا ان الشهره لا توجب انجبار ضعف الروايه.و قد استدل أيضا بروايه عقبه بن خالد الداله على كون الضمان على البائع حتى يخرج المال من بيته،و يقبضه من المشتري،و لكن هذه الروايه أيضا ضعيفه السند و غير منجره بعمل المشهور صغرى و كبرى و قد يستدل على ذلك بالإجماع و لكنه أيضا ليس بحجه لأن مدركه هو القطع بقول الامام عليه السلام و منشأه اما دخوله بالمجمعين و هو غير معلوم أو قاعده اللطف و هى غير تامه أو الحدث القطعى و هو أيضا غير معلوم إذ لا نعلم ان الحكم الذى وصل إلينا يدا بيد أنه يامضاء الإمام عليه السلام و رضائه بذلك و لعل القائلين بذلك استندوا بعضهم بالنبوى كما فى كتب الاستدلاليه و بعضهم بروايه عقبه بن خالد و بعضهم بالشهره و بمجرد أنه رأى المسأله مشهوره بين الأصحاب ذهب اليه تبعاً لهم فيكون الإجماع أيضا ساقطاً فى المقام و العمده هو التمسك بالسيره التى نسميها بالدليل الرابع نوعاً لا من جهه كونها فى المقام دليلاً رابعاً،بل من جهه الاصطلاح كالدليل الانسدادي المسمى بالدليل الرابع.

و توضيح ذلك أن الدائر بين الناس بل ما يجرى عليه بنائهم أن التسليم

و التسالم فى المعاملات من مكملات الملكيه بحيث أن العرف يرى إجمالاً عدم حصول الملكيه قبل التسليم و التسالم و لذا يعبر عن ذلك فى الفارسىه بلفظ «داد و ستد» و نعم التعبير هو و على هذا فإذا تلف المبيع قبل التسليم و التسلم يكون التلف من البائع فإن ملكيه المشتري لم تتم بعد على العين و ان كان مملوكاً له فى الجمله.

و بعباره أخرى ان البيع يفيد الملكيه و التسلم ليس شرطاً فيه و لكن السيره قائمه على كون التسليم من مكملات البيع بمعنى أنه ينحل بدون التسليم فيكون شأن السيره شأن النبوى الدال على أن التلف قبل القبض من مال بايعه لا أن الملكيه ناقصه بدون التسليم.

و بعباره ثالثه أن الملكيه مقيده بالانفساخ الحاصل بالتلف فيكون كتقيد الملكيه بالفسخ فى مورد الخيار و لا نقول أن التسليم و التسلم من شرائط حصول الملكيه، بل نقول أن السيره قائمه على أن المشتري لا يلزم بدفع الثمن قبل دفع البائع المثلث اليه، بل يقول ما أعطيت لى شيئاً حتى أعطيك الثمن و إلا فالملكيه حاصله حتى لو لم تكن هذه السيره لكان التلف من المشتري لأنه ماله و هذا ثمره واضحه فإنه بناء على كون المدرك هو السيره فلا يفرق فى كون التلف قبل القبض على المالك الأول بين أن يكون التالف هو الثمن أو المثلث فإن السيره موجوده فيهما و أما بناء على كون المدرك هو الروايه أو الإجماع فينحصر الحكم بالمبيع أما الروايه فلان المذكور فيها هو المبيع فلا يتعدى الى الثمن، بل يقتصر فيما خالف الأصل على موضع النص و أما الإجماع فلان المتيقن منه هو ذلك و أيضاً تظهر الثمره فيما إذا خلى البائع بين المشتري و المبيع و لم يأخذ المشتري حتى تلف فإنه بناء على كون المدرك هو السيره يكون الضمان على المشتري لأن المتيقن منها هو صورته كون المال تحت يد البائع و قد رفع اليد عنه و ان لم يحصل القبض لما ذكرنا سابقاً



أن القبض عبارته عن الاستعلاء الذي يحصل به الغصب ولا شبهه أن مجرد التخليه لا يحقق القبض كما لا يخفى. وهذا بخلاف ما إذا كان المدرك هو الروايه فإن المذكور فيها هو القبض وهو لا يتحقق بالتخليه كما عرفت.

و أيضا تظهر الثمره فيما إذا قبض المشتري قهرا على البائع بحيث لم يصدق القبض و لم يتحقق فيكون التلف ح أيضا على المشتري بناء على كون المدرك هو السيره لأن المتيقن منها هو كون التلف تحت يد البائع و لم يتلف المال هنا تحت يده و هذا بخلاف ما إذا كان الدليل هو الروايه فإن الظاهر منها أن يكون التلف على البائع ما لم يتحقق القبض و المفروض أنه لم يتحقق هنا كما لا يخفى، فافهم.

و هذا كله إذا كان التلف سماويا و أما إذا كان ذلك بفعل متلف فهل يكون ذلك أيضا من البائع و يحسب عليه أو من المشتري أو من المتلف فنقول ان المتلف قد يكون هو المشتري نفسه و قد يكون هو البائع و قد يكون هو الأجنبي أما إذا كان المتلف هو المشتري نفسه فالظاهر أنه لا- خلافاً في ثبوت الضمان على المشتري فلا يحكم بانفساخ العقد ليكون التالف على البائع و ذلك من جهة أن المشتري قد أتلف مال نفسه فيكون ضمانه عليه على ما تقتضيه القاعده و النبوى و هكذا روايه عقبه منصرفات عن هذه الصوره قطعا و الإجماع دليل لئى لا يشمل المقام و السيره قائمه على ضمان المشتري فضلا عن قيامها على ضمان البائع و لا- يفرق في ذلك بين علم المشتري يكون المبيع ماله و بين جهله بالحال فان العلم و الجهل في باب الضمانات غير مؤثر في الفرق.

نعم يفرق بين العلم و الجهل إذا كان المشتري مقدما على الإلتلاف بتغير البائع بأن أقدم البائع الطعام المشتري على المشتري فأكله المشتري

فيكون المتلف هنا هو البائع بقاعده الغرر فان المتلف هو الغار الذي هو البائع و المشتري لم يقدم على إتلاف ماله، بل أقدم على إتلاف مال البائع مجانا هذا في غايه الوضوح مع علم البائع بالحال.

و أما مع جهله بالحال، فقد احتمل المصنف فيه وجهان و لكن الظاهر أن لا يفرق بين علم البائع بالحال و جهله بها فإنه على كل تقدير لم يقدم المشتري على إتلاف ماله، بل على إتلاف مال البائع مجانا و أن السبب في ذلك هو تقديم البائع ذلك اليه و على هذا فيكون ذلك من صغريات إتلاف البائع و سيأتي حكمه إنشاء الله تعالى.

و على الجملة فلا وجه لضمان المشتري مع كون البائع غارا له في الإتلاف كما هو كك، في غير المقام أيضا كما إذا أودع أحد وديعه عند شخص فقدم الودعي الأمانة على المستودع فأتلفه المستودع فإنه و ان أتلّف في الواقع مال نفسه، و لكن ذلك بإغراء الودعي فيكون الودعي ضامنا و هكذا و هكذا.

و أما لو كان المتلف هو البائع الذي من مصاديق إتلافه ما تقدم من كونه غارا للمشتري للإقدام بالإتلاف، فهل يكون يحكم بانفساخ العقد كما عن المبسوط و الشرائع و التحرير لعموم ان التلف قبل القبض من مال البائع بذلك أو يحكم بضمان البائع للقيمة لخروج المورد عن منصرف دليل الانفساخ فيدخل تحت قاعده من أتلّف مال الغير فهو له ضامن، أو تكون المشتري مخيرا بين مطالبه القيمة و مطالبه الثمن اما لتحقيق سبب الانفساخ و هو من جهه التلف قبل القبض المقتضى للانفساخ و سبب الضمان المقتضى للضمان فيتخير المشتري في اختيار أى منها أو يقال بالتخير بوجه آخر، بان يقال ان التلف على هذا الوجه إذا خرج عن منصرف دليل الانفساخ فيكون ذلك داخلا تحت حكم تعذر تسليم المبيع فيكون المشتري مخيرا بين أخذ عوض المبيع من المثل أو القيمة و بين أن يفسخ العقد و يرجع الى عين الثمن الذي أعطاه

للبيع و هذا ملخص ما ذكره المصنف و كل ذلك محتمل الا التخيير على الوجه الأول بأن يكون المشتري مخيرا بين الانفساخ و الأخذ بقيمه المبيع، بل هو غير معقول بداهه أن انفساخ العقد أمر عارض لطبع العقد من بعض العوارض فلا يكون هو مربوطا باختيار أحد المتبايعين و معه فكيف يعقل كون المشتري مخيرا بين الانفساخ و أخذ قيمه المبيع.

و بعبارة أخرى أنه مع انفساخ العقد لا يبقى مجال لاختيار المشتري كما هو واضح، بل يتعين ذلك، نعم القول بتخير المشتري على النحو الثاني الذي ذكره المصنف ثانيا، و قواه متين فان المال التالف مال للمشتري فله أن يرجع الى البائع لكونه متلفا و من أتلف مال الغير فهو له ضامن و له أن يفسخ العقد لأنه ثبت له خيار تخلف الشرط الثابت بحسب بناء العقلاء ضمنا و هو تحقق التسليم و التسلم و من الواضح أنه لو تحقق التسليم من البائع بتعذر فيكون للمشتري خيار تعذر التسليم.

ثم انه على القول بثبوت الخيار للمشتري و اختياره أن يأخذ قيمه المبيع أو مع القول بثبوت الضمان من الأول لقاعده الضمان بالإتلاف و عدم شمول قاعده التلف قبل القبض له لانصرافه عن ذلك فرجع الى البائع فهل للبائع أن يمتنع عن الأداء قبل أخذ الثمن أو لا بد له من الأداء فذكر المصنف وجهين من أنها بدل عن العين و من أن دليل الحبس و هو الانفهام يختص بالبدل ثم ذكر أن أقواهما العدم، و لكن الظاهر أنه لا شبهه في جواز حبس البدل ما لم يرد اليه الثمن فان مقتضى قانون الضمان بالبدل هو ذلك بداهه أن دليل الضمان يقتضى الضمان بالعين ابتداء و مع عدم التمكن من أداء العين فيقتضى الضمان بالمثل ثم الضمان بالقيمة و عليه فيثبت للبدل كلما ثبت للأصل لا أنه يحكم في البدل بوجوب الدفع فورا، بل السيره أيضا تقتضى ذلك الحكم فإنها قائمه على أنه ليس للمشتري قبل أن يعطى الثمن

أن يطالب المثلثن من البائع، بل يضحك عليه لو فعل ذلك.

و أما لو كان المتلف هو الأجنبي فيكون المشتري مخيرا بين أن يرجع الى البائع أو الى المتلف، كما فى تعاقب الأيدى فى الغصب، أما الى البائع فلأنه لم يقبض ماله بعد و أما الى المتلف فلا أنه أتلف ماله، و أما التخير بين الانفساخ و الرجوع الى القيمة فقد تقدم أنه غير معقول كما هو واضح.

و قد اتضح لك مما ذكرناه من جعل الدليل على كون ضمان التالف على من تلف العوض عنده أنه لا يفرق فى ذلك بين الثمن و المثلثن و لا بين البيع و بقيه المعاملات المعاوضيه و ان ذكر المصنف انى لم أجد مصرحا بذلك فإن سيره جاريه فى كلها فان الغرض من المعاوضه هو الأخذ و الإعطاء الذى يعبر عنه بالفارسيه (به داد و ستد) و يقال فى العرف و بين أهل السوق أنك لم تعطى لى شيئا حتى تأخذ شيئا آخر فى مقابله.

و على الجملة فالتلف قبل القبض فى جميع ذلك على حين تلف التالف عنده كما ذهب اليه المشهور، بل ذكروا الضمان فى صداق النكاح و عوض الخلع و لكن وقع الكلام فيها فى أن الضمان فى بقيه المعاملات المعاوضيه هو انفساخ العقد و من الواضح أن النكاح و الخلع غير قابلين للانفساخ و لكن ذكر الفقهاء الضمان فى ذلك و الظاهر أنه وقع الخلط هنا بين الضمان فى التلف قبل القبض الذى هو كون التلف على المالك الأول و انفساخ العقد به أى بالتلف لأن معنى الضمان هو أن قيمه التالف أو مثله يثبت للمالك الأول و هذا بخلاف الضمان فى مثل الخلع و الصداق فان الضمان هنا ضمان يد أى كون التلف موجبا لثبوت الضمان على ذى اليد، اما من جهة قاعده الضمان باليد أو بدليل آخر، و عين ذلك ذكروا فى المقبوض بالسوم، إذا تلف فى يد من يريد الشراء ففى أمثال ذلك لا يمكن الحكم بالضمان بالدليل

الذى حكمنا بالضمان فى التلف قبل القبض فى المعاملات المعاوضيه لما عرفت، بل لا بدّ من طلب دليل آخر و حيث انه ليس هنا دليل غير قاعده اليد و قاعده الضمان بالإتلاف فيشكل الحكم بالضمان لأن قاعده اليد لا تشمل المقام، فان الظاهر منها أن يكون هنا أخذ من الغير و اعتداء عليه و ليس هنا كذلك، بل مقتضى القاعده هو أن يكون تلف مال كل شخص على مالكة، ففى المقام أيضا كذلك و أما يد ذى اليد ليست الآ يد أمانه و كذلك قاعده الضمان بالإتلاف فإنها أيضا لا تشمل المقام لأن من يديه المال لم يتلف المال كما هو واضح، بل تلف المال بآفه سماويه.

### قوله: لو تلف بعض المبيع قبل قبضه.

أقول: لا شبهه أن البيع منحل الى البيوع المتعدده حسب تعدد المبيع و ان كان كل بيع يحسب جزء من مجموع المبيع و لكنه لا ينافى الانحلال فى الحقيقه و حسابان المجموع مبيعا واحدا من جهه المسامحه كما هو واضح و عليه فما ذكرناه من قيام السيره على كون التسليم من مكملات البيع جار فى أجزاء المبيع أيضا فإن العرف لا يرون البيع تماما ما دام لم يقع التسليم و التسالم فيه و هذا لا شبهه فيه.

نعم، يمكن المناقشه فيه بناء على ما ذكره المصنف من كون مدرك الحكم هو الإجماع أو الروايه أما الإجماع فإن تحصيل قول الامام عليه السلام فى أصل المسأله كان مشكلا فضلا فى المقام، و أما الروايه فلأن الظاهر منها تمام المبيع لا الجزء، ثم انه بعد انفساخ العقد فى الجزء يكون للمشتري خيار تبعض الصفقه، بل يمكن القول بثبوت الخيار للبائع أيضا (و لكنه يمكن دفعه بأنه بناء على الانحلال يكون الأبعاض أيضا مبيعا المقرر) هذا كله فى الاجزاء التى تلاحظ بعنوان المبيعه بحيث يكون ذلك مبيعا مستقلا بعد الانحلال و أما الاجزاء التى هى أجزاء لذات المبيع لا للمبيع بعنوان المبيعه بمعنى

أن الملحوظ في المقام كون ذات الشيء مبيعا مع قطع النظر عن اجزائه بحيث لا يسقط الثمن الى الأجزاء و إلا فلا معنى لكون الجزء جزء للمبيع و مع ذلك لا تقسط اليه الثمن و النكته في عدم التقسيط هذا كما لا يخفى و لا شبهه في عدم الانحلال هنا و عليه فلا نحكم بالانفساخ في صورته و ورود العيب به قبل القبض و ملحق بذلك فوت كل وصف يكون وصف الصحة للمبيع دون الأوصاف الكماليه و لكن هل يثبت الرد و الأرش للمشتري فيكون مخيرا بينهما أو الرد فقط دون الأرش، أو العكس، أو لا يثبت شيء منها، فالمقام كما ذكره المصنف من صغريات العيب الحادث بعد البيع و قبل القبض فان قلنا بأنه مثل العيب الحادث قبل البيع فيثبت الأرش و إلا فلا بدّ من طلب دليل آخر عليهما و لكن حيث لا دليل على كونه مثله فلا بدّ من مطالبه دليل آخر.

فنقول أما الأرش فهو على خلاف القاعده فإن التعيب انما كان في ملك نفسه فلا معنى لكون الغرامه على شخص آخر و الدليل الدال على ثبوته في مورده لا يدل على ثبوته في المقام فإنه دل على أن كل مبيع فيه عيب أو عوار فعهدته على البائع و من الواضح أن المبيع ليس فيه عيب أو عوار، و انما العيب في مملوك المشتري.

و أما الرد فقد يقال بأن الانفساخ قد ثبت في الكل فيكون ثابتا في فقدان الأوصاف الصحة أيضا، و لكن على نحو يناسب لها و فيه أنه قياس محض فلا نقول به (على أن أصل القياس هنا ليس بتمام فان القياس يقتضى الانفساخ فلا يمكن الانفساخ في أوصاف الصحة المقررة) و قد استدل المصنف على ثبوت الرد بقاعده نفى الضرر و لكنه فاسد فإنه كما يكون عدم ثبوت الرد ضررا على المشتري فيكون ثبوت الرد أيضا ضررا على البائع فقاعده لا ضرر خارجه عن أمثال المقام و دعوى انجبار ضرر المشتري بالخيار دون البائع

دعوى فاسده كما تقدم ذلك.

وقد استدل بعين هذا العلامه على ثبوت الأرش أيضا وقد ظهر جوابه على أن مقتضى التمسك بدليل نفي الضرر هو أن يؤخذ الأرش من شخص آخر أيضا، فلا معنى لاختصاص الأخذ من البائع فإنه لا فرق بينه وبين شخص آخر، إلا مجرد أن البائع باع هذا المبيع و إلا فهو بالفعل أجنبي عنه كبقية الأشخاص و أيضا مقتضى التمسك بدليل نفي الضرر في إثبات الأرش أو الرد هو ثبوت ذلك بعد القبض أيضا، فإن كون المبيع معيوباً ضرر على المشتري و لو كان التعيب بعد القبض مع أنه لم يقل به أحد.

نعم هنا دليل ثالث يمكن إثبات جواز الرد به دون الأرش لأن ثبوت الأرش في مورده على خلاف القاعده فيقتصر فيه بمورده فلا يتعدى الى غيره و ليس هنا دليل آخر تثبت الأرش به كما تقدم.

و توضيح ذلك الدليل الثالث الدال على ثبوت الرد هو أن بناء العقلاء انما على كون تسليم كل من الثمن و المثل على نحو صحيح و غير معيوب و لا شبهه أن هذا معتبر في ضمن العقد بحسب بناء العقلاء فإذا تعيب ذلك و لو كان بعد البيع فلا يكون التسليم تسليماً صحيحاً فيثبت للمشتري في المقام خيار تعذر التسليم فله أن يفسخ العقد و له أن يرضى به بلا ثبوت أرش له كما هو واضح.

ثم ان هذا كله فيما إذا تعيب المبيع قبل القبض بأفه سماويه أو ما هو بحكمها كافتراس الأسد ذلك و نحوه.

و أما لو كان التعيب بواسطه إتلاف المتلف فان كان هو المشتري فلا يثبت له الأرش و لا الرد لأنه أورد العيب في ماله فلا يكون له شيء في ذلك و ان كان هو البائع أو شخص آخر، فذكر المصنف أنه يثبت للمشتري على البائع أرش الجنايه دون الخيار، ثم احتمال ثبوت الخيار أيضا، أما ثبوت

الأرش فلا شبهه فى ذلك لأن الجانى ضامن لما أحدثه من العيب فى مال الغير لبناء العقلاء على ذلك، و أما الخيار فهو من جهه أن بناء العقلاء فى المعاملات على التسليم الصحيح و المفروض أنه متعذر هنا لتعيب المبيع فيثبت له خيار تعذر التسليم.

و على الجملة الظاهر أنه لا- شبهه فى ثبوت الأرش و الخيار على نحو التخيير فى هذه الصورة ثم مع كون المتلف هو غير البائع فللمشترى أن يرجع فى أرش الجنايه إلى البائع أو الى شخص الجانى و إذا رجع الى البائع فهو يرجع الى الجانى، أما رجوعه أى المشتري الى البائع من جهه أنه الموظف بالتسليم و أما الى الجانى لأنه أورد النقص فى ماله.

و الحمد لله رب العالمين، قد وقع الفراغ من المكاسب صبيحه يوم الاثنين ٦-٤-١٣٧٧ هـ.



بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمَنِ الرَّحِيمِ  
هَلْ يَسْتَوِي الَّذِينَ يَعْلَمُونَ وَالَّذِينَ لَا يَعْلَمُونَ

الزمر: ٩

المقدمة:

تأسس مركز القائمية للدراسات الكمبيوترية في أصفهان بإشراف آية الله الحاج السيد حسن فقيه الإمامي عام ١٤٢٦ الهجرى في المجالات الدينية والثقافية والعلمية معتمداً على النشاطات الخالصة والدؤوبة لجمع من الإخصائيين والمثقفين في الجامعات والحوزات العلمية.

إجراءات المؤسسة:

نظراً لقلّة المراكز القائمية بتوفير المصادر في العلوم الإسلامية وتبعثها في أنحاء البلاد وصعوبة الحصول على مصادرها أحياناً، تهدف مؤسسة القائمية للدراسات الكمبيوترية في أصفهان إلى التوفير الأسهل والأسرع للمعلومات ووصولها إلى الباحثين في العلوم الإسلامية وتقديم المؤسسة مجاناً مجموعةً إلكترونيةً من الكتب والمقالات العلمية والدراسات المفيدة وهي منظمة في برامج إلكترونية وجاهزة في مختلف اللغات عرضاً للباحثين والمثقفين والراغبين فيها. وتحاول المؤسسة تقديم الخدمة معتمدةً على النظرة العلمية البحتة البعيدة من التعصبات الشخصية والاجتماعية والسياسية والقومية وعلى أساس خطة تنوى تنظيم الأعمال والمنشورات الصادرة من جميع مراكز الشيعة.

الأهداف:

نشر الثقافة الإسلامية وتعاليم القرآن وآل بيت النبي عليهم السلام  
تحفيز الناس خصوصاً الشباب على دراسة أدق في المسائل الدينية  
تنزيل البرامج المفيدة في الهواتف والحاسوبات واللابتوب  
الخدمة للباحثين والمحققين في الحوزات العلمية والجامعات  
توسيع عام لفكرة المطالعة  
تهميد الأرضية لتحريض المنشورات 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](http://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 آواده اي، زقاق الشهيد محمد حسن التوكلي، الرقم ١٢٩، الطبقة الأولى.

عنوان الموقع : : [www.ghbook.ir](http://www.ghbook.ir)

البريد الإلكتروني : [Info@ghbook.ir](mailto: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

WWW

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