



مركز
للبحوث والتحريات الكمبيوترية

اصبهان

للغفلة



الرأيا
عليكم يا صابغين

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

الأشياء الثمانية

من الفقه الجعفي

تقرير البحث

بمباحث الأسناد الأكبرية من المصنف الحاج

السيد بن طباطبائي الفقيه

تأليف

الشيخ علي المروعي القزويني

كلى

بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمَنِ الرَّحِيمِ

دراساتنا من الفقه الجعفري

كاتب:

آيت الله سيد تقى طباطبائي قمى

نشرت فى الطباعة:

خيام

رقمى الناشر:

مركز القائمية باصفهان للتحريات الكمبيوترية

الفهرس

الفهرس	٥
دراساتنا من الفقه الجعفرى	٤٩
اشاره	٤٩
الجزء الثالث	٥٠
[مقدمه المؤلف]	٥٠
المباحث المودعه فى الكتاب	٥٠
الكلام فى ولايه الاب و الجد	٥٢
هل يجوز تصرف الاب و الجد فى مال الصبى؟	٥٢
اشاره	٥٢
(أما الاجماع)	٥٢
و (أما الاخبار)	٥٣
اشاه	٥٣
(أما الطائفه الاولى) فهى الروايات الوارده فى باب جواز تقديم الاب جاريه البنت و الابن و وطئها بالملك اذا لم يكن وطأها الابن.	٥٣
و (أما الطائفه الثانيه) فهى الروايات الداله على كون الولد و مملوكه ملكا للأب،	٥٥
(الطائفه الثالثه) - الروايات الوارده فى باب النكاح الداله على نفوذ ولايه الاب.	٥٩
(الطائفه الرابعه) الاخبار الوارده، فى باب الوصيه،	٦١
هل يشترط العداله فى نفوذ تصرف الجد، و الاب.	٦٣
اشاره	٦٣
يقع الكلام فى شرائط جواز التصرف.	٦٣
(الاول) العداله،	٦٣
اشاره	٦٣
فما قبل أو يمكن أن يقال فى وجه اشتراط العداله امور.	٦٣
(١) الاصل، عدم جعل الشارع للفاسق ولايه على غيره،	٦٣
(٢) أن ولايه الفاسق على الطفل ولايه على من لا يقدر ان يدفع عن نفسه و يصرفه عن ماله،	٦٤

- ٦٥ (الثالث) أن القرآن الكريم ينص على عدم ائتمان الفاسق،
- ٦٧ و يقع الكلام فيما استدلوا به على عدم اشتراط العدالة،
- ٦٧ اشاره
- ٦٧ الامر الاول (الاصل) -
- ٦٨ (الامر الثاني) قيام الاجماع المحقق في باب النكاح على نفوذ امر الفاسق فيه .
- ٦٩ الامر الثالث الاطلاقات الواردة في المقام، -
- ٦٩ (الثاني) من الشرائط التي ذكروها لجواز تصرف الاب و الجد عدم لزوم الضرر من تصرفهما على الصبي. -
- ٦٩ اشاره
- ٦٩ فما يمكن أن يقال: او قيل: في وجه جواز التصرف في صوره الضرر على الصبي امران. -
- ٧٠ الامر الاول أن الاصل عدم اشتراط جواز تصرفهما بشي ء، -
- ٧٠ الامر الثاني، اطلاقات الداله على أن الولد و ماله لأبيه .
- ٧٠ الثالث من الشرائط التي ذكروها لجواز تصرف الاب و الجد في مال الصبي مراعاة مصلحتهم في ذلك. -
- ٧٠ و ما يمكن أن يستدل به على عدم اشتراط المصلحه أمور. -
- ٧٠ (الاول) أن الاصل عدم اشتراطه بالمصلحه، -
- ٧١ (الثاني) اطلاقات الروايات الداله على ولايه الجد في النكاح، -
- ٧١ و اما دليل اشتراط المصلحه -
- ٧٤ مسأله- هل الجد يشارك الاب في الولايه عرضا مع وجود الاب؟ -
- ٧٤ اشاره
- ٧٤ أقول: يمكن أن يستدل او استدل به على مشاركته الجد للأب أمران. -
- ٧٤ (الاول) قوله صلى الله عليه و آله: (أنت و مالك لأبيك) -
- ٧٥ (الثاني) الروايات الواردة في باب النكاح -
- ٧٥ مسأله- لو فقد الاب و بقي الجد فهل يشارك الجد الاعلى، الجد الادنى في الولايه أو يختص بها، قول بالشركه، -
- ٧٦ الكلام في ولايه النبي (ص) و خلفائه -
- ٧٦ اشاره
- ٧٧ (أما المقام الأول) [في ولايه النبي (صلى الله عليه و آله) و أوصيائه الكرام (عليه السلام)] -
- ٧٧ اشاره

- ٧٧ أما الولاية التكوينية،
- ٧٧ فينبغي أن يبحث عنها من جهات.
- ٧٧ اشاره
- ٧٨ [الجهة الأولى] تعريف الولاية
- ٧٨ [الجهة الثانية] البحث في امكان الولاية ثبوتاً و عدمه
- ٧٩ [الجهة الثالثة] ذكر الأدلة لإثبات الولاية التكوينية
- ٧٩ اشاره
- ٧٩ اما الكتاب
- ٨٩ و أما الروايات فهي على طائفتين.
- ٨٩ اشاره
- ٨٩ أما (الطائفة الاولى) [ما دلت على أن التبع و الائمه كان في وسعهم، التصرف في الكون و نواميس الطبيعه].
- ٩٢ الطائفة الثانية- و هي ما تدل على وقوع التصرف، منهم عليه السلام.
- ٩٧ تنبيه و تحقيق
- ٩٨ النظر إلى أدله منكرى الولاية
- ٩٨ اشاره
- ٩٨ منها قوله تعالى: «لَيْسَ لَكَ مِنَ الْأَمْرِ شَيْءٌ ۗ أَوْ يَتُوبَ عَلَيْهِمْ أَوْ يُعَذِّبُهُمْ فَإِنَّهُمْ ظَالِمُونَ»
- ٩٩ و (منها)- قوله تعالى: [وَمَا مُحَمَّدٌ إِلَّا رَسُولٌ قَدْ خَلَتْ مِنْ قَبْلِهِ الرُّسُلُ ...]
- ١٠٠ و (منها) قوله تعالى: «وَلَا يَأْمُرُكُمْ أَنْ تَتَّخِذُوا الْمَلَائِكَةَ وَالنَّبِيِّينَ أَرْبَابًا ۗ أَيَأْمُرُكُمْ بِالْكُفْرِ بَعْدَ إِذْ أَنْتُمْ مُسْلِمُونَ».
- ١٠٠ و (منها) قوله تعالى: «فَذَكَرْنَاكَ إِنَّا أَنْتَ مَذْكُورٌ لَسْتَ عَلَيْهِمْ بِمُصَيِّرٍ»
- ١٠١ و (منها) قوله تعالى «مَا كَانَ لِي مِنْ عِلْمٍ بِالْمَلَأِ الْأَعْلَىٰ إِذْ يَخْتَصِمُونَ»
- ١٠٤ و (منها) «قوله تعالى: قُلْ أَعِزُّ إِلَهِ أَنْتَ خَدُّ وَلِيًّا فَاطِرِ السَّمَاوَاتِ وَالْأَرْضِ»
- ١٠٥ و (منها) قوله تعالى: قُلْ لَسْتُ عَلَيْكُمْ بِوَكِيلٍ
- ١٠٦ و (منها) قوله تعالى: «وَمَا أَنْتَ عَلَيْهِمْ بِوَكِيلٍ» *
- ١٠٦ و (منها) قوله تعالى: «وَاللَّهُ أَعْلَمُ بِأَعْدَائِكُمْ وَكَفَىٰ بِاللَّهِ وَلِيًّا، وَكَفَىٰ بِاللَّهِ نَصِيرًا».
- ١٠٨ و (منها) قوله تعالى: (وَ تَوَكَّلْ عَلَى اللَّهِ وَ كَفَىٰ بِاللَّهِ وَكِيلاً) *
- ١٠٨ و (منها) قوله تعالى: «وَلَا يَجِدُ لَهُ مِنْ دُونِ اللَّهِ وَلِيًّا وَ لَا نَصِيرًا»

- و (منها) قوله تعالى: «هَلْ كُنْتُ إِلَّا بَشَرًا رَسُولًا»----- ١٠٨
- و (منها) قوله تعالى: «وَمَا أَرْسَلْنَاكَ عَلَيْهِمْ وَكِيلًا»----- ١٠٩
- و (منها) قوله تعالى: «أَلَيْسَ اللَّهُ بِكَافٍ عَبْدَهُ»----- ١٠٩
- و (منها) قوله تعالى [قُلِ اللَّهُ أَعْلَمُ بِمَا لَبِثُوا لَهُ غَيْبُ السَّمَاوَاتِ وَ الْأَرْضِ أَبْصَرَ بِهِ وَ أَسْمِعَ مَا لَهُمْ مِنْ دُونِهِ مِنْ وَلِيٍّ وَ لَا يُشْرِكُ فِي حُكْمِهِ أَحَدًا]----- ١٠٩
- و (منها) قوله تعالى: [وَإِنْ كَانَ كَبُرَ عَلَيْكَ إِعْرَاضُهُمْ فَإِنِ اسْتَطَعْتَ أَنْ تَبْتَغِيَ نَفَقًا فِي الْأَرْضِ أَوْ سَلْمًا فِي السَّمَاءِ فَتَأْتِيَهُمْ بِآيَةٍ]----- ١٠٩
- و (منها) قوله تعالى: «وَ أَلْفَ بَيْنٍ قُلُوبِهِمْ لَوْ أَنْفَقْتَ مَا فِي الْأَرْضِ جَمِيعًا مَا أَلْفَتْ بَيْنَ قُلُوبِهِمْ وَ لَكِنَّ اللَّهَ أَلْفَ بَيْنَهُمْ إِنَّهُ عَزِيزٌ حَكِيمٌ»----- ١١١
- و (منها) قوله تعالى: [إِنَّكَ لَا تَهْدِي مَنْ أَحْبَبْتَ وَ لَكِنَّ اللَّهَ يَهْدِي مَنْ يَشَاءُ وَ هُوَ أَعْلَمُ بِالْمُهْتَدِينَ]----- ١١١
- (منها) قوله تعالى: [إِنَّمَا أَنْتَ مُنذِرٌ وَ لِكُلِّ قَوْمٍ هَادٍ] «١»----- ١١٢
- و (منها) وَ إِنَّا لَنَهْدِيهِ إِلَى صِرَاطٍ مُسْتَقِيمٍ «٢»----- ١١٢
- و (منها) هُوَ الَّذِي أَرْسَلَ رَسُولَهُ بِالْهُدَى وَ دِينِ الْحَقِّ لِيُظْهِرَهُ عَلَى الدِّينِ*----- ١١٢
- و (منها) قوله تعالى «وَ لَقَدْ أَرْسَلْنَا مُوسَى بِآيَاتِنَا أَنْ أَخْرِجْ قَوْمَكَ مِنَ الظُّلُمَاتِ إِلَى النُّورِ وَ ذَكِّرْهُمْ بِآيَاتِ اللَّهِ إِنَّ فِي ذَلِكَ لَآيَاتٍ لِكُلِّ صَبَّارٍ شَكُورٍ»----- ١١٢
- (منها) قوله تعالى: [إِنَّ هَذَا الْقُرْآنَ يَهْدِي لِلَّتِي هِيَ أَقْوَمٌ]----- ١١٢
- و (منها) [إِنَّا سَمِعْنَا قُرْآنًا عَجَبًا يَهْدِي إِلَى الرُّشْدِ فَآمَنَّا بِهِ] «١»----- ١١٣
- و (منها) [إِنَّا سَمِعْنَا كِتَابًا أَنْزَلَ مِنْ بَعْدِ مُوسَى مُصَدِّقًا لِمَا بَيْنَ يَدَيْهِ يَهْدِي إِلَى الْحَقِّ]----- ١١٣
- و (منها) - قوله تعالى: «وَ مَا أَنْتُمْ بِمُعْجِزِينَ فِي الْأَرْضِ وَ مَا لَكُمْ مِنْ دُونِ اللَّهِ مِنْ وَلِيٍّ وَ لَا نَصِيرٍ»----- ١١٤
- و (منها) قوله تعالى: «مَثَلُ الَّذِينَ اتَّخَذُوا مِنْ دُونِ اللَّهِ أَوْلِيَاءَ كَمَثَلِ الْعُنُكِيِّاتِ اتَّخَذَتْ بَنَاتًا وَ إِنَّ أَوْهَنَ الْبُيُوتِ لَبَنَاتُ الْعُنُكِيِّاتِ لَوْ كَانُوا يَعْلَمُونَ»----- ١١٤
- و (منها) قوله تعالى: [قُلْ لَا أَمْلِكُ لِنَفْسِي نَفْعًا وَ لَا ضَرًّا ...]----- ١١٤
- و (منها) الآيات التي تدل على أن الرسول صلى الله عليه و آله انما يكون له البلاغ،----- ١١٥
- اشاره----- ١١٥
- و (منها) قوله تعالى: «أَسَلَّمْتُمْ فَإِنْ أَسَلَّمُوا فَقَدْ اهْتَدَوْا وَ إِن تَوَلَّوْا فَإِنَّمَا عَلَيْكَ الْبَلَاغُ» «١»----- ١١٥
- و (منها) [فَاتَّبِعْنَا عَلَيْكَ الْبَلَاغُ وَ عَلَيْنَا الْجِسَابُ] «٢»----- ١١٥
- و (منها) «أَطِيعُوا اللَّهَ وَ أَطِيعُوا الرَّسُولَ وَ اخذُوا فَإِنْ تَوَلَّيْتُمْ فَأَعْلَمُوا أَنَّمَا عَلَيْنَا الْبَلَاغُ الْمُبِينُ» «٣»----- ١١٥
- و (منها) [أَطِيعُوا اللَّهَ وَ أَطِيعُوا الرَّسُولَ فَإِنْ تَوَلَّوْا فَإِنَّمَا عَلَيْكُمْ مَا حَمَل]----- ١١٥
- و (منها) قوله تعالى: [وَعَدَ اللَّهُ الَّذِينَ آمَنُوا مِنْكُمْ وَ عَمِلُوا الصَّالِحَاتِ لَيَسْتَخْلِفَنَّهُمْ فِي الْأَرْضِ]----- ١١٧
- الكلام في الولايات التشريعية----- ١١٩
- اشاره----- ١١٩

- ١١٩ ----- أما (تعريفها) -
- ١٢٠ ----- و أما (امكانها) -----
- ١٢٠ ----- و أما بيان أقسامها، -----
- ١٢٠ ----- و أما الاستدلال عليها اثباتا -----
- ١٢٠ ----- اشاره -----
- ١٢٠ ----- قبل الخوض في ذكر الاستدلال لا بد لنا أن نبحت عن مقتضى الاصل، -----
- ١٢٠ ----- اشاره -----
- ١٢١ ----- أما الاصل اللفظي، -----
- ١٢١ ----- و أما الاصل العملي، -----
- ١٢١ ----- فيها أنا أشرع بذكر الادله الداله على ثبوت الولاية، للنبي صلى الله عليه و آله، و الائمه عليه السلام -----
- ١٢١ ----- اشاره -----
- ١٢٢ ----- أما القسم الاول من الولاية، أعنى وجوب اطاعتهم على الناس في جميع أمورهم، العاديه، و الشخصيه، و السياسيه -----
- ١٢٢ ----- اشاره -----
- ١٢٢ ----- أما الكتاب فبآيات -----
- ١٢٢ ----- (منها) قوله تعالى: «فَلْيَخْذِرِ الَّذِينَ يَخَالَفُونَ عَنْ أَمْرِهِ» -----
- ١٢٢ ----- و (منها) «مَا كَانَ لِمُؤْمِنٍ وَلَا لِمُؤْمِنَةٍ إِذَا قَضَى اللَّهُ وَرَسُولُهُ أَمْرًا أَنْ يَكُونَ لَهُمُ الْخِيَرَةُ مِنْ أَمْرِهِمْ» -----
- ١٢٢ ----- و (منها) قوله تعالى: «أَطِيعُوا اللَّهَ وَ أَطِيعُوا الرَّسُولَ وَ أُولَى الْأَمْرِ مِنْكُمْ». «٢» -----
- ١٢٢ ----- و (منها) قوله تعالى: «مَنْ يَطِيعِ الرَّسُولَ فَقَدْ أَطَاعَ اللَّهَ» -----
- ١٢٣ ----- و أما الروايات -----
- ١٢٤ ----- و أما (الاجماع) -----
- ١٢٤ ----- و أما (الدليل العقلي) -----
- ١٢٤ ----- و (أما القسم الثانى) من الولاية، اعنى توليتهم عليهم السلام فى بيان الاحكام الشرعيه، و وجوب اطاعه أوامرهم الشرعيه، -----
- ١٢٤ ----- اشاره -----
- ١٢٤ ----- (أما الكتاب) -----
- ١٢٤ ----- و (أما الروايات) -----
- ١٢٩ ----- و (أما الاجماع) -----

- و (أما العقل) ١٢٩
- و (ما القسم الثالث) من الولاية- فهي الولاية على الاموال، الانفس، ١٣٠
- اشاره ١٣٠
- اما (القسم الاول)- فهي ولاية النبي صلى الله عليه وآله وأوصيائه الكرام عليه السلام في الاموال و الانفس بالاستقلال. ١٣٠
- اشاره ١٣٠
- أما الكتاب ١٣٠
- و أما الروايات ١٣٢
- و أما (الاجماع) ١٣٤
- و أما [القسم الثاني من الولاية كون جواز تصرف الغير منوطا باذن الامام] ١٣٤
- اشاره ١٣٤
- و مما تدل على ذلك الروايات الواردة في موارد مختلفه. ١٣٤
- و (أما الاجماع) ١٣٤
- [المقام الثاني] الكلام في ولاية الفقيه ١٣٤
- اشاره ١٣٤
- ان الفقيه له ثلاث مناصب. ١٣٧
- (الاول)- الافتاء ١٣٧
- (الثاني)- الحكم و القضاء في باب المرافعات و غيرها ١٣٧
- (الثالث) ولاية التصرف في الاموال، و الانفس، ١٣٧
- اشاره ١٣٧
- (القسم الاول)- استقلال الولي في التصرف، ١٣٧
- (القسم الثاني) كون تصرف الغير منوطا باذنه ١٣٧
- و الذى يهمننا البحث عنه هو المنصب الثالث أعنى ولاية الفقيه في الاموال و الانفس بكلا قسميه، ١٣٩
- اشاره ١٣٩
- [القسم الأول استقلال الولي في التصرف] ١٣٩
- و ما يمكن أن يستدل، أو استدل لإثباتها وجوه. ١٣٩
- (الاول)- الاخبار الواردة في المقام ١٣٩

- ١٦٢ و ربما يستدل لإثبات ولاية الفقيه بالدليل العقلي،
- ١٦٣ و يقع الكلام في [القسم الثاني أى] توقف فعل الغير على اذنه.
- ١٦٣ فنقول يقع الكلام تاره في مقتضى الاصل العملي، و أخرى في مقتضى الاصل اللفظي.
- ١٦٣ أما مقتضى الاصل العملي -
- ١٦٤ و أما مقتضى الاصل اللفظي
- ١٦٤ الميزان الكلى في تشخيص موارد الاحتياج الى اذن الفقيه
- ١٦٧ الكلام في ولاية عدول المؤمنين
- ١٦٧ اشاره
- ١٦٨ أقول: تاره يقع البحث فيما تقتضيه القاعده الاولى، و اخرى بالنظر الى الروايات الواردة في المقام.
- ١٦٨ أما على القاعده
- ١٦٩ و أما بالنظر الى الروايات الواردة في المقام
- ١٧٣ الكلام في ولاية الفاسق
- ١٨٠ الكلام في ان تصرف غير الاب و الجد في اموال اليتيم مشروط بملاحظه الغبطه له أم لا؟
- ١٨٠ اشاره
- ١٨١ أما المقام الاول ففي مقتضى الادله الاولى
- ١٨١ اشاره
- ١٨١ [الموضع الاول في مقتضى الاصل العملي]
- ١٨١ [الموضع الثاني في مقتضى الدليل اللفظي]
- ١٨١ [المقام الثاني مقتضى الادله اللفظيه الثانويه قوله تعالى وَ لَا تَقْرَبُوا مَالَ الْيَتِيمِ إِلَّا بِالَّتِي هِيَ أَحْسَنُ، حَتَّىٰ يَبْلُغَ أَشُدَّهُ*]
- ١٨٢ اشاره
- ١٨٥ التحقيق في كلمه القرب
- ١٨٨ التحقيق في كلمه أحسن
- ١٩٦ [الكلام في البيع]
- ١٩٦ الكلام في شرائط العوضين
- ١٩٦ اشاره
- ١٩٧ [مسأله يشترط في كل منهما كونه متمولا]

١٩٧ اشارة

١٩٧ ربما استدل على ذلك بامور.

١٩٧ (الاول) قول اللغوى،

١٩٧ (الثانى) الاخبار الوارده فى أبواب مختلفه الداله بأن البيع لا بد أن يقع فى الملك

٢٠٠ (الثالث) قوله تعالى: ﴿لَا تَأْكُلُوا أَمْوَالَكُمْ بَيْنَكُمْ بِالْبَاطِلِ إِلَّا أَنْ تَكُونَ تِجَارَةً عَنْ تَرَاضٍ﴾

٢٠٣ الكلام فى حكم المباحات الاصليه و بيان أقسام الارضين و أحكامها

٢٠٣ اشارة

٢٠٨ تفصيل الكلام فى بيان اقسام الارضين و أحكامها

٢٠٨ اشارة

٢٠٨ أقول: ان تقسيم الاراضى ينحصر فى اربعة أقسام حصرا عقليا

٢٠٨ اشارة

٢٠٩ أما القسم الاول [أى الموات بالأصالة]

٢٠٩ اشارة

٢٠٩ أما (الجهه الاولى) [فى أنه هل الأرض الميته بالأصالة ملك للإمام أم لا]

٢١٥ و اما الجهه الثانيه فهى ان الاحياء هل يحتاج الى اذن الامام أم لا

٢١٩ (الجهه الثالثه) انه هل الاحياء مملك أو موجب لحق الاختصاص؟

٢٢٢ الجهه الرابعه فى أنه هل يجب على المحيى أداء خراج الاراضى المحياه أم لا؟

٢٢٤ الجهه الخامسه انه هل الحكم بالاباحه يختص بالشيعه أم يعم غيرهم.

٢٢٤ أما القسم الثانى الأراضى العامره بالأصالة]

٢٢٤ اشارة

٢٢٤ [الجهه] الاولى- ان الاراضى العامره بالاصاله ملك للإمام أم لا؟

٢٣١ الجهه الثانيه انها تملك الاراضى العامره بالحيازه أم لا؟

٢٣٣ (الجهه الثالثه) انه هل يجب على الشيعى اعطاء الخراج أم لا؟

٢٣٤ الجهه الرابعه فى أن الاراضى التى عرضها الموت بعد الاحياء و أحيائها معمر آخر هل تبقى فى ملك معمرها أو تخرج عن ملكه و تصير ملكا للمحيى الثانى فيه

٢٣٨ الكلام فى الاراضى المفتوحه عنوه

٢٤٥ [مسأله من شروط العوضين كونه طلقاً]

- ٢٤٥ البحث في الوقف
- ٢٤٥ اشاره
- ٢٤٩ مسأله [عدم جواز بيع الوقف فى الجملة]
- ٢٤٩ اشاره
- ٢٥١ و ما قيل: او يمكن ان يقال: فى وجه بطلان بيع الوقف امور.
- ٢٥١ الاول- عموم قوله تعالى: «أَوْفُوا بِالْعُقُودِ»
- ٢٥٢ الثانى- قوله: الوقوف على حسب ما يوقفها اهلها
- ٢٥٢ الثالث- قوله: (ع) لا يجوز شراء الوقوف
- ٢٥٢ الرابع- قوله (ع) لا يحل لمؤمن يؤمن بالله و اليوم الاخر أن يبيعهها و لا يبتاعها و لا يهبها و لا ينحلها و لا يغير شيئاً مما و صفته عليها
- ٢٥٣ [صوره وقف أمير المؤمنين]
- ٢٥٦ [المانع عن بيع الوقف أمور ثلاثه]
- ٢٥٦ اشاره
- ٢٥٦ اما منافات بيع الوقف لحق الواقف
- ٢٥٨ و اما حق الموقوف عليه
- ٢٥٩ [اهل الوقف بنفس البيع أو بجوازه]
- ٢٥٩ اشاره
- ٢٦١ تنبيه هل يترتب على هذين القولين «أى القول بأن الوقف يبطل بنفس العقد او بمجرد طرو مجوز البيع» ثمره عمليه او الثمره بينهما علميه فقط.
- ٢٦٣ [الأقوال فى الخروج عن عموم منع بيع الوقف]
- ٢٦٣ اشاره
- ٢٦٣ منها القول بعدم جواز بيعه و عدم الخروج عن الوقف اصلا
- ٢٦٣ و منها التفصيل بين الوقف المنقطع و المؤبد
- ٢٦٣ و منها التفصيل بين وقف المنقطع و المؤبد
- ٢٦٣ [الكلام تاره فى الوقف المؤبد و أخرى فى المنقطع]
- ٢٦٣ [أما الوقف المؤبد]
- ٢٦٣ اشاره
- ٢٦٤ [الكلام فيما يكون ملكا للموقوف عليهم]

- إشارة - - - - - ٢٦٤
- ٢٦٤ - - - - - اما المقام الاول [هل يخرج العين الموقوفه عن ملك الواقف بمجرد صدور الانشاء منه أم لا]
- ٢٦٦ - - - - - المقام الثانى- انه استدل على دخوله فى ملك الموقوف عليه بوجوده.
- ٢٦٦ - - - - - (الاول)- ان المتلف للعين الموقوفه يضمنها للموقوف عليه
- ٢٦٧ - - - - - (الثانى) ان الموقوف عليه يكون مالكا للمنافع بلا خلاف فيه
- ٢٦٧ - - - - - الثالث- ان الموقوف عليه من اركان العقد
- ٢٦٨ - - - - - الرابع- ان الوقف عقد يتقوم بايجاب و قبول
- ٢٦٨ - - - - - (المقام الثالث)- فى انه هل يكون ملكا لله سبحانه و تعالى؟
- ٢٦٨ - - - - - اشاره - - - - -
- ٢٦٨ - - - - - (الاول)- ان الوقف عباره عن ازاله الملك عن الواقف كالعق
- ٢٦٨ - - - - - (الثانى) ان الوقف عباره عن تحببب العين و ايقافه فى مكان واحد و يترتب عليه عدم جواز بيعه
- ٢٦٩ - - - - - المقام الرابع التفصيل بين الوقف العام و الخاص
- ٢٧٠ - - - - - [الكلام فيما لا يكون ملكا لأحد بل يكون فك ملك نظير التحرير]
- ٢٧٠ - - - - - و التحقيق ان يقال: ان الوقف على اقسام.
- ٢٧٠ - - - - - القسم الاول ما يكون عنوانه التحرير كالمساجد
- ٢٧٠ - - - - - القسم الثانى ما يملك منفعتة على نحو خاص،
- ٢٧١ - - - - - [القسم] (الثالث) ما يكون وقفا للجهه الخاصه
- ٢٧١ - - - - - [القسم] (الرابع) ما يكون وقفا لعهه معينه و يسمى بالوقف الخاص
- ٢٧١ - - - - - [القسم] (الخامس) ما يكون وقفا لغير ذوى الشعور كالأعيان الموقوفه للمسجد و نحوه
- ٢٧١ - - - - - فى بيان ما يكون عنوانه كالتحرير]
- ٢٧١ - - - - - اشاره - - - - -
- ٢٧١ - - - - - ربما يستدل بعدم جواز بيعه بوجهين.
- ٢٧١ - - - - - الوجه الاول انه ليس بمال و يشترط فى المبيع أن يكون مالا.
- ٢٧٢ - - - - - الوجه الثانى انه ليس بملك و اشترط فى صحه البيع ان يكون المبيع ملكا للبائع
- ٢٧٤ - - - - - فى صوره اليأس عن الانتفاع بالمسجد للجهه المقصوده هل تصح إجارتها للزراعه أم لا]
- ٢٧٤ - - - - - ثم انه ينبغى أن يرسل عنان الكلام الى بيان حكم التصرف فى المسجد

- ٢٧٤ اشارة
- ٢٧٤ أما الموضوع الثانى [فيما عرض عليه الخراب]
- ٢٧٤ [أما الموضوع الأول أى المسجد العامر]
- ٢٧٧ أقول: لما انجر الكلام الى هنا لا بأس بالتعرض للبحث عن ثوب الكعبه
- ٢٧٩ [الكلام فى جواز بيع الوقف و عدمه]
- ٢٧٩ اشارة
- ٢٨٣ [فيما أفاد الشيخ رحمه الله فى جواز بيع الوقف]
- ٢٨٣ اشارة
- ٢٨٣ أقول: و فيما أفاده (قدس سره) مواضع للنظر
- ٢٨٣ (الاول) ان قوله: ان الاول اى تعطيله حتى يتلف ينافى حق الله و تضييع له مدفوع
- ٢٨٤ الثانى أن قوله: انه مناف لحق الواقف يرد فيه أيضا
- ٢٨٤ (الثالث) ان قوله: (مناف لحق الموقوف عليه) أيضا مدفوع
- ٢٨٤ الرابع انه (قدس سره) منع من جريان استصحاب الحرمة فى المقام
- ٢٨٩ [وقع الكلام فى أن الثمن على تقدير جواز بيع الوقف هل يختص بالبطن الموجود أم يعم المعدومين؟]
- ٢٩٥ اهل جازز بيع الوقف و إبداله بعين أخرى بحسب المصلحة أم لا
- ٢٩٥ اشارة
- ٢٩٦ أقول: لنا أن نبحث فى مقامين،
- ٢٩٦ اشارة
- ٢٩٦ اما المقام الاول [عن وجود المقتضى لجواز بيع بدل الوقف]
- ٢٩٦ و اما المقام الثانى [عن وجود المانع]
- ٢٩٩ [إن المتولى للبيع هل هو البطن الموجود بالاستقلال أو يشترط ضميمة الحاكم إليه]
- ٣٠١ [فى صورته التى لا يمكن شراء البديل هل يوضع الثمن عند الأمين]
- ٣٠١ اشارة
- ٣٠٣ فرعان
- ٣٠٣ (الاول) انه لو اتجر بثمان العين الموقوفة فان الربح هل يملكه الموجودون فقط او يشترکہم المعدومون أيضا
- ٣٠٣ (الثانى) انه لو عرض الخراب للوقف بالنسبه الى بعض اجزائه فيبيع البعض المخروب

- ٣٠٥ [كلام صاحب الجواهر فى أن جواز بيع الوقف لا يكون إلا مع بطلان الوقف و رد الشيخ عليه]
- ٣١٢ [فيما يكون بيع الوقف أنفع و أعود للموقوف عليه]
- ٣١٨ [أهل يجوز أن يشترط الواقف بيعه عند الحاجة]
- ٣١٨ اشاره
- ٣١٩ أما المقام الاول [مقتضى القواعد الأوليه]
- ٣٢٥ [أما المقام الثانى البحث عما يقتضيه النص الوارد فى المقام]
- ٣٢٦ [حكم الصورة التى يؤدى بقائه إلى خرابه علما أو ظنا]
- ٣٢٦ اشاره
- ٣٢٧ فنقول ما يمكن أن يقال: فى وجه الجواز امور.
- ٣٢٧ الاول ان بقاء الوقف مع العلم أو الظن بان بقائه يؤدى الى الخراب تضييع للمال و هو حرام
- ٣٢٧ الثانى ان غرض الواقف تعلق بحفظ ماله عين الموقوفه، و انتفاع الموقوف عليهم عنها
- ٣٢٧ الثالث ما افاده المرزا النائنى (قدس سره) بان العلم أو الظن بتأديته الى الخراب المعبر عنه بخوف الخراب طريق عقلاى اليه،
- ٣٢٨ الرابع ان المقتضى للجواز موجود، و المانع عنه مفقود
- ٣٢٩ الخامس مكاتبه ابن مهزيار
- ٣٣٥ اذا عرفت ما ذكرنا فاعلم ان فى المقام صوراً.
- ٣٣٥ الصورة الاولى و هى صورة خراب العين بحيث لا يمكن الانتفاع بها مع بقاء عينه كالحيوان المذبوح
- ٣٣٥ الصورة الثانيه و هى صورة خراب العين بحيث يسقط عن الانتفاع المعتد به بحيث يصدق عرفاً انه لا منفعه فيه كدار انهدمت فصارت عرصه
- ٣٣٥ الصورة الثالثه أن يخرب الوقف بحيث تقل منفعته، و لكن لا تبلغ الى حد العدم عند العرف،
- ٣٣٥ الصورة الرابعه أن يكون بيع الوقف أعود للموقوف عليهم
- ٣٣٥ الصورة الخامسه أن يستدعى بيعه الضروره الشديده اللاحقه على الموقوف عليهم،
- ٣٣٦ الصورة السادسه أن يشترط الواقف بيعه عند الحاجة
- ٣٣٦ الصورة السابعه أن يؤدى بقائه الى خرابه علما أو ظنا،
- ٣٣٦ الصورة الثامنه أن يقع الاختلاف بين الموقوف عليهم بحيث لا يؤمن معه تلف المال و النفس
- ٣٣٦ الصورة التاسعه أن يؤدى الاختلاف الى ضرر عظيم من دون تقييد بكون الضرر خراب الوقف
- ٣٣٦ الصورة العاشره أن يلزم من بقائه فساد يستباح منه النفس
- ٣٣٨ (فرعان)

- الاول انه لا وجه للترديد فى جواز بيع الوقف بعد طرو المجوز لبيعه ٣٣٨
- الثانى انه اذا دار الامر بين صرف المنفعه فى عمران العين و بين اعطائه ها الموقوف عليهم حتى يصرفوا فى مصارفهم فما هى الوظيفه ٣٣٨
- و يقع الكلام فى الوقف المنقطع ٣٣٨
- اشاره ٣٣٨
- اما المقام الاول [فى صحه الوقف المنقطع و عدمها] ٣٣٨
- [المقام الثانى فى جواز بيعه و عدمه] ٣٤١
- [الكلام فى بيع الرهن] ٣٤٤
- [الكلام فى ما يرجع إلى بيع الراهن] ٣٤٤
- [الكلام فى الأدله التى أقيمت على صحه بيع الراهن العين المرهونه] ٣٤٤
- [الكلام فى الأدله التى اقيمت على عدم صحه بيع الراهن العين المرهونه] ٣٥٢
- و اما اجازة المرتهن فيقع الكلام فيها من جهات. ٣٥٤
- الجهه الاولى ان الاجاره سواء كانت ناقله، او كاشفه هل هى شرط لنفوذ عقد الراهن ٣٥٤
- الجهه الثانيه انه هل الاجازة كاشفه او ناقله ٣٥٥
- الجهه الثالثه انه لا ريب و لا اشكال فى انه لا ينفع الرد بعد الاجازة، ٣٥٧
- الجهه الرابعه انه لو لم يجز المرتهن البيع، و لم يرده أيضا، ٣٥٨
- الكلام فى ان القدره على التسليم شرط فى العوضين؟ ٣٦٧
- اشاره ٣٦٧
- و ما قيل او يمكن أن يقال فى وجه اشتراط القدره على التسليم امور ٣٦٧
- الاول قيام الاجماع على اشتراطها. ٣٦٧
- الثانى النبوى المعروف بين الفريقين باختلاف التعبير فى النقل و هو نهيه صلى الله عليه و آله عن بيع الغرر «٢» ٣٦٧
- و يقع الكلام فى النبوى تاره من حيث السند و اخرى من حيث الدلاله ٣٦٧
- اما من ناحيه السند ٣٦٧
- و اما من حيث الدلاله ٣٦٨
- ثم انه على تقدير القول: بانه غرر و باطل هل يمكن ان يرفع الغرر باشتراط الخيار ليكون البيع صحيحا ٣٧١
- الثالث مما استدل به لاشتراط القدره على التسليم فى المبيع ما افاده الميرزا النائنى ره ٣٧٤
- الرابع مما استدل به لاشتراط القدره على التسليم النبوى المعروف بين الفريقين ٣٧٥

- الخامس مما استدل به على اشتراط القدره على التسليم هو ان مقتضى قوله تعالى أَوْفُوا بِالْعُقُودِ هو وجوب الوفاء بالعقد و تسليم العين من لوازم العقد --- ٣٧٧
- السادس مما استدل به على اشتراط القدره على التسليم ان الغرض من المعامله الانتفاع من العين و مع عدم تسلّم العين لا يتحقق هذا الغرض ----- ٣٧٨
- السابع مما استدل به على اشتراط القدره على التسليم ان المعامله على شىء مع عدم القدره على تسليمه يكون سفهائيا. ----- ٣٧٨
- الوجه الثامن مما استدل به على اشتراط القدره على التسليم أن بيع الشىء بدون القدره على تسليمه يكون اكل ثمنه أكل المال بالباطل ----- ٣٧٨
- [الكلام فى أن القدره شرط أو العجز مانع] ----- ٣٧٩
- [الكلام فى أن العبره بالقدره فى زمان الاستحقاق لا حال العقد] ----- ٣٨٢
- [لا يشترط فى البيع القدره على التسليم اذا كان البيع ممن ينعقد على المشتري] ----- ٣٨٣
- [لا يعتبر القدره على التسليم فى الفضولى إلا بعد إجازة المالك] ----- ٣٨٥
- [مثل بيع الفضولى فى عدم اعتبار القدره على التسليم بيع الراهن قبل إجازة المرتهن]. ----- ٣٨٥
- [فى اعتبار القدره فى الصرف و السلم حين العقد] ----- ٣٨٦
- [القدره على التسليم شرط بالتبع و المقصد الأصلى هو التسليم] ----- ٣٨٨
- [فى أن الشرط هى القدره المعلومه للمتبايعين] ----- ٣٨٩
- [اهل العبره بقدره الموكل أو الوكيل] ----- ٣٩١
- [من شروط العوضين العلم بقدر الثمن] ----- ٣٩٥
- اشاره ----- ٣٩٥
- الاول الاجماع، ----- ٣٩٥
- الثانى حديث نفي الغرر، ----- ٣٩٥
- الثالث الروايات الوارده فى المقام ----- ٣٩٥
- [من شروط العوضين العلم بقدر المثلث] ----- ٣٩٧
- اشاره ----- ٣٩٧
- اقول ما يمكن ان يستدل على اشتراط العلم بمقدار المثلث امور. ----- ٣٩٨
- (الاول)، الاجماع. ----- ٣٩٨
- (الثانى) حديث نفي الغرر، ----- ٣٩٨
- (الثالث) الروايات الوارده الداله على اشتراط العلم فى المكيل و الموزون و المعدود ----- ٣٩٨
- ثم ان فى المقام فروعا لا بأس بالتعرض لها. ----- ٤٠٠
- (الاول) انه هل يكفى مجرد عدم الغرر فى المكيل و الموزون أو لا بد من الوزن و الكيل ----- ٤٠٠

- ٤٠٠ الثاني انه يشترط الكيل و الوزن فيما يكال و يوزن
- ٤٠٠ الثالث انه لا يشترط في المكيل و الموزون المعرفه بهما دقيقا
- ٤٠٠ الرابع انه هل يشترط الزرع في المزروع أم لا،
- ٤٠٠ [يقع الكلام في جواز بيع المكيل وزنا و الموزون كيلاً]
- ٤٠٠ اشاره
- ٤٠١ و في المسأله اقوال خمسه:
- ٤٠١ الاول- جواز بيعه مطلقا سواء كان بيع المكيل بالوزن او بالعكس.
- ٤٠٣ الثاني عدم جواز بيع المكيل وزنا و عكسه مطلقا-
- ٤٠٣ الثالث- جواز بيع المكيل وزنا دون العكس
- ٤٠٤ الرابع- ان يجعل كل من الكيل و الوزن طريقا الى الاخر مع التفاوت لكن بمقدار يتسامح فيه عرفا
- ٤٠٥ الخامس- ان يتفاوت احد التقديرين عن الاخر بما لا يتسامح فيه
- ٤٠٧ و ما استدل به او يمكن ان يستدل بأن الميزان بما كان موزونا في زمن النبي صلى الله عليه و آله ووجه.
- ٤٠٧ الاول الاجماع
- ٤٠٧ الثاني- ان المراد بالعناوين المصداق الموجود في زمن المتكلم.
- ٤٠٧ الثالث- انه يلزم حمل اللفظ على المعنى المتعارف عند الشارع
- ٤١٢ [الكلام في بيع بعض من جمله متساويه الاجزاء كصاع من صبره]
- ٤١٢ اشاره
- ٤١٣ اقول بيع الصبره يتصور على اقسام.
- ٤١٣ منها ان يباع بعنوان الكسر المشاع
- ٤١٣ اشاره
- ٤١٣ الوجه الاول ان الجسم و ان كان بحسب البرهان لا يصل الى حد لا يكون قابلا للتجزيه
- ٤١٤ الوجه الثاني- ان الورثه لو كانوا بحد لا يكون سهم كل واحد منهم ذا مالیه
- ٤١٤ الوجه الثالث- انه يمكن ان تصل القسمة الى حد لا يكون قابلا لصدق الملكيه
- ٤١٥ الوجه الرابع- انه لا يتصور الاشاعه بمعنى المشهور في البسائط اصلا
- ٤١٦ و منها ان يقصد الفرد المردد
- ٤١٧ و منها- ان يبيع صاعا من الصبره بالعنوان الكلى في المعين

- ٤١٧ اشارة
- ٤١٧ اما المقام الاول [فى تصويره]
- ٤١٩ و اما المقام الثانى [فى صحته]
- ٤٢٠ و منها انه يكون مبهما.
- ٤٢٠ و منها انه غير معهود
- ٤٢٠ و منها انهم اتفقوا على حمل استثناء الارطال من بيع الثمره على الاشاعه.
- ٤٢١ اشارة
- ٤٢٣ [يتفرع على المختار من كون المبيع كليا أمور]
- ٤٢٣ اشارة
- ٤٢٣ منها انه اذا فرض كون المبيع على نحو الكلى فى المعين يكون التعيين بيد البائع فليس للمشتري اقتراح الخصوصيه على البائع
- ٤٢٣ و منها انه لو تلف بعض الصبره و بقى مقدار حق المشتري فعلى تقدير كون المبيع كليا يكون التلف من البائع
- ٤٢٣ و منها انه ما لو فرض ان البائع بعد ما باع صاعا من الصبره باع من شخص آخر صاعا كليا آخر فتلغ الجميع بالتلف السماوى الا صاعا واحدا
- ٤٢٥ [صور إقباض الكلى]
- ٤٢٥ التحقيق فى وجه الفرق بين مسأله بيع صاع من صبره و مسئله استثناء
- ٤٢٥ اشارة
- ٤٢٧ و ما قيل: او يمكن ان يقال فى دفع الاشكال وجوه:
- ٤٢٧ الوجه الاول ان مقتضى القاعده فى كلتا المسألتين هى الاشاعه
- ٤٢٨ الوجه الثانى - مما قيل فى دفع الاشكال ان مقتضى القاعده و ان كان هو الكلى فى المعين الا ان الاجماع قام على الحمل على الاشاعه فى مسئله الاستثناء.
- ٤٢٩ الوجه الثالث: فى وجه الحمل على الكلى فى المعين فى مسئله صاع من صبره و الحمل على الاشاعه فى مسئله الاستثناء
- ٤٢٩ الوجه الرابع ما عن مفتاح الكرامه فى مقام بيان الفرق بين المسألتين
- ٤٣١ الوجه الخامس ما أفاده الشيخ و هو ان بناء المشهور فى مسأله استثناء الارطال
- ٤٣٢ الوجه السادس ما افاده المحقق الاصفهانى
- ٤٣٤ الوجه السابع ما افاده المرزا النائينى قدس سره
- ٤٣٧ [أقسام بيع الصبره]
- ٤٣٩ [مسأله اذا شاهد عيننا فى زمان سابق على العقد عليها]
- ٤٣٩ اشارة

- ٤٤٤ فرعان
- ٤٤٤ الفرع الأول لو اختلفا في التغيير و عدمه
- ٤٤٨ الفرع الثاني انه لو اتفقا كلاهما على تغيير العين بعد المشاهده و وقوع العقد على الوصف المشاهد و اختلفا في تقدم التغيير
- ٤٤٩ [لو وجد المبيع تالفا بعد القبض فيما يكفى في قبضه التخليه و اختلفا في تقدم التلف على البيع و تأخره]
- ٤٥٠ الكلام في لزوم اختبار الطعم و اللون و الرائحة فيما تختلف باعتبارها قيمه
- ٤٥٠ اشاره
- ٤٥٦ فصور المسأله تكون ثمانية اقسام
- ٤٥٦ الصورة الاولى ما اذا ظهر كونها معيبه بغير التصرف فيها و كان الاختلاف موجبا لاختلاف القيمه
- ٤٥٦ الصورة الثانيه ما اذا ظهر كونها معيبه من دون أن يتصرف فيها و لا يكون اختلاف الصفات موجبا لاختلاف القيمه
- ٤٥٦ الصورة الثالثه ما اذا كان عنوان المبيع محفوظا و ظهر انه ليس له مالیه أصلا من دون ان يتصرف فيه
- ٤٥٦ الصورة الرابعه ما اذا ظهر عدم بقاء عنوان المبيع
- ٤٥٧ الصورة الخامسه ما اذا ظهر العيب بالتصرف فيه و كان اختلاف الاوصاف موجبا لاختلاف القيمه
- ٤٥٧ الصورة السادسه ما اذا ظهر العيب بالتصرف فيه الا ان الاختلاف في الاوصاف لا يكون موجبا لتفاوت القيمه
- ٤٥٧ الصورة السابعه ما اذا ظهر بالتصرف عدم الماليه له اصلا
- ٤٥٧ الصورة الثامنه ما اذا ظهر بالتصرف عدم صدق عنوان المبيع عليه اصلا
- ٤٥٩ الكلام في جواز بيع المسك في الفأر
- ٤٦١ [الظاهر من العلامه عدم جواز بيع اللؤلؤ في الصدف]
- ٤٦٢ [مسئله لا فرق في عدم جواز بيع المجهول بين ضم معلوم اليه و عدمه]
- ٤٦٩ [مسئله يجوز أن يندر لظرف ما يوزن مع ظرفه مقدار يحتمل الزيادة و النقيصه]
- ٤٧٢ [مسأله يجوز بيع المظروف مع ظرفه الموزون معه و ان لم يعلم الا بوزن المجموع]
- ٤٧٥ [تنبيهات البيع]
- ٤٧٥ [ينبغي استحباب التفقه في مسائل الحلال و الحرام المتعلقة بالتجارات]
- ٤٧٧ «الكلام في تلقى الركبان»
- ٤٧٧ اشاره
- ٤٧٩ [في أن حد التلقى اربعة فراسخ]
- ٤٨٢ [لا فرق بين اخذ المتلقى بصيغه البيع او الصلح او غيرهما]

- ٤٨٢ [مسئله اذا دفع انسان الى غيره مالا ليصرفه في قبيل يكون المدفوع اليه منهم]
- ٤٨٨ الكلام في احتكار الطعام
- ٤٩٥ الجزء الرابع
- ٤٩٥ [مقدمه المؤلف]
- ٤٩٦ [اتمه بحث البيع]
- ٤٩٦ [البحث في الخيارات]
- ٤٩٦ اشاره
- ٤٩٦ [قبل الشروع في أقسام الخيار ينبغى تقديم مقدمتين]
- ٤٩٦ [المقدمه الأولى تعريف حقيقه الخيار]
- ٥٠١ [المقدمه الثانيه أن الاصل في البيع اللزوم]
- ٥٠١ اشاره
- ٥٠١ [معانى الأصل]
- ٥٠١ اشاره
- ٥٠١ الاول: ما ذهب اليه المحقق بأنه يمكن أن يكون المراد منه الغلبه،
- ٥٠٢ الثاني: من معانى الاصل هي القاعده المستفاده عن العمومات،
- ٥٠٣ الثالث من معانى الاصل الاستصحاب
- ٥٠٣ الرابع من معانى الاصل معناه اللغوى،
- ٥٠٣ (الكلام في الادله التي استدلت بها على لزوم البيع)
- ٥٠٣ منها- قوله تعالى «وَأَوْفُوا بِالْعُقُودِ»،
- ٥٠٤ اشاره
- ٥٠٥ و أورد على هذا التقريب بوجهه:
- ٥٠٥ (الاول) ما ذهب اليه العلامة في المختلف
- ٥٠٥ (الوجه الثاني) أن ابقاء الملكيه على حالها و عدم ابقائها ليس مقدورا للمكلف حتى يتوجه عليه دليل وجوب الوفاء بل انما هو بيد الشارع.
- ٥٠٦ (الوجه الثالث) ما أوردده صاحب الكفايه قدس سره
- ٥٠٧ و منها قوله تعالى «أَحْلَلَّ اللَّهُ الْبَيْعَ»
- ٥٠٨ و منها- قوله تعالى «إِلَّا أَنْ تَكُونَ تِجَارَةً عَنْ تَرَاضٍ»

- ٥١٠ (و منها) قوله تعالى: «وَلَا تَأْكُلُوا أَمْوَالَكُمْ بَيْنَكُمْ بِالْبَاطِلِ»
- ٥١٢ و (منها) قوله عليه السلام «لا يحل مال امرئ مسلم الا عن طيب نفسه» «١».
- ٥١٢ و يمكن أن يستدل به على لزوم بوجوه:
- ٥١٢ (الاول) أن مطلق التصرف في مال الغير حرام حتى التصرف بالفسخ،
- ٥١٢ (الثاني) أن يكون المراد من الحليه اعم من الوضع و التكليف،
- ٥١٢ (الثالث) أن يكون المراد من التصرف التصرف الخارجى،
- ٥١٣ (و منها) قوله صلى الله عليه و آله «الناس مسلطون على أموالهم»
- ٥١٣ (و منها) قوله صلى الله عليه و آله «المؤمنون عند شروطهم»
- ٥١٥ (و منها) ما ورد في خيار المجلس الدال على لزوم البيع من حين الافتراق
- ٥١٦ (و منها) استصحاب الملكيه الثابته للمفسوخ عليه قبل الفسخ،
- ٥١٩ [ظاهر المختلف أن الأصل عدم اللزوم و المناقشه فيه]
- ٥٢٠ [إذا شك فى عقد أنه من مصاديق العقد اللازم أو الجائز]
- ٥٢٢ [إذا شك فى الضمان مع فساد العقد]
- ٥٢٣ [القول فى أقسام الخيار]
- ٥٢٣ اشاره
- ٥٢٣ [القسم الأول خيار المجلس]
- ٥٢٣ اشاره
- ٥٢٣ تنقيح الكلام فيه يحتاج الى بسط الكلام فى ضمن جهات:
- ٥٢٣ (الجهه الاولى) فى معنى المجلس
- ٥٢٤ (الجهه الثانيه) فى دليله،
- ٥٢٥ [الجهه الثالثه انه يقع الكلام فى أن الخيار يثبت لمن]
- ٥٢٥ اشاره
- ٥٢٥ أما ثبوته للمتبايعين
- ٥٢٦ و أما ثبوته للوكيلين
- ٥٢٦ اشاره
- ٥٢٦ اما القسم الاول - أعنى كونه وكيلاً فى اجراء صيغه العقد فقط

- إشاره ----- ٥٢٦
- الأمر (الأول) ما افاده شيخنا الاعظم قدس سره ----- ٥٢٦
- الامر الثاني من الامور التي استدلت على عدم الخيار للوكيل في اجراء الصيغه أن ملاحظه بعض أخبار الباب يعطى اختصاصه بالمالك، ----- ٥٢٨
- الامر الثالث من الامور التي استدلت بها لنفي الخيار للوكيل في العقد أن أدله سائر الخيارات لا تشمل للوكيل في اجراء العقد و لا يرضى الفقيه بالشمول، ----- ٥٣٠
- الامر الرابع من الامور المستدله لنفي الخيار أن حكمه جعل الخيار الارفاق بالمالك حتى ينظر و يتروى في المبيع، ----- ٥٣٠
- (الامر الخامس) ان الاستفادة من بعض الروايات المذكوره أنفا عدم الخيار للوكيل المعهود، ----- ٥٣٠
- (الامر السادس) ان مفاد أدله الخيار لا تشمل الوكيل في العقد، ----- ٥٣١
- (الامر السابع) ان النسبه بين أدله الخيار و أدله سلطنه المالك على ماله عموم من وجه، ----- ٥٣١
- و أما القسم الثاني فهو أن يكون الوكيل مستقلا في ايجاد المعامله فقط، ----- ٥٣٢
- و أما القسم الثالث فهو أن يكون وكيلا مفوضا اليه أمر المال، ----- ٥٣٢
- و أما القسم الرابع- و هو أن يفوض أمر المبيع الى الوكيل ----- ٥٣٢
- الجهه الرابعه في ثبوت الخيار للموكلين مع حضورهما في المجلس فهل يثبت لهما مطلقا أو لا يثبت لهما كذلك أو تفصيل في المقام؟ ----- ٥٣٤
- إشاره ----- ٥٣٤
- الكلام ما اذا كان وكيلا وكيلا في اجراء الصيغه فقط، فهل يثبت للموكل الخيار أم لا. ----- ٥٣٤
- ما يمكن أن يقال في وجه عدم ثبوت الخيار له أمور: ----- ٥٣٤
- الاول- ان المأخوذ في أدله خيار المجلس عنوان البيعين، ----- ٥٣٤
- الثاني- ان عنوان البيع و ان صح استناده الى السبب و المباشر الا أنه لا يمكن أن يراد المعنيين منه في اطلاق واحد ----- ٥٣٥
- الثالث- ان الالتزام بثبوت الخيار للموكل يستلزم أن يكون الخيار للمتعدد و هو لا يجوز، ----- ٥٣٦
- ثم ان الشيخ قدس سره ذكر وجهين لثبوت الخيار للموكل: ----- ٥٣٦
- أحدهما أن الخيار للإرفاق فيقتضى ثبوته له. ----- ٥٣٦
- ثانيهما ان ثبوت الخيار للوكيل يستلزم ثبوته للموكل. ----- ٥٣٦
- (فروع) ----- ٥٣٦
- (الفرع الاول) انه هل يشترط حضور الموكل الثابت له الخيار في المجلس أم لا؟ فيه أقوال: ----- ٥٣٧
- (الاول) ما يستفاد من كلام الشيخ بأن الحضور في المجلس شرط لثبوت الخيار. ----- ٥٣٧
- (الثاني) ما ذهب اليه الميرزا قدس سره، ----- ٥٣٧
- (الثالث) ان الخيار ثابت للمالكين، ----- ٥٣٧

- الفرع الثاني انه وقع البحث فيما اذا تحقق الخيار في عقد واحد لأشخاص كثيره، ٥٣٨
- اشاره ٥٣٨
- و تقريب كلامه يحتاج الى مقدمات ثلاث: ٥٣٩
- الاولى- ان حق الفسخ يكون للوكيل الخاص، ٥٣٩
- الثانيه- ان أدله الخيارات مخصصه لعموم «أَوْفُوا بِالْعُقُودِ»، ٥٣٩
- الثالثه- ان الوكيل بدل تنزيلي للموكل، ٥٣٩
- الفرع الثالث بعد الفراغ عن ثبوت الخيار في كل من الطرفين للوكيل و موكله كليهما ٥٤١
- الفرع الرابع ان الموكل اذا ثبت له حق الخيار هل يجوز له أن ينقل هذا الحق الى الوكيل ٥٤٢
- الفرع الخامس انه يقع البحث في ثبوت هذا الخيار للفضولي، ٥٤٣
- [في ثبوت خيار المجلس للمالكين و عدمه] ٥٤٤
- اشاره ٥٤٤
- و في المقام أقوال: ٥٤٤
- (الأول) ما أفاده المحقق النائيني قدس سره ٥٤٤
- (الثاني) ما أفاده المحقق الكمباني قدس سره ٥٤٤
- الثالث- ما ذهب اليه الشيخ ٥٤٥
- [مسأله لو كان العاقد واحدا يثبت له الخيار أم لا] ٥٤٧
- اشاره ٥٤٧
- ما يمكن أن يقال أو قيل في وجه عدم الخيار أمور: ٥٤٨
- الاول- ان الموضوع في دليل خيار المجلس عنوان التثنيه، ٥٤٨
- الثاني- ان التقابل بين الافتراق و الاجتماع من باب الملكه و عدمها، ٥٤٨
- الثالث- ان كلمه «حتى» في قوله «حتى يفترقا» تكون غايه فيما كان الافتراق ممكنا، ٥٥٠
- الرابع- ان ثبوت الخيار للشخص الواحد يتوقف على أن يكون قوله «البيعان بالخيار» كلاما مستقلا، ٥٥٠
- [مسأله هل يختص خيار المجلس بالبيع أو يعم جميع العقود] ٥٥١
- [خيار المجلس هل يجري في جميع أقسام البيع أو يختص بغير بيع الصرف و السلم] ٥٥٢
- اشاره ٥٥٢
- (أما المقام الاول) فما قيل أو يمكن أن يقال في وجه الوجوب أمور: ٥٥٤

- الامر الاول- الروايات الداله على وجوب التقايض، ----- ٥٥٤
- (الامر الثانى) ما أفاده العلامه فى التذكره من أنه لو لم يتقايضا يكون ربويا فيكون حراما. ----- ٥٥٤
- (الامر الثالث) ان الاقباض شرط ارتكازى بين الطرفين فيجب الوفاء به. ----- ٥٥٥
- (الامر الرابع) ان المستفاد من دليل وجوب الوفاء وجوب الاقباض. ----- ٥٥٦
- (و أما المقام الثانى) فهو انه على تقدير عدم الوجوب التكليفى هل يترتب على الخيار أثر أم لا؟ ٥٥٦
- [كون مبدء الخيار للمالكين الحاضرين فى مجلس عقد الفضوليين] ٥٥٧
- [الكلام فى مسقطات الخيار] ٥٥٧
- [المسقط الاول اشتراط سقوطه فى ضمن العقد] ٥٥٧
- اشاره ----- ٥٥٧
- اشتراط سقوط الخيار فى ضمن العقد يتصور على أقسام: ٥٥٧
- القسم الاول أن يشترط عدم الخيار، ----- ٥٥٨
- اشاره ----- ٥٥٨
- فقد استدل على عدم الخيار باشتراط عدمه فى ضمن العقد بوجه: ٥٥٨
- الاول- الاجماع. ٥٥٨
- الثانى- العمومات ٥٥٨
- و قد استشكل على الاستدلال بدليل الشرط فى المقام من وجوه: ٥٥٨
- الاول: ان الشرط متعلق بالامر الاختيارى، و من الظاهر أن جعل الخيار و عدمه من فعل الشارع، ----- ٥٥٨
- (الثانى) ان الشرط يجب الوفاء به اذا كان العقد المشروط فيه لازما، ----- ٥٦١
- (الثالث) ان أدله الشروط معارضه بعموم أدله الخيار، ----- ٥٦٢
- (الرابع) ان هذا الشرط مخالف لمقتضى العقد ٥٦٢
- (الخامس) ان اشتراط سقوط الخيار فى ضمن العقد اسقاط لما لم يجب، ٥٦٣
- (السادس) ان اشتراط سقوط الخيار خلاف السنه، ٥٦٣
- (و أما القسم الثانى) و هو ما اشترط فى العقد عدم الاخذ بالخيار، ----- ٥٦٤
- اشاره ----- ٥٦٤
- (أما المقام الاول) [فى صحه هذا الشرط] ----- ٥٦٤
- (و أما المقام الثانى) فما يمكن أن يقال أو قيل فى وجه عدم تأثير فسخه لو خالف الشرط أمور: ٥٦٤

- الاول- ان دليل الوفاء بالشرط مستلزم لوجوب اجباره على الوفاء بالعقد و عدم سلطنته على تركه، ----- ٥٦٤
- الثانى- ان اطلاق دليل وجوب الوفاء بالشرط يقتضى وجوب ترتيب آثار الشرط ----- ٥٦٤
- الثالث- ان الشرط قد أحدث حقا للمشروط له فى خيار المشروط عليه يمنعه عن العمل بمقتضى خياره كمنع حق الرهانه من بيع العين ----- ٥٦٦
- (و أما القسم الثالث) و هو ما يشترط اسقاط الخيار، ----- ٥٦٦
- اشاره ----- ٥٦٦
- (أما المقام الاول) فلا ريب فى صحته لوجود المقتضى و عدم المانع، ----- ٥٦٦
- (و أما المقام الثانى) فأفاد الشيخ: و فى تأثير الفسخ وجهان المتقدمان، ----- ٥٦٧
- (و أما المقام الثالث) فهل للمشروط له الفسخ بمجرد عدم اسقاط المشترط الخيار بعد العقد و ان لم يفسخ بعد أم لا؟ ----- ٥٦٧
- أفى أن تأثير الشرط انما هو مع ذكره فى متن العقد] ----- ٥٦٨
- اشاره ----- ٥٦٨
- فاعلم ان الشرط فى ضمن العقد يتصور على وجوه: ----- ٥٦٩
- الاول- أن يكون العقد ظرفا للشرط بلا ارتباط، ----- ٥٦٩
- الثانى- أن يرتبط بالعقد و يذكر فى العقد بالصراحة أو بالإشارة، ----- ٥٦٩
- الثالث- ان يقاوم عليه قبل العقد و يقع العقد مبنيا عليه، ----- ٥٦٩
- أفرع فى قول العلامة فى عدم جواز اشتراط نفي خيار المجلس و غيره فى متن العقد] ----- ٥٧٠
- المقسط الثانى من مسقطات خيار المجلس اسقاطه بعد العقد، ----- ٥٧٢
- اشاره ----- ٥٧٢
- و ما يمكن أن يتمسك به لسقوط الخيار باسقاطه بعد العقد وجوه: ----- ٥٧٢
- الاول- الاجماع. ----- ٥٧٢
- الثانى- ما أفاده المصنف فحوى ما سيجى ء من النص «١» الدال على سقوط الخيار بالتصرف، ----- ٥٧٢
- الثالث- أيضا ما تمسك به الشيخ ----- ٥٧٣
- الرابع قوله «المؤمنون عند شروطهم» «١» ----- ٥٧٤
- الخامس مما استدل على صحه اسقاط الخيار بعد العقد ----- ٥٧٦
- الظاهر سقوط الخيار بكل لفظ يدل عليه باحدى الدلالات العرفيه للفحوى المتقدمه] ----- ٥٧٦
- لو قال أحدهما استقطت الخيار من الطرفين فرضى الآخر سقط خيار الراضى أيضا] ----- ٥٧٨
- مسأله لو قال أحدهما لصاحبه اختر] ----- ٥٧٨

- ٥٨١ [لا اشكال فى أن اسقاط أحدهما خياره لا يوجب سقوط الآخر]
- ٥٨٢ [لو اختلف الورثه فى الفسخ و الاجازة تحقق التعارض]
- ٥٨٢ [الثالث من مسقطات هذا الخيار افتراق المتبايعان]
- ٥٨٢ اشارة -
- ٥٨٢ و ينبغى أن نبحث فى المقام من جهات: -
- ٥٨٢ (الجهة الاولى) انه هل الافتراق مسقط للخيار على نحو الموضوعيه أو بكشفه النوعى عن الرضا بلزوم العقد، -
- ٥٨٣ و ما يمكن أن يقال بوجه الكاشفيه أمران: -
- ٥٨٣ الاول- ان الافتراق كاشف نوعى عن الرضا بالعقد. -
- ٥٨٣ الثانى- ظهور بعض الروايات الدال على مسقطيه الافتراق، -
- ٥٨٣ ان فى قوله «بعد الرضا» احتمالات: -
- ٥٨٣ الاول: اراده الرضا بالعقد -
- ٥٨٤ الثانى: اراده الرضا ببقاء المعامله، -
- ٥٨٤ الثالث: أن يكون المراد ان الافتراق حيث حصل عن الرضا لا عن الاكراه فالعقد يلزم. -
- ٥٨٤ (الجهة الثانيه) فى أنه هل الافتراق يحصل بمسماه و لو أقل من خطوه -
- ٥٨٦ (الجهة الثالثه) فى أنه هل يعتبر فى حصول الافتراق الحركه من الطرفين أو يحصل بحركه أحدهما و بقاء الاخر فى مكانه؟ -
- ٥٨٦ [مسأله المعروف أنه لا اعتبار بالافتراق عن إكراه إذا منع من التباير أيضا]
- ٥٨٦ اشارة -
- ٥٨٦ و ما يمكن أن يقال فى وجه عدم تأثير الافتراق و بقاء الخيار أمور: -
- ٥٨٦ الاول- الاجماع. -
- ٥٨٧ الثانى- الشهره الفتوايه. -
- ٥٨٧ الثالث- ان الظاهر من الدليل أن الافتراق المسقط للخيار هو ما يكون عن اختيار فما دام لا يكون اختياريا لا يكون مسقطا. -
- ٥٨٧ (الرابع) حديث رفع الاكراه، -
- ٥٩٠ (الخامس) ما رواه فضيل عن أبى عبد الله عليه السلام -
- ٥٩١ [مسأله لو أكره أحدهما على التفرق و منع من التباير و بقى الآخر فى المجلس]
- ٥٩٣ [مسأله لو زال الإكراه فالمحكى عن الشيخ و جماعه امتداد الخيار بامتداد مجلس الزوال]
- ٥٩٥ [الرابع من مسقطات هذا الخيار التصرف]

- ٥٩٥ اشارة
- ٥٩٦ (الامر الاول) الروايات الواردة فى خيار الحيوان:
- ٥٩٨ (الامر الثانى) عموم التعليل الوارد فى الروايه،
- ٥٩٩ (الامر الثالث) أن يكون التصرف فى البيع كاشفا نوعيا عن الرضا بلزوم العقد،
- ٦٠٠ [القسم الثانى خيار الحيوان]
- ٦٠٠ اشارة
- ٦٠٠ و التحقيق فيها يقع فى ضمن فروع:
- ٦٠٠ (الفرع الاول) انه هل يختص خيار الحيوان بالحيوان المقصود حياته،
- ٦٠١ (الفرع الثانى) انه هل يكون تلف الحيوان فى أيام الثلاثه ممن لا خيار له أم لا؟
- ٦٠١ (الفرع الثالث) فى منتهى خيار الحيوان،
- ٦٠١ (الفرع الرابع) ان هذا الخيار هل يختص بالمبيع المعين أو يعم الكلى أيضا؟
- ٦٠١ اشارة
- ٦٠٢ و ما يمكن أن يقال فى وجه اختصاص خيار الحيوان بالمبيع الشخصى أمران:
- ٦٠٢ (أحدهما) الانصراف،
- ٦٠٣ (ثانيهما) ان حكمه جعل الخيار و تشريعه للتروى فى المبيع بأنه معيب أم لا،
- ٦٠٣ [المشهور اختصاص هذا الخيار بالمشتري]
- ٦٠٣ اشارة
- ٦٠٤ (أما المقام الأول) و هو ما لو بيع بقر بعشره دنانير فهل يثبت الخيار للبائع كما يثبت للمشتري أو لا يكون الا للمشتري
- ٦٠٤ اشارة
- ٦٠٤ و ما يمكن أن يقال فى وجه ثبوته للبائع أمور:
- ٦٠٤ الاول- الاجماع.
- ٦٠٤ الثانى- استصحاب جواز العقد من الطرفين بعد ثبوت خيار المجلس
- ٦٠٤ الثالث- ما رواه محمد بن مسلم عن ابى عبد الله عليه السلام
- ٦٠٥ و استدلل للقول المشهور بوجوه أيضا:
- ٦٠٥ منها- الاجماع.
- ٦٠٥ و منها- عموم دليل وجوب الوفاء،

- 605 ----- ومنها- النصوص الداله على أن البيع يلزم بالافتراق فنلتزم باللزوم من طرف البائع فيما يكون المبيع حيوانا
- 608 ----- ومنها- جمله من النصوص، -----
- 608 ----- ومنها- ما رواه علي بن اسباط -----
- 608 ----- ومنها- ما رواه علي بن رثاب -----
- 609 ----- ومنها- ما رواه فضيل -----
- 614 ----- و أما المقام الثاني و هو ما كان الثمن أيضا حيوانا فهل يثبت الخيار للبائع أيضا أم لا؟ -----
- 614 ----- اشاره -----
- 614 ----- (اما المقام الاول) [في المقتضى] -----
- 614 ----- (و أما المقام الثاني) فما يمكن أن يكون مانعا أمور: -----
- 614 ----- اشاره -----
- 615 ----- منها- الروايات الداله على اختصاص خيار الحيوان بالمشتري، -----
- 615 ----- ومنها ما رواه الحلبي عن أبي عبد الله عليه السلام -----
- 615 ----- ومنها- ما رواه الفضيل عن أبي عبد الله عليه السلام -----
- 615 ----- ومنها- ما عن علي بن فضال -----
- 616 ----- ومنها- ما رواه محمد بن مسلم: -----
- 617 ----- [مسأله مبدأ هذا الخيار من حين العقد] -----
- 617 ----- اشاره -----
- 624 ----- (مسأله): هل يكون مبدأ الخيار زمان الصيغه أو زمان حصول الملك؟ -----
- 625 ----- (مسأله): مبدأ خيار الحيوان في بيع الصرف و السلم قبل القبض أو بعده، -----
- 625 ----- [مسأله لا اشكال في دخول الليلتين المتوسطتين في الثلاثه ايام] -----
- 627 ----- [الكلام في مسقطات خيار الحيوان] -----
- 627 ----- اشاره -----
- 627 ----- (الاول) اشتراط سقوطه، -----
- 627 ----- اشاره -----
- 628 ----- (مسأله) لو اشترط أحد سقوط الخيار و اشترط ثبوته ثانيا فهل يكون الشرط الثاني نافذا أم لا؟ -----
- 628 ----- (الثاني) اسقاطه بعد العقد، -----

- ٦٢٨ (الثالث) التصرف،
- ٦٣١ [القسم الثالث خيار الشرط]
- ٦٣١ اشاره
- ٦٣١ ما قيل أو يمكن أن يقال في وجهها أمور:
- ٦٣١ (الاول) الاجماع،
- ٦٣٢ (الثاني) ما أفاده سيدنا الاستاذ دام ظله،
- ٦٣٣ (الثالث) ما أفاده سيدنا الاستاذ أيضا
- ٦٣٤ (الرابع) ما أفاده سيدنا الاستاذ دام ظله أيضا
- ٦٣٥ (الخامس) النصوص الواردة في المقام،
- ٦٣٨ (السادس) من الامور التي استدلت بها لصحة شرط الخيار الاخبار الخاصة:
- ٦٣٩ [مسأله لا فرق بين كون زمان الخيار متصلا بالعقد أو منفصلا عنه]
- ٦٤٠ [في شرطيه تعيين المده في هذا الخيار]
- ٦٤٠ اشاره
- ٦٤٢ [لا فرق في بطلان العقد بين ذكر المده المجهوله كقدوم الحاج، و بين عدم ذكر المده اصلا]
- ٦٤٣ [مسأله، مبدأ هذا الخيار من حين العقد]
- ٦٤٤ [مسأله يصح جعل الخيار للأجنبي]
- ٦٤٤ اشاره
- ٦٤٤ (الجهه الاولى) أنه كما يجوز جعل الغير وكيلًا من قبل ذى الخيار يجوز أيضا جعل الخيار له اصاله أم لا.
- ٦٤٥ (الجهه الثانيه) ان الاجنبى على فرض جعل الخيار له لا بد أن يراعى مصلحه الجاعل أم لا.
- ٦٤٥ (الجهه الثالثه) ان جعل الخيار للأجنبي هل يحتاج الى قبوله أم لا؟
- ٦٤٦ (الجهه الرابعه) ان الخيار على تقدير صحه الجعل للأجنبي هل ينتقل الى وارثه أم لا؟
- ٦٤٦ (الجهه الخامسه) انه هل ينزل بعزل الجاعل أم لا؟
- ٦٤٦ [مسأله يجوز لهما اشتراط الاستيمار بأن يستأمر المشروط عليه الاجنبى فى أمر العقد]
- ٦٤٦ اشاره
- ٦٤٨ [فى اعتبار مراعاة المستأمر للمصلحه و عدمه وجهان]
- ٦٤٩ [مسأله من أفراد خيار الشرط ما يضاف البيع إليه و يقال له بيع الخيار]

- الأمر الأول في أن اعتبار رد الثمن في هذا الخيار يتصور على وجوه] ٦٤٩
- اشاره ٦٤٩
- (الاول) أن يؤخذ رد الثمن قيذا للخيار ٦٥٠
- (الثاني) أن يؤخذ رد الثمن قيذا للفسخ ٦٥٠
- (الثالث) أن يشترط الفسخ برد الثمن ٦٥٠
- (الرابع) أن يؤخذ رد الثمن قيذا لانفساخ العقد. ٦٥٠
- اشاره ٦٥٠
- فان ما يمكن أن يرد عليه أحد وجوه: ٦٥١
- الوجه الاول- ان الشرط المذكور داخل في شرط النتيجة و لا دليل على صحته. ٦٥١
- الوجه الثاني- أن هذا تعليق في الشرط و هو باطل. ٦٥١
- الوجه الثالث- ان الشرط المذكور مناف لمقتضى العقد، ٦٥١
- الوجه الرابع- أن الشرط المذكور مخالف للكتاب و السنه، ٦٥١
- (الخامس) ان البيع عباره عن التمليك الدائمي، و جعل الخيار بهذا النحو ينافيه. ٦٥٢
- (السادس) أن يكون رد الثمن شرطا لوجوب الاقاله على المشتري، ٦٥٢
- (السابع) أن يكون رد الثمن شرطا للبيع، ٦٥٢
- (الامر الثاني) أن الثمن المشروط رده اما أن يكون شخصا، و اما يكون كليا. ٦٥٢
- اشاره ٦٥٢
- (أما المقام الاول) [في فرض عدم قبض الثمن] ٦٥٢
- (و أما المقام الثاني) [في فرض قبضه] ٦٥٣
- اشاره ٦٥٣
- الفرع الاول أن يكون الثمن شخصا، ٦٥٣
- (الفرع الثاني) ما اذا كان الثمن كليا في ذمه البائع، ٦٥٤
- (الفرع الثالث) أن يكون الثمن كليا في ذمه المشتري، ٦٥٤
- (الامر الثالث) ان الفسخ يحصل بمجرد الرد أو هو مقدمه للفسخ؟ ٦٥٤
- (الامر الرابع) ان الخيار لو كان مشروطا بأن يتحقق بعد الرد فهل يجوز اسقاطه قبله أم لا؟ ٦٥٦
- (الامر الخامس) وقع الكلام بينهم في أن هذا الخيار يسقط بالتصرف أم لا، ٦٥٩

- ٦٦٠ (الامر السادس) أنه لو تلف المبيع تكون خسارته على المشتري
- ٦٦٥ (الامر السابع) أنه هل يكفي الرد الى وكيل المشتري أو وليه الخاص كالأب أو العام كالحاكم أو العدول عند عدمه أم لا .
- ٦٦٥ اشاره
- ٦٦٦ اذا عرفت هذه المقدمه فلنتعرض لجهات البحث فى ضمن مسائل:
- ٦٦٦ (الاولى) انه هل يجوز رد الثمن الى الوكيل أو لا بد أن يرد الى نفس المشتري؟
- ٦٦٦ (الثانيه) انه هل يجوز رده الى الحاكم عند عدم التمكن من الوصول اليه،
- ٦٦٦ (الثالثه) هل يجوز الرد الى وليه الخاص اذا تحققت المعامله بيده كالأب و الجد أم لا .
- ٦٦٧ (الرابعه) انه اذا مات المشتري قبل الرد فهل يجوز الرد الى وارثه أم لا؟
- ٦٦٧ (الخامسه) انه اذا مات البائع قبل الرد فهل يثبت الخيار لوارثه بالرد الى المشتري أم لا؟
- ٦٦٧ (السادسه) انه لو اشترى حاكم للصغير شيئاً فهل يجوز للبائع أن يرده الى حاكم آخر أم لا؟
- ٦٦٧ (الامر الثامن) اذا أطلق اشتراط الفسخ برد الثمن لم يكن له ذلك الا برد الجميع،
- ٦٧٠ (الامر التاسع) قال المصنف: انه كما يجوز للبائع اشتراط الفسخ برد الثمن كذا يجوز للمشتري اشتراط الفسخ برد المثل.
- ٦٧٠ [مسأله لا إشكال و لا خلاف فى عدم اختصاص خيار الشرط بالبيع و جريانه فى كل معاوضه لازمه]
- ٦٧٠ اشاره
- ٦٧٠ (المقام الاول) فى جريانه فى غير البيع من العقود اللازمه و عدم جريانه.
- ٦٧٠ اشاره
- ٦٧١ و أما من ناحيه المانع فربما يعد موانع فى المقام:
- ٦٧١ المانع الاول- قيام الاجماع على عدم جواز الشرط المذكور فى النكاح.
- ٦٧١ المانع الثانى- انه ثبت فى الشريعه أن رافع النكاح انما هو الطلاق فلا يرتفع بالفسخ.
- ٦٧١ المانع الثالث- ان الخيار يجرى فى مورد يكون التقايل فيه جائزاً كالبيع مثلاً،
- ٦٧١ المانع الرابع- ان النكاح فيه شائبه العباده، و كل ما كان كذلك فلا يقبل الرجوع،
- ٦٧٢ المانع الخامس- ان جعل خيار الفسخ فى النكاح موجب لابتدال المزوجه و هو ضرر عليها فيشمله دليل نفي الضرر.
- ٦٧٢ المانع السادس- ان بناء النكاح يكون على الدوام، فيكون شرط الخيار منافياً لمقتضى العقد.
- ٦٧٢ المانع السابع- ان لزوم النكاح حكمى فلا يكون قابلاً للفسخ.
- ٦٧٢ و ما قيل أو يمكن أن يقال فى عدم جواز اشتراط خيار الفسخ فيه أمور:
- ٦٧٢ الاول- الاجماع.

- الثانى- ان الوقف من الامور العباديه ----- ٦٧٣
- الثالث- ان الوقف عباره عن فك الملك و لا يقابل بالعوض، ----- ٦٧٣
- الرابع- ان بناء الوقف يكون على التأبيد فجعل الخيار ينافيه. ----- ٦٧٣
- الخامس- النص الوارد فى المقام، ----- ٦٧٤
- و ملخص الكلام أنه يمكن الالتزام بجريان شرط الخيار فى العقود اللازمه بأحد أمور: ----- ٦٧٧
- الاول- الاجماع. ----- ٦٧٧
- الثانى- بأن اطلاق دليل الشرط يقتضى الصحه. ----- ٦٧٧
- الثالث- عموم دليل وجوب الوفاء بالعقد، ----- ٦٧٧
- الرابع- أن الاقاله جائزه فشرط الخيار أيضا جائز. ----- ٦٧٧
- (المقام الثانى) انه هل يجرى خيار الشرط فى العقود الجائزه أم لا. ----- ٦٧٨
- اشاره ----- ٦٧٨
- الاول- ان جعل الخيار مع كون العقد جائزا يكون لغوا، ----- ٦٧٨
- الثانى- ان اشتراط الخيار فى العقد الجائز يوجب اجتماع المثلين. ----- ٦٧٨
- الثالث- ان اشتراط الخيار فى المقام تحصيل للحاصل، ----- ٦٧٨
- الرابع- ان اشتراط الخيار فى العقود الاذنيه لا يرجع الى محصل، ----- ٦٧٨
- (المقام الثالث) فى جريانه فى الايقاعات و عدمه، ----- ٦٧٩
- اشاره ----- ٦٧٩
- الاول- الاجماع، ----- ٦٧٩
- الثانى- ان دليل الشرط منصرف عن الشرط الواقع فى ضمن الايقاع ----- ٦٧٩
- الثالث- ان الايقاع أمر يقوم بالطرف الواحد و الشرط يتوقف تحققه على وجود الطرفين فلا يتحقق فى ضمنه. ----- ٦٧٩
- الرابع- ان الايقاع أمر عدمى ----- ٦٨٠
- الخامس- ان المنشأ كعتق العبد مثلا اما معلق على شى ء و اما غير معلق، ----- ٦٨٠
- السادس- ان الخيار ملك فسخ العقد و لا حل الا بين الامرين فلا موضوع له فى الايقاع. ----- ٦٨٠
- القسم الرابع خيار الغبن] ----- ٦٨١
- اشاره ----- ٦٨١
- فنقول: ما يمكن أن يقال فى وجه ثبوت هذا الخيار أمور: ----- ٦٨١

- الوجه الاول - الاجماع. ----- ٦٨١
- الوجه الثانى - ما استدل به العلامة فى التذكرة و هو قوله تعالى «إِلَّا أَنْ تَكُونَ تِجَارَةً عَنْ تَرَاضٍ مِنْكُمْ» ----- ٦٨١
- الوجه الثالث - ما أفاده الشيخ قدس سره حول الآية الشريفه، ----- ٦٨٣
- (الوجه الرابع) ما أفاده المحقق النائنى قدس سره من الاستدلال بالآية الشريفه بمجموع المستثنى و المستثنى منه، ----- ٦٨٥
- (الوجه الخامس) قوله صلى الله عليه و آله «لا ضرر و لا ضرار» ----- ٦٨٦
- (الوجه السادس) جملة من الروايات الواردة فى الغبن: ----- ٦٩٠
- (الوجه السابع) ما روى عن النبى صلى الله عليه و آله: تلقى الركبان لا يجوز ----- ٦٩١
- (الوجه الثامن) و هو أتم الوجوه و اسدها: ان الانسان مدنى بالطبع يحتاج الى المعاش و المعامله، ----- ٦٩٢
- [مسأله يشترط فى هذا الخيار أمران] ----- ٦٩٣
- [الأول عدم علم المغبون بالقيمه] ----- ٦٩٣
- [الأمر الثانى كون التفاوت فاحشا] ----- ٧٠١
- اشاره ----- ٧٠١
- (الجهه الاولى) ان التفاوت اليسير لا يوجب الخيار ----- ٧٠١
- (الجهه الثانيه) فى ضابطه تشخيص الفاحش بأنه ما الميزان فيه. ----- ٧٠٢
- (الجهه الثالثه) انه اذا شك فى الغبن أنه الى حد يوجب الخيار أم لا، ----- ٧٠٢
- [مسأله ظهور الغبن شرط شرعى لحدوث الخيار أو كاشف عقلى عن ثبوته حين العقد] ----- ٧٠٨
- اشاره ----- ٧٠٨
- (الجهه الأولى) أن الخيار ثابت من أول الأمر أو يحدث عند ظهور الغبن، ----- ٧٠٨
- (الجهه الثانيه) ان الخيار هو السلطنه الفعلية على الفسخ أو أن الخيار يفارقها؟ ----- ٧٠٩
- (الجهه الثالثه) أنه على تقدير تسليم أنهما حقان مستقلان يقع البحث فى أن السلطه على الفسخ أيضا ----- ٧١٠
- (الجهه الرابعه) أفاد المصنف ان الآثار المجعوله للخيار بين ما يترتب على تلك السلطنه الفعلية كالسقوط بالتصرف، ----- ٧١٠
- [مسقطات خيار الغبن] ----- ٧١١
- [الأول من المسقطات إسقاطه بعد العقد] ----- ٧١١
- [الثانى من المسقطات اشتراط سقوط الخيار فى متن العقد] ----- ٧١٦
- [الثالث من المسقطات تصرف المغبون بأحد التصرفات المسقطه للخيارات المتقدمه بعد علمه بالغبن] ----- ٧١٨
- [الرابع من المسقطات تصرف المشتري المغبون قبل العلم بالغبن تصرفا مخرجا عن الملك على وجه اللزوم] ----- ٧١٩

- ٧٣٦ [الكلام فى حكم تلف العوضين مع الغبن]
- ٧٣٦ اشاره
- ٧٣٦ فههنا فروع يجب أن لا تخفى عليك
- ٧٣٦ اشاره
- ٧٣٦ (الفرع الاول) ما لو تلف ما عند المغبون باتلاف منه،
- ٧٣٩ الفرع الثانى فيما يتعلق بتلف ما فى يد الغابن
- ٧٤٠ [مسأله الظاهر ثبوت خيار الغبن فى كل معاوضه مالىه]
- ٧٤٢ [كون خيار الغبن فورى أو متراجيا]
- ٧٤٢ اشاره
- ٧٤٢ (أما الموضوع الاول) [فيما يستدل به على الفور]
- ٧٤٦ (الموضوع الثانى) [فيما يستدل به على التراجى]
- ٧٤٨ [الموضوع الثالث فيما لو لم تتم الادله من الطرفين فما هو مقتضى القاعده؟]
- ٧٥٠ [القسم الخامس خيار التأخير]
- ٧٥٠ اشاره
- ٧٥٠ و الذى يمكن أن يكون مستندا لهذا الحكم أمور:
- ٧٥٠ اشاره
- ٧٥٠ الاول: الاجماع.
- ٧٥٠ الثانى: قاعده نفي الضرر،
- ٧٥١ الثالث: النصوص الوارده فى المقام،
- ٧٥٧ [قد ذكر فى هذا الخيار شروط]
- ٧٥٧ اشاره
- ٧٥٧ [الشروط الأول عدم قبض المبيع]
- ٧٦١ [الشروط الثانى عدم قبض مجموع الثمن]
- ٧٦٤ [الشروط الثالث عدم اشتراط تأخير تسليم أحد العوضين]
- ٧٦٥ [الشروط الرابع أن يكون المبيع عينا أو شبهه كصاع من صبره]
- ٧٦٥ اشاره

- ٧٦٥ الاول - الاجماع،
- ٧٦٥ الثانى - ان المدرك لهذا الخيار قاعده نفي الضرر،
- ٧٦٦ الثالث - الاخبار الوارده فى المقام.
- ٧٦٦ ثم انه قد ذكر شروطا اخرى لهذا الخيار:
- ٧٦٦ منها عدم الخيار من ناحيه اخرى للبائع و لا للمشتري،
- ٧٦٩ (و منها) تعدد المتعاقدين،
- ٧٦٩ (و منها) أن لا يكون المبيع حيوانا أو خصوص الجاربه،
- ٧٧٠ [فى أن مبدء الثلاثه من حين التفرق أو من حين العقد وجهان].
- ٧٧٠ [مسأله يسقط هذا الخيار بأمر].
- ٧٧٠ اشاره
- ٧٧٠ (منها) اسقاطه بعد الثلاثه،
- ٧٧٣ (و منها) اشتراط سقوطه فى ضمن العقد،
- ٧٧٣ (و منها) بذل المشتري للثمن بعد الثلاثه.
- ٧٧٥ (و منها) أخذ الثمن من المشتري.
- ٧٧٦ [اهل يسقط الخيار بمطالبه الثمن].
- ٧٧٦ [مسأله فى كون هذا الخيار على الفور أو التراخى].
- ٧٧٨ [مسأله لو تلف المبيع بعد الثلاثه كان من البائع اجماعا].
- ٧٨١ [مسأله لو اشترى ما يفسد من يومه فإن جاء بالثمن ما بينه و بين الليل و إلا فلا بيع].
- ٧٨٣ [ثم الظاهر أن شروط هذا الخيار شروط خيار التأخير].
- ٧٨٤ [القسم السادس خيار الرؤيه].
- ٧٨٤ اشاره
- ٧٨٥ ما يمكن أن يستدل به لإثبات هذا الخيار أو استدلال به أمور:
- ٧٨٥ الاول - الاجماع.
- ٧٨٥ الثانى - حديث نفي الضرر،
- ٧٨٦ الثالث - النصوص:
- ٧٩٠ الرابع - الشرط الارتكازى،

- ٧٩٠ [مسأله مورد هذا الخيار بيع العين الشخصيه]
- ٧٩٠ اشاره
- ٧٩٠ ثم ان في هذه المسأله عدده اشكالات:
- ٧٩٠ (الاول) أنهم ذكروا و اشتراطوا في صحه العقد ذكر ما يتفاوت المبيع بلحاظ ثمنه،
- ٧٩٢ (الثاني) ان الاوصاف التي يختلف بها الثمن غير محصوره خصوصا في العبيد و الاماء،
- ٧٩٢ (الثالث) انه لو كان ذكر الاوصاف بمنزله الرؤيه فلا بد في صحه البيع من رؤيه المبيع و مشاهدته كاملا
- ٧٩٢ (الرابع) ان الصفات الدخليه لو لم تذكر عند البيع يبطل البيع بلحاظ لزوم الغرر،
- ٧٩٤ (الخامس) ان الشرط لا يتعلق الا بأمر غير اختياري،
- ٧٩٥ (السادس) ان العقود تابعه للقصد،
- ٧٩٧ [مسأله الأكثر على أن خيار الرؤيه فوري]
- ٧٩٧ [مسأله يسقط هذا الخيار بترك المبادره عرفا]
- ٨٠١ [مسأله لا يسقط هذا الخيار ببذل التفاوت و لا بإبدال العين]
- ٨٠٧ [مسأله الظاهر ثبوت خيار الرؤيه في كل عقد واقع على عين شخصيه موصوفه]
- ٨٠٨ [لو اختلفا فقال البائع لم يختلف صفه و قال المشتري قد اختلف]
- ٨٠٨ [لو نسج بعض الثوب فاشتره على أن ينسج الباقي كالأول بطل]
- ٨١٠ [القسم السابع خيار العيب]
- ٨١٠ اشاره
- ٨١١ [مسأله ظهور العيب في المبيع يوجب تسلط المشتري على الرد و أخذ الأرش]
- ٨١١ اشاره
- ٨١٢ و ما يمكن أن يستدل به على التخيير بين الامرين أمور:
- ٨١٢ (منها) ما عن الفقه الرضوي «٢»:
- ٨١٢ (و منها) أن يقال بأن أخبار الرد مطلقه بالنسبه الى تمام الثمن المنطبق على الفسخ و الى رد جزء منه المنطبق على أخذ الارش.
- ٨١٢ (و منها) ان الخيار معلول للعيب،
- ٨١٢ (و منها) أن المستفاد من الروايات أن الارش يثبت بالتصرف،
- ٨١٣ [ثم إن في كون ظهور العيب مثبتا للخيار أو كاشفا عنه ما تقدم في خيار العيب]
- ٨١٤ [ثم إنه لا فرق في هذا الخيار بين الثمن و المثمن]

- ٨١٦ [يسقط الرد خاصة بأمر]:
- ٨١٦ [أحدها التصريح بالتزام العقد و إسقاط الرد و اختيار الأرش]
- ٨١٧ [الثانى التصرف فى المعيب]
- ٨١٩ [الثالث تلف العين أو صيرورته كالتالف]
- ٨٢٣ [الرابع من المسقطات حدوث عيب عند المشتري]
- ٨٢٣ اشاره
- ٨٢٣ (المسألة الاولى) حدث العيب فى المبيع قبل القبض،
- ٨٢٣ اشاره
- ٨٢٣ الجهة الاولى- أن العيب الحادث بعد العقد و قبل القبض كالعيب الموجود قبل العقد فى كونه موجبا للخيار أم لا.
- ٨٢٣ اشاره
- ٨٢٣ فما يمكن أن يستدل به على كونه موجبا للخيار أمور:
- ٨٢٤ الاول: الاجماع.
- ٨٢٤ الثانى: النصوص الواردة فى المقام:
- ٨٢٤ (منها) صحيحه بريد بن معاويه
- ٨٢٤ (و منها) ما رواه عقبه بن خالد
- ٨٢٤ (و منها) قوله «كل مبيع تلف قبل قبضه فهو من مال بايعه»
- ٨٢٤ و أما الجهة الثانية- من المسألة الاولى و هى أن حدوث العيب قبل القبض هل يوجب سقوط الخيار الثابت بالعيب الموجود قبل العقد أم لا؟
- ٨٢٧ (و اما المسألة الثانية) و هى ما لو كان حدوث الحدث فى المبيع يكون بعد العقد فى زمان الخيار الذى يكون التلف فيه على البائع،
- ٨٢٧ اشاره
- ٨٢٧ أما الجهة الاولى- ففى كون العيب الحادث سببا للخيار كالعيب السابق على العقد و عدمه،
- ٨٢٧ و أما الجهة الثانية- و هى أن العيب الحادث فى زمن الخيار هل يكون مانعا عن الرد بالعيب السابق أم لا؟
- ٨٢٧ (و أما المسألة الثالثة) و هى ما لو حدث عيب فى العين بعد القبض و بعد مضى زمان الخيار،
- ٨٢٧ اشاره
- ٨٢٨ يقع البحث فى هذه المسألة فى مقامات:
- ٨٢٨ المقام الاول: فيما يمكن أن يكون دليلا للمانع،
- ٨٢٨ اشاره

- ٨٢٨ منها مرسله جميل،
- ٨٢٨ و منها: ما عن العلامة،
- ٨٢٩ (و منها) أنه مع العيب لا يصدق الرد.
- ٨٢٩ (و منها) أن حدوث الحدث فى العين حيث أن المشتري ضامن له يكون مثل احداثه الحدث الموجب لإسقاط الخيار.
- ٨٢٩ (و منها) الاجماع.
- ٨٢٩ (المقام الثانى) فى أن الميزان و المناط للعيب الحادث المانع عن الرد ما هو؟
- ٨٢٩ (المقام الثالث) لو زال العيب الحادث عند المشتري هل يجوز له الرد أم لا؟
- ٨٣٠ (المقام الرابع) لو رضى البائع برده مجبوراً بالارش أو غير مجبور هل يجوز له الرد أم لا؟
- ٨٣١ [تنبية ظاهر التذكرة و الدروس أن من العيب المانع من الرد بالعيب القديم تبعض الصفقة]
- ٨٣١ اشاره -
- ٨٣١ (أما الموضع الاول) و هو التبعض فى أحد العوضين -
- ٨٣١ اشاره -
- ٨٣١ و ما قيل أو يمكن أن يقال فى وجه عدم جواز الرد أمور:
- ٨٣١ (منها) الاجماع.
- ٨٣١ (و منها) أنه لو كان المردود جزء مشاعاً يلزم الشركه و ان كان جزء معيناً يلزم تبعض الصفقة.
- ٨٣٢ (و منها) أن الاستفادة من النص أن الصيغ يمنع عن الرد،
- ٨٣٣ (و منها) ان شرط رد المعيب ان يكون قائماً بعينه.
- ٨٣٣ (و منها) ما عن صاحب الجواهر، و هو أن الخيار حق واحد متعلق بمجموع المبيع لا كل جزء منه، و لا أقل من الشك
- ٨٣٣ (و أما الموضع الثانى) و هو ما لو تعدد البائع فلا خلاف فى جواز التفريق،
- ٨٣٣ (و أما الموضع الثالث) و هو ما لو اشترى شيئاً من ثالث فانكشف أنه معيب هل يجوز أن يرد أحدهما حقه بخيار العيب أم لا،
- ٨٣٣ و قبل بيان الحال لا بد من التنبيه على أمر،
- ٨٣٤ و ما يمكن أن يقال فى وجه المنع أمور:
- ٨٣٤ (منها) أنه لو تفرد أحدهما بالرد لا يكون البيع قائماً بعينه.
- ٨٣٤ (و منها) ان الانفراد بالرد يوجب الضرر بالنسبة الى البائع.
- ٨٣٤ (و منها) أن دليل الخيار منصرف عن المقام.
- ٨٣٤ (و منها) أنه خيار واحد قائم بمتعدد،

- ٨٣٥ [مسأله يسقط الأرض دون الرد في موضعين]
- ٨٣٥ [الأول- إذا اشترى ربويا بجنسه نظهر عيب في أحدهما فلا أرض حذرا من الربا.]
- ٨٣٥ الثاني- ما أفاده صاحب الكفايه في حاشيته على المكاسب
- ٨٣٧ [مسأله يسقط الرد و الأرض معا بأمر]
- ٨٣٧ [الأول العلم بالعيب قبل العقد]
- ٨٤٠ (الثاني) مما يوجب سقوط الرد و الارش معا تبرى البائع عن العيوب،
- ٨٤٠ و ما يمكن أن يستدل به أمور:
- ٨٤٠ (منها) الاجماع،
- ٨٤٠ (و منها) ان العقد بحسب القاعده الاوليه لازم، فانه يجب الوفاء به،
- ٨٤٠ (و منها) النصان الواردان في المقام:
- ٨٤٣ أتم إن هنا أمورا يظهر من بعض الأصحاب سقوط الرد و الأرض بها]
- ٨٤٣ اشاره
- ٨٤٣ (منها) زوال العيب قبل العلم به،
- ٨٤٤ (و منها) التصرف بعد العلم بالعيب.
- ٨٤٦ (و منها) حدوث عيب في المعيب بعيب غير موجب لنقصان قيمه.
- ٨٤٨ (و منها) ثبوت احدى مانعي الرد في المعيب الذي لا يجوز أخذ الارش فيه لأجل الربا،
- ٨٥٠ (و منها) التأخير بمقتضى الخيار،
- ٨٥١ [مسائل في اختلاف المتبايعين]
- ٨٥١ اشاره
- ٨٥١ أما الاول [الاختلاف في موجب الخيار]
- ٨٥١ اشاره
- ٨٥١ (الأولى) لو اختلفا في أصل العيب و عدمه و لم يمكن تبين الحال لتلف أو غيره،
- ٨٥١ (الثانيه) انه لو اختلفا في كون الشئ عيبا و تعذر تبين الحال،
- ٨٥٣ (الثالثه) لو اختلفا في حدوث العيب- بأن قال أحدهما أنه حدث في ضمان البائع و الآخر ينكره
- ٨٥٣ اشاره
- ٨٥٧ [فرع لو باع الوكيل فوجد المشتري عيبا يوجب الرد رده على الموكل]

- ٨٥٩ [الرابعه لو رد سلعه بالعيب فانكر البائع أنها سلعته قدم قول البائع]
- ٨٦٠ [أما الثانى و هو الاختلاف فى المسقط]
- ٨٦٠ الاولى: لو اختلفا فى علم المشتري بالخيار
- ٨٦٠ الثانيه: انه لو اختلفا فى زوال العيب قبل العلم به
- ٨٦٢ الثالثه: لو كان عيب مشاهد غير المتفق عليه فادعى البائع حدوثه عند المشتري فالخيار ساقط و ادعى المشتري سبقه فالخيار باق،
- ٨٦٢ الرابعه: لو اختلف فى البراءه
- ٨٦٤ الخامسه: لو ادعى البائع رضى المشتري به بعد العلم أو اسقاط الخيار أو تصرفه فيه أو حدوث عيب عنده و أنكره المشتري
- ٨٦٤ [و أما الثالث فى اختلاف المتبايعين فى الفسخ]
- ٨٦٤ اشاره
- ٨٦٤ (الاولى) لو اختلفا فى الفسخ فادعاه المشتري و انكره البائع،
- ٨٦٦ (الثانيه) انه لو اختلفا فى تأخر الفسخ فيما يكون الخيار فوريا،
- ٨٦٧ (الثالثه) لو ادعى الجهل بالخيار أو بالفوريه يسمع قوله ان احتمل،
- ٨٦٧ [القول فى ماهيه العيب]
- ٨٦٩ [القول فى الأرش]
- ٨٦٩ اشاره
- ٨٦٩ [فى أن ضمان النقص تابع فى الكيفيه لضمان المنقوص]
- ٨٧١ [يبقى الكلام فى كون هذا الضمان المخالف للأصل بعين بعض الثمن]
- ٨٧٣ [مسأله يعرف الأرش بمعرفه قيمتى الصحيح و المعيب]
- ٨٧٤ [لو تعارض المقومون فيحتمل تقديم بينه الاقل للأصل]
- ٨٧٥ [فى أن قاعده الجمع حاكمه على دليل القرعه]
- ٨٧٦ [فى أن المعروف فى الجمع بين البيئات الجمع بينهما]
- ٨٧٧ [القول فى الشروط التى يقع عليها العقد و شروط صحتها و ما يترتب على صحيحها و فاسدها]
- ٨٧٧ اشاره
- ٨٧٧ يقع الكلام فى جهات:
- ٨٧٧ الجهه (الاولى) فى معنى الشرط،
- ٨٧٩ الجهه الثانيه فى شروط صحه الشرط،

- ٨٧٩ اشارة
- ٨٧٩ الشرط (الاول) أن يكون داخلا تحت قدره المكلف، -
- ٨٧٩ اشارة
- ٨٨٠ و ما يمكن أن يستدل على الفساد أمور:
- ٨٨٠ اشارة
- ٨٨٠ الاول- الاجماع.
- ٨٨٠ الثاني- ان القدره على التسليم شرط في صحة البيع،
- ٨٨٠ (الثالث) انه معامله سفهيه و هي باطله.
- ٨٨٣ تذييب يذكر فيه أمران:
- ٨٨٣ (الاول) لو اشترط في ضمن العقد فعلا على الغير،
- ٨٨٤ (الثاني) هل ان القدره الواقعيه شرط في صحة الشرط أم تكفى القدره الظاهريه؟
- ٨٨٤ [الشرط الثاني أن يكون الشرط سائغا في حد نفسه]
- ٨٨٤ [الشرط الثالث أن يكون مما فيه غرض معتد به عند العقلاء نوعا أو بالنظر الى خصوص المشروط له]
- ٨٨٨ [الشرط الرابع أن لا يكون مخالفا للكتاب و السنه]
- ٨٩٧ [الشرط الخامس أن لا يكون منافيا لمقتضى العقد]
- ٨٩٧ اشارة
- ٨٩٧ و الذى ينبغى أن يقال: يقع الكلام في مقامات ثلاثه:
- ٨٩٧ اشارة
- ٨٩٨ (أما المقام الأول) [النظر إلى أصل المطلب]
- ٨٩٩ (و أما المقام الثاني) و هو النظر الى الوجوه الثلاثه التي استدل به الشيخ
- ٨٩٩ (و أما المقام الثالث) و هو البحث عن الفروع المذكوره في المتن
- ٩٠٠ اشارة
- ٩٠٠ الفرع الاول: اشتراط عدم البيع، فانه مخالف لمقتضى العقد أم لا؟
- ٩٠٠ الفرع الثاني: ما ذكره في الدروس في بيع الحيوان من جواز الشركه فيه
- ٩٠٢ الفرع الثالث: اشتهر بين العلماء جواز اشتراط الضمان في العاريه و عدم جوازه في الاجاره،
- ٩٠٢ الفرع الرابع: اشتراط عدم اخراج الزوجه من بلدها.

- الفرع الخامس: توارث الزوجين بعقد الانقطاع، ٩٠٢
- الشرط السادس أن لا يكون الشرط مجهولا جهاله يوجب الغرر في البيع] ٩٠٣
- الشرط السابع أن لا يكون مستلزما لمحال] - ٩٠٤
- الشرط الثامن أن يلتزم به في متن العقد] ٩٠٤
- اشاره ٩٠٤
- المقام (الاول) أن الشروط الابتدائية يجب الوفاء بها أم لا؟ ٩٠٤
- (و أما المقام الثاني) و هو أنه لو لم يذكر الشرط في متن العقد لا يجب الوفاء به، ٩٠٥
- المسألة في حكم الشرط الصحيح] ٩٠٨
- اشاره ٩٠٨
- الكلام فيه يقع في مسائل] - ٩١١
- اشاره ٩١١
- المسألة (الاولى) في أن اشتراط الفعل يقتضى وجوب الوفاء تكليفا أم لا ٩١١
- المسألة الثانية انه لو قلنا بوجود الوفاء به من حيث التكليف الشرعى فهل يجبر عليه لو امتنع] ٩١٤
- المسألة الثالثة في أنه هل للمشروط له الفسخ مع التمكّن من الإيجاب فيكون مخيرا بينهما أم لا يجوز له الفسخ إلا مع تعدد الإيجاب] ٩١٦
- المسألة الرابعة لو تعذر الشرط فليس للمشتراط إلا الخيار لعدم دليل على الأرش] ٩١٧
- اشاره ٩١٧
- (الاول) ما عن السيد اليزدى بأن الارش في العيب مقتضى القاعدة، ٩١٧
- (الثانى) ان الثمن وقع في مقابل العين المتقيد بخياطه الثوب مثلا، ٩١٨
- (الثالث) أيضا ما أفاده السيد اليزدى بأن الشارط مخير بين الفسخ و أخذ الارش عقلايا، ٩١٨
- (الرابع) ان الشارط بشرطه يملك المشروط في عهده المشروط عليه، فالفعل مملوك له في عهده الطرف، ٩١٩
- المسألة الخامسة لو تعذر الشرط و قد خرج العين عن سلطنه المشروط عليه بتلف أو بنقل أو رهن أو استيلا] ٩١٩
- اشاره ٩١٩
- (الفرع الاول) انه لو تلفت العين بتلف حقيقى هل يجوز الفسخ لمن له الشرط أم لا؟ ٩١٩
- (الفرع الثانى) انه لو لم يتلف تلقا حقيقيا لكن وقعت العين موردا للتصرف من قبل المشروط عليه، ٩٢٠
- (الفرع الثالث) أنه لو تصرف المشروط عليه تصرفا منافيا للشرط- كما لو باع العبد الذى اشترط فى العقد الاول عتقه- ٩٢٣
- اشاره ٩٢٣

- ٩٢٣ أما المقام الاول [فى حكم العقد الواقع على العين]
- ٩٢٥ (و أما المقام الثانى) [فيما لو فسخ من له الشرط]
- ٩٢٦ [المسأله السادسه للمشروط له اسقاط شرطه إذا كان مما يقبل الإسقاط]
- ٩٢٧ [المسأله السابعه قد عرفت ان الشرط من حيث هو شرط لا يسقط عليه الثمن عند انكشاف التخلف على المشهور]
- ٩٢٧ اشاره
- ٩٢٩ ثم ان الشيخ ذكر الاقسام المتصوره فى هذه المعامله على أربعة أقسام:
- ٩٢٩ (الاول) أن يكون المبيع متساوى الاجزاء و ينقص،
- ٩٢٩ (الثانى) أن يكون المبيع مختلف الاجزاء و ينقص،
- ٩٣١ (الثالث) انه لو كان المبيع متساوى الاجزاء و يتبين الزيادة عما شرط على البائع،
- ٩٣١ (الرابع) أن يتبين الزيادة فى مختلف الاجزاء،
- ٩٣١ [القول فى حكم الشرط الفاسد]
- ٩٣١ [الأمر الأول أن الشرط الفاسد لا تأمل فى عدم وجوب الوفاء به]
- ٩٣١ اشاره
- ٩٣٢ و كيف كان هل يكون مجرد فساد الشرط موجبا لفساد العقد أم لا؟ ما يمكن أن يقال فى وجه كونه مفسدا له أمور:
- ٩٣٢ (الأمر الأول) أن الشرط يقسط عليه الثمن، فإذا كان فاسدا يوجب الغرر فى البيع لصيروره العوض مجهولا بذلك.
- ٩٣٢ (الامر الثانى) ان التراضى انما وقع على العقد الواقع على النحو الخاص
- ٩٣٥ (الامر الثالث) النص،
- ٩٣٧ (الامر الثانى) أنه لو أسقط المشروط له الشرط هل يمكن تصحيح العقد أم لا؟
- ٩٣٨ (الامر الثالث) لو ذكر الشرط الفاسد قبل العقد و لم يذكر فى متن العقد و قلنا بأن الشرط الفاسد يفسد العقد فما حكمه فى هذه الصوره المفروضه؟
- ٩٣٨ (الامر الرابع) انه لو كان فساد الشرط من ناحيه عدم تعلق غرض عقلاى به، فربما يقال: كما عن ظاهر جماعه عدم كونه مفسدا.
- ٩٣٨ [الكلام فى أحكام الخيار]
- ٩٣٩ [فى أن الخيار موروث و الاستدلال عليه]
- ٩٣٩ اشاره
- ٩٤٠ [الكلام فى أن ارث الخيار ليس تابعا لإرث المال فعلا]
- ٩٤٢ [مسأله فى كيفيه استحقاق كل من الورثه للخيار مع أنه شىء واحد غير قابل للتجزئه و التقسيم وجوه]
- ٩٤٢ [وجوه فى فى كيفيه استحقاق كل من الورثه للخيار]

- ٩٤٢ اشارة
- ٩٤٢ الوجه الاول ما نسب الى صاحب الجواهر قدس سره من استحقاق كل من الوراثة خيارا مستقلا كمورثه
- ٩٤٤ الوجه الثانى - أن يرث كل منهم الخيار فى نصيبه فله الفسخ فيه دون باقى الحصص،
- ٩٤٥ الوجه الثالث - أن يرث المجموع من حيث انه مصداق للطبيعه لا من حيث انه مجموع،
- ٩٤٥ الوجه الرابع - أن يكون لمجموع الورثه،
- ٩٤٦ فرع: اذا اجتمع الورثه كلهم على الفسخ فيما باعه مورثهم،
- ٩٤٨ مسأله: هل يشترط رعايه مصلحه الديان فى الفسخ أم لا؟
- ٩٤٩ [مسأله لو كان الخيار لأجنبى و مات ففى انتقاله الى وارثه أو الى المتعاقدين او سقوطه وجوه]
- ٩٤٩ [مسأله و من أحكام الخيار سقوطه بالتصرف بعد العلم بالخيار]
- ٩٤٩ اشارة
- ٩٥١ [اهل الفسخ يحصل بنفس التصرف أو يحصل به قبله متصلا به]
- ٩٥١ اشارة
- ٩٥٦ [فرع لو اشترى عبدا بجاريه مع الخيار له]
- ٩٥٦ اشارة
- ٩٥٦ تحقيق الحال فى هذا الفرع يقتضى البحث عن صور:
- ٩٥٦ (الصوره الاولى) أن يقصد بالعتق إنشاء الفسخ و الاجازه معا،
- ٩٥٧ (الصوره الثانيه) أن يقصد بالعتق إنشاء الاجازه فقط،
- ٩٥٧ (الصوره الثالثه) أن يقصد إنشاء الفسخ دون الاجازه،
- ٩٥٧ (الصوره الرابعه) أن يعتق مع الغفله عن الفسخ و الاجازه،
- ٩٥٧ (الصوره الخامسه) لا يقصد شيئا منهما،
- ٩٥٨ (الصوره السادسه) أن يصدر هذا الامر مع الجهل بكيفيته،
- ٩٥٨ [مسأله من أحكام الخيار عدم جواز تصرف غير ذى الخيار تصرفا يمنع من استرداد العين عند الفسخ]
- ٩٥٨ اشارة
- ٩٥٨ و يقع الكلام فى المقام من جهات:
- ٩٥٨ الجبهه (الأولى) فى جواز التصرف تكليفا،
- ٩٦٠ (الجبهه الثانيه) فى جواز التصرف الوضعى و عدمه،

- (الجهة الثالثة) فى أنه هل يكون فرق بين الخيار الشرعى و بين الخيار الجعلى المتحقق بالشرط، ٩٦٠
- [فرعان] ٩٦٤
- [الأول لو منعا عن التصرف المتلف فى زمان الخيار فهل يمنع عن التصرف المعرض لفوات حق ذى الخيار من العين] ٩٦٤
- [الثانى أنه هل يجوز إجاره العين فى زمان الخيار بدون إذن ذى الخيار] ٩٦٤
- [مسألة المشهور أن المبيع يملك بالعقد و أثر الخيار تزلزل الملك بسبب قدره على رفع سببته] ٩٦٨
- اشاره ٩٦٨
- (الأول) أن مقصود المتبايعين من البيع حصول الملكيه من أول الامر و امضاء أدله البيع على ما قصدها، ٩٦٨
- (الثانى) ما استدل به المصنف من قوله عليه السلام «البيعان بالخيار»، ٩٦٩
- (الثالث) ما دل «١» على جواز النظر الى الجاريه فى زمان الخيار الى ما لا يحل له قبل ذلك، ٩٦٩
- (الرابع) ما دل من كون نماء المبيع فى بيع الخيار برد مثل الثمن للمشتري، ٩٦٩
- (الخامس) ما يتمسك بالاخبار الواردة فى العينه، و هى أن يشتري الانسان شيئا بنسيئته ثم يبيعه بأقل منه فى ذلك المجلس نقدا، ٩٧٠
- (السادس) ما استدل به العلامة فى التذكرة على ثبوت الملكيه بالعقد بصحيحه محمد بن مسلم ٩٧١
- (السابع) قوله صلى الله عليه و آله «الخراج بالضمان» ٩٧١
- [مسألة و من أحكام الخيار كون المبيع فى ضمان من ليس له الخيار فى الجملة] ٩٧٣
- [مسألة و من أحكام الخيار ما ذكره فى التذكرة] ٩٨٢
- [مسألة قال فى القواعد لا يبطل الخيار بتلف العين] ٩٨٤
- اشاره ٩٨٤
- [لو فسخ ذو الخيار فالعين فى يده مضمونه] ٩٨٥
- [القول فى النقد و النسيئه] ٩٨٧
- [مسألة اطلاق العقد يقتضى النقد] ٩٨٧
- [مسألة يجوز اشتراط تأجيل الثمن مده معينه غير محتمله مفهومها و لا مصداقا] ٩٩٠
- [مسألة لو باع بئمن حالا و بأزيد منه مؤجلا] ٩٩٣
- اشاره ٩٩٣
- [لا يجب على المشتري دفع الثمن المؤجل قبل حلول الأجل و إن طولب إجماعا] ٩٩٦
- [إذا كان الثمن بل كل دين حالا أو حل وجب على مالكة قبوله عند دفعه إليه] ٩٩٨
- [مسألة لا خلاف على الظاهر من الحدائق المصرح به فى غيره عدم جواز تأجيل الثمن الحال بل مطلق الدين بأزيد منه] ١٠٠٢

مسأله إذا ابتاع عينا شخصيه بثمان مؤجل جاز بيعه من بايعه و غيره قبل حلول الأجل و بعده] ١٠٠٣

[القول فى القبض] ١٠٠٦

اشاره ١٠٠٦

[فى معنى القبض] ١٠٠٦

[القول فى وجوب القبض] ١٠٠٩

اشاره ١٠٠٩

مسأله يجب على البائع تفرغ المبيع من أمواله مطلقا و من غيرها فى الجملة] ١٠١٢

مسأله لو امتنع البائع من التسليم فان كان لحق كما لو امتنع المشتري عن تسليم الثمن فلا إثم] ١٠١٤

[الكلام فى أحكام القبض] ١٠١٦

اشاره ١٠١٦

مسأله تلف الثمن المعين قبل القبض كتلف المبيع المعين] ١٠٢١

مسأله لو تلف بعض المبيع قبل قبضه] ١٠٢٢

اشاره ١٠٢٢

[الأقوى من حيث الجمع بين الروايات حرمة بيع المكيل و الموزون قبل قبضه] ١٠٢٣

اشاره ١٠٢٣

و ينبغى التنبيه على أمور: ١٠٢٥

(الاول) انه هل يلحق الثمن بالمشتمن فى هذا الحكم أم لا؟ ١٠٢٥

(الثانى) انه هل يختص هذا الحكم بالبيع أو يجرى فى غيره؟ ١٠٢٦

(الثالث) انه هل المراد من المبيع المنهى إيقاع البيع عليه ١٠٢٦

(الرابع) انه ذكر جماعه بأنه لو كان على شخص دين كالحنطه مثلا فدفعت دراهم الى من له الحنطه و قال اشتر بها لنفسك الحنطه لا يصح لقانون المعاضه. ١٠٢٨

مسأله لو كان له طعام على غيره فطالبه به فى غير مكان حدوثه فى ذمته] ١٠٣٠

اشاره ١٠٣٠

(الاولى) أن يكون سلما بأن أسلفه فى المدينه فطالبه بالشام فيتراضيان بقيمه بلد المطالبه أو بقيمه بلد وجوب التسليم، ١٠٣٠

(الثانيه) انه لو كان الطعام عليه بنحو القرض لا شبهه فى جواز البيع هنا، ١٠٣٢

(الثالثه) أن يكون ما عليه بالغصب و هو اما يكون مثليا و اما يكون قيميا، ١٠٣٢

تعريف مركز ١٠٣٣

اشاره

عنوان:

دراساتنا من الفقه الجعفري

نام کتابخانه: کتابخانه آستانه مقدس حضرت فاطمه معصومه (س)

پدیدآورنده:

تالیف تقی طباطبائی قمی, گردآورنده علی مروجی

موضوع:

انصاری, مرتضی بن محمدامین, ۱۲۸۱-۱۲۱۴ق المکاسب - نقد و تفسیر معاملات (فقه)

شماره ردیف: ۱۴۳۵۰

کد عنوان: ۱۴۵۵۷

سرشناسه فارسی: طباطبائی قمی, تقی, - ۱۳۰۱

محل انتشار: قم

ناشر: مطبعه الخيام

تاریخ نشر: ۱۴۰۰ق ۱۳۵۹ =

سایر شناسه افزوده در مستند عنوان: مروجی, علی, , گردآورنده

رده بندی کنگره:

BP۱۹۰-ط۴۲د

چکیده یا سایر اطلاعات ویژه: وقف, واقف سیدعلی احمدی تلخایی ۴۰۰۱۴

نوع مدرک: کتاب

الجزء الثالث

[مقدمه المؤلف]

بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمَنِ الرَّحِيمِ

الحمد لله رب العالمين و الصلاة على خير خلقه محمد و آله الطاهرين و بعد فهذا هو الجزء الثالث من كتابنا الموسوم ب «دراساتنا» و هي أبحاث تلقيتها من محاضرات سماحه سيدنا الاستاذ المحقق الكبير و الفقيه البصير حاوي الفروع و الاصول جامع المعقول و المنقول حجه الإسلام و المسلمين آيه الله العظمى «الحاج السيد تقى الطباطبائي القمي» أدام الله افاضاته العاليه و قد جعل دام ظله عنوان البحث كتاب المكاسب تأليف فخر الشيعه و محي الشريعه مؤسس المباني الاستنباطيه شملته رحمه ربه الباري الشيخ مرتضى الانصاري قدس سره.

و أسأل الله سبحانه و تعالى أن يوفقني لنشر بقيه مجلداته و ينفعي بها يوم لا ينفع مال و لا بنون الا من أتى الله بقلب سليم.

دراساتنا من الفقه الجعفري، ج ٣، ص: ٦

المباحث المودعه في الكتاب

١- ولاية الاب و الجد في مال الطفل.

٢- ولاية النبي الاعظم صلى الله عليه و آله و الائمه عليهم السلام التكوينييه و التشريعيه بأقسامها الثلاثه.

٣- ولاية الفقيه.

٤- ولاية عدول المؤمنين.

٥- القول في شرائط العوضين و اشتراط كونهما مالا.

٦- احياء الموات و بيان أقسام الارضين و احكامها.

٧- كون العوضين طلقا و يتفرع عليه عدم جواز بيع الوقف.

٨- ايجاب الرهن خروج الملك عن كونه طلقا.

٩- اشتراط القدره على التسليم في العوضين.

١٠- اشتراط العلم بقدر المثلثن.

١١- جواز التقدير بغير ما يتعارف به التقدير فى صورته عدم الغرر.

١٢- تعيين المناط فى المكيل و الموزون و تعيين ما اصطلح فيه مفهوم الكيل و الوزن.

دراساتنا من الفقه الجعفرى، ج ٣، ص: ٧

١٣- جاز الاعتماد على اخبار البائع بمقدار المبيع.

١٤- وجوه بيع متساوى الاجزاء و أقسامه.

١٥- بيع صاع من صبره.

١٦- كفايه مشاهدته العين فى الزمان السابق على العقد عن

الوصف ان لم يتغير عاده.

١٧- لزوم اختبار الطعم و اللون و الرائحة فيما تختلف باعتبارها القيمه.

١٨- جواز ابتياع ما يفسده الاختبار من دون اختبار.

١٩- جواز بيع المسك في الفأر.

٢٠- عدم جواز بيع المجهول و ان ضم اليه معلوم.

٢١- الندار.

٢٢- جواز بيع المظروف مع ظرفه الموزون معه.

٢٣- التفقه في مسائل التجارات.

٢٤- تلقي الركبان.

٢٥- الاحتكار.

دراساتنا من الفقه الجعفري، ج ٣، ص: ٨

الكلام في ولاية الاب و الجد

هل يجوز تصرف الاب و الجد في مال الصبي؟

اشاره

قوله (قدس سره): (يجوز للأب و الجد أن يتصرفا في مال الطفل بالبيع و الشراء) «١».

اقول: وقع الكلام عند الاعلام رضوان الله عليهم في جواز تصرف الاب و الجد في مال الصبي، فذهب الشيخ (قدس سره) الى جوازه مستدلا بالإجماع و الاخبار المستفيضه المصرح بعضها بالجواز، و هو اكثرها، و الدال بعضها الاخر عليه فحوى، و هي الروايات الواردة في باب النكاح الداله على سلطنه الاب و الجد على بضع البنت، فدالتهما على جواز التصرف في الاموال فحوى.

و لكن لا يمكن المساعده على ما استدل به (قدس سره)

(أما الإجماع)

المدعى في المقام، فيرد عليه ما نقحناه في محله من عدم قيام دليل على حجيه المنقول منه، الا اذا حصل العلم باستناد المجمعين

الى رأى المعصوم عليه السّلام. و أنى لنا اثبات ذلك.

و على تقدير تسليم حجّيته كبرويا، لا- نسلم حجّيته فى المقام، لأنّه من المحتمل القريب- ان لم يكن مقطوعا به- أن يكون مدرّك المجمعين هى الروايات المستفيضه التى

(١)- المكاسب ص ١٥٢- السطر (٩) طبعه ايران.

دراساتنا من الفقه الجعفرى، ج ٣، ص: ٩

ادعاها الشيخ (قدس سره) فى المقام. و سنتعرض لها ان شاء الله تعالى.

و (أما الاخبار)

اشاه

فهى أربع طوائف، الا أنها قابله للمناقشه اما سندا، و اما دلالة، فلا يمكن التمسك بها لإثبات المدعى.

(أما الطائفة الاولى) فهى الروايات الواردة فى باب جواز تقديم الاب جاريه البنت و الابن و وطئها بالملك اذا لم يكن وطأها الابن.

(منها)- ما رواه محمد بن الحسن باسناده عن الحسن بن محبوب، قال:

«كتبت الى ابى الحسن الرضا عليه السلام انى كنت و هبت لابنه لى جاريه حيث زوجها فلم تزل عندها و فى بيت زوجها، حتى مات زوجها، فرجعت الى- هى و الجاريه، أ فيحل لى أن أطا الجاريه؟ قال: قومها قيمه عادله، و أشهد على ذلك، ثم ان شئت فطأها» (١).

و (منها) ما رواه أيضا محمد بن الحسن باسناده عن الحسين بن سعيد، عن فضاله عن أبان، عن اسحاق بن عمار، عن ابى عبد الله عليه السّلام.

قال: «سألته عن الوالد يحل له من مال ولده اذا احتاج اليه؟ قال: نعم، و ان كان له جاريه فأراد أن ينكحها قومها على نفسه و يعلن ذلك؟ قال: و ان كان للرجل جاريه، فأبوه أملك بها أن يقع عليها ما لم يمسها الابن» (٢).

تقريب الاستدلال بهاتين الروايتين أن المستفاد منهما جواز تصرف الاب فى جاريه الولد، بأن يقومها و يطأها، فتدلان على جواز تصرفه فى أمواله بالاولويه.

و الانصاف عدم تماميه الاستدلال بهذه الطائفه، لأنها ناظره الى جواز تصرفه

(١)- وسائل الشيعة: الجزء (١٢) الباب (٧٩) من ابواب ما يكتسب به، الحديث (١).

(٢)- وسائل الشيعة: الجزء (١٢) الباب (٧٩) من ابواب ما يكتسب به، الحديث (٢).

دراساتنا من الفقه الجعفري، ج ٣، ص: ١٠

بمقدار حاجته، كما يظهر ذلك من بعض الروايات «١» الآتية التي سنذكرها ان شاء الله تعالى في مقام الجواب عن الطائفه الثانيه، و عليه فالدليل أخص من المدعى، و لا يمكن الاستدلال بالاخص لإثبات الاعم. هذا أولا.

و (ثانيا)- ان الروايتين المذكورتين

واردتان في باب تزويج الامه، و لا يجوز التعدى عنه الى غيره مع امكان خصوصيه فيه، كما سنلتزم بذلك في مقام الجواب عن الاخبار الوارده في باب النكاح.

و (ثالثا) أن مفاد الروايتين أعم من المدعى، لدلالاتها على ولايه الاب على الولد، و ان كان كبيرا، فكيف يمكن الالتزام به؟.

و (أما الطائفة الثانيه) فهي الروايات الداله على كون الولد و مملوكه ملكا للأب،

كقوله: (أنت و مالك لأبيك) و هذه الطائفة ذكرت في ابواب متعدده:

(منها) ما رواه محمد بن الحسن باسناده عن موسى بن القاسم، عن صفوان، عن سعيد بن يسار قال: «قلت لأبي عبد الله عليه السلام: الرجل يحج من مال ابنه و هو صغير؟ قال نعم، يحج منه حجه الإسلام.

قلت: و ينفق منه؟ قال: نعم، ثم قال: ان مال الولد لوالده، ان رجلا. اختصم هو و والده الى النبي صلى الله عليه و آله ففضى أن المال و الولد للوالد» «٢»

و (منها) ما رواه محمد بن الحسن باسناده عن الحسن بن محبوب، عن العلاء ابن رزين، عن محمد بن مسلم، عن أبي عبد الله عليه السلام قال: «سألته عن الرجل يحتاج الى مال ابنه؟ قال: يأكل منه ما شاء من غير سرف، و قال. في كتاب علي عليه السلام ان الولد لا يأخذ من مال والده شيئا الا باذنه، و الوالد يأخذ من مال ابنه ما شاء، و له أن يقع

(١) - وسائل الشيعة: الجزء (١٢) الباب (٧٨) من ابواب ما يكتسب به، الحديث (٢).

(٢) - وسائل الشيعة: الجزء (٨) الباب (٣٦) من أبواب وجوب الحج و شرائط الحديث (١).

دراساتنا من الفقه الجعفري، ج ٣، ص: ١١

على جاريه ابنه اذا لم يكن الابن وقع عليها، و ذكر أن رسول الله صلى الله عليه و آله قال لرجل أنت و مالك

و (منها) أيضا ما رواه محمد بن الحسن باسناده عن ابي حمزه الثمالي.

عن أبي جعفر عليه السلام «ان رسول الله (صلى الله عليه و آله) قال لرجل: أنت و مالك لأبيك ...» (٢)

و (منها) ما رواه محمد بن يعقوب عن عده من أصحابنا، عن سهل بن زياد، عن أحمد بن محمد بن أبي نصر عن أبي المغراء، عن عبيد بن زرار، عن أبي عبد الله عليه السلام قال: انى لذات يوم عند زياد بن عبد الله اذ جاء رجل يستعدى على أبيه، فقال: اصلح الله الأمير إن ابي زوج ابنتى بغير اذنى، فقال زياد لجلسائه الذين عنده:

ما تقولون فيما يقول هذا الرجل؟

فقالوا: نكاحه باطل، قال: ثم أقبل على، فقال: ما تقول يا أبا عبد الله فلما سألتنى أقبلت على الذين أجابوه، فقلت لهم: أ ليس فيما تروون أنتم عن رسول الله صلى الله عليه و آله ان رجلا جاء يستعديه على أبيه فى مثل هذا، فقال له رسول الله صلى الله عليه و آله: أنت و مالك لأبيك؟ قالوا: بلى ...» (٣)

و يمكن أن يقرب الاستدلال بها، بوجهين:

(الاول)- أن يقال: ان مال الولد يكون مالا لأبيه بمقتضى هذه الطائفة من

(١)- وسائل الشيعة. الجزء (١٢) الباب (٧٨) من أبواب ما يكتسب به و شرائطه الحديث (١).

(٢)- وسائل الشيعة: الجزء (١٢) الباب (٧٨) من ابواب ما يكتسب به، الحديث (٢).

(٣)- وسائل الشيعة: الجزء (١٤) الباب (١١) من ابواب عقد النكاح و أولياء العقد، الحديث (٥).

دراساتنا من الفقه الجعفرى، ج ٣، ص: ١٢

الروايات، فاذا ثبتت الصغرى، اعنى كون مال الولد مالا لأبيه انطبق عليها الكبرى المسلمة، أعنى جواز تصرف الناس فى أموالهم، فينتج ان الاب مسلط

شرعا على أموال ولده، فيجوز له أن يتصرف فيها كيفما شاء، كجواز تصرفه في مال نفسه.

(الثانى)- أن الروايات الداله على كون مال الولد مالا لأبيه حاكمه على أدله المالكيه، بمعنى جعل التوسعه فى موضوع دليلها.

توضيحه: أن الدليل الحاكم. لا بد أن يكون ناظرا الى الدليل المحكوم، اما برفع موضوعه تعبدا، كحكمه قوله: (لا شك لكثير الشك) على قوله: (إذا شككت بين الثلاث و الاربع فابن على الاربع) و اما بتوسعه موضوعه كحكمه قوله: (الفقاع خمر استصغره الناس) على قوله: (الخمير حرام) فانه يجعل موضوع الخمر اوسع منه و من الفقاع، فيكون للخمير فردان، فرد حقيقى (أعنى به الخمر، و فرد ادعائى و هو الفقاع، و اما بتضييق موضوعه، كحكمه قوله: (لأرباب بين الوالد و ولده) على قوله: (حرم الربا) فانه يضييق موضوع حرمه الربا، فلا يشمل الربا الواقع بين الوالد و ولده.

اذا عرفت ذلك فنقول ان حكمه دليل جعل مال الولد لأبيه من قبيل القسم الثانى من الحكمه بمعنى جعل التوسعه فى موضوع الدليل المحكوم، أعنى المالكيه، فيكون للمالك فردان، فرد حقيقى أعنى الولد، و فرد ادعائى أعنى الوالد، فكما أن المالك الحقيقى - أعنى الولد- يجوز له التصرف فى ملك نفسه، فكذلك المالك الادعائى - أعنى به الوالد- فان له أيضا أن يتصرف فى مال ولده، و هو مالك لمال ولده بالتعبد الشرعى.

و لكنه لا يمكن الالتزام بمضمون هذه الطائفه من الروايات لا بالتقريب الاول و لا بالتقريب الثانى، (أما التقريب الاول) فيلزم منه جواز تصرف الوالد فى مال ولده كيفما شاء، و هو ممنوع، لما عرفت سابقا من عدم جواز تصرفه فى مال ولده الا بمقدار حاجته، كما يظهر ذلك من بعض الروايات و هو

ما رواه ابو حمزه الثمالى،

دراساتنا من الفقه الجعفرى، ج ٣، ص: ١٣

عن أبى جعفر (عليه السلام).

«ان رسول الله صلى الله عليه وآله قال لرجل: أنت و مالك لأبيك، ثم قال ابو جعفر عليه السلام ما أحب أن يأخذ من مال ابنه الا ما احتاج اليه مما لا بد منه ان الله لا يُحِبُّ الفُسَادَ» (١).

و عليه- فالروايات- الداله، على جواز تصرف الوالد فى مال ولده كيفما شاء معارضه بالروايات الداله على عدم جواز تصرفه فى مال ولده الا بقدر احتياجه، و هى كثيره.

(منها) روايه ابى حمزه الثمالى المذكوره آنفا «٢».

و (منها)- ما رواه محمد بن الحسن باسناده عن الحسن بن محبوب، عن العلاء ابن رزين، عن محمد بن مسلم، عن أبى عبد الله عليه السلام قال: «سألته عن الرجل يحتاج الى مال ابنه؟ قال: يأكل منه ما شاء من غير سرف ...» (٣).

و (منها)- ما رواه محمد بن يعقوب، عن محمد بن يحيى، عن عبد الله بن محمد، عن على بن الحكم، عن الحسين ابن أبى العلاء قال: «قلت لأبى عبد الله عليه السلام: ما يحل للرجل من مال ولده؟ قال: قوته بغير سرف اذا اضطر اليه ...» (٤)

و (منها)- ما رواه محمد بن يعقوب، عن عده من اصحابنا، عن سهل بن زياد

(١)- وسائل الشيعة: الجزء (١٢) الباب (٧٨) من أبواب ما يكتسب به، الحديث (٢).

(٢)- وسائل الشيعة: الجزء (١٢) الباب (٧٨) من أبواب ما يكتسب به، الحديث (٢).

(٣)- وسائل الشيعة: الجزء (١٢) الباب (٧٨) من أبواب ما يكتسب به، الحديث (١).

(٤)- وسائل الشيعة: الجزء (١٢) الباب (٧٨) من أبواب ما يكتسب به، الحديث (٨).

دراساتنا من الفقه الجعفرى، ج ٣، ص: ١٤

عن على بن

اسباط، عن علي بن جعفر، عن ابي ابراهيم عليه السلام قال: «سألته عن الرجل يأكل من مال ولده؟ قال: لا الا أن يضطر اليه فيأكل منه بالمعروف ولا يصلح للولد أن يأخذ من مال والده شيئا الا باذن والده» (١) هذا أولا.

و (ثانيا)- أنه لو كان الوالد أيضا مالكا مستقلا في مال ولده، بحيث يجوز له التصرف المطلق فيه، لزم تعدد المالكين المستقلين في ملك واحد، وهو على تقدير عدم استحالة- غير معهود عند العرف و المتشرعه.

أضعف الى ما ذكرنا ما يوجب و هن الروايه، و هو دلالتها على كون الولد أيضا مملوكا لوالده، و هو باطل بضروره الفقه، فان الحر لا يكون مملوكا شرعا و مما ذكرنا في التقريب الاول يظهر عدم تماميه التقريب الثاني أيضا، فانه لا يمكن الالتزام بكون الوالد مالكا للولد و لماله على الاطلاق، لاستلزامه جواز تصرفه في الولد و ما بيده كيفما أراد، كجواز تصرفه في العبد و ما بيده، و هو باطل قطعاً.

أضف الى ذلك أن مورد الروايات أعم مما نحن فيه، لدلالتها على الولايه المطلقه للأب، و ان كان الولد كبيرا، و لم يلتزم به أحد، اذا يدور الامر بين طرح الروايات و بين حملها على الحكم الخلقى، و لا مجال لطرحها، مع كثرتها في الابواب المختلفه، فلا بد من الحمل على الحكم الاخلاقي.

(الطائفة الثالثه) - الروايات الواردة في باب النكاح الداله على نفوذ ولايه الاب.

(منها)- ما رواه محمد بن يعقوب، عن محمد بن يحيى، عن احمد بن محمد، عن محمد بن اسماعيل بن بزيع، قال: «سألت أبا الحسن عليه السلام عن الصبيه يزوجه أبوها، ثم يموت و هي صغيره فتكبر قبل أن يدخل بها زوجها، يجوز عليها التزويج

(١)- وسائل الشيعة: الجزء (١٢) الباب (٧٨) من

أبواب ما يكتسب به، الحديث (٤).

دراساتنا من الفقه الجعفري، ج ٣، ص: ١٥

أو الامر اليها؟ قال: يجوز عليها تزويج أبيها». (١).

و (منها) - ما رواه محمد بن يعقوب، عن محمد بن يحيى، عن عبد الله بن محمد، عن علي بن الحكم، عن أبان بن عثمان، عن الفضل بن عبد الملك، عن ابي عبد الله عليه السّلام في حديث قال: اذا زوج الرجل ابنه فذاك الى ابنه، و اذا زوج الابنته جاز» (٢).

و (منها) - ما رواه محمد بن علي بن الحسين باسناده عن العلاء، عن ابن أبي يعفور، عن أبي عبد الله عليه السّلام قال: لا تنكح ذوات الآباء من الابكار الا باذن آبائهن» (٣).

فان هذه الروايات و ان وردت في باب النكاح، الا انها تدل على المقصود بالاولويه، توضيح الاستدلال - ان الزواج من الامور التي اهتم بها الشارع، فاذا اجاز توليه الاب في تزويج ابنه، او ابنته، و نفوذ امره فيه، اجاز توليته في الاموال، بطريق أولى.

و الجواب عن ذلك - انا نسلم أن أمر الزواج أهم من الاموال عند الشارع، و لكن نحتمل أن من شده اهتمامه به تساهل في جملة من مسائله، لتقليل الفحشاء و المنكر، كما أنه امضى نكاح غير المسلمين بقوله «لكل قوم نكاح» (٤) لذلك

اذن - فالتسهيل ناشئ من شده الاهتمام به و مثل هذا التسهيل يعطى

(١) - وسائل الشيعه: الجزء: (١٤) الباب (٦) من أبواب عقد النكاح و اولياء العقد، الحديث (١).

(٢) - وسائل الشيعه: الجزء: (١٤) الباب (٦) من ابواب عقد النكاح و اولياء العقد الحديث (٤).

(٣) - وسائل الشيعه: الجزء: (١٤) الباب (٦) من ابواب عقد النكاح و اولياء العقد الحديث (٤، ٥).

(٤) - اصول الكافي: الجزء: (٢) الصفحة (٣٢٤).

دراساتنا من الفقه الجعفري، ج ٣،

خصوصيه للمورد، و هذه الخصوصيه تمنعنا من تعديه الحكم الى غيره من الموارد- و من الممكن القريب- أن يكون نفوذ أمر الالب في باب النكاح لأجل التسهيل، فعندئذ لا يمكن التعدي بما لا يعلم وجود هذه الخصوصيه فيه، و الاهتمام به من قبل الشارع.

(الطائفة الرابعه) الاخبار الوارده، في باب الوصيه،

الداله على أن من اذن لوصيه في المضاربه بمال ولده الصغار من غير ضمان جاز له ذلك و لم يضمن.

(منها) ما رواه محمد بن يعقوب عن احمد بن محمد، عن علي بن الحسن، عن الحسن بن علي بن يونس «يوسف خ ل» عن مثنى بن الوليد، عن محمد بن مسلم عن أبي عبد الله عليه السلام انه سئل رجل أوصى الى رجل بولده و بمال لهم و أذن له عند الوصيه أن يعمل بالمال، و أن يكون الربح بينه و بينهم، فقال: لا بأس به من أجل أن أباه قد اذن له في ذلك و هو حي» «١».

و (منها) ما رواه محمد بن يعقوب، باسناده عن محمد بن أبي عمير، عن عبد الرحمن ابن الحجاج، عن خالد «ابن بكير خ» الطويل قال: دعاني أبي حين حضرته الوفاه فقال: يا بني اقبض مال اخوتك الصغار و اعمل به، و خذ نصف الربح و اعطهم النصف و ليس عليك ضمان، فقدمتني أم ولد أبي بعد وفاه أبي الى ابن أبي ليلى، فقالت ان هذا يأكل أموال ولدي، قال فاقصصت عليه ما أمرني به ابي، فقال لي ابن ابي ليلى ان كان أبوك أمرك بالباطل لم أجزه، ثم أشهد على ابن ابي ليلى ان أنا حر كته فأنا له ضامن، فدخلت على أبي عبد الله عليه السلام فقصصت عليه قصتي، ثم قلت له: ما

فقال: أما قول ابن أبي ليلا فلا استطع رده، واما فيما بينك وبين الله عز و جل فليس

(١) - وسائل الشيعة: الجزء (١٣) الباب (٩٢) من ابواب احكام الوصايا، الحديث (١).

دراساتنا من الفقه الجعفري، ج ٣، ص: ١٧

عليك ضمان) «١»

أقول ان في هذا الباب روايتين، و هما روايه محمد بن مسلم، و روايه خالد ابن بكير، و لا يعتمد عليهما، لضعفهما بحسن بن علي بن يوسف او يونس في الروايه الاولى و بخالد الطويل في الثانيه، هذا كله من حيث السند، و أما من حيث الدلاله فالظاهر انهما تفيدان المقصود، و لا مجال لان يقال: ان المستفاد منهما أنه متصرف في مال نفسه لا في مال ولده، لعدم انتقال المال الى الوارث حين الوصيه و مما يؤيد ذلك ورود الروايتين في باب نفوذ الوصيه.

فانه يقال: (اولا) ان الوصيه تكون لما بعد الموت و من الواضح ان المال ينتقل الى ورثته بموته فالتصرف في مال الولد و هو المدعى، و مجرد كون الروايات في باب نفوذ وصيه الاب لا يدل على أن نفوذ امره يكون من باب الوصيه و الا يلزم عدم نفوذ تصرفاته اذا كانت اكثر من ثلثه، كما هو كذلك في باب الوصيه و هذا على خلاف مدلول الروايتين، فانهما تدلان على نفوذ أمره في مطلق الاموال.

و (ثانيا) لو أغمضنا عن الاشكال المذكور و قلنا بعدم انتقال الاموال الى الوارث فان تصرفه في مال ولده انما يكون تصرفا في مال نفسه اذا كان جميع أموال الولد من أبيه، و أما اذا كان له مال لم يرثه من ابيه، بل ورثه من امه مثلا، فلا يكون تصرف الاب فيه حين حياته تصرفا في مال نفسه،

والمستفاد من الروايتين نفوذ امره في مال الولد مطلقا، سواء ورثه من ابيه او من غيره، فاذن لا- وجه للمناقشه في الروايتين من جهة الدلاله كما لا يخفى.

و المتحصل من جميع ما ذكرنا أن الروايات المستفيضه التي ادعى الشيخ (قدس سره) دلالتها على جواز تصرف الاب في مال الطفل، لا يمكن المساعده عليه

(١)- وسائل الشيعه: الجزء (١٣) الباب (٩٢) من ابواب احكام الوصايا، الحديث (٢).

دراساتنا من الفقه الجعفري، ج ٣، ص: ١٨

لأنها مخدوشه اما سندا و اما دلاله.

و لكن الذي يسهل الخطب ان ولايه الاب و الجد في اموال الطفل من ضروريات الفقه، و من مرتكزات المشرعه بما هم كذلك، و لا- يعتربها الريب اصلا، و لذا ارسلها الفقهاء كصاحبي الجواهر و الحدائق و غيرهما ارسال المسلمات. «و قد وقع الكلام في شرائطها».

هل يشترط العدالة في نفوذ تصرف الجد، و الاب.

اشاره

قوله: «و المشهور عدم اعتبار العدالة للأصل و الاطلاقات» «١».

أقول: بعد الفراغ عن ثبوت ولايه الاب، و الجد، في أموال الصبي،

يقع الكلام في شرائط جواز التصرف.

(الاول) العدالة،

اشاره

و في اعتبارها وجهان، بل قولان

فما قيل أو يمكن أن يقال في وجه اشتراط العدالة امور.

(١) الاصل، عدم جعل الشارع للفاسق ولايه على غيره،

و ان شئت فقل:

الاصل، عدم حصول النقل، و الانتقال ببيع الفاسق.

(٢) أن ولاية الفاسق على الطفل ولاية على من لا يقدر ان يدفع عن نفسه و بصره عن ماله،

فيستحيل على الشارع الحكيم ان يجعل الفاسق امينا تقبل اقراراته و يجيز تصرفه في مال الغير.

و يمكن الجواب عنه (اولا) بانه لا محذور في جعل الفاسق امينا على مال الغير،

(١)- المكاسب، الصفحة (١٥٢) السطر (٩) طبعه ايران.

دراساتنا من الفقه الجعفري، ج ٣، ص: ١٩

اذ لا مانع من اجتماع الفسق مع الامانه، اذ بعض الفساق مع عدم تورعه عن ارتكاب اكبر المعاصي يتورع عن اكل مال الغير و لا سيما اموال الصغار و اليتامى.

و (ثانيا) أن القول بنفوذ ولاية الفاسق لا- يستلزم جعل المال تحت يده بل يمكن أن يحفظ مال الصغير عند الامين، و الاب يتصرف فيه تصرفا اعتباريا و (عليه) فلا يترتب عليه مفسده كى يستحيل على الحكيم تجويز تصرفاته.

و (ثالثا) ما أجابه الشيخ (قدس سره)- بتوضيح منا- بأننا لا نسلم استحاله جعل الشارع الفاسق امينا، لان الحاكم متى ظهر عنده اختلاف حال أب الطفل، بقرائن الحال، او بجعل المراقب عليه عزله و منعه عن التصرف في ماله فولايته ثابتة ما لم يظهر خلاف أمانته.

و ربما (يرد عليه)- بأن نفوذ ولاية الاب اذا كان فاسقا، اما ان يتوقف على جعل مراقب له، أولا يتوقف عليه، فعلى الاول، يكون جعل الولاية لغوا لعدم ترتب اثر عليه، لان النافذ في الحقيقه عند الشارع هو امر المراقب لا الولي و لذا يقدم قوله على قولي الولي اذا اختلفا، و على الثاني- يكون جعل المراقب لغوا أيضا، لعدم الحاجة اليه مع نفوذ ولاية الفاسق عليه.

و (الجواب عنه) بأننا نختار الشق الاول و نقول: أن نفوذ تصرفات الفاسق يتوقف على جعل المراقب عليه و لا تكون ولايته لغوا بجعل

الناظر و المراقب، بل امره نافذ في امور الصبي، الا أنه يشترط في ذلك كونه تحت نظاره المراقب، و هذا الشرط لا يوجب لغويه المشروط، كما هو لا يخفى فمتولى المدرسه مثلا تصرفاته نافذه، مع رقبه الناظر و جعله ليس لغوا.

و الذى يقتضيه التحقيق أن يقال: ان قول الشيخ (قدس سره) «بان الحاكم اذا ظهر عنده اختلاف حال أب الطفل عزله و منعه عن التصرف» لا يرجع الى محصل، لان الفاسق اما أن تسقط قابليته للولاية على الصبي بمجرد ظهور الخيانه، و اما ان

دراساتنا من الفقه الجعفرى، ج ٣، ص: ٢٠

لا تسقط فان قلنا: بالاول عزل قهرا و منع عن التصرف في اموال الصبي بمجرد ظهور الخيانه بلا حاجه الى عزل الحاكم.

و ان قلنا: بالثاني، فلا- وجه لعزله بعد كونه منصوبا من قبل الله تعالى فلا- ينزل بعزل الحاكم حينئذ، نعم و له أن يمنعه من التصرفات غير المشروعه بجعل المراقب عليه فتلخص أن الوجه الذى أفاده الشيخ (قدس سره) لعدم اشتراط العدالة في الولي لا يساعده التحقيق.

(الثالث) أن القرآن الكريم ينص على عدم ائتمان الفاسق،

فتشترط العدالة في نفوذ ولايه الاب.

اقول: ان المستدل لم يبين مراده من النص، و يحتمل أن يكون مراده منه قوله تعالى: (وَ لَّا تَزَكُّوْا اِلَيْهِ الَّذِيْنَ ظَلَمُوْا) «١» بتقريب أن الفاسق ظالم و الحكم بنفوذ امره ركون اليه، و احترام له، و هو منهي عنه بالآيه الكريمه.

و يرد عليه (اولا-) ان الظاهر من لفظه (الظالم) في الايه الكريمه و لاه الجور كبنى أميه، و بنى العباس، و غيرهم، فلا يعم المقام، و ان شئت فقل: ان مطلق الفسق ليس بظلم، فلا يصدق الظالم على مطلق الفاسق، - اذن- فالايه الكريمه اجنبيه عن المقام.

(ثانيا) لو كان مطلق الفاسق ظالما، و كان

الحكم بنفوذ أمره ركونا اليه لكانت جمله من المعاملات باطله، لوقوعها مع الفاسق غالبا، و لم يلتزم به احد.

ان قلت: لا- نسلم التلازم بين عدم نفوذ امره و بين عدم صحه معاملاته، لان المعامله مع الفاسق لا تكون ركونا اليه، بخلاف الحكم بنفوذ امره و تجويز تصرفاته، فانه ركون اليه، فيكون منهيها عنه بالآيه الكريمه.

قلنا- ان الحكم بنفوذ أمره لا يستلزم تجويز تصرفاته بحيث تجعل الاموال

(١)- سورة هود: الايه (١١٣).

دراساتنا من الفقه الجعفري، ج ٣، ص: ٢١

تحت يده، ليصدق عليه الركون، اذ يمكن أن يحكم بنفوذ أمره في التصرفات الاعتباريه، مع عدم جعل الاموال تحت يده، بل يحفظ عند الامين، فما لم تجعل الاموال تحت يده لم يركن اليه.

و (ثالثا) سلمنا أن جعل الولايه للفاسق ركون اليه، الا انه لا دليل على حرمة ركون الشارع اليه، فان المستفاد من الدليل حرمة ركون المكلفين الى الظالم، و اما ركون الشارع اليه فلم يقيم دليل على عدمه.

و بعبارة اخرى- ان ترتب المفسده الموجهه لحرمة الركون الى الظالم يتحقق بركون الامه الى الظالم، و اما ركون الشارع فمفسدته غير معلومه، و لم يقيم عليها دليل عقلي و لا نقلي، و الذى يدل على ذلك ما يشاهد فى موارد عديده من امر الشارع بحجيه قول الفساق كحجيه قول ذى اليد و الوكيل و ان كانا فاسقين كما لا يخفى على المتتبع فى ابواب الفقه.

هذا تمام الكلام فيما اذا كان مراد المستدل من النص آيه الركون و يحتمل ان يكون مراده من النص آيه التبيين اعنى قوله تعالى: (إِنْ جَاءَكُمْ فَاسِقٌ بِنَبَأٍ فَتَبَيَّنُوا) «١».

(تقريب الاستدلال)، ان الايه الكريمه تدل على عدم قبول قول الفاسق فى اخباره، فلو اخبر عن التصرف الصحيح

فى مال الصبى لا يسمع قوله، و لا يعتمد عليه شرعا، فلا تكون تصرفاته نافذه.

و (الجواب) عنه نقضا، و حلا، أما النقض فبعده من الموارد (منها) ذو اليد مثلا، فانه يسمع قوله، و تنفذ تصرفاته و ان كان فاسقا.

و اما الحل:

(اولا) فان عدم سماع قوله شرعا و عدم الاعتماد عليه لا يستلزم عدم نفوذ

(١)- سورة الحجرات، الايه (٧)

دراساتنا من الفقه الجعفرى، ج ٣، ص: ٢٢

معاملاته، فان ضم احدهما الى الاخر كضم الحجر فى جنب الانسان فان ما ثبت من الدليل عدم سماع قول الفاسق، و أما عدم نفوذ معاملاته فالايه الكريمه اجنبيه عنه.

و اما (ثانيا) فبأنه لو سلمنا دلالة الايه الكريمه على عدم نفوذ امر الفاسق فانما نسلمه بالعنوان الاولى، فلا تنافى نفوذ امره بالعنوان الثانوى كعنوان ذى اليد، او عنوان المقر، او المتجر، او غيرها من العناوين الثانويه كما يستفاد ذلك من بعض الروايات. «١»

فخلاصه ما ذكرنا ان الوجوه التى ذكروها لاشتراط العدالة لا يمكن المساعده عليها، نعم الظاهر ان أصاله عدم الجعل لا يدفعها شىء كما هو لا يخفى للمتأمل

و يقع الكلام فيما استدلوا به على عدم اشتراط العدالة،

اشاره

و هى أيضا امور.

الامر الاول (الاصل)

أى أصاله عدم ردع الشارع عن السيره العقلائيه القائمه بنفوذ أمر الاب، و الجد، مطلقا سواء كانا عادلين أم لا و الجواب عنه. (اولا) لا نسلم عدم ثبوت الردع من الشارع، فان السيره المذكوره على تقدير قيامها مردوعه بعموم الايه، و الروايه.

اما الايه الكريمه فهى قوله تعالى: ﴿وَلَا تَأْكُلُوا أَمْوَالَكُمْ بَيْنَكُمْ بِالْبَاطِلِ ...﴾ * «٢»

فانها باطلاقها تشمل الاب و الجد أيضا، فتكون رادعه للسيره القائمه على نفوذ امرهما.

و اما الروايه فهى ما رواه الحسين بن زيد، عن الصادق (عليه السلام) عن آبائه عن

(١)- المرويه فى وسائل الشيعه الجزء (١٢) الباب (٧٥) من ابواب ما يكتسب به.

(٢)- سوره البقره: الايه ١٨٨.

دراساتنا من الفقه الجعفرى، ج ٣، ص: ٢٣

النَّبِيِّ (صلى الله عليه وآله) فى حديث المناهى قال: ونهى عن بيع ما ليس عندك «١» و الروايه بهذا المضمون كثيره.

فان المستفاد منها عدم جواز بيع مال الغير، و ان كان البائع هو الاب و الجد، فتكون رادعه للسيره المذكوره، هذا اولاً.

و (ثانياً) لو اغمضنا عما ذكرناه و قلنا: بعدم ردع الشارع عن السيره الا انه نقول:

ان مجرد عدم الردع لا يكفى فى حجيتها، ما لم يحرز امضاؤه لها، و اصله عدم ردع الشارع لا تثبت امضائه الا بالاصل المثبت.

(الامر الثانى) قيام الاجماع المحقق فى باب النكاح على نفوذ امر الفاسق فيه

مع أنه من الامور التى اهتم بها الشارع، فيكون امره نافذاً فى غيره بطريق اولى و (الجواب عنه) اولاً أنا قد ناقشنا مرارا فى حجيه الاجماع، و لا يحتاج الى الاعاده.

و (ثانياً) لو سلمنا حجيه الاجماع، و اغمضنا عن نقاشها نقول: حيث ان الاجماع دليل لبي لا بد أن يقتصر على مورد، و لا يجوز التعدى الى غيره.

و أما الاولويه المدعاه، فى المقام ممنوعه، لعدم تسليم الاولويه،

فان الحكم بولاية الفاسق في باب النكاح يمكن أن يكون لمصلحه التسهيل فيه، فان شده الاهتمام بامر النكاح يقتضى نصب ولي يباشره حيثما وجد الكفو لإمكان عدم وجدانه عند التأخير بخلاف الاموال، فيمكن اهمال الامر فيها و ايجاب حفظها- و عليه- فالاولويه تكون في طرف العكس.

الامر الثالث الاطلاقات الوارده في المقام،

كقوله: (أنت و مالك لأبيك) «٢» فانها تقتضى أن مال الولد مملوك للأب سواء كان عادلا او فاسقا،

(١)- وسائل الشيعه: الجزء (١٢) الباب (١٢) من ابواب عقد البيع و شروطه، الحديث (١٢).

(٢)- وسائل الشيعه: الباب (١١) من ابواب عقد النكاح و اولياء العقد، الحديث (٥)

دراساتنا من الفقه الجعفرى، ج ٣، ص: ٢٤

كما يستفاد ذلك من اطلاق كلمه الاب باجراء مقدمات الحكمه.

و الجواب عنه ما قد بيناه سابقا، من عدم امكان الاخذ بمضمونها للزوم المحاذير المتقدمه و الحق أن يقال كما قلنا سابقا انها روايات أخلاقية لا تتكفل أحكاما شرعية ليمسك باطلاقها لعدم اشتراط العدالة.

فتحصل أن الوجوه التي ذكروها لعدم اشتراط العدالة أيضا لا يمكن المساعدة عليها فالتحقيق أن يقال: ان السيره القطعيه العقلانيه، قامت من زماننا هذا متصلا الى عصر المعصوم عليه السلام على نفوذ أمر الاب و الجد في أموال الصغار مطلقا سواء كانا عادلين أو فاسقين، فعدم ردع هذه السيره بمسمع منه عليه السلام و مرأى، و محلا لابتداء العموم كاشف عن امضائه عليه السلام ذلك كما هو كذلك في سائر السير القطعيه.

فتحصل عدم اشتراط العدالة في جواز تصرف الاب و الجد في أموال الصغار

(الثانى) من الشرائط التي ذكروها لجواز تصرف الاب و الجد عدم لزوم الضرر من تصرفهما على الصبي.

اشاره

اقول: هل يجوز للأب و الجد أن يتصرفا في مال الصبي فيما اذا كان ذلك ضررا عليه و جهان بل قولان،

فما يمكن أن يقال: او قيل: في وجه جواز التصرف في صوره الضرر على الصبي امران.

الامر الاول أن الاصل عدم اشتراط جواز تصرفهما بشىء،

و بعبارة واضحة الاصل، عدم تقييد جواز التصرف بقيد، فالنتيجة هو الاطلاق، سواء لزم منه الضرر أم لا.

وفيه- ان أصاله عدم القيد لا يثبت الاطلاق الا بالاصل المثبت، توضيحه أن الاطلاق و التقييد أمران متضادان فى عالم الثبوت، فان التقييد يحتاج الى لحاظ القيد و الاطلاق يحتاج الى لحاظ عدمه اى يحتاج الى لحاظ الطبيعه المرسله، و هذان اللحاظان أمران متغايران، فاثبات الاطلاق باصالة التقييد يكون من باب اثبات

دراساتنا من الفقه الجعفرى، ج ٣، ص: ٢٥

أحد الضدين بجريان الاصل فى الضد الاخر و هو غير صحيح الا بحجيه الاصل المثبت، مضافا الى أنه معارض باصالة عدم الاطلاق المثبته للتقييد.

الامر الثانى، اطلاقات الداله على أن الولد و ماله لأبيه

كقوله عليه السلام: و أنت و مالك لأبيك «١» تقريب الاستدلال أن هذه الروايات تدل على جواز تصرف الاب فى مال ولده سواء كان فى تصرفه ضرر عليه أم لا.

و الجواب عنه (أولاً) قد بينا سابقا أن الروايات المذكوره ناظره الى جهه الاخلاقيه، فلا يمكن استفادة الحكم الشرعى منها، لاستلزامه المحاذير المتقدمه فتكون الروايه اجنبية عن المقام.

و (ثانياً) انا لو أغمضنا عما ذكرنا من المحاذير و قلنا بدلالتها على جواز التصرف مطلقا سواء كان فى ذلك ضرر على الصبى أم لا، نقول ان هذه الاطلاقات مقيدة بعده من الروايات «٢» الداله على اشتراط جواز التصرف بعدم كونه ضررا على الصبى و اسرافا فى ماله.

فتلخص أنه يشترط فى جواز تصرف الاب و الجد عدم كونه ضررا عليه.

الثالث من الشرائط التى ذكرها لجواز تصرف الاب و الجد فى مال الصبى مراعاة مصلحتهم فى ذلك.

و ما يمكن أن يستدل به على عدم اشتراط المصلحه أمور.

(الاول) أن الاصل عدم اشتراطه بالمصلحه،

وفيه أن الاصل معارض بالاصل الجارى فى خلافه أعنى اصالة عدم جواز التصرف فى مال الغير، و انما خرج عنه ما اذا كان فيه

(١)- وسائل الشيعة: الجزء (١٤) الباب (١١) من أبواب عقد النكاح و اولياء العقد الحديث (٥)

(٢)- وسائل الشيعة: الجزء (١٢) الباب (٧٦ و ٧٨) من ابواب ما يكتسب به

دراساتنا من الفقه الجعفرى، ج ٣، ص: ٢٦

(الثانى) اطلاقات الروايات الداله على ولايه الجد فى النكاح،

معللا بأن (البت و أباهما للجد) «١»

تقريب الاستدلال- أن الجد اذا كانت له ولايه على الصبى فى أمر النكاح كما هو المستفاد، من الروايه المذكوره، فولايته فى الاموال تثبت بالفحوى سواء كان ذلك لمصلحتهم أم لا، و كذا تدل على ذلك الروايات «٢» الداله على جواز تصرفه بغير سرف سواء كان ذلك من مصالحهم أم لا، و لكن الطائفتين اجنبتان عن المقام.

أما الروايات الوارده فى باب النكاح، فقد بينا سابقا اختصاصها بموردها، و لا وجه لتعديتها الى المقام، لمنع الاولويه المدعاه، كما عرفت سابقا و قلنا: أن الاولويه فى طرف العكس.

و أما الروايات الوارده فى غير باب النكاح، كروايه «٣» حسين بن أبى علا- فانها وارده فى تصرفات الاب الراجعه الى نفسه و نفقته، و لا يجب عليه فى صرفه مال الولد فى حاجاته رعايه مصلحه الطفل، بل يمكن أن يقال: بأن اعاشه الوالد من مال الولد مصلحه له، لأنه يحفظ به عرضه و اعتباره كما هو ظاهر.

فتحصل: أن الوجوه التى ذكرها لعدم اشتراط المصلحه فى جواز تصرف الاب و الجد لا يمكن المساعده عليها هذا تمام الكلام فى الادله التى أقاموها لاشتراط مراعاة المصلحه.

و اما دليل اشتراط المصلحه

فهو اطلاق قوله تعالى: «وَلَا تَقْرَبُوا مَالَ الْيَتِيمِ

(١)- وسائل الشيعة. الجزء (١٤) الباب (١١) ابواب عقد النكاح و اولياء العقد، الحديث (٥)

(٢)- وسائل الشيعة: الجزء (١٢) الباب (٧٨) من أبواب ما يكتسب به

(٣) - نفس المصدر.

دراساتنا من الفقه الجعفري، ج ٣، ص: ٢٧

□
إِلَّا بِالتِّي هِيَ أَحْسَنُ» (١)

وجه الدلالة- ان الايه تدل على عدم جواز التصرف في مال اليتيم الا أن يكون في ذلك مصلحه له، و هي باطلاقها تشمل الجد لصدق اليتيم على من مات أبوه و بقى جده، و يتم

فى الاب بعدم القول بالفصل، و يظهر من كلام الشيخ

حيث قال «فلو سلم دلالتها» (٢)

المناقشه فى دلالة الايه الكريمه، و لعل نظر الشيخ فى وجه عدم دلالة الايه اما الى عدم صدق اليتيم على الطفل مع وجود الجد، و اما الى أن ما ليس فيه ضرر يصدق عليه الحسن اذ المراد بالاحسن ليس معنى تفضيليا بل المراد هو المعنى الوصفى، و عليه- فالايه الكريمه تدل على عدم جواز التصرف فى مال اليتيم اذا كانت فيه مفسده و على جوازه اذا لم يكن فيه ذلك و أما وجود المصلحه فيه فالايه أجنبيه عنه، و بعد الاغماض عن هذا الايراد بقوله:

(فلو سلم دلالتها) اورد عليه (ثانيا) بأنه على تقدير تسليم دلالة الايه على اشتراط المصلحه فى جواز التصرف تخصص بالروايات (٣) الداله على ولايه الجد بأن له أن يتصرف فى مال الصبى بغير فساد سواء كانت فيه مصلحه أم لا.

(اقول): ان كان نظره (قده) فى عدم دلالة الايه الى عدم صدق اليتيم عليه مع وجود الجد فهذا واضح الفساد، لوضوح صدق اليتيم على من مات أبوه و بقى جده و ان كان نظره فى ذلك الى أن الاحسن فى الايه بمعنى الحسن، ففيه:

(اولا) انه خلاف الظاهر لان ظاهر كل لفظ أن يستعمل فى معناه الحقيقى، ما لم تقم قرينه صارفه على خلافه.

(١)- سورة الانعام، الايه (١٥٢)

(٢)- المكاسب الصفحه (١٥٢)- السطر ٣٢

(٣)- الوسائل: الجزء (١٢) الصفحه (١٩٥) و الجزء (١٤) الصفحه (٢١٨)

دراساتنا من الفقه الجعفرى، ج ٣، ص: ٢٨

و (ثانيا) أنه على فرض تسليم كونه بمعنى الحسن أيضا يدل على المطلوب، لاین الحسن لا يطلق على ما ليس فيه صلاح و لا فساد، بل يطلق على ما فيه حسن

و مصلحه، فتدل الايه على أن جواز التصرف مشروط بأن تكون فيه المصلحه و هو المطلوب.

و (ثالثا) أنه لا وجه لتخصيص الايه بالروايات، و تقديمها عليها، لان النسبه بينهما اعم من وجه، فان الايه تدل على عدم جواز التصرف فى مال اليتيم، سواء كان المتصرف أبا أو جدا أو غيرهما الا- اذا كانت فيه مصلحه له، و الروايات تدل على جواز تصرف الاب و الجد فيه سواء كانت فيه مصلحه أم لا فماده الاجتماع تصرف الاب و الجد اذا لم تكن فى تصرفهما مصلحه للصبى، فمقتضى الايه لا يجوز تصرفهما و بمقتضى الروايات يجوز تصرفهما فيتعارضان فيتساقطان.

و (رابعا) انه لا- يبعد طرح الروايات الوارده فى المقام و لا- يبقى مجال لملاحظه النسبه بينهما لكونها مخالفه للكتاب، فتشملة الروايات الأمره بطرح ما خالف الكتاب و بعبارة أخرى لو قلنا بان الروايه المخالفه للآيه بالعموم من وجه مخالفه للكتاب فى نظر العرف فلا بد من طرحها.

مسأله- هل الجد يشارك الاب فى الولايه عرضا مع وجود الاب؟

اشاره

قوله: (ثم لا خلاف ظاهرا كما ادعى فى أن الجد و ان علا يشارك الاب فى الحكم) «١»

أقول: يمكن أن يستدل او استدل به على مشاركة الجد للأب أمران.

(الاول) قوله صلى الله عليه و آله: (أنت و مالك لأبيك)

«٢» تقريب الاستدلال، ان الولد و ماله يكون لأبيه أعنى الجد، و هكذا القول فى الاجداد العاليه فيكون مال الولد مالا لجده أيضا بالتعبد الشرعى، و له أن يتصرف فيه لجواز تصرف الناس فى أموالهم.

(١)- المكاسب الصفحه (١٥٣) السطر (١) طبعه ايران

(٢)- قد بينا انها وردت فى ابواب مختلفه فراجع

دراساتنا من الفقه الجعفرى، ج ٣، ص: ٢٩

و يرد عليه بأننا بينا عدم دلالة الروايه المذكوره على ولايه الاب فضلا عن ولايه الجد، و الدليل الذى أقمناه على ولايه الاب قيام السيره المستمره الى عصر المعصوم عليه السلام الكاشف عن امضائه عليه السلام هذه و أما الجد فلا دليل على ولايته لعدم قيام السيره عليها و عدم وجود دليل غيرها فى المقام و أما دعوى عدم القول بالفصل بينهما على فرض ثبوته لا يجدى فى المقام، لعدم قيام دليل على اعتباره، فانه سكوت و ليس بدليل، نعم ان القول بعدم الفصل دليل على فرض حجية الاجماع الا أنه لم

(الثاني) الروايات الواردة في باب النكاح

كقوله عليه السلام: (ان البنت و أباهما للجد) «١» تقريب الاستدلال- ان للجد ولاية على الصبي في باب النكاح بمقتضى الرواية، مع أنه من الامور التي اهتم الشارع بها فتثبت ولايته في غيره من الاموال بطريق أولى.

و فيه- انا نمنع الاولويه المدعاه في المقام بل الاولويه تكون في عكسه فان أشديه الاهتمام بأمر النكاح يقتضى التسهيل فيه بأن ينصب وليا يباشره حيثما وجد الكفو، اذ ربما لا يوجد الكفو بعد ذلك كما بينا سابقا.

مسأله - لو فقد الاب و بقى الجد فهل يشارك الجد الاعلى، الجد الادنى في الولاية أو يختص بها، قول بالشركه،

و قول بعدمها قال الشيخ (قدس سره) في المسأله قولان:

وجه القول بالشركه ظاهر قوله:

«ان الولد و والده لجده» «٢»

و وجه القول بعدم الشركه، قوله تعالى: (وَ أُولُوا الْأَرْحَامِ بَعْضُهُمْ أَوْلَىٰ بِبَعْضٍ) * «٣» حيث ان مقتضى

(١)- وسائل الشيعه، الجزء (١٤) الصفحه (٢١٨)

(٢)- وسائل الشيعه، الجزء (١٤) الباب (١١) من ابواب عقد النكاح و اولياء العقد.

(٣)- سورة الانفال، الايه (٧٥)

دراساتنا من الفقه الجعفري، ج ٣، ص: ٣٠

الايه الكريمه كون القريب أولى من البعيد و هو يستلزم نفى الولاية عن البعيد. «١»

و يرد عليه- ان الشيخ (ره) لم يجعل مشاركه الجدد، و ان علا- للأب محل الخلاف، بل حكم بها بالجزم و القطع، و لكنه جعل مشاركه الاجداد بعضها للبعض الاخر، في صورته فقدان الاب محل الخلاف، و قال فيه: قولان و لم يظهر لنا وجه الفرق بين المقامين، فان كانت ولايه البعيد مع وجود القريب محل الخلاف، فلا بد ان يقع الخلاف في كلا المقامين و ان لم يكن محل الخلاف، فلا- بد أن يكون الحال كذلك في كلا- المقامين، على أن الحكم بمشاركه الجدّ و إن علا للأب يقتضى مشاركه الاجداد بعضهم لبعض في حياه الاب، و من المعلوم أن موت الاب لا

يؤثر فى سقوط الولايه عن الجد الاعلى.

و الحاصل ان الفرق بين الموردين، بجعل المسأله الثانيه محل الخلاف، دون المسأله الاولى بلا وجه، و أما الاستدلال بآيه اولى الارحام فيشكل من جهات.

(الاولى) انه ذهب المفسرون، الى أن الايه الكريمه ناظره الى الاقربيه فى باب الارث، و انه مع وجود القريب، لا تصل النوبه الى البعيد، فالايه الكريمه فى مقام ردع ما كان جاريا فى زمن الجاهليه حيث كانوا يرثون بالمعاقد، فنهت عن ذلك، و دلت على أن تركه الميت تكون لأولى أرحامه و أما الارث بالمعاقد، كما كان فى زمن الجاهليه فمردود.

(الثانيه) انه يمكن أن تكون الايه الكريمه على نحو القضييه الخارجيه، بمعنى أنه مع وجود الارحام لا تصل النوبه الى الاجنبى و بعباره اخرى يمكن أن تكون الايه ناظره الى أن الطبع الاولى يقتضى ذلك و ليست فى مقام جعل الحكم شرعا.

(الثالثه) ان الايه الكريمه فى مقام بيان الكبرى، و هى أن اولى الارحام

(١) - المكاسب، الصفحه (١٥٣) السطر (٢) الطبعة ايران

دراساتنا من الفقه الجعفرى، ج ٣، ص: ٣١

بعضهم اولى ببعض، و أما الصغرى هل هو الجد، او الاب، فلا دلاله لآيه عليها فلا بد أن تعلم من الخارج.

و بعباره اخرى ان القدر المستفاد من الايه الكريمه، ان الاولويه ثابتة لبعض الارحام بالنسبه الى البعض، و هذه كبرى كليه، لا بد من تشخيص مصداقها بدليل آخر.

و الحق أن يقال: ان مقتضى القاعده عدم ولايه الجد الاعلى على الطفل مع وجود الجد الادنى كما بينا تفصيله فى باب عدم ولايه الجد مع وجود الاب هذا تمام الكلام فى ولايه الاب و الجد و شرائطها.

دراساتنا من الفقه الجعفرى، ج ٣، ص: ٣٢

الكلام فى ولايه النبى (ص) و خلفائه

اشاره

قوله (قدس سره): (من جمله أولياء التصرف فى

مال من لا يستقل بالتصرف فى أمواله الحاكم «١».

أقول: و ينبغى لنا أن نبحت فى مقامين.

المقام الاول- فى ولاية النبى (صلى الله عليه وآله) و أوصيائه الكرام (عليه السلام).

(المقام الثانى)- فى ولاية الفقيه.

(أما المقام الأول) [فى ولاية النبى (صلى الله عليه وآله) و أوصيائه الكرام (عليه السلام)]

إشاره

فنقول: و من الله التوفيق- ان الولاية على قسمين- الولاية التكوينية- و الولاية التشريعية.

أما الولاية التكوينية،

فينبغى أن يبحث عنها من جهات.

إشاره

الجهه الاولى- تعريفها.

الجهه الثانيه التكلم فى امكانها ثبوتاً.

الجهه الثالثه الاستدلال عليها اثباتاً.

اما الولاية التشريعية- فلا بد أن يبحث عنها أيضاً من جهات.

(١)- المكاسب، الصفحه (١٥٣) السطر (٥) طبعه ايران.

دراساتنا من الفقه الجعفرى، ج ٣، ص: ٣٣

(الجهه الاولى)- تعريفها و بيان أقسامها.

(الجهه الثانيه)- البحث فى امكانها ثبوتاً.

(الجهه الثالثه)- الاستدلال عليها اثباتاً.

[الجهه الأولى] تعريف الولاية

(أما الجهه الأولى فهي تعريفها) انها مأخوذه من ولى يلى، كوقى يقى، و حقيقتها عباره عن كون زمام أمر شىء، او شخص بيد احد، و اسناد الولاية الى النَّبِيِّ (صلى الله عليه و آله) و الائمه (عليهم السلام) انما هو بلحاظ هذا المعنى، فان زمام الامور كلها بيدهم، و عباره واضحه أن الولاية التكوينية، هي الحكومه على الكائنات و الموجودات بالتصرف فيها.

دراساتنا من الفقه الجعفرى، ج ٣، ص: ٣٤

[الجهه الثانيه] البحث فى امكان الولاية ثبوتاً و عدمه

الجهه الثانيه فهي امكانها الثبوتى، بأن يقال: هل هي ممكنه لهم أم لا؟

فنقول: انه لا-ريب و لا-شبهه فى أن ولا-يتهم، امر ممكن، فى حد ذاتها لعدم لزوم محذور منها عقلا، و لا نقلا، و لا يمتنع أن يختار الله سبحانه و تعالى بعض أوليائه الكرام، بان يعطيهم منصب الولاية، و السلطه بأن تكون الموجودات تحت اطاعتهم و أن يتصرفوا فى عالم الكون، و فى اموال الناس و أنفسهم.

لا-يقال: كيف يمكن الالتزام بثبوت الولاية التكوينية لهم، بأن يعتقد ان اختيارات الكون، انما هي بيدهم، و الحال أن ذلك يستلزم اما سلب الاختيار عنه سبحانه و تعالى، و اما الشرك به، لان الملتزم بثبوت ولايتهم على الكون، اما يلتزم بولاية الله أيضا أم لا يلتزم بها، بل يعتقد بان هذه الامور فوضت بيدهم، و أنها تحت اختيارهم فقط، فان اعتقد بالاول فهو شرك، و ان اعتقد بالثانى، فهو معنى خروج الاختيار عن يده سبحانه و تعالى.

لأنه يقال: ان القائل بالولاية- لا يعنى بها- الولاية المستقله، الذاتيه لهم، حتى يرد ما قيل، بل مراده منها، ان ولاية النَّبِيِّ (صلى الله عليه و آله) و الائمه (عليهم السلام) انما تكون باذنه تعالى و ارادته، مضافه اليه (سبحانه و

كالصور التي تنطبع في الذهن الانساني و تمنحى عنه بمجرد غفله الانسان عنها، فلا يبقى له وجود أصلا، فالاضافه الاشراقية، أيضا كذلك، و بمجرد انقطاع اضافته الرب عن الممكنات لا- يبقى لها وجود أصلا، فان وجود النَّبِيِّ، و الاثمه (صلوات الله عليهم) و ولايتهم باقيه بقاء هذه الاضافه، تابعه لها حدودا و بقاء- و أنت ترى- أن الولاية بالمعنى الذي ذكرنا لا يستلزم سلب الاختيار (عنه سبحانه و تعالى) لكونها باختياره تعالى و ارادته، و كذا لا يستلزم الشرك، لعدم الالتزام بالولاية المستقلة لهم، في قبال ولاية الله.

و الحاصل- أن الولاية التكوينية، أمر ممكن ثبوتها، للنبي (صلى الله عليه و آله) و الاثمه (عليهم السلام) و لا بد من الالتزام بها، اذا يساعدها الدليل و كيف يمكن، أن ينكر هذا الامكان الثبوتى، و الحال انك ترى أن الولاية في الجملة ثابتة للإنسان، بل لمطلق الحيوان أيضا، فان اختيار بعض الاعضاء بيد الحيوان، و له الولاية على جملة من حركاته، و ذلك كالبصر و اليد، فله أن يتصرف فيهما حسب ارادته، فاذا ثبتت الولاية بمرتبها الدنيا، لأخس الموجودات فكيف يمتنع ثبوتها بمرتبها العليا، لأشرف الموجودات.

[الجهة الثالثة] ذكر الأدلة لإثبات الولاية التكوينية

اشاره

اما الجهة الثالثة و هي مقام الاستدلال عليها اثباتا، فنقول، و الله نستعين و اياه نستمد التوفيق، ان الولاية ثابتة بالادله الاربعه.

اما الكتاب

فبآيات (منها) قوله تعالى: ﴿قَالَ عِفْرِيتٌ مِنَ الْجِنِّ أَنَا آتِيكَ بِهِ قَبْلَ أَنْ تَقُومَ مِنْ مَقَامِكَ وَإِنِّي عَلَيْهِ لَقَوِيٌّ أَمِينٌ﴾ «١».

تقريب الاستدلال بها- أن الولاية تدل على أن عفريتا من الجن له ولاية على الكون، و قادر على الاتيان بعرش بلقيس قبل قيام سليمان من مقامه، مع بعد المسافه بينهما، فاذا ثبتت الولاية للعفريت، كما هو المستفاد من الاية فثبتت الولاية المطلقة للنبي بطريق أولى، لكونه أفضل منه باعتراف الخصم كيف يقاس التراب على رب الارباب، و هو العله الغائية للممكنات كما تدل على ذلك قوله تعالى: في حديث القدسي - لولاك لما خلقت الافلاك-.

و (منها) قوله تعالى: ﴿قَالَ الَّذِي عِنْدَهُ عِلْمٌ مِنَ الْكِتَابِ أَنَا آتِيكَ بِهِ قَبْلَ أَنْ يَرْتَدَّ إِلَيْكَ طَرْفُكَ﴾ «٢»

(١) - سورة النمل الايه (٣٩)

(٢) - سورة النمل الايه (٤٠)

دراساتنا من الفقه الجعفرى، ج ٣، ص: ٣٧

تقريب الاستدلال بها- ان كلمه من فى الايه للتبعيض فتدل على أن الآتى بعرش بلقيس، أعنى به آصف بن برخيا كان عنده شىء من علم الكتاب، نسبته الى المجموع نسبه قطره من الماء فى البحر الاخضر، و مع ذلك كانت له سلطه فى عالم التكوين، و كان متمكنا بأن يأتى بعرش قبل أن يرتد طرف سليمان و اذا كان آصف مع قله علمه قادرا على أن يتصرف فى الكون و لو فى الجملة، و كانت له ولايه تكوينيه، كما هو مقتضى الايه، فتثبت ولايه النبى و الائمه (صلوات الله عليهم) بالفحوى.

و بعباره اخرى- اذا كان من عنده مقدار قطره من الماء فى البحر الاخضر قادرا على التصرف،

فى التكوينيةات، فكيف ينكر ولايه من عنده مجموع البحر الاخضر، و عنده علم الكتاب كله. كما يدل على ذلك قوله تعالى: «كَفَى بِاللّٰهِ شَهِيدًا بَيْنِي وَبَيْنَكُمْ وَمَنْ عِنْدَهُ عِلْمُ الْكِتَابِ» بضوء الروايات الواردة فى تفسيرها و هى - متظافره.

(منها) ما رواه السدير قال كنت أنا و أبو بصير و يحيى البزاز و داود بن كثير فى مجلس أبى عبد الله عليه السلام اذ خرج إلينا و هو مغضب فلما أخذ مجلسه قال:

يا عجباً لأقوام يزعمون أنا نعلم الغيب، ما يعلم الغيب الا الله عز و جل، لقد هممت بضرب جاريتى فلانه فهربت منى فما علمت فى اى بيوت الدار هى قال سدير: فلما أن قام من مجلسه و صار فى منزله دخلت أنا و أبو بصير و ميسر و قلنا له: جعلنا فداك سمعناك و أنت تقول كذا و كذا فى أمر جاريتك و نحن نعلم أنك تعلم علما كثيرا و لا ننسبك الى علم الغيب.

قال: فقال: يا سدير: ألم تقرأ القرآن؟ قلت بلى، قال: فهل وجدت فيما قرأت من كتاب الله عز و جل «قال الذى عنده علم من الكتاب أنا آتيك به قبل أن يرتد إليك طرفك» قال: قلت: جعلت فداك قد قرأته، قال: فهل عرفت الرجل؟ و هل علمت ما كان عنده من علم الكتاب؟ قال: قلت: أخبرنى به؟

دراساتنا من الفقه الجعفرى، ج ٣، ص: ٣٨

قال: قدر قطره من الماء فى البحر الاخضر فما يكون ذلك من علم الكتاب؟

قال: قلت: جعلت فداك ما أقل هذا فقال: يا سدير: ما أكثر هذا أن ينسبه الله عز و جل الى العلم الذى أخبرك به يا سدير، فهل وجدت فيما قرأت من كتاب الله عز

و جل أيضا: «قل كفى بالله شهيدا بيني و بينكم و من عنده علم الكتاب» قال: قلت:

قد قرأته جعلت فداك.

قال: أ فمن عنده علم الكتاب كله أفهم أم من عنده علم الكتاب بعضه؟ قلت:

لا، بل من عنده علم الكتاب كله. قال: فأومأ بيده الى صدره و قال: علم الكتاب و الله كله عندنا.
«١»

و (منها) ما ذكره على بن ابراهيم عن أبيه و محمد بن يحيى عن محمد بن الحسن ذكره جميعا عن ابن أبي عمير عن ابن أذينة عن بريد بن معاوية قال: قلت: لأبي جعفر (عليه السلام) «قُلْ كَفَىٰ بِاللَّهِ شَهِيدًا بَيْنِي وَ بَيْنَكُمْ وَ مَنْ عِنْدَهُ عِلْمُ الْكِتَابِ» «٢».

قال ايانا عنى و على أولنا و أفضلنا و خيرنا بعد النَّبِيِّ «٣».

و (منها) ما عن محمد بن على عن أبيه عن على بن ابراهيم عن أبيه عن ابن أبي عمير عن أبان الـاحمر قال: قال الصادق (عليه السلام) يا أبان كيف تنكر الناس قول أمير المؤمنين (عليه السلام) لما قال: «لو شئت لرفعت رجلى هذه فضربت بها صدر ابن ابى سفيان بالشام، فنكسته عن سريره» و لا ينكرون تناول آصف وصى سليمان عرش بلقيس و اتيانه سليمان به قبل أن يرتد اليه طرفه أ ليس نبينا صلى الله عليه و آله أفضل الانبياء، و وصيه أفضل الاوصياء أ فلا جعلوه كوصى سليمان حكم الله بيننا و بين من جحد حقنا و أنكر فضلنا «٤»

(١) - اصول كافي الجلد (١) الصفحة (٢٥٧)

(٢) - سورة الرعد الايه (٤٣)

(٣) - اصول الكافي الصفحة (٢٢٩)

(٤) - بحار الأنوار الجزء (١٤) الصفحة (١١٥) طبع جديد

دراساتنا من الفقه الجعفرى، ج ٣، ص: ٣٩

منها ما رواه احمد بن محمد

عن علي بن الحكم عن محمد بن الفضيل عن سعد أبي عمرو و الجلاب عن أبي عبد الله (عليه السلام).

قال: ان اسم الله الاعظم على ثلاثه و سبعين حرفا كان آصف منها حرف واحد فتكلم به فخسف الارض ما بينه و بين سرير بلقيس ثم تناول السرير بيده ثم عادت الارض كما كان أسرع من طرفه عين و عندنا نحن من الاسم اثنان و سبعون حرفا و حرف عند الله استأثر به في علم الغيب المكتوب عنده «١».

و (منها) ما نقل عن كتاب نواتر المعجزات باسناده الى الصدوق عن محمد بن الحسن الصفار عن محمد بن ذكرى عن أبي المعافا عن وكيع عن زاذان عن سلمان في ذيل روايه طويله تركنا ذكرها روما للاختصار قال علي (عليه السلام): يا سلمان أيما أفضل محمد صلى الله عليه و آله أم سليمان ابن داود، قلت: بل محمد فقال: يا سلمان فهذا آصف بن برخيا قدر أن يحمل عرش بلقيس من اليمن الى بيت المقدس في طرفه عين و عنده علم من الكتاب و لا أفعل ذلك و عندي علم مائة ألف كتاب ... «٢»

و الروايات بهذا المضمون بلغت حد التواتر، و لا أقل من أن تكون متظافره، و لذا لا يحتاج الى البحث عن سندها، مضافا بأن فيها ما يكون معتبرا، من حيث السند أيضا، كما هو غير خفي للمتتبع.

و (منها) قوله تعالى، نقلا عن عيسى (علي نبينا و عليه الصلاه و السلام). (أَنْتَى قَدْ جِئْتَكُمْ بِآيَةٍ مِنْ رَبِّكُمْ أَنْتَى أَخْلَقْتُ لَكُمْ مِنَ الطَّيْنِ كَهَيْئَةِ الطَّيْرِ فَأَنْفُخُ فِيهِ فَيَكُونُ طَيْرًا بِإِذْنِ اللَّهِ وَ أُبْرِئُ الْأَكْمَهَ وَ الْأَبْرَصَ وَ أُحْيِي الْمَوْتَى بِإِذْنِ اللَّهِ وَ أُبَيِّنُ لَكُمْ بِمَا تَأْكُلُونَ وَ

(١)- بحار الأنوار الجزء (١٤) الصفحة (١١٤) طبع جديد

(٢)- بحار الأنوار الجزء (١٤) الصفحة (٨٤) طبع قديم

(٣)- سورة آل عمران، الآية (٤٩)

دراساتنا من الفقه الجعفري، ج ٣، ص: ٤٠

تقريب الاستدلال بها- ان الآية تدل على أن عيسى كان يبرئ ال-كمه، و ال- برص، و يحيى الموتى، و هذا هو معنى الولاية التكوينية، فاذا ثبت ولاية عيسى بمقتضى الآية، ثبت ولاية النبي (صلى الله عليه و آله) و خلفائه (سلام الله عليهم) بطريق أولى، لكونهم أفضل منه عند اهل الصواب.

و (منها) قوله تعالى: (أَمْ يَحْسُدُونَ النَّاسَ عَلَىٰ مَا آتَاهُمُ اللَّهُ مِنْ فَضْلِهِ فَقَدْ آتَيْنَا آلَ إِبْرَاهِيمَ الْكِتَابَ وَ الْحِكْمَةَ وَ آتَيْنَاهُمْ مُلْكًا عَظِيمًا) (١)

تقريب الاستدلال بالآية، بوجهين.

(الاول) انه فسر في جملة من الروايات، لعلها تبلغ ستين رواية، تدل على أن المراد من الملك العظيم، هي الطاعة، و المراد من قوله تعالى: (أَمْ يَحْسُدُونَ النَّاسَ) الاثمه الاطهار (ع)- فانهم محسودون- و مدرك هذه الروايات و مصادرها، كتاب بحار الأنوار الجزء (٢٣) و اصول الكافي، الجزء (١) باب فرض طاعة الاثمه و تفسير نور الثقلين، و نحن نذكر بعض الروايات من باب التيمن، و التبرك، من أراد أن يطلع عليها تفصيلا فليرجع الى المصادر المذكوره.

(منها) ما ذكره الحسين بن محمد عن معلى بن محمد عن الوشاء عن حماد بن عثمان عن أبي الصباح قال: سألت أبا عبد الله (عليه السلام) عن قول الله عز و جل: (أَمْ يَحْسُدُونَ النَّاسَ عَلَىٰ مَا آتَاهُمُ اللَّهُ مِنْ فَضْلِهِ) فقال: يا أبا الصباح نحن و الله الناس المحسودون (٢)

و (منها) ما ذكره محمد بن يحيى، عن أحمد بن محمد، عن الحسين بن سعيد عن النضر بن سويد، عن

يحيى الحلبي، عن محمد الاحول، عن حمران بن أعين قال:

قلت لأبي عبد الله (عليه السلام) قول الله عز و جل: «فَقَدْ آتَيْنَا آلَ إِبْرَاهِيمَ الْكِتَابَ»؟ فقال النبوه، قلت «الحكمه»؟ قال: الفهم و القضاء، قلت «و آتيناهم ملكا عظيما»؟

(١) - سورة النساء الايه (٥٤)

(٢) - اصول الكافي الجزء (١) الصفحه (٢٠٦) الحديث (٣)

دراساتنا من الفقه الجعفري، ج ٣، ص: ٤١

فقال: الطاعه «١».

و الحاصل أن المستفاد من الايه، بضوء هاتين الروايتين أن اطاعه النبي و الائمه واجبه، و مقتضى الاطلاق أن تكون الاطاعه مفروضه على جميع الموجودات بلا تقييد، و من الواضح أنه لا معنى للولايه التكوينييه الا هذا.

(الثاني) أن سليمان بن داود، دعا الله سبحانه و تعالى، أن يعطيه ملكا، لا ينبغي لأحد بعده، فاستجاب دعاه، و أعطاه الملك و السلطه على عالم الكون، كما هو صريح عدّه من الآيات.

و مع ذلك لم يتصفه القرآن بالعظمه، و لكنه وصف الملك الذي أعطاه لآل ابراهيم بالعظمه بقوله تعالى: «فَقَدْ آتَيْنَا آلَ إِبْرَاهِيمَ الْكِتَابَ وَ الْحِكْمَةَ، وَ آتَيْنَاهُمْ مُلْكًا عَظِيمًا» «٢»

و اذا كان ملك سليمان مع عدم اتصافه، بالعظمه في القرآن يقتضى تصرفه في الكون، فالملك المعطى لآل ابراهيم يقتضى ذلك بطريق أولى.

الا أن التأمل، في بعض الروايات الوارده، في المقام يعطى أن المقصود بالملك العظيم، اطاعه أوامرهم كما نقل ذلك في تفسير البرهان، بسند معتبر عن أبي جعفر (عليه السلام) في ذيل الايه الشريفه، في جواب السائل، حيث سأله ما المراد من الملك العظيم،

قال (عليه السلام): ان المراد من الملك العظيم، أن جعل فيهم أئمه من اطاعهم اطاع الله و من عصاهم عصى الله فهو الملك العظيم. «٣»

و (منها) قوله تعالى «وَلَوْ أَن قُرْآنًا سُيِّرَتْ بِهِ الْجِبَالُ أَوْ قُطِّعَتْ

(١) - اصول الكافي الجزء (١) الصفحة (٢٠٦) الحديث (٣)

(٢) - سورة النساء الايه (٥٤)

(٣) - تفسير البرهان، الجزء (١) الصفحة (٣٧٧).

(٤) - سورة الرعد الايه (٣١).

دراساتنا من الفقه الجعفري، ج ٣، ص: ٤٢

و يمكن أن يقرب الاستدلال بالآيه، بتقريبين.

(الاول) انه يظهر من شأن نزول الايه، كما في مجمع البيان وغيره، أن مشركي مكه، منهم أبو جهل بن هشام، و عبد الله بن اميه المخزومي جلسوا خلف الكعبه، ثم أرسلوا الى النَّبِيِّ (صلى الله عليه و آله) فأتاهم فقال له عبد الله بن أميه، ان سر ك أن نتبعك فسير لنا جبال مكه بالقرآن، فأذهبها عنا حتى تنفسح، فانها ارض ضيقه، و اجعل لنا فيها عيوننا، و أنهارا، حتى نغرس و نزرع فلست كما زعمت أهون على ربك من داود (عليه السلام) حيث سخر لنا الريح، فنركبها الى الشام، فنقضى عليها حوائجنا، ثم نرجع من يومنا، فقد كان سليمان سخرت له الريح.

فكما زعمت لنا، فلست على ربك من سليمان، و احى لنا جدك قصيا أو من شئت من موتانا، لسأله أحق ما تقول أم باطل، فإن عيسى (على نبينا و عليه السلام) كان يحيى الموتى.

و لست بأهون على الله منه، فأنزل الله سبحانه و تعالى، هذه الايه، و النَّبِيِّ أيضا صدقهم في ذلك و لم ينكر وقوع هذه التصرفات، عن الانبياء المذكوره، فوقع هذه الكرامات و المعاجيز عنهم أمر لا ينكر.

فاذا ثبت هذا المنصب العظيم لانبياء السالفين، يثبت للرسول الاعظم بطريق اولى.

لكونه أفضل منه باعتراف الخصم.

(الثانى) انه يستفاد من بعض الروايات على أن المراد من (القرآن الذى سيرت به الجبال ...) هم الائمة (عليه السلام) كما تدل على ذلك، ما رواه محمد بن

يحيى، عن أحمد بن أبي زاهر أو غيره، عن محمد بن حماد. عن أخيه أحمد بن حماد، عن إبراهيم عن أبيه عن أبي الحسن الأول (عليه السلام) قال: قالت له: جعلت فداك أخبرني عن النبي صلى الله عليه وآله ورث النبيين كلهم؟

قال: نعم، قلت من لدن آدم حتى انتهى الى نفسه؟ قال: ما بعث الله نبيا الا و محمد صلى الله عليه وآله أعلم منه، قال قلت: ان عيسى بن مريم كان يحيى الموتى

دراساتنا من الفقه الجعفرى، ج ٣، ص: ٤٣

بأذن الله، قال صدف و سليمان بن داود كان يفهم منطق الطير و كان رسول الله صلى الله عليه وآله يقدر على هذه المنازل.

قال: فقال ان سليمان بن داود قال للهدهد حين فقده و شك في امره «فقال مالى لا أرى الهدهد أم كان من الغائبين» حين فقده.

فغضب عليه فقال: «لأعذبته عذابا شديدا أو لأذبحنه أو ليأتيني بسلطان ميين».

و انما غضب لأنه كان يدلله على الماء، فهذا- و هو طائر- قد أعطى ما لم يعط سليمان و قد كانت الريح و النمل و الانس و الجن و الشياطين و المردة له طائعين، و لم يكن يعرف الماء تحت الهواء، و كان الطير يعرفه و ان الله يقول فى كتابه:

«و لو أن قرآنا سيرت به الجبال أو قطعت به الارض أو كرم به الموتى» و قد ورثنا نحن هذا القرآن الذى فيه تسير به الجبال و تقطع به البلدان و يحيى به الموتى.. (١)

و أيضا روى بطريق العامه عن على عليه السلام انه قال: (نحن وارث القرآن الذى به تسير الجبال ...) (٢)

و يجب أن لا يخفى عليك ان التقريب الثانى أقرب الى

المقصود و أوفى بإفاده المدعى عن التقريب الأول، إلا أنه يمكن الأشكال من جهة عدم تماميه سند الروايات فلاحظ.

و (منها) قوله تعالى: (فَسَخَّرْنَا لَهُ الرِّيحَ تَجْرِي بِأَمْرِهِ) (٣)

تقريب الاستدلال بها- ان المستفاد من الايه، كون الريح مسخرا بأمر سليمان، فانه كان له ولايه عليها و على غيرها، من الموجودات، كما تدل عليها عده

(١)- اصول الكافي، الجزء (١) الصفحه (٢٢٦) و هذه الروايه نقلت أيضا في بصائر الدرجات.

(٢)- ملحقات احقاق الحق الجزء (٧) الصفحه (٥٩٢).

(٣)- سوره ص الايه (٣٥)

دراساتنا من الفقه الجعفري، ج ٣، ص: ٤٤

من الآيات، فاذا ثبتت ولايه سليمان و جواز تصرفه في الكون، ثبتت ولايه نبينا بطريق أولى لكونه أفضل منه باعتراف الخصم.

و منها قوله: تعالى: عَلَّمْنَا مَنْطِقَ الطَّيْرِ وَ أَوْتَيْنَا مِنْ كُلِّ شَيْءٍ (١).

تقريب الاستدلال بها، ان سليمان، كان عالما بمنطق الطير، و يتكلم معه و اوتى به كل شىء، فمقتضى اطلاقه، يشمل الولايه التكوينييه أيضا.

فانها أيضا اوتى به، فاذا ثبت ايتاء الولايه لسليمان بالآيه تثبت ولايه النبى و أوصيائه، بالفحوى.

مضافا بأن في المقام، روايه عن أبى الحسن موسى حيث قال (ع) أوتينا ما أوتى سليمان و ما لم يؤت أحدا من الانبياء (٢) و هذه الروايه، و ان كانت ضعيفه السند، الا أنها مؤيده للمقصود بلا كلام.

و منها قوله تعالى: «كُلُّ شَيْءٍ أَحْصَيْنَاهُ فِي إِمَامٍ مُّبِينٍ» (٣) بتقريب انه وردت في بعض الروايات (٤) ان المراد من قوله: «إِمَامٍ مُّبِينٍ» هو الرسول الاعظم (ص) و على (ع) فتدل الايه، على ان كل شىء اوتى بالنبى و الائمه حتى الولايه التكوينييه، كما هو مقتضى الاطلاق، فهذه عده من الآيات التى تدل، على ثبوت الولايه المطلقه، للنبى و أوصيائه الكرام، و ان أمكن الاستدلال

على المدعى، بعده من الآيات أيضا، الا أنه خارج عن عهده كتابنا هذا اذا الكتاب فقهي، لا كلامي

و أما الروايات فهي على طائفتين.

اشاره

(الطائفة الاولى) ما دلت على أن النبي و الائمه كان في وسعهم، التصرف في

(١)- سورة النمل: ١٦

(٢)- تفسير نور الثقلين جلد ٤ ص ٤٥٩

(٣)- سورة يس: ١٢

(٤)- تفسير نور الثقلين، الجزء (٤) الصفحة (٣٧٩)

دراساتنا من الفقه الجعفري، ج ٣، ص: ٤٥

في الكون و نواميس الطبيعه.

(الطائفة الثانيه)، ما دلت على وقوع ذلك التصرف منهم.

أما (الطائفة الاولى) [ما دلت على أن النبي و الائمه كان في وسعهم، التصرف في الكون و نواميس الطبيعه].

فهي فوق حد التواتر، و لذا لا يحتاج الى البحث في سندها، مع أن ملاحظه بعضها يوجب الوثوق بصدورها، مضافا الى ذلك أن فيها ما تكون معتبره من حيث السند أيضا، و ذكر جميع الروايات الوارده في الباب خارج عن موضوع كتابنا، و لا احتياج الى ذكر الجميع فنذكر جمله منها من باب التيمن و التبرك.

(منها) ما عن الصادق (ع) سبحان الذي سخر للإمام كل شىء و جعل له مقاليد السماوات، و الارض لينوب عن الله في خلقه «١» تقريب الاستدلال بها- انه يستفاد من الروايه، كون كل شىء، مسخرا للإمام، حتى مقاليد السماوات، و الارض بيده، و اختياره، لينوب عن الله في مخلوقاته، بان يكون امره نافذا فيها، و ليست الولايه المبحوث عنها الا هذا.

و منها ما عنهم (ع) حينما نزل جبرئيل على النبي في انشقاق القمر، و قال يا رسول الله ان الله يقرئك السلام، و يقول: لك انى قد امرت كل شىء بطاعتك. «٢»

تقريب الاستدلال بها، ان كل ما فى الوجود مأمور بطاعه اوامر النبى (ص) كما يستفاد ذلك من قوله تعالى: «قد امرت كل شىء بطاعتك» و لا نعنى من الولاية إلا هذا.

و منها ما رواه محمد بن يحيى العطار عن احمد بن ابى زاهر عن الحسن بن موسى عن على بن حسان عن عبد الرحمن بن كثير قال:

(١) - مدینه المعاجز الصفحه (٤١٢)

(٢) - تفسير القمی فی ذیل تفسیر آیه شق القمر.

دراساتنا من الفقه الجعفری، ج ٣، ص: ٤٦

ولاه امر الله و خزنه علم الله و عیبه و حی الله «١» فدلالته علی المدعی اوضح من أن یخفی.

و منها ما رواه علی بن محمد عن سهل بن زیاد عن موسى بن القاسم بن معاویه و محمد بن یحیی عن العمر کی بن علی جمیعا عن علی بن جعفر عن ابی الحسن موسى قال: قال ابو عبد الله ان الله عز و جل خلقنا فأحسن خلقنا و صورنا فأحسن صورنا و جعلنا خزانه فی سمائه و ارضه و لنا نطق الشجره «٢»

بتقریب انه یتستفاد من الروایه، أن الشجره، نطقت مع الائمه (ع) و لیس هذا، الا- من باب الولایه علی الكون مضافا الی ذلك یفهم المقصود أيضا من قوله (ع):

و جعلنا خزانه فی سمائه و ارضه فتدبر ...

و (منها) ما عن الباقر (علیه السلام) و فوض إلینا، امور عبادہ، فنحن نفعل باذنه ما نشاء، و نحن اذا شئنا شاء الله، و اذا أردنا اراد الله ... «٣»

و (منها) باب أنهم الحجبه علی جمیع العلائم، و جمیع مخلوقات، فی ضمن قصه علی و سلیمان. «٤»

و (منها) ما عن علی ان اسم الله أعظم علی اثنين و سبعین حرفا، و كان عند آصف ابن برخیا، حرف واحد، فتکلم به فخسف الله عز و جل الارض ما بینه و بین عرش بلقیس الی أن قال و عندنا و الله اثنان و سبعون حرفا. «٥»

(١) - اصول الکافی المجلد ١ ص ٢٧٥.

(٢) - اصول الکافی المجلد ١ ص ٢٧٣.

(٣) - بحار الأنوار الجزء (٧) الصفحه (٢٨٨) طبع

(٤)- بحار الأنوار الجزء (٧) الصفحة (٣٦٦) طبع قديم

(٥)- نفس المصدر

دراساتنا من الفقه الجعفري، ج ٣، ص: ٤٧

و (منها) ما ذكر في باب انهم يقدرون على احياء الموتى، و ابراء الاكمه و الابرص. «١»

و (منها) ما ذكر في باب انهم (عليه السلام) سخر لهم السحاب، و يسر لهم الاسباب «٢».

و (منها) ما ذكر في قصه سليمان و (منها) ما عن علي (ع) و الله لو شئت لمددت، يدي هذه القصيره، في أرضكم هذه الطويله، و ضربت بها صدر معاويه بالشام «٣»

و في هذه الابواب المذكوره، روايات متظافره بل بلغت فوق حد التواتر داله على ولايتهم صلوات الله عليهم و أعرضنا عن ذكره روما للاختصار، هذا تمام الكلام في الطائفة الاولى من الروايات.

الطائفة الثانيه - و هي ما تدل على وقوع التصرف، منهم عليه السلام.

و هي أيضا، بلغت في الكثره، فوق حد التواتر، كما هو ظاهر لمن تتبع الروايات الداله على المعجزات الصادره عنهم (ع) و لذا لا يحتاج الى البحث في سندها و نحن نذكر بعضها تيمنا، ان شئت التفصيل راجع الى الكتب، المفصله، المدونه لذلك.

منها- ما حدث ابو الحسين احمد بن الحسين العطار قال: حدثني ابو جعفر محمد بن يعقوب الكليني صاحب كتاب الكافي قال: حدثني علي بن ابراهيم بن هاشم عن الحسين بن محبوب عن الحسن بن رزين القلاء عن الفضل بن يسار عن الباقر عن ابيه عن جده الحسين بن علي (ع) قال لما رجع أمير المؤمنين (ع) من قتال اهل

(١)- بحار الأنوار الجزء (٧) الصفحة (٣٦٤)

(٢)- بحار الأنوار الجزء (٧) الصفحة (٣٦٠)

(٣)- بحار الأنوار الجزء (١٤) من الصفحة (٧٩) الى صفحه (٨٤)

دراساتنا من الفقه الجعفري، ج ٣، ص: ٤٨

النهروان أخذ على النهروانات و اعمال العراق و لم يكن يومئذ قد بنيت بغداد فلما وافى

ناحيه براثا صلى بالناس الظهر و رحلوا و دخلوا فى أرض بابل و قد وجبت صلاه العصر فصاح المسلمون يا امير المؤمنين هذا وقت العصر قد دخل.

فقال: امير المؤمنين (ع) هذه ارض مخسوف بها و قد خسف الله بها ثلاثا و عليه تمام الرابعه و لا تحل لوصى ان يصلى فيها و من اراد منكم ان يصلى فليصل فقال المنافقون نعم هو لا يصلى و يقتل من يصلى يعنون اهل النهروان، قال جويريه بن مسهر العبدى فتبعته فى مائه فارس و قلت و الله لا اصلى او يصلى هو، و لأقلدنه صلاتى اليوم قال: و سار امير المؤمنين عليه السلام الى قطع ارض بابل و تدلت الشمس - للغروب ثم غابت و احمر الافق قال: فالتفت الى امير المؤمنين عليه السلام و قال: يا جويريه هادت الماء قال فقدمت اليه الاداوه فتوضأ ثم قال أذن يا جويريه فقلت فى نفسى اذن العصر و قد غربت الشمس و لكن على الطاعه فاذنت فقال اقم ففعلت و اذا انا فى الاقامه اذ تحركت شفثاه بكلام كأنه منطلق الخطاطيف لم افهم ما هو فرجعت الشمس بصريه عظيم حتى وقفت فى مركزها من العصر فقام عليه السلام و كبر و صلى و صلينا ورائه ... الخ « ١ ».

منها- ما يرفعه الى عمار بن ياسر قال: كنت عند أمير المؤمنين عليه السلام و قد خرج من الكوفه اذ عبر بالضيعه التى يقال لها البجله على فرسخين من الكوفه فخرج منها خمسون رجلا من اليهود، و قالوا: انت على بن ابى طالب الامام؟

فقال: انا ذا، فقالوا. لنا صخره مذكوره فى كتبنا عليها اسم سته من الانبياء و ها نحن نطلب الصخره، فلا نجدها فان

كنت اماما فلو جردنا الصخره، فقال عليه السّلام اتبعونى قال عمار: فسار القوم خلف امير المؤمنين الى ان استتبطن بهم البر و اذا بجبل من رمل عظيم فقال عليه السّلام أيتها الرياح انسفى الرمل عن الصخره فما كان إلا ساعه نسفت

(١)- كتاب عيون المعجزات ص ٨

دراساتنا من الفقه الجعفرى، ج ٣، ص: ٤٩

الرمل، و ظهرت الصخره «١»

و (منها) ما ذكر فى باب المحشر، عن عمرو بن مره، قال بينا عند امير المؤمنين على بن أبى طالب (عليه السّلام)، اذا تحركت الارض، فجعل يضربها بيده، ثم قال مالك فلم تجبه، ثم قال مالك فلم تجبه، ثم قال أما و الله لو كان هيه لحدثنى، و انى لأنا الذى تحدث الارض أخبارها أو رجل منى. و رواه الصدوق فى العلل بإسناد آخر. ثم ضرب الارض بيده، ثم قال اسكنى فسكنت «٢».

و (منها) ما روى فى باب سائر ما جرى بينه (عليه السّلام) و بين معاويه، حيث نزل الحسن (عليه السّلام) عن المنبر بعد خطابته، و حضر المحفل رجل من بنى أميه، و كان شابا فاغلظ للحسن (عليه السّلام) كلامه، و تجاوز الحد فى السب و الشتم له، و لايه، فقال الحسن (عليه السّلام): اللهم غير ما به من النعمه، و اجعله اثنى ليعبر به، فنظر الاموى فى نفسه، و قد صار امرأه قد بدل الله له فرجه بفرج النساء و سقطت لحيته، فقال الحسن (عليه السّلام) اعزلى ما لكك و محفل الرجال فانكك امرأه، ثم شاع أمر الشاب الاموى و أتت زوجته الى الحسن (عليه السّلام)، فجعلت تبكى و تتضرع، فرقى له و دعا فجعله الله كما كان «٣».

و (منها) ما فى حديث الطرماح بن عدى و صعصعه بن

صوحان، ان امير المؤمنين (عليه السلام)، اختصم عليه خصمان، فحكم لأحدهما على الاخر، فقال المحكوم عليه ما حكمت بالسويه، ولا عدلت في الرعيه، ولا قضيتك عند الله بالمرضيه فقال امير المؤمنين (عليه السلام) اخساً يا كلب، فجعل في الحال يعوى «٤»

(١)- عيون المعزات، الصفحه (٣١)

(٢)- بحار الأنوار الجزء (٧) الصفحه (١١٢)

(٣)- بحار الأنوار الجزء (٤٤) الصفحه (٩٨) طبع جديد

(٤)- بحار الأنوار الجزء (٤١) الصفحه (٢٠٨) طبع جديد

دراساتنا من الفقه الجعفري، ج ٣، ص: ٥٢

(٣٤٧) الى (٣٦٢)

و معجزاته في اطاعه الارضيات من الجمادات و النباتات و تكلمها معه في الجزء (١٨) الباب (٣) من صحيفه (٣٦٣) الى (٣٩٠) و (منها) ما ظهر من اعجازه في الحيوانات بأنواعها و اخبارها بحقيقته و فيه كلام الشاه المسمومه، في الجزء (١٧) من البحار، من صفحه (٣٩٠) الى صفحه (٤٢١) الطبع الجديد.

و (منها) ما ذكر في باب ما يعاين المؤمن و الكافر عند الموت و حضور الاثمه عليهم السلام عند ذلك و عند الدفن، و عرض الاعمال عليهم في الجزء (٦) من البحار، الصفحه (١٩٥) الطبع الجديد.

و (منها) ما ذكر في باب دلالة الامامه، و ما يفرق به بين دعوى المحق و المبطل و فيه قصه حبابه الواليه، و بعض الغرائب، في الجزء (٢٥) من البحار، الصفحه (١٧٦) الطبع الجديد.

و (منها) ما ذكر في دعواته و معرفته بجميع اللغات في الجزء (١١) من البحار، الطبع الكمپاني الصفحه (١٢٢) الى صفحه (١٥٠) و كذا في صفحه (٢٣٨) و (١٥) و ٣٥.

و (منها) ما ذكر في باب معجزات امام التاسع (عليه السلام) نقلا عن بصائر الدرجات في الجزء (١٢) من البحار، الصفحه (١٠٧) و كذا في الجزء (١٦) الصفحه ٤٣ ما يدل

على معجزاته (عليه السلام).

و (منها) ما ظهر من معجزاته (عليه السلام) فى الجمادات و النباتات فى الجزء (٤١) الصفحه (٢٤٨) الطبع الجديد.

و (منها) ما ذكر فى تفضيلهم على الانبياء، و على جميع الخلق، فى الجزء (٢٦) من البحار الصفحه (٢٦) و (٢٦٧) و غير ذلك من الروايات الواردة فى المقام التى بلغت فوق حد التواتر بحيث لا يبقى ريب فى ثبوت الولاية للنبي و الأئمه صلوات الله عليهم لمن كان عنده أدنى التأمل و الانصاف.

دراساتنا من الفقه الجعفرى، ج ٣، ص: ٥٣

تنبيه و تحقيق

إذا ثبتت الولاية التكوينية، للنبي و الأئمه، بالآيات و الروايات هل الولاية التشريعية، أيضا تثبت بنفس هذه الأدله، بحيث لا يحتاج الى اقامه دليل مستقل عليها، أم لا يثبت بذلك، بل لا بد من اقامه الدليل عليه؟..

أفاد المحقق الاصبهانى فى حاشيته، أن الاستدلال بما دل على ثبوت الولاية التكوينية، لا تثبت الولاية التشريعية، بل لا بد من اقامه الدليل على جعل هذا الاعتبار لهم (ع)، لعدم الملازمه بينهما، اذ ليست إحداهما من مراتب الاخرى، حتى يكون الاستدلال بولايتهم بالمرتبه القويه على المرتبه الضعيفه من باب وجدانهم للمرتبه القويه، يحكم بوجودانهم للمرتبه الضعيفه، بل إحداهما حقيقيه، و الاخرى اعتباريه، فهما متباينان، لا مندرجان تحت حقيقه واحده، حتى يجرى فيه التشكيك، بالشده و الضعف، و يرد عليه أن ما ذكره من تغاير الولايتين، من حيث الوعاء، و ان كان فى غايه المتان، الا- أن ذلك لا يوجب، ان لا تكفى الأدله القائمه على الولاية التكوينية، عن اثبات التشريعية و السرّ فيه ان الله سبحانه و تعالى اعطاهم (ع) منصب الولاية التكوينية تعظيما، لهم و ترفيعا، لمقامهم، فالجبهه الموجهه لإعطاء الولاية التكوينية يقتضى اعطاء التشريعية أيضا، ليرتفع

بذلك شأنهم (ع) و مقامهم، و على هذا،

دراساتنا من الفقه الجعفرى، ج ٣، ص: ٥٦

النظر إلى أدله منكرى الولاية

إشاره

ربما توهم بعض الاباطيل - ان الالتزام بالولاية للنبي و الائمه غير صحيح، لأنه التزام بالولاية للغير، فى قبال ولاية الله، و هو مستلزم للشرك، و ان الولاية التكوينية، منحصره بذاته تعالى، و أما الرسول، فانه انما هو نذير، و بشير، و ليس له من الامر شىء الا البلاغ، و استدلال لإثبات مدعاه الباطل، بعده من الآيات، نحن نذكرها و نجيب عنها.

منها قوله تعالى: «لَيْسَ لَكَ مِنَ الْأَمْرِ شَيْءٌ أَوْ يَتُوبَ عَلَيْهِمْ أَوْ يُعَذِّبَهُمْ فَإِنَّهُمْ ظَالِمُونَ»

«١». تقريب الاستدلال بها- ان لفظه شىء، فى الايه، نكره فى سياق النفي، فهى تفيد العموم، فتدل الايه على عدم ولاية النبى على شىء من الامور فالترام بثبوت الولاية لهم، مردود، بهذه الايه.

و يمكن الجواب عن الاستدلال، بالآيه بوجهين..

الوجه الاول- ان الايه الشريفه، تاره تلاحظ، بظاهاها بلا اتكاء فى تفسيرها على الروايه، و اخرى تلاحظ مع ملاحظه الروايات الوارده فى تفسير الايه.

(١)- سورة آل عمران: ١٢٨

دراساتنا من الفقه الجعفرى، ج ٣، ص: ٥٧

و اما على الاول- اعنى تفسير الايه بظاهاها بلا ملاحظه الروايات، فالايه- كما ترى- اجنبية عن الدلاله، على نفي الولاية، لان المراد من قوله تعالى: «او يتوب عليهم او يعذبهم» الكفار، فتكون معنى الايه، ان عذاب الكفار، او قبول توبتهم، ليس بيد النبى صلى الله عليه و آله بل بيده سبحانه و تعالى و انما وظيفه الرسول، تبليغ الاحكام فقط- و عليه- فان الايه، لا دلالة لها على مطلوب الخصم، بوجه من الدلاله، كما هو ظاهر لمن تأمل فى الايه مع سياقها ...

و اما على الثانى- بان ينظر الايه، بملاحظه الروايات «١» الوارده فى تفسيرها فالايه، نزلت فى شأن الامام على بن أبى طالب (عليه السلام) فالمراد من الامر، فى الايه، الامر المعهود، اعنى الولاية، فيكون معنى الايه، ان ولاية على (عليه السلام)

امرها بيده سبحانه و تعالى، و ليست مجعوله، من قبل النَّبِيِّ (صلى الله عليه و آله) كما زعم المنافقون و ليس بيده سبحانه و تعالى، و على هذا أيضا تكون الايه اجنبيه، عن افاده مراد الخصم، بل تظهر منها خلاف مقصوده عند التأمل.

الوجه الثاني - انه نفرض ظهور الايه، فى نفى الامر التكويني عن النَّبِيِّ (صلى الله عليه و آله) و لكننا نقول ان الايه، تدل على نفى الامر الاستقلالى، عنه (صلى الله عليه و آله) تبيينها بأنه ليس مستقلا فى الامور فان الامور التى تكون، بيده (صلى الله عليه و آله) انما هى باذن الله سبحانه و تعالى و ارادته، و نحن أيضا لا نعتقد، الا بهذا المعنى من الولاية.. فان مناصب النَّبِيِّ كلها، انما هى من الله سبحانه و تعالى، و ليس له من نفسه شىء الا ما أعطاه الله جل و علا.

فتلخص، ان الايه لا تدل، على نفى ولاية الرسول، على اى حال.

و (منها) - قوله تعالى: [وَمَا مُحَمَّدٌ إِلَّا رَسُولٌ قَدْ خَلَتْ مِنْ قَبْلِهِ الرُّسُلُ ...]

«وَمَا مُحَمَّدٌ إِلَّا رَسُولٌ قَدْ خَلَتْ مِنْ قَبْلِهِ الرُّسُلُ أَمْ لَنْ يُؤْمِنَ الَّذِينَ كَفَرُوا لِقَوْلِ رَسُولٍ كَذَّبَ بِتِلْكَ الْآيَاتِ الَّتِي أُتِيَ بِهَا رُسُلُ رَبِّهِمْ لَوْ كَانُوا يَعْلَمُونَ إِنَّهُمْ كَانُوا مُتَعَبًا مِمَّا ظَنَنُوا أَنَّهُمْ كَانُوا يَكْفُرُونَ» [سورة الاحزاب: ٣٤] و «وَمَا مُحَمَّدٌ إِلَّا رَسُولٌ قَدْ خَلَتْ مِنْ قَبْلِهِ الرُّسُلُ أَمْ لَنْ يُؤْمِنَ الَّذِينَ كَفَرُوا لِقَوْلِ رَسُولٍ كَذَّبَ بِتِلْكَ الْآيَاتِ الَّتِي أُتِيَ بِهَا رُسُلُ رَبِّهِمْ لَوْ كَانُوا يَعْلَمُونَ إِنَّهُمْ كَانُوا مُتَعَبًا مِمَّا ظَنَنُوا أَنَّهُمْ كَانُوا يَكْفُرُونَ» [سورة الاحزاب: ٣٤]

(١) - تفسير البرهان المجلد ١ ص ٣١٤ حديث ٢ و ٣

دراساتنا من الفقه الجعفرى، ج ٣، ص: ٦٠

هو أيضا يكون بتوفيقه و عونته و هذا اعتراف بالعبوديه، و اضافته الحول و القوه اليه تعالى، و الحاصل ان هذه الايه و نظائرها تدل على سلب القدره الاستقلاليه عن النَّبِيِّ صلى الله عليه و آله بمعنى انه لا يملك ضرا و لا نفعا بالاستقلال، و اما نفى الولاية التكوينية المدعاه فى المقام فالايه اجنبيه عنه.

و (ثالثا) يستفاد من بعض الروايات «١» الواردة فى تفسير

الايه، انها نزلت فى ولايه على عليه السّلام، حيث زعم المنافقون، أن نصبه عليه السّلام للخلافه، هو من عند النّبى صلى الله عليه وآله، فنزلت الايه على الرسول الاعظم، لتؤكد ان الولايه المطلقه لعلى عليه السّلام مجعوله من قبل الله تعالى، و قل للمنافقين انى ما نصب عليا للإمامه بل انما أنا مأمور بابلاغ امامته للناس، و لا أقدر أن اخالف ربي بذلك فلا بدلى من ابلاغ رسالات ربي، اذا أخالف أوامر ربي فلن يجيرنى أحد من عذاب الله، و أما اذا بلغت ولايه على عليه السّلام، و خالفت هوى الناس فالله حسبي و كفى، و على هذا أيضا ان الايه أجنيبه عن الدلاله على مقصود الخصم كما ترى.

و (منها) قوله تعالى: «وَلَا يَأْمُرُكُمْ أَنْ تَتَّخِذُوا الْمَلَائِكَةَ وَالنَّبِيِّينَ أَرْبَابًا أَيَأْمُرُكُمْ بِالْكُفْرِ بَعْدَ إِذْ أَنْتُمْ مُسْلِمُونَ».

«٢» تقريب الاستدلال به- ان الله سبحانه و تعالى، نهى عن أخذ النبيين أربابا، و مع ذلك كيف يجوز الالتزام بولايتهم على الكون.

(الجواب عنه)- ان كلمه الرب مأخوذه من رب، و هو المالك المصلح و المربي، و منه الربيه، و هو لا يطلق على غيره سبحانه و تعالى، الا مضافا الى شىء، فيقال: رب السفينه، رب الدار، رب الضيف، اذا عرفت ذلك فنقول:

ان الارباب فى الايه بمعنى الآلهه، فالايه تدل على النهى عن أخذ النبيين آلهه لا نفسهم،

(١)- تفسير البرهان الجزء (٥) الصفحه (٣٩٢)

(٢)- سوره آل عمران الايه (٧٩)

دراساتنا من الفقه الجعفرى، ج ٣، ص: ٦١

و نحن أيضا نقول: بحرمته و أين هذا من الدلاله على نفى الولايه.

و (منها) قوله تعالى: «فَذَكِّرْ إِنَّمَا أَنْتَ مُذَكِّرٌ لَسْتَ عَلَيْهِمْ بِمُصَيِّرٍ»

«١» تقريب الاستدلال بها- ان الله سبحانه و تعالى ينفى صيطره النّبى على الناس، فاذا لم يكن مصيطرا على الناس، فكيف يكون مصيطرا على الكون، فانه مذكر ليس الا: و لا يكون له منصب آخر، كما يستفاد ذلك الحصر من كلمه انما.

(الجواب عنه) اولاً أن الايه تدل على سلب السيطره الاستقلاليه عن النّبى صلى الله عليه وآله بانه ليست قدرته ذاتيه و نحن لا ننكر هذا المعنى، بل نقول ان صيطره النّبى و قدرته انما هى باذن الله تبارك و تعالى، و الايه لا تنفى المعنى الذى ذكرناه.

و (ثانيا) ان هذه الايه و نظائرها انما تكون فى مقام تسليه الرسول (صلى الله عليه وآله)، و دفع تأثيره، بمعنى أنت يا رسول الله لا تتأثر من كفرهم و لا تحزن، بعد أداء وظيفتك و رسالتك، فانما أنت مذكر، فقد ذكرتهم أحكام الإسلام، و أما اجبارهم على الإسلام بالقهر و السيطره فلست مأمورا به.

و (منها) قوله تعالى «مَا كَانَ لِي مِنْ عِلْمٍ بِالْمَلَأِ الْأَعْلَىٰ إِذْ يَخْتَصِمُونَ»

«٢» تقريب الاستدلال به - أن النَّبِيَّ (صلى الله عليه و آله)، اذا نفى علمه بالملأ-الا- على كما هو صريح الايه، فكيف تكون له ولايه على السماء و الارض.

(الجواب عنه) اولاً- أن الايه تدل على نفى علم الغيب عن النَّبِيَّ (صلى الله عليه و آله) و أما الولايه فالايه أجنبيه عنها كما هو واضح.

و (ثانياً) لا- نسلم دلالة الايه على نفى علم الغيب عن النَّبِيَّ (صلى الله عليه و آله) مطلقاً بل انها كمنظائرها، تدل على نفى العلم الاستقلالى عنه، كيف يمكن الالتزام بجهل النَّبِيَّ بالملأ-الا-على و الحال ان الله سبحانه و تعالى ارى ابراهيم على نبينا و عليه السلام ملكوت

(١)- سورة الغاشيه الايه (١)

(٢)- سورة ص الايه (٦٩)

دراساتنا من

و الجمع بين الروايات: يتم بأن تحمل الروايات الداله، على نفى علم الغيب على ما اذا لم يرد الامام أن يعلمه، و لك أن تحملها على نفى العلم الاستقلالى عنهم صلوات الله عليهم.

و تحمل الروايات الداله على اثباته مطلقا، على أن الامام اذا أراد أن يعلم شيئا، يعلمه الله تعالى، بقريته الروايات الداله، على ذلك أعنى الطائفة الثالثه. فصفوه الكلام فى المقام أن النبى و الائمه عليهم السلام، عالمون بما كان، و بما يكون، و بما هو كائن اذا أرادوا أن يعلموا فان الله تعالى يعلمهم ذلك.

و (أما الآيات)، فطائفتان، طائفة منها تدل على نفى علم الغيب عن غيره سبحانه و تعالى كقوله تعالى: (إِنَّمَا الْعَيْبُ لِلَّهِ) «١» و قوله تعالى (وَ عِنْدَهُ مَفَاتِحُ الْعَيْبِ لَا يَعْلَمُهَا إِلَّا هُوَ) «٢» و قوله تعالى: (قُلْ لَا يَعْلَمُ مَنْ فِي السَّمَاوَاتِ وَ الْأَرْضِ الْعَيْبَ إِلَّا اللَّهُ) «٣»

و طائفة أخرى منها- تدل على ثبوت علم الغيب للنبي (صلى الله عليه و آله) و الائمه (ع) كقوله تعالى: (عَالِمُ الْعَيْبِ فَلَا يُظْهِرُ عَلَىٰ غَيْبِهِ أَحَدًا إِلَّا مَنِ ارْتَضَىٰ مِنْ رَسُولٍ) «٤» و قال أبو جعفر (عليه السلام) «و كان و الله محمد ممن ارتضاه» الى أن قال (عليه السلام) (فهو العلم الذى انتهى الى رسول الله صلى الله عليه و آله ثم إلينا) «٥»

(فهاتان الطائفتان)، و ان كان بينهما التعارض البدوى، و لكنه عند التأمل يجمع بينهما بحسب المتفاهم العرفى، بحمل الآيات النافيه، على نفى العلم الذاتى

(١)- سورة يونس الايه (٢٠)

(٢)- سورة انعام الايه (٥٩)

(٣)- سورة نمل الايه (٦٧)

(٤)- سورة جن الايه (٢٦ و ٢٧)

(٥)- اصول الكافي الجزء (١) الصفحه (٢٥٦)

دفعاً لتوهم بعض الجهال من الغلاة وغيرهم، حيث كانوا معتقدين بكون الرسول صلى الله عليه وآله والائمة عالمين بالغيب، بالارادة الاستقلالية، وتحمل الآيات المثبتة على كونهم عالمين بذلك باذن الله تعالى، والآيات النافية لا تنفى هذا المعنى، كما عرفت.

و على هذا لا تعارض بين الطائفتين، لعدم نفى إحداهما ما يشتهه الاخرى و بالعكس.

و ان شئت قلت، ان العرف لا يرى التعارض بينهما، فان غايه ما يستفاد من الآيات النافية عدم كون غيره عالماً بالغيب، لكنها مخصصة بالآيات الدالة على اعطاء علم الغيب لمن ارتضاه الله تعالى و يعطيه.

هذا تمام الكلام فى علم النبى و الائمة و التفصيل فيه خارج عن وضع كتابنا هذا.

و من الآيات التى استدلت بها على نفى الولاية التكوينية قوله تعالى: «قُلْ إِنَّمَا أَنَا بَشَرٌ مِّثْلُكُمْ يُوحَىٰ إِلَيَّ أَنَّمَا إِلَهُكُمُ إِلَهُ وَاحِدٌ فَمَنْ كَانَ يَرْجُوا لِقَاءَ رَبِّهِ فَلْيَعْمَلْ عَمَلًا صَالِحًا وَ لَا يُشْرِكْ بِعِبَادَةِ رَبِّهِ أَحَدًا». «١»

(تقريب الاستدلال) به أن النبى صلى الله عليه وآله، قد اعترف بكونه بشراً كغيره، و انما امتاز عن غيره من جهة واحده فقط، و هى كونه متصلاً بالوحي، فى اخباراته، كما يدل على ذلك قوله (يوحى الى) و الالتزام بثبوت الولاية التكوينية له صلى الله عليه وآله خلاف اعترافه.

(الجواب عنه) ان الايه نزلت لدفع بعض التخيلات الفاسده التى كانت داخله فى اذهان الناس و هو انكار نبوه النبى الاعظم صلى الله عليه وآله، كما روى ذلك عن الامام أبو محمد العسكري عليه السلام عن أبيه، عن على بن محمد فى حديث طويل، فى مناظره جماعه من قريش و عن رسول الله صلى الله عليه وآله.

قال: عليه

السلام أنزل الله تعالى يا محمد! قل انما أنا بشر مثلكم، يعنى آكل الطعام يوحى الى انما إلهكم إله واحد، يعنى قل لهم: انا فى البشريه مثلكم، و لكن

(١) - سورة كهف الايه (١١٠)

دراساتنا من الفقه الجعفرى، ج ٣، ص: ٦٦

خصنى ربى بالنبوه دونكم، كما يخص بعض البشر بالغنى والصحه والجمال، دون بعض من البشر، فلا تنكروا أن يخصنى أيضا بالنبوه..» (١)

(و يمكن أن يقال) كما قيل: ان الايه نزلت لدفع بعض التخييلات الفاسده، و هو تخيل ألوهيه النبى بعد مشاهده اعجازه صلى الله عليه وآله، و اخباراته عن المغيبات، كى تؤكد أن اخبارات النبى صلى الله عليه وآله ليست من نفسه، بل يوحى اليه، والمراد من قوله تعالى (لَا يُشْرِكُ بِعِبَادَةِ رَبِّهِ..) شرك رياء كما نطقت بذلك روايات وارده عن المعصوم عليهم السلام «٢».

و (منها) «قوله تعالى: قُلْ أَعْبُدُوا اللَّهَ أُنْخِذُوا لِيَا فَاطِرَ السَّمَاوَاتِ وَالْأَرْضِ»

«٣» بتقريب أن النبى صلى الله عليه وآله، ينفى ولايه غيره سبحانه و تعالى كما يدل عليه الاستفهام الانكارى فى الايه، و يثبتها لله سبحانه و تعالى فقط، فكيف يجوز لنا أن نثبت للنبى ما ينفى عن نفسه.

(الجواب عنه) أولا أن المستفاد من الايه عدم جواز اتخاذ النبى وليا على نفسه غيره سبحانه و تعالى، و أما غيره من أفراد البشر هل يجوز لهم اتخاذ غيره سبحانه و تعالى وليا على انفسهم أو لا يجوز؟ فالايه أجنبيه عنه، و لا ملازمه بينهما، فان اثبات أحدهما غير مثبت للآخر، و كذا نفيه، فيمكن أن لا يجوز اتخاذ النبى وليا على نفسه من البشر لكونه أفضل منهم، و عدم احتياجه اليهم، و لذا فان عليا عليه السلام له ولايه على ما سوى الله، الا النبى فلا ولايه له

على النَّبِيِّ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَآلِهِ لَمَا ذَكَرْنَا بِخِلَافِ غَيْرِهِ فَانْهَاجُوا لَهُمْ اتِّخَاذَ غَيْرِهِ سُبْحَانَهُ وَتَعَالَى مِنَ النَّبِيِّ وَالْإِثْمَةِ وَلِيَا عَلِيٍّ أَنفُسَهُمْ لَكُونَهُمْ مُحْتَاجِينَ إِلَيْهِمْ فِي الدُّنْيَا وَالْآخِرَةِ.

(١) - تفسير البرهان جلد (٢) الصفحة (٤٩٦)

(٢) - نفس المصدر

(٣) - سورة انعام الايه (١٤)

دراساتنا من الفقه الجعفري، ج ٣، ص: ٦٧

ثانيا ان الايه نزلت في مقام الجواب عن المشركين حيث قالوا: للرسول الاعظم صلى الله عليه وآله، ما الباعث على قيامك بهذه الدعوه الاسلاميه فان كانت دعوتك لأجل متاع الدنيا، فنحن نضع أموالنا تحت يدك، أو لأجل أن تكون علينا اميرا، فنحن نتبعك في ذلك و- عليه- فلا داعي للدعوه لاله غير آلهتنا، حتى تقع المحاربه بينك و بيننا.

فقال النَّبِيُّ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَآلِهِ: في جوابهم ان الغرض من هذه الدعوه، ليس متاع الدنيا، و لا طمع الاماره عليكم، بل أنا مأمور من قبل الله سبحانه و تعالى أن أرشدكم الى سبيل الهدايه و النجاه، و لا نريد منكم جزاء و لا شكورا، فانما أجرى على الله و هو نعم الولي

و (ثالثا) ان الايه لا- ترتبط بالولايه التكوينيّه أصلا، فان الولايه في الايه أمر اتخاذاً يوجد و ينعدم بالاخذ و عدمه، و الولايه التكوينيّه أمر خارجي، و هذا ظاهر.

و (منها) قوله تعالى: قُلْ لَسْتُ عَلَيْكُمْ بِوَكِيلٍ

«١» تقريب الاستدلال به- ان النَّبِيَّ إِذَا لَمْ يَكُنْ وَكِيلاً- لَعَدَهُ مِنَ النَّاسِ كَمَا اعْتَرَفَ بِهِ نَفْسِهِ، فَكَيْفَ تَكُونُ لَهُ الْوَلَايَةُ عَلَى مَا سِوَى اللَّهِ سُبْحَانَهُ وَتَعَالَى.

و فيه- ان الايه تكون في مقام بيان أن بعث العذاب من فوقكم أو من تحت أرجلكم يكون من القادر المتعال، و أما أنتم أيها المكذبون سوف تعلمون أن عاقبه تكذيبكم، بآياته سبحانه و تعالى،

يرجع إليكم، و لست عليكم بوكيل، اى لست بحافظ لأعمالكم، حتى اجازيكم بها، انما انا منذر و الله سبحانه هو المجازى- فإى ربط بين هذا المعنى و نفى الولاية.

و ملخص الكلام- أن مفاد الايه لا يرتبط بالولاية التكوينية و عدمها، و على فرض التنزل و تسليم دلالتها، فانها تدل على النفى بالنسبه الى مورد خاص، و أمر

(١)- سورة انعام الايه (٦٦)

دراساتنا من الفقه الجعفرى، ج ٣، ص: ٦٨

مخصوص، و لا يستفاد منها العموم.

و (منها) قوله تعالى: «وَمَا أَنْتَ عَلَيْهِمْ بِوَكِيلٍ» *

«١». و تقريب الاستدلال به قد ظهر من تقريب الاستدلال بالآيه السابقه.

و (الجواب عنه) أن النبى صلى الله عليه و آله كان اذا رأى اشتياق الناس الى عباده الاصنام، و جعلها شركاء لله سبحانه تعالى تأثر من ذلك، و كان يسعى لعلمهم يتركوا الشرك و لما لم يقدر بذلك كان متأثرا عن شركهم، فنزلت الايه لرفع التأثر و التحسر عن النبى صلى الله عليه و آله، يؤكد بأن الله سبحانه و تعالى اذا شاء أن يتركوا الشرك قهرا و اجبارا لا يضطرهم الى ذلك، الا أنه لم يضطرهم بما ينافى أمر التكليف، و أمرهم بتركه اختيارا ليستحقوا الثواب و المدح عليه، فلم يتركوه فأتوا به من قبل أنفسهم و أنت لست عليهم بوكيل اى لا- تقدر أن تجلبهم الى الخير كى لا يشركوا و انما أنت رسول، و عليك البلاغ، و علينا الحساب، و أنت اذا تأملت تعلم أن الايه اجنبية عن نفى الولاية التكوينية.

قمى، سيد تقى طباطبايى، دراساتنا من الفقه الجعفرى، ٢ جلد، مطبعه الخيام، قم - ايران، اول، ١٤٠٠ هـ ق دراساتنا من الفقه الجعفرى؛ ج ٣، ص: ٦٨

و (منها) قوله تعالى: «وَاللَّهُ أَعْلَمُ بِأَعْدَائِكُمْ وَكَفَى بِاللَّهِ وَلِيًّا، وَكَفَى بِاللَّهِ نَصِيرًا».

«٢» (بتقريب) أن الايه تدل على كونه سبحانه و تعالى كاف عبده، و لا يحتاج الى نصير بعد نصره الله له- و عليه- لا وجه للالتزام بولاية غيره.

(و فيه)- أن من عنده أدنى التأمل، لا يتمسك بهذه الايه لنفى الولاية التكوينية، لان الايه نزلت لتقوية قلوب المسلمين فى مقابل أعدائهم من اليهود، و أخبر سبحانه و تعالى بأنه أعلم بعداوه اليهود، حيث قال: (وَ اللَّهُ أَعْلَمُ بِأَعْدَائِكُمْ) أيها المؤمنون، فانتهاوا الى

اطاعتي فيما نهيتكم عنه من استنصاحهم في دينكم فاني أعلم بباطنهم

(١) - سورة انعام الايه (١٠٧)

(٢) -

دراساتنا من الفقه الجعفري، ج ٣، ص: ٦٩

منكم، ان ولايه الله لكم و نصرته اياكم، تغنيكم عن نصره هؤلاء اليهود، و من جرى مجراهم، ممن تطعمون في نصرته.

و لست أدري و ان كنت داريا- ان المستدل بأى ميزان من الموازين العلمى استدل بهذه الايه، مع ان فسادہ أظهر من الشمس.

و (منها) قوله تعالى: (وَتَوَكَّلْ عَلَى اللَّهِ وَ كَفَىٰ بِاللَّهِ وَكِيلًا) *

«١» قد ظهر لك تقريب الاستدلال، من ملاحظه الاستدلال بالآيه السابقه فلا نعيد.

و أما جوابه- ان الايه نزلت على النبي لتؤكد بان الجهال، و ان تولوا عنك، فأعرض أنت عنهم أيضا، و لا تخف منهم (و كفى بالله وكيلا) و لا احتياج لك اليهم، فأين هذا من الدلاله على نفى الولايه التكوينييه.

و (منها) قوله تعالى: «وَلَا يَجِدْ لَهُ مِنْ دُونِ اللَّهِ وَلِيًّا وَلَا نَصِيرًا»

«٢» (بتقريب) أن الايه صريحه، فى نفى الولايه و النصره عن غير الله سبحانه و تعالى، و هو المطلوب.

وفيه- أن الايه تدل على نفى الولايه الاستقلاليه، عن غيره سبحانه و تعالى بأن ما سوى الله تعالى لا يتمكن، أن يكون وليا و لا ناصرا بالاستقلال، و هذه عقيدتنا، فلا ينكره أحد من المسلمين، و لكن ولايه النبي صلى الله عليه و آله و نصرته، انما يكون باذن الله تعالى و ارادته فلا منافاه بين المقامين.

و (منها) قوله تعالى: «هَلْ كُنْتُ إِلَّا بَشَرًا رَسُولًا»

«٣» (بتقريب) أن النبي صلى الله عليه و آله، قد اعترف بعجزه، و قال: صلى الله عليه و آله انما أنا بشر مثلكم و ليس لى الا الرساله، فهذا هو المطلوب.

(١)- سوره نساء الايه (٨١)

(٢)- سوره النساء الايه (١٢٣)

(٣)- سوره أسرى الايه (٩٣)

دراساتنا من الفقه الجعفري، ج ٣، ص: ٧٠

الجواب عنه- ان الكفار قالوا للنبي صلى الله عليه و آله (لن نؤمن لك حتى تفجر لنا من الارض ينبوعا أو تكون لك جنة من

نخيل و عنب فتفجر الانهار خلالها تفجيرا) و غير ذلك من الامور المستحيله وقوعها فى الخارج عاده، كما ذكرت فى الايه، فامر الله سبحانه و تعالى للنبي قل سبحان ربي، و هو منزه من أن يفعل المعجزات، تابعا للاقتراحات و هذه الاشياء التى سألتموها فلا أقدر بنفسى أن آتى بها، كما لم يقدر من كان قبلى من الرسل، و ان الله تعالى انما يظهر الآيات المعجزه على حسب المصلحه، و قد فعل ذلك و من تأمل فى الايه ترى أنها أجيبه عن الدلاله لنفى الولاية التكوينية.

و (منها) قوله تعالى: «وَمَا أَرْسَلْنَاكَ عَلَيْهِمْ وَكِيلًا»

«١» تقريب الاستدلال به قد ظهر من تقريب الاستدلال بالآيه السابقه.

الجواب عنه- ان الايه تدل على أن غفران الناس و عذابهم انما هو باراده الله سبحانه و تعالى، و ما أرسلناك موكلا عليهم و لا حفيظا لأعمالهم حتى تدخل الايمان فى قلوبهم بالقهر و الغلبه، شاءوا أم أبوا، فأى ربط بين هذا المعنى و بين الولاية التكوينية.

و (منها) قوله تعالى: «أَلَيْسَ اللَّهُ بِكَافٍ عَبْدَهُ»

«٢» بتقريب أن القول بولاية النبي، يستلزم عدم كونه سبحانه و تعالى كافيا عبده، و هو ممنوع.

و (فيه) اولًا- ان الاستلزام ممنوع. و ثانيا ان الايه راجعه الى أن أجر المحسنين عند الله تعالى، و هو يكفى عبده فى ذلك، فأى ربط بين الايه و نفي الولاية؟.

و (منها) قوله تعالى [«قُلِ اللَّهُ أَعْلَمُ بِمَا لَبِثُوا لَهُ غَيْبُ السَّمَاوَاتِ وَ الْأَرْضِ أَبْصِرْ بِهِ وَأَسْمِعْ مَا لَهُمْ مِنْ دُونِهِ مِنْ وَلِيٍّ وَ لَا يُشْرِكُ فِي حُكْمِهِ أَحَدًا»]

قُلِ اللَّهُ أَعْلَمُ بِمَا لَبِثُوا لَهُ غَيْبُ السَّمَاوَاتِ وَ الْأَرْضِ أَبْصِرْ بِهِ

(١)- سورة الاسراء الايه (٥٤)

(٢)- سورة الزمر الايه (٣٦)

دراساتنا من الفقه الجعفرى، ج ٣، ص: ٧١

وَ أَسْمِعْ مَا لَهُمْ مِنْ دُونِهِ مِنْ وَلِيٍّ وَ لَا يُشْرِكُ فِي حُكْمِهِ أَحَدًا» (١)

تقريب الاستدلال به- أن الالتزام بالولاية التكوينية لغير سبحانه و تعالى يستلزم الشرك، و هو ممنوع فى الايه.

و الجواب عنه- ان الولاية الثابته للنبي انما كانت هى باذن الله تعالى كما تقدم تفصيلها و هل يتوهم العاقل بانها شرك بالله؟

و (منها) قوله تعالى: [وَإِنْ كَانَ كِبْرُ عَلَيْكَ إِعْرَاضُهُمْ فَإِنْ اشْتَطَعْتَ أَنْ تَبْتَغِيَ نَفَقًا فِي الْأَرْضِ أَوْ سُلْمًا فِي السَّمَاءِ فَتَأْتِيَهُمْ بِآيَةٍ]

وَإِنْ كَانَ كَبُرَ عَلَيْكَ إِعْرَاضُهُمْ فَإِنْ اسْتَطَعْتَ أَنْ تَبْتَغِيَ نَفَقًا فِي الْأَرْضِ أَوْ سُلَّمًا فِي السَّمَاءِ فَتَأْتِيَهُمْ بِآيَةٍ وَلَوْ شَاءَ اللَّهُ لَجَمَعَهُمْ عَلَى الْهُدَىٰ فَلَا تَكُونَنَّ مِنَ الْجَاهِلِينَ ﴿٢﴾

تقريب الاستدلال به ان الله سبحانه و تعالى فى مقام تعجيز النَّبِيِّ عن التصرف فى التكوين بقوله: (فَإِنْ اسْتَطَعْتَ ...) بمعنى أنك لا تقدر على أن تأتي بشىء من الامور المذكوره، فمع نفي الله سبحانه و تعالى ولايه النَّبِيِّ على الكون، كيف يمكن لنا أن نلتزم بثبوتها له صلى الله عليه و آله.

(الجواب عنه)- اولاً ان الناس لما أعرضوا عن الدين الاسلامى و كذبوا النَّبِيَّ صلى الله عليه و آله، فتحسر الرسول صلى الله عليه و آله من ذلك و تأثر فنزلت الايه تسليه للرسول بأن لا تحزن لأنك بلغت رسالتك و أنت لا تقدر، على أن تأتي بشىء، من الامور المذكوره و التصرف فيها، الا باذن الله تبارك و تعالى، و أنت ترى أن هذا المعنى لا ينافى الولايه التى ذكرناها للنبي صلى الله عليه و آله و الائمه (ع) و خلاصه الكلام أن الايمان و الكفر، أمران اختياريان، و ليس على الرسول

أن يجبرهم على ذلك، و الا يلزم كون البعث لغوا.

و (ثانيا) أن عدم قدره النَّبِيِّ في أمر خاص، لا يدل على النفي المطلق كما

(١) - سورة الكهف الايه (٢٤)

(٢) - سورة انعام الايه (٣٥)

دراساتنا من الفقه الجعفري، ج ٣، ص: ٧٢

هو واضح.

و (ثالثا) أن الولاية التكوينية التي ندعيها، للنبي صلى الله عليه و آله. يكون باجازه الله سبحانه و تعالى لا بالاستقلال من نفسه.

و (منها) قوله تعالى: «وَ أَلْفَ بَيْنَ قُلُوبِهِمْ لَوْ أَنْفَقْتَ مَا فِي الْأَرْضِ جَمِيعًا مَا أَلْفَتْ بَيْنَ قُلُوبِهِمْ وَ لَكِنَّ اللَّهَ أَلْفَ بَيْنَهُمْ إِنَّهُ عَزِيزٌ حَكِيمٌ»

«١» تقريب الاستدلال به - ان النَّبِيَّ لو كانت له ولايه على الانفس، لكان قادرا بتأليف قلوب الناس، و الحال أن اللازم منتف بالآيه، فكذلك الملزوم، أيضا ينتفى بانتفاء اللازم.

الجواب عنه - أن الايه تدل على أن تأليف القلوب مع ما فيه من الصعوبه، لا يمكن أن يحصل بالاسباب الظاهريه، من الانفاق و غيره فلو لم تتعلق به اراده الله تعالى، لم يمكن للرسول صلى الله عليه و آله، تأليف قلوبهم، و ازاله الضغائن الجاهليه «و لكن الله ألف بينهم» بحسن تدبيره و بالاسلام الذى هداهم اليه، و أنت اذا تأملت فى المعنى الولايه التى بينها سابقا تعلم أن الايه لا اشعار فيها، بنفى الولايه فضلا عن الدلاله عليها. مضافا بأن النفي الخاص لا يفيد للخصم شيئا كما هو اوضح من أن يخفى.

و (منها) قوله تعالى: «إِنَّكَ لَا تَهْدِي مَنْ أَحْبَبْتَ وَ لَكِنَّ اللَّهَ يَهْدِي مَنْ يَشَاءُ وَ هُوَ أَعْلَمُ بِالْمُهْتَدِينَ»

«٢» بتقريب - أن النَّبِيَّ لا يتمكن على هدايه من يحبه من امته، كما هو مفاد الايه، فكيف يمكن الالتزام بولايته على الكون.

و يمكن الجواب عنه حلا و نقضا، أما النقض فى موارد عديده نسبت الهدايه فيها

(١) - سورة الانفال الايه (٦٣)

(٢) - سورة قصص الايه (٥٦)

دراساتنا من الفقه الجعفري، ج ٣، ص: ٧٣

الى النَّبِيِّ الاعظم صلى الله عليه و آله.

(منها) قوله تعالى: «إِنَّمَا أَنْتَ مُنذِرٌ وَ لِكُلِّ قَوْمٍ هَادٍ» (١)

و (منها) وَ إِنَّكَ لَتَهْدِي إِلَى صِرَاطٍ مُسْتَقِيمٍ» (٢)

و (منها) هُوَ الَّذِي أَرْسَلَ رَسُولَهُ بِالْهُدَى وَ دِينِ الْحَقِّ لِيُظْهِرَهُ عَلَى الدِّينِ*

«٣» و غير ذلك من الآيات كما هو واضح لمن تأمل فيها. و كذا نسبت الهدايه، الى غيره أيضا، كقوله تعالى: «وَ أَضَلَّ فِرْعَوْنُ قَوْمَهُ وَ مَا هَدَى» (٤)

بتقريب- ان الله تعالى ذم فرعون، لعدم هدايته لقومه، فيعلم منه كونه قادرا بذلك، لان غير المقدور غير مذموم، و اذا ثبت تمكن فرعون من هدايه قومه، فهل يمكن أن يتوهم العاقل، عدم قدره النبي على ذلك.

و (منها) قوله تعالى «وَ لَقَدْ أَرْسَلْنَا مُوسَى بِآيَاتِنَا أَنْ أَخْرِجْ قَوْمَكَ مِنَ الظُّلُمَاتِ إِلَى النُّورِ وَ ذَكِّرْهُمْ بِأَيَّامِ اللَّهِ إِنَّ فِي ذَلِكَ لآيَاتٍ لِكُلِّ صَبَّارٍ شَكُورٍ»

«٥» فان موسى على نبينا و عليه السلام اذا كان قادرا على اخراج قومه من الظلمات الى النور، كيف يمكن الالتزام بعجز نبينا من ذلك مع كونه أفضل منه و من جميع الانبياء السلف.

و أيضا نسبت الهدايه الى نفس القرآن في موارد عديده، تبلغ في الكثره أزيد من عشرين موضعا، و نحن نذكر بعضها من باب التيمن و التبرك.

(منها) قوله تعالى: «إِنَّ هَذَا الْقُرْآنَ يَهْدِي لِلَّتِي هِيَ أَقْوَمُ»

«٦»

(١)- سورة رعد الايه (٧)

(٢)- سورة الصف الايه (٩)

(٣)- سورة الشورى الايه (٥٢)

(٤)- سورة طه الايه (٧٩)

(٥)- سورة ابراهيم الايه (٥)

(٦)- سورة الاسراء الايه (٩)

و (منها) «إِنَّا سَمِعْنَا قُرْآنًا عَجَبًا يَهْدِي إِلَى الرُّشْدِ فَآمَنَّا بِهِ» (١)
و (منها) «إِنَّا سَمِعْنَا كِتَابًا أُنزِلَ مِنْ بَعْدِ مُوسَى مُصَدِّقًا لِمَا بَيْنَ يَدَيْهِ يَهْدِي إِلَى الْحَقِّ»

«٢» و اما الحل فبوجهين، الاول انه يظهر من ملاحظه السياق، ان الله سبحانه، ينفي استقلال النبي صلى الله عليه وآله، و قد مر منا مرارا أن هدايه النبي، و ولايته انما هي باذن الله تعالى، و لا منافات بين الامرين، كما هو واضح.

(الثاني) أن الهدايه قسمان- ارائه الطريق. و الايصال الى المطلوب و الفرق بين هذين المعنيين، أن الثاني يستلزم الوصول الى المطلوب، بخلاف الاول، فان الدلاله على الشئ الذى يوصل الى المطلوب، لا تلزم أن تكون موصله الى ما يوصل، فكيف توصل الى المطلوب.

اذا عرفت ذلك فنقول: ان قوله تعالى: «إِنَّكَ لَا تَهْدِي مَنْ أَحْبَبْتَ» يمكن أن يحمل على المعنى الثاني بأن النبي ليس له الايصال الى المطلوب بلى له ارائه الطريق فقط فان شأنه ذلك و الحاصل أن نفي الهدايه عن النبي صلى الله عليه وآله لا- يرجع الى محصل، كيف يمكن ذلك مع أنه مبعوث للهدايه، و الإراءه، كما هو واضح لمن عنده أدنى درايه.

و من الآيات التى استدلت بها على نفي الولايه، قوله تعالى: «وَلَمْ يَكُنْ لَهُ شَرِيكٌ فِي الْمُلْكِ وَ لَمْ يَكُنْ لَهُ وَلِيٌّ مِنَ الذُّلِّ وَ كَبُرُهُ تَكْبِيرًا». (٣)

بتقريب ان الالتزام بالولايه للنبي صلى الله عليه وآله، يستلزم الشرك، و هو منفي بالآيه.

(١)- سورة الجن الايه (٢)

(٢)- سورة أحقاف الايه (٣٠)

(٣)- سورة الاسراء الايه (١١١)

و (منها) - قوله تعالى: «و ما أنتم بمعجزين في الارض و مالكم من دون الله من ولى و لا نصير».

«١» حيث نفت الايه اعجازه في الارض فانحصرت الولايه، بالله سبحانه و تعالى فقط و هو المدعى.

و فيه- قد مر منا مرارا، ان هذه الآيات، تدل على سلب الولايه الاستقلاليه، عن النَّبِيِّ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَ آلِهِ، و نحن غير منكرين له و نقول: أن ولايته تكون باذنه سبحانه و تعالى.

و الحاصل ان الاستفادة من الايه انه لا- يمكن الفرار عن سلطانه تعالى، مضافا بأن غايه ما يدعيه الخصم أن الايه تدل على المقصود بالاطلاق لكن نقول: انه تقييد و تخصص بالادله الداله على ولايته صلى الله عليه و آله.

و (منها) قوله تعالى: «مَثَلُ الَّذِينَ اتَّخَذُوا مِنْ دُونِ اللَّهِ أَوْلِيَاءَ كَمَثَلِ الْعَنْكَبُوتِ اتَّخَذَتْ بِئْتًا وَ إِنِ أَوْهَنَ الْبُيُوتِ لَبَيْتُ الْعَنْكَبُوتِ لَوْ كَانُوا يَعْلَمُونَ»

«٢». بتقريب أن أخذ ولايه غيره سبحانه و تعالى موهون، لا اعتبار به، فلا بد أن نلتزم بولايه الله تعالى، حتى يثبت أقدامنا.

الجواب عنه- ان الايه نزلت في ذم المنافقين الذين اتخذوا أولياء لأنفسهم، من اليهود، و غيرهم، و تركوا سبيل الرشاد، و أما الولايه التي تكون بامر الله تعالى، ليست مصداقه لمفاد هذه الايه، كما ترى.

و (منها) قوله تعالى: «قُلْ لَا أَمْلِكُ لِنَفْسِي نَفْعًا وَ لَا ضَرًّا ...»

«٣»

(١)- سورة الشورى الآيه (٣١)

(٢)- سورة عنكبوت الايه (٤١)

(٣)- سورة أعراف الايه (١٨٨) و سورة يونس الايه (٤٩)

دراساتنا من الفقه الجعفرى، ج ٣، ص: ٧٦

الجواب عنه- لا بد أن نسأل من هذا المستدل وجه عدم ذكره الايه بتمامها، هل يجوز الاستدلال على اطلاق المستثنى منه، بدون ذكر المستثنى- و أظن- و ان كان الظن لا يغنى من الحق شيئا- ان المستدل لم يذكر المستثنى فى الايه، خوفا لإفادتها خلاف مقصوده و نحن نذكر الايه بتمامها حتى يرى المتأمل المنصف مقدار دلالة الايه و هى قوله تعالى: «قُلْ لَا أَمْلِكُ لِنَفْسِي ضَرًّا وَ لَا نَفْعًا إِلَّا مَا شَاءَ اللَّهُ لِكُلِّ أُمَّةٍ أَجَلٌ إِذَا جَاءَ أَجْلُهُمْ فَلَا يَسْتَأْخِرُونَ سَاعَةً وَ لَا يَسْتَقْدِمُونَ».

و انها نزلت فى جواب اعتراض المشركين حيث وعد سبحانه و تعالى المكذبين عذاب القيامة، و آلامها، فاستعجلوا ذلك على سبيل التكذيب و الرد، و قالوا متى هذا الوعد الذى تعدنا به، فأجاب الرسول صلى الله عليه و آله انى لا أملك شيئاً من ذلك الا ما مكنى الله فكيف أملك تقديم القيامة، و تعجيل العقوبة، فانهما مرهونا أجلهما (و اذا جاء أجلهم فلا يستأخرون و لا يستقدمون) فالايه أجنيه عن نفى الولايه.

و (منها) الآيات التى تدل على أن الرسول صلى الله عليه و آله انما يكون له البلاغ،

اشاره

نكتفى بذكر بعضها روما للاختصار.

و (منها) قوله تعالى: «أَسْلَمْتُمْ فَإِنْ أَسْلَمُوا فَقَدِ اهْتَدَوْا وَإِنْ تَوَلَّوْا فَإِنَّمَا عَلَيْكَ الْبَلَاغُ». «١»

و (منها) «فَإِنَّمَا عَلَيْكَ الْبَلَاغُ وَ عَلَيْنَا الْحِسَابُ». «٢»

و (منها) «أَطِيعُوا اللَّهَ وَ أَطِيعُوا الرَّسُولَ وَ اخْذَرُوا فَإِنْ تَوَلَّيْتُمْ فَأَعْلَمُوا أَنَّ عَلَيَّ رَسُولَنَا الْبَلَاغُ الْمُبِينُ» «٣»

و (منها) [أَطِيعُوا اللَّهَ وَ أَطِيعُوا الرَّسُولَ فَإِنْ تَوَلَّوْا فَإِنَّمَا عَلَيْكَ مَا حَمَلَ]

«أَطِيعُوا اللَّهَ وَ أَطِيعُوا الرَّسُولَ فَإِنْ تَوَلَّوْا فَإِنَّمَا عَلَيْكَ مَا حَمَلَ وَ

(١) - سورة آل عمران الآية (٢٠)

(٢) - سورة رعد الآية (٤١)

(٣) - سورة مائده الآية (٩٢)

دراساتنا من الفقه الجعفرى، ج ٣، ص: ٧٧

عَلَيْكُمْ مَا حَمَلْتُمْ وَ إِنْ تُطِيعُوهُ تَهْتَدُوا وَ مَا عَلَيَّ الرَّسُولُ إِلَّا الْبَلَاغُ الْمُبِينُ» «١».

و استدل بهذه الآيات، أن الرسول مبلغ و نذير فقط و ليست له الولايه، و أضاف الى ذلك بأن المذكور فى بعض الآيات (البلاغ المبين) و المراد منه هو القرآن المبين، فاذا كان القرآن بهذه المشابهة من الوضوح و الابانه، فلا يصح تفسيره بالروايات لعدم

كونها، واضحه، كوضوح القرآن، فان تفسير القرآن بالروايات تفسير الواضح بالمجمل، لان الروايات بعضها مطلق، و بعضها الاخر مجمل، و بعضها يعارض بعضها الاخر، و غير ذلك من الجهات الموجهه لإجمالها، و الحال أن المعرف لا بد أن يكون الاجلي من المعرف كما ثبت في محله.

أقول: و في كلامه مواضع للنظر:

(الاول) ان الآيات المذكوره، في مقام بيان أن الرسول قد أدى وظيفته، بعد ابلاغ الرساله، و أحكامها و اما اجبارهم على قبولها ليس واجبا عليه، بل عليه الابلاغ و على الله الحساب، و أما الولاية التكوينية، فلا تكون الايه ناظره اليها نفيا و اثباتا.

و (بعباره أخرى)- لا- محذور في اثبات مبلغه النبي صلى الله عليه و آله بهذه الايه، و ولايته بدليل آخر فان اثبات الشىء لا ينفى ما عداه.

(الثانى) أن الولاية التكوينية تكون للنبي، لا على النبي و عبر في الآيات بلفظ عليك.

و (بعباره أخرى)- أن الآيات في مقام بيان أن وظيفه رسول الله، انما هو بيان الاحكام، لا شىء آخر، و أما الولاية التكوينية فليست على النبي، فلا تشمل

(الثالث)- انا لا نسلم كون القرآن كله ظاهرا بحيث لا يحتاج الى الروايات

(١)- سورة نور الايه (٥٤)

دراساتنا من الفقه الجعفري، ج ٣، ص: ٧٨

الوارده عن اهل البيت، ولا ينقضى تعجبي كيف خفي الامر على هذا المستدل، مع كونه من أوضح الواضحات، أفلا ينظر أن في القرآن متشابهها، ومحكما و ناسخا، و منسوخا، و مطلقا، و مقيدا.

أما سمع قول امامنا الصادق عليه السلام، لأبي حنيفة: «أنت ما تعرف كتاب الله انما يعرفه، من خوطب به «١» و نظير هذا ما روى «٢» انه عليه السلام، قال: لقتاده و ذمه لأجل انه كان يفسر القرآن برأيه، فاذا كان القرآن، في غايه الوضوح، بحيث لا يحتاج الى التفسير بالروايات الصادره عن أهل البيت فلما ذا ذمهما الامام عليه السلام و قال:

«انما يعرف القرآن من خوطب به» و يدل على المقصود حديث الثقلين، فانه يفهم منه ان العتره عدل القرآن.

(الثالث)- من أين علمت أن المراد من البلاغ المبين، هو القرآن الكريم، و ما الدليل الذي يرشدك الى ذلك، بل المراد منه أن الرسول الكريم، يبين الاحكام و يبلغها الى الناس، باوضح بيان و يؤديها بالاداء الظاهر الواضح كما هو ظاهر الايه.

و (منها) قوله تعالى: [وَعَدَ اللَّهُ الَّذِينَ آمَنُوا مِنْكُمْ وَعَمِلُوا الصَّالِحَاتِ لَيَسْتَخْلِفَنَّهُمْ فِي الْأَرْضِ]

«وَعَدَ اللَّهُ الَّذِينَ آمَنُوا مِنْكُمْ وَعَمِلُوا الصَّالِحَاتِ لَيَسْتَخْلِفَنَّهُمْ فِي الْأَرْضِ كَمَا اسْتَخْلَفَ الَّذِينَ مِنْ قَبْلِهِمْ، وَ لَيَمَكِّنَنَّ لَهُمْ دِينَهُمُ الَّذِي ارْتَضَى لَهُمْ، وَ لَيَبَدِّلَنَّهُمْ مِنْ بَعْدِ خَوْفِهِمْ أَمْنًا» (٣)

تقريب الاستدلال به- انه سئل عن أبي عبد الله عليه السلام عن قول الله جل و علا- (وَعَدَ اللَّهُ الَّذِينَ آمَنُوا مِنْكُمْ وَعَمِلُوا الصَّالِحَاتِ لَيَسْتَخْلِفَنَّهُمْ فِي الْأَرْضِ كَمَا اسْتَخْلَفَ الَّذِينَ مِنْ قَبْلِهِمْ) قال عليه السلام هم الائمة «٤» فيستفاد من الايه أربعة مطالب.

(٢)- روضه الكافى الجزء (٨) الصفحه (٣١٩)

(٣)- سوره النور الايه (٥٥)

(٤)- اصول الكافى، الجزء (١) الصفحه (٢٧٥) الحديث (٣)

دراساتنا من الفقه الجعفرى، ج ٣، ص: ٧٩

(الاول) أن المراد من المستخلفين فى الايه، هم الائمة، كما فسرتة بذلك الروايه المذكوره.

(الثانى) أن الائمة لم يكونوا متمكنين من الامور فى عصرهم، و ليتمكنهم الله تعالى، فى المستقبل بظهور الحجه عليه السلام.

(الثالث) ان الائمة (ع) مستخلفون فى الارض فقط.

(الرابع) أن وظيفتهم منحصره فى ابلاغ الاحكام فقط. كما كان ذلك وظيفه المستخلفين الذين كانوا من قبلهم و أما غيره من الامور فليس من شئونهم أن يتصرفوا فيه و ليست لهم ولايه عليه. الجواب عنه.

(اولا) أن التمسك بالروايات لتفسير الآيات خلاف ما بنى عليه المستدل، قبل سطور من أن القرآن هو البلاغ المبين، و لا يحتاج أن يفسر بالروايات، بل تفسيره بها غير صحيح كما زعم، لتفسير الواضح بالمجمل. و كأنه حصل له النسيان، و لا أتعجب منه فانه من الآثار الوضعيه للكذب، فانه يوجب السهو و النسيان، و يوقع على الهلاكه و النيران، و لو كان الخصم تسليما فى مقابل الروايات الصادره من أهل البيت (ع) لم يكن محتاجا الى قيل و قال، و طلب الاستدلال لان الروايات الداله على ثبوت الولايه التكوينيّه للإمام مستفيضه لو لم تكن متواتره.

و (ثانيا) انه يحتمل أن تكون الايه. راجعه الى الرجعه، بأن تكون معناها ان الائمة و ان غضب حقهم، الا أن الله سبحانه و تعالى يمكنهم، بعد الرجعه، ليأخذوا حقوقهم من الغاصبين.

و (ثالثا) يمكن أن تكون الايه لباره أهل البيت بالاستخلاف و التمكّن فى البلاد، و ارتفاع الخوف عنهم عند قيام المهدي عجل الله تعالى فرجه الشريف.

و (رابعا) أن السابقين المستخلفين فى الارض

أيضاً كانوا متمكنين من التصرف.

أليس سليمان كان متمكناً على أن يتصرف في الكون؟ مع كونه من المستخلفين.

أليس عيسى كان يبرئ الأكمه، و الأبرص، و يحيى الموتى.

دراساتنا من الفقه الجعفري، ج ٣، ص: ٨٠

و (خامساً) أن عدم تمكن الأئمه في عصرهم، انما كان بالنسبه الى سلطنتهم الظاهريه، و ليستخلفنهم الله في الارض باعطاء السلطنه لهم و هذا لا ينافي قدرتهم على التصرف في الكون، في جميع الادوار و الازمنه فانقذح مما ذكرنا أنهم كانوا كسابقين متمكنين في كونهم ذا ولايه تكوينيه، كما انه ظهر أن استخلافهم في الارض في المستقبل انما هو بالولايه الظاهريه، و هذا لا ينافي ثبوت الولايه التكوينييه لهم في جميع الادوار، كما أن اثبات ولايتهم الظاهريه في الارض لا ينافي كونهم قادرين على التصرف في جميع العوالم، كما يشهد بذلك ما صدر عنهم (ع) بالنسبه الى خلفاء زمانهم، و ما صدر عنهم من المعجزات، و خوارق العادات، مع كونهم بحسب الظاهر مكتوف اليد.

فتلخص أن الوجوه التي تمسك بها الخصم، لإثبات مرامه لا يرجع الى محصل.

هذا تمام الكلام في الولايه التكوينييه.

دراساتنا من الفقه الجعفري، ج ٣، ص: ٨١

الكلام في الولايه التشريعيه

اشاره

أقول: قد عرفت سابقاً أن الولايه التشريعيه أيضاً لا بد أن يبحث عنها من جهات.

(الاولى) في تعريفها.

(الثانيه) في امكانها ثبوتاً.

(الثالثه) بيان أقسامها.

(الرابعه) الاستدلال عليها اثباتاً.

أما (تعريفها)

- فقد بينا، سابقا، بأن الولاية، حقيقتها. كون زمام أمر شىء بيد شخص.

و أما (امكانها)

- فلا ريب فيه أصلا لعدم لزوم المحذور منه لا العقلى، ولا النقلى، كما هو واضح.

و أما بيان أقسامها،

فانها على ثلاثة أقسام.

(الاول) بمعنى وجوب اطاعه الولى على الناس، فى جميع امورهم العاديه، و الشخصيه، و السياسيه، و الاجتماعيه.

(الثانى) بمعنى التولية لبيان الاحكام الشرعيه، و بعبارة واضحة انها بمعنى

دراساتنا من الفقه الجعفرى، ج ٣، ص: ٨٢

وجوب اطاعته، فى أوامره الشرعيه.

(الثالث) بمعنى الولاية فى الاموال، و النفس، فالولاية بهذا المعنى تتصور على وجهين،

(الاول) استقلال الولى بالتصرف مع قطع النظر عن كون تصرف غيره منوطا باذنه، فتكون ارادته عله تامه لجواز التصرف.

(الثانى)- عدم استقلال غيره بالتصرف، و كون تصرف الغير منوطا باذنه.

و أما الاستدلال عليها اثباتا

اشاره

فلا بد لنا من اقامه الدليل على اثبات الولاية التشريعيه بأقسامها الثلاثة أقول:

قبل الخوض فى ذكر الاستدلال لا بد لنا أن نبحت عن مقتضى الاصل،

اشاره

بأن مقتضاه هل ثبوت الولاية على الغير أم لا؟

قال الشيخ (قدس سره): (أن مقتضى الاصل، عدم ثبوت الولاية، لأحد بشىء من الامور المذكوره) «١»

أقول: ان الولاية التشريعيه بجميع معانيها، خلاف الاصل اللفظي، و العملی، أو خلاف المتسالم بين العقلاء، و المشرعه.

أما الاصل اللفظي،

فهو كقوله: لا يحل مال امرء مسلم الا بطيب نفسه «٢» و كقوله: (الطلاق بيد من أخذ بالساق) «٣» أو ما يؤدي هذا المفاد و غير ذلك من الادله الوارده في الموارد الخاصه، فان مقتضاها عدم جواز التصرف، في أموال الغير، و نفسه، و شئونه، و انما لكل شخص ولايه على أموال نفسه فقط، و لا يجوز أن يتصرف في مال الغير، بدون رضاه، و كذا ليس لأحد الزام الغير بأمر، فان كل شخص مسلط

(١)- المكاسب، الصفحه (١٥٣) السطر (١٥) طبعه ايران

(٢)- وسائل الشيعه، الجزء (٣) الباب (٣) من أبواب مكان المصلی

(٣)- وسائل الشيعه، الجزء (١٥) الباب (٤٢) من أبواب مقدمات الطلاق و شرائطه.

دراساتنا من الفقه الجعفري، ج ٣، ص: ٨٣

على نفسه، كما يكون مسلطاً على ماله. و كذا الطلاق فانه انما يقع صحيحاً اذا صدر من الاخذ بالساق لا عن غيره.

و أما الاصلی العملی،

فهو اصاله عدم تأثير عقد شخص، و ايقاعه في مال غيره، و اصاله عدم ثبوت ولايته على الاموال، و الانفس بحسب ما تقتضيه القواعد الاوليه، و أما بحسب ما تقتضيه الادله الثانويه فنقول:

قال الشيخ (قدس سره) (و انما خرج عن هذا لأصل، خصوص النبي و الائمه بالادله الاربعه) «١»

أقول قد عرفت مما ذكرنا أن الاصل عدم ثبوت ولايه أحد على غيره، فاثبات الولاية للنبي، أو الولي، يحتاج الى دليل يوجب خروجهما عن هذا الاصل.

فها أنا أشرع بذكر الادله الداله على ثبوت الولاية، للنبي صلى الله عليه و آله، و الائمه عليه السلام

أقول:

أما القسم الاول من الولايات، أعنى وجوب اطاعتهم على الناس فى جميع أمورهم، العاديه، و الشخصيه، و السياسيه

اشاره

فيمكن الاستدلال عليه، بالادله الاربعه، من الكتاب و السنه و الاجماع، و العقل.

أما الكتاب فبآيات

(منها) قوله تعالى: «فَلْيَحْذَرِ الَّذِينَ يُخَالِفُونَ عَنْ أَمْرِهِ»

، «٢» بتقريب- أن كلمه أمر، مصدر اضيفت الى الضمير، و اضافه المصدر عند عدم العهد يفيد العموم، كما حقق فى محله، فيكون الحذر متوجها الى مخالفه جميع أوامر النبى صلى الله عليه و آله من الشخصيه، و العاديه، و العرفيه، و السياسيه، و غيرها، و من المعلوم انه لا- يتوجه الحذر، الا- بترك الواجب، لأنه لا- يتصور معنى معقولا- للحذر بترك الاوامر الاستجابيه، فاذا ثبت وجوب اطاعه أوامر النبى، بالآيه، تثبت وجوب اطاعه أوامر الائمه عليهم السلام بعدم الفصل.

(١)- المكاسب، الصفحه (١٥٣) السطر (١٥) طبعه ايران.

(٢)- سوره النور. الايه (٦٣)

دراساتنا من الفقه الجعفرى، ج ٣، ص: ٨٤

و (منها) «مَا كَانَ لِمُؤْمِنٍ وَلَا مُؤْمِنَةٍ إِذَا قَضَى اللَّهُ وَرَسُولُهُ أَمْرًا أَنْ يَكُونَ لَهُمُ الْخِيَرَةُ مِنْ أَمْرِهِمْ

«١». بتقريب أن اطلاق لفظه أمر فى الايه تشمل جميع الامور، فتكون معنى الايه أن كل شىء أمر الله و رسوله به، فليس لأحد مخالفته، و هذا هو المطلوب.

و (منها) قوله تعالى: «أَطِيعُوا اللَّهَ وَ أَطِيعُوا الرَّسُولَ وَ أُولَى الْأَمْرِ مِنْكُمْ». «٢»

و (منها) قوله تعالى: «مَنْ يُطِيعِ الرَّسُولَ فَقَدْ أَطَاعَ اللَّهَ»

«٣» تقريب الاستدلال بهما ان الآيتين تدل على وجوب اطاعه الله و رسوله و اولى الامر منكم، و لم يذكر متعلق الاطاعه فيهما، فان حذف المتعلق يفيد العموم، فيكون اطاعه جميع أوامر النبي صلى الله عليه و آله و اولى الامر عليهم السلام واجبه، و هو المقصود، و يمكن أن نتمسك بآيات اخرى أيضا لإثبات الولاية التشريعيه، الا انه أغمضنا عن ذكرها روما للاختصار.

و أما الروايات

فهى كثيره كما ذكرت جمله منها فى اصول الكافى (باب فرض طاعه الاثمه)، و نحن نكتفى بذكر بعضها.

و (منها) ما ذكره على بن ابراهيم عن أبيه، عن حماد بن عيسى، عن حريز، عن زراره، عن أبى جعفر عليه السلام قال: ذروه الامر و سنامه و مفتاحه و باب الاشياء و رضا الرحمن تبارك و تعالى الطاعه للإمام بعد معرفته.

ثم قال: ان الله تبارك و تعالى يقول: «مَنْ يُطِيعِ الرَّسُولَ فَقَدْ أَطَاعَ اللَّهَ وَ مَنْ تَوَلَّىٰ فَمَا أَرْسَلْنَاكَ عَلَيْهِمْ حَفِيظًا» «٤»

(١) - سورة الاحزاب، الايه (٦٣)

(٢) - سورة نساء الايه (٥٩)

(٣) - سورة الحشر الايه (٧)

(٤) - اصول الكافى، الجزء (١) الصفحه (١٨٥) الحديث (١)

دراساتنا من الفقه الجعفرى، ج ٣، ص: ٨٥

و (منها) ما ذكره الحسين بن محمد الاشعري، عن معلى بن محمد، عن الحسن بن على الوشاء، عن أبان بن عثمان، عن أبى الصباح.

قال: أشهد أنى سمعت أبا عبد الله عليه السلام يقول: أشهد أن عليا امام فرض الله طاعته و أن الحسن امام فرض الله طاعته و أن الحسين امام فرض الله طاعته و أن على بن الحسين امام فرض الله طاعته و أن محمد بن على امام فرض الله طاعته. «١»

و (منها) ما ذكره محمد بن يحيى، عن أحمد ابن محمد بن عيسى، عن

محمد بن الخالد البرقي، عن القاسم بن محمد الجوهري، عن الحسين بن أبي العلاء.

قال: قلت: لأبي عبد الله عليه السلام- الاوصياء طاعتهم مفترضة.

قال: نعم هم الذين قال الله عز وجل «أَطِيعُوا اللَّهَ وَأَطِيعُوا الرَّسُولَ وَأُولِي الْأَمْرِ مِنْكُمْ» وهم الذين قال الله عز وجل (إِنَّمَا وَدَّعْتُمُ اللَّهَ وَرَسُولَهُ وَالَّذِينَ آمَنُوا الَّذِينَ يُقِيمُونَ الصَّلَاةَ وَيُؤْتُونَ الزَّكَاةَ وَهُمْ رَاكِعُونَ) «٢».

فهذه جملة من الروايات الدالة باطلاقها على وجوب اطاعتهم عليهم السلام في جميع أوامرهم الشخصية، و العاديه، و العرفيه، و غيرها، و لا احتياج الى البحث في سندها لكثرة الروايات في الباب بحيث توثق صدور بعضها عن المعصوم عليهم السلام.

و أما (الاجماع)

فهو من الامور المسلمه القطعيه يعلمها الجميع حتى المخدرات تحت الحجاب. و ان شئت فقل ان وجوب اطاعتهم عند الشيعة من أوضح الواضحات.

و أما (الدليل العقلي)

فيمكن أن يقرب بوجهين.

(الوجه الاول) حكم العقل المستقل بوجوب اطاعه النبي صلى الله عليه وآله و الائمه عليهم السلام بعد معرفه أنهم اولياء النعم.

(١)- اصول الكافي، الجزء (١) الصفحه (١٨٦) الحديث (٢)

(٢)- اصول الكافي، الجزء (١) الصفحه (١٨٩) الحديث (١٦)

دراساتنا من الفقه الجعفري، ج ٣، ص: ٨٦

توضيحه أن وجود المكلف، و جميع ما أنعم عليه من الكمالات، و الاموال و الاولاد من الله سبحانه و تعالى، باعتبار أنه منعم حقيقي، و من رسوله، و الائمه باعتبار أنهم وسائط، فلو أمروا بشيء، فمقتضى الشكر اطاعتهم، و العقل يحكم بوجوب شكر المنعم.

و الحاصل أن مخالفه النبي صلى الله عليه وآله، و الائمه عليهم السلام، في أوامرهم الشخصية، و العاديه، و العرفيه، و غيرها كفران لإحسانهم، و هو قبيح عقلا، و اطاعتهم في ذلك شكر لهم، فهو حسن عقلا.

و هذا معنى حكم العقل بوجوب شىء و حرمة، و ليس المراد من حكم العقل الحكم الذى يعد من أحكام الخمسه، لان العقل ليس بحاكم، و ليس له حكم، فانه من شئون الشارع فقط. و بعبارة اخرى- ان العقل يدرك و لا يحكم، فانه لا حكم للعقل، هذا غاية ما يمكن أن يقال: فى تقريب حكم العقل، لكن لنا كلام فى هذا المقام.

(الوجه الثانى)- حكم العقل غير المستقل - توضيحه- ان الابوه، اذا اقتضت وجوب طاعه الاب على الابن فى الجملة. كانت الامامه مقتضيه لوجوب طاعه الامام بطريق أولى.

(و الوجه فيه)- ان الابوه ليست إلا حيثه، مقدميه، اعداديه لتكوين الولد، فاذا اقتضت هى وجوب طاعه الاب فى

أوامره الشخصية، كانت المقدميه، فى مجارى الفيض، و وسائل التكوين أقوى من مقدميه الاب بالنسبه الى الولد، فتجب اطاعتهم بنحو الاولى.

هذا حاصل الاستدلال:

(لكن يرد عليه)- ان الملاكات الشرعيه ليست بيد العرف و لا- يمكن استفاده هذا الحكم بالاولويه. و الذى يهون الخطب أن الآيات، و الروايات، و الضروره، تغنينا عن الاستدلال بالعقل، فتخلص من جميع ما ذكرنا أنه يجب اطاعه أوامر النبي

دراساتنا من الفقه الجعفرى، ج ٣، ص: ٨٧

صلى الله عليه و آله، و أوصيائه الكرام بجميع أقسامها من الشخصيه، و العاديه، و العرفيه، و السياسيه و غيرها بالادله الاربعه.

و (أما القسم الثانى) من الولايه، اعنى توليتهم عليهم السلام فى بيان الاحكام الشرعيه، و وجوب اطاعه أوامره الشرعيه،

اشاره

فيمكن أن يستدل به بالادله الاربعه أيضا.

(أما الكتاب)

فبقوله تعالى: «مَا آتَاكُمُ الرَّسُولُ فَخُذُوهُ وَمَا نَهَاكُمْ عَنْهُ فَانْتَهُوا» (١) و غيرها من الآيات الداله على وجوب اطاعه أوامره على نحو الاطلاق، و يتم فى الاثمه بعدم الفصل و الاجماع القطعى.

و (أما الروايات)

فيمكن الاستدلال بالروايات المذكوره فى اثبات القسم الاول من الولايه. أضف اليها الروايات المذكوره فى باب «التفويض الى رسول الله صلى الله عليه و آله و الاثمه عليهم السلام فى أمر الدين» و نكتفى بذكر بعضها لرعايه الاختصار.

(منها) ما رواه محمد بن يحيى، عن أحمد بن أبى زاهر، عن على بن اسماعيل، عن صفوان بن يحيى، عن عاصم بن حميد، عن أبى اسحاق النحوى.

قال: دخلت على أبى عبد الله عليه السلام فسمعتة يقول: ان الله عز و جل أدب نبيه على محبته فقال: (و انك لعلى خلق عظيم) ثم فوض اليه فقال عز و جل: (و ما آتاكم الرسول فخذوه و ما نهاكم عنه)، فانتهاوا.

وقال عز وجل (من يطع الرسول فقد أطاع الله) ثم قال و ان نبي الله فوض الى علي و ائتمنه فسلمتم و جحد الناس فو الله لنحبكم أن تقولوا اذا قلنا و أن تصمتوا اذا صمتنا، و نحن فيما بينكم و بين الله عز وجل، ما جعل الله لأحد خيرا فى خلاف أمرنا. «٢»

(١) - سورة الحشر، الايه (٧)

(٢) - اصول الكافي الجزء (١) الصفحه (٢٦٥)

دراساتنا من الفقه الجعفرى، ج ٣، ص: ٨٨

و (منها) ما رواه فضيل بن يسار قال: سمعت ابا عبد الله يقول لبعض اصحاب قيس الماصر: ان الله عز وجل ادب نبيه فاحسن ادبه فلما اكمل له الادب.

قال «انك لعلى خلق عظيم» ثم فوض اليه امر الدين و الامه ليسوس عباده، فقال عز و

جل: ﴿لَا تَأْكُمُ الرِّسُولُ فَخُذُوهُ وَمَا نَهَاكُمْ عَنْهُ فَانْتَهُوا﴾ و ان رسول الله صلى الله عليه و آله كان مسددا موقفا مؤيدا بروح القدس، لا يزل ولا يخطئ في شىء مما يسوس به الخلق، فتأدب بآداب الله.

ثم ان الله عز و جل فرض الصلاة ركعتين ركعتين عشر ركعات فاضاف رسول الله صلى الله عليه و آله الى الركعتين ركعتين و الى المغرب ركعة فصارت عدل الفريضة لا- يجوز تركهن الا- فى السفر و افرد الركعة فى المغرب فتركها قائمه فى السفر و الحضر، فاجاز الله عز و جل له ذلك كله فصارت الفريضة سبع عشر ركعة ثم سن رسول الله صلى الله عليه و آله النوافل اربعا و ثلاثين ركعة مثلى الفريضة فاجاز الله عز و جل له ذلك و الفريضة و النافلة احدى و خمسون ركعة.

منها ركعتان بعد العتمه جالسا تعد بركعه مكان الوتر و فرض الله فى السنه صوم شهر رمضان، و سن رسول الله صلى الله عليه و آله صوم شعبان و ثلاثه ايام فى كل شهر مثلى الفريضة فاجاز الله عز و جل له ذلك.

و حرم الله عز و جل الخمر بعينها و حرم رسول الله المسكر من كل شراب فاجاز الله له ذلك كله.

و عاف رسول الله صلى الله عليه و آله اشياء و كرهها و لم ينه عنها نهى حرام انما نهى عنها اعافه و كراهه، ثم رخص فيها فصار الاخذ برخصه واجبا على العباد كوجوب ما يأخذون بنهيه و عزائمه و لم يرخص لهم رسول الله صلى الله عليه و آله فيما نهاهم عنه نهى حرام لم يرخص فيه لأحد و لم يرخص رسول الله صلى

اللّٰه عليه وآله لأحد تقصير الركعتين، اللتين ضمها الى ما فرض اللّٰه عز و جل بل ألزمهم ذلك الزاما واجبا، لم يرخص لأحد فى شىء من ذلك، الا للمسافر و ليس لأحد أن يرخص (شيئا) ما لم يرخصه رسول اللّٰه صلى اللّٰه عليه وآله

دراساتنا من الفقه الجعفرى، ج ٣، ص: ٨٩

فوافق امر رسول اللّٰه صلى اللّٰه عليه وآله امر اللّٰه عز و جل و نهيته نهى اللّٰه عز و جل و وجب على العباد التسليم له كالتسليم لله تبارك و تعالى «١»

و (منها) ما ذكره محمد بن يحيى، عن محمد بن الحسن، عن يعقوب بن يزيد عن الحسن بن زياد، عن محمد بن الحسن الميثمى، عن أبى عبد اللّٰه عليه السّلام قال: سمعته يقول: ان لله عز و جل أدب رسوله حتى قومه على ما أراد، ثم فوض اليه فقال عز ذكره:

﴿مَا آتَاكُمْ الرَّسُولُ فَخُذُوهُ وَمَا نَهَاكُمْ عَنْهُ فَانْتَهُوا﴾ فما فوض اللّٰه الى رسوله صلى اللّٰه عليه وآله، فقد فوضه إلينا. «٢»

و غير ذلك من الروايات الواردة فى هذا الباب و غيره، و يجب ان لا يخفى عليك ان بعض الروايات تدل على تفويض امر الدين الى التّبيّ صلى اللّٰه عليه وآله، و ليس ذكر من الائمه فيها الا أن فى بعضها الاخر ما يدل على تفويض الامر اليهم أيضا.

فتلخص ان المستفاد من الروايات أن أمر الدين مفوض الى التّبيّ صلى اللّٰه عليه وآله، و الائمه عليهم السلام، فيجب على الامه الاسلاميه، الأخذ بما أوجبوا، و ترك ما نهوا عنه. هذا تمام الكلام فى الروايات.

و (أما الاجماع)

- فهو من الامور التى تسالمت الكل عليها، بل كاد أن يكون من البديهيّات.

و (أما العقل)

فبعد فرض النبوه، و الامامه، و القطع بصدقهم، لعصمتهم من الكذب و الخطاء، لا يبقى مجال لتوهم عدم لزوم الاطاعه، فان العقل يحكم بلزوم اطاعه الاوامر الصادره عن المولى، و لا يمكن انكاره و صفوه القول: انه بعد ما ثبت نبوه التّبيّ بالبرهان، فلو لم يكن اخباره عن اللّٰه حجه يلزم لغويه البعته، فانه اما يكذب، و اما يشتهبه و كلاهما ينافى مقام النبوه. هذا كله فى وجوب اطاعه أوامرهم الشرعيه.

(٢) - اصول الكافي، الجزء (١) الصفحة (٢٦٨)

دراساتنا من الفقه الجعفري، ج ٣، ص: ٩٠

و (اما القسم الثالث) من الولاية - فهي الولاية على الاموال، الانفس،

اشاره

فقد مر أنها على وجهين.

(الاول) - استقلال الولي بالتصرف.

(الثاني) - كون تصرف الغير منوطا باذنه.

اما (القسم الاول) - فهي ولاية النبي صلى الله عليه وآله وأوصيائه الكرام عليه السلام في الاموال و الانفس بالاستقلال.

اشاره

يمكن الاستدلال عليها بالكتاب، و السنه، و الاجماع.

أما الكتاب

فبآيات.

(منها) قوله تعالى: «النَّبِيُّ أَوْلَىٰ بِالْمُؤْمِنِينَ مِنْ أَنفُسِهِمْ وَأَزْوَاجُهُ أُمَّهَاتُهُمْ وَأُولُو الْأَرْحَامِ بَعْضُهُمْ أَوْلَىٰ بِبَعْضٍ فِي كِتَابِ اللَّهِ» (١)

تقريب الاستدلال به - ان الانسان كما أنه له السلطنه المستقله على نفسه فلا يحتاج الى اذن غيره، كذلك النبي صلى الله عليه وآله و آله فان له سلطنه اقوى من سلطنه الشخص على نفسه، فانه أولى بالمؤمنين من انفسهم.

ان قلت: - ان مفاد الايه و لايه النبي على أنفس الناس، و أما الاموال فلا - يستفاد منها ولايته عليها، فيكون الدليل أخص عن المدعى، لأنه عباره عن ولايته على الاموال، و الانفس، فالايه لا تثبت ذلك.

قلت: ان ظاهر الايه و ان كان كما ذكرت، الا أن مرتبه المال أنزل من مرتبه النفس، فاذا ثبتت ولايه النبي صلى الله عليه وآله و آله على الانفس بالآيه تثبت ولايته على الاموال بالفحوى.

ان قلت: لا يمكن الالتزام بمفاد الايه باطلاقها، بأن يكون النبي مسلطا على الاموال، و الانفس مطلقا بلا سبب أو بأى سبب شاء و أراد فانه يلزم منه سلطنته صلى الله عليه و آله

(١) - سورة الاحزاب الايه (٦)

دراساتنا من الفقه الجعفرى، ج ٣، ص: ٩١

و لو بغير الطرق، و الاسباب الشرعيه المقرره لكل نوع من التصرفات كأن ينكح زوجه زيد أو يطلقه بدون تلك الصيغ المخصوصه المقرره لكل من النكاح و الطلاق.

قلت: انه يستفاد من الايه ان ولايه النبي صلى الله عليه و آله على المؤمنين اقوى من ولايتهم على أنفسهم.

و من المعلوم عدم ثبوت ولايه أحد على نفسه على الاطلاق، فانه لا يجوز لأحد ان يقدم على قتل نفسه مثلا او لا ضرار عليها، و لو على بعض الوجوه، بل ان تسلطها

انما تكون على طبق ما قرره الشارع من الاسباب كالصيغ الخاصه لكل من العقود، و لا اطلاق للآيه حتى تقتضى سلطنته صلى الله عليه و آله و لو بغير الاسباب الشرعيه، فلا يجوز للنبي تزويج المرأه المزوجه مثلا كما هو واضح.

و (منها) قوله تعالى: «إِنَّمَا وَدَّعْتُمُ اللَّهَ وَرَسُولَهُ وَالَّذِينَ آمَنُوا» بتقريب أن اطلاق الآيه يقتضى كونهم مسلطا على الناس على الاطلاق و (منها) قوله تعالى: «وَمَا كَانَ لِمُؤْمِنٍ وَلَا لِمُؤْمِنَةٍ إِذَا قَضَى اللَّهُ وَرَسُولُهُ أَمْرًا أَنْ يَكُونَ لَهُمُ الْخِيَرَةُ» اى كل شىء امر الله تعالى او رسوله به او حكم به فليس لأحد مخالفته، و ترك ما امر به الى غيره فهذا هو الولاية المدعاه فى المقام مضافا الى ذلك ان ملاحظه شأن نزول الآيه أيضا تفيد المطلوب، فانها نزلت فى زينب بنت جحش الاسديه و كانت بنت اميمه بنت عبد المطلب عمه رسول الله صلى الله عليه و آله خاطبها لمولاه زيد بن حارثه، و رأت انه يخطبها لنفسه، فلما علمت انه يخطبها لزيد، ابت، و انكرت.

و قالت: انا ابنه عمتك، فلم اكن لأفعل، و كذلك قال اخوها عبد الله جحش، فلما نزلت الآيه قالت رضيت يا رسول الله، فأنكحها رسول الله زيدا.

دراساتنا من الفقه الجعفرى، ج ٣، ص: ٩٢

هذه عدّه من الآيات التى تدل على ولاية النبى على الاموال و الانفس، و ان كان الاستدلال بالآيات الاخرى أيضا ممكنا الا ان فى الآيات المذكوره غنى و كفايه.

و أما الروايات

فهى كثيره.

(منها) ما عن أبى بصير قال سألت أبا عبد الله عليه السلام عن قول الله عز و جل (أَطِيعُوا اللَّهَ وَ أَطِيعُوا الرَّسُولَ وَ أُولَى الْأَمْرِ مِنْكُمْ) فقال نزلت فى على

بن أبي طالب و الحسن و الحسين (ع) الى أن قال فقال رسول الله صلى الله عليه و آله فى على: من كنت مولاه فعلى مولاه) الى أن قال: كان على أولى الناس بالناس «١» ...) و الحديث طويل أخذنا منه موضع الحاجة.

و (منها) ما رواه الحسين بن محمد، عن معلى بن محمد، عن أحمد بن محمد، عن الحسن بن محمد الهاشمى، عن أبيه، عن أحمد بن عيسى، عن أبي عبد الله عليه السلام فى قول الله عز و جل (إِنَّمَا وَلِيُّكُمُ اللَّهُ وَ رَسُولُهُ وَ الَّذِينَ آمَنُوا).

قال: انما يعنى أولى بكم أى أحق بكم و بأموركم و أنفسكم و أموالكم، الله و رسوله و الذين آمنوا يعنى عليا و أولاده الاثمه (عليهم السلام) الى يوم القيامة ...) «٢»

و (منها) ما فى خطبه الغدير قال صلى الله عليه و آله يا ايها الناس من وليكم و أولى بكم من أنفسكم؟ فقالوا: الله و رسوله، فقال: من كنت مولاه فعلى مولاه «٣» ...)

و (منها) ما رواه على بن ابراهيم، عن أبيه، عن حماد بن عيسى، عن ابراهيم بن عمر اليمانى، عن أبان بن أبى عياش، عن سليم بن قيس و محمد بن يحيى، عن أحمد

(١) - اصول الكافى، الجزء (١) الصفحه (٢٨٤)

(٢) - اصول الكافى، الجزء (١) الصفحه (٢٨٨) الحديث (٣)

(٣) - اصول الكافى، الجزء (١) الصفحه (٢٩٥)

دراساتنا من الفقه الجعفرى، ج ٣، ص: ٩٣

ابن هلال، عن ابن أبى عمير، عن عمر بن اذينه و على بن محمد، عن أحمد بن هلال، عن ابن أبى عمير، عن عمر بن اذينه، عن ابن أبى عياش، عن سليم بن قيس.

قال سمعت عبد الله بن جعفر الطيار يقول كنا عند

معاويه أنا و الحسن و الحسين و عبد الله بن عباس و عمر بن أم سلمه و اسامه بن زيد فجرى بينى و بين معاويه كلام.

فقلت لمعاويه: سمعت رسول الله صلى الله عليه و آله يقول: أنا أولى بالمؤمنين من أنفسهم ثم أخى على بن أبى طالب أولى بالمؤمنين من أنفسهم فاذا استشهد عليه السلام فالحسن بن على أولى بالمؤمنين من أنفسهم ثم ابنى الحسين من بعده أولى بالمؤمنين من أنفسهم فاذا استشهد فابنه على بن الحسين أولى بالمؤمنين من أنفسهم، و ستدرکه يا على ثم ابنه محمد بن على أولى بالمؤمنين من انفسهم، و ستدرکه يا حسين ثم تكمله اثنى عشر اماما تسعه من ولد الحسين قال عبد الله جعفر و استشهدت الحسن و الحسين و عبد الله بن عباس و عمر بن أم سلمه و اسامه بن زيد فشهد والى عند معاويه: قال سليم: و قد سمعت ذلك من سلمان و أبى ذر و المقداد، و ذكر و الى انهم سمعوا ذلك من رسول الله صلى الله عليه و آله) و غير ذلك من الروايات الواردة. من طرق الفريقين قد بلغت حد التواتر كما هو واضح للمتأمل.

و أما (الاجماع)

فهى ثابت مسلم عند الشيعة لا يرتاب فيه أحد هذا تمام الكلام فى الولاية على الاموال، و الانفس بالمعنى الاول.

و أما [القسم الثانى من الولاية كون جواز تصرف الغير منوطا باذن الامام]

اشاره

(الولاية) بالمعنى الثانى أعنى كون جواز تصرف الغير منوطا باذن الامام، فنقول: ان التصرفات الناس الراجعه فى أموالهم، و امورهم الشخصيه لا تحتاج الى اذن النبى و الائمه (ع)، لعدم قيام دليل عليه، و احتمال اعتبار اذنتهم (ع) منفى باصل العدم، نعم أن الامور التى هى راجعه الى الغير، و كذا الامور التى يرجع فيها كل قوم الى رئيسهم، تحتاج الى اذنتهم (ع) لأصالة عدم جواز التصرف فيما يرجع الى الغير، الا ما خرج بالدليل

و مما تدل على ذلك الروايات الواردة فى موارد مختلفه.

دراساتنا من الفقه الجعفرى، ج ٣، ص: ٩٤

(منها) ما ذكره محمد بن الحسن باسناده، عن محمد بن أحمد بن يحيى، عن محمد بن الحسين، عن محمد بن عبد الله بن هلال، عن العلاء بن رزين، عن محمد بن مسلم، عن أبى جعفر عليه السلام قال: من قتله القصاص بأمر الامام فلا ديه له فى قتل و لا جراحه (١)

و (منها) ما ذكره محمد بن يعقوب، عن محمد بن يحيى، عن أحمد بن محمد، عن ابن محبوب، عن بريد العجلي قال: سألت أبا جعفر عليه السلام عن مؤمن قتل رجلا ناصبا معروفا بالنصب على دينه غضبا لله تعالى يقتل به؟ فقال: أما هؤلاء فيقتلونه و لو رفع

الى امام عادل ظاهر لم يقتله «٢»

و (منها) ما رواه محمد بن عمر بن عبد العزيز الكشى (فى كتاب الرجال) عن محمد بن الحسن، عن الحسن بن خرزاد عن موسى بن القاسم، عن ابراهيم بن أبى البلاد، عن عمار السجستاني، عن أبى عبد الله عليه السلام ان عبد الله بن النجاشى قال له و عمار حاضر: انى قتلت ثلاثة عشر رجلا من الخوارج كلهم سمعته يبرء من على ابن أبى طالب، فسألت عبد الله ابن

الحسن فلم يكن عنده جواب، و عظم عليه و قال: أنت مأخوذ في الدنيا و الآخرة.

فقال أبو عبد الله، و كيف قتلتم يا أبا بجير؟ فقال منهم من كنت أصعد بسطحه بسلم حتى أقتله، و منهم من دعوته بالليل على بابه فاذا خرج قتلته، و منهم من كنت أصحابه في الطريق فاذا خلى الى قتلته، و قد استتر ذلك على.

(١) - وسائل الشيعة، الجزء (١٩) الباب (٢٤) من أبواب قصاص النفس.

(٢) - وسائل الشيعة، الجزء (١٩) الباب (٦٨) من أبواب القصاص في النفس.

دراساتنا من الفقه الجعفري، ج ٣، ص: ٩٥

فقال أبو عبد الله عليه السلام لو كنت قتلتم بامر الامام لم يكن عليك شيء في قتلهم) «١»

و من تتبع الموارد الخاصه تجد غير ما ذكرنا من الروايات الداله على المدعى.

هذا كله في الروايات.

و (أما الاجماع)

فهو مسلم عند أهل الصواب كما هو واضح. و المتحصل من جميع ما ذكرنا ثبوت الولاية التشريعية للمعصوم عليه السلام بجميع معانيها.

(١) - وسائل الشيعة، الجزء (١٩) الباب (٢٢) من أبواب ديات النفس.

دراساتنا من الفقه الجعفري، ج ٣، ص: ٩٦

[المقام الثاني] الكلام في ولاية الفقيه

اشاره

قوله: (للفقيه الجامع للشرائط مناصب ثلاثه)

أقول: ملخص كلامه،

(الاول) – الافناء

فى المسائل الفرعيه و الموضوعات الاستنباطيه التى يترتب عليها الحكم الشرعى، و تفصيل هذا البحث موكول الى باب الاجتهاد و التقليد.

(الثانى) – الحكم و القضاء فى باب المرافعات و غيرها

كالحكم بثبوت و رؤيه الهلال، و تفصيله موكول الى باب القضاء.

(الثالث) ولايه التصرف فى الاموال، و الانفس،

اشاره

فالقسمان الاولان خارجان عن وضع كتابنا هذا، و ان محل الكلام و النقض و الابرام، عند الاعلام فى القسم الثالث، فنقول: ان الولايه على قسمين.

(القسم الاول) – استقلال الولى فى التصرف،

بأن يكون نظره سببا فى جواز تصرفه أى ارادته عله تامه لجواز التصرف و ذلك كالتصرف فى مال القاصرين.

(القسم الثانى) كون تصرف الغير منوطا باذنه

و ان كان هو مستقلا بالتصرف كالتصرف فى مجهول المالك، فان تصرف الغير فيه يحتاج الى اذن الفقيه فيكون نظره شرطا لجواز التصرف، على كلام فيه.

دراساتنا من الفقه الجعفرى، ج ٣، ص: ٩٧

قوله: و بين موارد الوجهين عموم من وجه) «١».

أقول: توضيح كلامه، أن نسبه هذين القسمين من الولايه أعم من وجه فماده الاجتماع كما فى التصرف فى مجهول المالك، و التصديق، و التصرف فى أموال القاصرين فان الحاكم يستقل فيه و غيره يحتاج الى اذنه، و ماده الافتراق فى ناحيه تصرف الغير، بان يكون للحاكم استقلال فى التصرف من دون اشتراط اذنه فى تصرف الغير، كما فى الزكاه فان التصرف، فيها لا يحتاج الى اذن الحاكم، و ماده الافتراق من ناحيه اذن الحاكم بان يكون اذنه معتبرا فى جواز تصرف الغير، مع عدم استقلاله فيه كما فى

التقاص، فانه يحتاج الى اذن الحاكم ولا يجوز للحاكم، الاستقلال فيه.

قال الشيخ (قدس سره): ثم اذنه المعتبر في تصرف الغير اما أن يكون على وجه الاستنابه كوكيل الحاكم، واما أن يكون على وجه التوليه، كمتولى الاوقاف من قبل الحاكم، واما أن يكون على وجه الرضا كإذن الحاكم لغيره فى الصلاه على ميت لا ولى له. «٢»

و استشكل عليه- بان المتولى أو الوكيل لو كان تصرفهما منوطا باذن الحاكم، فالمتصرف فى الحقيقه هو الحاكم، و لو بالتسيب، فجعل المتولى أو الوكيل يكون لغوا، لعدم جواز تصرفهما بدون اذن الحاكم كما هو المفروض.

و يرد عليه- بأن المتولى لا يكون ملزما بأن يستأذن من الحاكم فى تصرفاته بعد تفويض

الامر اليه، بل و له أن يتصرف فيه على ما يراه مصلحه للمولى عليه.

و بعباره اخرى- أن نظر الحاكم لا يكون لازم الاتباع حتى يكون المتصرف فى الحقيقه نفسه، فيكون جعل المتولى لغوا، بل ان المتولى يعمل على رأيه، نعم اذا رأى الحاكم أن تصرفه يكون ضررا على الموقوف عليهم مثلا فله أن يعزله هذا فى التوليه.

(١)- مكاسب، الصفحه، (١٥٣) السطر (١٣)

(٢)- المكاسب، الصفحه (١٥٣) السطر (١٤)

دراساتنا من الفقه الجعفرى، ج ٣، ص: ٩٨

و أما الوكاله فتاره تكون مقيده، فلا بد أن يعمل الوكيل على ما قيد فى وكالته.

و اخرى تكون مطلقه، فله أن يتصرف فى موارد الوكاله سواء رضى الحاكم بذلك أم لا. نعم اذا كان تصرفه على خلاف نظر الحاكم فله أن يعزله.

قوله: (انما المهم التعرض لحكم ولايه الفقيه بأحد الوجهين المتقدمين) «١»

أقول: قد بينا سابقا، ان للفقيه الجامع للشرائط مناصب ثلاثه فلا نعيد تفصيلها،

و الذى يهمننا البحث عنه هو المنصب الثالث أعنى ولايه الفقيه فى الاموال و الانفس بكلا قسميه،

اشاره

أعنى استقلاله فى التصرف- و توقف تصرف الغير على اذنه فيما كان متوقفا باذن الامام عليه السلام، فالولايه بهذا المعنى وقع مورد الخلاف بين الفحول،

[القسم الأول استقلال الولى فى التصرف]

و ما يمكن أن يستدل، أو استدل لإثباتها وجوه.

(الأول) - الاخبار الوارده فى المقام

و هى كثيره.

(منها) قوله صلى الله عليه وآله: (الفقهاء أمناء الرسل ما لم يدخلوا في الدنيا، قيل يا رسول الله، و ما دخولهم في الدنيا. قال: اتباعهم السلطان، فاذا فعلوا ذلك فاحذروهم على دينكم). «٢»

تقريب الاستدلال به- ان الامين من فوض اليه حفظ ما كان للمؤمن وقضيه حذف المتعلق عمومه للولايه، و معنى حفظ العالم بالولايه اعمالها، كما أن افسادها ترك العمل بها، و لا نعى من ولايه العلماء الا هذا، و ان شئت فعبّر أنه يستفاد من هذه الروايه أن الفقهاء امناء الرسل، و مقتضى حذف المتعلق العموم، فكل ما يكون للرسل يكون للفقهاء. و يرد عليه سندا و دلالة:

أما سندا فبكونه مرسلا، فلا تشمله أدله الحجيه، و ان نقل صاحب المستدرک «٣»

(١)- مكاسب، الصفحه (١٥٣) السطر (٣٥).

(٢)- مستدرک، الجزء (٣) الصفحه (١٨٧) الباب (١١) من أبواب صفات القاضى.

(٣)- مستدرک، الجزء (٢) الصفحه (٤٣٧) الباب (٣٥) من أبواب ما يكتسب به.

دراساتنا من الفقه الجعفرى، ج ٣، ص: ٩٩

عن القطب الراوندى فى كتاب النوادر، عن موسى بن جعفر، و ادعى صححه سنده و الراوندى لقب لجمله من الرواه، و من جملتهم القطب الراوندى، الراوى لهذه الروايه، و هو عبارته عن أحمد بن السيد الامام فضل الله بن على الحسين الراوندى، السيد كمال الدين أبو المحاسن. و يجب أن لا يخفى عليك.

أن فضل الله بن على الحسين الراوندى سهو عن صاحب المستدرک لعدم وجود عين و لا أثر منه فى كتب الرجال، و على أى حال لا دليل على وثاقه الرجل،

و ان قيل «١» فى حقه انه عالم فاضل و كان قاضيا فى القاسان، و لكنه لا يدل على وثاقته.

و قال المجلسى «٢» فى البحار أن كتاب النوادر فمؤلفه من الافاضل الكرام، و قال الشيخ منتجب الدين اكثر هذه الروايات مأخوذ من كتاب موسى بن إسماعيل ابن موسى بن جعفر و هو غير موثق، و لعل الوجه فى كون هذه الروايه موصوفه بالصحة قبوله بما ناقشناه و الله عالم بالصواب.

فظهر مما بينا ان الروايه ساقطه من حيث السند و انجبارها بعمل المشهور ممنوع صغرى و كبرى، أما الاولى فلان استناد المشهور الى الروايه المذكوره غير معلوم، و أما الثانيه فلما ذكرنا فى محله من أن الخبر الضعيف لا ينجبر بعمل المشهور.

و أما دلالة بيان معنى كونهم امناء الرسل أن كل أمر من الاحكام و غيرها لو فوض اليهم، فهم امناء فى حفظه و هذا التعميم يستفاد من حذف المتعلق، و اما الولايه هل هى من الاحكام التى فوض أمرها اليهم أم لا فهو أول الكلام.

فان ثبوت أمانتهم بهذه الروايه لا تدل على ذلك، لان الحكم لا يحقق موضوعه مثلا لو قيل زيد أمين أهل البلده الفلانيه معناه أن كلما يجعل عنده بعنوان الامانه

(١) - المستدرک، الجزء (٣) الصفحه (٢٩٥).

(٢) - نفس المصدر.

دراساتنا من الفقه الجعفرى، ج ٣، ص: ١٠٠

لا يخون فيه و أما جعل الامانه فلا يفهم من هذه العبارة، و حذف المتعلق لا يفيد من هذه الجبهه كما هو واضح.

ان قلت - ان المستفاد من بعض الروايات لزوم القيم، و الامام لكل فرق و ملل و انا لا نجد فرقه من الفرق و لا مله من الملل بقوا و عاشوا الا بقيم و رئيس لما لا بدلهم منه

فى أمر الدين و الدنيا كما قال عليه السّلام: لو لم يجعل له اماما قيما حافظا لدرست المله «١».

و الحاصل أن لزوم القيم، و الامام للامه ثابت بالروايه المذكوره و من المعلوم أن امام الامه و حافظهم الذى لا بد لهم فى أمر الدين، و الدنيا لا بد أن يكون أمينا، و أما الخائن فلا ينال هذا المنصب العظيم. فالامام الامين لازم للامه، و هذا لا ريب فيه كبرويا.

و أما تعيين الصغرى بأن الامناء فى الشريعه الاسلاميه أى طائفه من طوائف المسلمين، فتعينها الروايه المستدله بها، و هى قوله صلى الله عليه و آله: (الفقهاء أمناء الرسل) فيتعين لهم هذا المقام المنيع، و المنصب العظيم.

و الجواب عنه: اما (أولا) فان روايه العلل مخدوشه من جهه السند فلا يعتمد عليها.

و أما (ثانيا) فان الروايه بعد الاغماض عن ضعف سندها تدل على وجوب جعل القيم، و الامام للامه حذرا من اندراس الدين. و هذا المعنى كما ترى أجنبى عن المدعى. لان اندراس الدين ان كان من ناحيه عدم جعل القيم فهو مجعول من قبل الله تعالى، و أما غيبته فمننا و نحن المقصرون.

و ان كان من ناحيه العمل الخارجى للناس، فلا يجب على الله دفعه لعدم تعلق مشيته تبارك و تعالى بأن يجبر الناس على العمل بأحكام الدين.

(١) - علل الشرائع، الجزء (١) الصفحه (١٣٧)

دراساتنا من الفقه الجعفرى، ج ٣، ص: ١٠١

و الحاصل أن القيم للدين و الحافظ له مجعول من قبل الله تعالى و هو مولانا الغائب عليه السّلام عجل الله تعالى فرجه الشريف.

و أما (ثالثا) فان العرف بتناسب الحكم و الموضوع يفهم من قوله صلى الله عليه و آله:

(ان العلماء أمناء الرسل) كونهم أمناء فى ابلاغ الاحكام

و حفظها و ان شئت فقل: ان اعطاء المنصب للعلماء يناسب التعبير بالخليفه، كما أن كونه أميناً يناسب كونه مبيناً للأحكام. و الذى يؤيد ذلك ما ذكر فى ذيل الروايه حيث قيل يا رسول الله و ما دخولهم فى الدنيا قال اتباعهم السلطان.

وجه التأييد انه يفهم من الروايه ان الفقيه ما دام لم يتبع السلطان هذا المنصب له ثابت و من الظاهر أن المراد من الامانه لو كانت الحكومه فلا يتصور له حكومه فى الخارج مع وجود السلطان، و أما بيان الاحكام فامر ممكن مع وجود السلطان.

و صفوه القول: انه يستفاد من الروايه أن رسول الله يرجع الناس الى الفقيه الذى تصدى للأمانه التى جعلت عنده، و من الظاهر أن مع وجود السلطان الجائر لا مجال للفقيه أن يتصدى لمنصب الحكومه.

و ملخص الكلام أنه يفهم من الروايه أن الفقيه يكون مرجعاً للناس ما دام لم يدخل على السلطان، و هذا يناسب التبليغ، و بيان الاحكام، و أما تصدى الامور العامه، فليس قابلاً و ممكناً للفقيه، مع وجود الغاصب حتى يكون مرجعاً للناس.

و اما (رابعاً) لو سلمنا أن اطلاق الامانه يفيد العموم للولاية بسبب حذف متعلقها، الا- أنا نقول: ان ذيل الروايه و هو قوله: (فاحذروهم على دينكم) يصلح قرينه على كون المراد من متعلق الامانه هو خصوص الدين، و الاحكام الشرعيه، فلا يعم الولاية.

و (منها)- قوله صلى الله عليه و آله (مجارى الامور و الاحكام بيد العلماء الامناء على حلاله و حرامه) «١».

(١)- مستدرک الجزء (٣) كتاب القضاء، الباب (١١).

دراساتنا من الفقه الجعفرى، ج ٣، ص: ١٠٢

(أقول): ان هذه الروايه و ان كانت تامه من جهه الدلاله، الا أنها مرسله لا تشمل ادله الحجيه.

و اما (توهم)

أن الاحكام عطف تفسير للأمر أو أن قوله: الامناء على حلاله و حرامه قرينه على أن المراد من الامور هي الاحكام الشرعيه فمدفوع لعدم انهدام الظهور بمثل هذا الاحتمال، و الا لا يبقى حجر على حجر في باب الظواهر، فتلخص أن الروايه تامه دلالة و ساقطه سنداً.

و (منها) قوله صلى الله عليه و آله (اللهم ارحم خلفائي ثلاثا قيل و من خلفائك قال الذين يأتون بعدى و يروون حديثي، و ستى فيعلمونها الناس من بعدى).

و هذه الروايه «١» نقلت فى الوسائل و كذا نقلها الصدوق فى الفقيه مرسلًا، و لكنها نقلت مسندا أيضا بأربعة طرق باعتبار و بخمسه طرق باعتبار آخر و نحن نذكر هذه الطرق حتى يتضح بأنه هل يمكن تصحيح الروايه باحدى هذه الطرق المذكوره أم لا.

الطريق الاول- ما رواه فى المجالس مسندا الا أنه مخدوش بالحسين بن أحمد ابن ادريس.

الطريق الثانى- ما فى معانى الاخبار الا أنه فى سنده عيسى بن عبد الله العلوى، و النوفلى، و هما ضعيفان عند الاصحاب و الطريقتان المذكوران يعدان طريقا واحدا باعتبار اشتراكهما فى الراوى أعنى عيسى بن عبد الله، و لذا قد بينا قبل سطور أن الطرق فى سند الروايه تعد اربعة باعتبار، و كان المقصود منه هذا الوجه الذى عرفت.

الطريق الثالث- ما رواه فى العيون عن محمد بن على شاه المروزى عن محمد ابن عبد الله النيسابورى عن عبيد الله بن أحمد بن عامر الطائى عن أبيه عن الرضا عليه السلام و هذا

(١)- الوسائل، الجزء (١٨) الصفحه (١٠٠) الباب (١١) من أبواب صفات القاضى.

دراساتنا من الفقه الجعفرى، ج ٣، ص: ١٠٣

الطريق أيضا مخدوش بعبيد الله بن أحمد بن عامر الطائى، لعدم توثيقه فى كتب الرجال.

الرابع- أيضا في العيون «١» عن أحمد بن ابراهيم بن البكر الخوزي عن ابراهيم بن هارون بن محمد الخوزي عن جعفر بن محمد بن زياد الفقيه عن احمد ابن عبد الله الهروي عن الرضا عليه السلام و هذا الطريق أيضا مخدوش بابراهيم بن هارون فانه لم يوثق عند الاصحاب.

الطريق الخامس- عن الحسين بن محمد العدل عن علي بن محمد بن مهرويه القزويني عن داود بن سليمان الفراء عن الرضا عليه السلام ان هذا الطريق أيضا مخدوش بداود ابن سليمان.

فتحصل أن هذه الروايه و ان نقلت بطرقها الاربعه أو الخمسه الا أن كلها ضعيفه، كما عرفت فلا تشملها أدله حجيه الخبر الواحد.

لا- يقال: ان هؤلاء الرواه، كانوا يعيشون في أمكنه متعدده بحيث لم يكن أحدهم مطلعاً على أحوال الآخرين، فمن نقلهم هذه الروايه مع اختلاف أمكنتهم، و بعد مسافتهم يحصل الاطمئنان بصدورها عن المعصوم.

لأننا نقول: (اولاً-) أنا لا نسلم حصول الاطمئنان بصدور الروايه من نقل الافراد الذين لم يثبت وثاقتهم عند أصحاب الرجال، و مجرد اعاشتهم في امكنه متعدده لا يعطيهم عنوان الثقه و- عليه- فلا تشملها أدله حجيه الخبر كما هو واضح.

و (ثانياً) ان هذه الجهات لا توجب الاعتبار في الروايه التي لا تكون حجه بحسب القاعده، و تحقق التواتر بهذا المقدار عهدته على مدعيه، فانه كيف يمكن أن يدعى تحقق التواتر في مثل هذه الامور مع هذا المقدار من البعد في عمود الزمان، و خلاصه الكلام لا مجال لادعاء صحه السند، بأي نحو كان.

(١)- الوسائل، الجزء (١) الصفحه (٣٤٣).

دراساتنا من الفقه الجعفري، ج ٣، ص: ١٠٤

لا يقال: ان الروايه و ان كانت ضعيفه من حيث السند الا أن المشهور عملت بذلك فانه جابر لضعفها.

لأننا نقول:

(أولاً) ان احراز استناد عمل المشهور بهذه الروايه فى غايه الصعوبه، و مجرد توافق العمل ما دام لا يحرز الاستناد لا يفيد كما سبق بيانه منا مرارا.

و (ثانيا) على تقدير احراز الاستناد أيضا لا نسلم جبران ضعفها بعمل المشهور كما قد حققناه فى الاصول هذا من جهه السند و أما الدلاله فالظاهر أن المراد من قوله صلى الله عليه و آله: (يروون حديثى) هم الرواه، و لا يشمل الفقهاء.

ربما يقال: ان قوله صلى الله عليه و آله فى ذيل الروايه (فيعلمونها الناس) يدل على أن المراد من قوله صلى الله عليه و آله (يروون حديثى ليس مطلق الرواه، بل المراد منه الفقهاء فانهم اهل التعليم و الارشاد، و أما الرواه فليس شأنهم هذا، بل انهم يأخذون الروايه عن المعصوم و ينقلون للناس.

و الجواب عنه- ان الجملة المذكوره فى ذيل الروايه لا تصلح أن تصرف قوله: (الذى يروون) عن ظهورها و حملها على الفقهاء لعدم اختصاص التعليم بهم، فان الرواه أيضا يصدق عليهم أنهم يعلمون الناس ما يتعلمون عن النبى.

ان قلت: سلمنا أن قوله صلى الله عليه و آله (يروون) شامل للرواه أيضا، فانهم أيضا يعلمون الناس و لكننا نقول: ان الخلافه منصب عظيم لا يناله الا الواحدى من البشر، فيبعد اطلاقها على كل راوى الحديث و هو بمجرد روايه حديث لا يكون خليفه للرسول الاعظم صلى الله عليه و آله.

قلت: ان ما ذكر فى المقام مجرد استبعاد، و هو لا يكون دليلا على عدم اطلاق الخليفه عليهم ما لم يوجد مانع منه، و الظاهر أنه لا مانع منه، بل الامر كذلك بالبط و الجزم، فان الرواه لهم شأن من الشئون عند النبى الاعظم، حيث لو

لم يكونوا لا ندرس الدين الاسلامى الاعلى، فبروايتهم بقى الدين و آثار سيد المرسلين.

دراساتنا من الفقه الجعفرى، ج ٣، ص: ١٠٥

ان قلت: كيف يمكن الالتزام بكون الرواه قاطبه خلفاء لرسول الله مع أن بعضهم منكر للحق، و بعضهم جعل للحديث، و بعضهم غير مميز بين صحه الروايه و سقمها.

قلت: يمكن الجواب عنه نقضا، و حلا، أما النقض فهو أن بعض الفقهاء أيضا منكر للحق، فانه كيف يمكن الالتزام بكون الفقهاء قاطبه خلفاء للرسول الاعظم صلى الله عليه و آله مع أن بعضهم لا دين له و لا ايمان و لا يعرف الحق من الباطل كأبى حنيفه و غيره من فقهاء عصر الائمه عليهم السلام.

و اما الحل فهو أن الرواه الذين علم كونهم فاسقين و غير موثقين لا- يشملهم منصب الخلافه بالبط و الجزم و هذا لا- يضر بالمدعى، و أما اذا كان الراوى من الثقات التى يؤمن من كذبه و له خبرويه فى تشخيص صحه الخبر من سقمها، فلا مانع من شمول قوله صلى الله عليه و آله: (يروون حديثي) مثله.

و ربما استشكل على دلالة الروايه بوجهين.

(الوجه الاول) أن قوله صلى الله عليه و آله: (اللهم ارحم خلفائي) و ان كان مطلقا، الا أنه يقيد بقوله (الذين يروون حديثي) فيكون معنى الروايه اللهم ارحم خلفائي الذين يروون حديثي و يبلغون الاحكام للأنام، فاذا لا تدل الروايه على المدعى كما هو ظاهر.

و يرد عليه أن توصيف الخلفاء بما ذكر من الاوصاف الوارده فى ذيل الروايه، لا يدل، على بيان وظيفتهم حتى يرد ما قيل، بل ان هذه الاوصاف تكون من باب المعارف للخليفه، و علامات لمن ترحم عليه، كأنه سئل يا رسول الله من خلفائك أجاب صلى

اللّه و آله بهذه الاوصاف المذكوره. و هذا المعنى لا يعارض اطلاق الخليفه.

(الوجه الثانى) - ان ظاهر قوله صلى الله عليه و آله (يروون حديثى) يعين أن مصداق خليفه

دراساتنا من الفقه الجعفرى، ج ٣، ص: ١٠٦

الرسول. هو الذى يروى جميع أحاديث الوارده عن النبى و هو غير مقدور. الا للأئمه عليهم السلام، فانهم مخازن علوم النبى و آثاره، فيكون المراد من الخليفه فى الروايه الأئمه الاطهار.

و يرد عليه أن ما ذكر خلاف ظاهر اطلاق قوله صلى الله عليه و آله (الذين يروون) فان ظاهر هذه الجملة يشمل لكل راو يروى عن النبى و لو مع الوسائط، و لو منع صدق الراوى على من لا يروى عن النبى بلا واسطه، لم يتحقق مصداق للراوى أصلاً لان الرواه جلهم يروون الأحاديث عن النبى مع وسائط كثيره بينهما.

فتحصل أن الايرادين المذكورين على دلالة الروايه لا يرجع الى معنى محصل.

و لكنه مع ذلك كله لا يمكن الاستدلال بهذه الروايه على اثبات الولايه للراوى. لان اطلاق الخليفه، و كذلك اطلاق قوله صلى الله عليه و آله (يروون حديثى) يقتضيان أن نقول:

ان شئون النبى بأجمعها من وجوب اطاعته، و جواز تصرفه فى الامور العامه، و الشخصيه، و الاموال و الانفس، ثابتة للراوى و هذا مقطوع العدم.

و بعبارة واضحه بمقتضى اطلاق الراوى و الخليفه لا بد من الالتزام بخلافه كل راو عن النبى، و أنى لنا بذلك، و تخصيصه بعده مخصوصه اعنى الأئمه فى الروايه تخصيص مستهجن، فتكون الروايه مجمله فلا بد ردها الى أهلها.

نعم أن القدر المتيقن منها، الأئمه الابرار (ع)، فان شئون النبى كلها ثابتة لهم بالقطع إلا منصب النبوه، و أما ساير الرواه فلا يمكن اثبات ولايتهم بهذه الروايه.

و (منها) ما

نقل في المستدرک عن التحرير حيث ذكر العلامه فيه مرسلًا (علماء أمتي كأنبياء بني اسرائيل) «١» و يمكن الاستدلال بعموم التشبيه في الروايه بأن يقال:

انه يستفاد منها كونهم كأنبياء بني اسرائيل في جميع الشئون و المناصب حتى

(١) - كتاب القضاء أبواب صفات القاضى باب (١١)

دراساتنا من الفقه الجعفرى، ج ٣، ص: ١٠٧

الولاية على الاموال، و الانفس.

و يرد عليها - سندا و دلاله أما سندا فبارسالها و أما دلاله فبعدم تسليم كون التنزيل من جميع الجهات، بل الظاهر منه انهم نزلوا بمنزلتهم بلحاظ تبليغ الاحكام.

و الذى يؤيد ذلك تنزيلهم بمنزله أنبياء بني اسرائيل وجه التأييد انه لو كان (صلى الله عليه و آله) فى مقام اثبات منصب الخلافه لهم لكان مناسبا أن يشبههم بنفسه الشريفه. و يقول: العلماء بمنزلتى كما نطق بذلك فى مقام جعل الخلافه للإمام على (عليه السلام).

وجه المناسبه - أن الولاية المطلقه للنبي مما لا ريب فيه، بعد ملاحظه الادله القاطعه، و البراهين الواضحه من العقليه، و النقليه التى قد ذكرناها فى بحث الولاية و أما ثبوت الولاية. المطلقه لأنبياء بني اسرائيل فغير معلوم، بل معلوم العدم بالنسبه الى بعض منهم، فان بعضهم كان متصديا لتبليغ ما أتى به موسى على نبينا و عليه الصلاه و السلام، و لم يكن آتيا بدين جديد. كما يظهر ذلك للمتتبع.

و (منها) ما عن الفقه الرضوى (ان منزله الفقيه كمنزله الانبياء فى بني اسرائيل) و تقريب الاستدلال به علم من تقريب الاستدلال بسابقه فلا يعاد.

و يرد عليه سندا بعدم ثبوت انتساب الكتاب المذكور الى مولانا الرضا عليه السلام و قد مر منا تحقيق هذا المعنى فى أول الكتاب.

و دلاله بما عرفت فى الروايه السابقه فان الروايات الوارده بهذا المضمون لا يستفاد

منها الولايه المطلقه فراجع ما ذكرناه آنفا.

و (منها) ما عن نهج البلاغه (أولى الناس بالانبياء أعلمهم) و نقل عن بعض النسخ أعملهم و هذه الروايه لا اعتبار بها من حيث السند، و مخدوشه من جهه الدلاله أيضا، لأنه لا يفهم من الاولويه تنزيل العلم بمنزله الانبياء حتى يستفاد من عموم التنزيل أن المناصب المجعوله للنبي مجعوله للأعلم أيضا، نعم يفهم منه بأنه

دراساتنا من الفقه الجعفرى، ج ٣، ص: ١٠٨

لو جعل له خليفه لكان الاعلم أولى بذلك من غيره، و اما هل جعل له ذلك أم لا فليست الروايه فى مقام بيانه.

و (منها) صحيحه قداح عن أبى عبد الله عليه السلام قال: قال رسول الله: من سلك طريقا يطلب فيه علما سلك الله طريقا به الى الجنه و ان الملائكه لتضع أجنحتها لطالب العلم رضى به و انه يستغفر لطالب العلم من فى السماء و من فى الارض حتى الحوت فى البحر، و فضل العالم على العابد كفضل القمر على سائر النجوم ليله القدر و ان العلماء ورثه الانبياء ان الانبياء لم يورثوا دينارا، و لا درهما، و لكن ورثوا العلم فمن أخذ منه أخذ بحظ وافر (١).

و هذه الروايه تامه سندا، و أيضا روى أبو البختري عن أبى عبد الله عليه السلام قال:

ان العلماء ورثه الانبياء (٢).

و لكنها ضعيفه بأبى البختري و هو عبارته عن وهب بن وهب و أما سعد بن فيروز و ان كان ممدوحا الا أنه من أصحاب على عليه السلام.

و أما دلاله - فتقريب الاستدلال بها أن معنى كون العلماء ورثه الانبياء انهم وارثون لهم فى كل شئونهم، الا ما خرج بالدليل القطعى فيما أن النبى صلى الله عليه و آله له

ولايه على الاموال و النفوس، فكذا وراثه صلى الله عليه و آله فان لهم أيضا ولايه عليهما. و الجواب عنه.

(اولا-) أن ثبوت الحكومه و الولايه المطلقه لجميع الانبياء غير معلوم فانما الثابت بالدليل ولايه بعض منهم كسليمان و عيسى و غيرهما. الا أن يقال: بان ولايه بعضهم كافيه لا ثبات المدعى.

و (ثانيا) ان القول: بثبوت شئون النبي للعلماء يستلزم وجوب اتباعهم فى

(١)- اصول الكافي، الجزء (١) باب ثواب العالم و المتعلم.

(٢)- وسائل الشيعه، الجزء (١٨) الباب (٨) من أبواب صفات القاضى.

دراساتنا من الفقه الجعفرى، ج ٣، ص: ١٠٩

أوامرهم الشخصيه أيضا، و لا يلتزم به أحد.

و (ثالثا) ان الحكم لا يكون محققا لموضوعه لعدم تأثير المتأخر فى المتقدم فان الروايه تدل على أن العلماء ورثه الانبياء، فيما تركوه و أما الولايه فهل هى أيضا داخله فى ذلك أم لا لا تكون الروايه ناظره اليها، بل لا بد احراز دخولها من دليل آخر حتى يشملها قوله: (ان العلماء ورثه الانبياء).

و (رابعا) انا لا نسلم كون المتعلق محذوفا فى قوله صلى الله عليه و آله (العلماء ورثه الانبياء) حتى يقال: ان حذف المتعلق يفيد العموم فيكون معنى ان العلماء ورثه الانبياء، كونهم ورثه لهم صلى الله عليهم فى جميع شئونهم، بل انه مذكور فى الكلام و هو قوله: (ان الانبياء لم يورثوا دينارا و لا- درهمًا بل ورثوا العلم) فيعلم من هذه الجملة، بالوضوح و البداهه، أن ميراث الانبياء هو العلم، فالعلماء يرثون علمهم، و أما كونهم وارثين للولايه فلا يستفاد منها.

و (منها) ما روى عن الحجه عجل الله تعالى فرجه الشريف (و أما الحوادث الواقعه فارجعوا فيها الى رواه حديثنا، فانهم حجتي عليكم و أنا حجه الله) «١».

هذه الروايه تاره يبحث فيها من حيث السند و أخرى من حيث الدلاله.

أما من حيث الدلاله فنقول: ان الامام عليه السّلام أوجب الرجوع الى الامام عند الحوادث، فيما أن الحوادث، جمع محلى باللام، و هو يفيد العموم، تكون ظاهره فى مطلق الامور التى لا بد من رجوع الرعيه فيها الى رئيسهم، بلا فرق فى ذلك بين السياسات و بيان الاحكام، و القضاء، و غيرها فلا تكون مختصه بالشبهه الحكميه، و الذى يدل على اراده العموم منها وجوه.

(الاول)- ارجاع نفس الحادثه الى رواه الحديث، لا حكمها، فلو كان

(١)- وسائل الشيعه، الجزء (١٨) الصفحه (١٠١)

دراساتنا من الفقه الجعفرى، ج ٣، ص: ١١٠

المراد من الحوادث خصوص الشبهات الحكميه فقط لكان المناسب أن يأمر بارجاع أحكام الحوادث اليها فيقول: أما أحكام الحوادث الواقعه فارجعوا فيها الى رواه أحاديثنا.

و (يرد عليه) أن المتفاهم العرفى من الروايه بتناسب الحكم و الموضوع و بملاحظه التعبير عن المرجع برواه الحديث، الرجوع فى حل أحكام الحوادث اليهم، لا يكال نفس الحادثه لياشرها، و لو كان مراده عليه السلام ارجاع نفس الحادثه، لكان المناسب أن يقول: (ان الحوادث الواقعه فارجعوها الى رواه أحاديثنا، و لكنه قال: (فارجعوا فيها) و من المعلوم ان معنى الرجوع فى الحادثه استعمال حكمها.

(الوجه الثانى) ان ظاهر التعليل فانهم حجتى عليكم و أنا حجه الله، يقتضى اراده العموم، لان مقتضى اضافه حجه الفقيه الى نفسه عليه السلام كونه منصوبا بالنيابه من قبله الشريف، فيكون نائبا عن الامام فى شئون الامامه، و لو كان الفقيه نائبا عن الامام فيما يتعلق بحكم الله تعالى كان المناسب أن يقول: انهم حجج الله تعالى عليكم، كما وصفهم فى مقام آخر بأنهم أمناء الله فى حاله و

حرامه.

و (يرد عليه) بانه ليس فى الروايه ما يدل على عموم الحجيه، و أنهم حججه فى جميع الجهات و ان شئت قلت: لو كان التعبير بأنهم حجه الله لم يكن يستفاد منه غير جهه تبليغ الاحكام فكذلك هنا فان العرف لا يستفاد من هذا التعبير غير احتجاجه عليه السلام بهم على الناس فى الواجب و الحرام.

و كذا اضافه الفقيه بنفسه بعنوان كونه حجه لا يدل على مراد المستدل، لأنها اشاره الى أن الاحكام الشرعيه لا بد أن يؤخذ من الاثمه عليهم السلام، فانهم باب الاحكام فان الله يحتج على الناس بالامام عليه السلام و هو يحتج عليهم بالعلماء.

فتلخص أن هذا الوجه الذى ذكره لدلاله الحوادث على العموم لا يساعده الدليل.

دراساتنا من الفقه الجعفرى، ج ٣، ص: ١١١

(الوجه الثالث) أن وجوب الرجوع عند الجهل بالاحكام الى الفقهاء يعد من البديهيات فى الإسلام، و لم يكن خفيا على مثل اسحاق بن يعقوب حتى يكتب فى عدد مسائل اشكلت عليه، لكونه من الواضحات بالنسبه اليه لوجود الاخبار المتواتره الداله على وجوب الرجوع الى الفقيه، بخلاف الولايه العامه، فانها يمكن الجهل بها.

و (يرد عليه) اولاً- ان اسحاق بن يعقوب ليس له شأن عند أصحاب الرجال، و لم ينقل له فضل و لا فقاهاه، بل لم يوثق عندهم أصلاً، فانه ليس من قبيل الزراره و أضرابهم، حتى يستغرب الجهل بمثل هذا الحكم فى حقه.

(و ثانياً) أن الامور تدريجييه، و كل راو يتعلم الاحكام و يطلع عليها بالتدريج و بالسؤال و لا تكون الاحكام من الواضحات ابتداءً.

و (ثالثاً) لا نسلم وجود الاخبار المتواتره على وجوب الرجوع الى الفقيه، بل لا يوجد الخبر الصحيح أصلاً، فضلاً عن تواتره، نعم أن الروايات فى باب

الرجوع الى الرواه كثيره، الا أنها أجنبيه عن المقام هذا تمام الكلام فيه من حيث الدلاله.

و أما من حيث السند فانها مخدوشه بإسحاق بن يعقوب فانه غير موثق، و أما المدح المنسوب الى مولانا الغائب عجل الله تعالى فرجه الشريف، فهو روى من طريق نفسه، لنفسه، فلا يفيد شيئاً، لان اثبات وثاقته بهذه الروايه يكون دورياً. و اما انجبارها بعمل المشهور فممنوع صغرى و كبرا كما مر توضيحه.

و (منها) ما رواه محمد بن يحيى، عن أحمد بن محمد، عن ابن محبوب، عن على بن حمزه قال: سمعت أبا الحسن موسى بن جعفر يقول: اذا مات المؤمن بكت عليه الملائكه، و بقاع الارض، و ثلم فى الإسلام ثلمه لا يسدها شىء، لان المؤمنين الفقهاء حصون الإسلام، كحصن سور المدينه لها «١».

(١) - اصول كافى، الجزء (١) الصفحه (٣٨) باب فقد العلماء، الحديث (٣).

دراساتنا من الفقه الجعفرى، ج ٣، ص: ١١٢

تقريب الاستدلال بها- ان عنوان الحصنيه انما يتحقق للفقهاء اذا يحرسون الإسلام و المسلمين بسبب تبليغ أحكامه، و اجرائها بينهم و المداخله فى جميع شئونهم، و مجتمعاتهم، و سياساتهم باقامه الحكومه الاسلاميه بأن ينظم الجيش، و يحفظ المله الاسلاميه من شر الاجانب، و يسد الثغور.

و (أما) اذا لا- يجرى هذه الامور بأيدي العلماء فلا يتصور معنى محصل لكونهم حصن الإسلام، بل هو نظير بعض الاسماء بلا مسمى، و هذا يوجب تعطيل الاحكام، و سد معظم أبواب الفقه، و اذا لم يكن الفقيه مداخله فى أمور المسلمين بايجاد النظم بينهم، و جمع شتاتهم بل كان مشغولاً بالذكر، و الدعاء، و التسبيح، و ما شابه ذلك هل يصدق عليه حصن الإسلام و حافظه!

فان الجلوس فى البيت، و وضع اليد على اليد،

و مجرد الاشتغال بالذكر و الدعاء لا يعطى للفقيه عنوان حصن الإسلام، بل ان هذا فرار عن الوظيفة الشرعيه، و من المعلوم ان مجرد بيان المسائل الشرعيه لا يكفى فى كون الفقيه حصنا للإسلام فان الإسلام انما يكون محصونا اذا أقام الفقيه نظما دينيا فى المجتمع، و أجرى أحكام الحدود و التعزيرات و تهيأ مقدماته مما يتوقف عليه حفظ كيان الإسلام، و الجواب عنه.

أما من حيث السند فتكون الروايه ضعيفه بعلى بن أبى حمزه بطائنى فانه غير موثق، و مجرد أن ابن أبى عمير نقل عنه الروايه لا يدل على وثاقته.

و أما عمل المشهور على فرض تسليم انجبار ضعف السند به لا يفيد فى المقام لعدم احراز استناد المشهور عملهم بهذه الروايه، و مجرد توافق عملهم مع مضمون الروايه لا يفيد شيئا ما لم يحرز استناد عملهم اليها. و لعمري هذا فى غايه الصعوبه و وقوعه فى سند كامل الزياره على تقدير تسليم توثيق ابن قولويه الرواه التى وقعت فى سنده، لا- يفيد فى المقام، لكون توثيقه معارضا للتضعيف المنقول عن صاحب الوسائل.

دراساتنا من الفقه الجعفرى، ج ٣، ص: ١١٣

و قال على بن فضال: ان على بن حمزه كذاب، و أيضا ضعفه الغضائرى، و قال الكشى ان فى ذمه روايات، فوقوعه فى سند الكامل لا أثر له حتى على مبنى من تقبل توثيق ابن قولويه الرواه الوارده فيه.

(أضف الى ذلك) انه لا اعتبار بكونه فى بعض أسناد كامل الزياره بدعوى انه يظهر من كلام ابن قولويه توثيق جميع ما وقع فى أسناد كتابه، فانا ناقشنا فى هذا الاستدلال، و قلنا: ان القدر المتيقن من هذا التوثيق هى الطبعه الاولى التى يروى فيها ابن قولويه بلا واسطه

و اما شمول كلامه لغيره فممنوع هذا كله من حيث السند و أما من حيث الدلاله.

فأما (أولاً) فينتقض بما ذكر في باب فقد العلماء (ان الاتقياء حصون الإسلام) «١» و لو كان قوله صلى الله عليه و آله: (لا ين المؤمنين الفقهاء حصون الإسلام) دالاً على ثبوت الولايه للفقيه، لكان قوله: (ان الاتقياء حصون الإسلام) أيضاً دالاً على ذلك بلا- فرق بينهما و أظن (و ان كان الظن لا يغنى من الحق شيئاً) ان المستدل لا يرضى بولايه الاتقياء، و كل ما أجاب عن ذلك فنعيد عليه مثله.

و (ثانياً) انه لا ملازمه بين عدم ثبوت الولايه للفقيه، و بين تعطيل معظم الاحكام، بل الينونه بينهما من الثرى الى الثريا، فان باب الاحكام مفتوح على كلا التقديرين.

و غايه ما يمكن أن يقال فى المقام: ان اجراء الاحكام القضائيه، و الحقوق الجزائيه فى صوره عدم ولايه الفقيه غير ممكن، و لكن مجرد تعطيل حكم من أحكام الفقه لا يوجب أن يقال: بسد معظم أحكام الإسلام، و كيف يمكن التفوه بذلك مع اننا نرى بالعين اجراء معظم أحكام الإسلام و ان قلنا بعدم ثبوت ولايه الفقيه، كباب الزكاه، و الخمس و الحج، و الامر بالمعروف، و النهى عن المنكر و غيرها

(١) - اصول الكافي، الجزء (١) الصفحه (٣٣).

دراساتنا من الفقه الجعفرى، ج ٣، ص: ١١٤

من معظم أبواب الفقه.

و (ثالثاً) لا- نسلم استلزام القول بعدم ثبوت ولايه الفقيه تعطيل الحقوق الجزائيه أيضاً، لان المنكر أيضاً يلتزم بوجوب اجراء أحكام الحدود، و القصاص و بوجوب الدفاع عن الإسلام و المسلمين، و لا أنسى أن فى الحرب العالميه الثانيه حيثما هجمت الحكومه البريطانيه على العراق، أفتى الفقهاء بالدفاع، و كان السيد الوالد قدس الله

نفسه من جملتهم.

و (رابعاً) أن مجرد وضع اليد على اليد، و الجلوس فى البيت لا- يكون فرارا عن الوظيفة، بل ربما تقتضى الوظيفة وجوبه، كما يتضح ذلك عند المراجعة الى سيره الاثمه كالإمام على عليه السّلام فى عصر الخلفاء الثالث، و الحسن بن على عليه السلام مع معاويه، و أنه لعائن الله عليه كان يسب أباه، و هو وضع يده على يده هل يلتزم المستدل أنهما عليهما السلام فرا عن وظيفتهما الشرعيه!

و (خامساً) انا لا نسلم أن مجرد بيان المسأله و الاحكام لا يكون مؤثرا فى حفظ بيضه الإسلام و كيانه، كيف فان بقاء الإسلام بالتبليغ و البيان كما نشاهد بالعيان، فان الفقهاء سيف ناطق للإسلام فان الإسلام بقى ببيان أحكامه، و تبليغ أساليبه، و لعمري هذا أوضح من أن يخفى، فان خصماء الإسلام متوجهون بذلك، و لذا نرى فى الخارج أن الشيوعيين يعاندون الفقهاء بأشد العناد لأنهم يرون أن بقاء الإسلام بوجودهم، و حفظه على عهدتهم و يحافظونه بتبليغ أحكامه، و نشر آرائه.

و (سادساً) لو سلمنا أن مجرد بيان الاحكام لا يكون ترويجا للإسلام و لا يحفظ به، بل لا بد من اجراء قوانينه العاليه، الا أن ولايه الفقيه أمر، و عدم جواز تعطيل الاحكام أمر آخر، فان تلك الامور الحسيه لا بد أن يقوم بها المسلم، و لو لم يكن فقيها، و لذا لو لم يقم الفقيه بها لفقده أو لعدم امكان تصديه يقوم بها العدل

دراساتنا من الفقه الجعفرى، ج ٣، ص: ١١٥

و على تقدير عدمه يقوم بها الفاسق فتخلص من جميع ما تقدم ان هذه الروايه ساقطه عن الاعتبار سنداً و دلالة.

و (منها) مقبوله عمر بن حنظله قال: سألت أبا عبد الله عليه

السلام عن رجلين من أصحابنا بينهما منازعه في دين أو ميراث فتحاكما الى السلطان و الى القضاء أ يحل ذلك.

قال: من تحاكم اليهم في حق أو باطل فانما تحاكم الى الطاغوت و ما يحكم له فانما يأخذ سحتا و ان كان حقا ثابتا له لأنه أخذه بحكم الطاغوت و أمر الله أن يكفر به قال الله تعالى: يُرِيدُونَ أَنْ يُتَّحَاكَمُوا إِلَى الطَّاغُوتِ وَقَدْ أُمِرُوا أَنْ يَكْفُرُوا بِهِ قلت: فكيف يصنعان قال: ينظر ان من كان منكم ممن قد روى حديثنا و نظر في حلالنا و حرامنا و عرف أحكامنا فليرضوا به حكما، فاني قد جعلته عليكم حاكما. «١»

تقريب الاستدلال بها- أن المراد بالحاكم من هو المتعارف من الحكام الذين ينصبهم السلطان في الامور العامه المتعلقة بالرعيه كما كان ذلك في القضاء المنصوبين من قبل سلاطين الجور فانهم كانوا يتصدون ذلك كلها، فان الغرض من نصب الفقهاء قاضيا في مقابل قضاتهم سد باب المراجعه الى قضاء الجور، فلو لم تجعل للفقيه ولايه مطلقه لا يرتفع احتياجاتهم، فلا يسد باب المراجعه الى قضاء الجور.

و (يرد عليه) سندنا و دلاله أما السند فمخدوش بعمر بن حنظله فانه لم يثبت وثاقته عند أصحاب الرجال الا الشهيد. فانه وثقه و لكن توثيقه لا- يفيد، لكونه من المتأخرين، أضف الى ذلك أن مدرك توثيقه معلوم على ما نقل عن ابنه، و هو عبارته عن الروايتين.

(الاولى) ما رواه محمد بن يعقوب، عن علي بن ابراهيم، عن محمد بن عيسى، عن يونس، عن يزيد بن خليفه قال: قلت لأبي عبد الله عليه السلام ان عمر بن حنظله أتانا عنك

(١)- وسائل الشيعه، الجزء (١٨) الصفحه (٩٨) الباب (١١).

بوقت فقال ابو عبد الله عليه السلام اذا لا يكذب علينا «١»

(الثانيه) ما رواه إسماعيل الجعفي عن عمر بن حنظله قال: قلت: لأبي عبد الله عليه السلام، القنوت يوم الجمعة، فقال أنت رسولى اليهم فى هذا الحديث «٢»

(أقول): ان الروايتين المذكورتين تامتان من حيث الدلاله فانهما تدلان على وثاقته كما هو ظاهر الا أنهما ضعيفتان من جهه السند أما الروايه الاولى فهى ضعيفه بيزيد بن خليفه فانه فى سندها و هو لم يوثق و أما الروايه الثانيه فهى ساقطه عن الاعتبار بنفس عمر بن حنظله فلا تثبت وثاقته الا بالتقريب الدورى.

(لا يقال): ان الروايه المذكوره و ان كانت ضعيفه السند الا أن الاصحاب قد تلتقت بالقبول، و لهذا سميت بالمقبوله، و هو جابر لضعفها.

(لأنا نقول): قد مر منا غير مره أن عمل المشهور لا يجبر ضعف الروايه و كذلك اعراضهم عنها لا يوجب و هنها، بعد شمول أدله الحجيه لها هذا أولا.

و (ثانيا) أن الوجه فى تلقى الاصحاب بالقبول ما ذكره ابن الشهيد الثانى، و هما الروايتان المذكورتان، و قد عرفت النقاش فيهما.

و (أما دلالة) - فان هذه الروايه وردت فى باب القضاء كما يظهر ذلك بملاحظه أن مورد السؤال، و التحاكم هو الترافع، فانها وردت فى قبال المخالفين لمنع الناس عن الترافع اليهم لاشتراط اعتبار الايمان فى القضاء.

و الذى يدل على ذلك قوله عليه السلام من تحاكم اليهم فى حق أو باطل فانما تحاكم الى الطاغوت، فتخلص أن الروايه اجنبيه عن المقام، لكونها ناظره الى باب القضاء.

و (منها) روايه أبى خديجه حيث قال عليه السلام اجعلوا بينكم رجلا قد عرف حلالنا

(١) - جامع الرواه، الصفحه (٦٣٣)

(٢) - نفس المصدر

قد جعلته عليكم قاضيا «١»

و تقريب الاستدلال بها علم من تقريب الاستدلال بالمقبوله فلا نعيد.

و (يرد عليها) سندا و دلاله، أما السند فمخدوش بأبي خديجه فانه محل الكلام بين الاعلام، و المراد منه هو سالم بن مكرم، الملقب بأبي خديجه و وثقه النجاشي، و قال على بن فضال: انه رجل صالح و ذهب الشيخ فى بعض كتبه الى توثيقه، و فى آخر الى تكذيبه.

و (ربما يقال): ان توثيق الشيخ فى بعض كتبه معارض مع تضعيفه فى بعض كتبه الاخر فيسقطان عن الحجيه بالمعارضه و أما التوثيقات الوارده عن غيره فتبقى سالمه عن المعارض الا أنه خلاف التحقيق، لان تضعيف الشيخ على فرض ثبوته يعارض جميع التوثيقات الوارده فى المقام، كما هو كذلك فى الخبرين المتعارضين و تحقيق الحال و تفصيل المقال موكول الى باب الترجيح و التعادل.

و لكن الذى يسهل الخطب، أن يقال: ان الشيخ (قدس سره) قد اشتبه عليه بأن المراد من ابى خديجه هو سالم بن أبى سلمه، و هو ضعيف عند الاصحاب فتضعيفه أيضا راجع اليه، و أما سالم بن مكرم الذى وقع فى سند الروايه فهو ثقه عند الجميع، و الشيخ أيضا يعترف بذلك - فعليه - تكون الروايه معتبره من جهه السند.

هذا من ناحيه السند.

و (أما الدلاله) فانها أجنبيه عن المقام، لكونها راجعه الى باب القضاء كما يظهر ذلك من قوله عليه السّلام: (فانى قد جعلته عليكم قاضيا) و منصب القاضى انما هو فصل الخصومات، لا الولاية.

و (منها) قول أمير المؤمنين عليه السّلام لشريح: يا شريح قد جلست مجلسا لا يجلسه الا نبي، أو وصى نبي، أو شقى «٢».

(١) - وسائل الشيعه، الجزء (١٨) الصفحه (١١)

(٢) - وسائل الشيعه الجزء (١٨) الباب (٣) من

و لا مجال للخدشه في سندها لكثرة الروايات في الباب و لورود الروايه الصحيحه بمضمونها، و هي ما رواه الصدوق باسناده عن سليمان بن خالد، عن أبي عبد الله عليه السلام اتقوا الحكومه، فان الحكومه انما هي للإمام العالم بالقضاء، العادل في المسلمين، كنبى أو وصى نبي «١» و طريق الصدوق الى سليمان بن خالد لا بأس به،

(تقريب الاستدلال) بهذا المضمون من الروايات، ان هذا المنصب يكون للنبي و وصيه، فالفقيه وصى للنبي، فتثبت له الحكومه التي كانت للنبي.

(و يرد عليه)- ان المستفاد من الروايه أنه لا يجلس في هذا المكان الانبي، أو وصى، أو شقى، و لا شبهه في أن وصى النبي هو الامام عليه السلام، غايه الامر في فرض فقدانه، يجوز التصدى للمجتهد مضافا بأنه ليس المقصود في الروايه اثبات الوصايه كي يؤخذ باطلاق الكلام، بل المقصود منها التعريض للشريح و أمثاله فلا مقتضى في الروايه لإثبات الولاية للفقيه، فانها في مقام ذم الشريح بأن المكان الذي جلست فيه يدل على شقاوتك، لأنه يختص بالنبي و وصيه.

و (بعباره اخرى) ان المنصب من قبل الله جعل للنبي صلى الله عليه و آله و في زمان فقدانه للإمام عليه السلام، و لا يتصدى لهذا المنصب و لا يجلس في هذا المجلس غيرهما الا أن يكون شقيا، و حيث ان شريح لا ينطبق عليه أحد العنوانين فيكون شقيا، ففي زمان النبي يكون له المنصب، و في زمان فقدانه للإمام، و في عصر الغيبه للفقيه بعنوان النيابة من الامام لا من حيث انه وصى النبي.

و (ان شئت فقل): ان الحكام المنصوبين في زمان أمير المؤمنين عليه السلام هل

كان تصديهم بعنوان أنهم أوصياء للنبي كلاب بعنوان النيابة عن ولي الامر، و باذنه ففي زمان الغيبه أيضا الامر كذلك فلا تثبت الولاية للفقيه بهذه الروايه.

(١) - وسائل الشيعه، الجزء (١٨) الصفحه (٧) الحديث (٣).

دراساتنا من الفقه الجعفرى، ج ٣، ص: ١١٩

و (بتقريب آخر) يستفاد من الروايه انه لا يتصدى لهذا المقام، و لا يجلسه فى هذا المجلس الا النبى و وصيه، و هذا عام قابل لان يخصص و يقيد حيث انه ليس من العمومات العقلية الغير القابله للتخصيص و بعد ما ثبت بالدليل جواز تصدى الفقيه لهذا الامر نخصص العام المذكور بهذا الدليل و نقول: لا يجوز لأحد التصدى فيه الا الفقيه و هذا واضح كمال الوضوح.

و ربما يستدل لإثبات ولاية الفقيه بالدليل العقلى،

و هو انا نعلم بالقطع و الوجدان أن الدين الاسلامى دين خالد باق الى يوم القيمة، فان الله سبحانه و تعالى جعل دين الإسلام، قانونا للبشر فى جميع الاعصار و أراد أن ينظم المجتمع بالنظام الاسلامى الاعلى.

و أيضا نعلم أنه سبحانه و تعالى لا يرضى بترك بعض الامور التى يوجب تركه اختلال نظم المجتمع، كالتصرف فى مال الصغير اذا مات أبوه و لم ينصب قيما على صغاره، و احتيج الى بيع مالهم أو تزويج صغيره منهم اذا كانت فيه مصلحة بحيث تفوت لو ترك تزويجها، أو التصرف فى مجهول المالك اذا كانت فيه مصلحة للمالك و غير ذلك من الامور التى لا يرضى الشارع بتركها ففي هذه الصورة لا- يخلو الحال من ثلاث لا- رابع، اما ترك هذه الامور و ايقافها على حالها، و اما المراجعة الى قضاء الجور، و اما الالتزام بثبوت الولاية المطلقة للفقيه، و حيث ان الوجهين الاولين لا يمكن الالتزام بهما، فيتعين الثالث أعنى

ثبوت الولاية للفقهاء.

(و يرد عليه) بأننا ذكرنا سابقا أن الالتزام بايقاف أحكام الإسلام غير صحيح لأن قوانين الإسلام موضوعه للعمل بها، لا أن يعطل، ولا بد أن يجرى هذه الأحكام بيد الفقيه لكونه القدر المتيقن، فإن الأمور الحسبية التي هي حتمية التحقق في الخارج له أن يقوم بها.

و الحاصل أن كل أمر لا يمكن للشارع اهماله لا بد أن يتصرف الفقيه فيه،

دراساتنا من الفقه الجعفري، ج ٣، ص: ١٢٠

لأنه القدر المتيقن، و أن مع وجوده لا نحرز جواز تصدى غيره، فإن كون توليه الأمور الحسبية بيد الفقيه من باب الضرورة، و من الظاهر أن هذا غير الولاية المطلقة و لا- تستكشف عن وجودها للفقيه بأن تكون له ولاية مطلقة، كولاية النبي، و الأئمة حتى يتصرف في غير الموارد التي لم يعلم عدم رضا الشارع بتركها، فلا يجوز للفقيه الحكم بثبوت الهلال، أو نصب القيم أو المتولى من دون أن ينغزلا بموته، لأنه من شئون الولاية المطلقة، و المفروض عدم ثبوتها للفقيه كما عرفت.

و صفوه الكلام في المقام، ان كلما علم أن الشارع لا يرضى بتركه فلا بد من القيام به باجازه حاكم الشرع، كالتصرف في مال القصر، و مجهول المالك، و كلما كان في ترك التصرف ضرر فولايته تكون بقدر دفع الاضرار من باب الحسبه و له أن يداخل في الأمور الاجتماعيه و غيرها بمقدار ما يرتفع به الضروره، لا على نحو الاطلاق.

فتلخص أن الولاية للفقهاء بمعناها الاول لم يقم الدليل عليها

و يقع الكلام في [القسم الثاني أى] توقف فعل الغير على اذنه.

فنقول يقع الكلام تارة في مقتضى الاصل العملى، و أخرى في مقتضى الاصل اللفظى.

أما مقتضى الاصل العملى

فنقول لو شك في اشتراط الاستيدان من الفقيه، فتارة يشك في كونه شرطا للوجوب و أخرى فيما يحتمل كونه شرطا للوجود.

أما على الاول، فلا يجب التصدى لان الواجب المشروط ينقضى عند عدم شرط

وجوبه، و مع الشك يجرى الاصل و يحكم بعدم الوجوب.

و أما على الثانى فلو شك فى اشتراط واجب باذنه، فنقول كلما فرض وجوبه فاما يتعلق بمال الغير أو عرضه، أو نفسه، كالتصرف فى أموال القاصرين و اما يتعلق بفعل نفس المكلف كصلاه الجمعه.

أما على الاول، فمقتضى القاعده عدم الجواز الا مع الاذن، فان الخارج من

دراساتنا من الفقه الجعفرى، ج ٣، ص: ١٢١

مورد دليل الحرمة صورته الاذن و أما فيما لا يتعلق بالغير فمقتضى البراءة عدم الاشتراط لما قرر فى محله من بحث الاقل و الاكثر، هذا ما يقتضيه الاصل العملى.

و أما مقتضى الاصل اللفظى

فتاره فى المقام اطلاق يقتضى وجوب شىء بلا اشتراطه بشىء، فذلك الفعل جائز بلا احتياج الى اذن الفقيه، لكن لا يخفى أن مثل قوله عون الضعيف من أفضل الصدقه و ما بمضمونه «١» لا يفيد اذ مثل هذا الدليل ليس فى مقام بيان ما يتحقق به الصدقه، و لذا لا يجوز التصرف فى مال اليتيم بهذا الدليل.

و أخرى يكون مقتضى الدليل اللفظى اشتراط الاستيذان فالامر فى هذه الصوره أوضح من أن يخفى.

قمى، سيد تقى طباطبايى، دراساتنا من الفقه الجعفرى، ٢ جلد، مطبعه الخيام، قم - ايران، اول، ١٤٠٠ هـ ق دراساتنا من الفقه الجعفرى؛ ج ٣، ص: ١٢١

الميزان الكلى فى تشخيص موارد الاحتياج الى اذن الفقيه

أقول ان كل أمر من الامور اذا كان موردا لقاعده الاشتغال على مبنى المشهور و موردا للاستصحاب على المختار، فلا بد أن يكون التصرف باذن الفقيه، و ذلك كما فى التصرف فى الاموال، و الانفس، و الاعراض.

و أما اذا كان الاصل الجارى فيها موردا للبراءة فلا يحتاج التصرف فيها الى اذن الفقيه. و ذلك كما فى الصلاه على الميت الذى لا ولى له، فانه بعد ما ثبت ان وجوب الصلاه على الميت المسلم من المسلمينات و يشك فى اشتراط اذن الفقيه، و مع الشك فيه تجرى اصاله براءه عدم اشتراطها بشىء، فلا يحتاج الى اذن الفقيه.

(١) - اصول الكافي، الجزء (٢) الصفحه (٢٠٠).

دراساتنا من الفقه الجعفري، ج ٣، ص: ١٢٢

مسأله: بعد ما ثبت عدم ولايه الفقيه بل قلنا: بجواز تصرفه في الامور الحسينيه من باب كونه القدر المتيقن، فنقول: هل يلزم أن يكون أعلم، أو يكفي كونه فقيها!

أفاد السيد الاستاذ أن الاعلميه المعتبره في باب التقليد لا يشترط في المقام، لان لازم ذلك أن تكون الولايه لشخص واحد على مجهول

المالك و مال القصر من المجانين، و الايتام، و الاوقاف التى لا- متولى لها و الوصايا التى لا وصى عليها، و غيرها من الامور الحسينيه، و من المستحيل عاده قيام شخص واحد عادى للتصدى بجميع تلك الامور على كثرتها فى الاماكن المختلفه.

و الحاصل أنه لا يمكن للشخص الواحد العادى، التصدى لجميع هذه الامور فتصل النوبه الى غير الاعلم أيضا.

و يرد عليه أولا لا نسلم عدم امكان تصرف الفقيه الواحد فى جميع شئون الممالك الاسلاميه، بل نرى خلافه فى الخارج بالعين و الوجدان، و لذا فى الممالك الكبرى يتصدى شخص واحد بعنوان رئيس الجمهور لجميع امور المملكه.

و ثانيا لا- نسلم جواز تصرف غير الاعلم مع وجود الاعلم، لان ولايه الاعلم فى الامور الحسينيه، انما كانت من باب دوران الامر بين التعيين، و التخير، و ان التعيين مقدم على عدله كما هو محقق فى الا-صول، و هذا المعنى بعينه جار فى المقام لان جواز تصرف غير الاعلم مع وجود الاعلم مشكوك، بخلاف الاعلم، فانه مأذون قطعا، اما لأجل كونه متعينا عليه، و اما لكونه فردا من الناس الذين يجب عليهم التصدى لذلك.

و من هنا ظهر أن التصرف فى سهم الامام عليه السلام أيضا يتوقف على اذن الفقيه بعين الملاك الذى بيناه، و ذلك انا اذا علمنا برضى الحجه بالتصرف فيه و عدم رضاه

دراساتنا من الفقه الجعفرى، ج ٣، ص: ١٢٣

بالقائه فى البحر، أو دفنه، أو توديعه عند الامين ليودعه عند أمين آخر و هكذا الى أن يصل الى الامام عليه السلام عند ظهوره، و مع وجود الفقيه لا يحرز جواز تصرف الغير كذا مع وجود الاعلم لا يجوز التصرف لغير الاعلم، لان الاعلم مأذون من قبل الحجه قطعا،

و أما غيره فمشكوك فتجرى اصاله عدم جواز تصرفه فى مال الغير، فثبت أن التصرف فى سهم الامام عليه السلام يتوقف على اذن الفقيه الاعلم و الذى يخطر ببالى أن الاستاذ أيضا اختار هذا المسلك.

دراساتنا من الفقه الجعفرى، ج ٣، ص: ١٢٤

الكلام فى ولايه عدول المؤمنين

اشاره

قوله: (اعلم أن ما كان من قبيل ما ذكرنا فيه ولايه الفقيه) «١»

اقول: اذا كان الفقيه متعذر الوصول اليه، بعدم وجوده فى البلد مثلا، أو بعدم وجوده فيها أصلا، أو بغير هما، فهل يجوز التوليه لا حاد المسلمين أم لا.

و التحقيق أن يفصل بينما اذا كان الامور المطلوب الوجود عند الشارع من غير دخاله الشخص الآتى بها فى مطلوبيتها و بينما اذا علم أو احتمال كون مطلوبيتها مختصه بشخص خاص كالفقيه مثلا.

فعلى الثانى لا يجوز لغير الفقيه أن يتصرف فيها لأصاله عدم مشروعيتها، و- لأنه ليس وجوده مطلوبا مطلقا من غير دخاله الآتى بها على الفرض، بل المطلوب حصه خاصه من الوجود، و هى كونه باذن الفقيه، و ذلك كما فى بعض مراتب النهى عن المنكر، و هو فيما اذا بلغ حد الجرح، فان اطلاق أدله النهى عن المنكر قاصر عن الدلاله بجواز هذه المرتبه منه، فاذا شك فى مشروعيتها، فالمجرى أصاله

(١)- المكاسب، الصفحه (١٥٥) السطر (١٧).

دراساتنا من الفقه الجعفرى، ج ٣، ص: ١٢٥

العدم، فهذه الصوره خارجه عن محل الكلام، لعدم الخلاف فى اشتراط اذن الفقيه فيها.

و انما الكلام فى الصوره الاولى، و هى صوره العلم بكون هذه الامور مطلوبه الوجود للشارع من غير انتساب الى شخص، و انه لا يرضى بتركها، لاستلزامه اختلال النظام، و غيره من المحذورات و ذلك كما فى الامور الحسيه. و الظاهر جواز التوليه لآحاد المؤمنين فى الجملة، لان مطلوبيته

للشارع مقطوع على الفرض بحيث لا يرضى بتركه، و اعتبار نظاره الفقيه ساقط بتعذر الوصول اليه، فيتعين جواز تصرف المؤمنين فيها، و هذا مما لا كلام فيه ظاهرا، و انما الكلام فى اعتبار العدالة و عدمه.

قوله: (و هو مقتضى الاصل و يمكن أن يستدل عليه ببعض الاخبار) «١».

أقول: تاره يقع البحث فيما تقتضيه القاعده الاولى، و اخرى بالنظر الى الروايات الوارده فى المقام.

أما على القاعده

فلا بد أن يقال: باعتبار العدالة فى المتصدى لهذه الامور.

- و الوجه فيه - كما تقدم منا أن التصرف فى أموال الغير و أموره يكون على خلاف الاصل، فان مقتضاه عدم جواز دخاله أحد فى أمور غيره كما أن مقتضى الاستصحاب عدم نقل ما نقله غير العادل بالبيع و أمثاله و لكنك عرفت سابقا أن الامور التى لا يرضى الشارع بتركه و يكون وجوده مطلوبيا عنده فى جميع الازمان، و لم يؤخذ فى دليلها صدورها من شخص خاص، و لا يتمكن الوصول الى الفقيه، فلا بد أن يتصدى المؤمنون بقدر الكفايه فى هذه الامور، و القدر المتيقن منهم العادل اما لأجل تعيينه عليه، و اما لكونه من آحاد المسلمين، فمع وجوده لا تصل النوبه الى غير العادل، لكون تصرفه فى هذه الامور مشكوك الجواز، فيحكم على عدمه بالقاعده.

(١) - المكاسب، الصفحه (١٥٥) السطر (٣٥).

دراساتنا من الفقه الجعفرى، ج ٣، ص: ١٢٦

ان قلت ان مقتضى الاصل العملى و ان كان عدم جواز تصرف الفاسق و هذا أمر لا ينكر، الا أن مع وجود الادله، الاجتهاديه، لا تصل النوبه الى الاصول العمليه، كما حقق فى محله، فان المطلقات الوارده الداله على جواز التصرف فى - الامور الحسينيه تشمل باطلاقها الفاسق أيضا.

و هى كقوله: (من اشبع مؤمنا وجبت له الجنه) «١» و قوله: من أعان مؤمنا نفس الله عز و جل عنه ثلاثا و

سبعين كربه ...» (٢) و كقوله: تنافسوا فى المعروف لإخوانكم (٣) و غير ذلك من الاطلاقات الداله على جواز اعانه الغير بل على استحبابه.

قلت: ان الروايات المذكوره وردت فى مقام مدح المؤمنين و تحريضهم على الاتيان بالمعروف، و أما اتيان الفاسق فهل هو من المعروف أم لا، فليست الروايات ناظره اليها، لأنها فى مقام بيان الحكم، و انه لا يحقق موضوعه، فمعروفه تصرف الفاسق لا بد أن تثبت بأدله اخرى حتى تدل هذه الروايات على جواز تصرفه.

و بعبارة اخرى أن قوله عليه السلام (من أعان مؤمنا) يبين أن الاعانه على الوجه الجائز فى الشريعة المقدسه مستحبه و أما اعانه الفاسق و تصرفه فى مال الغير هل هى جائزه أم لا فليست الروايات المذكوره فى مقام بيانه و لذا لا يتوهم أحد ان مثل هذا الدليل يدل على جواز التصرف فى مال الغير، كى يقع التعارض بينه و بين دليل حرمه التصرف، هذا تمام الكلام بالنسبه الى القاعده الاولى.

و أما بالنظر الى الروايات الوارده فى المقام

فهى كثيره، و لا بد أن يبحث فى سند كل منها، و دلالتها على حده، و نحن نذكر بعضها.

(١) - اصول الكافى، الجزء (٢) الصفحه (٢٠٠).

(٢) - اصول الكافى، الجزء (٢) الصفحه (١٩٨).

(٣) - اصول الكافى، الجزء (٢) الصفحه (١٩٥).

دراساتنا من الفقه الجعفرى، ج ٣، ص: ١٢٧

(منها) صحيحه محمد بن اسماعيل بن البزيع قال: مات رجل من أصحابنا و لم يوص فرفع أمره الى قاضى الكوفه فصير عبد الحميد القيم بماله، و كان الرجل خلف ورثه صغارا و متاعا و جوارى، فباع عبد الحميد المناع، فلما أراد بيع الجوارى ضعف قبله عن بيعهن اذ لم يكن الميت صير اليه وصيته، و كان قيامه فيها بأمر القاضى لأنهن فروج، قال: فذكرت

ذلك لأبى جعفر عليه السلام و قلت له: يموت الرجل من أصحابنا، و لا يوصى الى أحد، و يخلف جوارى فيقيم القاضى رجلا منا فيبيعهن، أو قال: يقوم بذلك رجل منا فيضعف قلبه لأنهن فروج، فما ترى فى ذلك؟ قال: قال: اذا كان القيم به مثلك و مثل عبد الحميد فلا بأس «١».

أقول: أن قوله عليه السلام (اذا كان القيم مثلك و مثل عبد الحميد) فيه احتمالات.

(الاول) أن تكون المماثلة فى العدالة.

(الثانى) أن تكون المماثلة فى الوثاقه.

(الثالث) أن تكون المماثلة فى الفقاهه.

(الرابع) أن تكون المماثلة فى التشيع.

(الخامس) أن تكون المماثلة فى جميع ما ذكر.

و (ربما يقال): أن الاحتمال الثالث منتف قطعاً، لان عبد الحميد لم يكن فقيها قطعاً فيتعين الامر بين الاحتمالات الاخر.

و (يرد عليه): أولاً أن عدم كون عبد الحميد فقيها لم يثبت عندنا و مع احتمال كونه فقيها يلزم اشتراطها اذ بدون اشتراط الفقاهه يشك فى المماثلة، فلا يترتب الحكم.

(و ثانياً) لو سلمنا أن عبد الحميد لم يكن فقيها الا أنه يكفى كون ابن بزيع

(١) - وسائل الشيعه، الجزء (١٢) الصفحه (٢٧٠) الباب (١٦) من أبواب عقد البيع و شروطه.

دراساتنا من الفقه الجعفرى، ج ٣، ص: ١٢٨

فقيها اذ يلزم أن يكون مثلهما، و مع عدم الفقاهه لا- يكون مثل ابن بزيع، و أما كونه كعبد الحميد مثلاً فمشكوك فيه، و مع الشك لا يؤخذ بالدليل، فيستفاد من مفهوم الروايه ان غير الفقيه لا يمكن له التصدى فى الامور و عليه- فالصحيحه المذكوره تكون دليلاً على لزوم كون الفقيه قيماً، و أما غيره فلا يجوز تصديده بدلاله مفهومها و الفرض فى المقام تعذر الوصول الى الفقيه و البحث بأن للعدول من المؤمنين ولايه فى فرض التعذر

أم لا؟ و الروايه تدل بمفهومها على عدم ولايتهم لأنها انحصرت بمفهوم الروايه على الفقيه.

(ان قلت): كما أن الروايه بمفهومها تدل على نفى الولايه عن غير الفقيه كذلك تدل على نفيها عن غير العادل، فيلزم منها عدم جواز تصدى الفاسق على فرض عدم تمكن الوصول الى العادل.

و بعباره أخرى يلزم من التقريب المذكور عدم جواز التصدى للفاسق حتى مع عدم العادل، و الحال أنه لا يمكن الالتزام بهذا الامر كيف و المفروض أن الكلام فى الامور الحسيه.

قلت: ان فرض عدم تمكن الوصول الى العادل خارج عن هذه الروايه سؤالاً و جواباً، لان هذا الفرض نادر جداً، فلا تكون الروايه ناظره الى هذه الصوره.

(و ثانياً) ثبوت الولايه للفاسق مع عدم العادل ثابت بالضروره لا بهذه الروايه كما هو ظاهر.

ان قلت: ان العدالة لم تلاحظ فى الروايه أصلاً، لان عبد الحميد تصرف فى الاموال بلا اذن من الامام، و باع المتاع بدون الاذن لكن حينما أراد بيع الجوارى ضعف قلبه أ ليس التصرف فى المتاع على خلاف العدالة.

قلت: ان جواز التصرف فى المتاع كان عند عبد الحميد أمراً مقطوعاً به، و لم يحتمل خلافه أصلاً، و لذا لم يضعف قلبه عند التصرف فيه، و حين أراد أن

دراساتنا من الفقه الجعفرى، ج ٣، ص: ١٢٩

يتصدى لبيع الجوارى و احتمال احتياجه الى الاذن لكونه من الامور التى اهتم بها الشارع ضعف قلبه لذلك و سئل حكمه عن الامام، و هذا دليل على عدالته، بل على شدة تورعه لأنه بمجرد احتمال احتياجه الى الاذن كف نفسه عن التصرف فى مال الغير.

و (منها) ما رواه محمد بن يعقوب عن محمد بن يحيى و غيره، عن أحمد بن محمد بن عيسى، عن اسماعيل

بن سعد الأشعري قال سألت الرضا عليه السلام عن رجل مات بغير وصيه و ترك اولادا ذكرانا غلمانا صغار او ترك جوارى و مماليك هل يستقيم أن تباع الجوارى؟

قال: نعم، و عن الرجل يموت بغير وصيه و له ولد صغار و كبار أ يحل شراء شىء من خدمه و متاعه من غير أن يتولى القاضى بيع ذلك، فان تولاه قاض قد تراضوا به و لم يستعمله الخليفه أ يطيب الشراء منه أم لا؟ فقال: اذا كان الاكابر من ولده معه فى البيع فلا بأس اذا رضى الورثه بالبيع، و قام عدل فى ذلك «١».

فهذه الروايه أيضا تامه دلالة و سنداء، فتحصل أن المستفاد من هاتين الروايتين اعتبار العدالة فى المتصدى لمال اليتيم الا انه يستفاد من بعض الروايات كفايه ملاحظه مصلحه اليتيم فى القيم سواء كان عادلا أم لا.

و ذلك ما رواه محمد بن يعقوب، عن عده من أصحابنا، عن سهل بن زياد، عن ابن محبوب، عن ابن رثاب قال: سألت أبا الحسن موسى عليه السلام عن رجل بينى و بينه قرابه و مات و ترك اولادا صغارا، و ترك مماليك غلمانا و جوارى و لم يوص فما ترى فيمن يشتري منهم الجاربه فيتخذها أم ولد؟ و ما ترى فى بيعهم؟ قال: فقال: ان كان لهم ولى يقوم بأمرهم باع عليهم و نظر لهم و كان مأجورا فيهم، قلت: ما ترى فيمن يشتري منهم الجاربه فيتخذها أم ولد؟ فقال لا بأس بذلك اذا باع عليهم القيم لهم الناظر

(١) - وسائل الشيعه، الجزء (١٢) الصفحه (٢٦٩) الباب (١٦) الحديث (١)

دراساتنا من الفقه الجعفرى، ج ٣، ص: ١٣٠

فيما يصلحهم، فليس لهم أن يرجعوا فيما صنع القيم لهم الناظر فيما

يصلحهم «١».

و لهذه الرايه طرق ثلاثه.

(الاول) طريق الكليني، و هو ضعيف لا يعتمد عليه.

(الثانى) طريق الشيخ. و هو صحيح.

(الثالث) طريق الصدوق، و هو أيضا صحيح، فالروايه تامه من حيث السند فتدل على كفايه رعايه اليتيم فى القيم بأن يراعى مصلحه اليتيم سواء كان عادلا أم فاسقا.

و (منها) موثقه زرعه عن سماعه قال: سألته عن رجل مات و له بنون و بنات صغار و كبار من غير وصيه، و له خدم و مماليك و عقد كيف يصنع الورثه بقسمه ذلك الميراث؟ قال: ان قام رجل ثقه قاسمهم ذلك كله فلا بأس «٢».

و هذه الروايه أيضا تدل على كفايه الوثاقه، و لم تقيد التصرف بالعداله فانها و ان كانت مضمرة، الا أن الاضمار عن مثل السماعه غير مضر لعلو شأنه، و رفعه مرتبته من أن يسئل عن غير الامام عليه السلام.

فتلخص أن المستفاد من هاتين الروايتين كفايه الوثاقه فى المتصدى لأمر الصغار سواء كان عادلا- أم لا- و المستفاد من الصحيحتين السابقتين، اعتبار العداله فيه كما عرفت فيخصص اطلاق هاتين الروايتين بمفهوم الصحيحتين الدالتين على اعتبار العداله، فتكون العداله شرطا فيه.

(١)- وسائل الشيعه، الجزء (١٢) الصفحه (٢٦٩) الباب (١٥) الحديث (١)

(٢)- وسائل الشيعه، الجزء (١٣) الباب (٨٨) من أبواب أحكام الوصايا.

دراساتنا من الفقه الجعفرى، ج ٣، ص: ١٣١

الكلام فى ولايه الفاسق

قوله: (و أما ورد فيه العموم). «١».

أقول: بعد الفراغ عن ولايه الفقيه ثم ولايه العادل يقع الكلام فى ولايه الفاسق و ملخص كلامه (قدس سره) أن ثبوت الولايه لغير الحاكم يحتاج الى عموم عقلى.

أو نقلى كى يدل على رجحان التصدى لذلك المعروف حتى فى صورته كون المتصدى فاسقا، فلا بد أن يبحث فى المقام عن وجود الدليل و عدمه.

سره) أن الكلام في الفاسق يقع من جهتين.

(الاولى) في جواز مباشرة الفاسق و تكليفه بالنسبه الى نفسه، و انه هل يكون مأذونا من الشرع في المباشره أم لا؟

(الثانيه) فيما يتعلق بالغير بأنه هل يجوز للغير ترتيب الاثر على فعله بأن يشتري منه اذا لم يعلم وقوعه على وجه المصلحه أم لا؟

أما (الناحيه الاولى) فالظاهر جواز تصرفه بالمباشره، و ان العدالة ليست معتبره في المباشر. و استدلل لهذا بأمرين.

(١)- المكاسب، الصفحه ١٥٦ السطر (١٦).

دراساتنا من الفقه الجعفرى، ج ٣، ص: ١٣٢

(الاول) عموم أدله رجحان التصدى للمعروف كقوله: عون الضعيف من أفضل الصدقه «١».

(الثانى) عموم قوله تعالى: ﴿وَلَا تَقْرُبُوا مَالَ الْيَتِيمِ إِلَّا بِالَّتِي هِيَ أَحْسَنُ﴾* «٢»

و أما صحيحه محمد بن اسماعيل فهى و ان كانت ظاهره فى اشتراط العدالة الا أنها محموله على صحيحه ابن الرئاب، و موثقه زرعه الدالتان على جواز تصدى الفاسق فاذا صلى الفاسق على ميت لا ولى له فالظاهر سقوطها عن غيره، بعد العلم بوقوعها عنه، و الشك فى صحتها لا يضرب المقام هذا كله فى الناحيه الاولى.

و (أما الناحيه الثانيه) أعنى صورته تعلق فعله بفعل الغير، فالظاهر اشتراط العدالة فيها، لصحيحه إسماعيل بن سعد و موثقه زرعه المتقدمين و لا يجدى هنا حمل فعل المسلم على الصحه كما قلنا به فى مثل صلاه الميت لان مورد هذه القاعده فيما علم صدور أصل الفعل من المسلم و شك فى صحته و فساده، و أما اذا شك فى صدور أصل الفعل فلا مجال للتمسك بهذه القاعده لإثبات صدوره منه.

و ان شئت فقل ان شراء مال اليتيم لا بد أن يكون فيه مصلحه له و لا يجوز ذلك باصاله صحه البيع كما لو شك فى

صححة البيع و فساده من جهة الشك في بلوغ البائع و عدم بلوغه فلا يجدى أصاله الصحه فيه لان اجرائها لا يوجب احراز بلوغه المشروط به جواز الاشتراء منه هذا تمام كلامه بتوضيح منا.

أقول: و فيما أفاده مواضع للنظر:

(الاول) ان ما أفاده من الاستدلال لإثبات عدم اعتبار العدالة بعموم أدله فعل المعروف، كقوله عليه السلام: (عون الضعيف من أفضل الصدقه) ممنوع، لعدم جواز التمسك بهذه الادله لا ثبات جواز تصدى الفاسق لان غايه ما يستفاد منها رجحان

(١)- اصول الكافي، الجزء (٢) الصفحه (٢٠٠).

(٢)- سورة الانعام، الايه (١٥٢).

دراساتنا من الفقه الجعفري، ج ٣، ص: ١٣٣

التصدي للفعل المعروف و أما تصرف الفاسق فهل هو من المعروف كى تدل الروايات على رجحانه أم لا أول الكلام.

و بعبارة أخرى- ان الروايه تدل على مدح فعل المعروف و رجحانه، و هو الحكم، و لا- تدل على كون تصرف الفاسق من المعروف لان الحكم لا يحقق موضوعه، فمعروفه فعل الفاسق لا بد أن يحرز بدليل آخر، حتى يمكن أن يستدل على رجحانه بهذه الروايه.

(الثاني) أن حمل صحيحه محمد بن اسماعيل على صحيحه ابن رثاب و موثقه زرعه الدالتين على كفايه مراعاة المصلحه فى ولى الصغار لا وجه له، لأنه قد عرفت منا أن الصحيحه و الموثقه مقيدتان بصحيحه ابن رثاب الداله على اعتبار العدالة فى الولي.

(الثالث) ان الاستدلال بقوله تعالى: (وَلَا تَقْرَبُوا ...)* لا- ثبات ولايه الفاسق غير صحيح، لان الايه تكون بصدد بيان كيفيه التصرف، و جواز التصرف فى مال اليتيم اذا كان حسنا، و عدم جوازه اذا لم يكن متصفا بهذا، و أما الفاسق فهل يجوز له التصرف أم لا، فليست الايه فى صدد بيانها.

و ملخص الكلام أن

الايه بصدد بيان ما يجوز من التصرف و ما لا يجوز، و أما من يجوز له التصرف و من لا يجوز فهي مهمله من هذه الجهه.

(الرابع) ان المقام لا- يقاس بالشك فى البلوغ، فان غير البالغ لا يجوز له التصدى للبيع، و أما الفاسق فيجوز له التصدى لبيع مال اليتيم، فلو شك فى أنه عمل على طبق الموازين الشرعيه أم لا، يحمل فعله على الصحه بمقتضى اصاله الصحه.

(الخامس) ان ظاهر تفصيله فعل الفاسق بينما تعلق بفعل غيره و بين تكليفه بالنسبه الى فعل نفسه، يعطى كون العداله مأخوذه على وجه الطريقيه لا الموضوعيه

دراساتنا من الفقه الجعفرى، ج ٣، ص: ١٣٤

و هو خلاف الظاهر.

اللهم الا- أن يقال: ان التفصيل بين المقامين انما يكون بلحاظ الجمع بين الروايات بأن يكون ما قيد بالعداله راجعا الى ما يتعلق بفعل الغير، و ما يكون مطلقا من هذه الجهه راجعا الى فعل نفسه، فلا يتوجه الايراد، و الله العالم.

فتلخص مما ذكرنا أن الامور العامه التى لا يرضى الشارع بتركها، مع التمكن من الفقيه لا يجوز تصدى غيره لأنه القدر المتيقن، لعدم احتمال ترخيص غير الفقيه دونه، بخلاف عكسه، و أما اذا تعذر الوصول اليه فتصل النوبه الى عدول المؤمنين فلا يجوز للفاسق أن يتصرف فى الامور العامه مع وجود العدول، نعم اذا تعذر الوصول الى العدل، فيجوز تصدى الفاسق لهذه الامور، على الوجه الشرعى.

قوله: (ثم ان حيث ثبت جواز تصرف المؤمنين ...).

أقول خلاصه كلامه انه (قدس سره) فصل بين ولايه عدول المؤمنين و ولايه الفقيه حيث ذهب فى الاول الى جواز المزاحمه، فلو نقل دار الصغار مثلا بعقد جائز فللعادل الاخر فسخره فى صوره كون الاسترداد مصلحه للصغار، لان جواز

تصرف العادل لا- يكون على وجه النيابة عن الحاكم، و هو غير منصوب لذلك بل انما هي من باب صرف التكليف، فمجرد وضع يده على مال الصغار لا يمنع الاخر عن ذلك.

و (أما الثانى) أعنى جواز مزاحمه حاكم الشرع للاخر فهل يجوز للفقيه أن يزاحم الاخر أم لا؟

فان قلنا: ان دليل حكمه الفقيه يكون التوقيع الوارد عنه عليه السلام و ما بمعناه جاز مزاحمته قبل وقوع التصرف لان المخاطب بوجوب ارجاع الامور الى الحكام هم العوام فالنهي عن المزاحمه يختص بهم.

و أما ان قلنا: ان الدليل فيها هي الادله التي مفادها كون الفقيه نائبا عن الامام

دراساتنا من الفقه الجعفرى، ج ٣، ص: ١٣٥

فلا يجوز للفقيه الثانى أن يزاحمه لان تصرفه فى الامور كتصرف الامام فيها، فتكون مزاحمته كمزاحمه الامام و هو لا يجوز، و لا يقاس المقام بتعدد الوكلاء للموكل الواحد فى أن دخول أحدهما لا يمنع الاخر لان الوكالة تاره تفرض فى نفس التصرف لا فى مقدماته، فما دام لم يتصرف الاول، لا وجه لمنع تصرف الاخر بمجرد اقدمه على مقدمات التصرف.

و اخرى يفرض الوكالة على نحو ان يكون الزام الوكيل عين الزام الموكل و دخوله فى الامر كدخول الموكل و أيضا يفرض عدم دلاله دليل وكالتهم على مزاحمه نفس الموكل، فيكون تعدد الوكلاء أيضا نظير المقام.

اقول و ينبغى ان يبحث هنا تاره فى مقام الثبوت و اخرى فى مقام الاثبات و ثالثه من جهه الامور الخارجيه.

اما الاول و هو مقام الثبوت، فالظاهر انه لا مانع من مزاحمه احد المجتهدين للاخر بلا فرق بين ان يكون الدليل على ولايه الفقيه هو التوقيع الشريف، او العمومات الداله على النيابة، لعدم جعل النيابة من قبل الامام لشخص

معين بل كل من اجتمع فيه الشرائط، فهذا المنصب مجعول له.

و اما قوله: (قدس سره) فدخول الفقيه الثانى فيه و بنائه على التصرف مزاحمه له فهو كمزاحمه الامام. لا يمكن المساعده عليه لاین ما ثبت حرمة شرعا و ممنوعيته عقلا- مزاحمته غير الامام مع الامام و اما مزاحمه الامام مع الامام فلم يثبت حرمة، و المفروض فى المقام ان كليهما نائبان من الامام بتنزيل الشارع، فيزاحم الامام التنزيلي مع الاخر و لا مانع فيها لا سيما اذا ترتب المصلحه على هذه المزاحمه.

و اما قوله (قدس سره) بالفرق بين المقام و بين تعدد الوكلاء بان الوكلاء اذا فرضوا و كلاء فى نفس التصرف الخ.

فأقول ان وكاله الوكيل اما مهمل و اما مطلق و اما مقيد اما الاهمال فلا يعقل

دراساتنا من الفقه الجعفرى، ج ٣، ص: ١٣٦

فى الواقعيات و اذا كانت مقيدة بمورد خاص فله ان يعمل على ما قيد فى وكالته و اما اذا كانت مطلقة فان كان تصرف الاخر حين دخول الاول فى المقدمات فلا تراحم أصلا لعدم وقوع تصرفه على ذى المقدمه و أما ان كان بعد تصرف الاول فلا وجه لتصرف الثانى.

و ان كان تصرفهما فى المال فى آن واحد فيتعارضان فيتساقطان حسب قانون التعارض، هذا تمام الكلام الى هنا.

فتلخص انه لا- مانع ثبوتا من مزاحمه الفقيه مع الاخر هذا فى مقام الثبوت و اما مقام الاثبات فلا بد ان يلاحظ ان المدرك فى الولاية للفقيه هل هو الاطلاقات او الضروره او الاجماع. فان كان المدرك هى الاطلاقات المتقدمه كقوله: (العلماء ورثه الانبياء) و قوله: (الفقهاء امناء الرسل) و قوله: (اللهم ارحم خلفائى) و غيرها من الاطلاقات فكلاهما يتساويان فى كونهما ورثه الانبياء، و

كذلك فى كونهما امناء الرسل و فى كونهما خليفتين للرسول الاعظم فكلاهما مشمولان لقوله عليه السّلام فانه حجتى عليكم على السواء و عليه لا وجه للقول بعدم جواز التزاحم مع انهما يتساويان فى المنصب.

و ان كان المدرك هى الضروره فبمجرد اقدم الفقيه الاول لا ترفع الضروره بل هى باقيه بحالها السابق فللثانى أيضا ان يتصدى الامور بنفس الملاك الذى اوجب اقدم الاول على ذلك.

و ان كان المدرك هو الاجماع فالقدر المتيقن منه فيما اذا لم يتصد الفقيه الاخر بذلك و مع تصدى الفقيه لا اجماع على جواز تصدى غيره الا ان المدرك ليس الاجماع فى المقام لكونه مدركيا.

و أما (المقام الثالث) فهو بالنسبه الى ما يترتب على المزاحمه من المفسد كما اذا لزم من دخاله الاخر و تزاحمه مع الاول، هتكه او كان موجبا لعدم فصل

دراساتنا من الفقه الجعفرى، ج ٣، ص: ١٣٧

الخصومه و تعطيل الاحكام او مفسد اخرى فالحق ان يقال بعدم جواز المزاحمه فى جميع هذه الصور كما هو واضح.

فتلخص من جميع ما ذكرناه جواز مزاحمه الفقيه مع الاخر ثبوتا و اثباتا و عدم جوازها بالنظر الى العناوين الثانويه هذا اذا كان الفقيهان متساويان فى الفضيله.

و أما اذا كان احدهما أعلم من الاخر فالقدر المتيقن منها نفوذ أمر الاعلم و لا يجوز لغيره دخاله الامور مع وصول اليد الى الاعلم لحكم العقل بالتعيين فيما دار الامر بين التعيين و التخيير.

دراساتنا من الفقه الجعفرى، ج ٣، ص: ١٣٨

الكلام فى ان تصرف غير الاب و الجد فى اموال اليتيم مشروط بملاحظه الغبطه له أم لا؟

اشاره

قال: الشيخ (ره) ثم انه هل يشترط فى ولايه غير الاب و الجد فى اموال اليتيم ملاحظه الغبطه لليتيم أم لا؟

قال الشهيد فى القواعد فيه و جهان و ذهب الكثير الى اشتراطه و ادعى صاحب مفتاح الكرامه انه

اجماعى و كذلك يظهر من التذكرة فى باب الحجر انه اتفاقى و عن شرح القواعد انه ظاهر الاصحاب و صرح الشيخ و الحلى على اشتراط المصلحة حتى فى الاب و الجد فضلا عن غيره «١».

اقول: اما الاجماع فهو على فرض قيامه على ذلك لا يكون حجه فى المقام لكونه مدرکيا و لا أقل من احتمالہ.

و الحق فى المقام ان يقال تاره يقع البحث فى مقتضى الادله الاوليه و اخرى فى مقتضى الادله الثانويه فيقع البحث فى المقامين.

أما المقام الاول فى مقتضى الادله الاوليه

اشاره

و البحث فيها يقع فى موضعين:

(١) - مكاسب الصفحه (١٥٧) السطر (١٤).

دراساتنا من الفقه الجعفرى، ج ٣، ص: ١٣٩

الموضع الاول فى مقتضى الاصل العملى، الموضع الثانى فى مقتضى الدليل اللفظى فنقول:

[الموضع الاول فى مقتضى الاصل العملى]

أما الاصول العلميه فمقتضاها عدم نفوذ ولايته الا مع مراعاة الغبطه فمع عدمها نشك هل هى نافذه أم لا فالاصل عدمه.

و أما مقتضى الاصل الحكمى فهو و ان كان الجواز لأنا اذا شككنا فى ان التصرف فى اموال اليتيم مع عدم مراعاة المصلحة له حرام أم لا- فمقتضى الاصل الحكمى هى الاباحه الا- ان المقام من الامور التى اهتم بها الشارع لكونها اموالا فمقتضى وجوب الاحتياط فى الاموال و الاعراض و الانفس عدم جواز التصرف الا ما ثبت جوازه و هى صورته مراعاة الغبطه له فالاصل الحكمى لا يجرى فى المقام.

[الموضع الثانى فى مقتضى الدليل اللفظى]

و اما مقتضى الادله اللفظيه الاوليه فهو كقوله لا تبع ما ليس عندك «١» و قوله **لَا تَأْكُلُوا أَمْوَالَكُمْ بَيْنَكُمْ بِالْبَاطِلِ إِلَّا أَنْ تَكُونَ تِجَارَةً عَنْ تَرَاضٍ** «٢» و غيرها من العمومات او الاطلاقات الداله على عدم جواز التصرف فى اموال الغير و انما المخرج منها هو التصرف مع مراعاة الغبطه و اما غير هذه الصوره فحرام بمقتضى العمومات.

[المقام الثانى مقتضى الادله اللفظيه الثانويه قوله تعالى **وَلَا تَقْرَبُوا مَالَ الْيَتِيمِ إِلَّا بِالَّتِي هِيَ أَحْسَنُ، حَتَّىٰ يَبْلُغَ أَشُدَّهُ***]

و اما مقتضى الادله اللفظيه الثانويه فهى قوله تعالى وَ لَا تَقْرَبُوا مَالَ الْيَتِيمِ إِلَّا بِالَّتِي هِيَ أَحْسَنُ، حَتَّىٰ يَبْلُغَ أَشُدَّهُ* «٣» قال الشيخ ما حاصله: ان للقرب معان اربعة.

(الاول) مطلق التقلب و التحرك حتى من مكان الى آخر و اما ابقاء الشئ على حاله فليس بقرب.

(الثانى) وضع اليد عليه بعد ان كان بعيدا عنه و مجتنباً فلا يشمل حكم ما

(١)- الوسائل، الجزء (١٢) الباب (١٢) من أبواب عقد البيع و شروطه، الحديث (٢).

(٢)- سورة النساء، الايه (٢٨)

(٣)- سورة الانعام، الايه (١٥١)

دراساتنا من الفقه الجعفرى، ج ٣، ص: ١٤٠

بعد الوضع فالمعنى و لا تقربوا مال اليتيم الا اذا كان القرب احسن.

(الثالث) ما يعد تصرفاً عرفياً كالاقتراض و البيع و الاجاره.

(الرابع) مطلق الامر الاختيارى المتعلق بمال اليتيم اعم من الفعل و الترك حتى وضع الشئ على حاله أيضاً من انحاء القرب فيكون المعنى لا تختاروا فى مال اليتيم فعلاً او تركاً الا ما كان احسن من غيره فيدل على حرمة الابقاء اذا كان بيعه أحسن.

و فى كلمه: أحسن فى الآيه أيضاً و جهان.

(الوجه الاول) ان يكون اسم التفضيل فيه احتمالان: (الاول) ان يكون المراد ان فعله احسن من تركه (الثانى) ان يكون المراد ما هو ظاهره و هو الاحسن بقول مطلق.

(الوجه الثانى) ان يكون المراد الحسن الوصفى و

فيه أيضا احتمالان (الاول) ان يكون المراد منه ما فيه المصلحه (الثانى) ما لا مفسده فيه و بعد ذلك قال (قده):

ان الظاهر من القرب هو معناه العرفى لأنه المتفاهم عرفا من لفظ القرب و المراد من الاحسن. التفضيل المطلق لأنه ذكر فى الايه بحذف متعلقه فان حذفه يفيد العموم.

و اورد عليه المحقق الايروانى (قده) بان القرب فى الايه كناية عن اكل مال اليتيم و الاستقلال بالتصرف فتكون الايه اجنبية عن المقام و مساقها مساق قوله تعالى (إِنَّ الَّذِينَ يَأْكُلُونَ أَمْوَالَ الْيَتَامَىٰ ظُلْمًا) «١» و قوله تعالى: (وَلَا تَأْكُلُوا أَمْوَالَهُمْ إِلَىٰ أَمْوَالِكُمْ إِنَّهُ كَانَ حُوبًا كَبِيرًا) «٢».

و فيه ان الآيات على طائفتين فان طائفه منها كقوله: (إِنَّ الَّذِينَ يَأْكُلُونَ أَمْوَالَ الْيَتَامَىٰ ظُلْمًا) و نحوها تدل على حرمه الاستقلال بالتصرف فى أموالهم و طائفه اخرى منها

(١) - سورة النساء الايه (١٠)

(٢) - سورة النساء، الايه (٢)

دراساتنا من الفقه الجعفرى، ج ٣، ص: ١٤١

كقوله و لا تقربوا الخ تدل على كيفية التصرف فان التصرف المخصوص و هو الموصوف بالاحسن جائز.

و اما التصرف الذى لا- يتصف به فهو غير جائز فلا ربط بين الآيتين و كيف اشتبه هذا على هذا المحقق مع اعترافه بهذا قبل صفحه بقوله الظاهر ان الايه بصدد بيان ما يجوز من التصرف و ما لا يجوز.

و أيضا وقع البحث فى قوله تعالى حتى يبلغ اشده بان هذا القيد راجع الى الحكم او الموضوع، فان كان راجعا الى الموضوع يكون معنى الايه لا تقربوا مال اليتيم الذى لم يبلغ اشده الا بوجه احسن فعلى هذا لا يرد عليه الايراد الآتى لعدم انعقاد المفهوم للغايه على هذا المعنى الاعلى القول بمفهوم الوصف الذى لا نقول به.

الا ان رجوع القيد

الى الموضوع خلاف الظاهر فى المحاورات العرفيه فارجاعه اليه يحتاج الى اعمال العنايه و بما ان العنايه فى المقام غير موجوده فلا يجوز ارجاع القيد الى الموضوع، فلا بد ان يقال برجوع القيد الى الحكم فيكون معنى الايه، لا تقربوا مال اليتيم فان القرب اليه حرام الى ان يبلغ اشده فيكون مفهوم الغايه على هذا التقدير بانه اذا بلغ اشده فلا حرمه فى تصرف امواله و هذا مما لا يمكن الالتزام به فانه لا يجوز التصرف فى ماله بعد الاشتداد أيضا و قد اجيب عنه بوجهين:

(الاول) بان القيد راجع الى المستثنى و هو قوله بالتي هي احسن فيكون معنى الايه ان القرب الى الاموال بنحو احسن يكون مغيبا بانتهاء اليتيم فاذا حصلت الغايه و بلغ اشده فلا يجوز التصرف فى ماله و لو بنحو احسن.

(الثانى) نسلم ان القيد راجع الى المستثنى منه الا انه يقيد حكم المستثنى منه فتكون معنى الايه: ان التصرف فى اموال اليتيم بنحو احسن جائز سواء كان

دراساتنا من الفقه الجعفرى، ج ٣، ص: ١٤٢

راضيا أم لا و اما اذا انتفى عنوان اليتيم و بلغ اشده فلا يجوز التصرف فى امواله على الاطلاق بل التصرف فيها مقيد برضائه- و يرد على الجوابين.

اما الجواب الاول ففيه ان رجوع القيد الى المستثنى يكون على خلاف الظاهر فان القاعده تقتضى ان يرجع القيد الى المستثنى منه فان قولنا اكرم العلماء الا الفساق منهم الى يوم الجمعه المتفاهم منه عند العرف ان القيد راجع الى وجوب الاكرام فانه مغيب بيوم الجمعه لا ان حكم الفساق مقيد به و هذا امر واضح عند اهل المحاوره.

و اما الجواب الثانى ففيه أيضا ان ظاهر الاستثناء انما يكون عن الحكم فارجاعه

الى الاطلاق خلاف الظاهر فليس الاطلاق امرا مستقلا فى نفسه حتى يكون الاستثناء راجعا اليه فى قبال الحكم بل انما هو من شئونه فيرجع القيد الى الحكم و يقيد نفس الحكم لا اطلاقه فقط.

و الحق فى المقام ان يقال ان الغايه ترجع الى الحكم فيكون مفهومها كما قيل داله على جواز التصرف فى امواله بعد انتفاء اليتم و بلوغ اشده الا انه يرفع اليد عن مقتضى هذا المفهوم بالضروره القائم على عدم جواز التصرف الاستقلالى فى مال الغير مطلقا يتيما كان او كبيرا هذا اولاً.

و (ثانياً) نقول ان الغايه و ان كانت راجعه الى الحكم الا انها سيقى لبيان تحقق الموضوع كقوله ان رزقت ولدا فاختنه فلا ينعقد له المفهوم حتى يرد ما قيل فانه بعد بلوغ الاشد ينتفى عنوان اليتم الذى هو الموضوع.

دراساتنا من الفقه الجعفرى، ج ٣، ص: ١٤٣

التحقيق فى كلمه القرب

الحق ان يقال ان القرب كناية عن التصرف فى اموال اليتيم مطلقا حدوثا و بقاء اعتباريا كان او خارجيا فان ترك التصرف أيضا بعد اثبات اليد يصدق عليه القرب و أما ترك اثبات اليد من اول الامر لا يصدق عليه القرب.

و اورد المحقق الايروانى بانه لا يصح اطلاق القرب على ترك التصرف سواء كان ذلك قبل اثبات اليد عليه أم بعد اثبات اليد و الا- للزم ان لا- يخلو الانسان عن القرب فى حال اى بعد وضع اليد على مال اليتيم يلزم ان لا يكون الواضع فارغا عن القرب و لا يزال قريبا منه.

و فيه ان عدم صدق القرب على ترك التصرف قبل اثبات اليد عليه و ان كان صحيحا الا انه بعد اثبات اليد عليه يصدق عليه القرب كما هو واضح.

و أما قوله (للزم

عدم خلو الانسان عن القرب ...) فهو لا- يرجع الى محصل لعدم محذور فى الالتزام بذلك فليكن كذلك و لا يلزم منه اى محذور عقلا و نقلا.

يقع الكلام فى أن المستفاد من قوله تعالى لا تقربوا هل هو النهى التكليفى أو الوضعى.

أقول: أن تنقيح هذا البحث يتوقف على التحقيق بأن ظاهر النهى فى الايه مولوى أو ارشادى، فان قلنا أن المستفاد من الايه هو النهى الارشادى، بمعنى أنه ارشاد الى ممنوعيه التصرف بغير الاحسن فى الامور الراجعه الى اليتيم من التزويج و البيع و الصلح و نحوها، فتدل الايه على بطلان القرب فيها اذا كان بغير وجه الاحسن فانه اذا باع عبد اليتيم او زوجه بغير وجه الاحسن يكون باطلا، و اما حرمه التصرف فلا تستفاد من الايه على هذا التقدير.

دراساتنا من الفقه الجعفرى، ج ٣، ص: ١٤٤

و ان قلنا: انها تدل على النهى المولى كما هو ظاهر النواهي فيكون التصرف فى ماله حراما و اما بطلان المعامله فلا يستفاد منها (ان قلت: انا لا نسلم هذا التفصيل لان على تقدير كون النهى فى الايه ظاهرا فى التكليفى أيضا تدل على بطلان التصرف فى مال اليتيم اذا لم يكن ذلك أحسن اليه.

و (السرّ فيه) ان المتصرف فى أموال اليتيم بمجرد تصرفه يكون فاسقا لارتكابه الفعل الحرام، و قد عرفت سابقا أن تصرفات الفاسق فى أموال الصغار باطله لاشتراط العدالة فى المتصدى لهذه الامور.

قلت: انا بينا سابقا أنه اذا تعذر الوصول الى العادل فالمتصدى لأموال اليتيم هو الفاسق المراعى لمصلحتهم، كما هو مقتضى بعض الروايات.

فهذا الاشكال باطلاقه لا يمكن الالتزام به لعدم بطلان تصرفات الفاسق على اطلاقها، نعم على فرض التمكن من العادل لا يجوز تصدى

الفاسق فى الامور العامه كما عرفت.

و الذى يقتضيه التحقيق أن يقال: ان لنا أن نختار القسم الاول و نقول ان الايه تدل على النهى الارشادى فقط و لا يستفاد منها حرمه التصرفات الخارجيه، و لكننا مع ذلك نلتزم بحرمتها، لان الدليل على الحرمة لا ينحصر بالآيه، لوجود أدله اخرى فى المقام، فيستفاد منها حرمه التصرف فى مال الغير كقوله: لا يحل دم امرء مسلم و لا ماله الا بطيبه نفسه «١» و غير ذلك من الادله الداله على عدم جواز التصرف فى مال الغير.

و لنا أن نختار القسم الثانى و نقول: ان المستفاد من الايه هو النهى التكليفى الدال على حرمه التصرفات الخارجيه، و أما الفساد فلا يستفاد منها، و لكن الدليل

(١) - وسائل الشيعه، الجزء (٣) الباب (٣) من أبواب مكان المصلى، الحديث (١).

دراساتنا من الفقه الجعفرى، ج ٣، ص: ١٤٥

لا ينحصر فيها، لوجود الادله الاخرى الداله على بطلان التصرف فى مال الغير كقوله: نهى النبى صلى الله عليه و آله عن بيع ما ليس عندك «١» هذا أولا.

(و ثانيا) انا لا نسلم عدم دلالة الايه على بطلان التصرف فى صورته حمل النهى على الحرمة التكليفيه، بل نقول: ان الايه تدل على حرمه التصرف و بطلانه معا، لوضوح أن البيع بما هو بيع مجردا عن التصرفات الخارجيه لا معنى لحرمة، فيكون حرمه البيع اشاره الى فساده فالايه تدل على الحرمة التكليفيه و الوضعيه معا.

ان قلت: أ ليس هذا استعمال اللفظ فى أكثر من معنى واحد و هو على تقدير تسليم عدم استحالته خلاف الظاهر.

قلت: لا نقول: باستعماله فى معنى التكليفى، و الوضعى، حتى يكون استعمال اللفظ فى الاكثر من معنى واحد، بل نقول: ان النهى استعمال

فى معنى واحد، بداعيين مختلفين- أعنى الوضعى و التكليفى- و هذا لا اشكال فيه.

و بعباره اخرى ان النهى عباره عن ابراز اعتبار التحريم بين المكلف و ذلك الحرام، و الداعى لهذا الابراز تاره الزجر عن الارتكاب و اخرى الارشاد الى الفساد و ثالثه يجمع الامران، و الامر فى المقام كذلك فانه نهى تكليفى بالنسبه الى التصرف الخارجى، و وضعى بالنسبه الى التصرف الاعتبارى.

ان قلت: انا سلمنا انه على ما ذكرت لا يلزم الاستعمال فى اكثر من معنى واحد، و لكنه مع ذلك خلاف ظاهر النهى.

قلت: يتفاوت ظهور النهى بحسب ما تعلق به النهى، فان النهى عن التصرف الخارجى ظاهر فى الحرمة التكليفية، و النهى عن التصرف الاعتبارى ظاهر فى

(١)- وسائل الشيعه، الجزء (١٢) الباب (١٢) من أبواب عقد البيع و شروطه.

دراساتنا من الفقه الجعفرى، ج ٣، ص: ١٤٦

الفساد، و حيث ان لفظه قرب فى الايه تطلق و تصدق بكلا معنيه فلا بد من الالتزام بأن المراد من النهى كلا معنيه أعنى الحرمة الارشادية و المولويه، و انت تعلم بالوضوح و البدهاهه أن متعلق الحكم ربما يكون قرينه على المراد منه كما أن أحدا قرينه على اراده الضرب المولم من قوله: (لا تضرب أحدا).

التحقيق فى كلمه أحسن

أقول: قد بينا سابقا أن لفظه أحسن فى الايه استعملت فى معناها التفضيلى على اطلاقه لان حذف المتعلق يفيد العموم كما اذا قيل زيد أعلم فانه يفهم منها عند العرف كون زيد أعلم من فى عصره فان ترك مفضل عليه فى الايه يدل على اراده العموم من لفظه أحسن، و اورد عليه بوجه ثلاثه.

(الاول): ان الاحسن لفظ مشترك بين معناه التفضيلى و غيره فقد يستعمل فيه و قد يستعمل فى غيره فلا يجوز

حملة على المعنى التفضيلى، لعدم جواز حمل اللفظ المشترك على أحد معنيه من دون قرينه معينه.

و الجواب عنه ان كلمه أحسن ظاهره فى معناه التفضيلى كما هو المتفاهم العرفى عند اطلاقها ما لم تقم قرينه على خلافه و أما استعماله فى غير المعنى التفضيلى عند قيام القرينه عليه فهو غير منكر عندنا و لا منافاه بينه و بين ما ذكرناه.

(الثانى) ما أورده المحقق بعدم امكان اراده التفضيل من لفظ أحسن و ذلك انه ان اريد منه الاحسن من جميع ما عداه لزم عدم الاقدام على شىء من التصرفات عند مساواتها أو مساواه عدّه منها فى مقدار المصلحه فان كل واحده من تلك الافراد المساويه ليس بأحسن من جميع ما عداه، نعم هو أحسن من بعض ما عداه.

دراساتنا من الفقه الجعفرى، ج ٣، ص: ١٤٧

و ان اريد منه الاحسن فى الجملة، أو الاحسن و لو من بعض ما عداه لزم جواز تصرف يكون أحسن من ما دونه و ان كان هنا تصرف آخر أحسن منه و اراده ما لا احسن منه من هذه الصيغه خلاف القاعده، و خلاف مدلول صيغه التفضيل.

و يرد عليه- انا لا نسلم عدم امكان اراده التفضيل المطلق من كلمه أحسن، بل هى ظاهره فيه كما عرفت.

فان جواز التصرف فى أموال الصغار يتوقف على أن يكون هذا التصرف أحسن من جميع ما عداه، و أما اذا كانت عدّه متساويه فى المصلحه، فيكون معنى الايه (لا تقربوا مال اليتيم الا بجامع التصرف فيه يكون أحسن من غيره).

فالمعيار على هذا يكون بالجامع لا- بالافراد، نظيره اذا قال المولى: اشتر لنا حنطه أحسن من جميع ما عداه فاذا فرض أن هذا القسم من الحنطه موجوده فى أربع

بلاد.

و من الواضح أن خصوصية المكان لا دخل له في المطلوب، بل المطلوب هو الجامع الانتزاعي من هذه الافراد فيجوز الاشتراء من أي فرد فرض.

و بعبارة أخرى- أن كل واحد من الافراد المتساوية في المصلحة و ان لم يصح اطلاق الاحسن عليه لكونها متساوية على الفرض، الا انه يصح اطلاق الاحسن عليه باعتبار الجامع الانتزاعي من هذه الافراد، فان جامعها أحسن من غيرها.

الوجه الثالث ان اسم التفضيل يطلق فيما اذا فرض وجود مبدء الحسن في التصرفات الاخرى، لتكون الزيادة صادقه، و يصح أن يقال: انه أحسن من غيره.

و أما اذا فرض كون التصرفات الاخرى كلها ذا مفسده عدا ما يتصرفه المتصدى فلا يتحقق المعنى التفضيلي، لعدم وجود المبدأ في غيره حتى تصدق الزيادة و عليه

دراساتنا من الفقه الجعفري، ج ٣، ص: ١٤٨

فيجوز للمتصدى اختيار ما فيه المفسده للصغار.

و يرد عليه أن مع فرض وجود المصلحة في غيره اذا تعين اختيار التصرف الذي يكون أحسن من غيره ففي تقدير كون التصرفات الاخرى ذا مفسده يتعين اختيار الحسن بالفحوى مضافا بأنه لو فرض عدم صدق مفهوم الايه، بأن لا- يمكن تحقق المعنى التفضيلي فلا بد أن نلتزم بعدم جواز التصرف لا أن نقول. بجواز التصرف في ذى المفسده.

ان قلت: كيف يمكن الالتزام بعدم جواز التصرف و الحال أنه لا بد من التصرف فيه.

قلت: ان الدليل ليس منحصرًا با الايه فان ثبوت لزوم التصرف أو جوازه انما يثبت بدليل آخر لا بالآيه.

قوله: (و حينئذ فاذا فرضنا أن المصلحة اقتضت بيع مال اليتيم) «١».

أقول: و ملخص كلامه، ان كلمه الاحسن ظاهره في التفضيل المطلق و على هذا، فلا بد أن يكون التصرف أصلح من تركه و أما اذا كان التصرف

و تركه متساويين فلا يجوز التصرف في مال الصغار فاذا فرضنا ان المصلحه اقتضت بيع مال اليتيم فبعناه بعشره دراهم ثم فرضنا انه لا يتفاوت لليتيم ابقاء الدراهم أو جعلها دينارا فلا يجوز للولى تبديله بالدينار، و ان كان جائزا له ذلك من أول الامر بان يبيع ماله بالدينار.

و يرد عليه- بأن جواز بيع مال اليتيم ابتداء بكل من الدراهم و الدينانير، انما كان باعتبار كون القدر المشترك أصلح من تركه فهذا الملاك بعينه موجود في المقام فان اختيار القدر المشترك في ضمن فرد لا يوجب أن يسقط الفرد الاخر عن قابليه انطباقه عليه فكلاهما يتساويان بالنسبه الى القدر المشترك.

(١)- مكاسب، الصفحة (١٥٧) السطر (٢٥)

دراساتنا من الفقه الجعفرى، ج ٣، ص: ١٤٩

و القول: بعدم جواز التبديل لا وجه له، فالمصلحه المقتضيه لبيع المال بالدرهم يقتضى أيضا جواز تبديله بالدينار.

قال الشيخ (قدس سره): نعم «١» ربما يظهر من بعض الروايات أن مناط حرمه التصرف هو الضرر لا أن مناط الجواز هو النفع ففي حسنه الكاهلى قال: قيل لأبى عبد الله عليه السلام انا ندخل على أخ لنا فى بيت أيتام و معه خادم لهم فنقعد على بساطهم و نشرب من مائهم و يخدمنا خادمهم، و ربما طعمنا فيه الطعام من عند صاحبنا و فيه من طعامهم، فما ترى فى ذلك؟ فقال: ان كان فى دخولكم عليهم منفعه لهم فلا بأس، و ان كان فيه ضرر فلا ...». «٢»

بتقريب ان المراد من منفعه الدخول ما يوازي عوض ما يتصرفون من مال اليتيم عند دخولهم فيكون المراد بالضرر فى الذيل أن لا يصل الى الايتام ما يوازي ذلك فيستفاد من الروايه أن عدم المفسده كاف فى جواز التصرف

فى أموالهم، و ان لم يكن فيه نفع عائد بالنسبه اليهم.

و اورد عليه بعض معاصريه بان صدر الروايه يعارض ذيلها، لان صدرها يدل على أن جواز التصرف فى مال اليتيم يتوقف على وجود نفع عائد اليهم، و ذيلها يدل على أن حرمه التصرف منوطه بأن يكون فى هذا التصرف ضرر عليهم، فيتعارضان فى مورد يكون التصرف فيه غير نافع و لا ضار، فبمقتضى الصدر لا يجوز التصرف لعدم وجود النفع فيه، و بمقتضى الذيل يجوز التصرف لعدم الضرر فيه كما هو المفروض.

و أجاب الشيخ عن هذا الايراد بأن المراد من المنفعه فى صدر الروايه ما

(١)- المكاسب، الصفحه (١٥٧) السطر (٣٤)

(٢)- وسائل الشيعه، الجزء (١٢) الباب (٧١) من أبواب ما يكتسب به، الحديث (١)

دراساتنا من الفقه الجعفرى، ج ٣، ص: ١٥٠

يساوى عوض ما يتصرفون فى مال اليتيم، و المراد من الضرر مالا يصل اليهم ما يساوى التصرف فى ما لهم بل كان تصرفهم فيه مجانا.

و بعباره اخرى- ان صدر الروايه يدل على جواز التصرف اذا وصل الى اليتامى ما يوازي التصرف فى أموالهم، و ذيلها يدل على حرمه التصرف اذا لم يصل اليهم ذلك، فلا تعارض بين الصدر و الذيل.

و اورد المحقق الايروانى عليه تأييدا لبعض معاصرى الشيخ بانه نسأله من بيان المراد من قوله: ان المراد من منفعه الدخول ما يوازي عوض ما يتصرفون من مال اليتيم، فان كان المراد منها مجرد اشتمال الدخول على النفع و لو كان فى مقابل هذا النفع ضرر يضاعف عليه يلزم منه جواز التصرف فى أموال اليتيم مع وصول نفع قليل اليهم و ان لم يساوى قيمته مثل تصرفهم فهذا باطل قطعاً.

و ان كان المراد منه نفع غير المزاحم بالضرر

فثبت مطلوب بعض معاصري الشيخ، لأنه على هذا يخرج صورته مساواه النفع و الضرر عن منطوق الروايه و يتعارض فيها المفهوم.

و يرد عليه- ان مجرد وصول النفع الذي يساوى التصرفات في مال اليتيم كاف في جواز التصرف. و لو كان في ذلك ضرر مضاعف عليه كما هو ظاهر اطلاق الروايه، الا أن هذا الاطلاق لا يمكن التمسك به لكونه مقطوع الخلاف، فيرفع اليد عن هذا الاطلاق بمقدار ما يكون مقطوع الخلاف، و يتمسك في غيره بالروايه المذكوره، و يحكم بأن المراد من المنفعه ما يساوى عوض ما يتصرفون في مال اليتيم كما قال به الشيخ و مع هذا كله يرد على الشيخ بوجوه:

(الاول) أن حمل المنفعه على ما يوازي عوض التصرف في أموال اليتامى و حمل الضرر على ما لم يصل اليهم ما يوازي عوض التصرف خلاف الظاهر بل الظاهر كما ذهب اليه بعض معاصري الشيخ من التعارض بين الصدر و الذيل.

دراساتنا من الفقه الجعفري، ج ٣، ص: ١٥١

فتكون الروايه ساقطه عن الاعتبار فيكون المرجع هي العمومات الداله على عدم جواز التصرف في صورته عدم المصلحه، و هي كقوله: تعالى (لَا تَقْرَبُوا مَالَ الْيَتِيمِ إِلَّا بِالَّتِي هِيَ أَحْسَنُ)*. «١»

(الثاني) ان المنفعه في الروايه منصرفه بما اذا كان النفع غالبا على الضرر الوارد على مال اليتيم و اما مجرد وصول النفع الذي يساوى الضرر فلا يعد منفعه فانه اذا عرضت الروايه الى أهل المحاوره يفهم منها هذا المعنى الذي ذكرناه فتكون الروايه متعرضه لصوره النفع و صورته الضرر، و أما الصوره الاخرى فلا تعرض لها في الروايه.

(الثالث) اذا سلمنا أن الروايه تدل على كفايه عدم المفسده في جواز التصرف، لكانت الروايه مخالفه لعموم الايه حيث قيد فيها

جواز التصرف بما اذا كان فيه مصلحه لليتامى كقوله تعالى، (تَقَرَّبُوا إِلَى مَالِ الْيَتِيمِ إِلَّا بِالَّتِي هِيَ أَحْسَنُ) * فالمستفاد من الايه اشتراط جواز التصرف فى مال اليتيم بكونه أحسن له و ذا مصلحه كما هو ظاهرها، فاذا كانت الروايه مخالفه للكتاب فنضربها على الجدار و نقول: انها زخرف كما روى ذلك عن الصادق (ع) و كل حديث خالف كتاب الله فهو زخرف. «٢»

(الرابع) أن فى سندها عبد الله بن يحيى الكاهلى و هو غير موثق، الا أن الامام (ع) أمر على بن يقطين بأن يكون ضامنا له فظاهره يدل على ممدوحيته، فعلى مسلك من قال بحجيه خبر الممدوح كالسيد الاستاد فالروايه معتبره.

و اما على مسلك من انكرها كما هو المختار فهى ساقطه عن الاعتبار لان

(١) - سورة أنعام، الايه (١٥١)

(٢) - وسائل الشيعة الجزء (١٨) الباب (٩) من أبواب صفات القاضى، الحديث (١)

دراساتنا من الفقه الجعفرى، ج ٣، ص: ١٥٢

الميزان فى حجيه الخبر اما الوثوق بصدور الروايه و اما بوثاقه الراوى و كلاهما منتفیان فى المقام.

و مما استدل به الشيخ (قدس سره) على كفايه عدم المفسده فى جواز التصرف روايه ابن مغيره (قال: قلت لأبى عبد الله عليه السلام: ان لى ابنه أخ يتيمة فربما أهدي لها الشى فاكل منه ثم أطعمها بعد ذلك الشى ء من مالى فأقول: يا رب هذا بذأ فقال:

لا بأس «١»

بتقريب ان ترك الاستفصال من مساوات العوض و زيادته يدل على عدم اعتبار الزيادة.

و يرد عليه ان الروايه ضعيفه بذبيان بن حكيم الاودى فانه غير موثق، مضافا بأنها مع مخالفتها للكتاب لا مجال للعمل بها، فتلخص مما ذكرنا أن عدم المفسده لا يكفى فى جواز التصرف كما ذهب اليه الشيخ و استدل الشهيد (قدس سره)

فى القواعد على وجوب مراعاة المصلحة فى مال اليتيم بوجه.

(الاول) أن الغايه من نصب الولى انما هى مراعاة المصلحة لليتامى، فهو منصوب لهذه الجهة فاذا لم يراعى المصلحة يعمل على خلاف ما نصب له فهو نقض للغرض.

و يرد عليه- انا لا نسلم كون الولى منصوبا لمراعات مصلحة اليتيم دائما بل هو اول الكلام فعلى المدعى أن يذكر الدليل على اثباته.

(الثانى) أن مع عدم المصلحة فى التصرف يشك فى صحته كما اذا باع كتابا لليتيم مع عدم المصلحة فى بيعه و لا مفسده فيه، فيشك فى انتقاله الى المشتري فيجرى اصاله بقاء الملك على حاله الاول.

(١)- وسائل الشيعه، الجزء (١٢) الباب (٧١) من ابواب ما يكتسب به، الحديث (٢)

دراساتنا من الفقه الجعفرى، ج ٣، ص: ١٥٣

أقول: هذا الوجه من الشهيد متين جدا و هو المختار عندنا.

(الثالث) ان النقل و الانتقال لا بد لهما من غايه فعدم المفسده لا يصلح أن يكون غايه لها لكونه أمرا عدميا و العدميات لا تقع غايه للشئ و الوجودى.

و يرد عليه (اولا) ان عدم المفسده ليس عدما محضا حتى لا يكون غايه للنقل و الانتقال، بل يكون مثاله الى الوجود عند التأمل اى يمكن أن يكون الغرض التحفظ على مال اليتيم، و الحفظ كما يحصل بالابقاء كذلك يحصل بالبيع، و لا وجه للإلزام أحد الفردين بالخصوص.

(و ثانيا) ان كان المراد ان العدميات لا تكون غايه للنقل و الانتقال عند العقلاء فهو لا يضر بالمقصود، و ان كان المراد انه لا تكون غايه عند الشارع فأنى لك اثباته اى نقول بانه لا يلزم أن يكون للبيع غايه وجوديه غايه الامر انه شرط عند العقلاء. فما الدليل على لزوم كونه عند الشارع كذلك.

(و ثالثا) ان

المصلحة فى التصرف لا يلزم أن يكون عائدا الى اليتيم دائما، بل يكفى فى صحته النفع العائد الى نفس المتصدى للبيع، و قد صادف ذلك عدم المفسده للصغير، فلو كان فى بيع مال اليتيم غايه و مصلحه عائده لنفس البائع و لا يكون مضرا للصغير يجوز البيع و يكون الفعل مغيا بالغايه الوجوديه.

قوله: (و على هذا هل يتحرى الاصلح أم يكتفى بمطلق المصلحة فيه) وجهان «١».

اقول: اذا قلنا: فى جواز التصرف فى مال اليتيم بعدم كفايه عدم المفسده بل اعتبر وجود المصلحة فيه هل ينبغى مراعاة الاصلح أم يكتفى بمطلق المصلحة.

ربما قيل: بعدم لزوم مراعاة الاصلح لان ذلك أمر لا يتناهى.

و يرد عليه ان عدم التناهى يلزم بالنسبه الى التصور الذهنى و أما بالنسبه الى الخارج

(١)- المكاسب، الصفحة (١٥٨) السطر (١٠)

دراساتنا من الفقه الجعفرى، ج ٣، ص: ١٥٤

فلا يلزم عدم تناهى الاصلح، بل لا يزيد عن موردين أو موارد ثلاثه فى أغلب الاوقات.

و الحاصل ان المختار هو مراعاة الاصلح لقوله تعالى: ﴿لَا تَقْرَبُوا مَالَ الْيَتِيمِ إِلَّا بِالَّتِي هِيَ أَحْسَنُ﴾* و اصاله عدم النقل فيما اذا لم يراعى ذلك.

مسأله: اذا تصدى الولى فى تصرف مال اليتيم بعنوان أنه أصلح له، و باع داره مثلا ثم انكشف الخلاف، هل التصرف فى هذه الصورة نافذ أم لا؟

الحق أن يقال. بنفوذ تصرفه حذرا من اختلال النظام، أو العسر و الحرج ان شئت فقل: ان السيره المستمره الكاشفه جاريه على النفوذ، و المراجعه بديدن العقلاء و المتشرعه اكبر شاهد على ذلك هذا تمام الكلام فى الولايات.

[الكلام فى البيع]

الكلام فى شرائط العوضين

اشاره

لا يخفى انه ينبغى الصفح عن مسأله بيع عبد المسلم من الكافر لعدم الابتلاء به فى هذا الزمان، و اما مسئله بيع المصحف من الكافر

فقد تعرض لحكمه المصنف في خاتمه المكاسب المحرمه فلا وجه للإعاده.

[مسأله يشترط في كل منهما كونه متمولا]

اشاره

قوله: (يشترط في كل منهما كونه متمولا ...) «١»

ربما استدل على ذلك بامور.

(الاول) قول اللغوى،

لان البيع في اللغه عباره عن مبادله مال بمال، فان مفهوم المالىه مأخوذ في صدق البيع و ينتفى بانتفائه.

و فيه (اولا) ان حجيه قول اللغوى اما من باب انه ثقه أو اهل خبره أما

(١)- المكاسب، الصفحه (١٦١) السطر (١)

دراساتنا من الفقه الجعفرى، ج ٣، ص: ١٥٥

الاول فلا دليل على وثاقته ان لم يقطع بخلافه في بعض افراد اللغويين.

و أما الثانى فان خبرويه في شىء يتوقف على اعمال النظر فيه و أما اللغوى فلا يعمل النظر في اللغه و لا يستنبط شيئا منها حتى يصدق عليه عنوان الخبير فلا يكون قوله حجه على كلا التقديرين.

و (ثانيا) ان اللغوى لم يعين ان اللفظ وضع لأى معنى من المعانى بل يبين موارد استعمال لغات العرب بان الصعيد مثلا يستعمل في مطلق وجه الارض، و ان الاسد يستعمل في الحيوان المفترس فغايه ما يستفاد من كلامه على تقدير تسليم حجيته ان البيع يستعمل في مبادله مال بمال، و أما البيع فهل وضع لهذا المعنى المستعمل فيه أم استعمال فيه مجازا فلا يدل عليه، لان الاستعمال أعم من الحقيقه و المجاز.

(و ثالثا) ان الرجوع الى قول اللغوى على فرض تسليم انه يعين الوضع انما يكون اذا فرض الشك في المعنى الموضوع له، و لكن قد مر منا ان البيع تملك عين بعوض بدليل صحه الحمل، و التبادر و المتفاهم العرفى سواء كان لها مالىه أم لا.

(الثانى) الاخبار الوارده في أبواب مختلفه الداله بأن البيع لا بد أن يقع في الملك

لقوله! عليه السلام (لا يجوز بيع ما ليس يملك و قد وجب الشراء من البائع على ما يملك). «١»

و يرد عليه بانه لا ملازمه بين الملك و المال فان الروايه تدل على ان صحه البيع يتوقف على ان يكون المبيع ملكا للبائع، و أما المبيع

فهل تشترط فى المالىه أم لا، فلا تدل الروايه عليها بل النسبه بينهما عموم من وجه، فانه قد يصدق المال على شىء ولا يصدق عليه الملك كاللؤلؤ والمرجان فى قعر البحر، فانهما ليسا ملكين

(١)- وسائل الشيعه، الجزء (١٢) الصفحه (٢٥٢) الباب (٢) الحديث (١)

دراساتنا من الفقه الجعفرى، ج ٣، ص: ١٥٦

لأحد مع انه يطلق عليها المال.

وقد يصدق الملك على شىء دون المال لقلته كالحبه من الحنطه أو لخسته كالخنفساء، وقد يجتمعان معا فى مورد واحد كالكتاب فانه ملك وله مالىه أيضا، ومع هذا كيف تدل الروايه التى تدل على اشتراط الملكيه فى البيع على اشتراط المالىه أيضا.

ولما انجر الكلام الى هنا يقع البحث فى حقيقه الملك و المال و بيان فرقهما.

فأقول: ان المال فى اللغه ما يملكه الانسان و أما فى الاصطلاح فهى الجهه التى توجب رغبه العقلاء بها بحيث يبذلون المال فى هذه الجهه، و يشترط فيها أن لا يكون مبتدلا كالماء بالنسبه الى الشخص الذى يكون فى شاطئ الفرات فانه و ان كانت فيه جهه عقلائيه يتوقف بحيث يتوقف عليها حياه العقلاء و غيرهم، و هم راغبون فيه اشد الرغبه، و لذا اذا كان هذا الماء فى مكان بعيد يبذلون المال فى مقابله الا انه مبتدل عند من يكون فى شاطئ الفرات و لذا لا يبذل المال فى مقابله.

و ان شئت فعبر أن المالىه عباره عن الجهه الذاتيه للشىء التى توجب رغبه العقلاء كالتفاح فان الجهه الذاتيه فيه و هى فوائده مثلا توجب بذل المال فى مقابله، أو الجهه الاعتباريه الموجهه لرغبه العقلاء كالأحجار الكريمه مثلا.

فانا لا نعلم فيها جهه ذاتيه لتوجب رغبتهم، و على فرض وجودها

كانت مغفوله عنها عند أغلب العقلاء بحيث لا يكون بذل المال في مقابل هذه الجبهه الذاتيه بل الغرض الاصلى من اشتراؤه هي الجبهه الاعتباريه.

و أما الملك فهى عبارته عما له الملكيه، و لها أقسام أربعة (الاول) و هو أعظم أنحاء الملكيه و أعلاها هي الملكيه التى تنحصر بذاته تعالى و هي السلطنه التامه بحيث يكون اختيار المملوك تحت سلطنه المالك حدوثا و بقاء و نعب عنها بالاضافه الاشراقيه.

(الثانى) ملكيه ذاتيه- و هي مالكيه الانسان لنفسه و أعضاه و أفعاله، و ذمته

دراساتنا من الفقه الجعفرى، ج ٣، ص: ١٥٧

فان هذه الامور مملوكه له بالاضافه الذاتيه.

(الثالث) الملكيه العرضيه فانها من مقوله الجده كالتعمم و التقمص و هيئه الراكب على المركوب فانها أمر اعتبارى طرف لاعتبار المعترف، و باعتباره يوجد فى العالم الاعتبار و هذا القسم من الملكيه ليست من الاعراض لكى تحتاج الى وجود الموضوع فى الخارج، و المقصود من قولنا ان البيع يتوقف على الملكيه أم لا هي الملكيه بهذا المعنى، اذا عرفت ذلك فنقول:

انك عرفت آنفا ان النسبه بين الملك و المال عموم من وجه، فعلى فرض تسليم أن البيع يتوقف على الملكيه و لكنه لا يدل على اشتراط المالىه فيه بوجه من وجوه الدلالات.

فهل يمكن لأحد أن يقول: ان قوله لا تصل خلف الفاسق تدل على اشتراط العالميه فى الامام؟ و المقام أيضا كذلك فى عدم ارتباط أحد المفهومين بالآخر فلا يمكن الاستدلال لاشتراط المالىه فى البيع بهذه الروايه.

(الثالث) قوله تعالى: (لَا تَأْكُلُوا أَمْوَالَكُمْ بَيْنَكُمْ بِالْبَاطِلِ إِلَّا أَنْ تَكُونَ تِجَارَةً عَنْ تَرَاضٍ)

«١». تقريب الاستدلال به ان العوض اذا لم يكن مالا- فيكون التصرف فى مقابله اكل المال بالباطل فهو باطل فاللازم أن نقول باشتراط المالىه حذرا عن أكل المال بالباطل.

و يرد عليه- ان الباء فى كلمه (بالباطل)

ليست للمبادله، بل الباء فيها سببيه، فتكون معنى الايه لا تأكلوا أموالكم بسبب الباطل كالقمار و الغصب، و غير ذلك من الامور الباطله، و أما أكل المال فى مقابل الباطل حرام أم لا فلا يتعرض الايه له.

قوله: «و الاولى أن يقال: ان ما تحقق انه ليس بمال شرعا). «٢»

(١) - سورة النساء، الايه (٣٣)

(٢) - المكاسب، الصفحه (١٦١) السطر (٥)

دراساتنا من الفقه الجعفرى، ج ٣، ص: ١٥٨

اقول: و ملخص كلامه انه اذا علم أن أحد العوضين لا- ماله له فيبطل معامله قهرا، و أما اذا شككنا فيها فاذا صدق عليه أكل المال بالباطل فباطل أيضا.

و أما اذا لم يصدق عليه أكل المال بالباطل عرفا فاذا قام دليل على بطلانه من الخارج فنقول: بالبطلان أيضا و ان لم يقم دليل بذلك فى الخارج فنتمسك على صحته بعموم أحلَّ اللهُ البَيْعَ «١» و قوله عليه السّلام: (من كل شىء يكون لهم فيه الصلاح من جهة من الجهات فهذا كله حلال بيعه و شرائه ...). «٢»

و يرد عليه باننا لا نسلم الرجوع الى العمومات لإثبات صحه البيع فيما اذا شك فى ماليتها، و يكون صدق البيع عليه مشكوكا، أ ليس هذا تمسكا بالعام فى الشبهه المصداقيه؟ فاذا شك فى أصل تحقق البيع بسبب الشك فى ماله أحد العوضين فكيف يجوز أن يتمسك لصحته بعمومات البيع.

(و ثانيا) لا معنى للتمسك بروايات تحف العقول لا ثبات صحه البيع لأنها تدل على صحه بيع كل شىء فيه صلاح، فاذا احرز ذلك نقطع بعدم كونه أكل المال بالباطل، و هذا خلاف الفرض لان البحث يكون فيما اذا لم يحرز الصلاح فى المبيع و كانت صحته مشكوكه.

و (ثالثا) انه قد مر سابقا ان روايه التحف

لا يعتمد عليه و ان عمل المشهور لا يجبر ضعف سندها و على فرض انجباره كبرويا أيضا لا يفيد فى المقام لعدم احراز اسناد عملهم بهذه الروايه فمجرد الموافقه فى العمل ما دام لا يحرز الاستناد لا يفيد شيئا فتحصل ان المالىه لا تكون شرطا فى صحه البيع.

ان قلت: ان بيع مالا مالىه فيه انما هو بيع سفهى و المعامله السفهيه باطله.

قلت: (أولا) ان المعامله السفهائيه لا دليل على بطلانها و ما ثبت بطلانه انما هى معامله السفهيه.

(١) - سورة البقره، الايه (٢٧٥)

(٢) - تحف العقول، الصفحه (٢٤٧)

دراساتنا من الفقه الجعفرى، ج ٣، ص: ١٥٩

و (ثانيا) انا لا- نسلم كون بيع مالا- مالىه له معامله سفهيه لا مكان أن يترتب على ذلك غرض عقلائى، كاعانته مثلا فيما يكون الطرف فقيرا ذا شأن من دون أن يكون مجانيا، و غير ذلك من الاغراض العقلائيه.

فانقدح بذلك ان العين اذا لم تكن لها مالىه بسبب خسته كالخنفساء، أو بسبب قلتها، كالحبه من الحنطه، أو بسبب القاء مالىته شرعا كالخمر مثلا- فيكون البيع نافذ فى جميع هذه الصور هذا بحسب القواعد الاوليه و أما اذا حكم الشارع ببطلان بيع كييع الخمر مثلا فنحكم بالفساد من باب التعبد الشرعى لا من جهه عدم المالىه كما لا يخفى.

و ربما يقال: ان أَوْفُوا بِالْعُقُودِ اذا اشتملت بيع الخمر أيضا تنافى حرمة، و عدم احترامه اذ بمقتضى وجوب الوفاء يجب تسليمه، فهذا ينافى عدم احترامه شرعا و وجوب اعدامه، و بعبارة أخرى- لو قلنا بالصحة يجب تسليمه بمقتضى وجوب الوفاء، و الحال أنه لا يجب تسليم الخمر الذى لا حرمه له شرعا، لكن هذا الاشكال مدفوع اذ مفاد عموم أَوْفُوا لَيْسَ حَكْمًا تَكْلِيفِيًّا بَلْ ارشاد الى

اللزوم، فلا تنافى بين مفاده و عدم احترام العين.

و بعبارة واضحة ان المستفاد من قوله: (أَوْفُوا) انما هو الحكم الوضعى الدال على أن الفسخ لا أثر له لان الوفاء بالعقد لازم شرعا، و أما الحكم التكليفي فلا يستفاد منه، فلا منافاه بين نفوذ بيعه و حرمة تسليمه و ان كان ملكا للمشتري فغايه الامر اذا لم يسلم اليه العين فله أن يفسخ العقد، و لكن الذى يسهل الخطب ان بيع الخمر بمقتضى النص حرام تكليفا و وضعاً.

دراساتنا من الفقه الجعفرى، ج ٣، ص: ١٦٠

الكلام فى حكم المباحات الاصلية و بيان أقسام الارضين و أحكامها

اشاره

قوله: (ثم انهم احترزوا باعتبار الملكيه فى العوضين من بيع ما يشترك فيه الناس كالماء، و الكلاء و السموك، و الوحوش ...)
«١»

أقول: و مما يترتب على اشتراط الملكيه فى العوضين عدم جواز بيع المباحات الاصلية و ما يمكن أن يقال: أو قيل: فى وجه عدم الجواز أمور.

(الاول) ما أفاده صاحب الكفايه (قدس سره) بأن المباحات الاصلية قبل وضع اليد عليها لا تكون مالا لأحد، و البيع تشترط فيه مالىة العوضين.

و بعبارة اخرى ان ما ليس بمال عرفا لا خلاف و لا اشكال فى عدم جواز وقوعه أحد العوضين فى البيع، فانه مبادله مال بمال.

و يرد عليه (أولا) قد مر سابقا أن البيع لا يتوقف على مالىة العوضين كما استفيد ذلك من تعريف البيع على ما بيناه، و ليس هو مبادله مال بمال.

و (ثانيا) على فرض تسليم توقف بيع الشئ على مالىته، لا وجه للاستدلال

(١) - المكاسب، الصفحه (١٦١)

دراساتنا من الفقه الجعفرى، ج ٣، ص: ١٦١

بها على اشتراط الملكيه فيها لعدم الملازمه بينهما، بل قد بينا آنفا أن نسبتها أعم من وجه فراجع.

(الثانى) ما أفاده المرزا النائنى (قدس سره) بأنه يشترط فى كل

من العوضين أن يكون ملكا فعليا، فلا اشكال في عدم جواز بيع الطير في الهواء، و السمك في الماء قبل اصطياد هما.

و بعبارة اخرى ان كل ما يباح لجميع الناس أو المسلمين لا يجوز بيعه قبل تملكه باحدى الاسباب المقرره في الشرع، فانه بيع سفهي و هو باطل و يرد عليه اولاً انه لا دليل على بطلان البيع السفهي، و انما الباطل هو بيع السفهي.

و (ثانيا) لا نسلم أن يكون بيع الطير في الهواء سفهيا، لأنه ان كان من ناحيه عدم القدره على التسليم فهذا جار في المملوك أيضا.

و بعبارة أخرى- ان عدم القدره على التسليم اذا أوجب كون البيع سفهيا، فهذا لا يختص بغير المملوك اذ قد يكون المملوك كذلك فيكون نسبتها عموما من وجه و يجوز أن يكون البائع قادرا على تسليمه في بعض الموارد أو كان المشتري قادرا على تسلمه فيخرج البيع عن كونه سفهيا.

(الثالث) ما أفاده الشيخ قدس سره بانه يستفاد من قوله صلى الله عليه و آله: لا- بيع إلا في الملك «١» ان المكيه شرط في العوضين و بدونها تكون المعامله فاسده.

و اورد عليه السيد الاستاذان هذه الرويات لا تدل على اشتراط الملكيه بل المستفاد منها أن أمر البيع لا بد أن يكون بيد من صدر عنه هذه الافعال فكلما كان أمر البيع بيده و لو بالوكاله، أو بالولاية تكون المعامله صحيحه لعموم قوله تعالى: (أَحَلَّ اللَّهُ الْبَيْعَ) و لذا قلنا: يبطلان بيع الفضولي لعدم الاختيار بيده لا بالاصاله و لا بالنيابه و لا بالوكاله.

(١)- مستدرک جلد (٢) ص ٤٦٠، الوسائل جلد (١٢) ص ٢٥٢

دراساتنا من الفقه الجعفري، ج ٣، ص: ١٦٢

ثم أورد على نفسه بأن عموم قوله تعالى: أحل

اللّه البيع مقيده بقوله صلى الله عليه وآله لا بيع الا فى ملك، و على هذا اذا شك فى أن الطير فى الهواء هل هو تحت اختيارنا حتى يكون البيع صحيحا أم لا- فلا- يصح التمسك بعموم قوله صلى الله عليه وآله: أحل الله البيع لكون التمسك بها تمسكا بالعام فى الشبهه المصداقيه.

و لكن الذى يسهل الخطب هو أن يقال: و ان لم يمكن التمسك فى المقام بالآيه المذكوره لما ذكرنا الا أنه يكفينا قوله تعالى: (أَوْفُوا بِالْعُقُودِ) فان التمسك به لصحه معامله لا محذور فيه، و مع ذلك كله لا يمكن الالتزام بصحه بيع المباحات الاصليه كالطير فى الهواء لا لاشتراط الملكيه فيها، بل لعدم اختيار أمره بيد البائع، و لذا اذا باع الطير فى الهواء فللغير أن يصيده قبل وضع يد البائع عليه فمن هذا يكشف أن أمره لم يكن بيد البائع، فهذا يكون من صغريات قاعده من باع شيئا ثم ملك فحيث قلنا فيها ببطلان بيعه، فكذلك نقول فى المقام. هذا. ملخص كلامه فى الدوره السابقه.

الا- انه دام ظله رجع عن هذا فى الدوره الاخيريه، و تمايل الى الصحه لما ذكره من الوجه بأن البائع اذا التزم أن يسلم المبيع للمشتري و يلتزم بذلك فما المانع من صحه البيع فى هذا الفرض.

و فيه (اولا) أن ما ذهب اليه بعدم الاستفاده من الروايات الا اشتراط كون أمر المال بيد البائع لا يمكن مساعدته عليه لصراحه الروايه باشتراط الملكيه كما يظهر ذلك من صحيحه محمد بن الحسن الصفار فوقع عليه السلام لا يجوز بيع ما ليس يملك و قد وجب الشراء من البائع على ما يملك «١».

و (ثانيا) افاد السيد الاستاذ ان

التمسك بعموم أحل الله البيع بعد تقييده بقوله:

(لا بيع الا فى ملك) يكون التمسك بالعام فى الشبهه المصادقيه.

و یرد علیه- انه لا شبهه لنا فى الموضوع بعد جریان استصحاب عدم كون أمره بيد البائع.

(١)- وسائل الشيعه (الجزء (١٢) الباب (٢) من ابواب عقد البيع و شروطه).

دراساتنا من الفقه الجعفرى، ج ٣، ص: ١٦٣

و بعباره اخرى- اذا شككنا فى أن الطائر فى الهواء هل أمره بيد البائع حتى يكون البيع صحيحا، أم لا يكون كذلك حتى يكون باطلا، فتمسك بالاستصحاب و نقول: ان الاصل عدم كون أمره بيد البائع فيحكم بطلان البيع.

(و ثالثا) ان التمسك بـ أَوْفُوا بِالْعُقُودِ و ان كان صحيحا لا محذور فيه بناء على كونه دليلا على الصحة زياده على اللزوم، الا أنه خارج عن البحث، لان الكلام انما هو فى البيع اذا شك فى صحته من جهة الشك فى كون أمر البيع بيد البائع أم لا، فالتمسك بـ أَوْفُوا يقتضى أنها معامله صحيحه و أما أنه بيع أم لا فلا يدل عليه، فلا يجرى عليه أحكام البيع.

(و رابعا) انا لا نسلم كون المقام من صغريات (من باع شيئا ثم ملك) فانه يكون فيما اذا باع ملك غيره فيكون البيع هناك باطلا من جهة وجود المانع و هو كونه ملك لغيره، و هنا من جهة عدم المقتضى على ما بنى عليه و لا يقاس أحدهما بالآخر.

(و خامسا) ان التزامه بصحة البيع على فرض التزام البائع لا يساعد عليه أيضا لأنه على فرض التزام البائع على تسليمه أيضا نقول: يجوز للغير أن يصيده فهذا يكشف عن عدم كونه ملكا له و عدم كون أمره بيده. و الا لما كان التصرف فيه جائزا بعد التزام البائع

بتسليمه.

و ربما يقال: انا نفرض ذلك فيما التزم بتسليم العين و سلمه بعده فالالتزام بصحة هذا الفرد الخاص من البيع مما لا محذور فيه.

و الجواب عنه انا لا نسلم عدم المحذور فيه لان صحه هذا البيع يتوقف على اخذ البائع الطائر و تسليمه الى المشتري، لأنه قبل تسليمه لا يوجد مصداق الفرد الخاص الذى يكون بيعه صحيحا، و لزوم تسليم البائع الذى هو شرط صحه البيع يتوقف على صحه البيع حتى يكون الشرط فى ضمن العقد صحيحا و الا لبطل الشرط على المبنى المشهور، فهذا دور باطل.

دراساتنا من الفقه الجعفرى، ج ٣، ص: ١٦٤

و بعبارة أخرى أن لزوم الشرط و هو لزوم التسليم يتوقف على صحه البيع حتى يكون الشرط فى ضمن العقد، و صحه العقد يتوقف على التسلم الخارجى فقبل التسلم الخارجى لا يكون البيع صحيحا، لان المشروط لا يوجد قبل وجود شرطه، فاذا تحقق التسلم الخارجى لا معنى لوجوب التسليم لكونه تحصيليا للحاصل.

و ملخص الكلام أن لزوم الشرط متوقف على صحه البيع و صحه البيع يتوقف على وجوب التسليم. و هو أيضا يتوقف على التسلم الخارجى فيتوقف الحكم على وجود متعلقه، و هذا تحصيل للحاصل.

و أضف الى ذلك أن بيع الطير فى الهواء و نظائره يعد من الامور المستنكره عند العرف فالحق ما ذهب اليه الشيخ من عدم صحه بيع هذه الامور قبل تملكها.

قوله: (و احترزوا به (اي بقيد الملكيه أيضا عن الارض المفتوحه عنوه).

أقول: ان هذه الاراضى لم تسلب عنها الملكيه حتى يحترز عنه بهذا القيد بل انما هى ملك للمسلمين كما اعترف به الشيخ، و قال: انه مما ادعى الاجماع عليه، و دل عليه النص كمرسله «١» الحماد و غيرها.

و أما الاشكال

بأن الاراضى المفتوحه عنوه لا- تكون ملكا للبائع فمدفوع بأن الكلام انما كان فى المقام فى شرائط العوضين لا فى شرائط المتعاقدين.

تفصيل الكلام فى بيان اقسام الارضين و أحكامها

اشاره

لا يخفى ان الملك اما أن يكون شخصيا و اما ان يكون نوعيا، و الثانى اما أن يكون قابلا لان يصير ملكا شخصيا. و اما لا يكون كذلك و منافع الملك النوعى تاره

(١)- وسائل الشيعه الجزء (٦) الباب (١) من أبواب الانفال، الحديث (٤).

دراساتنا من الفقه الجعفرى، ج ٣، ص: ١٦٥

تكون ملكا شخصيا بالفعل، و أخرى بالقوه، و ثالثه لا تكون قابله للملك الشخصى أصلا، اما الملك الشخصى ككتاب زيد فانه ملك شخصى له.

و أما الملك النوعى الذى تكون منفعتة ملكا شخصيا بالفعل فهى كالوقف الخاص، و أما الملك النوعى القابل للملكيه الشخصيه بالقوه أى بعد القبض فهى كالوقف العام اذا عرفت ذلك فنقول:

ان ملكيه الاراضى المفتوحه عنوه لا تكون من سنخ تلك الاقسام و كذا منفعتها لا تكون ملكا شخصيا لا بالفعل و لا بالقوه، بل هذه الملكيه نحو مستقل من الملكيه قد دل الدليل عليه فيترتب عليها آثارها، و هى صرف حاصلها فى مصالح المسلمين.

قوله: (و حيث جرى الكلام فى ذكر بعض أقسام الارضين فلا بأس بالاشاره الى جميع أقسام الارضين و أحكامها ... «١»)

أقول: ان تقسيم الاراضى ينحصر فى اربعة أقسام حصرا عقليا

اشاره

لان الارض اما موات أو عامره، و كل منهما اما ذاتيه، أو عرضيه، فالاقسام أربعه:

(١) الموات بالاصاله.

(٢) العامره بالاصاله.

(٣) العامره بعد الموات.

(٤) الموات بعد العمران.

أما القسم الاول [أى الموات بالأصالة]

إشاره

فيقع البحث فيه من جهات.

(الجهه الاولى) فى أنه هل الارض الميته بالأصالة ملك للإمام أم لا؟

(الجهه الثانيه) فى أنه هل يجوز للغير أن يعمرها بعد فرض كونها للإمام أم لا؟

(الجهه الثالثه) فى أنه هل الاحياء يوجب ملكيتها للمحيى، أو يثبت له حق

(١) - المكاسب، الصفحه (١٦١) السطر (١٤).

دراساتنا من الفقه الجعفرى، ج ٣، ص: ١٦٦

الاختصاص فقط.

(الجهه الرابعه) فى انه هل الاحياء يحتاج الى اذن الامام أم لا؟

(الجهه الخامسه) فى انه هل يكون الاحياء جائزا لعموم الافراد أو يختص بالمسلمين او يختص بالشيعة.

(الجهه السادسه) فى ان المحيى هل يجب عليه اعطاء الخراج للأرض المحياه أم لا؟

أما (الجهه الاولى) [فى أنه هل الأرض الميته بالأصالة ملك للإمام أم لا]

فقال الشيخ (قدس سره) لا اشكال و لا خلاف منا فى كونها للإمام عليه السلام، و الاجماع عليه محكى عن المختلف، و الغنيه، و

جامع المقاصد و المسالك، و النصوص بذلك مستفيضه، بل قيل. انها متواتره «١».

أقول: ان ادعاء التواتر فى المقام يكون بعيدا جدا، و لكن دعوى الاستفاضه غير بعيدة.

و أما الاستدلال بالإجماع فمدفوع بما مر منا غير مره أن الاجماع لا يكون حجه لا سيما اذا كان معلوم المدرك أو محتمله.

و أما التسالم الذى ادعى الشيخ (قدس سره) بقوله: لا خلاف و لا اشكال فان معلوميه المدرك غير مضربه و ان كان مضرا بحجيه الاجماع و ان شئت قلت: ان كون هذه الاراضى للإمام (عليه السلام) من مسلمات الفقه.

و ربما يقال: ان ادعاء الاستفاضه أيضا بعيد فى المقام لاختلاف مضامين الروايات الوارده فيها، فان مضمون بعضها (ان كل أرض خربه و بطون الاوديه فهو لرسول الله عليه السلام و هو للإمام) «٢» و مضمون بعضها الاخر (كل أرض خربه باد أهلها «٣»). و مع اختلاف المضامين كيف يمكن ادعاء الاستفاضه.

المكاسب، الصفحة (١٦١) السطر (١٦).

(٢) - وسائل الشيعة، الجزء (٦) الباب (١) من أبواب الانفال، الحديث (١).

(٣) - وسائل الشيعة، الجزء (٦) الباب (١) من أبواب الانفال، الحديث (٤).

دراساتنا من الفقه الجعفري، ج ٣، ص: ١٦٧

و (الجواب عنه) ان المدعى دلالة الاخبار المستفيضة على أنها للإمام بالعموم أو بالاطلاق، أو بالخصوص، أو بالاولويه ...

و الحاصل انه لم نقصد من الاخبار المستفيضة ان كلها صريحة في المدعى بالنصوصيه حتى يرد ما قيل: بل المقصود انها تدل على ذلك باحدى الدلالات المذكوره، فتحصل أن المدعى لا يتم بالإجماع التعبدى، و ان ادعينا انه من المسلمات بينهم رضوان الله عليهم.

و أما الروايات فهى كثيره منها ما رواه محمد بن يعقوب، عن على بن ابراهيم، عن أبيه، عن ابن أبى عمير، عن حفص بن البختري عن أبى عبد الله عليه السلام قال الانفال ما لم يوجف عليه بخيل، و لا ركاب أو قوم صالحوا أو قوم أعطوا بأيديهم و كل أرض خربه و بطون الاوديه فهو لرسول الله صلى الله عليه و آله و هو للإمام من بعده يضعه حيث يشاء «١».

و (منها) ما روى عن النبى صلى الله عليه و آله عادى الارض لله و لرسوله ثم هى لكم منى أيها المسلمون «٢».

و (منها) مرسله الحماد الطويله عن العبد الصالح عليه السلام فى حديث قال:

و للإمام صفو المال أن يأخذ من هذه الاموال (الى أن قال:) و له بعد الخمس الانفال، و الانفال كل أرض خربه باد أهلها، و كل أرض لم يوجف عليها بخيل و لا-ركاب و لكن صالحوا صلحا و أعطوا بأيديهم على غير قتال، و له رءوس الجبال، و بطون الاوديه، و الاجام و كل أرض ميتة

و (منها) ما رواه الشيخ عن أبي جعفر، عن عثمان بن عيسى، عن

(١) - وسائل الشيعة، الجزء (٦) الباب (١) من أبواب الانفال.

(٢) - تذكره العلامة، الجزء (٢) الصفحة (٤٠٠).

(٣) - وسائل الشيعة، الجزء (٦) من الباب (١) من أبواب الانفال، الحديث (٤)

دراساتنا من الفقه الجعفري، ج ٣، ص: ١٦٨

سماعه بن مهران قال: سألته عن الانفال فقال: كل أرض خربه أو شىء يكون للمملوك فهو خالص للإمام، و ليس للناس فيها سهم، قال: و منها البحرين لم يوجف عليها بخيل و لا ركاب (١)

و (منها) ما رواه الشيخ، عن ابراهيم بن هاشم، عن حماد بن عيسى عن محمد بن مسلم عن أبي عبد الله عليه السلام انه سمعه يقول: ان الانفال ما كان من أرض لم يكن فيها هراقه دم أو قوم صولحوا، و أعطوا بأيديهم، و ما كان من أرض خربه، أو بطون أوديه فهذا كله من الفىء، و الانفال لله و للرسول، فما كان لله فهو للرسول يضعه حيث يحب (٢)

و (منها) ما رواه الشيخ عن ابن فضال، عن محمد بن على، عن أبي جميله او عن محمد بن الحسن، عن أبيه، عن أبي جميله، عن محمد بن على الحلبي، عن أبي عبد الله عليه السلام و قال: سألته عن الانفال فقال: ما كان الارضين باد اهلها و فى غير ذلك الانفال هو لنا و قال: سوره الانفال فيها جدد الانف، و قال: (مَا أَفَاءَ اللَّهُ عَلَى رَسُولِهِ مِنْهُمْ فَمَا أَوْجَفْتُمْ عَلَيْهِ مِنْ خَيْلٍ وَ لَا رِكَابٍ وَ لَكِنَّ اللَّهَ يُسَلِّطُ رُسُلَهُ عَلَى مَنْ يَشَاءُ) قال: الفىء ما كان من أموال لم يكن فيها حراقه دم، أو قتل، و الانفال مثل ذلك هو بمنزله.

(منها) ما رواه محمد بن يعقوب باسناده عن علي بن الحسن بن فضال، عن حماد، عن حريز، عن زراره، عن ابي عبد الله عليه السلام قال: قلت له! ما يقول الله: (يَسْتَأْذِنُكَ عَنِ الْأَنْفَالِ قُلِ الْأَنْفَالُ لِلَّهِ وَالرَّسُولِ) و هي كل أرض جلا أهلها من غير أن يحمل عليها بخيل و لا رجال و لا ركاب فهي نفل لله و للرسول.

و (منها) ما رواه محمد بن مسلم، عن ابي جعفر عليه السلام قال: سمعته.

يقول: الفىء و الانفال ما كان من أرض لم يكن فيها هراقة الدماء و قوم

(١) - وسائل الشيعه، الجزء (٦) الباب (١) من أبواب الانفال، الحديث (٨)

(٢) - وسائل الشيعه (الجزء (٦) الباب (١) من أبواب الانفال، الحديث (١٠)

دراساتنا من الفقه الجعفرى، ج ٣، ص: ١٦٩

صولحوا و اعطوا بأيديهم و ما كان من أرض خربه او بطون أوديه فهو كله من الفىء فهذا لله و لرسوله، فما كان لله فهو لرسوله يضعه حيث يحب و هو بعد الرسول. «١»

و (منها) ما رواه علي بن ابراهيم فى تفسيره عن أبيه، عن فضاله بن أيوب عن أبان بن عثمان، عن اسحاق بن عمار قال: سألت ابا عبد الله عليه السلام عن الانفال، فقال: هي القرى التي قد خربت و انجلى أهلها فهي لله و للرسول، و ما كان للمملوك فهو للإمام، و ما كان من الارض بخربه لم يوجف عليه بخيل و لا ركاب، و كل أرض لا رب لها) «٢»

و (منها) ما رواه محمد بن مسلم قال: سمعت ابا جعفر عليه السلام يقول! الانفال هو النفل و فى سورة الانفال جدع الانف قال: و سألته عن الانفال: فقال: كل أرض خربه، أو شىء كان يكون

للمملوك، و بطون الاوديه و رءوس الجبال، و ما لم يوجف عليه بخيل و لا ركاب فكل ذلك للإمام خالصا) «٣»

و (منها) ما عن حريز، عن أبي عبد الله عليه السلام قال: سألته او سئل عن الانفال فقال: كل قريه يهلك أهلها أو يجلون عنها فهي نفل نصفها يقسم بين الناس، و نصفها للرسول صلى الله عليه و آله. «٤»

و (منها) ما رواه عن أبي ابراهيم عليه السلام قال: سألته عن الانفال فقال: كل ما كان من أرض باد أهلها فذلك الانفال فهو لنا «٥»

(١) - وسائل الشيعه، الجزء (٦) الباب (١) من أبواب الانفال، الحديث (١٠)

(٢) - وسائل الشيعه، الجزء (٦) الباب (١) من أبواب الأنفال، الحديث (٢٠)

(٣) - وسائل الشيعه الجزء (٦) الباب (١) من أبواب الانفال، الحديث (٢٢)

(٤) - وسائل الشيعه الجزء (٦) الباب (١) من أبواب الانفال، الحديث (٢٥)

(٥) - وسائل الشيعه الجزء (٦) الباب (١) من أبواب الانفال، الحديث (٢٦)

دراساتنا من الفقه الجعفرى، ج ٣، ص: ١٧٠

و (منها) ما رواه عن أبي بصير، عن أبي جعفر عليه السلام قال: لنا الانفال قلت: و ما الانفال؟ قال: منها المعادن و الاجام، و كل أرض لا رب لها و كل أرض باد أهلها فهو لنا «١»

و (منها) ما رواه عن داود بن فرقد، و عن أبي عبد الله عليه السلام (فى حديث) قال: قلت: و ما الانفال؟ قال: بطون الاوديه، و رءوس الجبال و الاجام و المعادن، و كل أرض لم يوجف عليها بخيل و لا- ركاب، و كل أرض ميتة قد جلا اهلها، و قطائع الملوک «٢»

و (منها) ما رواه أبى خالد الكابلى، عن أبى جعفر عليه السلام قال: وجدنا فى كتاب على عليه السلام أن الارض

لله يورثها من يشاء من عباده و العاقبه للمتقين، أنا و أهل بيتى الذين اورثنا الارض و نحن المتقون و الارض كلها لنا فمن أحيا ارضا من المسلمين فليعمرها و ليؤد خراجها الى الامام من أهل بيتى و له ما أكل منها ...» (٣)

فيستفاد من هذه الروايه أن الارض الميته قبل التعمير يكون للإمام، و اذا عمر احدها يجب عليه أن يؤد خراجها الى الامام.

فتلخص مما ذكرنا أن الاخبار الداله على كون الارض الميته بالاصاله ملكا للإمام تبلغ حد الاستفاضه، لكن دلالة بعضها تكون بالصراحه، و أغلبها بالاولويه و بعضها بالاطلاق هذا تمام الكلام فى الجبهه الاولى.

و اما الجبهه الثانيه فهى ان الاحياء هل يحتاج الى اذن الامام أم لا

و فيه أقوال ثلاثه.

(١)- وسائل الشيعه الجزء (٦) الباب (١) من أبواب الانفال، الحديث (٢٨)

(٢)- وسائل الشيعه الجزء (٦) الباب (١) من أبواب الانفال، الحديث (٣٢)

(٣)- وسائل الشيعه، الجزء (١٧) الباب (٢) من أبواب احياء الموات، الحديث (٢)

دراساتنا من الفقه الجعفرى، ج ٣، ص: ١٧١

(الاول) احتياجه الى الاذن، لأنه تصرف فى مال الغير و هو لا يجوز الا باذن صاحبه.

(الثانى) عدم احتياجه الى الاذن

(الثالث) التفصيل بين حضور الامام عليه السلام، و غيابه باعتبار الاذن فى الاول دون الثانى و ينبغى ان يبحث فى مقامين.

(الاول) عن مقتضى القاعده الاوليه بانه هل هى حرمه التصرف، أو بطلانه، أو لا يكون شيئاً منهما.

(الثانى) عن مقتضى الادله الثانويه.

أما المقام الاول فنقول انه لا يجوز التصرف فى الاراضى الميته بلا اذن من الامام عليه السلام، لعدم جواز التصرف فى مال الغير بقوله: (لا يحل دم امرء مسلم و لا ماله الا بطيبه نفس منه) (١)

هذا من ناحيه التكليف، فلو عصى المتصرف و أحيها فمقتضى الاصل عدم الانتقال عن ملك الامام عليه السلام و

عدم كونه ملكا له هذا بالنظر الى الأدلة الأولى.

و أما الأدلة الثانويه فالحق أن يقال: بعدم الاحتياج الى اذن الامام عليه السلام لصدور الاذن منهم بجواز التصرف بالنسبه الى شيعتهم كما هو المستفاد من الروايات الوارده فى المقام، كقوله عليه السلام: (من أحيا أرضا مواتا فهي له) «٢» و بنفس هذه الروايه يكون المحيى مأذونا بأن يتصرف فيما أحياه، و غيرها من الروايات الوارده فى باب الانفال و احياء الموات.

ان قلت: ان المستفاد من الروايه المذكوره، هو الحكم الوضعى بمعنى أن

(١) - وسائل الشيعه، الجزء (٣) من أبواب مكان المصلى، الحديث (١)

(٢) - وسائل الشيعه، الجزء (١٧) الباب (١) من أبواب احياء الموات الحديث (٥) و (٤).

دراساتنا من الفقه الجعفرى، ج ٣، ص: ١٧٢

من أحيا الارض فلاحياء سبب لانتقال الارض الى ملك المحيى، و أما الحكم التكليفى فالروايه ساكنه عنها، و ليست فى مقام بيان هذه الجهه.

قلت: ان الجواز أيضا يستفاد من الروايه بحسب الفهم العرفى، و هذا العرف ببابك، و لذا اذا قال المولى: لعبده كل من دخل دارى فاكرمه فلا- يتوهم أحد أن المولى لم يبين لنا جواز الدخول، و أيضا يستفاد من بعض الروايات الاخرى ان الامام (عليه السلام) أباح التصرف فى الاراضى للشيعه عنايه لهم و ان شئت تفصيلها فراجع الوسائل باب الانفال، و كذا تدل على ذلك الروايات الوارده فى باب التحليل.

و ربما يقال: ان هذه الروايه لا تدل على أن الامام عليه السلام اذن لشيعته أن يتصرفوا فى الاراضى الموات، لان هذه الروايات صدرت من الائمه الذين كانوا قبل مولانا الصاحب عليه السلام كالإمام الباقر و الامام الصادق عليهما السلام، و الحال أن هذه الاراضى للإمام الغائب عجل الله تعالى فرجه الشريف،

فلا بد أن تصدر اجازة التصرف من ناحيته لأنه زعيمها في الحال الحاضر، و هو امام العصر فلا بد أن يكون التصرفات في الامور باذنه الشريف و ليست الروايات الصادره عنه عليه السلام داله على هذا كما هو واضح.

و يرد عليه نقضا و حلا أما النقض فبتحليل الخمس للشيعة فانه أيضا يكون من الصادق عليه السلام، و الحال أن أمره بيد مولانا صاحب عليه السلام و التحليل لا بد أن يكون بأمره الشريف، لأنه صاحب العصر و زعيم الامه، فكلما أجبتم هناك نجيب عنه هنا.

و أما الحل فان الاراضى الميته و غيرها من الامور الراجعه الى الامام عليه السلام تكون للإمام من حيث انه له منصب الامامه، و على هذا فالمأذون من ناحيه الامام جعفر الصادق عليه السلام كالمأذون من ناحيه الامام الغائب عليه السلام، لأنه تصرف

دراساتنا من الفقه الجعفرى، ج ٣، ص: ١٧٣

في الاراضى باذن من له منصب الامامه، و من المعلوم ان الائمة متساوون في ذلك و أضف الى ما ذكر أن المستفاد من أمثال ما نحن فيه ان الحكم الشرعى هكذا فلا مجال لهذا النحو من الاشكال، مضافا الى هذا كله يدل على الاذن و حليه التصرف ما رواه مسمع بن عبد الملك عن أبي عبد الله عليه السلام الى أن قال عليه السلام (و كل ما كان فى أيدي شيعتنا من الارض فهم فيه محللون و محلل لهم ذلك الى أن يقوم قائمنا ...) «١».

و هذه الروايه بالصراحه تدل على الجواز حتى يظهر القائم عليه السلام.

و لو أغمضنا عن جميع ذلك و قلنا: باشرط الاذن فنقول: ان الاجازة على تقدير كونها مؤثره انما تؤثر فى الحكم التكليفى اعنى حرمة التصرف، و

اما الحكم الوضعى فلا- يحتاج الى الاجازه فتكون الارض المحياه ملكا له لعموم قوله: (من أحيا أرضا مواتا فهي له «٢» فهذه الروايه تدل على كونها للمحيى سواء كان مأذونا فى الاحياء أم لا.

أضف الى ذلك قيام السيره على التصرف فيها من دون أن يخطر ببالهم ان ذلك يحتاج الى الاذن.

و قد ذهب بعض الى اشتراط الاذن فى التصرف لعموم قوله: (لا يحل دم امرء مسلم و لا ماله إلا بطيبه نفس منه) «٣».

و يرد عليه ان بعد ما ثبت جعل الشارع، الاحياء سببا للملك فلا حاجه فيه الى اذنه، و لو التزمنا فى الحكم التكليفى بذلك لكن لا نلتزم به فى الحكم الوضعى لبداهه عدم اشتراط الاذن فى جواز تصرف الناس فى ملكهم.

(١)- وسائل الشيعه، الجزء (٦) الباب (٤) من أبواب الانفال، الحديث (١٢).

(٢)- وسائل الشيعه، الجزء (١٧) الباب (١) من أبواب احياء الموات، الحديث (٥).

(٣)- وسائل الشيعه، الجزء (٣) من أبواب مكان المصلى، الحديث (١).

دراساتنا من الفقه الجعفرى، ج ٣، ص: ١٧٤

و ربما فصل بعض بين عصر حضور الامام و غيابه باشتراط الاذن فى الاول دون الثانى لعدم امكانه.

و يرد عليه ان عدم امكان الاذن لا يوجب جواز التصرف فى ملك الغير فانه ان كان من الامور التى لا يرضى الشارع بتعطيله، فلا بد أن يكون التصرف فيها باذن حاكم الشرع الاعلم كما قلنا بذلك فى غيرها من الامور الحسينيه كسهم الامام عليه السلام و ان كان من الامور التى بعلم عدم رضايه الشارع، أو نحتمل عدم رضايته بالتصرف فيها فلا يجوز التصرف و على اى حال لا وجه للتفصيل المذكور فى المقام.

و ربما نسب الى كاشف الغطاء (قدس سره) القول بجواز التصرف فيها

لاستكشاف اذنه الشريف بظاهر الحال فانه لا يرضى بتعطيل الاراضى مع كثرتها و كون الناس محتاجين الى التصرف فيها.

و يرد عليه ان ما ذكر لا- يوجب جواز التصرف لعموم الناس مطلقا حتى مع عدم كونه مأذونا من الامام، لاحتمال عدم رضايه الشارع مع وجود القدر المتيقن فى البين و هو الفقيه الا-علم بأن يكون جواز التصرف متوقفا على اذنه و على هذا فما أفاده لا يساعد عليه

(الجهة الثالثة) انه هل الاحياء مملك أو موجب لحق الاختصاص؟

ذهب السيد الاستاذ دام ظله فى الدوريتين من درسه الى عدم كونه مملكا بل انه يوجب حق الاختصاص، و قرب ذلك بوجوه الاول ان قوله: (ما كان لنا فهو لشيعتنا «١») و كذلك قوله: (فما كان للرسول فهو لنا و شيعتنا حللناه لهم) «٢». ليسا فى مقام بيان ان الشيعة يملكون تلك الاراضى بل ان هذا امر غير معقول، لان الالتزام بكونهم مالكين لها يستلزم أن تكون الشيعة كلهم مالكين لها على نحو الإشاعه، ثم اذا مات

(١)- وسائل الشيعة، الجزء (٦) الباب (٤) من أبواب الانفال، الحديث (١٧).

(٢)- مستدرک، الجزء (١) كتاب خمس، باب (٤) من الانفال، الحديث (١).

دراساتنا من الفقه الجعفرى، ج ٣، ص: ١٧٥

احد من الشيعة فوارثه يملك هذه الارض بسببين احدهما الارث، و ثانيهما التشيع و هذا غير معقول فمفاد الروايتين انما هو اثبات حق الاختصاص لهم.

و يرد عليه بأن الروايه الاولى ضعيفه سندا و مخدوشه دلالة اما سندا فبصالح بن حمزه فانه لم يوثق عند أصحاب الرجال و اما دلالة ففيها نقضا و حلا.

أما النقض فبحق الاختصاص الذى التزم به الاستاذ فالمحذور المذكور بعينه جار هنا أيضا فانه اذا مات أحد من الشيعة فوارث هذا الشيعى له حق الاختصاص بسببين المذكورين فكلما اجاب هناك هو

و اما الحل فان الروايه المذكوره مجمله فلا يمكن التمسك بها لعدم امكان الالتزام بمفادها فانها تدل على كون هذه الاراضى للشيعة و لا يمكن الالتزام بكونها للشيعة لا على نحو الملكيه و لا على نحو الاختصاص فلا بد أن يراجع الى الروايات الاخرى.

و كذلك الروايه الثانيه فانها أيضا ضعيفه سندا و مخدوشه دلالة، اما سندا فان فرات وقع فى سندها و هو غير موثق و أما دلالة فيرد عليها مضافا الى ما اورد على الروايه السابقه ان كلمه شيعتنا محتمل الوجهين، ان يقرء مرفوعا بأن يكون مبتدء فعلى هذا تكون راجعه الى باب التحليل، أو أن يقرء مجرورا معطوفا على ضمير المتكلم، فاذا تكون دليلا لما نحن فيه الا أنه خلاف الظاهر فتلخص انه لا يمكن المساعده فى هذا التقريب مع السيد الاستاذ و أورد الاستاذ على نفسه بانه يمكن أن يقال: ان الاحياء اذا لم يكن سببا للملكيه، بل كان سببا لحق الاختصاص فلا يجوز أن يباع الاراضى المعمره، لان البيع انما يقع على الملك و المفروض عدمه.

و أجاب عنه بأن البيع عباره عن تبادل طرفى الاضافه و هو كما يحصل فى العين، كذلك يحصل فى الحق.

و يرد عليه انا بينا فى موضعه ان البيع عباره عن تمليك العين، فلا بد أن يكون

دراساتنا من الفقه الجعفرى، ج ٣، ص: ١٧٦

العين ملكا للبائع حتى يكون قابلا- للتملك فعلى القول بعدم حصول الملكيه بالاحياء لا- يمكن الالتزام بصحة بيع الاراضى المذكوره.

التقريب الثانى أن الاحياء اذا كان سببا لحصول الملكيه فلا وجه لوجوب أداء الطسق و الخراج على المحيى، لعدم وجوب الطسق على أحد فى ملكه الشخصى، و قد استفيد من بعض الروايات وجوب الخراج عليه،

فيستكشف ذلك عن عدم حصول الملكيه به و الجواب عنه انه لا يلزم من الالتزام بالخراج فى الملك محذور عقلى و لا نقلى اذا قام الدليل عليه، و المدعى فى المقام أن المستفاد من الروايات حصول الملك بالاحياء و لكن المالك يجب أن يؤدى الخراج بالروايات الداله على الوجوب فلا نرى محذورا فيه بعد قيام المقتضى له.

التقريب الثالث انه يستفاد من بعض الروايات ان الارض اذا عرض عليه الخراب و لا يعمرها من بيده و عمرها رجل آخر فالثانى أحق بها، فاذا كان الاحياء سببا لحصول الملكيه و كانت الارض ملكا للمحىي الاول، فلا وجه لكون الثانى أحق بها كما لا يخفى و يرد عليه انه لا- مانع من الالتزام بكون المحىي الثانى أحق بها مع كونها ملكا للمحىي الاول اذا دل الدليل عليه و لا نرى منافاه بينهما بأن جعل الشارع، الملكيه للمحىي اذا أحياها ما دام معمره فاذا خربت فللثانى حق الاحياء فاذا أحياها يخرج عن ملك المحىي الاول، و يدخل فى ملك الثانى، فتلخص مما ذكرنا ان التقاريب الثلاثه من السيد الاستاذ لا يمكن المساعده عليها.

و الذى يوافق التحقيق أن يقال بحصول الملكيه بسبب الاحياء كما يستفاد ذلك من الروايات الوارده فى الباب.

(منها) قول أمير المؤمنين عليه السلام (من أحيا أرضا من المؤمنين فهى له و عليه طسقتها يؤديه الى الامام فى حال الهدنه فاذا ظهر القائم فليوطن نفسه على أن تؤخذ منه «١»).

(١)- وسائل الشيعه، الجزء (٦) الباب (٤) من أبواب الانفال، الحديث (١٣).

دراساتنا من الفقه الجعفرى، ج ٣، ص: ١٧٧

و (منها) قوله: (من أحيا أرضا مواتا فهى له) «١».

و منها ما رواه محمد بن الحسن باسناده عن الحسن بن سعيد، عن

صفوان عن العلاء، عن محمد بن مسلم قال: سألته عن الشراء من أرض اليهود و النصارى، قال: ليس به بأس الى أن قال: و أيما قوم أحيوا شيئاً من الارض أو عملوه فهم أحق بها و هى لهم «٢» و غير ذلك من الروايات فظاهرها تدل على حصول الملك بالاحياء و لا وجه لرفع اليد عن ظواهر الالفاظ ما لم تقم عليه قرينه.

(١) - وسائل الشيعه، الجزء (١٧) الباب (١) من أبواب احياء الموات، الحديث (٥).

(٢) - وسائل الشيعه، الجزء (١٧) الباب (١) من أبواب احياء الموات، الحديث (١).

دراساتنا من الفقه الجعفرى، ج ٣، ص: ١٧٨

ثمره القول بحصول الملك و عدمه أفاد السيد الاستاذ دام بقاءه يظهر الفرق بين القولين فى وجوب الخمس و عدمه.

فعلى القول بحصول الملك بالاحياء فالخمس يتعلق بها، و اما على القول بحصول حق الاختصاص به فلا يتعلق الخمس برقبه الارض، لعدم كونها ملكاً للمحيى و الخمس يتعلق بالملك و ما أفاده فى المقام متين جداً.

الجهه الرابعه فى أنه هل يجب على المحيى أداء خراج الاراضى المحياه أم لا؟

فنقول: ان الروايات الوارده فى المقام طائفتان طائفه منها تدل على وجوب أداء الخراج و هى كثيره و نحن نذكر بعضها.

(منها) ما رواه محمد بن يحيى، عن أحمد بن محمد بن عيسى، عن ابن محبوب عن هشام بن سالم، عن أبى خالد الكابلى، عن أبى جعفر عليه السلام قال: وجدنا فى كتاب على عليه السلام ان الارض لله يورثها من يشاء من عباده و العاقبه للمتقين، أنا و أهل بيتى الذين أورثنا الارض، و نحن المتقون و الارض كلها لنا فمن أحيأ أرضاً من المسلمين فليعمرها و ليؤد خراجها الى الامام من أهل بيتى..» (١)

(١) - وسائل الشيعه، الجزء (١٧) الباب (٣) من أبواب احياء الموات، الحديث (٢)

دراساتنا من

و (منها) قول امير المؤمنين عليه السّلام (من أحيأ أرضا من المؤمنين فهى له و عليه طسقها يؤديه الى الامام فى حال الهدنه..) «١» و غير ذلك من الروايات الوارده فى الباب، و ان كان بعضها ضعيفه السند الا أن فى صحت بعضها غنى و كفايه.

و طائفه أخرى منها تدل على عدم وجوب اداء الخراج.

(منها) ما رواه محمد بن الحسن باسناده عن سعد بن عبد الله يعنى أحمد بن محمد بن عيسى، عن العباس بن معروف. عن حماد بن عيسى عن حريز بن عبد الله عن أبى بصير و زراره و محمد بن مسلم كلهم عن أبى جعفر عليه السّلام قال قال امير المؤمنين على بن أبى طالب عليه السّلام: هلك الناس فى بطونهم و فروجهم لأنهم لم يؤدوا إلينا حقنا، ألا و ان شيعتنا من ذلك و آبائهم فى حل «٢»

و (منها) ما رواه محمد بن الحسن عن الهيثم بن أبى مسروق، عن السندي بن أحمد، عن يحيى بن عمر الزيات، عن داود بن كثير الرقى، عن ابى عبد الله عليه السّلام قال:

سمعتة يقول: الناس كلهم يعيشون فى فضل مظلمتنا الا أنا أحللتنا شيعتنا من ذلك) «٣» و غير ذلك من الروايات و يمكن أن يجمع بين الطائفتين بوجوه ثلاثه.

الاول أن تحمل الروايات الداله على الوجوب على مجرد الاستحقاق و الروايات الداله على عدم الوجوب على العفو عنه، و بعبارة أخرى ان الطائفة الاولى تحمل على الحكم الوضعى و ان الخراج وضع عليها، و الطائفة الثانية تحمل على العفو عن أدائه، و ان شئت فقل: ان للأئمة (ع) أن يطلبوا الخراج و لكنهم أباحوا للناس و عفوا عنهم لأنهم أهل

الكرامه و العفو، و بعباره ثالثه ان الطسق مجعول بالفعل و لكنهم (ع) حللوه للناس.

(١)- وسائل الشيعه، الجزء (٦) الباب (٤) من أبواب الانفال، الحديث (١٣)

(٢)- وسائل الشيعه، الجزء (٦) الباب (٤) من أبواب الانفال، الحديث (١)

(٣)- وسائل الشيعه، الجزء (٦) الباب (٤) من أبواب الانفال، الحديث (٧)

دراساتنا من الفقه الجعفرى، ج ٣، ص: ١٨٠

الوجه الثانى - أن تحمل الروايات الداله على الوجوب بغير الشيعه، و أن تحمل الروايات الداله على عدم الوجوب بالشيعه و هذا الوجه ما اختاره السيد الاستاذ الا انه لا يمكن أن يساعد عليه لأننا استظهرنا من الروايات أن غير الشيعه لا يجوز له التصرف و لو مع أداء الخراج و سيأتى تحقيق ذلك و تفصيله فى البحث الآتى.

الوجه الثالث أن تحمل الروايات الداله على الوجوب على زمان الحضور و على كونه مبسوط اليد، و أن تحمل الروايات الداله على عدم الوجوب على زمان غيبته عليه السلام أو لم تكن يده الشريفه مبسوطه. و محصل الكلام أن مقتضى الروايات وجوب الخراج وضعا و عدم وجوبه تكليفا، و ان شئت قلت أن المستفاد منها عدم الوجوب فى زمان عدم بسط يد الامام يكون غائبا او حاضرا غير مبسوط اليد.

الجهه الخامسه انه هل الحكم بالاباحه يختص بالشيعه أم يعم غيرهم.

أفاد السيد الاستاذ دام ظله أن مقتضى بعض الروايات و ان كان عدم الاباحه لغير الشيعه. و لكن ما يدل على الجواز و الاباحه أظهر مما يدل على عدم الجواز فيقدم عليه.

فنعول: انا نذكر الروايات التى تدل على عدم الجواز و كذا لروايات التى تدل على الجواز حتى يتبين ما هو الحق فان الروايات الداله على عدم جواز تصرف غير الشيعه كثيره.

(منها) قوله عليه السلام: (و كل ما كان فى أيدي شيعتنا من الارض فهم

فيه محللون، و محلل لهم ذلك الى أن يقوم قائمنا فيجيبهم طسق ما كان في أيدي سواهم، فان كسبهم من الارض حرام عليهم حتى يقوم قائمنا فيأخذ الارض من أيديهم و يخرجهم منها صغره) «١»

و (منها) قوله عليه السلام: هلك الناس في بطونهم و فروجهم لأنهم لم يؤدوا

(١) - وسائل الشيعة، الجزء (٦) الباب (٤) من أبواب الانفال، الحديث (١٢)

دراساتنا من الفقه الجعفري، ج ٣، ص: ١٨١

إلينا حقنا، ألا و إن شيعتنا من ذلك و آبائهم في حل «١»

و (منها) قوله عليه السلام: (الناس كلهم يعيشون في فضل مظلمتنا الا انا أحللتنا من ذلك) «٢»

و غير ذلك من الروايات، و ان شئت التفصيل فراجع الى كتاب الوسائل، الجزء (٦) كتاب الخمس، أبواب الانفال و ما يختص بالامام و أما الروايات التي تدل على الجواز فهي أيضا كثيرة، و نحن نذكر بعضها.

منها ما رواه محمد بن يعقوب، عن علي بن ابراهيم، عن أبيه، عن النوفلي، عن السكوني، عن أبي عبد الله عليه السلام قال: قال رسول الله صلى الله عليه و آله: من غرس شجرا أو حفر واديا بديا لم يسبقه اليه أحد، أو أحيا أرضا ميتة فهي له قضاء من الله و رسوله «٣» و هذه الرواية تامه دلالة، الا انها ضعيفه بنوفلي فتكون ساقطه عن الاعتبار.

و منها ما رواه محمد بن الحسن باسناده عن الحسين بن سعيد، عن صفوان، عن العلاء، عن محمد بن مسلم قال: سألته عن الشراء من أرض اليهود و النصارى، قال ليس به بأس الى أن قال: و أيما قوم أحيا شيئا من الارض أو عملوه فهم أحق بها و هي لهم «٤»

تقريب الاستدلال بها- بانه يمكن أن يستدل بصدر الرواية لإثبات

المدعى، بتقريب أن السؤال يكون عن حكم اشتراء الارض عن اليهود و النصارى، فيكون مالكيتهم لها أمرا مفروغا عنها، الا ان هذا التقريب لا يساعد عليه، لان كونهم مالكين للأرض لا يدل على أنهم ما لكون لها بالاحياء، لان سبب التملك لا ينحصر به، بل هو أحد اسبابه، فيمكن أن يكونوا مالكين لها بالاسباب المقرره عندهم، هذا اذا استدل

(١) - وسائل الشيعة، الجزء (٦) الباب (٤) من أبواب الانفال، الحديث (١)

(٢) - وسائل الشيعة، الجزء (٦) الباب (٤) من أبواب الانفال، الحديث (٧)

(٣) - وسائل الشيعة، الجزء (١٧) الباب (١) من أبواب احياء الموات.

(٤) - الوسائل الجزء (١٧) الباب (٢) الحديث (١)

دراساتنا من الفقه الجعفرى، ج ٣، ص: ١٨٢

بصدر الروايه.

و يمكن أن يستدل بذيل الروايه، و هو قوله عليه السلام: (و أيما قوم أحيوا شيئا ...)

فان اطلاقه يشمل كل أحد أحياء الارض سواء كان شيعيا أو يهوديا، أو نصرانيا أو غيرهم، و هذا التقريب و ان كان تاما فى حد نفسه الا أن الروايات المتقدمه الداله على عدم الجواز بالنسبه الى غير الشيعة تقييد الاطلاقات الداله على حصول الملك لغير الشيعى أيضا.

فتلخص أن غير الشيعى لا يجوز له التصرف فى الاراضى الموات بالاصاله، لعدم كونهم مأذونين من ناحيه الامام عليه السلام.

[أما القسم الثانى الأراضى العامره بالأصاله]

اشاره

ثم انه يقع الكلام فى الاراضى العامره بالاصاله، و البحث عنها أيضا تكون من جهات

[الجهه] الاولى - ان الاراضى العامره بالاصاله ملك للإمام أم لا؟

و استدل بكونها للإمام بوجوده.

(الاول) ما أفاده المرزا النائني (قدس سره) بأن الاراضى العامره بالاصاله، كأطراف الشطوط و سواحل البحار و الاجام و الغابات تكون للإمام عليه السّلام، و الدليل على ذلك قوله: كل أرض لم يجز عليها ملك مسلم فهو للإمام.

و الجواب عنه- ان الجملة المستدله بها لم يثبت كونها من الروايات الصادره عن المعصومين (ع)، حتى يتمسك باطلاقها بل الظاهر انها من أقوال الفقهاء فلا يعتمد عليها.

(الثاني) مرسله حماد بن عيسى عن العبد الصالح عليه السّلام و الانفال كل أرض خربه باد أهلها، و كل أرض لم يوجف عليها بخيل و لا- ركاب، و لكن صالحوا صلحا، و أعطوا بأيديهم على غير قتال، و له رءوس الجبال و بطون الاوديه و الاجام و كل أرض ميته لا رب لها (...) «١» و الحديث طويل قد أخذنا منه موضع الحاجه.

(١)- وسائل الشيعه الجزء (٦) الباب (١) من أبواب الانفال، الحديث (٤)

دراساتنا من الفقه الجعفرى، ج ٣، ص: ١٨٣

بتقريب ان الاجام تكون من الانفال فهى للإمام عليه السّلام و كذا يستفاد ذلك من قول أبى جعفر عليه السّلام: حيث قال: لنا الانفال قلت: و ما الانفال؟ قال: منها المعادن و الاجام (...) «١»

و اورد عليه بأن كون الاجام من الانفال لا يدل على كون الاراضى العامره بالاصاله للإمام، لان الاجام لا تكون منها، بل هى من الاراضى الموات.

و الجواب عنه (اولا) انا لا نسلم كون الاجام بتمامها ميته. حتى تكون خارجه عن المبحث، بل هى من المعمرات بالاصاله و ينتفع به الناس كثيرا كما هو يشاهد بالعيان.

قّمى، سيد تقى

و لكن الذى يسهل الخطب أن يقال: ان الروايتين اللتين جعلت فيهما الاجام من الانفال ضعيفتان من جهة السند بالارسال و لا يمكن الاعتماد عليها.

و (ثانيا) أن الدليل أخص من المدعى. لان كون خصوص الاجام من الانفال لا يستلزم أن تكون الا راضى العامره بالاصاله كلها له عليه السّلام لأنها ليست كلها آجاما بل قد تكون هي، و قد تكون غيرها من الاراضى فهذا الدليل لا يتم الا بعدم القول بالفصل، و لكنه ليس دليلا كما هو واضح.

(الثالث) العمومات الداله على أن الارض العامره بالاصاله للإمام و هي كثيره.

(منها) ما رواه على بن ابراهيم فى تفسيره عن أبيه عن فضاله بن أيوب، عن ابان بن عثمان، عن اسحاق بن عمار قال: سألت أبا عبد الله عليه السّلام عن الانفال، فقال: هي القرى التى قد خربت و انجلى أهلها فهى لله و للرسول، و ما كان للملوك فهو للإمام، و ما كان من الارض بخربه لم يوجف عليه بخيل و لا ركاب، و كل أرض لا رب لها ...» (٢)

(١) - وسائل الشيعه، الجزء (٦) الباب (١) من أبواب الانفال، الحديث (٢٨)

(٢) - وسائل الشيعه، الجزء (٦) الباب (١) من أبواب الانفال، الحديث (٢٠).

دراساتنا من الفقه الجعفري، ج ٣، ص: ١٨٤

فهذه الروايه تشمل بعمومها على ان كل أرض لا رب لها للإمام سواء كانت ميته بالاصاله أو عامره.

و (منها) ما عن أبي بصير، عن أبي جعفر عليه السّلام قال لنا الانفال قلت: و ما الانفال قال: منها المعادن و الاجام و كل أرض لا رب لها

«١» و هذه الروايه تامه دلالة الا أنها مرسله فلا يعتمد عليها.

و (منها) ما رواه أبو خالد الكابلي عن ابي جعفر عليه السّلام قال: وجدنا في كتاب على عليه السّلام ان الارض لله يورثها من يشاء من عباده و العاقبه للمتقين، أنا و اهل بيتي الذين أورثنا الارض و نحن المتقون، و الارض كلها لنا ...» (٢)

فتلخص أن المستفاد من اطلاقات الروايات كون الاراضى العامره بالاصاله للإمام عليه السّلام، فمقام الاقتضاء يكون تاما فلا بد أن يبحث عن وجود المانع و عدمه، و اما المانع فليس في المقام الا ما نسب الى صاحب الجواهر (قدس سره) حيث ذهب ان هذه العمومات يخصص بمفهوم بعض الاخبار الداله على أن الارض اذا لم تكن ميتة لم يكن للإمام كمرسله حماد بن عيسى حيث سئل عن الانفال، قال عليه السّلام:

كل ارض ميتة لا رب لها ...» (٣)

و اورد عليه الشيخ بانه اذا سلمنا ثبوت المفهوم للوصف المسوق للاحتراز لا نسلم مفهومه في المقام، لان الظاهر ورود الوصف مورد الغالب و الغالب في الارض التي لا مالك لها كونها مواتا و انكر السيد الاستاذ كون غالب الاراضى مواتا و لكنه غير قابل للإنتكار، و الذى يسهل الخطب أن هذه الروايه مرسله فيسقط عن الاعتبار و ان كان بعض الروايات الصحيحه الوارده في المقام بمضمونها الا انه لا يمكن

(١) - وسائل الشيعه، الجزء (٦) الباب (١) من أبواب الأنفال، الحديث (٢٨).

(٢) - وسائل الشيعه، الجزء (١٧) الباب (٣) من أبواب احياء الموات، الحديث (٢).

(٣) - وسائل الشيعه، الجزء (٦) الباب (١) من أبواب الانفال، الحديث (٤).

دراساتنا من الفقه الجعفرى، ج ٣، ص: ١٨٥

الالتزام بحجيه مفهوم الوصف كما حققناه في الاصول.

و أورد عليه

المرزا النائنى (قدس سره) بأن الوصف و ان لم يكن واردا مورد الغالب، لكن مع ذلك ليس لتقييد مجال، لان مورد حمل المطلق على المقيد انما هو فيما اذا ثبت وحده المطلوب من الدليلين و ذلك عند ما اذا كان المطلوب هو صرف الوجود كما فى قوله: (اعتق رقبه و اعتق رقبه مؤمنه) و أما اذا كان المطلوب على نحو الطبيعه الساريه المقتضيه للعموم.

و بعباره واضحه اذا كان المطلوب مطلق الوجود فلا موجب لتقييد اطلاقه كما فى قوله: أكرم هاشميا فلا موجب لتقييد اطلاقه بقوله: (اكرم هاشميا عالما بل يؤخذ بكل منهما، و ما نحن فيه من هذا القبيل حيث لا منافاه بين كون مطلق الارض التى لا رب لها للإمام و بين كون الموات أيضا له عليه السلام فلا وجه لحمل أحدهما على الآخر.

و يرد عليه انه اذا فرضنا أن الوصف له مفهوم، و يكون فى مقام الاحتراز فيوجد التنافى بين المطلق و المقيد، و أما ما ذهب اليه النائنى فهو يرجع الى انكار مفهوم الوصف و هذا خلاف المفروض.

و أورد النائنى (رحمه الله) ثانيا على الشيخ بأننا لا نسلم أن وصف الميتة تكون فى مقام بيان حكم أراضى الموات بالاصل، بان الغالب فى الارض التى لا-مالك لها تكون مواتا، بل الظاهر انه فى مقام بيان حكم ما عرضه الموت بانه على قسمين قسم له مالك معلوم، و قسم لا- يعلم له صاحب، و أن حكم ما لا رب له انه للإمام عليه السلام و حينئذ ينبغى أن يقال: ان هذا القيد أعنى كونه مما لا رب لها وارد مورد الغالب، لا أن التقييد بالميتة وارد مورد الغالب اذ هو لبيان الموضوع كما

هو الظاهر.

(و يرد عليه) ان القيدين كلاهما وردا مورد الغالب و كلاهما وصفان للموضوع، و كون القيد الثانى بلا حرف عاطف لا يضر فى كونه قيذا للموضوع، فتحصل أن مقتضى العمومات كون الاراضى العامره بالاصاله للإمام عليه السّلام.

دراساتنا من الفقه الجعفرى، ج ٣، ص: ١٨٦

الجهه الثانيه انها تملك الاراضى العامره بالحيازه أم لا؟

و استدل على ذلك بروايات.

منها قوله عليه السلام: من سبق الى ما لا يسبقه اليه مسلم فهو أحق به «١»

و يرد عليه سندا، و دلاله، أما سندا فهى مخدوشه بارسالها، و أما دلاله فهى تدل على كونه أحق بها، و أما الملكيه فلا يستفاد منها كما هو واضح.

و (منها) قوله: (من استولى على شىء منه فهو له) «٢» أفاد السيد الاستاذ فى الدوريتين من درسه أن سند هذه الروايه لا بأس به.

و يرد عليه ان على بن حسن وقع فى سندها و الظاهر انه على بن حسن الفضال.

و سند الشيخ اليه ضعيف فى كتابيه من الفهرست و المشيخه، لوقوع على بن محمد ابن زبير فى طريقه و هو ضعيف فتكون الروايه ضعيفه سندا.

و أورد السيد الاستاذ على الدلاله بعد تصحيح سندها بأن هذه الروايه لا- تدل على حصول الملك لمن استولى على هذه الاراضى فانها ملك للإمام، و لا يجوز التصرف فى ملك الغير و لا يقاس المقام بما تقدم بأن نفس الروايات الداله على التملك بالاحياء كما تدل على كون المتصرف مأذونا كذلك تدل على أنه يجوز التصرف لمن استولى عليها و هو مالك لها.

و السر فى ذلك أن حكم الاحياء و جواز التصرف تعلق بشخص ملك الامام بقوله عليه السّلام من أحيا أرضا ...)

و أما المقام فليس كذلك لان الحكم بأحقيه من سبق اليها تعلق ب موضوع

الجزء (٣) كتاب احياء الموات، الصفحة (١٤٩)

(٢) - وسائل الشيعة، الجزء (١٧) الباب (٨) من أبواب ميراث الازواج الحديث (٣)

دراساتنا من الفقه الجعفري، ج ٣، ص: ١٨٧

كلى، فالاراضى التى هى معموره بالاصاله و ملك للإمام هل مصداق لهذا الكلى حتى يكون الاستيلاء عليها موجب لان يكون المستولى أحق بها أم لا و هذا أول الكلام، و التمسك بالروايات لإثبات أنه مصداق له تمسك بالعام فى الشبهه المصداقيه.

و يرد عليه ان الروايه لو أغمضنا عن ضعف سندها فلا مانع من دلالتها على الحكم الوضعى كما ذكرناه سابقا فانه لا ملازمه بين الوضع و التكليف.

و التحقيق فى المقام أن يقال: ان البحث قد يقع بالنظر الى القاعده و قد يقع بالنظر الى الروايات.

أما على القاعده فلا يجوز التصرف فى هذه الاراضى فانه حرام وضعا و تكليفا لأنها ملك للإمام عليه السلام و لا يجوز التصرف فيه الا باذنه و أيضا بمقتضى القاعده لا تنتقل الى ملك المتصرف لأصالة عدم الانتقال.

و أما الروايات فلا بد أن يبحث عن مقتضاها و نحن نذكرها حتى يتضح الحال.

(منها) قوله: (من استولى على شىء منه فهو له) «١»

و قد بينا ضعفها سندا، أما دلالة فمخدوشه أيضا لان الظاهر من قوله عليه السلام (من استولى على شىء منه) ان الضمير راجع الى اثار البيت الراجع الى الزوج و الزوجه فلا تدل على حصول الملكيه بالاستيلاء، و هذا ليس من جهه أن المورد مخصص فانه خلاف التحقيق بل من جهه أن الروايه لا اقتضاء فيها أزيد من هذا فتكون الروايه داله على كون الاستيلاء اماره على الملكيه فى مورد خاص.

الثانيه قوله عليه السلام: (من سبق الى ما لا يسبقه اليه مسلم فهو أحق به) «٢» و

هذه الروايه مرسله كما قد بينا آنفا.

(١)- وسائل الشيعه، الجزء (١٧) الصفحه (٥٢٥) الحديث (٣)

(٢)- مستدرک، الجزء (٣) كتاب احياء الموات، الصفحه (١٤٩)

دراساتنا من الفقه الجعفرى، ج ٣، ص: ١٨٨

و أما الدلاله فهى لا تدل على أزيد من ثبوت الاحقيه لمن سبق مضافا بأنه لا يحل التصرف فى ملك الغير.

(الثالثه) ما عن على عليه السلام قال: (للعين ما رأت و لليد ما أخذت) «١» و هذه الروايه تاره يقع الكلام فيها من حيث السند و أخرى من حيث الدلاله أما من حيث السند فهى مخدوشه من جهه وقوع نوفلى فيها، و اعتمد السيد الاستاذ على هذه الروايه باعتبار وقوع نوفلى فى اسناد كتاب كامل الزيارات و لكننا ناقشنا فيما افاده و بينا أن كون شخص فى أسناد هذا الكتاب على نحو الاطلاق لا أثر له فالروايه ساقطه من حيث السند.

و أما من حيث الدلاله فانه يرد على الروايات الثلاثه بعد الاغماض عن ضعف سندها، و بعد تسليم دلالتها على أن الاستيلاء و الاستباق أو الاخذ أسباب لحصول الملكيه انها انما تكون كذلك بالنسبه الى المباحات، و أما الاستيلاء على مال الغير فلا شبهه فى أنه لا يكون مملكا، و المفروض أن الاراضى العامره بالاصاله للإمام (عليه السلام) هذا كله بحسب الروايات، الا أن سيره قائمه على أن المتصرف فى هذه الاراضى يكون مالكا لها من غير استنكار عند المشرعه بل هو من مسلمات الفقه.

و أما ادعاء قيام السيره بالنسبه الى العامه بأن يكون التصرف منهم أيضا مملكا لها فهو غير مسلم عندنا، و على فرض قيامها تكون الروايات الوارده فى المقام رادعه لها.

(الجهه الثالثه) انه هل يجب على الشيعى اعطاء الخراج أم لا؟

أقول: ان مقتضى النصوص الداله على وضع الخراج على هذه الاراضى و وجوب

دفعه على المتصرف فيها أنه يجب على الشيعة أيضا ولكنهم (عليهم السلام)

(١) - وسائل الشيعة، الجزء (١٧) الباب (١٥) من أبواب اللقطه، الحديث (٢).

دراساتنا من الفقه الجعفرى، ج ٣، ص: ١٨٩

حللوا لشيعتهم ذلك الى أن يقوم القائم (عليه السلام) كما هو مقتضى بعض الروايات.

قال المرزا النائنى (قدس سره) ان مقتضى الروايات الواردة فى الباب و ان كان مختصا بخصوص الشيعة و لكنه يتمنع تخصيص الاذن بخصوص الشيعة و لذا آذنها لكل من أحيها، فان حكمه الاذن و ان كانت مختصه بالشيعة لتطيب ولادتهم و تحل مساكنهم و مناكحهم الا- أن الحكم عام لكل من أحيها لان الحليه للشيعة يتوقف على الحليه لكل من أحيها، و الا لا يترتب عليه الغرض فان الارض التى لم يحييها الشيعة لو لم تكن ملكا لمحبيها لما جاز. للشيعة أن يتصرف فى غلاتها.

و يرد عليه (ان الاستفادة من الادله هو الاذن للشيعة فقط و أما غيرهم فلا تساعده الروايات.

و أما قوله: (لو لم يكن ملكا لمحبيها لما جاز للشيعة أن يتصرف فى غلاتها) فممنوع لان الزرع للزارع و لو كان غاصبا فى المزرعه فاذا كانت للشيعة سلطه مقتدره عليهم فلا بد أن تأخذ منهم بالقهر و الغلبه، و الا فيؤخذ منهم بالبيع الصورى.

و ملخص الكلام انه لا يترتب محذور على عدم كون غير الشيعة مالكا للأرض لان الشيعة اذا كان قادرا على أن يأخذ الارض من غير الشيعة يأخذها و ان لم يكن قادرا فيشتريها منه بالاشتراء الصورى هذا بالنسبه الى نفس رقبه الارض، و أما بالنسبه الى الزرع فانه للزارع و ان كان غاصبا فلا محذور فى هذا الحكم و لم يتوجه حرج بالنسبه الى الشيعة.

الجهه الرابعه فى أن الاراضى التى عرضها الموت بعد الاحياء و أحيها معمر آخر هل تبقى فى ملك معمرها أو تخرج عن ملكه و تصير ملكا للمحبي الثانى فيه

قولان، و استدلال على

كونها للأول بوجهين.

(الأول) بقوله صلى الله عليه وآله: (من أحيأ أرضا ميتة فهي له). «١»

(١) - وسائل الشيعة، الجزء (١٧) الباب (١) احياء الموات، الحديث (٥ و ٦).

دراساتنا من الفقه الجعفري، ج ٣، ص: ١٩٠

و يرد عليه- بأن هذه الروايه لا دلالة فيها على كون الارض للمحيى الاول، لان المفروض أن الثاني أيضا محيى لها فلاستدلال بالروايه لإثبات المالكه للمحيى الاول ترجيح بلا مرجح الا أن يقال: بأن المفهوم من الروايه بحسب الفهم العرفى أن الارض غير المملوكه تصير مملوكه بالاحياء.

(الثانى) بالاستصحاب بتقريب ان الملك للعامر الاول قبل عروض الموات عليها و قبل احياء الثانى لها فاذا عرض الموت عليها و صار احياء بيد الثانى فشكك بأنها خرجت عن ملك الاول أم لا؟ فتستصحب ملكيه الاول.

و أورد عليه بأن الاستصحاب لا يجرى فى المقام لكون الشك فى الموضوع فانه غير معلوم حتى يستصحب.

و يرد عليه أن الموضوع أمر معلوم و هى الارض و أما الحياه فليست حيثه تقييده حتى يكون الموضوع مشكوكا بانتفائها.

و اورد عليه ثانيا بأن ثبوت مقتضى الملكيه للمعمر الاول مشكوك فيه فيكون الشك فيه من قبيل الشك فى المقتضى و معه لا يجرى الاستصحاب كما حقق فى محله.

و الجواب عنه اولاً- ان المقام ليس من قبيل الشك فى المقتضى بل المقتضى موجود ان لم يمنع عنه مانع من الخارج بعبارته أخرى أن الاقتضاء بالنسبه الى بعد عروض الخراب معلوم ان لم يمنع عنه احياء المعمر الثانى.

و ثانيا قد بينا فى الاصول أن الاستصحاب حجه سواء كان الشك فى المقتضى أو فى المانع و لكن الحق عدم جريان الاستصحاب لكونه معارضا بعدم الجعل، الزائد عن المقدار المعلوم.

و التحقيق أن يقال: ان الروايات فى المقام

على طوائف ثلاث.

(الطائفة الاولى) ما دل على وجوب رد الارض الى صاحبها و هو ما رواه سليمان بن خالد قال: سألت أبا عبد الله (عليه السلام) عن الرجل يأتي الارض

دراساتنا من الفقه الجعفري، ج ٣، ص: ١٩١

الخربه فيستخرجها و يجرى أنهارها و يعمرها و يزرعها ما ذا عليه؟ قال: الصدقه، قلت: فان كان يعرف صاحبها، فليؤد اليه حقه) «١»

الطائفة الثانيه ما دل على أن الارض للمعمر الثاني و هو ما رواه معاويه بن وهب قال سمعت أبا عبد الله عليه السّلام يقول: أيما رجل أتى خربه بآثره فاستخرجها و كرى أنهارها و عمرها فان عليه فيها الصدقه، فان كانت أرض لرجل قبله فغاب عنها و تركها فأخربها ثم جاء بعد يطلبها فان الارض لله و لمن عمرها. «٢»

الطائفة الثالثه ما دل على أن الثاني أحق بها من الذي تركها فيما يكون ملكيه الاول بالاحياء و هو ما رواه أبو خالد الكابلي عن أبي جعفر عليه السّلام في حديث طويل أخذنا منه موضع الحاجه و هو قوله عليه السّلام و الارض كلها لنا فمن أحيا أرضا من المسلمين فليعمرها و ليؤد خراجها الى الامام من أهل بيتي و له ما أكل منها فان تركها و أخربها فأخذها رجل من المسلمين من بعده فعمرها فهو أحق بها من الذي تركها فليؤد خراجها الى الامام من أهل بيتي ... «٣»

ربما يقال: بأن روايه أبي خالد مخدوشه من حيث السند لاشرآكه بين الصغير و الكبير هذا أولا.

و ثانيا انه غير موثق و سند توثيقه ضعيف.

(١) - وسائل الشيعه، الجزء (١٧) الباب (٣) من أبواب احياء الموات، الحديث (٣)

(٢) - وسائل الشيعه، الجزء (١٧) الباب (٣) من أبواب احيا الموات، الحديث (١)

وسائل الشيعة، الجزء (١٧) الباب (٣) من أبواب احيا الموات، الحديث (٢)

دراساتنا من الفقه الجعفري، ج ٣، ص: ١٩٢

و الجواب أما عن الاشتراك فعلى فرض التعدد ينصرف المطلق الى الكبير كما قالوا بذلك فى أبى بصير، و أما من حيث التوثيق فيكفى فى توثيقه ما رواه الكشى بأنه من حوارى على بن حسين و هذا اللفظ يدل على أن هذا الرجل كامل بل له الكمال كل الكمال الا ان فى سند روايه الكشى اشكالا.

قد يقال: بان روايه سليمان بن خالد الداله على رد الارض الى صاحبها بقول مطلق سواء كان مالكا لها بالاحياء أو بغير الاحياء تدل على كون الارض للعامر الاول كما أن روايه ابن وهب تدل على كون الارض للعامر الثانى كذلك فيقع التعارض بينهما بالتباين.

و أما روايه أبى خالد فهى تدل على كون الارض للعامر الثانى فيما يكون ملكيه المالك الاول بالاحياء فتكون النسبه بينها و بين روايه سليمان بالعموم و الخصوص و مقتضى القاعده أن العام يخص بالخاص فتتقلب نسبه روايه مع روايه ابن وهب من التباين الى العموم المطلق فتخصص العام بالخاص فتكون النتيجة التفصيل بين أن تكون ملكيه الاول بالاحياء فيكون الثانى أحق و الا فالاول.

و هذا الجمع يترتب على صحه انقلاب النسبه كما عليه الاستاذ و استاذه النائنى (قدس سره).

و اما على المختار من عدم صحته فيسقط هذا الجمع من أصله فلا بد أن يجمع بين الروايات بوجه آخر، و هو انه اذا ورد عام و جاء بعده مخصصان نسبه أحد المخصصين الى الآخر عموم مطلق، و كلاهما خاصان بالنسبه الى العام، و ذلك كما اذا قال المولى:

اكرم العلماء و قال بعد ذلك لا تكرم الفساق منهم، و لا

تكرم شارب الخمر منهم فان كلا المخصصين راجعان الى العام فيخصص بكلا المخصصين، فتكون النتيجة حرمه اكرام شارب الخمر و مطلق الفاسق اذا عرفت ذلك فنقول:

دراساتنا من الفقه الجعفري، ج ٣، ص: ١٩٣

ان ما نحن فيه من هذا القبيل فان روايه ابن خالد الداله على رد الارض الى صاحبها الاول مطلق، ثم لها مخصصان، احدهما صحيحه الكابلي الداله على أن المحيي الاول لو ملك الارض بالاحياء ثم أخرجها فأحيها المحيي الثاني تكون الارض للثاني.

و ثانيها خبر ابن وهب الدال على أن المالك الاول لو أخرج الارض فأحيها الثاني تكون الارض للمحيي الثاني و بعد ورود هذين المخصصين تكون النتيجة أن من أحيأ ارضا خربه تكون له مطلقا اعم من ان تكون ملكا لأحد أم لا غاية الامر فيما كانت ملكا للغير يشترط ان يكون الخراب مستندا الى مالكها بأن يقال عرفا: انه تركها و أخرجها و أما لو لم يكن خرابها مستندا اليه بل الى عله أخرى لا بد من أدائها الى صاحبها هكذا ينبغي أن يجمع بين روايات الباب.

و ان أبيت عن ذلك نقول: بعد وقوع التعارض بين روايه سليمان و ابن وهب بالتباين يتساقطان بالمعارضه فتصل التوبه الى الاخذ بروايه الكابلي، و مقتضاها أن يكون الاحياء موجبا للملكيه فيما كان ملكيه المالك الاول أيضا بالاحياء و في غير هذه الصوره لا بد من العمل على طبق القواعد الاوليه.

هذا كله فيما يكون المحيي مسلما و أما لو لم يكن مسلما فان لم يكن احيائه للأرض موجبا للملكيه فلا كلام فيه و أما على تقدير كونه موجبا للملكيه فتجرى عليها أحكامها بحسب القاعده المقرره.

دراساتنا من الفقه الجعفري، ج ٣، ص: ١٩٤

الكلام في الاراضى المفتوحه عنوه

قوله: (ثم ما ملكه الكفار من

الارض اما أن يسلم عليه طوعا ...» (١)

أقول: بعد الفراغ عن أقسام الارضين و بيان أحكامها يقع البحث فى الاراضى المفتوحه عنوه و هى عباره عن الاراضى التى فتحت بالقهر و الغلبه من المسلمين هذا بحسب الكبرى.

و أما الصغرى فما ثبت كونها من الاراضى المفتوحه عنوه هى أرض العراق فى الجملة، و هى من المسلمات التى لا يعترىها الريب، كما هو مقتضى بعض الروايات «٢»، بل أفاد المرزا (قدس سره) على ما فى التقرير أن الاخبار به متضافره.

و لا يخفى عليك، ان الاراضى التى وقعت مورد الكلام انما هى ما كانت عامره حال الفتح، و أما اذا كانت مواتا فهى للإمام عليه السّلام فيملكها من أحيائها، و على هذا لا يترتب على هذا البحث ثمره عمليه لعدم احراز كون الاراضى التى بيد الناس عامره حال الفتح حتى يترتب عليها آثارها، بل يعامل معهم معاملة الملاك بقاعده اليد.

لا يقال: انا نعلم اجمالا بعماره أغلب أراضى العراق حال الفتح و العلم منجز بالنسبه الى أطرافه.

لأننا نقول: ان هذا العلم لا اثر له لعدم كون جميع أطرافه محلا لابتلاء

(١)- المكاسب، الصفحه (١٦٢) السطر (٣)

(٢)- وسائل الشيعه، الجزء (١٧) الباب (١٨) من أبواب احياء الموات، الحديث (١)

دراساتنا من الفقه الجعفرى، ج ٣، ص: ١٩٥

لوضوح عدم كون جميع أراضى العراق محلا لابتلاء كل واحد من المكلفين.

ان قلت: انا نحكم بكون هذه الاراضى عامره حال الفتح باجراء اصاله عدم كونها للإمام فاذا لم تكن للإمام فلازمه كونها عامره حال الفتح فتكون للإمام عليه السلام.

قلت: اولاً- لا- اصل فى المقام يقتضى عدم كون الارض للإمام بل الارض كلها له عليه السّلام و اخراجها عن ملكه يحتاج الى دليل مخرج.

و (ثانياً) ان اصاله

عدم كونها للإمام لا تثبت المدعى الاعلى نحو الاصل المثبت و قد بينا عدم حجيته فى الاصول.

و الحاصل ان الاراضى المذكوره يجوز للناس أن يتصرفوا فيها و يعاملوا معها معامله ملكهم، فانها بجمعها ملك للأئمه عليهم السلام و لكنهم حللوا لشيعتهم.

فتلخص أن احراز الاراضى المفتوحه عنوه فى الخارج و تعيين مصداقها أمر مشكل، بل يمكن أن يدعى عدم امكانه، نعم لو فرض احراز عماره أرض خاصه حال الفتح بالوجدان أو بالاصل أو لم يحتمل عروض الموت لها أصلا، بل علم بقائها بحال الاول فتجرى فيها الاقوال الآتية.

و الحاصل أن الاراضى المفتوحه عنوه لا- يترتب على البحث عنها اثر عملى بل له أثر علمى فقط، الا انا نبحت عنها تبعا للشيخ (قدس سره) و نقول: ان ما ملكه الكفار بعد سلطه المسلمين عليهم اما تكون يدهم ثابتة بصلح مع المسلمين على أن تكون الاراضى لهم أو تكون للمسلمين و لكن تبقى تحت يدهم بأن يدفعوا اخراجها للمسلمين، و اما تكون يدهم ثابتة عليها باسلامهم، و اما لم تكن يدهم ثابتة عليها بانجلانهم، أو بموتهم بغير وارث، ففي هاتين الصورتين تكون الاراضى للإمام.

دراساتنا من الفقه الجعفرى، ج ٣، ص: ١٩٦

و أما اذا لم تكن يدهم ثابتة بقهر من المسلمين فهى كسائر ما لا ينقل من الغنيمه كالنخل، و الاشجار تكون للمسلمين فلا يجوز بيعه، كما يستفاد ذلك من الاخبار المستفيضه و نحن نذكر بعضها.

(منها) ما رواه محمد بن الحسن باسناده عن الصفار، عن أيوب بن نوح، عن صفوان بن يحيى، عن أبى برده بن رجا قال: قلت لأبى عبد الله عليه السلام كيف ترى فى شراء أرض الخراج؟

قال: و من يبيع ذلك هى أرض المسلمين، قال: قلت يبيعها

الذى هى فى يده، قال: و يصنع بخراج المسلمين ما ذا؟ ثم قال: لا باس اشترى حقه منها و يحول حق المسلمين عليه، و لعله يكون أقوى عليها و أملى بخراجهم منه) «١» و هذه الروايه ضعيفه بأبى برده بن رجا فانه غير موثق عند الاصحاب.

و (منها) مرسله حماد بن عيسى، عن أبى الحسن عليه السلام فى حديث قال:

يؤخذ الخمس من الغنائم (الى أن قال:.) و ليس لمن قاتل شىء من الارضين و لا ما غلبوا عليه الا ما احتوى عليه العسكر، و ليس للأعراب من الغنيمه شىء و ان قاتلوا مع الامام، لان رسول الله صلى الله عليه و آله صالح الاعراب أن يدعهم فى ديارهم و لأبها جروا على أنه ان دهم رسول الله صلى الله عليه و آله من عدوه دهم أن يستنفرهم فيقاتل بهم، و ليس لهم فى الغنيمه نصيب، و سنته جاريه فيهم و فى غيرهم.

و الارضون التى أخذت عنوه بخيل أو ركاب فهى موقوفه متروكه فى يدي من يعمرها و يحييها، و يقوم عليها على ما صالحهم الوالى على قدر طاقتهم من الحق الخراج النصف أو الثلث أو الثلثين على قدر ما يكون لهم صلاحا و لا يضرهم

(١)- وسائل الشيعه، الجزء (١١) الباب (٧١) من أبواب جهاد العدو، الحديث (١)

دراساتنا من الفقه الجعفرى، ج ٣، ص: ١٩٧

(الى أن قال:.)

و يؤخذ بعد ما بقى من العشر فيقسم بين الوالى و بين شركائه الذين هم عمال الارض و اكرتها فيدفع اليهم انصباؤهم على ما صالحهم عليه، و يؤخذ الباقي فيكون بعد ذلك أرزاق أعوانه على دين الله، و فى مصلحه ما ينوبه من تقويه الإسلام و تقويه الدين فى وجوه الجهاد و

غير ذلك مما فيه مصلحة العامه ليس لنفسه من ذلك قليل و لا كثير) «١». و هذه الروايه مرسله فلا تشملها أدله حجيه الخبر.

و (منها) ما رواه محمد بن الحسن باسناده عن الحسين بن سعيد عن صفوان ابن يحيى، عن ابن مسكان، عن محمد الحلبي قال سئل أبو عبد الله عليه السلام عن السواد ما منزلته؟

فقال هو لجميع المسلمين لمن هو اليوم، و لمن يدخل في الإسلام بعد اليوم و لمن لم يخلق بعد، فقلت: الشراء من الدهاقين.

قال: لا يصلح الا أن تشري منهم على أن يصيرها للمسلمين فاذا شاء ولي الامر أن يأخذها أخذها قلت: فان أخذها منه.

قال: يرد عليه رأس ماله و له ما أكل من غلتها بما عمل «٢».

و هذه الروايه تامه سنداً و دلالة.

و (منها) ما رواه اسماعيل بن الفضل الهاشمي قال: سألت أبا عبد الله عليه السلام عن رجل اشترى «اكتري خ ل» أرضاً من أرض أهل الذمه من الخراج و أهلها كارهون،

(١) - وسائل الشيعه، الجزء (١١) الباب (٤١) من أبواب جهاد العدو، الحديث (٢)

(٢) - وسائل الشيعه، الجزء (١٢) الباب (٢١) من ابواب عقد البيع و شروطه، الحديث (٤).

دراساتنا من الفقه الجعفري، ج ٣، ص: ١٩٨

و انما يقبلها من السلطان لعجز أهلها أو غير عجز.

فقال: اذا عجز أربابها عنها فلك أن تأخذها الا ان يضاروا، و ان اعطيتهم شيئاً فسخت أنفس أهلها لكم فخذوها.

قال: و سألته عن رجل اشترى أرضاً من أرض الخراج فبنى بها أو لم يبن غير ان اناساً من أهل الذمه نزلوها له أن يأخذ منهم اجره البيوت اذا أدوا جزية رءوسهم؟

قال يشارطهم فما أخذ بعد الشرط فهو حلال «١» بتقريب انه لو لا الشرط لا يحل أخذ

شىء منهم و فيه ما لا يخفى.

و (منها) ما رواه محمد بن الحسن بن الحسن بن محبوب: عن خالد بن جرير عن أبى الربيع الشامى، عن أبى عبد الله عليه السلام قال: لا تشتري من أرض السواد «أراضى أهل السواد» شيئاً إلا من كانت له ذمه فانما هو فىء للمسلمين» (٢).

بتقريب أنه عليه السلام نهى عن اشتراء أرض السواد إلا ممن كانت له ذمه فيجوز الاشتراء منهم لاحتمال أن المسلمين صالحوا معهم على أن تكون الأرض لهم فتكون ملكاً شخصيه لهم و أما غيرهم فلا يجوز الاشتراء منهم كما هو ظاهر الروايه.

و (منها) ما رواه محمد بن شريح قال: سألت أباً عبد الله عليه السلام عن شراء الأرض من أرض الخراج فكرهه، و قال: إنما أرض الخراج للمسلمين، فقالوا له: فانه يشتريها الرجل و عليه خراجها فقال: لا بأس إلا أن يستحيى من عيب ذلك». (٣)

بتقريب ان الملك الذى أرضه غير مملوكه و يؤخذ بازائها خراج ملك

(١) - وسائل الشيعه، الجزء (١٢) الباب (٢١) من ابواب عقد البيع و شروطه، الحديث (١٠).

(٢) - وسائل الشيعه، الجزء (١٢) الباب (٢١) من ابواب عقد البيع و شروطه، الحديث (٥).

(٣) - الوسائل الجزء (١٢) ص ٢٧٥ الحديث (٩)

دراساتنا من الفقه الجعفرى، ج ٣، ص: ١٩٩

معيوب.

هذه الروايات التى ذكرها الشيخ (قدس سره) لإثبات ان الاراضى المذكوره للمسلمين فلا يجوز بيعه، و بعض هذه الروايات و ان كانت مخدوشه إلا أن فى صحيحها غنى و كفايه.

مضافا الى الروايات أن مقتضى الاصول العمليه أيضا عدم جواز بيع و شراء أراضى المفتوحه عنوه كما هو واضح و أما التصرفات الاخرى ففى جوازها و عدمه سته أقوال:

(الاول) حليه التصرف فيها من دون حاجه الى اذن الامام

عليه السلام مستندا ذلك الى ادله أخبار تحليل الاراضى للشيعة بقوله: (ما لنا فهو لشيعتنا) فلا يحتاج الى الاذن بعد كونها محلله لهم.

و يرد عليه ان أخبار التحليل انما هي وارده في خصوص الاراضى المتعلقة للإمام لا- غير، و الا يلزم جواز التصرف في أموال الناس من دورهم و دكاكينهم بدون اذنهم و هذا واضح الفساد هذا أولا.

و ثانيا أن الاراضى التى هي محلله للشيعة انما هي الاراضى التى لا- يجب فيها الخراج بخلاف الاراضى الخراجيه فانها تغاير الاراضى المحلله موضوعا و حكما فلا تشملها الروايات الواردة فى الاراضى المحلله.

(الثانى) التفصيل بين ما بقى عامره حال حياتها و بين ما عرض لها الموت فيجوز التصرف بالاحياء فيما عرض له الموت بدون اذنه، و فى غيره بالاذن مستندا الى قوله: (من أحيا أرضا فهي له) «(١)».

و هذا التفصيل بمعزل عن الصواب، لان أدله الاحياء متكفله لبيان سببيه الاحياء

(١)- وسائل الشيعة، الجزء (١٧) الباب (١) من أبواب احياء الموات، الحديث (٥).

دراساتنا من الفقه الجعفرى، ج ٣، ص: ٢٠٠

لحصول الملك، و أما كونه مشروطا بشىء و عدمه لا تتعرض الروايات لها، و بعبارة أخرى أن ادله الاحياء لا تحلل للمحبي مال الغير، لذا لا يخصص قوله (لا يحل مال امرء الا بطيب نفسه فيما أن هذه الاراضى تكون للمسلمين فلا تشملها هذه الادله.

(الثالث) جواز التصرف بشرط الاستيذان من الحاكم دون غيره من باب كونه وليا أو من باب كونه قدر متيقن، و هذا الوجه بظاهرة متين جدا.

(الرابع) التفصيل بين كونهم مستحقين اجره هذه الارض و بين غيرهم فذهبوا بجواز التصرف فى الاول دون الثانى.

و فيه- ان هذا التفصيل لا وجه له لان الاجره ليست ملكا شخصا حتى لا يحتاج

الى الاذن لأنها تكون لعموم المسلمين بلا فرق في ذلك بين المستحقين وغيرهم.

هذا اولاً.

و (ثانياً) انه لو سلم كونها ملكاً شخصياً و لكنه لا ينافي اشتراط التصرف باذنه عليه السلام.

(الخامس) التفصيل بين كونها عامره حال الفتح و بينما كانت مواتاً فذهبوا الى لجواز في الصورة الثانية. لكن لو لم تكن الارض عامره حال الفتح لكانت خارجه عن الارض المفتوحة عنوه كما لا يخفى.

(السادس) ما أفاده المرزا النائني (قدس سره) و هو التفصيل بينما اذا لزم من المراجعة الى الحاكم حرج نوعي و بينما اذا لم يلزم ذلك فعلى الاول لا يحتاج الى اذن الحاكم الشرعي لاستلزامه الحرج النوعي بل يكفي الاذن عن ولاء الجور بخلاف الثاني فانه يشترط فيه اذن الحاكم الشرعي.

و يرد عليه ان ذلك التفصيل على تقدير تسليمه انما كان صحيحاً في عصر الخلفاء فانه يمكن ان يلتزم بجواز قبول الخراج و المقاسمه من ولاء الجور لقيام ظاهر الإسلام بهم، و اما في عصرنا الحاضر لا يمكن الالتزام به و يمكن ان يطالع المتتبع على اقوال اخر أيضاً في المقام.

دراساتنا من الفقه الجعفري، ج ٣، ص: ٢٠١

[مسأله من شروط العوضين كونه طلقاً]

البحث في الوقف

اشاره

قوله: «و اعلم انه ذكر الفاضلان ...» (١).

اقول: ذكر الفاضلان اي علامه و المحقق و جمع ممن تأخر عنهما في شروط العوضين ان يكون طلقاً بأن يكون للمالك تمام السلطنه على الملك فيما يشاء من بيعه و اجارته و ساير تصرفاته في ذلك على ما يشاء و كيف يشاء. و فرعوا عليه عدم جواز بيع الوقف الا فيما استثنى و لا الرهن الا باذن المرتهن و لا بيع أم الولد الا فيما استثنى.

و قد فرع عليه بعض معاصري الشيخ ازيد من عشرين من الحقوق المانعه

كالنذر المتعلق بالعين قبل البيع و الخيار المتعلق به و الارتداد و حق الشفعة و غيرها من الحقوق المانعه عن صحة البيع من أراد أن يطلع عليها فليراجع الى كلامهم.

و اورد عليه الشيخ ره ان مرجع اشتراط كون العوضين طلقا يكون الى ان المبيع يشترط فيه ان يكون جائز البيع و هذا لا محصل له لأنه من قبيل جعل الشئ مشروطا بنفسه.

بل الظاهر ان عنوان الطلق ليس فى نفسه شرطا ليتفرع عليه عدم جواز بيع الوقف

(١)- المكاسب صفحه (١٦٣) السطر ١٦ طبعه ايران.

دراساتنا من الفقه الجعفرى، ج ٣، ص: ٢٠٢

و المرهون و أم الولد بل الشرط فى الحقيقه انتفاء كل من تلك الحقوق.

فالتعبير بهذا المفهوم المنتزع تمهيد لذكر الحقوق المانعه عن التصرف لا- تأسيس شرط ليكون ما بعده متفرعا بل الامر فى الفرعيه و الاصله بالعكس، فان الشرط فى الحقيقه نفس انتفاء حقوق المانعه فينتزع عنه عنوان الطلق بالتبع لا ان عنوان الطلق شرط للعوضين ليتفرع عليه ما ذكر من الحقوق المانعه من البيع و غيره، هذا ملخص ما افاده الشيخ ره.

اقول ان الشرائط سواء كانت فى التكليف او فى الوضع ليست على سنخ واحد و ان كان كذلك عند التسامح الا ان عند التأمل يكشف خلافه.

مثلا ان الصلاه لها شرائط فجملة منها راجعه الى مكان المصلى و اخرى منها الى لباس المصلى بان لا يكون غصبيا مثلا و ثالثه الى بدن المصلى بان لا يكون نجسا مثلا فهذه الشرائط شرائط للصلاه بمعنى ان وجودها مانع عن صحة الصلاه.

و الحاصل ان جميع الشرائط ترجع الى شرائط الصلاه لكن مراكز الشروط مختلفه و كذلك الامر فى الوضعيات فان شرائط البيع كلها شرائط لصحة البيع و تحقق الملك

لكن ربما يكون شرطاً للمتعاقدين و اخرى للقصد و ثالثه للعوذين و الشرط ربما يكون بوجوده مقتضياً بحيث اذا لا يكون لم تكن المقتضى موجوداً ككون البائع مالكا و ربما لا يكون كذلك بل مع عدمه يكون المقتضى موجوداً لكن يشترط وجوده فى تأثير المقتضى ككون البائع غير محجور عن التصرف و فى المقام لا مانع ثبوتاً من اشتراط المبيع بعدم كونه مورداً للحق و يتفرع عليه بطلان ما يكون متعلق الحق و لا يتوجه عليه اشكال.

غايه الامر لا دليل عليه اثباتاً فلا مانع ثبوتاً ان يكون تلك الحقوق المانعه من التصرف فى الملك مندرجه تحت جامع بان يكون بعنوانه مانعاً لصحة البيع و عدمه شرطاً لصحة البيع فيتفرع عليه عدم جواز بيع الوقف و الرهن و نحوهما و هذا امر

دراساتنا من الفقه الجعفرى، ج ٣، ص: ٢٠٣

معقول بالوجدان و لا- ريب فى امكانه ثبوتاً الا انه لا دليل عليه اثباتاً و لم يقم دليل معتبر على عدم بيع العين التى تعلق بها حق الغير على اطلاقه فان تعلق حق الشفعه على المبيع لا يكون موجبا لبطلان البيع.

نعم للشفيع اعمال حق الشفعه و لو كان ذلك موجبا لبطلان البيع لما كان معنى للأخذ بالشفعه لأنها فرع صحة البيع.

فتلخص ان عنوان الطلق يمكن ان يكون شرطاً فى العوذين ثبوتاً الا انه لم يقم عليه دليل اثباتاً فينبغى ان يستشكل بعدم صحة اخذ الطلقه شرطاً من هذه الجهه التى بينها، لا من جهه عدم كونه ممكناً ثبوتاً، و كذلك لا تنافى بين ثبوت حق الخيار و صحة بيع العين الخيارى لان اعمال حق الخيار لا يوجب بطلان البيع رأساً بل يرجع بدل المبيع الى بايعه.

ان قلته بعد فسخ

البائع الاول البيع و رجوع المبيع الى ملكه لا يمكن للبائع الثانى تسليم العين الى المشتري لعدم كونه مالكا لها على الفرض.

قلت: سلمنا ان بعد فسخ البائع الاول لا يمكن للبائع الثانى تسليم العين الى المشتري الا انه يسلم بدلها كما هو كذلك فى كل مبيع لا يمكن تسليمه، نعم لا يجب على المشتري ان يرضى بذلك بل له الخيار.

و الحاصل ان الحقوق على اطلاقها لا تنافى صحه البيع نعم ان بعض الحقوق كالوقف و الرهن و الارتداد و غيرها تنافىها فلا بد ان يذكر عدمها شرطا فى صحه البيع.

و اما القول باشتراط الطلقه فى العوضين بان لا يتعلق حق الغير له فعلى اطلاقه غير سديد كما عرفت، فان بعض الحقوق لا ينافى صحه البيع فلا يصح ان يشترط فى صحه البيع انتفاء جميع الحقوق.

و اما القول باشتراط انتفاء الحقوق المانعه بخصوصها فهذا أيضا ممنوع لأنه

دراساتنا من الفقه الجعفرى، ج ٣، ص: ٢٠٤

يرجع الى اشتراط جواز البيع فى المبيع و هو معنى اشتراط الشئ ب نفسه.

و ربما يقال لا نسلم كون الشرائط للعوضين هى انتفاء الحقوق المانعه، بل الشرط انما هو عنوان جامع ينتزع عن الحقوق المانعه فان هذه الحقوق المانعه متفرعه عليه لأنه قد ثبت فى الفلسفه ان الواحد لا يصدر إلا عن الواحد فان الصادر بما هو انه امر واحد و هو صحه البيع فيكشف هذا عن وحده المؤثر و هو الجامع.

و فيه اولا ان هذا البرهان على فرض تماميته انما يتم فى الواحد الشخصى.

و اما الواحد النوعى فلا اشكال فى صدوره عن الكثير فان الحرارة تصدر مره عن الحرکه و اخرى عن الغضب و ثالثه عن الشهوہ و رابعه عن الخجل و خامسه عن

النار و سادسه عن قوه الالكتريكيه و لا- جامع بينها اصلا، لأنه ثبت في محله ان الاجناس العاليه لا- جامع بينها بل هي من المتباينات، و هذه المذكورات ليست لها جامع نوعى كما واضح عند التأمل.

و ثانيا ان هذه القاعده انما تكون فى الامور التكوينييه. و اما الامور الاعتباريه فانها تابعه لاعتبار معتبرها و هي خفيف المئونه فيمكن ان يعتبر صدور الكثير عن الواحد فى عالم الاعتبار و لا يلزم اى محذور منه ابدا و ان شئت قلت انه ليس للأمر الاعتبارى الا اعتبار معتبره فلا موضوع لهذا الاشكال.

مسأله [عدم جواز بيع الوقف فى الجملة]

اشاره

قوله: «لا يجوز بيع الوقف اجماعا ...» (١)

اقول: لا شبهه فى عدم جواز بيع الوقف فى الجملة و هذا امر لا ينكر و

(١)- المكاسب، الصفحه (١٦٣) السطر (٣٣) طبعه ايران.

دراساتنا من الفقه الجعفرى، ج ٣، ص: ٢٠٥

يجد ربنا ان نتكلم فى حقيقه الوقف قبل الخوض فى اصل المقصود و ذكر الاستدلال عليه.

فنقول ان الوقف فى اللغه بمعنى السكون فى قبال الحركه يقال وقف السفينه اى سكن و كذا لو قيل شغل زيد واقف اى ساكن و غيرهما من موارد الاستعمالات فكلها بمعنى السكون، و من المعلوم ان الشارع لم يخترع اصطلاحا من عند نفسه، بل يتكلم مع الناس باصطلاحهم، فالمراد من الوقف فى الاصطلاح الشرعى أيضا هو المعنى اللغوى الذى عبر الفقهاء عنه. بتحسيس العين و تسبيل المنفعه و يؤيد هذا المعنى روايه ابن جمهور عن النبى صلى الله عليه و آله فى الوقف حيث قال: حبس الاصل و سبل الثمره. «١» هذا من حيث بيان الوقف موضوعا فتكلم عن حكمه بحوله و قوته.

فنقول: افاد المرزا النائينى ره، و ارتضى الاستاذ ما افاده و حاصل كلامه:

ان الوقف على قسمين وقف عام، و وقف خاص.

و الاول لا كلام فى عدم جواز بيعه لان الوقف العام عباره عن فك الملك و تحريره فالشىء اذا لم يكن ملكا فلا مقتضى لبيعه.

و اما الوقف الخاص فان قلنا انه أيضا فك ملك فيكون عدم صحه البيع فيه أيضا من جهه عدم المقتضى.

و ان قلنا بانه باقى فى ملك الواقف او فى ملك الموقوف عليهم على اختلاف فى ذلك فالمقتضى للبيع موجود، فيكون بيعه صحيحا ما لم يمنع منه مانع و المانع فى المقام هو عدم كونه طلقا فيكون المقام من صغريات ما لا يجوز بيعه لعدم كونه طلقا.

اقول: كلما تأملت ما وجدت وجهها لما ذكره القوم بأن الوقف العام فك الملك و بهذا فرقوا بينه و بين الوقف الخاص و الظاهر ان هذا الفرق غير فارق لعدم

(١) - مستدرک المجلد ٢، الصفحه ٥١١ باب ٢

دراساتنا من الفقه الجعفرى، ج ٣، ص: ٢٠٦

قيام دليل عليه، و الذى استقر عليه النظر ان يقال ان الوقف العام أيضا ملك فالجبر مثلا ملك للجهه الخيره او المسجد ملك للجهه العباديه و كذا سائر الاوقاف العامه و هذا امر واضح. هذا اولاً.

و ثانياً على تسليم ان الوقف العام تحرير للملك و لكننا لا نسلم عدم المقتضى لبيعه و لم يقم دليل عليه من الايه او الروايه على اعتبار الملك فى صحه البيع و انما هو اصطلاح فى السنه الفقهاء عدا قوله: صلى الله عليه و آله «١» لا تبع ما ليس عندك و هذا لا يدل على اعتبار الملكيه فى المبيع و غايه ما يستفاد منه ان المبيع لا بد ان يكون امره و اختياره بيد البائع سواء كان ملكا له أم

فظهر لك مما ذكرنا انه لا يختص البحث في جواز البيع و عدمه بالوقف الخاص كما ذهب اليه القوم بل يجرى في الوقف العام أيضا الا نحن نتبع القوم في ذلك و نجرى النزاع في الوقف الخاص.

فقول: اختلف العلماء في ان مقتضى الوقف حبس العين في ملك الواقف و تسبيل منفعته للموقوف عليهم او يخرج عن ملكه و يصير ملكا للموقوف عليه؟ و الذى يوافق الفهم العرفى هو الثانى و كذا يستفاد ذلك من بعض الروايات حيث شبه الوقف فيها بالقيء فان القيء كما يخرج من الانسان و كذلك الوقف يكون مثله و ربما عبر في بعض الروايات انه منقطع عن واقفه.

و ما قيل: او يمكن ان يقال: فى وجه بطلان بيع الوقف امور.

الاول - عموم قوله تعالى: أَوْفُوا بِالْعُقُودِ

و قد تمسك به الاستاذ (دام بقائه).

بتقريب ان الوقف كما بينا سابقا عبارته عن سكون العين و تحييسها في ملك الموقوف عليه فاذا حبس الواقف العين الموقوفة باجراء صيغته العقد يشمله قوله: أَوْفُوا بِالْعُقُودِ و لا يجوز له أن يخرج العين عن الحبس بالبيع و نحوه لوجوب الوفاء بالعقود.

(١) - خلاف طوسى ره، الصفحه (٥٨٠)

دراساتنا من الفقه الجعفرى، ج ٣، ص: ٢٠٧

و يرد عليه ان القوم لم يلتزموا بالعمل به لإثبات وجوب الوفاء بمطلق العقود و لذا يوهن الاستدلال بها في المقام أيضا و توضيح المدعى بانه لو كان دليل أَوْفُوا مقتضيا لصحة العقد على نحو الاطلاق و العموم يلزم انتقال الملك من المالك فيما يعتبر انتقاله الى غيره مع ابراز هذا الاعتبار و إنشائه بان يقول هذا الكتاب لزيد و لو لم يتعنون بعنوان من العناوين و هل يمكن الالتزام بهذا المعنى.

مضافا بأن لنا اشكالا في كون دليل الوفاء ناظرا الى الامضاء، و ملخصه ان الاهمال في الواقع غير معقول فلا يعقل تعلق الوجوب

بكل عقد صحيح و فاسد كما ان التقييد بخصوص الفاسد غير معقول فلا بد من التقييد بخصوص الصحيح فلا بد من لحاظ الصحه فى الرتبه السابقه.

الثانى – قوله: الوقوف على حسب ما يوقفها اهلهما

«١». و يرد عليه بأنها ليست ناظره الى جواز بيع الوقف و عدمه بل هى تدل على ان الوقوف تابعه لوقف الواقف فان وقف بحيث لا يجوز بيعه فيتبع و ان وقف بحيث يجوز بيعه فيتبع أيضا فكيفيه الوقف انما هى بيد الواقف.

الثالث – قوله: (ع) لا يجوز شراء الوقوف

و لا تدخل الغله فى ملكك ادفعها الى من اوقفت عليه قلت لا اعرف لها ربا قال تصدق بغلتها «٢»

و ربما يقال: ان عدم جواز بيع الوقف يمكن ان يكون من جهه عدم معلوميه الموقوف عليه فلا يدل على عدم جواز بيع الوقف مطلقا.

و فيه اولا هذا خلاف لظاهر الروايه فان ظاهرها يدل على عدم جواز بيع الوقف مطلقا.

و ثانيا انه (ع) لم يفصل فى الجواب بينما كان الموقوف عليه معلوما او كان

(١) – الوسائل، المجلد ١٣ ص ٢٩٥ باب ٢ حديث ١.

(٢) – الوسائل المجلد ١٣ ص ٣٠٣ باب ٦ حديث ١.

دراساتنا من الفقه الجعفرى، ج ٣، ص: ٢٠٨

مجهولا فاطلاق الجواب يدل على عدم جواز بيعه مطلقا.

الرابع – قوله (ع) لا يحل لمؤمن يؤمن بالله و اليوم الاخر أن يبيعها و لا يتاعها و لا يهبها و لا ينحلها و لا يغير شيئا مما و صفته عليها

«١» و هذه الروايه تدل بالصراحه على ان المؤمن بالله لا يبيع الوقف.

و ربما استدل مع قطع النظر عن هذه الروايه بالإجماع لعدم جواز بيع الوقف و لكنه مردود للقطع بأنه مدركى و لا- أقل من احتمالها فيكفى ذلك فى سقوط الاجماع عن الحجيه.

و لكن عدم جواز بيع الوقف فى الجملة يعد من ضروريات الفقه و مما تسالم عليه الفقهاء و لا يشك احد فيه.

[صوره وقف أمير المؤمنين]

و من الروايات التى استدلت بها على عدم جواز بيع الوقف ما عن ابى عبد الله (ع) قال تصدق امير المؤمنين بدار له فى المدينه فى بنى رزىق فكتب بسم الله الرحمن الرحيم هذا ما تصدق به على ابن أبى طالب و هو حى سوى تصدق بداره التى فى بنى رزىق صدقه لا تباع و لا توهب، الخ «٢».

فلهذه الروايه طريقان طريق للشيخ و هو يبلغ الى اسود بن ابى الاسود الدئلى و هو لم يوثق عند الاصحاب و طريق للصدوق و هو صحيح فالروايه تكون صحيحه و بهذا المضمون أيضا وردت روايه اخرى عن عجلان ابى صالح قال: املى ابو عبد الله بسم الله الرحمن الرحيم هذا ما تصدق به فلان ابن فلان و هو حى سوى بداره التى فى بنى فلان بحدودها صدقه لا تباع؟؟؟ و لا توهب «٣» فالروايه تامه سنداً.

و اما الكلام من جهه الدلاله فوقع البحث فى كلمتى لا تباع و لا توهب بانه

(١) - الوسائل، المجلد ١٣ ص ٣١٤ حديث ٥.

(٢) - الوسائل، المجلد ١٣ ص ٣٠٤ حديث ٤

(٣) - الوسائل، الصفحه ٣٠٣ حديث ٣

دراساتنا من الفقه الجعفرى، ج ٣، ص: ٢٠٩

هل هما صفتان للنوع او صفتان لشخص الصدقه التى صدرت عنه (ع) احتمالان.

الاول - ان يكون الوصف صفه

لنوع الصدقه فيدل على أن الصدقه على نوعين قسم منها تباع و توهب و ذلك كالصدقات المندوبه و قسم منها لا تباع و لا توهب و هو الوقت.

الثانى- ان يكون صفة للشخص بان يكون شرطاً خارجياً فى هذه الصدقه الشخصيه فاشترط عدم البيع و الهبه تدل على جواز بيعه و الا لما احتاج الى اشتراط العدم.

و الحق ان يقال: انه صفة للنوع و ذلك لوجوه.

الاول- ان كلمه صدقه فى قوله (ع) صدقه لا تباع و لا توهب مفعول مطلق نوعى لقوله تصدق فى قوله: هذا ما تصدق فيدل على ان الصدقه على نوعين قسم منها تباع و توهب و قسم منها لا تباع و لا توهب.

الثانى- ان كونه وصفاً للشخص خلاف قانون الادب لأنه لو كان الوصف شرطاً للصدقه الصادره عنه (ع) لكان أليق بالقواعد العربيه ان يذكره بعد تمام اركان العقد من الوقف و الموقوف عليه لا سيما انه شرط على الموقوف عليه فذكر الشرط قبل من اشترط عليه خلاف قانون المحاوره.

الثالث- ان الاشتراط الخارجى يحتاج الى ذكر كلمه على ان يكون او ذكر ادات الشرط و لم يذكر فى المقام شىء يدل على ذلك فلا يمكن الالتزام به بمجرد الامكان الثبوتى ما لم يقم دليل عليه فى مقام الاثبات.

و قد ذكر صاحب المقاييس وجهاً رابعاً لإثبات ان الوصف صفة للنوع لا للشخص و هو ان الوصف لو جعل صفة للشخص لكان مقتضى اطلاق اشتراط عدم بيع هذا الشخص هو عدم جواز بيعه مطلقاً سواء طرأ مجوز بيعه أم لا و لا يمكن الالتزام باطلاق هذا الشرط لكونه مخالفاً للكتاب لمكان جواز بيعه عند طرو المجوز،

دراساتنا من الفقه الجعفرى، ج ٣، ص: ٢١٠

و الشرط المخالف

للكتاب لا يليق بان يصدر عن امير المؤمنين عليه السلام فلا بد من ان يجعل وصفا للنوع حذرا عن ذاك المحذور.

و فيه انه عليه السلام ما اوجب اشتراط عدم البيع حتى يكون مخالفا للكتاب و بعبارة اخرى ان اشتراط الامام (ع) على الموقوف عليه عدم بيع العين الموقوفة ليس منافيا لجواز البيع شرعا فى بعض الموارد لأنه لم يشترط عليه ان لا يكون حكم الجواز اصلا حتى مع طرو المسوغ للبيع كى يكون مخالفا للكتاب.

و بعبارة واضحة فرق بين الجواز و بين الوقوع فان ايقاع الامر الجائر ليس واجبا كما لو باع داره من زيد و اشترط عليه بان لا يشرب الماء ساعه.

و اورد الشيخ ره على صاحب المقاييس بوجه ثلاثه.

(الاول)- ان اشتراط عدم البيع ينصرف الى ما عدى وجود مجوز البيع فلا- يكون الشرط ح مخالفا للكتاب و هذا الايراد من الشيخ متين جدا.

(الثانى)- انه لو جعلنا الوصف صفه للنوع أيضا لاحتاج الى التقييد فان الوقف الذى لا يباع يصح بيعه عند طرو المجوز لبيعه فيكون اطلاق قوله لا تباع مخالفا للكتاب سواء كان وصفا للنوع او للشخص.

و فيه ان اشتراط النوع بوصف ان لا يباع لا يحتاج الى التقييد. و توضيحه.

ان الوقف كما بينا سابقا عبارة عن السكون و تحييس العين فاذا انشأه الواقف امضاه دليل الاعتبار و هو قوله (ع) الوقوف على حسب ما يوقفها اهلها الدال على سكون العين حتى فى صورته طرو المجوز لبيعه، الا ان دليل جواز البيع عند طرو المجوز يكون مقيدا لإطلاق دليل الامضاء بانه يختص فيما اذا لا يطرد مجوز البيع و الا يجوز تحركه عن مكانه الاول بالبيع و الاجاره و غيرهما و اما إنشاء

الواقف فليس فيه تقييد كما هو واضح.

(الثالث) انه يحتمل ان يكون صحه اطلاق الاشتراط فى المقام لأجل علمه (ع)

دراساتنا من الفقه الجعفرى، ج ٣، ص: ٢١١

بعدم طرو مجوز بيع وقفه فلا يكون مخالفا للكتاب.

و فيه انه قد تقدم منا مرارا ان الاهمال فى الواقعيات غير معقول فانه اما مطلق فعليه يرد الاشكال بانه مخالف مع الكتاب و اما مقيد فلم يذكر قيده مع ان المتكلم اذا كان مقصوده ان يقيد الكلام فلا بد ان يذكر قيده.

فالحق فى الجواب ما ذكرنا- و الجواب الاول الذى افاده الشيخ و اما الجوابان الآخرا من الشيخ فلا ينبغى أن يساعد عليهما كما ان ما افاده صاحب المقاييس لا يكون تاما.

[المانع عن بيع الوقف أمور ثلاثة]

اشاره

قال الشيخ ره و مما ذكرنا ظهران المانع عن بيع الوقف امور ثلاثة ... (١) «

اقول: لم يظهر هذه الامور الثلاثة من كلام الشيخ لان ما تقدم منه ليس الا الروايات و لا تعرض فيها بما كان الوقف مورد حق الواقف او الموقوف عليه او حق الله تعالى نعم بنحو الاجمال قد مر الاشاره منه بالنسبه الى بعض الحقوق المانعه. و لكننا نبحت عن هذه الامور الثلاثة مفصلا فنقول:

اما منافات بيع الوقف لحق الواقف

فلا بد بيعه ينافى حقه لأنه يريدان تكون العين باقيه لينتفع عنه الموقوف عليه فينتفع الواقف بالفيوضات الفائضه منه تعالى و يثاب ما دام العين باقيه و بيعها يوجب انتفاء تلك الفيوضات لانتفاء موضوعه و هو العين الموقوفه.

و فيه (اولا) ان هذا يكون فيما اذا كان الواقف قاصدا لذلك و اما اذا كان غافلا عنه بل قصد مطلق الثواب عن الوقف فلا يجرى هذا الاستدلال فيكون الدليل اخص من المدعى.

(و ثانيا) ان انتفاء الموضوع يلزم اذا بيع العين و اكل ثمنه و اما اذا بيع ليبدل بالعين الاخرى كما اذا كان الوقف كتابا فيبيع ليشتري ثمنه حصيرا ليقف للمسجد فلا يرد ما ذكرتم لان الموضوع لا ينتفى فى هذه الصوره فان العين باقيه و اما خصوص

(١) - المكاسب، الصفحة (١٦٤) السطر (١٠) طبعه ايران

دراساتنا من الفقه الجعفرى، ج ٣، ص: ٢١٢

العين التى وقع عليه إنشاء الوقف لا- مدخله فى بقاءه و ان المقصود من بقاءها انتفاع الواقف بالفروض الفائضه منه تعالى و هو يحصل و لو بتبديل العين.

(و ثالثا) نفرض ان غرض الواقف يكون بقاء العين لان يثاب به ما دام باقيا لكن لا دليل فى المقام يلزمنا بتأمين غرضه و تفويت غرض الواقف ليس كتفويت الحق منافيا للبيع.

ان

قلت- ان رعايه غرض الواقف لازم علينا بدليل قوله-ع- (الوقوف على حسب ما يوقفها اهلها) فانه يدل على مضى هذا المقصود فى نظر الشارع أيضا.

قلت- قوله (الوقوف على حسب ما يوقفها اهلها) لا يدل على اعتبار الحق زياده على نفوذ الوقف فان غايه ما يستفاد منه انما هو نفوذ الوقف فقط و اما رعايه غرض الواقف زياده على هذا لا يستفاد من هذه الروايه هذا تمام الكلام فى حق الواقف.

و اما حق الله تعالى باعتبار انه حقه سبحانه و تعالى و صدقه فى سبيله و لذا يعتبر فيه قصد القربه فاذا كان الشىء لله تعالى فكيف يجوز بيعه.

و فيه- اولاً- نقضا بالصدقات المستحبه فانه أيضا لله تعالى و يعتبر فيه قصد القربه و مع ذلك يجوز بيعه بل الصدقه الواجبه كذلك.

و ثانيا- حلا بعدم تسليم اعتبار قصد القربه فى الوقف و هو اول الكلام و سنتكلم فيه إن شاء الله.

و ثالثا- ان المستفاد من الروايه عدم جواز الوقف و هذا الحكم لا- شبهه فيه لكن لا- بد ان لا- يختلط بين الحق و الحكم فان الحكم الشرعى عدم الجواز و اما ثبوت الحق له تعالى فلا دليل عليه.

و اما حق الموقوف عليه

فان البطن اللاحق من الموقوف عليه فله ان يتلقى الوقف عن البطن السابق فيبيع العين يوجب زوال حق بطون اللاحقه و هو لا يجوز.

و فيه (اولاً)- ان الدليل اخص من المدعى لان البيع قد يكون لأجل التبديل

دراساتنا من الفقه الجعفرى، ج ٣، ص: ٢١٣

بالعين الاخرى فعليه ان البيع على اطلاقه لا يوجب زوال حق البطون اللاحقه.

(و ثانيا)- ان حق تلقى الوقف للبطون اللاحقه انما يكون على فرض وجود الموضوع و المفروض ان الموضوع ينتفى بعد بيعه الا

ان يقال ان للبطن السابق ملكيه مقيده بحيث لا يجوز له البيع فلا يجوز له ان يبيعه لعدم الملكيه المطلقه له بحيث يفعل بها كيف يشاء.

و بعبارة اخرى ان الواقف لم يجعل الملكيه المطلقه للبطن السابق بل هي له ما دام حيا لكن نقول و ان سلمنا عدم الملكيه المطلقه للبطن السابقه فان مالكيتهم للوقف يكون موقتا و لكنه لا مانع عن بيع هذا الملك الموقت.

ان قلت- ان بيع الملك الموقت ليس معهودا عند العرف فلا يشمل الادله.

قلت- فليكن كذلك و لكنه يصدق عليه البيع و هذا كاف لشمول الادله له.

ان قلت ان بيع الملك الموقت يكون غريبا للجهل به لأنه لا يعلم مقدار عمره.

قلت- سلمنا كونه غريبا فلا يجوز بيعه الا ان يعامل معه نتيجة البيع كالصلح مثلا فان كونه غريبا لا يضر به.

[هل الوقف بنفس البيع أو بجوازه]

اشاره

قال الشيخ ره ثم ان جواز البيع لا ينافى بقاء الوقف الى ان يباع فالوقف يبطل بنفس البيع لا بجوازه. «١»

اقول: قد وقع الخلاف بين الفقهاء بأن الوقف هل يبطل بالبيع او بمجرد طرو مجوزه. ذهب الى الثانى كاشف الغطاء فى شرحه على القواعد و صاحب الجواهر و السيد الاستاذ و اختار الشيخ و المرز النائينى ره القول الاول و هو المختار عندنا.

و افاد الشيخ فى وجه هذا القول بانه نظير العقود الجائزه كالهبة غير المعوضه فكما ان مجرد جواز الرجوع فيها لا يكون موجبا لبطلان الهبة ما دام لا يعمل الخيار و لكنها يكون باطلا باعمال الخيار و هو اتزاعه عن يد المتهب فكذلك فى المقام فان

(١)- المكاسب، الصفحه (١٦٤) السطر (١٢)

دراساتنا من الفقه الجعفرى، ج ٣، ص: ٢١٤

مجرد طرو المجوز ما دام لم يصير فعليا لا يوجب بطلان البيع

ما دام لا يبلغ الى حد العمل و هو نفس البيع.

و فيه- انا و ان وافقنا الشيخ ره فى اصل المدعى و قلنا بأن مجرد طرو مجوز البيع لا يوجب بطلان الوقف ما لم يرد عليه البيع، و لكنه لا يمكن المساعده عليه فى تنزيل المقام منزله الهبه لان عدم جواز الرجوع لا يكون مندرجا فى مفهوم الهبه بخلاف المقام فان مفهوم الوقف ينافى جواز الرجوع فان البابين ليسا من باب واحد حتى ينزل احدها منزله الاخر، بل يكون هذا كإذن المرتهن فى بيعه فان نفس اذن المرتهن لا يوجب خروج العين عن الرهن فكذلك فى المقام.

فما يمكن ان يقال فى وجه ما ذهب اليه كاشف الغطاء و من وافقه ان جواز البيع يتوقف على ان يكون موضوعه طلقا حتى يقع عليه البيع و من الظاهر ان العرض وجودا متأخر عن وجود معروضه فلا- بد ان يفرض وجود المعروض فى الرتبة السابقه حتى يعرض عليه العرض.

و بعباره اخرى ان الوقفيه مانعه عن البيع فلا- بد ان يكون مرفوعه قبل البيع و الا يلزم ان يكون الممنوع بنفسه رافعا للمانع و هو غير معقول.

و بعباره ثالثه ان بقاء الوقف مع جواز البيع متنافيان فلا- بد ان يعتبر بطلان الوقف بمجرد طرو المجوز للبيع حتى يكون بيعه صحيحا.

و فيه ان الواقف انشأ ايقاف العين و سكونه فى محله من غير ان ينتقل عنه حتى عند عروض مجوز البيع له و الشارع أيضا امضاه كذلك بقوله: الوقوف على حسب ما يوقفها اهلها الا انه خصص مورد وقوع البيع مع وجود المجوز فغايه الامر يلزم ان يكون العين المبيعه غير طلق عند البيع و هو غير قادح اذا قام

الدليل عليه. و مما ذكرنا ظهر الجواب عن التنافى المدعى فى المقام اذ لا تنافى بين كون شىء وقفاً و بين جواز بيعه فاذا بيع بطل الوقف فتحصل مما ذكرنا ان الوقف يبطل بنفس البيع لا بمجرد طرو مجوزه.

دراساتنا من الفقه الجعفرى، ج ٣، ص: ٢١٥

تنبيه هل يترتب على هذين القولين «اى القول بأن الوقف يبطل بنفس العقد او بمجرد طرو مجوز البيع» ثمره عمليه او الثمره بينهما علميه فقط.

وجهان بل قولان-

فقد ذهب بعض الى ترتب الثمره على القولين و انكرها السيد الاستاذ و هو- المختار و الثمره فى المقام كما قيل ان الوقف اذا بطل بطرو المجوز للبيع فان قلنا ببطلان الوقف فبعد زوال ما يوجب جواز البيع لا موجب لحرمة البيع لعدم كون العين وقفاً و اما لو قلنا بعدم بطلان الوقف فيقع النزاع فى ان المرجع استصحاب الحكم المخصص او عموم العام فعلى القول بان العام له عموم الزمانى يكون العام هو المرجع و ان لم نقل به يكون المرجع استصحاب الحكم المخصص.

و فيه اولاً- ان هذا مبنى على جريان الاستصحاب فى الاحكام الكليه و لا- نقول به لتعارض استصحاب عدم المجعول مع استصحاب عدم الجعل دائماً.

و ثانياً- ان المرجع هو عموم العام على كل تقدير اعم من القول بالعموم الزمانى فى العام و عدمه فان الاستفادة من العام عدم جواز البيع مطلقاً و قد خرج منه مقدار و لا- وجه لرفع اليد عن الدليل اللفظى الا بالمقدار المعلوم. و ما ذكرنا فى فرض عدم البطلان ظاهر و مع القول بالبطلان نقول ان العين وقف الى الابد و فى مقدار من الزمان زال عنها الصفه الوقفيه و لا وجه لرفع اليد عن عموم دليل الوقف بالنسبه الى الباقي.

اضف الى جميع ذلك ان استصحاب جواز البيع بعد زوال المجوز يكون من الاستصحاب التعليقى الذى لا نقول به.

دراساتنا

و ملخص الكلام انه اذا قلنا ان طرو المجوز لا يبطل الوقف بل يكون الوقف بذلك جائز البيع فاذا انتفى المجوز للبيع يقع النزاع بان استصحاب حكم المخصص محكم فى المقام بأن نقول بجواز بيعه حتى بعد زوال المجوز او يكون عموم العام محكما بان لا يجوز بيعه بعد انتفاء المجوز.

فيمكن ان يقال ان فى المقام عموم العام محكم على استصحاب حكم المخصص لعدم جريان الاستصحاب فى الشبهات الحكميه فهذه ثمره يترتب على القول بأن طرو المجوز لا يكون مبطلا للوقف.

وفيه - انه لا - وجه لهذه الثمره سواء قلنا بأن طرو المجوز مبطل للوقف أم لا - اما على القول بانه لا - يبطل الوقف فظاهر فان الاستصحاب اذا لم يكن جاريا فى الاحكام الكليه لكون الاستصحاب الجارى فى ناحيه المجعول معارضا مع استصحاب الجارى فى ناحيه الجعل. فالمرجع هو العموم.

و على فرض تسليم جريانه فى الاحكام الكليه أيضا لا يكون استصحاب حكم المخصص محكما بل يقدم عليه عموم العام لأنه دليل اجتهادى و معه لا تصل النوبه الى الاصل و ان شئت فقل ان العموم سواء كان عموما استغراقيا او عموما مجموعيا يكون من الامارات فيقدم على الاستصحاب لتقدم الامارات على الاصول بالحكومه كما بين فى محله فالنتيجه ان الوقف لا يكون بيعه جائزا بعد انتفاء المجوز.

و اما اذا قلنا بان طرو المجوز يبطل الوقف لعدم امضاء الشارع له بهذا المقدار فنقول بجواز بيعه و بطلان الوقف بمقدار طرو المجوز فان الضرورات تتقدر بقدرها فاذا انتفى المجوز فيشملة عموم العام الدال على عدم جواز بيعه فالحق كما ذهب اليه السيد الاستاذ من ان عموم العام مقدم على استصحاب حكم المخصص فعليه

لا يترتب على القولين ثمره عمليه لأنه لا يجوز بيع الوقف بعد انتفاء المجوز سواء قلنا بأن

دراساتنا من الفقه الجعفري، ج ٣، ص: ٢١٧

طرو المجوز مبطل للبيع أم لا.

[الأقوال في الخروج عن عموم منع بيع الوقف]

اشاره

قال: الشيخ ره (فاعلم ان لأصحابنا في الخروج عن عموم المنع في الجملة اقوالا ...) «١».

اقول: بعد ما ذكر (قدس سره) ان مقتضى العمومات في الوقف عدم جواز بيع الوقف قال: اعلم ان في المسأله اقوالا.

منها القول بعدم جواز بيعه و عدم الخروج عن الوقف اصلا

و هو الظاهر من كلام الحلبي و ادعى في السرائر عدم الخلاف في عدم جواز البيع في الوقف المؤبد و تبعه الاسكافي في الجملة.

و منها التفصيل بين الوقف المنقطع و المؤبد

فذهبوا الى جواز بيعه في المنقطع دون المؤبد و هذا القول نسب الى القاضي.

و منها التفصيل بين وقف المنقطع و المؤبد

فذهبوا بالجواز في الثاني دون الاول كما ذهب اليه الشيخ و سائر بدعوى ان العين الموقوفه بعد الانقطاع يرجع الى ملك ورثه الواقف.

[الكلام تاره في الوقف المؤبد و أخرى في المنقطع]

[أما الوقف المؤبد]

اشاره

قال: الشيخ ره ما حاصله «٢» ان الوقف اما مؤبد او منقطع و الوقف المؤبد اما يكون ملكا للموقوف عليهم فلهم استيجاره و اخذ الاجره و غير ذلك من التصرفات الجائزه.

اولا يكون ملكا لأحد بل يكون فك ملك نظير التحرير كالمساجد و المدارس فانه ليس قابلا للبيع لعدم كونه ملكا و لا خلاف فى ذلك فان محل الكلام فى جواز بيعه انما هو القسم الاول نعم لو خرب المسجد يمكن ان يوجر ارضه للزراعه مع المحافظه على الآداب اللازمه كما ذكره بعض الاساطين.

(١)- المكاسب، الصفحه (١٦٤) السطر (٢٤).

(٢)- المكاسب، الصفحه (١٦٦) السطر (٣٢).

دراساتنا من الفقه الجعفرى، ج ٣، ص: ٢١٨

[الكلام فيما يكون ملكا للموقوف عليهم]

اشاره

اقول: و ينبغي ان يقع البحث فى مقامات.

(الاول)- هل يخرج العين الموقوفه عن ملك الواقف بمجرد صدور الانشاء منه أم لا.

(الثانى)- انه على فرض خروجه عن ملكه بانشاء الصيغه هل يدخل فى الموقوف عليه أم لا.

(الثالث)- انه هل يدخل فى ملكه تعالى أم لا (الرابع التفصيل بين الوقف العام و الخاص

[اما المقام الاول [هل يخرج العين الموقوفه عن ملك الواقف بمجرد صدور الانشاء منه أم لا]

فانه ربما يقال بعدم خروجه عن ملك الواقف لأنه عباره عن تحييس العين و تسبيل الثمره كما روى عن النبي صلى الله عليه و آله انه قال: حبس الاصل و سبل الثمره «١». و الظاهر من الحبس ان يبقى الشىء فى حاله و فى ملك مالكه.

وفيه- ان الحبس كما بينا عباره عن ايقاف العين و جعله مقطوعا من التحرك و هذا لا ينافى خروجه عن ملك الواقف و يكون محبوسا فى ملك الموقوف عليه.

و ثانيا- ان معنى الحبس كون الشىء مقطوع اليدين بأن لا يتحرك بالحركه الاعتباريه ببيع و اجاره و صلح و غيره و لا يلزم

هذا المعنى ان يكون فى ملك احد كالمسجد فانه لا يكون ملك احد مع انه محبوس فالحبس لا يكون ملازما مع البقاء فى ملك الواقف بل لا يكون ملازما مع اصل الملك كما اوضحناه فان المسجد و لو لم يكن من اقسام الوقف كما هو الحق لكن لا شبهه فى كونه محبوسا عن الحركة.

و ربما يقال: بخروجه عن ملك الواقف لان اعتبار الملك للواقف مع كونه ممنوعا عن التصرفات الناقله فى العين و رجوع منافعتها الى الموقوف عليه لغو.

و فيه- نقضا و حلا اما النقض فالرهن فان الراهن ممنوع من التصرف فىكون اعتباره ملكيته لغوا.

(١)- مستدرک، الجزء (٢) الصفحه (٥١١) الباب (٢).

دراساتنا من الفقه الجعفرى، ج ٣،

و اما الحل فبعدم قيام الدليل على كون اللغويه من الاسباب المخرجه للعين عن ملك صاحبه و على فرض كونه لغوا فلا يترتب عليه محذور كيف و نظائره كثيره فى الفقه كما اذا سقط مرجان من يد شخص بقعر البحر فانه ملكه و لكنه لا يترتب عليه اثر.

و بعبارة واضحة ان اعتبار الملكيه لا بد ان يكون له منشأ عقلائى و العين من حين صيرورته ملكا للواقف كان له منشأ عقلائى كبقية الاملاك لملاكهم و بعد الوقف ليس له اعتبار جديد كى يقال بأنه لغو بل اعتبار عدمه يحتاج الى وجه.

و الذى ينبغى ان يقال فى وجه خروج العين عن ملك واقفه امران.

(الاول) - الفهم العرفى فان المتفاهم عند العرف ان الموقوفات منقطعات عن واقفيها و مسلوبات عن ملاكهم و ادعاء الواقف كونه مالكا امر مستنكر عندهم.

الثانى - ان الروايات تدل على خروجها عن ملك الواقف كما يستفاد ذلك من قوله (ع) و هو صحيح صدقه بتا مبتوتا لا رجعه فيها «١» و حيث نزل (ع) العين الموقوفه بمنزله «٢» القى كما انه انقطع عن الشخص و حصل الانفصال و كذلك الوقف فانه منفصل عن الواقف و منقطع عنه. هذا تمام الكلام فى المقام الاول.

المقام الثانى - انه استدل على دخوله فى ملك الموقوف عليه بوجوه.

(الاول) - ان المتلف للعين الموقوفه يضمنها للموقوف عليه

فيستكشف عنه انه مالك له و الا فلا وجه للضمان له مع عدم كونه مالكا لها.

و اورد عليه بأن الضمان لا يستدعى الملك فربما يكون الشخص ضامنا للشئ مع انه لا مالك له كفرش المسجد.

(١) - الوسائل، الجزء (١٣) الباب (١٠) من ابواب كتاب الوقوف و الصدقات، الحديث (٥)

(٢) - الوسائل، الجزء (١٣) الباب (١١) من ابواب كتاب الوقوف و الصدقات، الحديث (٢)

عدم المالك له بل انه ملك للمسجد فيكون ضامنا للمسجد و لا مانع فى الالتزام بكون المسجد و غيره من غير ذوى العقول مالكا للشئ ء اذا قام الدليل عليه.

و التحقيق ان يقال اولا ان تلف العين الموقوفه هل يوجب ضمان المتلف لها أم لا و هو محل كلام بين الاعلام فعلى القول بعدم الضمان لا يتم ما ذكره الخصم.

و على هذا الاختلاف فرع السيد الاستاذ ثمره و هى ان الثمره بين القول بالملك فى العين الموقوفه و عدمه ان على فرض كونها ملكا يضمن المتلف و على فرض عدمه لا يكون ضامنا له فالضمان ليس امرا مسلما حتى يجعل دليلا لإثبات الملكيه للموقوف عليه بل هو مختلف فيه فلا يصح الاستدلال به.

و (ثانيا)- ان الضمان لا- يستدعى الملك بل مجرد اضافته التالف الى المضمون له يكفى فى الضمان و لذا اذا اضر شخص بشخص آخر يكون المضر ضامنا له و ان لم يكن المضمون له مالكا لشئ ء اصلا.

و بعباره اخرى دليل الضمان انما هى السيره العقلائيه و من الظاهر عدم الفرق فيها بين الموارد و الذى يقتضى الضمان ان يتلف الضامن ما يكون راجعا الى الغير اما بكونه مالكا للعين او بكونه مالكا للمنفعه و اما بكونه مالكا للانتفاع.

(الثانى) ان الموقوف عليه يكون مالكا للمنافع بلا خلاف فيه

و حيث ان المنافع تابعه للعين فيستكشف من ذلك بالدليل الإنى انه مالک للعين أيضا.

و فيه- ان الظاهر من قوله (ع)، (حبس الاصل و سبل الثمره) التفكيك بين المنافع و العين و انه لا ملازمه بين العين و المنفعه فى تمام الجهات فان ملك المنافع يكشف عن ملك العين اذا كان يتبع ملك العين و لذا ان المستأجر يملك المنفعه مع عدم كونه مالكا للعين.

الثالث- ان الموقوف عليه من اركان العقد

فلا بد ان يكون الوقف ملكا له حتى

دراساتنا من الفقه الجعفرى، ج ٣، ص: ٢٢١

يصدق عليه انه من اركانه.

و فيه- انه لا يلزم فى كونه ركنا ان يكون مالكا للعين بل يكفى فى ذلك كونه مالكا للمنفعه أو يكون طرفا للعقد و الوقف و هو حاصل فى المقام.

الرابع – ان الوقف عقد يتقوم بايجاب و قبول

و لو لم يكن مفيدا للملك بل كان فك الملك لما تقوم بايجاب و قبول كالعق.

و فيه اولا ان الوقف لا يحتاج الى القبول كما صرح به السيد الاستاذ.

و ثانيا- على فرض احتياجه الى القبول لا يحتاج الى كونه مالكا لها بل يكفي في ذلك مجرد اضافته اليه بكون منافعه عائدا له.

(المقام الثالث) – فى انه هل يكون ملكا لله سبحانه و تعالى؟

اشاره

و استدل على ذلك بوجهين.

(الاول) – ان الوقف عباره عن ازاله الملك عن الواقف كالعق

فانه تحرير و نوع صدقه يتقرب به الى الله تعالى فكما ان العتق يوجب عدم دخول العبد فى ملك احد فكذلك الوقف فانه نظيره فى ذلك.

و فيه- اولا انا لا نسلم اعتبار قصد القربه فى صحه الوقف و على فرض اعتباره لا مدخله له فى المبحث فاذا قام الدليل على كونه ملكا فيلتزم بها سواء اعتبر فيه قصد القربه أم لا و اذا لم يقد الدليل على ذلك فلا يكون ملكا لأحد سواء اعتبر فيه قصد القربه أيضا أم لا.

و ثانيا- انه لا وجه لتنزيل الوقف منزله العتق لان العتق عباره عن فك الملك و تحريره و يترتب عليه عدم دخوله فى ملك احد، و لو فى ملك الله تعالى بالملك الاعتبارى الذى هو محل البحث و ان كان كل شىء ملكا له تعالى بالملك الحقيقى و الاضافه الاشراقية الا انه خارج عن المبحث.

و اما الوقف فانه عباره عن حبس الملك، فلا ينافى كونه ملكا للموقوف عليه

دراساتنا من الفقه الجعفرى، ج ٣، ص: ٢٢٢

مثلا فان البابين ليسا من باب واحد فينزل احدهما منزله الاخر.

(الثانى) ان الوقف عباره عن تحبىس العين و ايقافه فى مكان واحد و يترتب عليه عدم جواز بيعه

فمن ذلك يستكشف عدم كونه ملكا لأحد فيكون ملكا له تعالى و الا لا وجه لعدم جواز بيع المالك اياه مع ان مقتضى كون تسلط الناس على اموالهم ان للمالك التصرف في ماله كيف يشاء.

و يرد عليه (اولا) انا نلتزم بجواز بيعه في الجملة كما سيجى ء إن شاء الله تعالى.

(و ثانيا) لا تلازم بين جواز البيع و الملكيه فربما يكون الشىء ملكا و لا يجوز بيعه كالعين المرهونه و أم ولد و غيرهما.

و (ثالثا) انه لا يكشف عدم كونه ملكا لأحد انه ملك له تعالى فان هذا المعنى يحتاج الى دليل.

المقام الرابع التفصيل بين الوقف العام و الخاص

بأن يكون الخاص ملكا للموقوف عليهم بخلاف العام فانه ملك له تعالى، لان الموقوف عليهم اما يملكون العين الموقوفه بنحو العموم الاستغراقى بأن يكون كل واحد من البطون اللاحقه و السابقه مالكا لها بالاستقلال فهذا امر غير معقول، و اما يملكون البعض منهم دون البعض الاخر فهذا ترجيح بلا مرجح، و اما يملكون المجموع من حيث المجموع و هذا ينافى اختصاص الحاضرين بالانتفاع فلا بد ان يقال: انه ملك لله تعالى.

و فيه (اولا) انه ملك للجامع منهم و لا يلزم شىء من المحذورات المذكوره فى المقام كما التزمنا ذلك فى الزكاه حيث انها ملك للجامع الفقراء و الخمس فانه ملك للجامع السادات لا لأفرادهم حتى يلزم ما ذكر من المحذور.

و (ثانيا) لا يلزم من عدم المالك للعين الموقوفه ان يكون لله تعالى لعدم المحذور من الالتزام بعدم المالكه فلقائل ان يقول: انها ليست ملكا لأحد، و مع ذلك لا يكون ملكا لله تعالى أيضا فلا ملازمه بين الامرين.

دراساتنا من الفقه الجعفرى، ج ٣، ص: ٢٢٣

ان قلت: اذا لم تكن العين الموقوفه ملكا لأحد و لا

ملكا لله سبحانه و تعالى، فيكون من المباحات الاصليه التي يجوز لكل شخص ان يتصرف فيها.

قلت: لا نسلم ان تكون من المباحات الاصليه لان دليل الوقف اعنى به قوله:

(حبس العين و سبل الثمره) يمنع عن التصرفات، و الحاصل ان العين الموقوفه و ان لم يكن ملكا لأحد و مع ذلك لا يكون من المباحات حتى يجوز فيه تصرف كل فرد من المسلمين و لذا لا يجوز لغير الموقوف عليهم ان يتصرف فيها.

[الكلام فيما لا يكون ملكا لأحد بل يكون فك ملك نظير التحرير]

و التحقيق ان يقال: ان الوقف على اقسام.

القسم الاول ما يكون عنوانه التحرير كالمساجد

فانها ليست بملك بل انه عباره عن فك الملك فانه انما يجوز الانتفاع به بحكم الشارع لا بتسليط الواقف، و لذا ليس له ان يقول: وقفته للمصلين او على الصلاه لأنه على هذا يكون وقفا خاصا و ليس بمسجد فانه لم يقصد به الا كونه مسجدا.

و اما جواز الصلاه فهو من احكامه المترتبه عليه، بل افاد السيد الاستاذ لو جعل الارض وقفا للصلاه فلا يترتب عليها احكام المسجد.

القسم الثانى ما يملك منفعتة على نحو خاص،

كالأوقاف العامه من قبيل المدارس، و الخانات المعده لنزول المسافرين فانها ملك للجامع و لكنها ليست ملكا طلقا كى يجوز أن يتصرفوا فيها كيفما شاءوا بل ملكيه مقيدة بحيث لا- يجوز للموقوف عليه الايجار، فلا- يجوز لطالب العلم ان يوجر حجره المدرسه مثلا بل انه يملك الجلوس فيها و غيره و لذا لو اتلف منها شيئا يكون المتلف ضامنا.

و بعباره اخرى يملك الجلوس فى الحجره و لا- يملك اجلاس الغير قال السيد الاستاذ فى مقام اثبات عدم الملكيه ان قوله: وقفت المدرسه مثلا على الطلبة يدل على عدم كون المدرسه ملكا للموقوف عليه لان كلمه على للضرر و لو كانت المدرسه

دراساتنا من الفقه الجعفرى، ج ٣، ص: ٢٢٤

ملكا للطلاب لا بد: ان يعبر بكلمه لام بأن يقول وقفت للطلبة و الحاصل انه يستفاد من هذا التعبير كون المنفعه ملكا لهم و عدم جواز نقلها الى الغير.

و فيه ان كلمه على لا تستعمل فى معنى الضرر دائما بل قد يستعمل فيه و قد يستعمل فى غيره هذا اولاً.

و (ثانيا) ان المستفاد من كلمه على عدم جواز نقل المتفعه و اما انها ملك له أم لا فلا يستفاد منها كما هو واضح.

[القسم] (الثالث) ما يكون وقفا للجهه الخاصه

كالحمام مثلا- اذا وقف للطلبه فانهم ليسوا مالكين للمفعه، و لا- مالكين لانتفاع بل يملكون العين و لكن المالك ليس كل فرد فرد منهم بل الجامع بينهم مالك لذلك فان لولى الامر عليهم ان يوجر الحمام و يصرف منافعه للجهه الكليه لهم.

[القسم] (الرابع) ما يكون وقفا لعهه معينه و يسمى بالوقف الخاص

فان الموقوف عليهم يملكونه على نحو الاشاعه.

[القسم] (الخامس) ما يكون وقفا لغير ذوى الشعور كالأعيان الموقوفه للمسجد و نحوه

فان المسجد و نحوه أيضا يكون مالكا للموقوفات و لا بأس بالالتزام به قال السيد الاستاذ: ان المشاهد المشرفه أيضا تكون كالمسجد فى الاحكام المذكوره و لكنه لا يمكن المساعده عليه لأنه يجوز للواقف ان اوقع إنشاء الوقف للمشاهد بقوله وقفت للزياره او للصلاه، و الحال انا بينا عدم جواز إنشاء وقف المسجد بمثل ذلك.

و أيضا قال السيد الاستاذ و المرزا النائنى رحمه الله عليه ان المسجد نفس الفضاء المعبر عنه بمقوله الاين و اما السقف و الجدران، و الارض فانها ليست من المسجد لأنه اشترط فى الوقف ان يكون باقيا مؤبدا و هذه المذكورات ليست لها بقاء حتى يوقف بل انها يكون كالألات التى وقفت للمسجد من الحصير و السراج و غيرهما

دراساتنا من الفقه الجعفرى، ج ٣، ص: ٢٢٥

[فى بيان ما يكون عنوانه كالتحرير]

اشاره

اذا عرفت هذه الاقسام الاربعه فنقول: أما القسم الاول من الوقف فيقع الكلام فى تحقيق حكمه

ربما يستدل بعدم جواز بيعه بوجهين.

الوجه الاول انه ليس بمال و يشترط فى المبيع أن يكون مالا.

و فيه انا بينا غير مره عدم اشتراط المالىه فى المبيع لان البيع عباره عن التبدیل غير المجانى سواء كان مالا أم لا هذا اولاً.

و (ثانياً) لا نسلم عدم مالىه المسجد بل انه مال، و لذا يبذل المال فى مقابله كما هو واضح، فلو لم يكن مالا لم يشتريه احد و لم يبذل فى مقابله مال.

الوجه الثانى انه ليس بملك و اشترط فى صحه البيع ان يكون المبيع ملكا للبائع

كما يدل على ذلك قوله: صلى الله عليه و آله لا يبيع الا فيما تملكه و قوله:

لا يبيع الا فيما تملك. «١»

و فيه ان الروايات المذكوره فى المستدرک ضعيفه لا يمكن ان يتمسك برواياته.

و أيضا استدل على اشتراط الملكيه بقوله عليه السلام و لا يجوز بيع ما ليس يملك و غيره من الروايات الموافقه للروايه المنقوله فى المستدرک.

و اجاب السيد الاستاذ ان هذه الروايات تدل على عدم جواز بيع مالا يملك لنفسه، و اما بيعه لمالكة فلا تدل على عدم جوازه.

و فيه ان المعيار فى الاستدلال اطلاق جواب الامام عليه السلام و هو باطلاقه يشمل كلتا الصورتين سواء باع البائع لنفسه او لغيره.

و الذى يقتضيه التحقيق ان يقال: ان المستفاد من الروايات ان الاجنبى ليس له ان يبيع ملك الغير بل لا بد ان يكون بيع المملوك بيد مالكة، و اما اشتراط الملكيه فى المبيع و عدمه فالروايه اجنبية عنه.

و ان شئت قلت ان القدر المستفاد من الادله ان الانسان ليس له ان يبيع ما

(١) - مستدرک، الجزء (٢) ص ٤٦٠

دراساتنا من الفقه الجعفرى، ج ٣، ص: ٢٢٦

يكون ملكا لغيره، و اما اشتراط المبيع بكونه مملوكا فهو امر آخر اجنبى عن هذا المطلب، و تظهر الثمره فيما لو جاز بحسب الادله الشرعيه جواز بيع شىء لشخص كجواز بيع الوقف للمتولى لا

يمكننا الحكم بأن الوقف لا بد ان يكون مملوكا اذ لم يثبت اشتراط الملكيه فى المبيع، فتحصل ان الوجهين المذكورين لعدم جواز بيع ما يكون محررا كالمساجد لا يمكن المساعده عليه.

و الذى يصح ان يقال فى المقام: ان المساجد اذا قلنا بأنها خارجه عن حقيقه الوقف فلا تشملها الادله المانع عن بيع الموقوفات كما انا قلنا بذلك و اشرنا الى وجهه، الا ان الذى يسهل الخطب ان يقال فى وجه عدم جواز بيع المساجد قيام الضروره بذلك و تسالم الفقهاء عليه.

و ربما يتراءى عن بعض الكلمات فى وجه عدم جواز بيعها بأن عنوان المسجديه الذى وقع إنشاء الوقف عليه قائم على شخص هذه الهيئه فاذا جاز بيعها يوجب ان ينتفى هذا العنوان و بعبارة اخرى ان بوقوع البيع على المسجد ينتقل المبيع معنونا بهذا العنوان الى المشتري او بلا هذا العنوان، اما على الاول فيلزم ترتب احكام المسجد عليه حتى بعد البيع و هو كما ترى، و اما على الثانى فيلزم ان يكون المنتقل الى الغير غير ما وقع عليه البيع.

و يرد عليه (اولا) ان هذا ينتقض بموارد جواز بيع الوقف كحصير المسجد مثلا فان الترديد المذكور يجرى فيه بعينه و الجواب هو الجواب و ثانيا ان الوجه المذكور وجه عدم جواز بيع المساجد انما هو امر ذوقى لا يمكن الاستدلال به لإثبات المدعى.

و (ثالثا) أن مجرد بقاء عنوان المسجديه لا يوجب عدم جواز بيعها اذا قام الدليل على جواز البيع و نلتزم بعدم ترتب الاحكام عليه بعد البيع و الحاصل ان الميزان اتباع الدليل المعبر فاذا قام على جواز البيع فلا بد ان يلتزم به بلا فرق فى ذلك بين بقاء عنوان المسجد أم

لا فتحصل ان هذا الوجه الذى افيد لعدم جواز بيع المساجد غير-

دراساتنا من الفقه الجعفرى، ج ٣، ص: ٢٢٧

تام، و الوجه التام لعدم جواز البيع هو ما قدمنا من تسالم الفقهاء و قيام الضروره على ذلك.

[فى صورہ اليأس عن الانتفاع بالمسجد للجهه المقصوده هل تصح إجارتها للزراعه أم لا]

قوله: (مع اليأس عن الانتفاع به فى الجهه المقصوده يوجز للزراعه) «١»

أقول: اذا ثبت عدم جواز بيع المساجد يقع البحث بأنه مع اليأس عن الانتفاع منها للجهه المقصوده هل تصح اجارتها للزراعه أم لا. و الظاهر انه لا مانع عنها مع المحافظه على الآداب اللازمه فى المساجد.

ثم انه ينبغى أن يرسل عنان الكلام الى بيان حكم التصرف فى المسجد

اشاره

فنقول:

يقع الكلام فى موضعين أحدهما فى المسجد العامر ثانيهما فيما عرض عليه الخراب

أما الموضع الثانى [فيما عرض عليه الخراب]

فان بعض التصرفات كالزراعه جائز فيه مع مراعاة الشرائط المقرره كما بيناه آنفا.

و أما التصرفات الاخرى غير الزراعه فان علم جوازه بقيام السيره أو بدليل آخر فهو، و أما اذا شك فيه فتعرض لتوضيحه فى البحث عن الموضع الاول من المبحث، و هو المسجد العامر

[أما الموضع الأول أى المسجد العامر]

و نقول: ان بعض التصرفات قد قامت السيره على جوازه كالتصرفات التى كانت فى عصر النبى صلى الله عليه و آله و الائمه (ع) من اجتماعاتهم فى المساجد فانها لم يكن لأجل الامور الاخرويه دائما بل قد كان للأمور الدنيويه أيضا كما هو واضح.

و بعبارة ملخصه لا شبهه فى جواز التصرف و الانتفاع من المسجد بنحو الموجه الجزئيه كما يستفاد ذلك من الاخبار الوارده فى

أحكام المساجد و هذا من الامور التي لا يخفى على المتأمل.

و أما التصرفات المزاحمة للجهه التي يكون المسجد معدا لها فلا يجوز بلا شبهه اذ يلزم الخلف، و اما التصرفات التي لم تقم السيره على جوازها و لا تكون مزاحمه

(١)- المكاسب ص ١٦٧ السطر (٤)

دراساتنا من الفقه الجعفرى، ج ٣، ص: ٢٢٨

مع تلك الجهه فهل يمكن أن نتمسك فيها بأصالة الاباحه أم لا.

و التحقيق أن يقال: انا لو قلنا بأن المسجد خارج عن حقيقه الوقف فلا مانع من اجراء اصاله البراءه و أما لو قلنا بأنه فك ملك على أنه داخل فى الوقف فلا- يجوز ذلك لان مقتضى الوقوف على حسب ما أوقفها أهلها اختصاص التصرفات بما يكون المسجد موقوفا لها، و أما لو قلنا بأنه ملك خاص للجهه الخاصه فلا يجوز التمسك باصاله الاباحه لعدم جواز التصرف فى ملك الغير و ليس للمتولى أن يأذن بذلك فتأمل.

و ربما يستدل على عدم جواز التصرف بعد زوال

الانتفاع به باستصحاب الحرمة السابقة.

و فيه ان الاستصحاب لا- يجرى فى الشبهات الحكيمه الكليه لتعارض استصحاب المجعول مع الاستصحاب الجارى فى ناحيه الجعل دائما.

و ثانيا ان المسجد لا يخرج عن كونه مسجدا بطرو الخراب له حتى يحتاج الى الاستصحاب هذا تمام الكلام فى حكم المسجد من حيث نفسه.

و أما آلات المسجد كالحصير و غيره، و القناطر الموقوفه و غير ذلك من الموقوفات العامه «على تقدير كون الوقف فك ملك» هل يضمن المتلف أم لا؟

قال الشيخ (قدس سره) ان للضمان وجهان، من أن مقتضى عموم على اليد هو الضمان الى آخر كلامه

و استدل على عدم الضمان بوجوه.

الوجه الاول ان الضمان انما يكون فيما أن يكون المتلف ضامنا للمنفعه أيضا، و حيث انه لم يكن ضامنا لها لعدم وجود مالك لها حتى يكون التالف ضامنا له، فلا يكون ضامنا للعين أيضا لان مالا ضمان لمنفعته لا ضمان لعينه.

دراساتنا من الفقه الجعفرى، ج ٣، ص: ٢٢٩

و فيه انه لا يلزم فى الضمان أن يكون المضمون ملكا لأحد بل يكفى فيه ضمانه للجبهه التى وقفت هذه الموقوفات لها أو للجامع الذى يكون موقوفا عليه، و بعبارة أخرى اذا كان الشئ ء راجعا الى ناحيه أو أحد يصح الضمان له.

الوجه الثانى أن معنى الضمان اشتغال ذمه المتلف للمضمون له أعنى المالك، و المفروض فى المقام عدم المالك فعليه لا معنى للقول بالضمان.

و فيه قد بينا عدم التلازم بين الضمان و وجود المالك بل يكون ضامنا لمن يرجع اليه النفع.

الوجه الثالث ان قوله: على اليد يجبر المتلف ان يؤدى العين التالفه الى صاحبه، فغايه على اليد انما هى التأديه، فمع عدم وجود المؤدى اليه لا يتحقق التأديه حتى تصير ذمته فارغه عن ما

تقتضيه قاعده على اليد.

و فيه أولا لا نسلم عدم وجود المؤدى اليه بل انا بينا آنفا انه يؤدى الى من يكون له و اما كون المضمون له مالكا حتما فلا دليل عليه.

و ثانيا ان الدليل ليس قوله: على اليد، لضعف سنده بل الدليل عندنا السيره القائمه على ذلك الموافق لمضمون على اليد و لا يرد عليه ما قيل.

و الذى يسهل الخطب ان يقال: ان هذه الموقوفات ما عدى المسجد اعيان مضمونه و المتلف يكون ضامنا لمالكها سواء كان المالك من ذوى الشعور أم لا- فانا قد بينا ان غير ذوى الشعور أيضا يمكن ان يكون مالكا، فان الضمان على هذا يكون على القاعده.

و اما المسجد فانه على القول بعدم ملكيته و بانه لا يدخل فى حقيقه الوقف لا تشمله الادله المذكوره الا انا فى سعه من ذلك فانه لا فرق فى السيره العقلانيه بين المملوك و غيره و حيث ان المسجد امر راجع نفعه الى المسلمين فمقتضى القاعده الضمان.

قوله «ثم انه ربما ينافى ما ذكرنا من عدم جواز البيع القسم الثانى من -

دراساتنا من الفقه الجعفرى، ج ٣، ص: ٢٣٠

الوقف (...) «١»

اقول: لما انجر الكلام الى هنا لا بأس بالتعرض للبحث عن ثوب الكعبه

فنقول: ذهب بعض الى بقاءه فى ملك الواقف و يلزم على هذا ان ينتقل الى ورثته اذا مات و كذا يلزم ان يكون امره بيد الحاكم اذا كان الواقف محجورا عنه بجنون او بغيره و لم يلتزم به احد.

و ذهب السيد الاستاذ الى ان هذا الثوب لم يبق فى ملك واقفه و لا يكون وقفا بل انه نتيجة الوقف لأنه على ما نقل ان فى مصر موقوفه للأستاذ فيباع منافعتها و يشتري ثوب الكعبه فليس نفس الثوب وقفا بل هو نتيجة الوقف.

و ربما يقال:

انه لا محذور في كون ثوب الكعبه أيضا من الموقوفات، و لكن مع ذلك يجوز بيعه للنص الخاص كروايه عبد الله ابن عتبه قال: سألت ابا عبد الله (ع) عما يصل إلينا من ثياب الكعبه، هل يصلح لنا ان نلبس منها شيئا؟ قال: يصلح للصبيان و المصاحف و المخده يتغى بذلك البركه ان شاء الله «٢» الا ان عبد الله ابن عتبه لم يوثق.

و رواه الصدوق باسناده عن عبد الملك بن عتبه و هو صحيح فالروايه صحيحه من حيث السند الا انها لا تدل على جواز البيع كما ترى.

و في المقام روايه أخرى و هي روايه مروان بن عبد الملك قال: سألت ابا الحسن عليه السلام عن رجل اشترى من كسوه الكعبه شيئا فاقضى ببعضه حاجته، و بقي بعضه في يده هل يصلح بيعه؟

قال: يبيع ما أراد و يهب ما لم يرد، و يستنفع به و يطلب بركته قلت: أ يكفن

(١)- المكاسب، الصفحه (١٦٧) السطر (١٣)

(٢)- الوسائل، الجزء (٩) الباب (٢٦) من ابواب مقدمات الطواف.

دراساتنا من الفقه الجعفري، ج ٣، ص: ٢٣١

به الميت؟ قال: لا «١» و هي و ان كانت ظاهره في جواز البيع و لكنها مخدوشه سندا فلا يعتمد عليها.

قوله: (قيل بل لكل أحد حيازته) «٢»

أقول: بعد الفراغ عن حكم المسجد يقع الكلام في أحكام أجزاء المسجد كجزوع سقفه و اجره من حائطه المنهدم فهل يملك بالحيازته أم لا؟

قال الشيخ: و فيه نظر، و لعل وجهه أن معنى الوقف تحبب العين فلا ينتقل بالحيازته و غيره، و لا- تشمله أدله من سبق لاین المفروض أن ما نحن فيه سبقته يد أخرى، و أما قوله: من حاز شيئا فملك فلا سند له، و الاصل عدم

دخوله فى ملك الغير بالحيازه.

[الكلام فى جواز بيع الوقف و عدمه]

اشاره

قوله: (فاعلم أن الكلام فى جواز بيع الوقف يقع فى صور الاولى أن يخرب الوقف بحيث لا- يمكن الانتفاع به مع بقاء عينه كالحيوان المذبوح و الجذع البالى و الحصير الخلق و الاقوى جواز بيعه لعدم جريان ادله المنع، أما الاجماع فواضح.

و أما قوله: (لا يجوز شراء الوقف فلانصرافه الى غير هذه الحاله، و أما قوله:

الوقوف على حسب ما يوقفها أهلها فلا يدل على المنع هنا لأنه مسوق لبيان وجوب مراعاة الكيفيه المرسومه فى إنشاء الوقف و ليس منها عدم بيعه، بل عدم جواز البيع من أحكام الوقف. «٣»

أقول: أما قوله: (أما الاجماع فواضح) فيمكن أن يكون وضوحه من جهه أن مع

(١)- الوسائل، الجزء (٩) الباب (٢٦) من أبواب مقدمات الطواف، الحديث (٣).

(٢)- المكاسب، ص ١٦٧ السطر (٣٢).

(٣)- المكاسب، الصفحه (١٦٨) السطر (٣)

دراساتنا من الفقه الجعفرى، ج ٣، ص: ٢٣٢

وجود المخالف لا ينعقد الاجماع، و قد ذهب بعض الى جواز بيعه فى المقام فكيف يتحقق الاجماع؟ هذا أولا.

و (ثانيا) انه على فرض تحققه لا يكون اجماعا تعبديا كاشفا عن رأى المعصوم عليه السلام لان مدركه هى الوجوه التى أقيمت فى وجه المنع و لا أقل من احتمالها، و هذا كاف فى اسقاط الاجماع عن الحجيه.

و أما قوله: (ان قوله لا يجوز شراء الوقف منصرف عن المقام) فيمكن أن يكون الوجه فى الانصراف عن المقام ندره وجوده.

و فيه اولاً- ان كثره الوجود لا يكون منشأ للانصراف بحيث يوجب انصراف المطلق عن الفرد النادر، نعم أن المطلق لا ينصرف الى الفرد النادر، و أما انصرافه عنه الى غيره فممنوع جدا.

و ثانيا لا نسلم قله وجود الموقوفه المخروبه بل هى أيضا كثيره فى الخارج.

(ثالثا) نفرض أن قوله: لا- يجوز بيع الوقف منصرف عنه الا- انه لا مانع من شمول قوله: أَوْفُوا بِالْعُقُودِ بناء على أنه دليل الامضاء أيضا كما عليه الشيخ و بناء على توقف الوقف على القبول، أو نلتزم بصدق العقد على مجرد الايجاب، و كذلك لا مانع من شمول قوله: تجاره عن تراض و قوله: المؤمنون عند شروطهم بالتقريب الانف.

و اما قوله: الوقف على حسب ما يوقفها أهلها فانه لا يدل على المنع هنا لأنه مسوق لبيان وجوب مراعاة الكيفية المرسومه فى إنشاء الوقف و ليس منها عدم بيعه بل عدم جواز البيع من أحكام الوقف.

ففيه اولاً- أن ما أفاده هنا بأن عدم جواز بيعه ليس من كفيات الوقف ينتقض بما ذهب (قدس سره) الى أن جواز البيع ينافى حقيقه الوقف لأنه عباره عن ايقاف العين، و البيع ينافيه، لأنه عباره عن النقل، و الانتقال فاذا كان عدم جواز البيع من أحكامه لا من كفياته فلا وجه للتنافى المدعى بينهما.

دراساتنا من الفقه الجعفرى، ج ٣، ص: ٢٣٣

و (ثانيا) ان الوقف كما بينا سابقا عباره عن تحبب العين و تسبيل الثمره، و أمضاه الشارع بما له من المفهوم، و يفهم من هذا أن عدم جواز بيعه أيضا من الكفيات المرسومه فى إنشاء الوقف فلا بد من مراعاتها.

ان قلت: ان إنشاء الوقف لا- يشمل لما اذا خرب الوقف بحيث أن لا- يمكن الانتفاع به، اذ المقصود من الوقف الانتفاع به و المفروض تعذره فى المقام.

قلت: ان الظاهر من اطلاق إنشاء الوقف شموله حتى مورد طرو الخراب له لان معنى كون الوقف مؤبدا كونه باقيا فى الوقف و لو بعد كونه منقطعا عن الانتفاع به.

و (ثانيا) على فرض تسليم ان

الاطلاق لا- يشمل لما اذا خرب الوقف يكون الوقف موقتا فلا بد أن يرجع العين الى واقفه كما هو معنى الوقف الموقت و أما جواز بيعه فلا وجه له.

ان قلت: ان الوقف من الواقف تعلق بعنوان الدار مثلا فاذا خربت الدار لا يبقى موضوع للوقف فيبطل بانبطل موضوعه.

قلت: ان الميزان في جواز بيعه في محل البحث هو عدم الانتفاع به و هذا المعنى أعم من الخراب بحيث ينتفى موضوعه، بل النسبه بينهما بالعموم من وجه.

و ثانيا ان العناوين لا موضوعيه لها في المعاملات بل هي مشيره الى الذوات فان في قوله: بعتك الدار مثلا يكون عنوان الدار مشيرا الى الوجود الخارجى لا أن له موضوعيه في البيع، و الا ليلزم أن ترجع العين الى ملك بايعه بعد عروض الخراب للدار و لم يلتزم به أحد، فكذلك المقام فان العنوان لا دخل له في الموضوع حتى يقال بانتفائه ينتفى الوقف.

و ثالثا على تقدير تسليم أن العنوان له دخل في الموضوع فنقول: ان هذا لا يدل على جواز بيعه، بل اذا بطل الوقف بانتفاء العنوان مثلا ترجع العين الى ملك واقفه،

دراساتنا من الفقه الجعفرى، ج ٣، ص: ٢٣٤

و اما جواز بيعه فلا مقتضى له أصلا.

ان قلت: ان الوقف كما بين في محله عباره عن تحييس العين و تسهيل الثمره فالانتفاع به يكون من مقومات الوقف، فاذا انتفت الثمره و لم يمكن الانتفاع به ينتفى ما هو كان مقوما للوقف و بانتفائه ينتفى الوقف طبعا لان الشئ ء يزول بزوال مقومه.

قلت ان عدم الانتفاع و بطلان الوقف لا يوجب جواز بيعه بل يرجع الى ملك واقفه بعد بطلان الوقف كما مر.

و ثانيا انه بعد عروض الخراب له أيضا يمكن أن

يستفاد منها بنحو آخر كما لو خربت الدار يمكن أن يوجر للزراعة مثلا.

[فيما أفاد الشيخ رحمه الله في جواز بيع الوقف]

إشارة

قوله: (و الحاصل ان الامر ...) «١»

اقول: استدل الشيخ قدس سره أيضا على جواز بيع الوقف بقوله: ان الامر دائر بين تعطيل الموقوفه حتى يتلف بنفسه، و بين انتفاع البطن الموجود به بالاتلاف و بين تبديله بما يبقى و ينتفع به البطن اللاحقه، و الاول تضييع مناف لحق الله و حق الوقف و حق الموقوف عليه، و لا مجال لجريان استصحاب حرمه البيع بعد ارتفاع انتفاع البطن عن العين الموقوفه.

أقول: و فيما أفاده (قدس سره) مواضع للنظر

(الاول) ان قوله: ان الاول اى تعطيله حتى يتلف ينافى حق الله و تضييع له مدفوع

بانه ما المراد من حق الله فان كان المراد انه حرام لكونه تضييعا للمال و اسرافا فعلى هذا يكون المراد من الحق هو الحكم، و هو على تقدير الاغماض عن كونه خلاف الظاهر ان الدليل أخص عن المدعى لأنه قد لا يصدق التضييع و الاسراف على تعطيله لا مكان الاستفادة منه بأن يؤكل الحيوان المذبوح، و على فرض عدم امكان الاستفادة منه نقول: ان بين اسراف الشىء، و عدم انقاده فرق غير خفى على المتأمل، و ان الحرام المسلم انما هو الاول و اما الثانى

(١) - المكاسب ص ١٦٨ السطر (٩)

دراساتنا من الفقه الجعفرى، ج ٣، ص: ٢٣٥

فلا دليل عليه الا فى موارد مهمه على كلام.

و (ثالثا) انه لا نسلم حرمه الاسراف مطلقا بل قد يكون ممضى لمصالح قويه معلومه عند الشارع و ان يصدق عليه عنوان الاسراف كذبح الشياه فى المنى فى عصرنا الحاضر و هل يمكن لأحد أن يلتزم بانه حرام مع أنه اسراف بالوجدان هذا كله فيما اذا كان المراد من حق الله هي الحرمة.

و أما ان كان المراد من قوله: (انه مناف لحق الله تعالى هو الحق الاصطلاحى الذى اشرب فيه معنى الملكيه و يدعى ان هذا الحق يقتضى أن تباع العين

التي لا يمكن الانتفاع بها كي يتبدل بعوض آخر فهذه مصادره بالمطلوب و لا بد من ذكر الدليل عليه.

الثاني أن قوله: انه مناف لحق الواقف يرد فيه أيضا

انا بينا سابقا ان العين تخرج بالوقف عن ملك الواقف و لا حق له في العين الموقوفه حتى ينفى بيعها بعد خروج اصل العين عن ملكه هذا اولاً.

و ثانيا انه على فرض بقاء العين في ملكه أيضا لا يكون له حق في العين الموقوفه حتى يكون ابقائه منافيا له.

لا يقال: ان غرض الواقف من الوقف بقاء العين الموقوفه ليثاب بها ما دام هي باقيه.

قلت: نفرض أن غرض الواقف يكون كذلك و لكننا لسنا بملتزمين أن نأتي بمقتضى غرضه ما دام لم يدل الدليل عليه و المفروض أنه مفقود في المقام.

(الثالث) ان قوله: (مناف لحق الموقوف عليه) أيضا مدفوع

بأن حين البيع لا يكون لهم حق كي ينافيه البيع فان ثبوت الحق لهم يتوقف على بقاء العين و انقطاع البطون السابقه.

و بعباره اخرى أن للبطون اللاحقه حق شأني و لا يكون فعليا الا بوجود

دراساتنا من الفقه الجعفري، ج ٣، ص: ٢٣٦

موضوعه، فاذا لم يبق له موضوع بيع الوقف أو تلفه فلا يتحقق لهم حق مناف للبيع و ان شئت قلت: عدم جواز البيع يتوقف على ثبوت حق لهم و ثبوت الحق لهم يتوقف على عدم جواز البيع.

الرابع انه (قدس سره) منع من جريان استصحاب الحرمة في المقام

و يمكن منعه لأحد الوجهين، اما من باب تبدل الموضوع بتخيل ان انتفاء قابليه العين للانتفاع بها يوجب التبدل في الموضوع، و اما من باب ان الاستصحاب في المورد يكون من قبيل جريان الاستصحاب الكلي من القسم الثالث.

اقول: ان كان الوجه هو الاول ان كون الانتفاع به و عدمه من حالات الموضوع و قد برهن في موضعه أن اختلاف الاحوال و الطوارئ لا- يوجب تبدل الموضوع.. و ان كان الوجه هو الثاني نمنع كون المقام من قبيل جريان الاستصحاب من القسم الثالث من الاستصحاب الكلي لعدم علمنا بارتفاع الحكم الشرعي الذي كان عند وجود الانتفاع كما هو المعيار في الاستصحاب المذكور اذ نحتمل بقاء تلك الحرمة الثابته سابقا، فلا مانع من جريان الاستصحاب في المقام على مبني الشيخ.

و لكن لنا أن نمنع من جريان الاستصحاب فى المقام لا لما ذكره الشيخ، بل السرّ فيه ان جريان الاستصحاب فى الاحكام الكليه الالهيه متعارضه باستصحاب عدم الجعل الزائد دائما.

و اذا أغمضنا عن ذلك أيضا فنقول ان كان الاستصحاب متكفلا لإثبات الحرمة التكليفية فانا نعلم ان مجرد إنشاء البيع لا حرمة له، و ان كان متكفلا لإثبات الحرمة الوضعيه فهذا يرجع

الى الاستصحاب التعليق لأنه يقال: ان عقد البيع لو كان واقعا مع وجود الانتفاع لم يكن صحيحا فاذا وقع في الحال الذي ارتفع الانتفاع فكذلك، وقد حقق في محله عدم حجيه الاستصحاب التعليق، أضف الى ذلك أن مع وجود الاماره لا تصل النوبه الى الاستصحاب، فان قوله: لا يجوز بيع الوقف لو فرض

قمي، سيد تقى طباطبائي، دراساتنا من الفقه الجعفري، ٢ جلد، مطبعه الخيام، قم - ايران، اول، ١٤٠٠ هـ ق دراساتنا من الفقه الجعفري؛ ج ٣، ص: ٢٣٧

دراساتنا من الفقه الجعفري، ج ٣، ص: ٢٣٧

شموله للمقام أيضا فلا احتياج الى الاصل العملي كما هو ظاهر.

فتلخص ان الوجوه التي قيل أو يمكن أن يقال: في وجه عدم جواز بيع الوقف فيما اذا خرب بحيث لا يمكن الانتفاع به لا يمكن المساعدة عليها.

و التحقيق في المقام ان يقال: ان الارتكازيات المعبره عند العقلاء من الادله، و لذا يتمسكون لإثبات خيار الغبن بارتكاز العقلاء و كذا في غيره من الموارد اذا عرفت ذلك فنقول.

ان الواقف و ان لم يصرح ببيع العين الوقوفه، و تبديلها بعين اخرى اذا سقطت عن الانتفاع بها الا ان هذا أمر ارتكازي له بحيث لو توجه ليصرح به فاذا ثبت هذا بالارتكاز يشمله قوله الوقوف على حسب ما أوقفها أهلها، فان الواقف أنشأ صيغه الوقف للعين الموقوفه ما دام لا يسقط عن الانتفاع به فعلى هذا لا يبقى مجال لأدله عدم جواز بيع الوقف.

و ربما يرد في المقام أن قوله: (صلى الله عليه و آله): (الوقوف على حسب ما أوقفها أهلها، و ان كان مقتضيا لجواز البيع اذا لم يمكن الانتفاع به و لكنه معارض بقوله (صلى الله عليه و آله): (لا يجوز شراء

الوقف) فانه يدل على عدم جواز بيعه فيتساقطان بالتعارض، فيرجع الى دليل آخر، و مقتضى الاصل العملى عدم جواز بيعه، بمعنى أن الاصل عدم الانتقال بالبيع.

و فيه انا لا- نسلم فى المقام أن تصل النوبه الى الاصل العملى، لوجود الدليل اللفظى فى المقام، و هو قوله: (أَوْفُوا بِالْعُقُودِ). توضيحه انه ان قلنا باعتبار القبول فى الوقف فالامر واضح فانه أيضا عقد من العقود فيشمله دليل وجوب الوفاء.

و ان قلنا بعدم اشتراطه فيه و قلنا بصدق عنوان العقد عليه بلا احتياج فى ذلك الى القبول كما عليه بعض فالامر أيضا واضح لأنه عقد يشمله دليل وجوب الوفاء و اما اذا قلنا باشتراط القبول فيه و قلنا بعدم صدق عنوان العقد عليه بدونه فلا يمكن الاستدلال

دراساتنا من الفقه الجعفرى، ج ٣، ص: ٢٣٨

بقوله أَوْفُوا

مضافا بأن التمسك بقوله تعالى أَوْفُوا يتوقف على امكان جعله دليلا للصحح و اما لو قلنا: انه دليل للزوم، و لا يمكن ان يكون دليلا للصحح فلا مجال للأخذ به، و العمده انه لا نسلم تعارض قوله: لا يجوز شراء الوقف مع قوله: (الوقوف على حسب ...) لعدم تواردهما فى مورد واحد حتى يقع التعارض بينهما و ذلك لوجوه.

(الاول) ان قوله: (لا يجوز شراء الوقف منصرف عن المقام لكونه ناظرا الى المورد الذى يمكن ان يستفاد عن العين و اما اذا لم يمكن الانتفاع بها فلا- يشمله الدليل المانع، و بعبارة اخرى انا بينا سابقا ان الواقف يريد بقاء ماله العين بالارتكاز، فبتناسب الحكم و الموضوع ينصرف الدليل المانع عن المقام الذى لا يمكن الانتفاع به.

(الثانى) ان موضوع الحكم لا بد ان يتحقق قبله ليقع عليه الحكم، فان قوله:

(لا يجوز شراء الوقف) لا

يمكن ان يكون دليلا- للوقف لان الحكم لا- يكون محققا لموضوعه فلا بد من تحقق الموضوع بطريق آخر، و لا طريق لإثبات الوقفيه، الا- قوله: (الوقوف على حسب ما اوقفها اهلها) و معه كيف يمكن وقوع التعارض بين هذين الدليلين مع ان احدهما فى رتبه الموضوع للاخر و ان شئت قلت يلزم من شمول دليل لا يجوز و تحققه عدمه و ما يلزم من وجوده العدم محال.

(الثالث) انه سلمنا ان قوله: (الوقوف على حسب ما اوقفها اهلها) يسقط بالمعارضه مع قوله: «لا يجوز...» و لكننا نقول: ما المانع من البيع بعد وجود المقتضى له و هو قوله: (احل الله البيع) فللمتولى ان يبيعه و ان لم يكن مالكا للمبيع لعدم قيام دليل يدل على اشتراط كون المبيع ملكا للبائع فى صحه البيع، بل الدليل قائم على خلافه اذ تصرف الولى و الوكيل جائز و بيع الاولياء و الوكلاء جوازه

دراساتنا من الفقه الجعفرى، ج ٣، ص: ٢٣٩

كالنار على المنار، و الحال انهم ليسوا مالكين للمبيع.

لا يقال: ان قوله: (لا تبع ما ليس لك عندك) يدل على ان البائع لا بد ان يكون مالكا للمبيع و الا لا يكون بيعه صحيحا.

لأنا نقول: غايه ما يستفاد من هذه الروايه بمعونه ساير الروايات ان امر المبيع لا بد ان يكون بيد البائع بان لا يكون بيعه فضوليا و اما اشتراط كون البائع مالكا للمبيع فلا يستفاد منه، مضافا بانه سلمنا هذا المعنى لكن كما مر آنفا انه لا شبهه فى بطلان هذه الكليه نعم لو لم يكن الشخص مالكا و لا وكيلا و لا وليا لا يجوز بيعه.

قوله: نعم يمكن ان يقال: «١»

اقول: ان هذا استدراك عما ذهب

اليه من عدم جواز بيع الوقف لمنافاته مع حق ساير البطون، و استثنى صورته واحده، و هي ما اذا كان الوقف مما لا يبقى بحسب استعداده الى آخر البطون فلا وجه لمراعاتهم بتبديله بما يبقى لهم بل يجوز بيعه و صرف ثمنه للبطن الموجود.

و اورد عليه بان ملك الموجودين لم يكن بطلق كى يجوز بيعه لتعلق حق البطون اللاحقه به فاذا لا يجوز بيعه لاشتراط الطلقه فى المبيع.

و (فيه) انا لا نسلم عدم كون المبيع طلقا فى المقام لعدم الملك للمعدومين لا فعلا و لا شأنًا، لان مالكيتهم للعين الموقوفه مبتنيه على بقاء العين، و المفروض عدم بقائه الى زمانهم.

و الحق فى الجواب أن يقال: ان حقيقه الوقف عبارته عن تحييس الاصل و تسبيل الثمره، فان تسبيل الثمره موسع لدائره الحبس (توضيحه) ان غرض الواقف و لو بحسب الارتكاز. ليس الانتفاع بشخص المال بل غرضه حفظه و لو بالتبديل الى ما يماثله فى المالىه فان التبديل من أنحاء حفظ المال عند العقلاء، و هذا الغرض

(١)- المكاسب، ص ١٦٨ السطر (١٢)

دراساتنا من الفقه الجعفرى، ج ٣، ص: ٢٤٠

يكون ممضى عند الشارع لقوله: (الوقف على حسب ما أوقفها أهلها) فعليه لا- مجال لجواز بيعه، و اختصاص ثمنه بالبطن الموجود و ان كان الوقف مما لا- يبقى بحسب استعداده العادى الى آخر البطون، و لا- يتوهم أحد أنا قدعى بأن الغرض له مدخليه فى الامر كى يقال: بأنه لا اعتبار بالاغراض بل ندعى كما تقدم انه ينشئ بهذا النحو و لو بالارتكاز.

[وقع الكلام فى أن الثمن على تقدير جواز بيع الوقف هل يختص بالبطن الموجود أم يعم المعدومين؟]

قوله: و مما ذكرنا يظهر أن الثمن على تقدير البيع لا يخص به البطن الموجود ... (١) «

أقول: وقع البحث فى أن الثمن على تقدير جواز بيع

الوقف هل يختص بالبطن الموجود أم يعم المعدومين؟ قال الشيخ: ان الثمن لا يخص به البطن الموجود فان المبيع اذا كان ملكا للموجودين بالفعل، و للمعدومين بالقوه، كان الثمن كذلك، و افاد الشهيد بان الثمن يصير مملوكا على حد الملك الاول، اذ يستحيل أن يملك لا على حده.

(توضيحه) ان الثمن لا بد أن يدخل في محل خرج منه المبيع فلو جاز أن تخرج العين الموقوفه الى ملك الغير بعوض لا يدخل في ملك الموجودين بذلك النحو الذى كان المعوض لهم جاز أن تخرج بعوض لا يدخل في ملك الموجودين، و الحال أن التالى باطل فكذا المقدم.

و ربما يجاب عن الشهيد باننا لا نسلم مالكيه لبطون اللاحقه للثمن لأنهم معدومون فى الحال و ملكيه المعدوم أمر غير معقول.

و الجواب عنه (اولا) ينتقض هذا بالعين الموقوفه، بانها باى نحو يكون المعدومون مالكا لها، و الجواب هو الجواب.

و (ثانيا) حلا- بأن نسأل ما المراد من ان مالكيه المعدوم غير معقول، فان كان المراد انهم لا يعقل أن يكونوا مالكين لشيء فى عرض البطون الموجوده، فهو

(١)- المكاسب ص ١٦٨ السطر (١٤)

دراساتنا من الفقه الجعفرى، ج ٣، ص: ٢٤١

صحيح، الا- انه أمر خارج عن محل البحث و ان كان المراد غير معقوليتها، و لو فى طول مالكيه الموجودين فلا وجه له، لان الملكيه أمر اعتبارى تابع لاعتبار المعبر و له أن يعتبر ملكيه المعدومين اذا رتب عليه اثر، و بعبارة أخرى أن الملكيه خفيفه المثونه قابله لان يكون معتبره للمعدومين أيضا من دون أن يكون فى ذلك محذور أصلا.

و (ثالثا) أن ملكيه المعدومين انما هى الملكيه الشأنيه و هى لا تزاحم الملكيه الفعلية، و ان تحققت فى عرضها.

و (بعبارة واضحة) انا

نقول: ان المعدومين ثبتت لهم الملكيه الشأنيه، فى - عرض ثبوت الملكيه الفعلية للبطن الموجود، و هذا أمر معقول، و لا تراحم بينهما أصلا، و هذا مبنى على التنزل، و الا فمقتضى التحقيق كون المعدوم مالكا بالفعل غايه الامر بنحو الطويله، و سيجى ء زياده توضيح للمدعى.

و لكن المحقق نزل المقام منزله ديه العبد الموقوف المقتول بان الديه يكون للبطن الموجود، فان تعلق حق البطون اللاحقه بعين العبد لا يستلزم تعلقه بالثمن أيضا، و كذلك المقام فان الوقف ملك للبطن الموجود غايه الامر تعلق حق البطون اللاحقه بالعين فاذا فرض جواز بيعه انتقل الثمن الى من هو مالك له فعلا، و لا يلزم من تعلق الحق بعين المبيع تعلقه بالثمن.

و ان شئت فعبر بأن بدلديه الثمن للعين الموقوفه لا يثبت بدليل لفظى حتى يتمسك بعمومه أو اطلاقه لإثبات ترتب جميع اللوازم الثابته للمبدل على البديل أيضا، و مجرد البدليه لا يوجب ترتب جميع اللوازم كما هو واضح.

و (فيه) انه لا وجه لتنزيل ثمن العين الموقوفه منزله ديه العبد الموقوف للفرق الواضح بين المقامين، فان ديه العبد يتحقق بحكم الشارع بعد تلف العبد فاذا قتل العبد خطأ يحكم الشارع بوجوب الديه على القاتل، و لا محذور فى أن يحكم باختصاص الديه بالموجودين عقلا هناك، و هذا بخلاف المقام اذ بمجرد خروج الوقف

دراساتنا من الفقه الجعفرى، ج ٣، ص: ٢٤٢

عن ملك الموقوف عليهم على وجه المعاوضه المعاملية يدخل الثمن فى ملكهم فلا يعقل اختصاص الثمن بالموجودين مع خروج الملك عن ملكهم و ملك المعدومين، و المقصود من عدم المعقوليه ان المبادله بطبعها يقتضى هذا المعنى، نعم يمكن التبدل بنحو آخر بالعنايه الخاصه كما لو اشترى بدرهم زيد شيئا لنفسه.

و ثانيا

انا لا نسلم كون الدية للبطن الموجود مطلقا بل نقول: ان جعل الدية ان كان حكما تعديا فلهذا الكلام مجال بان يقال ان الدية تكون للبطن الموجود.

و ان كان بدلا عن المقتول كما هو الظاهر فلا وجه للقول باختصاصه للبطن الموجود فيكون المعدومون أيضا مشتركين معهم بملا-ك اشتراكهم في المبدل، و الحاصل انه لا-وجه لاختصاص الثمن بالبطن الموجود كيف و الحال انهم حكموا بأن بدل الرهن يكون رهنا، و المقام أولى بالحكم منه، لان حق الرهنه متعلق بالعين من حيث انه ملك لمالكه، فاذا ارتفع هذه الملكيه ببيع العين فلك أن تقول:

ان حق الرهنه ارتفع بارتفاع العين المرهونه و لا-وجه لكون بدله أيضا مرهونا و الحال انهم حكموا بكونه رهنا و أما فى المقام فان المعدومين يكونون مالكين للعين الموقوفه على نهج مالكيه الموجودين لها غايه الامر ان الموجودين يملكونها بالملكه الفعلية، و المعدومين بالملكه الشأنيه.

فاذا كان الحكم فى العين المرهونه بتعلق حق الرهنه على بدلها أيضا يكون الحكم فى المقام بتعلق حق المعدومين ببديل العين الموقوفه بطريق أولى.

قوله: (و من هنا يظهر عدم الحاجه الى صيغه الوقف فى البديل ...) « ١ »

أقول: ان بديل العين الموقوفه اما يدخل فى ملك الموقوف عليهم مطلقا أعم من الموجود و المعدوم فعلا- كما كان المبدل كذلك أو يدخل فى ملك الموجودين فقط، أو يدخل فى ملك الواقف أو يكون كإحدى المباحات الاصلية.

(١)- المكاسب، ص ١٦٨ السطر (٣٠)

دراساتنا من الفقه الجعفرى، ج ٣، ص: ٢٤٣

فان كان داخلا فى ملك الموقوف عليهم سواء كان الموجودين منهم أو أعم منهم و من المعدومين على نحو دخول المبدل فى ملكهم، فلا احتياج الى إنشاء الوقف بعد دخوله فى ملكهم باقتضاء

قانون البدليه بل الالتزام بلزومه التزام بلزوم تحصيل الحاصل، و ان كان داخلا- فى ملك الموجودين فقط على نحو الملكيه الطلقه فلا مجال حينئذ للبحث بأن البدل يحتاج الى إنشاء الوقف أم لا لان البدل ملك طلق لهم على الفرض فيجوز أن يتصرفوا فيها كيف يشاءون، و الالتزام بلزوم الصيغه فى هذه الصوره كالاتزام فى لزومها فى جواز تصرف الانسان فى ماله الشخصى.

و ان كان داخلا- فى ملك الواقف فلا يكون وقفا لكونه خارجا عن موضوع الوقف كى يبحث عن احتياجه الى إنشاء الوقف و عدمه.

و ان كان داخلا- فى المباحات فالامر فيه أوضح من سابقه لعدم مالك له، و لا يكون وقفا حتى يحتاج الى الانشاء، بل يجوز لكل شخص أن يتصرف فيها كما بيناه فى البحث عن المباحات الاصليه و يترتب عليه احكامه فتلخص مما ذكرنا ان البدل لا يحتاج الى إنشاء صيغه الوقف فى جميع التقادير المذكوره.

و لا يخفى عليك انا قد ذكرنا سابقا ان العين الموقوفه تخرج عن ملك الواقف بانشاء صيغه الوقف و تدخل فى ملك الموقوف عليهم، و كذلك نقول: فى بدلها فانه أيضا يدخل فى ملك الموقوف عليهم لا على نحو الملكيه الطلقه، بل على نحو الملكيه الموقته ما دام انهم موجودين كما قلنا ذلك فى المبدل.

لا- يقال: ان لم تكن البطون الموجوده مالكين للعين بالملكيه الطلقه فكيف يبيعون العين الموقوفه مع عدم كونهم مالكين لها على الاطلاق.

لأننا نقول: لا يشترط فى البيع أن يكون البائع مالكا للمبيع الى الابد بل يصدق البيع على ما اذا باعه فى المده التى يكون مالكا له كما أن يبيعه مثلا بمده عشر سنواه فاذا صدق عليه البيع العرفى تشمله ادله البيع.

دراساتنا

و لو تنزلنا و قلنا: بان البيع تمليك العين بالملكه الدائمه لكن مع ذلك نقول:

بصححه البيع اذا لموقوف عليه يملك العين على الدوام، و لا- يحتاج البيع الى أن يكون البائع مالكا للعين الى الابد، و العمده ملاحظه القواعد المقرره.

(لا يقال) ان الملكيه امر بسيط و هو لا يكون قابلا للتجزيه كى يصح أن يقال:

انه باع مده معينه فاما أن يباع الى الابد أو لا يباع أصلا و التجزيه غير معقول.

و فيه (اولا) انه ينتقض بالاجاره فان الدار مثلا يمكن أن يوجر في أن واحد من أفراد عديده بأن يكون كل واحد منهم مالكا للمنفعه في وقته، كما اذا آجر الدار مثلا من عمرو و في مده شهر آخر من زيد و هكذا، و كان وقوع الاجاره بيوم واحد، هل يمكن لأحد أن ينكر صححه هذه الاجاره بتوهم ان ملكيه المنفعه أمر بسيط لا بد اما أن يوجر الى الابد، او لا يوجر اصلا.

و (ثانيا) ان البساطه و التركيب يكونان في الامور الواقعيه فان الشئ البسيط فيها لا يكون قابلا للتجزيه، و اما الملكيه فليست منها بل هي من الامور الاعتباريه، فللمعتبر أن يعتبر الملكيه عشر سنوات مثلا لزيد و عشر سنوات لعمرو و هكذا، و لا محذور فيه ثبوتا و نلتزم به لو ساعدنا الدليل.

و (ثالثا) نفرض ان الملكيه أمر بسيط و ليست قابله للتجزيه الا أنها قابله للتعدد بلحاظ الاعتبار، فان للواقف أن ينشئ الوقت بأن يكون للبطن الاول ما دام موجودا و للبطن الثاني كذا.

ان قلت: انا لا نسلم جواز بيع العين الموقوفه، لان البائع اما أن يبيعه على نحو الاطلاق، و المفروض انه ليس مالكا مطلقا لها

تعلق البطون اللاحقه و اما أن يبيعه بنحو التقييد فيلزم منه أن تعود العين الى ملك البطن اللاحق بعد موت البائع.

قلت: ان البائع للعين الموقوفه اما أن يكون متوليا للوقف فله أن يبيعه على الاطلاق لأنه كما يكون متوليا للوقف بالنسبه الى الموجودين كذلك متوليا بالنسبه

دراساتنا من الفقه الجعفري، ج ٣، ص: ٢٤٥

الى المعدومين أيضا و لا مجال لتوهم ان ليس له بيع ذلك لعدم كونه مالكا لأننا بينا سابقا عدم اشتراط كون المبيع ملكا لباعه بل يكفي فيه أن يكون أمره بيده فان العين الموقوفه يكون أمرها بيد المتولى فله أن يبيعه هذا اذا كان البائع متوليا للوقف.

و اما اذا كان البائع هو البطن الموجود فبأدله جواز بيع الوقف فى المقام يعلم أن له الولايه على البطون اللاحقه، فيكون بيعه صحيحا، و لا يرد عليه الايراد المذكور.

[هل جائز بيع الوقف و إبداله بعين أخرى بحسب المصلحه أم لا]

اشاره

قوله: (ثم ان هذا العين حيث صارت ملكا للبطون فلهم أو لوليهم أن ينظر فيه و يتصرف فيه بحسب مصلحه جميع البطون و لو بالابدال بعين أخرى أصلح لهم بل قد يجب اذا كان تركه يعد تضييعا للحقوق و ليس مثل الاصل ممنوعا عن بيعه الا لعذر ...)

و افاد السيد الاستاذ فى توجيه كلام الشيخ ان نظر الواقف انما يكون حفظ مالىه العين فاذا كان بقاء العين موجبا لتضييع المالىه فلهم تبديلها بعين أخرى حفظا لبقاء المالىه،

و افاد السيد اليزدى ان الوقف اذا بيع او اتلفه متلف فعوضه وقف لكن هل حكمه حكم مبدله فى عدم جواز تبديله او لا نقول ان بيع بما لا يصح وقفه كالنقدين او بغير المماثل و قلنا بوجوب شراء المماثل جاز تبديله بالمماثل و اما ان يبيع بالمماثل او بغيره و لم

يشترط المماثل ففى جواز تبديله و عدمه و جهان من ان مقتضى البدليه جريان حكم مبدله و من امكان دعوى اختصاص عدم جواز التبديل بالوقف الابتدائى كما اختاره المحقق الانصارى الى أن قال و الاحوط اعتبار المماثل كما ان الاحوط عدم التبديل لقاعده البدليه.

أقول: لنا أن نبحت فى مقامين،

اشاره

الاول عن وجود المقتضى لجواز بيع بدل الوقف، و الثانى عن وجود المانع،

اما المقام الاول [عن وجود المقتضى لجواز بيع بدل الوقف]

فالظاهر ان المقتضى لجواز

(١)- المكاسب ص ١٦٨ السطر (٣٢)

دراساتنا من الفقه الجعفرى، ج ٣، ص: ٢٤٦

البيع موجود كما يظهر بالتأمل غايه الامر يلزم أن يكون المتصدى للبيع المتولى ان كان و الحاكم ان لم يكن.

و اما المقام الثانى [عن وجود المانع]

فالمانع المذكور للجواز أمران.

(الاول) إنشاء الواقف.

(الثانى) قوله لا يجوز شراء الواقف).. «١» فنقول اما المانع الاول فتقريبه ان الواقف جعل بانشاءه العين الموقوفه مقطوع الرجلين عن الانتقال مطلقا و أمضاه الشارع بقوله الوقوف على حسب ما أوقفها أهلها «٢».

و توضيح المرام يحتاج الى بسط الكلام فنقول ان الواقف اما جعل الوقف مقطوع الرجلين فى جميع مراتبه حتى فى مرتبه تبديله بعين اخرى و اما أوقف العين الموقوفه عن الحركة الخاصه بأن يتصرف فيه كبقية الاموال، و أما بالنسبه الى بدله فلم ينشئ هذا المعنى.

و بعبارة اخرى ان ايقافه لا- يشمل تبديله بعين اخرى تكون وقفاً أيضاً، فاذا علمنا في مقام الاثبات أن غرض الوقف يكون هو القسم الاول بمعنى انه أوقف العين عن التحرك في جميع مراتبه و في جميع سلاسل متلاحقه و أمضاه الشارع أيضاً كذلك بقوله: (الوقف على حسب ما أوقفها أهلها) فلا بد أن نلتزم بعدم جواز بيع الوقف و لو بتبديلها بعين أخرى الا بطر و المجوز له، و هو خارج عن محل الكلام و على هذا فلا وجه لكلام الشيخ حيث قال: فاللازم ملاحظه مصلحه الموقوف عليهم لما عرفت مما ذكرنا عدم جواز بيعه و ان كان خلاف مصلحتهم و لعل السيد اليزدي اشار الى ما ذكرنا بقوله: محل تأمل.

(١)- الوسائل، الجزء (١٣) الباب (٦) من أبواب احكام الوقوف، الحديث (١)

(٢)- الوسائل، الجزء (١٣) الباب (٢) من أبواب احكام الوقوف (الحديث) (١ و ٢)

دراساتنا من الفقه الجعفري،

و كذا لا وجه لما ذهب اليه السيد الاستاذ بأن العين لا مدخلية لها بل الغرض حفظ المالىه فيجوز تبديلها بعين اخرى حفظا لها لأنك علمت ان الواقف أوقف العين بجميع مراتبها عن التحرك فلا يجوز بيعها.

و اما اذا علمنا بان مراده كان ايقاف العين الاولى فقط و حفظ ماليتها بأن لا يكون مانع من التبديل و يكون غرضه حفظ الوقف فى السلسله المتلاحقه، فلا بأس ببيعها بان تبدل بعين أخرى، هذا اذا كان غرض الواقف معلوما.

و اما اذا لم يكشف لنا غرض الواقف فى مقام الاثبات و الدلاله بانه هل قصد القسم الاول أو الثانى فتصل النوبه الى مقام الثبوت و حيث ان التقابل بين الاطلاق و التقييد تقابل الضدين ثبوتا و ان كان من تقابل الملكه و عدمها اثباتا لأنه كما ان التقييد يحتاج الى لحاظ كونه ضيقا فكذلك الاطلاق يحتاج الى لحاظ كونه عاريا عن القيود فانه عباره عن رفض القيود. و نحن نشك بأن الواقف هل انشأ صيغه الوقف بقصد وقف العين على النحو الاول او على النحو الثانى.

و حيث ان اصاله عدم تقييد معارضه باصاله عدم الاطلاق فلا يثبت باصاله عدم التقييد الاطلاق الاعلى النحو المثبت هذا تمام الكلام فى المانع الاول.

و اما المانع الثانى، فهو قوله: (لا يجوز شراء الوقف)، و لا تدخل الغله فى ملكك «١» بتقريب ان الروايه باطلاقها تدل على عدم جواز بيع الوقف عينا كانت أو بدلها.

و ربما يقال: بانصراف الروايه عن البديل فانها تدل على عدم جواز بيع الوقف الابتدائى الذى وقع إنشاء الواقف عليه، و أما بديل العين الموقوفه فلا تشمل الروايه له فلا مانع من بيعه فيحكم على صحته بالعمومات

الداله على صحه البيع كقوله:

(أحل الله البيع و تجاره عن تراض).

(١)- الوسائل، الجزء (١٣) الباب (٦) من ابواب أحكام الوقوف الحديث (١)

دراساتنا من الفقه الجعفرى، ج ٣، ص: ٢٤٨

و يرد عليه ان الواقف أو المتولى يجوز له البيع اذا لم تكن العين الموقوفه فى نظر الواقف مقطوعه عن التحرك فى جميع مراتبها والا فلا يجوز، و بعبارة اخرى الشك فى موضوع دليل الحل و الحكم لا يتعرض لوجود موضوعه و اصاله عدم تضيق الواقف معارضه باصاله عدم توسعته فتكون النتيجة عدم جواز بيعه وضعاً.

قال الشيخ: قال العلامة فى محكى تذكرته كل مورد جوزنا بيع الوقف فانه يباع و يصرف الثمن الى جهة الوقف فان أمكن شراء مثل تلك العين مما ينتفع به كان أولى و الإجازة شراء كل ما يصح وقفه و إلا صرف الثمن الى الموقوف عليه ثم بعد ذكر عبارته العلامة بتمامها قال: و لا يخفى عليك مواقع الرد و القبول فى كلامه «١».

أقول: أما موقع قبول الشيخ فهو جواز بيع اصل العين و تبديلها بعين اخرى، و اما موقع الرد فهو وجوب مراعاة المماثلة فان الشيخ يجوز اشتراء كل ما يصح وقفه مائل الاصل أو خالف و كذا موقع الرد صرف الثمن للموقوف عليهم مع تعذر شراء عين اخرى مكانه فان الشيخ يرى وجوب حفظ الثمن حتى يتمكن من شراء ما يصح وقفه.

[إن المتولى للبيع هل هو البطن الموجود بالاستقلال أو يشترط ضميمه الحاكم إليه]

قال الشيخ: ثم ان المتولى للبيع هو البطن الموجود بضميمه الحاكم القيم «٢»

أقول: حاصل ما استفاد من كلامه ان المتولى للبيع هل هو البطن الموجود بالاستقلال أو يشترط ضميمه الحاكم اليه، تردد الشيخ فى اشتراط ضميمه الحاكم القيم، و احتمال ان القيم منصوب للنظاره بالنسبه الى اصل العين و

اما البديل فان وظيفته المجعوله منصرفه عنه، و احتمال أن يكون ناظرا بالنسبه الى البديل أيضا كما كان ناظرا في أصل الوقف
تعلق حقه بالعين الموقوفه فيتعلق بديلها و اختار الاول من الاحتمالين.

و فيه انه لا وجه لادعاء الانصراف عن البديل فكما أنه يكون ناظرا الى أصل

(١)- المكاسب ص ١٦٩ السطر (٤)

(٢)- المكاسب ص ١٦٩ السطر (١٢)

دراساتنا من الفقه الجعفري، ج ٣، ص: ٢٤٩

العين كذلك يكون ناظرا الى البديل أيضا.

و التحقيق أن يقال: ان العين الموقوفه اما أن يجعل الواقف متوليا لها أم لا- و على الاول فكما انه متولى للعين كذلك متولى
للبدل أيضا لأنه مقتضى اطلاق التولية و أما على الثانى و هى صورته عدم جعل القيم للعين الموقوفه فيكون المتصدى نفس
الموقوف عليهم أو الحاكم بلا فرق فى ذلك بين أصل العين و بديلها.

و أفاد السيد الاستاذ فى بيان جواز بيع البطن الموجود بلا احتياج الى ضم الحاكم انه لو فرض عدم المتولى للوقف ان المالك
للعين هو البطن الموجود، و أما البطن المعدوم فليس مالكا فلا مجال لان يقال: ان البطن الموجود بالنسبه الى حقه يتصدى للبيع
و الحاكم بالنسبه الى حق البطن المعدوم يشترط نظره.

و فيه (اولا-) انا بينا انهم ما لكون للعين الموقوفه فى طول مالكيه البطون الموجوده الا- ان مالكيه الموجودين تكون بالملكيه
الفعليه فى رتبه متقدمه، و مالكيه المعدومين تكون بالملكيه الشأنيه.

و (ثانيا) سلمنا أنهم لا- يكونون مالكين بالفعل الا ان الاستاذ اشترط فى صحه المعاوضه ان يكون المبيع مملوكا طلقا، و عليه
نسأل بانه ان كان البطن الموجود يبيع الوقف على اطلاقه فلا حق له بهذا النحو لتعلق حق البطون اللاحقه به أيضا، و ان كان يبيع

بالملكيه المقيده فمثل هذا البيع لا يكون معهودا فى العرف حتى تشمله الادله الداله على صحه البيع، اللهم الا أن يقال: عدم اعتبار كونه معهودا عند العرف بعد صدق البيع له فتشمله الادله.

[فى صورته التى لا يمكن شراء البديل هل يوضع الثمن عند الأمين]

اشاره

(مسأله) اذا لا يمكن شراء البديل فيما اذا بيع العين الموقوفه و لم يكن الثمن مما ينتفع به مع بقاء عينه كالتقدين هل يوضع الثمن عند الامين حتى يتمكن من شراء ما ينتفع به كما قال به الشيخ أو اذا طالب البطون هل يجب رده اليهم و جهان.

قال الاستاذ: اذا طالب البطون الموجوده و جب تسليمه اليهم لوجب تسليم

دراساتنا من الفقه الجعفرى، ج ٣، ص: ٢٥٠

الملك الى مالكة خلافا للعلامه و لتوجيه هذه المقاله يمكن أن يقال: اذا فرض ان ثمن العين الموقوفه لا ينتفع به أصلا كما هو المفروض سقط عن كونه وقفا لان الوقف كما بينا سابقا عبارته عن تحييس الاصل و تسهيل الثمره، و المفروض فى المقام عدم وجود الثمره فى الثمن فيبطل الوقف بارتفاع موضوعه فعليه فلا- وجه لقول الشيخ حيث قال: لا- يجوز دفعه الى البطن الموجود لكونه مشتركا بين جميع البطون فبعد بطلان الوقف بانتفاء موضوعه لا حق للبطون اللاحقه حتى يكون مانعا عن جواز دفعه الى الموجودين، و ان كان الموجودون أيضا لا حق لهم فى الثمن بعد بطلان الوقف كما لا يخفى.

و لذا قال الاستاذ ان الثمن لا يكون وقفا بل طريق لتبديل العين الموقوفه بعين أخرى، و لعل نظره ان الثمن اذا لم يمكن الانتفاع به سقط عن كونه وقفا.

هذا غايه ما يمكن أن يوجه به هذا المدعى و لكنه فيه اشكال فانه لا وجه للبطلان و معنى تسهيل الثمره فى الوقف ان الثمره ليست

كالأصل محبوسه بل مرسله العنان فلا يترتب عليه بطلان الوقف.

مضافاً بأن الثمن قابل لأن ينتفع به و الانتفاع به أن يشتري شيئاً قابلاً لأن يكون وقفاً في أو انه فانقذح بما ذكرنا ان الحق ما افاده الشيخ بانه يلزم أن يوضع عند امين كى يشتري به شيئاً لان الواقف و لو بالارتكاز لا يرضى بتضييع المالىه فى العين الموقوفه فاذا لا يمكن حفظه الا بالتبديل بالنقدين فلا بأس بتبديلها بالثمن.

قال الشيخ (قدس سره) و لا يعطل الثمن حتى يوجد ما يشتري به من غير خيار بل اذا أمكن شراء ما ينتفع به و لو مع الخيار الى مده لجاز ذلك.

«١» و يمكن ان يورد عليه بأن شراء الشىء مع الخيار لا يمكن ان يجعل وقفاً لأنه من الممكن ان يعمل حق الخيار فيأخذ العين و يلزم منه ان يكون الوقف موقتاً بالمده

(١)- المكاسب ص ١٦٩ السطر (١٦)

دراساتنا من الفقه الجعفرى، ج ٣، ص: ٢٥١

التي لم يعمل ذو الخيار خياره و معناه ان يكون وقفاً موقتاً.

اقول: ان الخيار اما يكون للبائع او للمشتري فعلى كلا التقديرين لا يتوجه الاشكال اذ لو كان الخيار منافياً و فرضنا كونه من ناحيه المشتري و المتولى للوقف فيلزم ان لا- يجعل الخيار لفرض منافاته للوقف و اما فى صورته ان البائع لا يبيع إلا مع الخيار فايضا لا محذور اذ غايه ما قيل فى وجه الاشكال انه من الوقف المنقطع و بطلانه على نحو الاطلاق اول الكلام.

و (ثانياً) لو سلم ان الخيار يوجب بطلان الوقف بالنسبه الى العين الموقوفه لكن بالنسبه الى بدله لا دليل عليه، و بعبارة اخرى لا اطلاق فى دليل المنع كى يشمل البدل أيضاً.

و ثالثاً انه يمكن

ان يقال: بانه حبس و الحبس امر جائز شرعا فهو محبوس ما لم يعمل الخيار.

فرعان

(الاول) انه لو اتجر بثمان العين الموقوفه فان الربح هل يملكه الموجودون فقط او يشترکہم المعدومون أيضا

فيه وجهان. الحق ان يقال: انه لا يختص بالبطون الموجوده بل للمعدومين أيضا فيه حق لكون الربح تابعا للأصل، فكما ان الاصل لا يختص به البطن الموجود فكذلك فرعه هذا اذا خرب العين الموقوفه بأكملها.

(الثاني) انه لو عرض الخراب للوقف بالنسبه الى بعض اجزائه فبياع البعض المخروب

فهل يصرف ثمنه لعماره الباقي، او يصرف في وقف آخر عليهم على نحو هذا الوقف، او يشتري به المماثل و جهان، و المتيقن عدم جواز صرفه في وقف آخر

دراساتنا من الفقه الجعفري، ج ٣، ص: ٢٥٢

لهم خصوصا اذا كان واقفه شخصا آخر، و الوجه فيه ما بينا من انه لا بد ان يبدل بالمماثل لا بغيره، فلا بد من التبديل بالمماثل هذا تمام الكلام في الصورة الاولى.

(قوله قدس سره) الصورة الثانيه أن يخرب بحيث يسقط عن الانتفاع المعتد به بحيث يصدق عرفا انه لا منفعه فيه كدار انهدمت فصارت عرصه توجر للانتفاع باجره لا تكون معتدا بها «١»

أقول: الظاهر انه لا وجه لذكر هذه الصورة وجها مستقلا و صوره اخرى، لان المنفعة ان بلغت في قلته حدا يعد معدوما في نظر العرف فهذه الصورة تدخل في الصورة الاولى، و ان لم تبلغ بهذه المرتبه في القله، و لا يعد معدوما في نظر العرف فتدخل في الصورة الثالثه، و على اى حال لا وجه لذكر هذه الصورة صوره مستقلة.

و كيف كان فعلى فرض سقوط الوقف عن الانتفاع المعتد به هل يجوز بيعه أم لا فتارتا يبحث عن وجود المقتضى، و اخرى عن وجود المانع اما الكلام من حيث المقتضى فالظاهر جواز بيعه كما مر في الصورة الاولى و اما الكلام من حيث المانع فوجوه.

(الاول) ان الاجماع قائم على عدم جواز بيع الوقف.

و فيه اولا ان مع وجود هذه الاختلاف البين كيف يمكن

ادعاء تحقق الاجماع.

و (ثانيا) على تقدير تحققه لا- يكون حجه لكونه معلوم المدرك و لا- أقلّ من- احتمالاه بان يكون الوجوه الآتية المذكوره للمانع مدرك الاجماع فلا يكون اجماعا تعبديا.

(الثاني) قوله: (لا يجوز شراء الوقف و لا تدخل الغله فى ملك) و (ربما يتوهم) ان الروايه بقربنه قوله: لا تدخل الغله فى ملك، تكون فيما اذا كان للوقف

(١)- المكاسب ص ١٦٩ السطر (٢٣)

دراساتنا من الفقه الجعفرى، ج ٣، ص: ٢٥٣

منفعه و غله معتده بها فعليه تكون الروايه أجنبيه عن المقام.

و فيه ان الجمله الثانيه جملته مستقله لا ربط لها بالجمله الاولى و لا تصلح أن تكون قرينه لها كى تقيد اطلاقها فلا مانع من شمول اطلاقها للمقام أيضا.

لا يقال: ان قوله: لا يجوز شراء الوقف منصرف عن المقام لأنه ناظر الى ما تكون للوقف منفعه معتده بها.

لأننا نقول. لا وجه لهذا الانصراف لان منشأه ان كان قله وجوده بالنسبه الى الوقف الذى له منفعه معتده بها فيرد عليه (اولا) انا لا نسلم قله وجوده بل هو أيضا كثير فى حد نفسه.

و (ثانيا) لا يكون قله الوجود منشأ للانصراف.

ان قلت ان مقتضى الاصل عدم الاطلاق فى متعلق إنشاء الواقف فلا تكون العين بعد قله المنفعه وقفا، قلت يعارض هذا الاصل اصاله عدم التضييق، مضافا بانه مثبت.

ان قلت مقتضى الاستصحاب عدم جواز بيعها و فيه و ان كان المراد منه استصحاب الحرمة السابقه فان كان المراد منه الحرمة التكليفيه فيعارضه استصحاب عدم جعل الزائد.

و ان كان المراد الحرمة الوضعيه يكون من الاستصحاب التعليقى نعم مقتضى اصاله عدم الانتقال الى الغير فساد البيع.

و الذى يقتضيه التحقيق أن يقال: ان حقيقه الوقف كما بينا سابقا عبارته عن تحبب الاصل، و

تسبيل الثمره، فاذا سقط الوقف عن الانتفاع المعتد به بحيث يسقط عن الانتفاع عند العرف لا يكون له ثمره كى يصدق عليها عنوان التسبيل و عليه فيكون بيعه جائزا هذا كله اذا سقط الوقف عن الانتفاع عرفا و اما اذا لم يبلغ بهذه المرتبه، بل كان

دراساتنا من الفقه الجعفرى، ج ٣، ص: ٢٥٤

له ثمره عند العرف الا انها لا تكون ثمره معتده بها فلا وجه لجواز بيعه، و غايه الامر يشكك فى جوازه، و المرجع هو اصله عدم الجواز.

[كلام صاحب الجواهر فى أن جواز بيع الوقف لا يكون إلا مع بطلان الوقف و رد الشيخ عليه]

قوله: (ثم انك قد عرفت فيما سبق ذكر بعض ان جواز بيع الوقف لا يكون الا مع بطلان الوقف. «١»)

اقول: ان المراد من البعض هو صاحب الجواهر (قدس سره) و قد عرفت النزاع الذى كان بينه و بين الشيخ حيث قال صاحب الجواهر انه بطرو مجوز البيع يكون الوقف باطلا و انكره الشيخ فانه ذهب الى بطلان الوقف بوقوع البيع، و اما مجرد طرو المجوز فلا يكون موجبا لبطلانه كما بينا تفصيله سابقا.

قوله: ثم وجه (صاحب الجواهر) بطلان الوقف فى الصوره الاولى «٢» (اعنى صوره خراب الوقف بحيث لا يمكن الانتفاع به).

أقول: حاصل كلامه فى وجه بطلان الوقف هو ان حقيقه الوقف تقوم بامرین احدهما حبس الاصل و الاخر تسبيل الثمره و من المعلوم ان مفهوم التسبيل لا- يكون من غير ثمره فلا- يعقل تحقق حقيقه الوقف الا- عند الثمره للعين الموقوفه من غير فرق فى ذلك بين ابتداء الوقف و استدامته، فبانتفاء الثمره ينتفى الوقف لان المركب كما ينتفى بانتفاء جميع اجزائه كذلك ينتفى بانتفاء بعض اجزائه و اورد عليه الشيخ بوجه.

(الاول) انه لا وجه لبطلان الوقف بعد انعقاده صحيحا فى الوقف المؤبد.

(الثانى) انه لا دليل

على بطلانه بعد انعقاده صحيحا.

الثالث ان كون العين مما ينتفع بها مع بقاء عينها و ان كان شرطا فى الوقف ابتداء الا انه لا دليل على اشتراط الشرط المذكور فيه استدامه فان الشرط فى العقود

(١)- المكاسب ص ١٧٠ السطر (٣)

(٢)- المكاسب ص ١٧٤، السطر (٣)

دراساتنا من الفقه الجعفرى، ج ٣، ص: ٢٥٥

الناقله يكفى وجودها حين النقل فانه قد يخرج المبيع عن المالىه، و لا يخرج بذلك عن ملك المشتري بالاتفاق.

(الرابع) ان جواز بيع الوقف لا يوجب الحكم بالبطلان بل يوجب خروج الوقف عن اللزوم الى الجواز.

و يرد فيما افاده (اولا) ان قوله (لا وجه لبطلان الوقف لا يمكن المساعده عليه بل الوجه فيه ظاهر على مبنى صاحب الجواهر لأنه يدعى ان تسبيل الثمره داخل فى حقيقه الوقف و يكون من مقوماته، فمع انتفاء الثمره ينتفى حقيقه الوقف لان الشئ ى ينتفى بانتفائه مقومه.

و فيما افاده (ثانيا) ان قوله: لا دليل عليه بعد قوله: لا وجه عليه لا يكون اشكالا مستقلا و ذكره وجهها مستقلا لا يعرف وجهه فانه ان كان على البطلان دليل كان هو الوجه كما انه ان لم يكن له وجه لا يعقل ان يكون دليل عليه.

و فيما افاده ثالثا ان قياس المقام بالبيع (حيث قال: قد يخرج المبيع عن المالىه، و لا يخرج بذلك عن ملك المشتري) قياس مع الفارق، لأنه على فرض اشتراط المالىه فى المبيع تكون شرطا للبيع بمعنى المصدرى، و اما البيع بمعنى اسم المصدر فانه لا يعتبر فيه المالىه اى يعتبر المالىه فى المبيع عند حدوث البيع من البائع، و اما بقاء المالىه فى المبيع ما دام المبيع باقيا فلا دليل عليه بخلاف المقام فان كون الشئ ى وفقا يلازم كونه

ذا ثمره و منفعه.

و فيما افاده رابعا ان قوله: (ان جواز بيع الوقف لا- يوجب بطلانه) مردود بانه اذا فرض أن تسييل الثمره مقوم للوقف كما هو مدعى صاحب الجواهر فانتفاء المقوم يقتضى انتفاء الوقف فلا يدفع اشكال صاحب الجواهر بما ذكره الشيخ.

و الحق فى الجواب ان يقال ان الوقف كما ذكرنا سابقا تحيس العين و تسييل

دراساتنا من الفقه الجعفرى، ج ٣، ص: ٢٥٦

الثمره ما دامت الثمره موجوده فكما ان الوقف لا يبطل بانعدام العنوان كذلك لا وجه لبطلانه بنفاد الثمره بل لا بد من تبديله بغيره.

قوله: (ثم ذكر انه قد يقال: بالبطلان أيضا ...) (١)

أقول: حاصل ما ذكره صاحب الجواهر انه قد يلاحظ الواقف وقوع صيغه الوقف على عنوان الشىء كما اذا قال وقفت بستانا مثلا ملاحظا فى وقفه عنوان البستانيه، و اخرى لم يلاحظ عنوانا للوقف بل كان المراد هو الانتفاع به فى كل وقت على حسب ما يقبله، اما الصوره الاولى فيبطل الوقف بانعدام عنوان البستانيه فانه و ان لم تبطل منفعتها أصلا لإمكان الانتفاع بها دارا مثلا لكن ليس عنوان الوقف محفوظا.

ثم أورد على نفسه بانه يمكن أن يقال: ببقاء العرصه على الوقفيه باعتبار أنها جزء من الوقف و هى باقيه، فعليه لا يكون الوقف باطلا بانتفاء عنوان البستانيه مثلا.

و اجاب عنه بأن العرصه ليست جزء للبستان الموقوف مطلقا بل كانت جزء من الموقوف من حيث كونه بستانا فاذا انتفى عنوان البستانيه لا يبقى موضوع للوقف، ثم أيد المقام بما ذكروا فى باب الوصيه، من انه لو أوصى بدار و اندمت قبل موت الوصى بطلت الوصيه، و وجه التأيد أن الوقف المتعلق بالعنوان كالوصيه المتعلقه بالعنوان فكما ان زوال العنوان يبطل

الوصيه كذلك يبطل الوقف.

و استشكل الشيخ (قدس سره) عليه بانه ما لمراد من انعدام العنوان فان اريد بالعنوان ما جعل مفعولا لقوله: وقفت هذا البستان، فلا شك في انه ليس الا كقوله:

بعث هذا البستان، فكما ان انتفاء عنوان البستانه لا يوجب بطلان البيع كذلك

(١)- المكاسب ص ١٧٠ السطر (٧)

دراساتنا من الفقه الجعفري، ج ٣، ص: ٢٥٧

لا يوجب بطلان الوقف و ان اريد غير ذلك فلا بد من بيان المراد منه حتى يتضح الحال، و اما تأييده بالوصيه فغير صحيح لان المناسب ان يقاس المقام بالوصيه بالبستان بعد تمامها و بعد خروج البستان عن ملك الموصى فهل يرضى أحد ان يلتزم ببطلان الوصيه بصيوره البستان عرصه نعم ان الوصيه قبل تمامها محل كلام في بقائها و بطلانها من جهات اخرى غير انعدام العنوان كما تعرضوا لها في باب الوصيه.

و أفاد المحقق النائني ره بأن العنوان الذي جعل مفعولا لقوله: وقفت هذا البستان ان كان من الصور النوعيه العرفيه للوقف فيبطل الوقف بانتفائه كما قال به صاحب الجواهر، و ان لم يكن من الصور النوعيه فالحق كما ذهب اليه الشيخ من عدم بطلانه بانتفائه.

و افاد السيد الاستاذ أن الحق ما ذهب اليه الشيخ لعدم كون مثل هذه العناوين من الصور النوعيه بل يكون مشيرا الى ذات المعنون الذي هو المقصود بالاصاله للواقف، فلا يكون الوقف باطلا بانتفاء العناوين هذا اولاً.

و ثانياً ان الوقف لو كان متعلقاً بالعنوان، و لم يتعلق بالعين الخارجيه لا وجه لخروجه عن ملك الواقف.

و فيه انه لا محذور في الالتزام بعدم خروج الوقف عن ملك واقفه كما عليه السيد اليزدي و عليه لا وجه لما افاده السيد الاستاذ بانه لو لم يتعلق الوقف بالعين

الخارجيه لا وجه لخروج الوقف عن ملك واقفه.

لا يقال: فعلى هذا لا يبقى فرق بين الوقف و الحبس، و الحال انهما ليسا أمرا واحدا لان الوقف يخرج عن ملك الواقف بخلاف الحبس فانه لا يخرج عن ملكه و بهذا فرقوا بينهما.

لأنه يقال انا لا نسلم الفرق المذكور بل الفرق بينهما ما أفاده السيد اليزدى فى مقام بيان الفرق بين الوقف و الحبس بان الوقف يكون مؤبدا بخلاف الحبس، و ان

دراساتنا من الفقه الجعفرى، ج ٣، ص: ٢٥٨

شئت فقل ان الحبس على قسمين مؤبد، و موقت، و الاول فى الاصطلاح يسمى وقفا و الثانى حبسا هذا اولاً.

و ثانيا لا نسلم عدم خروج الوقف عن ملك واقفه على فرض تعلق الوقف بالعنوان، بل نقول: ان الوقف يخرج عن ملك الواقف و لو بعنوان الداربه مثلا- فما دام تكون دارا تكون خارجه عن ملك الواقف و التحقيق أن يقال: ان قول الواقف وقفت الدار ان كان عنوانا مشيرا الى الذات المعنونه بذاك العنوان و كان مقصوده الاصلى هو الذات فاذا خربت الدار لا يبطل الوقف.

لكن لا يخفى عليك ان هذه الصوره تتصور بنحوين، أحدهما أن يكون مقصود الواقف انتفاع الموقوف عليه انتفاعا خاصا و هو انتفاع الداربه ففى هذه الصوره يجب تبديله و تعويضه بدار جديده.

و اما لو لم يكن فى نظره نفع خاص و بعد الخراب يكون قابلا للمنافع الاخرى فلا مقتضى لبيعها، و اما اذا كان الذات وقفا بشرط العنوان بأن يكون تمام الموضوع او جزء للموضوع فبانتفاء العنوان كالداربه مثلا- يبطل الوقف، و كان الملك باقيا فى ملك واقفه.

و لا أقول ان الملك يدخل فى ملك الواقف بعد خروجه عنه بالوقف حتى يحتاج عوده الى دليل

بل أقول: ان الواقف لم يخرج العين الموقوفه عن ملكه ازيد من هذه المده التى كان عنوان الداريه باقيه و المتيقن خروجه عن ملكه ما دام كان معنونا بعنوان الداريه و أما ما زاد عليه فلم يدل دليل عليه بل باق فى ملك الواقف.

و اما اذا شك فى ذلك فباستصحاب بقاء ملكه يحكم بكون العين لواقفه، فلو علم ما قصده الواقف و اعتبره فى مقام الاثبات فيعمل على طبقه، و اما لو شك فاستصحاب عدم التقيد لا يثبت الاطلاق الا بالاصل المثبت مضافا بانه يعارضه استصحاب عدم الاطلاق فى الوقف و مقتضى استصحاب عدم خروج الملك عن ملكيه الواقف فى المقدار

دراساتنا من الفقه الجعفرى، ج ٣، ص: ٢٥٩

الزائد على المقدار المعلوم، عدم انتقال العين فى ملك الموقوف عليه.

ان قلت: ان هذا هو الوقف المنقطع الذى قام الدليل على بطلانه.

قلت: لم يقد الدليل اللفظى و لا العقلى على بطلان الوقف المنقطع على اطلاقه، بل انما ثبت ذلك فى بعض الموارد بالإجماع و القدر المتيقن منه غير هذه الصوره فلا يشمل المقام الذى يكون ابدية الوقف ببقاء عنوان الداريه مثلا فينتفى بانتفائه، هذا تمام الكلام فى الصوره الثانيه.

و أما الصوره الثالثه و هى أن تخرب العين الموقوفه بحيث نقل منفعتة لكن لا الى حد يلحق بالمعدوم بل ان له بعد الخراب منفعه معتده بحيث تقوم بها ماليته لكن تكون هذه المنفعه على خلاف الوجه الذى عينه الواقف صرفها فيه كما اذا وقف النخله لأجل تسبيل ثمرتها على الموقوف عليه فصارت يابسه و لا تكون لها ثمره تصرف فى جهه الوقف لكن يمكن صرفها جذعا للسقف، و المسأله محل خلاف بين الاعلام، فذهب بعض الى جواز بيعه كالشيخ لعدم

امكان الانتفاع بها الا على هذا الوجه، و منعه آخرون كالحلى مستدلا بان الوقف يكون الانتفاع به ممكنا ككونه جذعا للسقف فيجب بقاء الوقف على حاله.

و قال قوم ثالث ان النزاع بين الفريقين لفظي لان القائل بجواز البيع لا يرى هذه المنفعة منفعة للنخلة بل يريها مسلوبه المنفعة و القائل بعدم الجواز يعدها منفعة لها و لذا يقول: بعدم جوازه و كل منهم يعترف بأن في صورته وجود المنفعة للوقف لا يجوز بيعه، و في صورته عدم وجودها يجوز فمورد الاثبات غير مورد النفي و هذا معنى النزاع اللفظي.

قوله: و قيل يمكن بناء نزاعهما على رعايه المنفعة المعد لها الوقف ... (١) «

(١)- المكاسب ص ١٧٠ السطر (٢٤)

دراساتنا من الفقه الجعفري، ج ٣، ص: ٢٦٠

اقول ان القائل هو صاحب المقاييس و حاصل كلامه انه ان بقيت المنفعة المعد لها الوقف بحيث يمكن الانتفاع منه و لو قليلا فلا- يجوز بيعه للزوم رعايه المنفعة المعده لها الوقف و ان لم تبق له المنفعة كما اذا وقف الدار مثلا و كانت المنفعة المعده لها الجلوس فخربت الدار بحيث لا- يمكن الجلوس فيها الا- انه يمكن استفاده منفعة اخرى منها كإيجارها للزراعه مثلا فيجوز بيعها فاذا كانت المنفعة المعده لها الوقف موجوده فلا يجوز بيعه على كلا القولين و اما اذا لم تكن المنفعة باقيه فيجوز بيعه كذلك فيكون النزاع بينهما لفظيا.

اقول ان حكم المسأله قد ظهر مما سبق بانه اذا علم ان الواقف وقف النخلة مثلا- لاین يستفيد الموقوف عليهم ثمرتها و كان مقصوده حفظ هذه الحيشه فيجوز بيعها و تبدلها بنخله أخرى، و اما اذا وقف عنوان الشجره المثمره، و قد جعل في متعلق وقفه عنوان النخلة

فاذا صارت يابسه لا يسمى نخله بل يسمى خشبا فيبطل الوقف لانتفاء موضوعه فيكون الخشب داخلا في ملك واقفه.

[فيما يكون بيع الوقف أنفع و أعود للموقوف عليه]

قوله: الصورة الرابعة و هي أن يكون بيع الوقف انفع و أعود للموقوف عليه ... (١)»

أقول: ان زياده النفع قد تلاحظ بالنسبه الى البطن الموجود و قد تلاحظ بالنسبه الى جميع البطون، و على كلا التقديرين كون بيع الوقف انفع لا يوجب جواز بيعه، و ان نسب الى المفيد جوازه و لكن كلامه مئول فعدم جواز البيع اتفاقي.

و العمده فى المقام أن ينظر فى الادله بانه هل يستفاد منها عدم جواز البيع أم لا فيتبع ذلك، و الظاهر من الادله ان كون الشىء أعود للموقوف عليه لا يوجب جواز البيع كما يدل على ذلك اطلاق قوله: الوقوف على حسب ما أوقفها أهلها و قوله:

(١) - المكاسب ص ١٧٠ السطر (٢٨)

دراساتنا من الفقه الجعفرى، ج ٣، ص: ٢٦١

لا يجوز شراء الوقف و عموم قوله: أَوْفُوا بِالْعُقُودِ بناء على كونه دليلا للمقام.

و أما المقتضى للجواز فربما يتمسك بروايتين إحداهما روايه جعفر ابن حنان عن أبى عبد الله عليه السلام و فيها قال نعم اذا رضوا كلهم و كان البيع خيرا لهم باعوا. (١)»

فيستفاد منها ان البيع لو كان خيرا لهم يجوز بيعه و هذه الروايه ضعيفه بجعفر فانه لم يوثق عند اصحاب الرجال.

ان قلت: ان المشهور عملوا بهذه الروايه و عملهم يكون جابرا لها.

قلت: اولاً انا بينا فى الاصول ان عمل المشهور لا يكون جابرا لضعف الروايه كما أن اعراضهم عنها لا يوجب و هنها.

و ثانياً على فرض تسليم انجبار الروايه بعمل المشهور لا نسلم كونه جابرا فى المقام لان المشهور قائلون بعدم جواز البيع فكيف يجوز القول بانجبارها

بعملهم.

و اما ما ادعى من أن حسن ابن محبوب يكون من أصحاب الاجماع فوقوه فى سند الروايه يوجب أن يكون العمل بها جائزا لأنه لا يروى إلا عن ثقة مخدوش عندنا و لا يترتب الاثر على مثل هذه المقالات و بينا فسادها فى محله.

و المتحصل ان الروايه ساقطه عن الحجيه فلا- يمكن العمل بها و اذا لا مجال للبحث عن دلالتها بعد سقوطها عنها لعدم ترتب الثمره العمليه عليه بعد سقوطها عن الحجيه.

ثانيتها الروايه المرويه عن الاحتجاج بان الحميرى كتب الى صاحب الزمان انه روى عن الصادق عليه السلام خبر مأثور اذا كان الوقف على قوم باعيانهم و أعقابهم فاجتمع أهل الوقف على بيعه و كان ذلك أصلح لهم أن يبيعه فهل يجوز أن يشتري عن بعضهم ان لم يجتمعوا كلهم على البيع أم لا يجوز الا ان يجتمعوا كلهم

(١)- الوسائل، الجزء (١٣) الباب (٦) من أبواب احكام الوقوف، الحديث (٨)

دراساتنا من الفقه الجعفرى، ج ٣، ص: ٢٦٢

على البيع أم لا- يجوز الا أن يجتمعوا كلهم على ذلك و عن الوقف الذى لا يجوز بيعه فاجاب عليه السلام اذا كان الوقف على امام المسلمين فلا يجوز بيعه و اذا كان على قوم من المسلمين فليبيع كل قوم ما يقدرون على بيعه مجتمعين و متفرقين إن شاء الله تعالى «١»

و اورد السيد الاستاذ دام ظله ان الروايه ليست فى مقام بيان ما يكون محلا للكلام فان السائل فرض جواز البيع بمقتضى ذلك الخبر المأثور و يسئل أن ما يجوز بيعه هل يجوز اشتراء عن واحد منهم مقدار حصته أم لا.

و ملخص الكلام ليست الروايه فى مقام بيان جواز بيع الوقف حتى يؤخذ باطلاقه بل فرض جواز البيع

فى غير هذه الروايه هذا ملخص الاشكال.

و ىرد عليه ان الميزان باطلاق الجواب لا بخصوص السؤال و لا نرى مانعا عن الاطلاق فى الجواب.

و اورد عليه أيضا ان الثمن طلق للبطن الموجود و من الظاهر انه مع هذا الفرض يكون البيع انفع للموجودين اذ المفروض أن أمرهم دائر بين أن يبيعوا و يأخذوا الثمن و بين أن يصبروا و ينتفعوا بالمنافع، و الاول انفع فيلزم أن يكون البيع جائزا دائما و يعارضها ما تقدم من الروايات الداله على عدم الجواز. و الترجيح مع تلك الروايات لأنها مشهوره، و مع الغض عن ذلك أيضا لا بد من تقديمها لان تلك الروايات مخصصه بصوره عروض الخراب. و بعبارة اخرى خرج عن مطلقات المنع ما عرض عليه الخراب و صار بحيث لا ينتفع به، فالنسبه تنقلب الى العموم المطلق، و تخصص هذه الروايات بتلك الروايات فيخصص الجواز بهذا القسم الخاص.

و فيه اولا لا نسلم ان يكون بيعه انفع دائما بل يختلف ذلك باختلاف الاحوال.

و (ثانيا) ان ما ذكره الاستاذ مبنى على صحه انقلاب النسبه و هو مخدوش عندنا، فعليه

(١) - الوسائل الجزء (١٣) ص ٣٠٦ الحديث (٩)

دراساتنا من الفقه الجعفرى، ج ٣، ص: ٢٦٣

لا بد من تخصيص تلك العمومات بهذه الروايه، و هذه الروايه قد ضعفها السيد اليزدى و كذلك السيد الاستاذ و لكنه لا يمكن للمساعده معهما فان صاحب الوسائل له طريق معتبر الى كتاب الاحتجاج للطبرسى هذا من ناحيه و من ناحيه اخرى نحتمل ان الطبرسى وصل اليه كتاب قرب الاسناد بطريق معتبر، و مع هذا الاحتمال لا وجه لطرح الروايه و على هذا فالروايه معتبره من حيث السند.

ان قلت ان المشهور أعرضوا عن هذه الروايه فعلى فرض

صحته سندها أيضا لا يمكن العمل بها لان اعراضهم يوجب الوهن فيها قلت انا بينا مرارا ان اعراض المشهور لا يوجب الوهن في الروايه كما أن عملهم لا يجبر ضعفها و ان شئت التفصيل فراجع ما بيناه في محاضراتنا الاصوليه.

وقال المرز النائى ره ان نسبه هذه الروايه الداله على جواز بيع الوقف مع قوله لا يجوز شراء الوقف يكون بالتباين فيقع التعارض بينهما، و اذا تعارضا تساقطا فتصل النوبه الى الاصل العملى المقتضى لعدم جواز البيع.

و فيه اولاً انا لا نسلم كون النسبه بينهما بالتباين بل ان قوله لا يجوز شراء الوقف مطلق فباطلاقه يحكم بعدم جواز بيعه سواء كان الوقف على امام المسلمين او على قوم منهم او غيرها من غير ذوى الشعور كالمسجد و اما هذه الروايه المفصله بين امام المسلمين و غيره داله على جواز بيع الوقف اذا كان على قوم من المسلمين فتكون الروايه مخصصه لقوله لا يجوز شراء الوقف.

و ثانيا لو سلمنا ان النسبه بين الروايتين يكون بالتباين لكنه لا تصل النوبه الى التساقت لوجود المرجح فى المقام للروايه الداله على الجواز و هو كونه موافقا للكتاب.

و ثالثا نفرض ان كلتا الروايتين متساويتان، و لا مرجح لأحديهما على الاخرى لكن لا تصل النوبه الى الاصل العملى بعد التساقت لوجود الدليل اللفظى فى المقام و هو قوله تعالى: (أحل الله البيع) اذا لم نقل بالتخيير و الا فللفقيه يمكن الاخذ بالروايه الداله على الجواز.

دراساتنا من الفقه الجعفرى، ج ٣، ص: ٢٦٤

و لكنه مع هذا لا يمكن أن يقال: بجواز بيعه فى هذه الصوره لان بيع الوقف يكون أمرا منكرا عند المشرعه فلا يمكن الالتزام به الا ما خرج عنه بعض الموارد

الذى قام الدليل القطعى على جواز بيعه.

قال الشيخ (قدس سره) ما حاصله ان الروايتين الداليتين على جواز البيع يكون مخالفا للقواعد لان مقتضى الروايتين جواز تصرف البطن الموجود فى الثمن كيف شاءوا و الحال ان مقتضى كون العين مشتركه بين البطون كون بدله أيضا كذلك لاستحاله كون المبيع للبطون جميعا و كون الثمن مختصا بالبطن الموجود فقط «(١)».

و فيه ان ما يستفاد من الروايه جواز بيع الوقف و أما ثمنه فهل يختص بالبطن الموجود أم يشترك فيه المعدومون أيضا فالروايه لا تدل عليه.

و ثانيا انا بينا فى موضعه ان خروج المثل من مكان لا يستلزم دخول الثمن فيه و لم يقم عليه دليل من العقل، و النقل، و الحق هو ما ذكرنا بأن ذهن المشرعه يستنكر هذا البيع، و لذا لم يلتزم به أحد من العلماء غير ما نسب الى المفيد، و ان كان مقتضى القاعده هو الجواز هذا تمام الكلام فى الصوره الرابعه.

و أما الصوره الخامسه، فهى أن يلحق بالموقوف عليه ضروره شديده فهل يجوز بيع الوقف فى هذه الصوره أم لا، ما يمكن أن يتمسك به فى المقام للجواز امور

الاول روايه جعفر ابن حنان المتقدمه الداله على جواز بيعه.

و فيه قد بينا آنفا ان فى سندها جعفر بن حنان و هو غير موثق عند اصحاب الرجال.

الثانى قيام الاجماع عليه كما حكى ذلك عن الانتصار و الغنيه و فيه اولا قد مر ان الجماع ليس بحجه.

(١)- المكاسب ص ١٧١ السطر (١٨)

دراساتنا من الفقه الجعفرى، ج ٣، ص: ٢٦٥

و ثانيا على فرض تسليم الحجيه ففى خصوص المقام لا يمكن الاعتماد عليه لاحتمال كونه مدرکيا.

و (ثالثا) انه معارض بالاجماع الاخر المدعى فى السرائر على عدم جواز بيعه.

الثالث

انه بلحوق الضروره الشديده يكون الموقوف عليه مضطرا الى بيعه فيكون البيع جائزا للدليل رفع الاضطرار.

و يرد عليه اولاً- ان رفع الاضطرار انما حكم امتنانى على الامة فلا- يجرى فى المقام لكونه خلاف الامتنان بالنسبه الى البطون اللاحقه و لا يخفى ان هذا جواب جدلى بيناه الزاما للخصم على طبق مبناه و الا فقد بينا فى الاصول بأن الامتنان لا يلزم ان يكون عاما و بعبارة اخرى: انه يكفى الامتنان بالنسبه الى من يجرى فى حقه حديث الرفع و لا يلزم ان يكون على الغير امتنانا.

و ثانيا ان دليل رفع الاضطرار معارض بدليل نفى الضرر فان جواز البيع ضرر على البطون اللاحقه.

و ثالثا ان دليل رفع الاضطرار على حسب التحقيق يكون نافيا للحكم و اما اثبات جواز البيع فليس من شأنه كما لا يخفى.

لكن يرد عليه انه حيث لا- يمكن الاهمال فى الواقع فلو حكمنا بمقتضى رفع الاضطرار برفع الحرمة الوضعيه تكون النتيجة هو الجواز الوضعى و لكن لو انفتح هذا الباب يمكن ان يقال بأنه يجوز بيع اموال الناس عند الاضطرار فانه ما الفرق بين الوقف و غيره اذ كما ان مقتضى عدم حليه جواز التصرف فى مال الغير عدم صحه بيع مال الغير كذلك مقتضى عدم جواز بيع الوقف كذلك و لا يخفى ان فى اصل الاستدلال اشكالا و المتحصل مما ذكرناه عدم قيام الدليل على جواز البيع فى الصورة الخامسه.

الصورة السادسه ان يشترط الواقف بيعه عند الحاجه او اذا كان فيه مصلحه

دراساتنا من الفقه الجعفرى، ج ٣، ص: ٢٦٦

للبن الموجود او جميع البطون او عند مصلحه خاصه على حسب ما يشترط الواقف فهنا محل خلاف بين العلماء فذهب بعض الى جواز بيعه و

الأخر الى منعه و المنقول من الارشاد هو الجواز و قال العلامة فى القواعد- و لو اشترط بيعه عند الضروره فى صحه الشرط اشكال و مع بطلان الشرط فى بطلان الوقف نظر.

اقول: لعل وجه النظر ان الشرط الفاسد لا- يكون مفسدا على ما سيجى ء تحقيقه فى محله- و المذكور فى الايضاح فى وجه الجواز ان روايه جعفر بن حنان المتقدمه داله على جواز بيعه بغير شرط فدلالته عليه مع اشتراط الوقف بيعه تكون بالفحوى هذا ما ذكر فى وجه الجواز و اما ما ذكر فى وجه المنع ان الوقف يكون للتأييد و البيع ينافيه قال المحقق الكركى كل موضع قلنا: بجواز بيع الوقف فيه يجوز اشتراط بيعه لكون هذا الشرط مؤكدا له، و لعدم منافاته للتأييد المعتبر فى الوقف، و كل موضع قلنا: بعدم جواز بيعه نقول فيه أيضا بعدم جواز اشتراط بيعه لكون اشتراط بيعه منافيا للتأييد المعتبر فى الوقف.

[هل يجوز أن يشترط الواقف بيعه عند الحاجة]

اشاره

قوله: (يمكن أن يقال: بعد التمسك فى الجواز) ... «١»

أقول حاصل ما أفاده بتوضيح منا ان المقتضى للجواز موجود و المانع مفقود، اما المقتضى فهو عموم قوله: الوقف على حسب ما أوقفها أهلها و قوله المؤمنون عند شروطهم، و اما المانع فربما يتوهم انه مناف للتأييد المعتبر فى الوقف و لكنه ليس كذلك لعدم ثبوت كون جواز البيع منافيا لمقتضى الوقف و لذا يجتمع معه عند طرو مسوغاته، ثم على فرض تسليم منافات البيع مع الوقف فانه يكون فيما اذا بيع الوقف للبطن الموجود و صرف ثمنه و أما البيع لتبديله بوقف آخر فلا- منافاه بينه و بين مفهوم الوقف، بل يكون المنافاه بينه و بين اطلاق الوقف.

اقول ينبغى أن نبحت فى مقامين الاول

(١)- المكاسب ص ١٧٢ السطر (١)

دراساتنا من الفقه الجعفرى، ج ٣، ص: ٢٤٧

اشترط بيع الوقف أم عدم الجواز.

الثانى البحث عما يقتضيه النص الوارد فى المقام،

أما المقام الاول [مقتضى القواعد الأولى]

فربما يقال:

ان مقتضى القواعد عدم جواز اشترط بيع الوقف و يقرب ذلك بوجه ثلاثة.

الاول ان اشترط البيع مناف للتأييد المعتبر فى الوقف باعتبار ان انشأ الوقف مع اشترط جواز بيعه يعد من المتنافيين لان الوقف عباره عن ايقاف العين و جعله ساكنا عن التحرك و الانتقال و اشترط البيع عباره عن اشترط انتقاله و عدم سكونه و تقابل هذين الامرين أوضح من أن يخفى.

الثانى ان قوله: لا يجوز شراء الوقف و لا تدخل الغله فى ملكك تدل بالالتزام على عدم اعتبار اشترط الجواز لان المستفاد من الروايه هو عدم جواز شراء الوقف سواء اشترط البيع أم لا.

الثالث ان بيع الوقف باطل فاشترط بيعه يخالف السنه فيبطل الشرط ثم يقع النزاع فى انه بعد فرض بطلانه يبطل العقد أم لا و افاد السيد الاستاذ ان المانع الذى يتخيل مانعيته لجواز اشترط بيع الوقف أمر ان الاول انه مناف لقصد الواقف حيث قصد التأيد فى الوقف و اشترط البيع مناف لما قصده.

الثانى انه مخالف للسنه و اذا ارتفع مانعيه هذين الامرين لا يرى مانع لجواز الاشترط، و قد تصدى دام ظله لبيان رفع المانعين المذكورين بما حاصله ان الواقف اما قصد بيع الوقف عند الحاجة بان يكون ثمنه كالمثمن فى تعلق حق البطون كلهم من الموجودين و معدومين به أم لا.

و بعباره اخرى ان قصد الواقف اما يكون حفظ مالىه العين الموقوفه فى جميع سلاسل متلاحقه، و اما تعلق قصده بيع الوقف بان يكون ثمنه ملكا طلقا

للبطون الموجوده و لهم أن يتصرفوا فيه كيف يشاءون فان كان قصده القسم الاول فلا تنافى بين اشتراط البيع و بين قصد الواقف لأنه لا يريد بهذا الشرط اسقاط التأيد المعتبر فى الوقف بل

دراساتنا من الفقه الجعفرى، ج ٣، ص: ٢٦٨

يريد به بقاء مالىه الوقف فى جميع المراتب اللاحقه، و لو بتبديله بالعين الاخرى خصوصا اذا كانت فى التبديل مصلحه للبطون كما هو المفروض فى المقام فاشترط جواز بيعه انما يكون مؤكدا لقصد الواقف لا منافيا له، و ان كان قصده القسم الثانى و هى صورته قصد الواقف ان الثمن بعد بيع الوقف يكون ملكا طلقا للبطن الموجود فاشترط جواز البيع مشكل لكونه مخالفا لقانون البدليه.

و توضيحه ان قانون المعاوضه يقتضى دخول الثمن فى المكان الذى يخرج عنه المثلث، و المفروض ان الثمن خرج عن ملك جميع البطون من الموجودين و المعدومين فلا- بد أن يدخل الثمن أيضا فى ملكهم، و على هذا لا وجه لكون الثمن ملكا طلقا للبطن الموجود لتعلق حق البطون اللا-حقه به، و كذا لا- وجه لجواز اشتراط بيع الوقف للبطن الموجود لعدم كونه ملكا طلقا له حتى يجوز شراؤه له.

و لكن الذى يسهل الخطب ان يقال: ان الواقف اذا وقف الدار مثلا- للموقوف عليه، و جعل الخيار للبطن الموجود بان لهم أن يفسحوا الوقف فبيعوا عند اقتضاء المصلحه له، فان العين الموقوفه و ان لم تكن ملكا طلقا للبطن الموجود الا ان له حق الخيار فباعماله يبطل الوقف و يكون العين ملكا شخصا للبطن الموجود فان البيع يقع على ماله الشخصى، و لا يجىء هنا المحذور المتقدم و هو عدم مراعاة قانون البدليه لأنه بعد اعمال حق الخيار يخرج المثلث عن

ملك الموقوف عليه، و يدخل في ملك البطن الموجود، كما أن الثمن أيضا يدخل في ملكه اذ المبدل دخل في ملكه باعمال الخيار.

ان قلت: ان هذا انما هو الوقف المنقطع و هو باطل لا يمكن الالتزام به.

قلت: ان انقطاع الوقف يكون على أقسام ثلاثه.

الاول ان الواقف ينشئ الوقف بقوله: انى وقفت الدار مثلا الى ثلاث سنواه أو اربع سنواه فهذا القسم من الوقف المنقطع باطل لكونه معقد الاجماع بل الضروره.

القسم الثانى أن ينشئ الوقف بقوله: انى وقفت الدار لأولاد الحسن عليه السلام مثلا

دراساتنا من الفقه الجعفرى، ج ٣، ص: ٢٦٩

و يكون قصده أن يتصرف هذه البطون بحيث ينتهى و ينقرض بانقراضهم و فى هذا القسم خلاف فى صحه الوقف و بطلانه.

و اختار شيخنا الاستاذ عدم بطلانه، لانه دليل البطلان ليس دليلا لفظيا حتى يتمسك باطلاقه فى جميع موارد الانقطاع بل هو دليل لى يؤخذ فيه بالقدر المتيقن منه و هو القسم الاول فقط.

الثالث أن ينشئ الوقف على نحو التأييد، و لكنه جعل للموقوف عليهم حق الخيار بأنهم اذا ارادوا أن يفسخوا و فلهم ذلك فيكون أمد الوقف عند التحليل الى قوله:

فسخت فان دليل بطلان الوقف المنقطع لا تشمل المقام لما قدمناه آنفا من أن دليله لى فالقدر المتيقن منه هو القسم الاول هذا تمام الكلام فى رفع المانع الاول.

و أما المانع الثانى و هو كون اشتراط البيع مخالفا للسنة فنقول ان دليل حرمة بيع الوقف دليل امضائى ليس تأسيسيا حتى يكون اشتراط بيعه مخالفا له- و بعبارة اخرى ان دليل حرمة بيع الوقف ليس دليلا تعبديا ليكون اشتراط بيعه مخالفا له بل انما هو امضاء لما قصده الواقف.

و ثانيا انه على فرض تسليم ان اشتراط بيع

الوقف مخالف للسنة لا- يكون بيعه حراما لأنه مع اعمال حق الخيار لا يبقى موضوع للوقف حتى لا يجوز بيعه- و بعبارة اخرى
نفرض ان اشتراط بيع الوقف مناف للسنة الا انه بعد اعمال الخيار ليس المبيع وفقا حتى يصدق عليه بيع الوقف.

أقول: و فى ما أفاده مواضع للنظر، الاول ان قوله: (ان قانون المعاوضه يقتضى دخول الثمن فيما خرج عنه المثلث) لا- يمكن
المساعدة عليه لعدم قيام دليل عقلى و لا نقلى عليه كما بينا تفصيله فى محله.

الثانى ان قوله: (ان الواقف جعل الخيار للبطن الموجود) لم يفهم مقصوده دام ظله فان كان مراده ان الوقف يكون للموقوف
عليهم الى قولهم فسخت كما هو مسلكه فى البيع الخيارى حيث كان يقول: معنى جعل الخيار تملك العين الى قول

دراساتنا من الفقه الجعفرى، ج ٣، ص: ٢٧٠

ذى الخيار فسخت فيبقى العين فى ملك واقفه لان المتيقن من خروجه عن ملك الواقف ما دام يكون الوقف باقيا و اما بعد
انقضائه فلا مقتضى لخروجه عن ملكه.

فيرد عليه ان لازم ذلك ان جعل الواقف بانشائه حقين للموقوف عليهم، حق الفسخ، و حق ادخال العين فى ملكهم و بيعه
لأنفسهم حتى ينطبق عليه قانون المعاوضه على نحو الوكالة ان كان حيا و على نحو الوصاية ان كان ميتا حين الفسخ فلا بد من
مراعات أحكام الوكالة و الوصاية فاذا مات الواقف قبل فسخ الموقوف عليهم لا ينتقل العين اليهم أزيد من ثلثه.

و ملخص الكلام انه لو قلنا: بان العين لم تخرج من ملك الواقف الا مقدارا خاصا من الزمان فيرجع الامر الى الوكالة و اما الى
الوصيه و ان كان المراد ان الواقف انشأ بصيغه الوقف الملكيه المطلقة الابديه

لجميع البطون الا- انه جعل حق الخيار للبطن الموجود بان لكل منهم أن يفسخ الوقف و الفسخ يرفع الملكيه الموجوده كما ان الطلاق يعدم الزوجيه الدائمه.

فيه اولاً- ان الواقف قد جعل العين الموقوفه ملكا دائماً للموقوف عليهم و اما جعل الخيار لهم بأن يفسخوا الوقف حيث شاءوا يحتاج الى دليل و على الاستاذ اقامته.

و ثانياً انه بعد فسخ الوقف مقتضى القاعده دخوله في ملك الواقف و لا دليل على خروجه منه، و دخوله في ملك الموقوف عليه الموجود.

و ثالثاً انه على فرض دخوله في ملك الموقوف عليه يعود الاشكال الا في مكهم اذ لا يدخل بالوكاله على فرض، و الوصايه على فرض آخر و هذا و ان كان ممكناً في عالم الثبوت الا انه لا دليل في مقام الإثبات كما ذكرناه آنفاً، أضف الى ذلك انه يلزم أن لا يدخل في ملك الموقوف عليهم، و من المعلوم ان الاستاذ لا يرضى بهذا اللازم.

و رابعاً ان ما أفاده من أن دليل حرمة بيع الوقف دليل امضائي لا تأسيسى فيه ان قوله عليه السلام (الوقف على حسب ما أوقفها أهلها) و ان كان دليلاً امضائياً الا أن الدليل

دراساتنا من الفقه الجعفرى، ج ٣، ص: ٢٧١

لا ينحصر به لان قوله: لا يجوز شراء الوقف دليل تعبدى فاشترط جواز البيع ينافيه فيعود المحذور فتلخص أن ما ذكره الاستاذ في دفع المانعين المذكورين لجواز الاشتراط لا يمكن المساعده عليه.

و الحق أن يقال: في المقام ان الواقف اما جعل الثمن في حكم المثلث في تعلق حق جميع البطون به، و اما جعله ملكاً لهم، اما الصوره الاولى و هي صوره جعل الثمن في حكم المثلث فلا تكون مجالاً للمانعين المذكورين اصلاً.

اما المانع

الاول و هو كونه منافيا لقصد الواقف التأييد ففيه انه ليس منافيا له لان المفروض ان الواقف قصد ان الوقفيه يتدرج فى السلسله المتلاحقه و تكون ماليتة محفوظه فى جميع المراتب فعليه ان اشتراط بيعه ليتبدل بالعين الاخرى التى يكون نفعها اكثر مؤكد لبقاء ماليتة، و لا ينافيه، و اما المانع الثانى و هو كون الاشتراط مخالفا للسنة فنقول: ان قوله: الوقوف على حسب ما أوقفها أهلها لا يقتضى المنع عن اشتراط البيع، لأنه أمضى كل ما أوقفه الواقف و قصده، و المفروض انه قصد حفظ ماليتة و لو بيعه و تبدله بعين اخرى، و اما قوله: لا يجوز شراء الوقف أيضا لا يصلح للمانعيه لجواز أن يقال: انه منصرف عن صورته اشتراط الواقف بيعه.

و ان أبيت عن ذلك فنقول: ان دليل عدم جواز شراء الوقف لا يكون محققا لموضوعه فلا بد أن تكون الوقفيه مفروغه عنها فى الرتبة السابقيه حتى يتعلق بموضوعها عدم جواز بيعه، و المفروض ان الموضوع انما يتحقق بقوله: (الوقوف على حسب ...)

فهو محقق للموضوع فكيف يعارضه دليل عدم جواز شراء الوقف.

و ان أبيت عن ذلك أيضا فيقع التعارض بين الروايتين و بعد التسايط يكون المرجع هو قوله: أَوْفُوا بِالْعُقُودِ الدال على صحه بيعه ان لم نرجح دليل الجواز بموافقته الكتاب، و من ذلك ظهر عدم صلاحية المانع الثانى للمانعيه بعد سقوط

دراساتنا من الفقه الجعفرى، ج ٣، ص: ٢٧٢

قوله: لا يجوز شراء الوقف بالمعارضه، و أيضا ظهر مما ذكرنا انه لا بأس باشتراط البيع فى صورته ذكر المعلق عليه بل شرط البيع على نحو المطلق لا مانع منه أيضا هذا اذا علم ان الواقف قصد كون الوقفيه متدرجه فى سلسله متلاحقه

و يحفظ ماليته فى جميع المراتب.

و اما اذا كان قصده أن يكون الثمن ملكا طلقا للموقوف عليهم فهذا يتصور على قسمين فتاره أن ينشئ الوقف بقصد أن تكون العين وقفا دائما لجميع البطون الى أن يرث الله و مع ذلك يشترط جواز بيعه فهذا لا يجوز لأنه خلاف السنه فالشرط باطل و يشمل قوله: لا يجوز شراء الوقف.

و اما اذا لم يقصد أن تكون العين وقفا دائما بل كان غرضه وقف الدار مثلا الى ان يريد و ابيعها فامد الوقف ينقضى بارادتهم البيع فيجوز اشتراط بيعه فينتقل العين الى الموقوف عليهم على نحو الوكالة او الوصايه و اما الاعتراض بانه وقف منقطع فقد بينا جوابه فلا نعيد هذا تمام الكلام بالنسبه الى القاعده الاولى.

[أما المقام الثانى البحث عما يقتضيه النص الوارد فى المقام]

و يقع الكلام بالنظر الى القاعده الثانويه اى النص الخاص فى المقام و هى صحيحه عبد الرحمن بن الحجاج قال بعث الى بهذه الوصيه أبو ابراهيم عليه السلام هذا ما أوصى به و قضى به فى ماله عبد الله على ابتغاء وجه الله ليولجنى به الجنه و يصرفنى به عن النار و يصرف النار عنى يوم تبيض وجوه و تسود وجوه ان ما كان لى من مال بينع يعرف لى فيها و ما حولها صدقه و رقيقها غير أبى رياح و أبى نيزر و جبير عتقاء ليس لأحد عليهم سبيل فهم موالى يعملون فى المال خمس حجج و منه نفقتهم و رزقهم و رزق أهاليهم.

و مع ذلك ما كان لى بوادى القرى كله مال بنى فاطمه و رقيقها صدقه، و ما كان لى بذعه و أهلها صدقه غير أن رقيقها لهم مثل ما كتبت لأصحابهم و ما كان لى بأذنيه و

أهلها صدقه و القصيره كما قد علمتم صدقه فى سبيل الله و ان الذى كتبت من أموالى هذه

دراساتنا من الفقه الجعفرى، ج ٣، ص: ٢٧٣

صدقه واجبه بتله حيا أنا أو ميتا ينفق فى كل نفقه ابتغى بها وجه الله فى سبيل الله و وجهه و ذوى الرحم من بنى هاشم و بنى المطلب و القريب و انه يقوم على ذلك الحسن بن على يأكل منه بالمعروف و ينفقه حيث يريد الله فى حل محلل لا حرج عليه فيه.

فان اراد أن يبيع نصيبا من المال فيقضى به الدين فليفعل ان شاء لا حرج عليه فيه و ان شاء جعله شروى «سرى خ» الملك و ان ولد على و اموالهم الى الحسن بن على و ان كان دار الحسن غير دار الصدقه فبدا له أن يبيعها فليبيعها إن شاء لا حرج عليه فيه ... (١) «

و ان هذه الروايه بظاهاها تدل على جواز اشتراط البيع فى الوقف كما ان الصناعه العلميه تقتضى الجواز و الحق أن يقال كما قال الشيخ ان تأويل الروايه مشكل و العمل به اشكل و الله العالم بحقائق الاشياء.

[حكم الصورة التى يؤدى بقائه إلى خرابه علما أو ظنا]

اشاره

الصوره السابعه ان يؤدى بقائه الى خرابه علما او ظنا و هو المعبر عنه بخوف الخراب،

و الاداء الى الخراب قد يكون للخلف بين اربابه و اخرى لوجه آخر و أيضا ادائه الى الخراب قد يكون بحيث يسقط الوقف عن الانتفاع، و اخرى ينقص عن منفعتة اما لو فرض سقوطه عن الانتفاع الموقوف و لكن قابل لانتفاع آخر فهو محل للنزاع بين الشيخ و صاحب الجواهر و قد مر منا التفصيل.

و ملخص الكلام فى المقام انه ذهب بعض الى جواز البيع فى صوره الاداء الى الخراب

بشروط أن يكون السبب خلاف اصحابه و ذهب بعض الى الجواز مطلقا و يمكن أن يقال بان الوجه للجواز ما مر من الوجه فى الصورة الاولى و فيه انه فرق بين تحقق عنوان بالفعل و بين أن يتحقق بعد ذلك فلا يقاس احد المقامين بالاخر اذا عرفت ذلك

فبقول ما يمكن أن يقال: فى وجه الجواز امور.

الاول ان بقاء الوقف مع العلم أو الظن بان بقائه يؤدي الى الخراب تضييع للمال و هو حرام

(١)- الوسائل الباب (١٠) من أبواب احكام الوقوف الحديث (٤)

دراساتنا من الفقه الجعفرى، ج ٣، ص: ٢٧٤

فلا بد من بيعه حذرا عن ارتكاب الحرام، و لا يخفى عليك ان هذا الاستدلال على فرض تماميته يدل على جواز بيع الوقف سواء كان بقائه مؤديا الى الخراب باختلاف اربابه أو بسبب غيره.

و فيه اولاً انه لا دليل على حرمة تضييع المال مطلقا بل قد يكون واجبا بأمر الشارع بمصلحه مهمه قد خفيت علينا كوجوب ذبح الشياه فى المنى المستلزم لضياح المال أحيانا.

و ثانياً انه فرق بين تضييع المال، و دفع الضياع عنه، و على فرض تسليم حرمة تضييع المال لا دليل على وجوب حفظ المال عن الضياع نعم قد علم من الشرع وجوب حفظ المال فى موارد خاصه على ما يترأى من كلامهم، و لكن هذا المقدار لا يكفى كليه.

و ثالثاً ان حرمة تضييع المال لا يكون مجوزاً لبيع الوقف كما انه اذا فرض أن الحنطه مثلا يفسد اذا لم يجعله مالكة فى معرض البيع، و لم يمكن حفظه الا بالبيع الفاسد لكونه غريباً هل يتوهم أحد ان هذا يوجب صحه بيعها غريباً كلا.

الثانى ان غرض الواقف تعلق بحفظ ماله عين الموقوفه، و انتفاع الموقوف عليهم عنها

فبقاء العين مع العلم بانها تؤدي الى الخراب مناف لغرض الواقف فلا بد أن يباع كى يبدل بعين اخرى حفظاً لغرضه.

و يرد عليه ان غرض الواقف انما تعلق ابتداء بنفس العين الموقوفه، و المفروض ابقاء غرض الواقف بالعين الموقوفه فعلاً لقابليتها للانتفاع، و انما جاز بيعه حفظاً لماليتها عند طرو الخراب له لا من حين حصول العلم بكونها خراباً بعد شهرين مثلاً.

الثالث ما افاده المرزا النائى (قدس سره) بان العلم أو الظن بتأديته الى الخراب المعبر عنه بخوف الخراب طريق عقلاى اليه،

و بعبارة اخرى اذا احتمل احتمالا عقلائيا تأديته الى الخراب على نحو لو كان فعلا خرابا لجاز بيعه فحكم الاحتمال حكم

دراساتنا من الفقه الجعفري، ج ٣، ص: ٢٧٥

نفس الخراب و لكن من حيث كونه طريقا لان بعد اعتبار هذا الاحتمال عند العقلاء فكأنه صار خرابا فعلا.

و يرد عليه انه لو كان خوف الخراب متعلقا بالخراب الفعلي يكون الخوف طريقا الى تحقق الخراب و ان الخراب المتحقق في المستقبل لا يكون موضوعا لجوار البيع فعلا فلا اثر للخوف بل لا أثر للقطع بالخراب الاستقبالي.

الرابع ان المقتضى للجواز موجود، و المانع عنه مفقود

اما المقتضى فتام من جهه كونه مالا و مملوكا فيشملة أَوْفُوا بِالْعُقُودِ و أَحَلَّ اللَّهُ الْبَيْعَ و تِجَارَةً عَنْ تَرَاضٍ و اما المانع فليس الا ما يتوهم انه مناف لحق الواقف، و حق الموقوف عليه و حق الله سبحانه و تعالى و لكنك اذا تأملت ان البيع لا ينافي هذه الحقوق الثلاثة اما عدم منافاته لحق الواقف فظاهر لان غرض الواقف الانتفاع بالعين و حفظ ماليتها، و لو بالتبديل بالعين الاخرى فبيعتها للتبديل موجب لان يحفظ ماليته و كيف ينافي غرضه و اما عدم منافاته لحق الموقوف عليهم فظاهر لأنهم يريدون الانتفاع سواء كان هذا من نفس العين الموقوفة أم من بدلها و اما عدم منافاته لحق الله لان دليل حرمه شراء الوقف منصرف عن المقام لكونه ناظرا الى صورته عدم خرابه.

و يرد عليه انه لا- نسلم عدم منافاته لحق الواقف لان غرضه تعلق ببقاء العين فيما اذا كان قابلا للانتفاع و اما كونه منافيا لحق الموقوف عليهم و عدم كونه منافيا فليس دخيلا في المطلوب لأننا نتبع الدليل فان قام الدليل على جواز بيعه نلتزم به و ان لم يقدّم الدليل عليه

فلا نلتزم به سوا كان منافيا لحق الموقوف عليهم أم لا.

و بعبارة اخرى لا حق لهم الا ما جعله الواقف، و امضاه الشارع، و اما عدم كونه منافيا لحق الله فممنوع لعدم تسليم انصراف دليل حرمة الوقف عن المقام لأنه لا نرى وجها للانصراف فالاطلاق محكم.

الخامس مكاتبه ابن مهزيار

قال: و كتبت اليه ان الرجل ذكر ان بين من وقف

دراساتنا من الفقه الجعفرى، ج ٣، ص: ٢٧٦

عليهم هذه الضيعة اختلافا شديدا و انه ليس يا من أن يتفاهم ذلك بينهم بعده فان كان ترى أن يبيع هذا الوقف و يدفع الى كل انسان منهم ما وقف له من ذلك أمرته، فكتب اليه بخطه و أعمله أن رأى له ان كان قد علم الاختلاف ما بين اصحاب الوقف أن يبيع الوقف أمثل فانه ربما جاء فى الاختلاف تلف الاموال و النفوس «١».

و يقع الكلام فيها تاره من جهة السند، و اخرى من جهة الدلالة اما السند فان الشيخ رواها بثلاثة أسانيد اثنان منها صحيحان، و رواه الصدوق بسنده الى عباس ابن معروف عن على بن مهزيار و هو أيضا صحيح فالرواية لا شبهه فيها سندا.

و اما من ناحيه الدلالة فلا قصور فيها من هذه الجهة أيضا اذ يستفاد منها انه ان وقع الاختلاف بين ارباب الوقف و يكون البيع أمثل يباع فانه ربما يتفق تلف الاموال و النفوس.

و ربما يقال: ان الظاهر المستفاد من الرواية أن يشترط فى جواز البيع تلف الاموال و كذلك تلف النفوس و أيضا يلزم أن يكون الشرط بنحو الانضمام و الاجتماع بحيث يتلف عدده أموال و عدده نفوس و الا- لا- يترتب الحكم، و لا شبهه ان هذا النحو من الاستفاده خروج عن جاده الصواب

فى باب الاستفاده من الظهورات فان ما يستفاد من الروايه بحسب الظهور العرفى و لو بمثونه تناسب الحكم و الموضوع انه لو انجر الخلاف الى تلف المال أو النفس يكون البيع جائزا.

و بعباره اخرى لو كان الوقف موردا لمثل هذا الاختلاف يكون البيع أمثل اذ ربما جاء فى اثر الخلاف تلف المال أو النفس بلا فرق بين أن يكون خطر الخراب متوجها الى العين الموقوفه و بين أن يكون متوجها الى مال آخر، و لا يخفى أنه يفهم من قوله: (ربما ...) انه بنحو الحكمه فلو وقع الخلاف من اثر الوقف بين أربابه

(١)- الوسائل، الجزء (١٣) الباب (٦) من أبواب أحكام الوقوف، الحديث (٦)

دراساتنا من الفقه الجعفرى، ج ٣، ص: ٢٧٧

و يعلم انه لا يترتب المحذور على هذا الخلاف يجوز البيع بمقتضى هذه الروايه فالروايه تامه من ناحيه الاقتضاء فلو كنا نحن و هذه الروايه لم يكن مانع أمامنا من أن نفتى بجواز البيع و ربما يتوجه على الروايه امور.

الاول ان المشهور لم يعملوا بمفاد الروايه فتسقط عن الحجيه.

و يرد عليه اولا- قد بينا انا لا نعلم أن المشهور لم يعملوا بها بل نعلم عملهم بها فان الشيخ (قدس سره) يقول: عدى المكاتبه المشهوره التى انحصر تمسك كل من جوزه فى هذه الصوره فيها.

و ثانيا على فرض تسليم اعراضهم فقد مر انه غير مضر مضافا بانه يمكن ان يكون الاعراض عن الدلاله.

الثانى ان المستفاد من الروايه ان الامام عليه السلام أمر ببيع حصته من الضيعه الموقوفه بقوله انى امره ببيع حصتى و الحال ان الوقف لا يجوز بيعه.

وفيه او لا يحتمل أن يكون المراد ان الامام عليه السلام أمر ببيع خمس المال الموقوف له

بعنوان الخمس فيبيعه باذنه من جهه كونه ملكا له لا من جهه كونه وقفا له فلا يأمر ببيع خمس الوقف حتى يرد ما قيل.

و ثانيا انه على فرض تسليم أن صدر الروايه المتضمن لبيع الخمس ظاهره في بيع خمس الوقف فنقول: يمكن أن يكون ذلك من جهه طرف واحد مسوغات البيع في الوقف من كون بقاءه ماده للفساد و غير ذلك من مسوغات البيع.

و ثالثا انه على فرض تسليم أن هذه الجملة لا يمكن الالتزام بها فغايه الامر تكون مجمله و هذا لا يوجب سقوط اصل الروايه عن الحجيه بل لا بد من أن يعمل بالجملة الباقية.

الثالث ان الروايه لم تذكر فيها الاعقاب فتكون داله على جواز بيع الوقف المنقطع، و الاصحاب قائلون بجوازه في الوقف المؤبد دون المنقطع.

دراساتنا من الفقه الجعفري، ج ٣، ص: ٢٧٨

و يرد عليه اولا ان الوقف المنقطع اما يكون أمرا مشروعاً فالمحذور الذي يتوهم في الوقف الدائم يجرى بعينه في الوقف المنقطع لاین المناط هو عدم جواز بيع الوقف لكونه منافيا للحقوق الثلاثه، فعلى فرض الصحه لا فرق بين الدائم و المنقطع، و اما يكون أمرا غير مشروع فيكون السؤال في الروايه عن جواز بيع الوقف المؤبد لأن المفروض أن المنقطع ليس بوقف مشروع في الشريعه الاسلاميه حتى يسئل عن حكمه.

و ثانيا سلمنا ان السؤال انما كان عن حكم الوقف المنقطع و لكن جوابه عليه السلام مطلق فيؤخذ باطلاق جوابه و يحكم بجواز البيع منقطعاً كان او دائماً لان المناط باطلاق الجواب لا بخصوص السؤال.

ان قلت: لا يمكن الالتزام باطلاق الروايه لاعراض المشهور عن العمل به قلت قد مر ان الاعراض عن السند لا يضر فكيف عن الدلاله.

الرابع ان الاستفادة من

الروايه ان الوقف لم يقبضه الموقوف عليهم حيث ان العين كان يسد مالكها و جعلها وقفا ثم وقع الخلاف قبل القبض و الحال ان القبض شرط لتحقق الوقف فجواز بيعه فى المقام لا يدل على جواز بيع الوقف.

و فيه ان السؤال و جوابه كان عن حكم الوقف و كان الوقف متحققا بتحقيق جميع اجزائه و شرائطه كما هو ظاهر الروايه. و لو لم يكن الوقف محققا بعدم تحقق اقباضه فلا بد للإمام عليه السّلام أن يتعرض لذلك لكونه فى مقام البيان و حيث انه عليه السّلام أجاب عن حكم الوقف من دون أن يتعرض بذلك يستكشف تحقق الوقف فى المقام هذا اولاً.

و ثانيا لو لم يتحقق الوقف فلا معنى لتقسيم الثمن بين الموقوف عليهم لكون العين باقيه فى ملك الواقف فلا بد ان يكون الثمن أيضا مختصا به كما هو واضح.

الخامس ان مقتضى الروايه تقسيم الثمن بين البطن الموجود، و الحال أن البطن اللاحقه أيضا يستحقون له كما أنهم يستحقون العين الموقوفه فى طول

دراساتنا من الفقه الجعفرى، ج ٣، ص: ٢٧٩

البطن الموجود و ان الفقهاء لم يفتوا بهذا النحو بل ذهبوا الى تعلق حق البطن اللاحقه أيضا بالثمن.

و يرد عليه اولاً انه قيل بان الاكثر عملوا بها و أفوتوا بمضمونها.

و ثانيا ان عدم عملهم لا يوجب أن يرفع اليد عن دلالتها.

و ثالثا ان السرّ فى تقسيم الثمن بين البطن الموجود يمكن أن يكون من جهه كون أمد الوقف منتهيا و لذا حكم الامام عليه السّلام بتوزيع الثمن بين البطن الموجود اذ لم يكن للبطن اللاحقه حق فيه لانتهاه أمد الوقف بالبطن الموجود و خامسا لو تسلّم الخصم دلاله الروايه فلا وجه للإيراد عليها بل لا بد

من التسليم فى مقابلها و قبول مفادها بالتعبد

ان قلت: اذا كان الوقف منقطعاً فلا بد أن يكون العين باقيه فى ملك الواقف بعد انقطاع الوقف فلا وجه للتقسيم بين الموقوف عليهم.

قلت: ان الوقف المنقطع على قسمين القسم الاول ما يعتبر الواقف بقاء العين فى ملكه بعد انقطاع الوقف، القسم الثانى ما يعتبر بقاء العين الموقوفه فى ملك البطن الاخير.

و بعبارة واضحة تاره يجعل الواقف العين الموقوفه ملكاً للموقوف عليه مده و الزائد على تلك المده يبقى فى ملكه و بعد انتهاء أمد الوقف يكون الوقف ملكاً للواقف و اخرى يقف مده و يجعل العين فى ملك الطبقة الاخير الى الابد و فى هذه الصوره خرج الوقف عن ملك الواقف فلا مقتضى لدخوله ثانياً لان الوقوف على حسب ما أوقفها اهلها.

السادس ان المستفاد من ظاهر الروايه ان الامام عليه السلام أمر الاجنبى ببيع الوقف و الحال انه على فرض جواز بيعه لا بد ان يقع البيع من الموقوف عليهم، و اما الاجنبى فاجنبى عنه.

و الجواب عنه ان ابن مهزيار يسئل جواز بيع الوقف عن الامام من قبل الواقف

دراساتنا من الفقه الجعفرى، ج ٣، ص: ٢٨٠

فيمكن انه كان متولياً للوقف أيضاً فعليه لا مجال لهذا النحو من الاشكال.

السابع ان قوله ربما جاء فى الاختلاف تلف الاموال ظاهر فى أن احتمال تلف الاموال و النفوس كاف فى جواز بيعه و هذا لم يلتزم به أحد لان القائلين بجواز البيع انما يقولون به فى مورد العلم بادائه الى الخراب أو الظن به و اما مجرد الاحتمال فلا يترتب الاثر عليه.

و الجواب عنه اولاً ان اعراضهم لا يوجب و هنا فى دلالة الروايه الا فى صورته القطع بخلافها.

و ثانياً نفرض ان

الجملة المذكوره لا- يمكن الالتزام بها لتسالم الفقهاء على خلافها لكن لا موجب لرفع اليد عن باقى جملات الروايه و ان شئت قلت: اذا لم يمكن أن نعمل باطلاقها لكن نعمل بالمقدار الممكن و نرفع اليد عن المقدار غير الممكن.

الثامن ان الظاهر من قوله: «فانه ربما جاء فى الاختلاف تلف الاموال و النفوس» هو التعليل بما ان العله تعمم و تخصص كما فى قولك لا تاكل الرمان فانه حامض فيكون جواز البيع مقيدا بالاختلاف الخاص و هو الذى لا يؤمن معه تلف الاموال و النفوس، فيكون الدليل أخص من المدعى لان المدعى جواز بيع الوقف فى صورته الاختلاف سواء جاء منه تلف الاموال و النفوس أم لا، و الاستفادة من الروايه اختصاص جواز البيع بما اذا جاء من الاختلاف تلف الاموال و النفوس، و هو موجب لجواز البيع و ان لم يكن الوقف منشأ للنزاع.

و الجواب عنه انا لا- نسلم كون الجملة المذكوره من الروايه ظاهره فى العليه حتى يقال: ان الاستفادة من الروايه ان الاختلاف الخاص مجوز للبيع فيكون الدليل أخص من المدعى بل هى ظاهره فى الحكمه عند العرف فعليه لا يرد عليها ما قيل.

و بعبارة ملخصه ان مجىء تلف الاموال و الانفس من الاختلاف حكمه للحكم لا عله حتى تعمم و تخصص لأنه كما بين فى محله ان الحكم ليس دائرا مدار الحكمه

دراساتنا من الفقه الجعفرى، ج ٣، ص: ٢٨١

فى الوجود و العدم كما يكون ذلك فى العله فان الحكم الذى يكون معلولا لها يدور مدارها وجودا و عدما.

و اما الحكمه فليست كذلك مثلا ان اختلاط المياه الموجب لاشتباه النسل حكمه لوجوب العده على المرأه و ليس هذا الوجوب دائرا مداره و لذا

تجب العده على المرأه و ان كانت عقيمه و كذلك فى المقام فان تلف الاموال و النفوس حكمه لمشروعيه جواز البيع فيلتزم به بمجرد الاختلاف الناشئ عن الوقف و ان لم يلزم منه تلف الاموال

اذا عرفت ما ذكرنا فاعلم ان فى المقام صوراً.

الصورة الاولى و هى صورة خراب العين بحيث لا يمكن الانتفاع بها مع بقاء عينه كالحيوان المذبوح

فالمختار فى هذه الصورة من الوقف جواز بيعه لما قدمنا ان غرض الواقف انما كان حفظ ماله العين و هو لا يحصل الا ببيعها بأن يشتري العين الاخرى قابلاً للانتفاع بها.

الصورة الثانيه و هى صورة خراب العين بحيث يسقط عن الانتفاع المعتد به بحيث يصدق عرفاً انه لا منفعة فيه كدار انهدمت فصارت عرصه

و قد بينا ان هذه الصورة لا ينبغى أن يبحث عنها استقلالاً لان سقوطها عن الانتفاع بها اما يكون بحيث تلحق بالعدم عرفاً فتدخل فى الصورة الاولى فيجرى فيها ما يجرى فيها، و اما لا يلحق بالعدم فتدخل فى الصورة الثالثه فيجرى فيها حكم تلك الصورة و على اى تقدير لا وجه لذكرها استقلالاً.

الصورة الثالثه أن يخرّب الوقف بحيث تقل منفعته، و لكن لا تبلغ الى حد العدم عند العرف،

فالحق فيها عدم جواز بيعه، لوجود المانع من ناحيه الشرع و من ناحيه الواقف، اما شرعاً فشمول الادله المانعه و هى كقوله: لا يجوز شراء الوقف و قد بينا تفصيله فراجع، و اما من ناحيه الواقف فلقوله: الوقوف على حسب ما اوقفها أهلها.

الصورة الرابعه أن يكون بيع الوقف أعود للموقوف عليهم

و قد التزمنا

دراساتنا من الفقه الجعفرى، ج ٣، ص: ٢٨٢

بعدم جواز بيعه بالنظر الى القاعده الاولى الا ان مكاتبه «١» الحميرى تدل على جواز بيعه كما بينا.

الصورة الخامسه أن يستدعى بيعه الضروره الشديده اللاحقه على الموقوف عليهم،

و قد بينا عدم جواز بيعه بالنظر الى القاعده الاولى الا ان مكاتبه الحميرى «٢» تدل على الجواز.

الصورة السادسة أن يشترط الواقف بيعه عند الحاجة

فانه تاره يعلق البيع على أمر و اخرى يشترط البيع و يفتح للموقوف عليه باب النقل و الانتقال بنحو الاطلاق، و قد بينا ما هو مقتضى النص الخاص و لا وجه للإعاده فراجع.

الصورة السابعة أن يؤدي بقاءه الى خرابه علما أو ظنا،

و قد بينا أنه لا يجوز بيعه بالنظر الى القاعده لعدم المقتضى له قبل طرو المجوز فمجرد العلم بأنه سيطراً المجوز لبيعه لا يفيد لجواز بيعه فعلا، و أما بالنظر الى النص الخاص فانه يدل على جواز بيعه اذا كان الوقف ماده للفساد.

الصورة الثامنة أن يقع الاختلاف بين الموقوف عليهم بحيث لا يؤمن معه تلف المال و النفس

و ان لم يعلم أو يظن بذلك فمقتضى القاعده الاوليه أعنى دليل حرمة بيع الوقف عدم الجواز و لذا لا مجرى لاستصحاب الحرمة مضافا بانه تعليقى نعم مقتضى أصاله عدم انتقال المال الى من انتقل اليه بالعقد هو عدم الجواز الا ان الروايه الوارده تدل على جواز بيعه لان المستفاد منها الحكمه فنلتزم به الا أن يقوم الاجماع التعبدى الكاشف عن رأى المعصوم على عدم الجواز.

الصورة التاسعه أن يؤدي الاختلاف الى ضرر عظيم من دون تقييد بكون الضرر خراب الوقف

(١)- الوسائل الشيعه، الجزء (١٣) الباب (٦) من أبواب الوقوف الحديث (٩).

(٢)- الوسائل الجزء (١٣) الباب (٦) من ابواب الوقوف الحديث (٩).

دراساتنا من الفقه الجعفرى، ج ٣، ص: ٢٨٣

فلا بد من أن يقصد بانه ان كان الضرر هو الضرر النفسى أو المالى فيجوز بيعه و الا فبمجرد الضرر لا يحكم بجواز البيع الا أن يقال: بعد البناء على أن المستفاد من النص الحكمه فى الجعل لا العله كما مر يجوز البيع فان موضوعه وجود الاختلاف الناشى عن الوقف.

الصورة العاشره أن يلزم من بقاءه فساد يستباح منه الانفس

فمقتضى القاعده عدم الجواز الا ان النص الوارد فى المقام يدل على جوازه.

فالمحصل من جميع ما ذكرنا ان كل مورد ثبت مقتض للبيع من ناحيه الواقف او الشارع فنلتزم به و نقول: بجواز بيعه، و اما اذا شككنا في جواز بيعه و عدمه فربما يتمسك باستصحاب عدم جواز بيعه و لكنه ممنوع لوجود الدليل اللفظي في المقام و هو قوله لا يجوز شراء الوقف فاذا فرض عدم شموله للمقام للانصراف أو بالمعارضه فالمرجع حينئذ عموم قوله: أَوْفُوا بِالْعُقُودِ الدال على جواز بيعه على القول بانه دليل الصحه اضافه على اللزوم و أيضا لا مانع من التمسك باطلاق حليه التجاره و لتوضيح الحال نقول: ان المقتضى لجواز البيع موجود فان المفروض ان البطن الموجود مالک للعين و المفروض أيضا عدم المانع.

اضف الى ذلك كله أن استصحاب عدم جواز البيع يكون تعليقا لان مرجعه يكون الى انا نعلم بأن بيع الوقف قبل طرو الخراب لا يكون ممضى عند الشارع قطعا فبعد طروه نشك في أنه ممضى عنده أم لا فيستصحب عدم كونه ممضى عنده و هذا هو الاستصحاب التعليقي و بعباره واضحه ان جريان الاستصحاب بأن هذا العين قبل عروض

العارض الفلاني كان بحيث لو بيع لم يكن جائزا و الان كما كان.

(فرعان)

الاول انه لا وجه للترديد في جواز بيع الوقف بعد طرو المجوز لبيعه

بانه يكون ضررا على البطون اللاحقه على فرض أن يكون الثمن للبطن الموجود، و على فرض وضع الثمن عند الامين حتى يستفيد منه البطون اللاحقه

دراساتنا من الفقه الجعفري، ج ٣، ص: ٢٨٤

فالبطن الموجود يكون متضررا و لو بيع و يشتري به بدل فأیضا يمكن أن لا- يكون جائزا لاحتمال كون البديل أقل منفعه من الاصل و لكنك اذا تأملت فيما تقدم تعلم أنه لا- وجه للترديد لان مع طرو مجوز البيع لا- شبهه في الجواز و ان كان البطون متضررين و مع عدمه لا يجوز بيعه فالجواز و عدمه دائر مدار وجود المجوز و عدمه و اما كون البطون متضررين أم لا فلا يكون دخيلا في المطلوب.

الثاني انه اذا دار الامر بين صرف المنفعه في عمران العين و بين اعطائه ها الموقوف عليهم حتى يصرفوا في مصارفهم فما هي الوظيفة

الظاهر ان الواقف اذا اشترط و لو ارتكازا أن يصرف الثمن في عمران الموقوفه فليعمل به و الا لا عطى الموقوف عليهم.

ان قلت اذا لم يصرف المنفعه في عمران الموقوفه فهي تسقط عن الانتفاع بل تخرب رأسا قلت ان حفظ الوقف عن الخراب لا يكون واجبا على الموقوف عليهم بل يجوز لهم البيع أن يصرفوا ثمنها لأنفسهم بعد فرض عدم اشتراط الوقف صرف الثمن في حفظ العين الموقوفه. هذا تمام الكلام في الوقف المؤبد.

و يقع الكلام في الوقف المنقطع

اشاره

و الذي ينبغي في المقام ان يقع الكلام في مقامين، الاول في صحه الوقف المنقطع و عدمها، الثاني في جواز بيعه و عدمه، و لا يخفى ان البحث في المقام الثاني متفرع على اثبات صحه الوقف المنقطع و اما على القول بطلانه فلا مجال للبحث الثاني أصلا.

اما المقام الاول [في صحه الوقف المنقطع و عدمها]

فما قيل أو يمكن أن يقال في وجه بطلان الوقف المنقطع أمور.

دراساتنا من الفقه الجعفري، ج ٣، ص: ٢٨٥

الامر الاول قيام الاجماع على بطلانه.

و الجواب عنه ان الاجماع لا يكون حجه لا سيما في المقام لكونه محتمل المدرك ان لم يكن مقطوعه.

الامر الثانى ان الوقوف الصادره من الائمه كانت ابدية فعليه لا- يصح الوقف المنقطع لكونه على خلاف فعل المعصوم عليه السلام.

وفيه اولا انا لا نسلم كون الوقوف الصادره عن المعصومين عليهم السلام كلها ابدية و عدم صدور الوقف المنقطع منهم فدون اثباته خرط القتاد، و بعباره اخرى غايه ما فى الباب عدم العلم بصدور الوقف المنقطع منهم و عدم العلم اعم من- المدعى.

و ثانيا ان صدور الوقف الدائمي منهم (ع) لا يكون دليلا على عدم جواز غيره فلا بد من ملاحظه عموم اقتضاء دليل الصحه و خصوصه.

الامر الثالث ان التأييد اشرب فى حقيقه الوقف فالانقطاع خارج عن حقيقته فلا يمكن الالتزام به.

وفيه انا قد بينا ان الوقف عباره عن تحييس العين و تسييل الثمره و ان شئت فعبر انه عباره عن ايقاف العين عن الحركه الاعتباريه و اما التأييد او الانقطاع فكلاهما خارجان عن حقيقته فتحصل أن الوجوه التى ذكرها لبطلان الوقف المنقطع لا يمكن المساعده عليها، و لا بدلنا أن نبحت من الدليل فى المقام فاذا كان الدليل قائما على صحته يلتزم به و لا

يلزم منه محذور ابدأ، فنقول ان الوقف المنقطع على قسمين.

الاول ان الواقف يقف الدار مثلا للموقوف عليه المعين بمدته عشر سنواه مثلا.

الثانى أن يقف على من يعلم انقراضهم بعد مدته، اما القسم الاول فالذى يظهر من كلمات الفقهاء انهم تسالموا على بطلانه قال السيد فى ملحقات العروه هو المدعى

دراساتنا من الفقه الجعفرى، ج ٣، ص: ٢٨٦

عليه الاجماع فى كلمات جماعه و لا خلاف بينهم فى بطلانه كما عن ظاهر جامع المقاصد و المسالك و عن الغنيه و المختلف و السرائر و الجواهر دعوى الاجماع عليه الى غير ذلك من الكلمات فراجع و هذه الاجماعات محل نقاش و هذا القسم خارج عن محل البحث.

و اما القسم الثانى و هو الوقف على من ينقرض فمقتضى التحقيق ان يقال:

بصححه هذا القسم من الوقف المنقطع لعدم ثبوت التسالم من الفقهاء على خلافه و شمول ادله الوقف بالنسبه اليه بعد فرض أن الواقف انشأ الوقف بهذا النحو فلا مقتضى للقول: بانه لا يكون وقفا بل يكون حبسا لأنه لم يكن مقصودا للواقف و لم ينشئه، و بانشاء صيغه الوقف لا- يمكن اثبات الحبس اذ الوقف و الحبس أمران متغايران من حيث الماهيه فان الوقف عبارته عن تملك العين على الوجه المخصوص، و اما الحبس فهو عبارته عن تملك المنفعه فالفرق بينهما كالفرق بين البيع و الاجاره هذا اولاً.

و ثانيا انه تدل الروايات الخاصه على صحته كما يظهر ذلك من روايتين الاولى ما رواه على بن مهزيار قال: قلت: له روى بعض مواليك عن آبائك (عليهم السلام) ان كل وقف الى وقت معلوم فهو واجب على الورثه و كل وقف الى غير وقت جهل مجهول فهو باطل على الورثه و انت

أعلم بقول آبائك (ع) فكتب عليه السلام هكذا هو عندى «١»

و هذه الروايه تدل على أن كل وقف الى وقت معلوم فهو واجب و صحيح و من الواضح أن أمد الوقف يكون بانقراض الورثه فهو معلوم بعنوانه.

(الثانى) مكاتبه محمد بن الحسن الصفار قال كتبت الى أبى محمد عليه السلام أسأله عن الوقف الذى يصح كيف هو فقد روى ان الوقف اذا كان غير موقت فهو

(١)- الوسائل، الجزء (١٣) الباب (٧) من أبواب الوقوف و الصدقات الحديث (١)

دراساتنا من الفقه الجعفرى، ج ٣، ص: ٢٨٧

باطل مردود على الورثه، و اذا كان موقتا فهو صحيح ممضى قال قوم: ان الموقت هو الذى يذكر فيه انه وقف على فلان و عقبه فاذا انقرضوا فهو للفقراء و المساكين الى أن يرث الله الارض و من عليها و قال آخرون هذا موقت اذا ذكر انه لفلان و عقبه ما بقوا و لم يذكر فى آخره للفقراء و المساكين الى ان يرث الله الارض و من عليها و الذى هو غير موقت أن يقول هذا وقف و لم يذكر أحدا فما الذى يصح من ذلك و ما الذى يبطل فوقع عليه السلام الوقوف بحسب ما يوقفها إن شاء الله «١».

و لا يخفى ان سند الشيخ الى الصفار فى المشيخه ضعيف، و لكن لا يبعد أن يكون معتبرا فى الفهرست فانه يروى عن المفيد عن الصدوق عن محمد بن حسن الوليد عن الصفار و المستفاد منها ان الواقف كان اختيار الوقف بيده فله أن يقف العين على نحو التأييد و له أن يقف على نحو الانقطاع و يكون ممضاه عند الشارع مطلقا.

فتلخص مما ذكرنا صحه الوقف المنقطع بالمعنى الثانى

[المقام الثانى فى جواز بيعه و عدمه]

و بعد الفراغ عن

صحة هذا القسم يقع الكلام في جواز بيعه و عدمه.

فنقول: ان الواقف تاره يبقى العين الموقوفه باقيه في ملكه بانه لا- يخرجها عن ملكه إلا مده الوقف و أما ما زاد عنها فيبقيها في ملكه، و اخرى يملكها للموقوف عليهم ملكا مستقرا بحيث ينتقل منهم الى ورثتهم عند انقراضهم، فعلى الاول تاره يكون متصدى البيع الموقوف عليهم و اخرى يكون المتصدى هو نفس الواقف فان كان المتصدى هو الموقوف عليهم فلا يجوز بيعه لعدم المقتضى اولا لأنه يشترط في صحة البيع أن يكون أمر المبيع بيد البائع، و ليس في المقام كذلك لان المفروض بقاء العين في ملك الواقف بعد انقراض الموقوف عليهم فلا مقتضى لصحة البيع.

(١)- الوسائل، الجزء (١٣) الباب (٧) من احكام الوقوف و الصدقات، الحديث (٢)

دراساتنا من الفقه الجعفري، ج ٣، ص: ٢٨٨

و ثانيا لوجود المانع لان الادله المانعه عن شراء الوقف تشمل المقام أيضا كقوله: لا يجوز شراء الوقف و لا تدخل الغله في ملك هذا اذا كان البائع الموقوف عليهم.

و اما اذا كان متصدى البيع هو الواقف فايضا نقول: بعدم جواز بيعه، أما اولا فلشمول قوله عليه السلام لا يجوز شراء الوقف فانه باطلاقه يدل على عدم جواز بيع الوقف حتى في صورته كون البائع نفس الواقف.

و ثانيا ان كان مراده من قوله: بعث هذا الدار مثلا وقوع البيع في الحال الحاضر فيلزم منه بيع ملك الغير لعدم كون الواقف مالكا له قبل انقراض الموقوف عليهم و ان كان مراده وقوع البيع بعد انقراضهم فهذا تعليق في البيع و يكون مبطلا بالإجماع فتحصل ان البيع لا يجوز في هذه الصوره.

و ربما يستدل على عدم جواز بيع الواقف بلزوم الغرر لعدم العلم

بانقراض الموقوف عليهم فيكون وقت استحقاق التسليم مجهولا و اما بطلان البيع الغررى فهو أمر واضح.

و فيه اولاً- لقائل أن يقول: ان المراد من البيع الغررى معناه الاسم المصدرى بمعنى أن المبيع اذا كان غررىا فيكون البيع باطلا و فى المقام ان المبيع لا يكون غررىا لكونه معلوما للطرفين و انما المجهول وقت استحقاق التسليم التام على وجه ينتفع به.

و ثانيا ان أبيت عن ذلك و قلت ان العرف يرى هذا البيع غررىا فنقول: ان الدليل أخص من المدعى لإمكان العلم بانقراضهم فى بعض الموارد عادة كالعلم بان الموقوف عليه يكون عقيما فلا- يكون وقت التسليم مجهولا على الاطلاق حتى يقال انه غررى دائما نعم فى بعض الموارد يكون غررىا و لكن المدعى اعم من ذلك و الاخص لا يكون دليلا للأعم.

دراساتنا من الفقه الجعفرى، ج ٣، ص: ٢٨٩

و ثالثا ان الغرر انما يكون بمعنى الخطر و اذا علم المشتري بان العين متى وصل اليه يكون رابحا و ان لم يعلم وقت وصوله تعيينا فلا يصدق عليه انه خطرى.

و رابعا انه لا- دليل على بطلان البيع الغررى لان ما يدل عليه ما رواه الصدوق و قد نهى رسول الله عن بيع المضطر و عن بيع الغرر «١»

و هذه الروايه لها طرق ثلاثه، و هذه الطرق و الاسانيد المذكوره فى باب اسباب الوضوء من كتاب طهاره الوسائل فراجع، الا ان كلها مخدوش لان فى بعض الطرق احمد بن عامر و فى بعض آخر ابراهيم بن هاون و فى بعض آخر داود بن سليمان فلا يمكن الاستدلال بهذه الروايه لسقوطها عن الحجية فلا يكون دليلا على بطلان البيع الغررى هذا تمام الكلام الى هنا.

و اما على الثانى و

هى صورة تمليك الواقف العين الموقوفه من ورثه الموقوف عليهم بعد انقراضهم فتاره يكون المتصدى للبيع الطبقة الاولى او الوسطى، و اخرى يكون المتصدى الطبقة الاخيرى و على كلتا صورتين فمقتضى القاعده الاولى عدم الجواز لعموم قوله: عليه السلام لا- يجوز شراء الوقف و لكونه منافيا لجعل الواقف لأنه جعله واقفا عن الحركة الاعتباريه، و الشارع أيضا امضاه و البيع ينافيه.

و ربما استدل على جواز البيع بصحيحه ابن نعيم عن أبى الحسن موسى (ع) قال سألته عن رجل جعل دار سكنى لرجل أيام حياته او جعلها له و لعقبه من بعده هل هى له و لعقبه من بعده كما شرط قال نعم قلت له فان احتاج يبيعها قال: نعم قلت فينقض بيع الدار السكنى قال لا ينقض البيع كذلك سمعت أبى يقول. قال ابو جعفر قال لا ينقض البيع الاجاره و لا السكنى و لكن تبعه على ان الذى اشتراه لا يملك ما اشترى حتى تنقضى السكنى كما شرط و كذا

(١)- الوسائل، الجزء (١٢) الباب (٤٠) من أبواب آداب التجاره، الحديث (٣)

دراساتنا من الفقه الجعفرى، ج ٣، ص: ٢٩٠

الاجاره قلت فان رد على المستأجر ماله و جميع ما لزمه من النفقه و العماره فيما استأجر قال على طيبه النفس و رضا المستأجر بذلك لا باس «١»

و التأمل فى الروايه يقتضى أن يقال بأنها أجنبيه عن الدلاله على جواز بيع الوقف لأنها تدل على جواز بيع الدار التى جعلت للسكنى و هو عنوان مستقل فى الفقه و لا ربط له بباب الوقف اصلا هذا تمام الكلام فى الوقف الحمد لله اولا و آخر.

[الكلام فى بيع الرهن]

[الكلام فى ما يرجع إلى بيع الراهن]

[الكلام فى الأدله التى أقيمت على صحه بيع الراهن العين المرهونه]

هل يجوز بيع الرهن للراهن بالاستقلال من دون ان يكون محتاجا الى الاجازه المتأخره

اولا- يجوز بيعه اصلا فيقع باطلا من اصله و لا تكون الاجازه المتأخره موجب له صحه ما هو باطل او يكون جواز بيعه متوقفا على الاجازه المتأخره بان يكون له صحه تأهليه فبلحوق الاجازه يكون مؤثرا فى النقل و الانتقال و المسأله خلافه بين الاعلام.

و الذى يوافق التحقيق هو القول الاول لوجود المقتضى لان امر المبيع انما يكون بيد الراهن لكونه مالكا له فيشمله ادله امضاء البيع كقوله احل الله البيع و غيره من العمومات و الاطلاقات و اما المانع فربما ذكر فى المقام وجوه الا انها لا تصلح للمانع و ستطلع عليها إن شاء الله و نحن نذكرها و نجيب بعون الله و توفيقه فنقول.

الاول انه ربما استدلل بقيام الاجماع على عدم جواز بيع المرهون و فيه اولا انا قد بينا فى الاصول عدم قيام الدليل على حجيه اجماع المنقول. و اما المحصل منه فغير حاصل.

(١)- وسائل الشيعه، الجزء (٣) الباب (٢٤) من أبواب احكام الاجاره، الحديث (٣)

دراساتنا من الفقه الجعفرى، ج ٣، ص: ٢٩١

و ثانيا انه على تسليم حجته لا يكون حجه فى المقام لكونه محتمل المدرك ان لم يكن مدركه معلوما او مظنونا.

الثانى ما ارسل «١» عن النبى صلى الله عليه و آله الراهن و المرهون ممنوعان عن التصرف و هكذا ذكر فى المستدرك و لعله سهو من الناسخ و الصحيح ان يقال و المرتهن أو المرهون عنده و هذه الروايه لإرسالها غير قابله للاستناد لا يقال ان النبوى و ان كان ضعيفا بارساله الا ان المشهور عملوا بمضمونه لأننا نقول قد سبق منا غير مره ان عمل المشهور لا يكون جابرا لضعف الروايه كما ان اعراضهم لا يوجب و منها.

الثالث انه غررى لا

مكان عدم اقدار الراهن اداء دينه مثلا فيبيع المرتهن العين المرهونه. و يكون البيع الغررى باطلا. و فيه انه قد ذكرنا سابقا عدم الدليل على بطلان البيع الغررى هذا اولا.

و ثانيا انه لا يلزم منه الغرر لان للمشتري أن يأخذ حقه عن البائع فى صورته بيع المرتهن العين المرهونه.

ان قلت انه لا شبهه فى كون المبيع على هذه الكيفيه المخصوصه مع ما فيه من النزاع عاده ناقصا.

قلت و لو سلمنا ذلك و لكننا لا نسلم بطلانه بل نقول ان كان المشتري عالما بذلك و أقدم عليه عالما به فلا بد ان يلتزم بلوازمه و ان كان جاهلا به فله الخيار.

فتخلص ان المقتضى للصحة موجود و الموانع المذكوره لا تصلح للمانع فيكون بيعه جائزا و اذا أغمضنا عن القول الاول و قلنا بعدم جواز بيعه استقلالا تمسكا بقوله: الراهن و المرتهن ممنوعان عن التصرف او من جهه اخرى من الوجوه المذكوره هل يكون بيعه باطلا من أصله و لا يكون الاجازه اللاحقه مؤثره فى صحته كما هو القول الثانى اوله صحه تأهليه فيكون مؤثرا بلحوق الاجازه به كما هو القول الثالث، الحق هو التفصيل فان المدرك للبطلان ان كان هو النبوى فلا اثر للاجازه

(١) - مستدرک الجزء (٢) ص ٤٩٦

دراساتنا من الفقه الجعفرى، ج ٣، ص: ٢٩٢

فيكون البيع باطلا لان المستفاد منه بطلان بيع العين المرهونه لممنوعيه تصرف الراهن و المرتهن فيه و بعد وقوعه باطلا لا ينقلب الى الصحة باجازه متأخره لان الشى لا ينقلب عما هو عليه.

ان قلت أ ليس الفضولى ممنوعا من التصرف بمقتضى قوله: لا- تبع ما ليس عندك و الحال انه ذهب القوم الى تأثير الاجازه اللاحقه فيه.

قلت انه اولا انا ناقشنا فى

صححة البيع الفضولى أيضا و قلنا بعدم قيام الدليل على صحته.

و ثانيا ان قياس المقام بالفضولى قياس مع الفارق لان معنى قوله لا تبع ما ليس عندك عدم جواز بيع غير المالك لنفسه، و اما البيع للمالك فلا يشمل هذا الدليل كما عليه الاستاذ و المدعى ان المجيز باجازه ينسب البيع الواقع الى نفسه فالبايع هو المالك بلا- محذور فى بيعه و كان بيع الفضولى بعد الاجازه يكون بمنزله قول البائع بعث دارى من زمان العقد فان المالك باجازه العقد الصادر من الفضولى باع ملكه من حين العقد و لذا ذهب جماعه الى الكشف الحكمى و جماعه الى الكشف الانقلابى.

ان قلت لو اغمض عن الروايه و قيل بان مقتضى الاجماع التعبدى الكاشف عن رأى المعصوم بطلان البيع قبل صدور الاجازه، فكيف يكون صحيحا بعده فاذا شككنا بعد حصول الاجازه فى صحته يستصحب المتيقن السابق و هو بطلان البيع، و بعبارة اخرى لا- يمكن الالتزام بالصححة مع الاجازه حتى على فرض الاغماض عما ذكر اذ بعد قيام الاجماع على البطلان قبل الاجازه يكون المرجع بعد الاجازه استصحاب حكم المخصص فلا اثر لدليل صححة البيع اطلاقا و عموما.

قلت: ان المقام فى صورته الشك بعد حصول الاجازه يكون من صغريات النزاع المعروف بين الاصوليين بان المحكم هو عموم العام او استصحاب حكم المخصص و قد اخترنا فى محله و اشبعنا الكلام فيه ان عموم العام سواء كان عمومه

دراساتنا من الفقه الجعفرى، ج ٣، ص: ٢٩٣

مجموعيا او استغراقيا محكم و لا- مجال لاستصحاب الحكم المخصص فعليه اذا علمنا بالاجماع خروج صححة البيع عن عموم الادله قبل اجازه المرتهن فانه باطل قطعاً و شككنا فى ذلك بعد حصول الاجازه يكون عموم

العام مقدما على استصحاب الحكم المخصص فيكون البيع صحيحا بالادله الداله على صحه البيع كقوله: أحل الله البيع و تجاره عن تراض.

فالعمده فى مدرک البطلان اطلاق دليل المنع المستفاد من الروايه لكن الاشكال فى سندها، و كذلك لو كان المدرک حديث نفى الغرر، و اما ان كان المدرک للفساد الاجماع فالحق الصحه بعد الاجازه اذا لقدر المتيقن من الاجماع ما قبل الاجازه، و استدل على صحه بيع العين المرهونه بوجوه.

الاول انه يستفاد صحه بيع العين المرهونه من صحه البيع الفضولى بالاولويه لان بيع الفضولى يكون صادرا عن غير مالکة و فى المقام صدر البيع عن المالك فاذا كان البيع الصادر عن غير مالکة بالاجازه صحيحا يكون بيع المالك العين المرهونه صحيحا بطريق أولى لصدوره عن بيده الامر، و اورد عليه المحقق الايروانى بانا لا نسلم الاولويه فى المقام لقيام احتمال أن يكون حق المرتهن كحق أم الولد موجبا لفساد البيع، و مجرد الملك هنا دون الفضولى لا يوجب أولويه المقام بالصحه فلعل تعلق حق الغير يكون مانعا عن صحته.

و يرد عليه انه لا يحتمل أن يكون حق المرتهن كحق أم الولد للعلم بان حق أم الولد حكم الهى مانع عن صحه البيع فلا يكون صحيحا بعد بطلانه بالاجازه، و لا مورد للإجازه كما هو ظاهر، بخلاف حق المرتهن فان مانعيته تسقط باجازته، و لذا لو أجاز قبل البيع او حينه كان صحيحا بالاتفاق.

و التحقيق أن يقال: ان الفضولى اما صح بيعه بالادله العامه كقوله أَوْفُوا بِالْعُقُودِ و غيره من العمومات فعليه لا مجال لدعوى الاولويه فى المقام لان المقتضى للصحه

دراساتنا من الفقه الجعفرى، ج ٣، ص: ٢٩٤

موجود فى الفضولى و المانع مفقود بعد اجازته المالك.

و بعبارة

اخرى يصدق على اجازته المالك عنوان البيع و العقد و التجاره و اما فى المقام فحق المرتهن مانع عن صحه بيع الراهن الذى هو البائع فلا يجوز قياس أحدهما بالآخر، هذا على مسلك القوم من صحه الفضولى.

و أما على مسلكتنا من عدم صحته فلا موضوع للأولويه و عدمها كما هو ظاهر و اما بالادله الخاصه كروايه عروه البارقى و غيرها فقد ناقشنا فيها مفصلا هذا بالنسبه الى الادله العامه، و أما الروايات الوارده فى النكاح فقد عرفت ما قلنا فيها بان النكاح فيمكن ان يكون له خصوصيه و هو عدم رضاء الشارع باشاعه الفحشاء، و اهتمامه بالاعراض فانه يقتضى أن يحكم بصحه ما وقع من النكاح و لا وجه للتعدى منه الى مقام آخر لمنع الاولويه المدعاه كما قدمنا تفصيله سابقا فى باب ولايه الاب و الجد.

الثانى ان ظاهر عطف المرتهن على الراهن فى قوله صلى الله عليه و آله: (الراهن و المرهون كلاهما ممنوعان عن التصرف، يدل على صحه بيع العين المرهونه، توضيحه ان بيع المرتهن يكون جائزا باجازه الراهن بالاتفاق فظاهر وحده السياق و عطف المرتهن على الراهن يقتضى جواز بيع الراهن أيضا.

و يرد عليه- ان النبوى اما يسقط عن الحجيه لإرساله كما هو الحق فيكون بيع العين المرهونه صحيحا على القاعده كما مر، و اما لا يسقط عنها كما ذهب اليه المشهور من جبران ضعف الروايه بعمل المشهور فلا وجه للجواز، و مجرد العلم بان المرتهن يجوز بيعه مع الاجازة لا يكون دليلا لان يكون بيع الراهن أيضا كذلك فاطلاق الروايه يدل على عدم جواز بيعها مطلقا، الا أنه يرفع اليد عن اطلاق الروايه بالنسبه الى المرتهن لكون جواز بيعه من الواضحات،

و مجرد اتحاد السياق ما لم يبلغ الى حد الظهور لا يوجب رفع اليد عن الاطلاق.

لا يقال ان الجمهور من المتأخرين لم يعلموا بهذه الروايه فتكون موهونه

دراساتنا من الفقه الجعفري، ج ٣، ص: ٢٩٥

بمصيرهم الى خلافها.

لأنا نقول: لو اغمضنا عن ضعف الروايه لكونها مرسله لا يبقى مجال لهذا الاشكال لان اعراض القدماء لا يكون موهنا لحجيه الروايه بعد شمول ادله الحجيه فضلا عن اعراض المتأخرين، مع أن القائلين بان عمل المشهور جابر، لضعف الروايه أو اعراضهم يكون موهنا لها يعنون به عمل مشهور القدماء و اعراضهم و اما عمل المتأخرين و اعراضهم فلا اثر لهما.

الثالث ان قوله: الراهن و المرتهن ممنوعان من التصرف ناظر الى المنع عن التصرف الاستقلالي، و اما التصرف الذي تليه الاجازه فلا تشمله الروايه المانع.

و فيه انه لا وجه لرفع اليد عن اطلاق الروايه فانه يشمل التصرف الاستقلالي و غيره أيضا نعم ثبت من الخارج ان المرتهن يجوز بيعه بالاجازه الا انه لا يوجب رفع اليد عن اطلاق الروايه بالنسبه الى الراهن كما قدمنا آنفا.

الرابع ما رواه في الوسائل باب نكاح العبيد و الاماء حيث حكم عليه السّلام بصحة نكاح العبد بالاجازه معللا بانه لم يعص الله و انما عصى سيده فاذا اجازه فهو له جائز «١» و من المعلوم ان المراد من العصيان مخالفه الحكم الوضعي فالمستفاد منه ان كل عقد كان النهي عنه لحق الادمي يرتفع المنع بحصول الاجازه، و اما اذا كان النهي لحق الله تعالى لا يصح العقد بارتفاع المانع كما لو ارتفع الغرر عن العقد الغرري بعد البيع، فيدل عموم التعليل المذكور في الروايه على صحة كل معامله متوقفه على اجازه آخر عند تعقبها باجازه من يعتبر

و اورد عليه صاحب المقاييس بان التعليل المستفاد من الروايه جار فيمن لم يكن مالكا لان العبد المملوك لا يقدر على شىء بل كل على مولاه فاذا كان العقد صادرا ممن ليس الامر بيده و لم يكن فيه عصيان الله فهو يصح بلحوق الاجازة المتأخره،

(١)- وسائل الشيعه، الجزء (١٤) من ابواب نكاح العبيد و الاماء

دراساتنا من الفقه الجعفرى، ج ٣، ص: ٢٩٦

و لا يمكن تسريته الى ما كان أمر البيع بيده كما فى المقام فان الراهن يكون مالكا للمبيع.

و يرد عليه ان الظاهر المستفاد من الروايه ان منشأ الفساد عصيانه تعالى، و اذا لم يكن فيه ذلك يصح البيع بلا فرق فى ذلك بين مورد يكون أمر المبيع بيد البائع أم لا.

و التفصيل بينهما على ما ذهب اليه صاحب المقاييس يكون على خلاف اطلاق الروايه.

و الذى يقتضيه التحقيق ان يقال: ان التعدى بعموم العله لا بد فيه من التحفظ على الموضوع فانه اذا قال المولى: لا يجوز للمحرم أن يلبس قلنسوه لأنه مخيط يفهم من هذا عدم جواز لبس المخيط للمحرم قلنسوه كانت او غيرها، و اما غيره فهل يجوز له لبس المخيط أم لا فلا يستفاد من عموم العله عدم جوازه لأنه لم يتحفظ على الموضوع و كذلك لو قال: لا تأكل الرمان فانه حامض يحكم بعموم العله على عدم جواز أكل الحامض مطلقا رمانا كان او غيره، و لكنه لا يستفاد منه عدم جوار التدهين بالحامض أيضا.

اذا عرفت ذلك فنقول: ان الحكم المذكور فى الروايه نفوذ نكاح العبد باذن سيده، و العله المذكوره للنفوذ عصيان العبد سيده، و عدم عصيانه لله سبحانه و تعالى فيكون مرجع القضييه الى ان العبد اذا نكح بلا اذن

مولاه فنفوذ نكاحه يتوقف على اذن مولاه، فاذا أجاز المولى يصح العقد، لأنه لم يعص الله حتى لا يكون اجازة المولى مؤثره فى صحه عقده، فالموضوع فى القضييه ليس العصيان المطلق حتى يدل على صحه ما صدر عن غير العبد بحيث يؤثر العله كلما تحققت، بل المستفاد من القضييه ان العبد كلما يصدر عنه مما يحتاج الى اجازة سيده سواء كان نكاحا او غيره فهو صحيح باجازه السيد.

و ان أبيت عن هذا الاستظهار فلا أقلّ من الاجمال و عدم الجزم بالاطلاق فلا وجه للجزم بكون العله للبطلان مجرد معصيه الله، و الموجب للصحه مجرد كونه حقا الهيا.

دراساتنا من الفقه الجعفرى، ج ٣، ص: ٢٩٧

هذا تمام الكلام فى الأدله التى اقيمت على صحه بيع الراهن العين المرهونه،

[الكلام فى الأدله التى اقيمت على عدم صحه بيع الراهن العين المرهونه]

و ربما استدل على بطلان البيع، و عدم تصحيحه بالاجازة المتأخره و لا يخفى ان كلا الوجهين مبنيان على القول بالكشف فى باب الاجازة.

(الوجه الاول) ان الاجازة المتأخره اذا كانت مؤثره فى صحه البيع للزم انتقال المبيع الى المشتري حال كونه متعلقا لرهن المرتهن فيلزم أن يكون مال غير الراهن و هو المشتري رهنا للمرتهن، و هذا خلاف الفرض.

الوجه الثانى ان البائع لم يكن له أن يبيع العين المرهونه قبل اجازة المرتهن و انما له ذلك بعد الاجازة فعلى القول بالصحه يدخل المقام فى باب من باع شيئا ثم ملك.

اقول: اما الجواب عن الوجه الاول فعلى ما سلكناه و قلنا بصحه البيع من دون أن يكون متوقفا على الاجازة فالامر واضح لأنه على هذا لا مجال لهذا البحث أصلا، و اما اذا قلنا بعدم صحه البيع تمسكا بقوله الراهن و المرتهن كلاهما ممنوعان و أغمضنا النظر عن ضعف الروايه فالاجازة

لا تكون مصححه له بعد بطلانه كما هو واضح.

و اما اذا قلنا بالصحه التأهليه للبيع و عليه فان اخترنا فى باب الفضولى كون الاجازه ناقلا كما هو المختار فالامر واضح، لأنه على هذا تكون العين منتقله الى ملك المشتري حين الاجازه منفكه عن الرهنه فلا يلزم أن يكون مال المشتري رهنا للمرتهن.

و اما اذا قلنا بالكشف الحقيقى فى الفضولى فنقول ان الاجازه المتأخره تكشف عن بطلان الرهن حين صدور العقد من البائع فلا يلزم محذور على هذا أيضا.

اضف الى ذلك كله ان هذا ليس اشكالا مختصا بالمقام بل هو عين الاشكال الوارد على القول بالكشف الحقيقى الا انا فى فسحه من ذلك حيث انكرنا كون الاجازه

دراساتنا من الفقه الجعفرى، ج ٣، ص: ٢٩٨

كاشفه حقيقه بل قلنا: - فيه بالنقل كما مر تفصيله.

و اما الجواب عن الوجه الثانى و هو قوله: ان المقام يندرج فى باب من باع ثم ملك ففيه اولا انا لا نسلم كون المقام داخلا فى القاعده المذكوره لكون البائع مالكا للمبيع حين البيع و انما يمنعه عن البيع تعلق حق المرتهن به بخلاف مورد القاعده فانها تنطبق على من باع الشىء الذى لم يكن مالكا حين البيع و انما صار مالكا له بعد ذلك فالفرق بين المقامين أوضح من أن يخفى.

و ثانيا أن اندراج بيع الراهن فى باب من باع شيئا ثم ملك انما يتم اذا تعقب البيع بفك الرهانه او باسقاط المرتهن حقه او بأداء الراهن دينه فانه يدخل فى باب من باع شيئا ثم ملك، و اما المقام فليس كذلك لان الكلام فى اجازة المرتهن بعد بيع الراهن العين المرهونه، و هذا (نظير البيع الصادر عن الفضولى الذى اجازة المالك، و

الفرق بين اجازة المرتهن بيع الراهن و بين اسقاط حقه واضح اذ الاول اجازة منه لبيع الراهن المستلزم لسقوط حقه و اما الثانى فاسقاط لحقه فيكون من قبيل من باع شيئاً ثم ملك هذا تمام الكلام فى الجهة الاولى و هى ما يرجع الى بيع الراهن

و اما اجازة المرتهن فيقع الكلام فيها من جهات.

الجهة الاولى ان الاجازة سواء كانت ناقلة، او كاشفه هل هى شرط لنفوذ عقد الراهن

ليترتب عليه سقوط حقه او أنه اسقاط لحقه قولان:

و لقائل أن يقول بعدم تأثير الاجازة فى بيع الراهن لا كاشفاً و لا نقلاً بل مرجع اجازته الى اسقاط حقه لان الاجازة تؤثر فيما كان المميز بعد الاجازة ممن كان مخاطباً بخطاب أَوْفُوا بِالْعُقُودِ، و هذا المعنى انما يتحقق فيما اذا كان المميز اما مالكا او كان ممن بيده الامر فيما ان امر المبيع بيده و هو مختار فى الرد و الاجازة فبعد اجازته يكون ممن خوطب بخطاب أَوْفُوا بِالْعُقُودِ، و يكون العقد منتسباً اليه و اما المرتهن فليس الامر بيده و لا يكون مالكا له فاذا اجاز لا يصير عقد الراهن منتسباً اليه باجازه

دراساتنا من الفقه الجعفرى، ج ٣، ص: ٢٩٩

نعم انما المبيع متعلق حقه فله اسقاط حقه، و اما تنفيذ العقد فليس له ذلك.

و لا- يخفى عليك ان هذا القول مبنى على مذاق القوم القائلين بالصحة التأهليه فى العقد و احتياجه الى الاجازة، و اما على المختار فالعقد اما باطل رأساً او صحيح فلا احتياج بالاجازة كما عرفت و عليه فلا يسع المجال لهذا البحث لكن مع التنزل عن المسلك نقول: يرد فيه نقضا و حلا.

اما النقض فيما اذا اجاز المرتهن حين العقد أ فلا تؤثر هذه الاجازة فى نفوذ العقد و لم يذهب احد بان الاجازة حين العقد يكون اسقاطا لحق الرهانه و لذا لو اجاز المرتهن بيع

المرهون فصار الراهن منصرفا عن بيعه بعد الاذن هل يتوهم احد بطلان الرهن في هذه الصورة، و الحال انه لو كان مرجع اجازته الى اسقاط حقه فللخصم أن يلتزم ببطلان الرهن باجازه البيع و لو انصرف عن بيعه بعد الاجازه و هو لا يرضى بهذا اللازم.

و ثانيا انه لم يتم دليل من الايه او الروايه او غيرهما على ان الاجازه لا بد أن تصدر ممن يكون مخاطبا بخطاب أَوْفُوا بِالْعُقُودِ بل يتوقف صحه العقد على اجازته من يكون اجازته دخيله باى وجه كان و الحق أن يقال: ان اجازته المرتنه تنفيذ لعقد الراهن فيترتب عليها سقوط حقه، و لا يعتنأ بقول: من التزم بانحصار الاجازه بالمالك و بمن كان مخاطبا بخطاب أَوْفُوا بِالْعُقُودِ.

الجهه الثانيه انه هل الاجازه كاشفه او ناقله

لا يخفى انه لو قلنا بالنقل فى الفضولى لنقول به فى المقام أيضا بلا فرق فى ذلك بين المقامين.

و اما اذا قلنا بالكشف فتارة نقول به على القاعده بان يكون المستفاد من القاعده الاولييه هو الكشف فأیضا لا فرق بين المقامين.

و اما اذا قلنا بان مقتضى القاعده الاولييه هو النقل الا ان الكشف يستفاد من النصوص الخاصه فلا يمكن التعدى الى المقام خلافا للشيخ (قدس سره) حيث أفاد

دراساتنا من الفقه الجعفرى، ج ٣، ص: ٣٠٠

ما حاصله بانه لو قلنا بالكشف فى الفضولى كما هو ظاهر بعض الاخبار الوارده فى نكاح الصغیر لنقول به فى المقام بالاولويه لانهدام ركن العقد فى الفضولى لان من صدر عنه العقد و هو البائع لم يكن مالكا للمبيع فاذا حكم الشارع هناك بالكاشفيه مع عدم المقتضى يحكم عليها هنا بالفحوى لان المقتضى موجود فى المقام و انما الاجازه تكون من قبيل رفع المانع.

و يرد عليه اولاً انه لو

كان الفضولي باطلا على القاعده و انما خرجنا عنها فى بعض الموارد بالنصوص فلا يمكن التعدى الى غيرها، فان الروايه الداله على صحه نكاح صغيرين يمكن أن يكون الوجه فيه وجود خصوصيه فى النكاح من اهتمام الشارع به تقليلا للفحشاء فلا يمكن التعدى عن مورده الى مقام آخر كما عرفت.

و ثانيا انا لا نسلم الاولويه المدعاه فى المقام لان العقد الفضولى صدر عن الاجنبى كمسأله نكاح العبد، و اما مسئله بيع الراهن فان العقد صدر من البائع فلا- وجه لتسريه الحكم الثابت فى موضوع الى موضوع آخر لاشتراط اتحاد الموضوع فى مفهوم الموافقه و ليس فى المقام كذلك.

ان قلت اذا حكم الشارع بكاشفيه الاجازه فى مورد عدم المقتضى ليحكم بها فى صورته وجوده بطريق اولى كما ان الامر كذلك فى العلل التكوينييه قلت لا- يقاس الاسباب الشرعيه بالاسباب الخارجيه لعدم كونها مقتضيات واقعا أو موانع بل يعبر عنها بها مسامحه، فلا بد لنا النظر فى مقتضى الدليل و شموله لعدم احاطه علمنا بملاكات الاحكام فيمكن أن يكون حكمه بالكاشفيه هناك لجهه قد خفيت علينا و تلك الجبهه يمكن أن لا تكون موجوده فى المقام.

و اما ما أفاده قدس سره مؤيدا لكلامه من أن الفقهاء التزموا بجواز عتق الراهن مع اجازة المرتهن و الحال انهم لم يلتزموا بجريان الفضولى فى الايقاعات، و لا مجال للاعتذار عنهم بانه من باب انه بناء العتق على التغليب اذ هذا الاعتذار ينافى تمسكهم

دراساتنا من الفقه الجعفرى، ج ٣، ص: ٣٠١

فى العتق بعمومات العتق، فيرد فيه انه يمكن أن يكون الوجه فيه اجماعهم على عدم صحه الفضولى فى الايقاع فيما يصدر عن غير المالك و اما مع صدوره عن المالك فلا اجماع

فالاطلاقات تكفي هنا اذا علمنا من القاعده او الروايات كون الاجازه كاشفه أو ناقله، و اما اذا شككنا فيهما فتصل النوبه الى الاصل العملي. و مقتضاه النقل بلا فرق في ذلك بين المقام و باب الفضولي لان مقتضى الاصل عدم انتقال العين الى المشتري الا بعد الاجازه.

قمي، سيد تقى طباطبائي، دراساتنا من الفقه الجعفري، ٢ جلد، مطبعه الخيام، قم - ايران، اول، ١٤٠٠ هـ ق دراساتنا من الفقه الجعفري؛ ج ٣، ص: ٣٠١

الجهه الثالثه انه لا ريب و لا اشكال في انه لا ينفذ الرد بعد الاجازه،

و انما يقع البحث في الاجازه بعد الرد بأنها هل تؤثر في العقد بناء على الصحة التأهليه له أم لا تردد الشيخ في المقام و قال: فيه و جهان، و الحق أن يقال: انه على فرض تسليم كون الاجازه مؤثره في صحة العقد لا فرق في حصولها قبل الرد و بعده و الفرق بينهما بلا- فارق الا أن يدعى قيام اجماع قطعي كاشف عن رأى المعصوم على خلافه كما يدعى ذلك في البيع الفضولي بان الاجازه بعد الرد لا اثر لها و حيث انه في المقام لا ينعقد الاجماع على خلافه فمقتضى القاعده عدم الفرق في تأثيرها قبل الرد و بعده، و كذلك الامر في القبول بعد الرد في انه يؤثر أثره.

و فرق المرزا النائني (قدس سره) بين حلول أجل الدين و عدمه فان الردان كان قبل حلول أجل الدين فلا اثر له، و الاجازه الواصله بعده تؤثر في صحة العقد، و اما اذا كان بعد حلول الاجل فلا يبقى محل للإجازه بدعوى ان رده عباره عن استيفائه و لو لا رجوعه الى الاستيفاء لا يتصور للرد معنى.

و (فيه) ان التفصيل الذي أفاده (قدس سره) غير صحيح لان مسئله حلول الدين و عدمه

مطلب، و مسأله ان الاجازة بعد الرد تؤثر في العقد أم لا مطلب آخر، و لا ربط له بحلول الدين و عدمه، و بعبارة اخرى يتصور في حق المرتهن الرد و الاجازة و لا يرجع الرد الى الاستيفاء.

دراساتنا من الفقه الجعفري، ج ٣، ص: ٣٠٢

فان كان الرد مانعا عن الاجازة فلا اثر لها و لو قبل الحلول و ان لم يكن مانعا فتؤثر مطلقا بل القبول بعد الرد من القابل يؤثر في العقود نعم الرد من الموجب قبل قبول القابل يوجب فساد القبول لانهدام العقد.

الجهة الرابعة انه لو لم يجز المرتهن البيع، و لم يردده أيضا،

و لكنه فك الرهن بعد البيع باداء دين أو باسقاط حقه أو بغيرهما فهل يصح البيع أم لا، و بعبارة واضحة كما ان الاجازة كانت مؤثره في صحة العقد يكون فك الرهن أيضا كالاجازة أم لا فيه خلاف.

أقول: أما على المختار من عدم احتياج البيع الى الاجازة لكونه صحيحا لعدم منافاه بينه و بين الرهن كما فصلناه لا تصل النوبة الى هذا البحث و كذلك على القول بالبطلان كما هو المختار بعد الاغماض عن الاول فانه لا مجال لهذا البحث أيضا.

و أما على القول بالصحة التأهليه للعقد المتوقع تأثيره على الاجازة يقع البحث في أن فك الرهن بعد بيعه بمنزله الاجازة بأن يكون البيع الواقع قبله صحيحا أم لا، اختار الشيخ الاول اي الصحة، لان عدم تأثير بيع المالك في زمانه ليس لقصور المقتضى بل من جهة وجود المانع.

و هو تعلق حق المرتهن به فاذا زال المانع لأثر المقتضى في الصحة، و بعبارة اخرى ان ادله صحة البيع ك **أَوْفُوا بِالْعُقُودِ** و **تِجَارَةٌ** **عَنْ تَرَاضٍ**، و **أَحَلَّ اللَّهُ الْبَيْعَ** و الناس مسلطون على أموالهم لها عموم و انما خرج عن هذا

العموم زمان الرهن لكونه مزاحما لحق المرتهن الذى هو أسبق زمانا.

فاذا زال المانع وجب تأثير المقتضى و المقام من باب وجوب العمل بعموم العام لا من باب استصحاب الحكم المخصص كما لا يخفى.

ولا يقاس المقام بنكاح العبد بدون اذن مولاه لقصور المقتضى هناك لا لمزاحمه حق السيد له اذ لا منافاه بين كونه عبدا و كونه زوجا بخلاف المقام فان المقتضى تام.

دراساتنا من الفقه الجعفرى، ج ٣، ص: ٣٠٣

و انما المزاحم له فى التأثير تعلق حق المرتهن به فاذا ارتفع المانع لكان المقتضى مؤثرا فيه.

أقول: ان ما ذكره (قدس سره) و ان كان متينا بالنسبه الى العلل و الاسباب الخارجيه فان المقتضى يكون مؤثرا بارتفاع المانع الا ان الاسباب الشرعيه لا تقاس بالامور التكوينييه لان العمومات كقوله.

أَوْفُوا بِالْعُقُودِ و غيره لا يكون مقتضيا و سببا حقيقيا للصحة، و كذلك تعلق حق المرتهن ليس مانعا حقيقيا لتأثير المقتضى و انما التعبير بالسبب و المسبب و المانع انما هو يكون بالتسامح فلا يقاس أحدهما بالآخر.

و الذى يهمننا فى المقام أن ننظر فى الادله الوارده فى الباب بان يلاحظ مفادها بانه هل يستفاد منها مانعيه حق المرتهن عن البيع أم لا فاذا التزمنا بصحة سند قوله:

الراهن و المرتهن كلاهما ممنوعان فلا يكون العقد نافذا لان العقد وقع باطلا حين صدوره و فك الرهن لا يوجب أن ينقلب ما هو وقع باطلا من حين صدوره الى الصحة لاستحاله انقلاب الشئ عما هو عليه و ان ناقشنا فى سنده يكون العقد صحيحا كما هو المختار.

و اذا فرض قيام الاجماع التبعدى الكاشف عن رأى المعصوم بعدم تأثير بيع الراهن فى زمن تعلق حق المرتهن فنرفع اليد عن العمومات الداله على صحه

البيع بهذا المقدار.

و اما اذا فك الرهن باسقاط أو ابراء أو بغيرهما فتشملة الادله الداله على صحه البيع فيكون المقام من باب التمسك بعموم العام لا باستصحاب الحكم المخصص اعنى الاجماع فما أفاده فى المقام لا بد أن يفصل بما ذكرنا.

و اما قوله: ان عدم الاثر ليس لقصور المقتضى، و انما هو من جهه المانع فاذا زال أثر المقتضى.

دراساتنا من الفقه الجعفرى، ج ٣، ص: ٣٠٤

(ففيه) انه اذا وقع البيع باطلا من حين صدوره فلا يوجب انتفاء المانع صحته لان الشىء لا ينقلب عما هو عليه هذا اولاً.

و ثانياً انه لو كان ارتفاع المانع بقاء موجبا لصحة البيع الفاسد فلا بد أن يكون البيع الغررى صحيحاً اذا فرض انتفاء الغرر بقاء و لم يلتزم به أحد، و كذلك لا بد أن يقع صحيحاً بيع المحجور و السفیه اذا انتفياً بقاء.

ان قلت: لو لم ينفع ارتفاع الموانع بقاء فى صحه البيع للزم أن لا يكون اجازة المرتهن المتعلقه ببيع الراهن مؤثره.

قلت اولاً لا نلتزم بالصحة هناك أيضاً و نقول ان الشىء لا ينقلب عما هو عليه هذا على المختار و اما على مذاق القوم القائلين بصحة بيع الراهن مع لحوق الاجازة به فنقول ان القول بالصحة هناك لا يستلزم القول بالصحة هنا للفرق الواضح بين البابين لان القائل بصحة البيع بلحوق الاجازة المتأخره له انما يقول به لوجهين.

الاول ان الاجازة أمر تعلقى يمكن أن يتعلق بالامر المتقدم و كذا يمكن أن يتعلق بالامر المتأخر أو المقارن فاذا وقع العقد و تعلق به الرضا يكون العقد مستندا الى من بيده الامر بقاء فيكون صحيحاً.

الثانى ان استفاده ذلك من الاخبار الواردة فى باب نكاح العبد بدون اذن سيده و

لا يجىء هذان الوجهان فى المقام لان فك الرهن ليس باجازه حتى يتعلق بالعقد السابق و يكون العقد بذلك مستندا الى من بيده الامر، و أيضا ان الخبر الوارد فى نكاح العبد بدون اذن سيده يدل على صحة النكاح باجازه سيده، و على فرض جواز تعديده الى غير مورد النكاح انما يتعدى اذا لحقته الاجازه.

و اما الفك فانه ليس باجازه و لا يكون العقد به منتسبا الى من بيده الامر و لا يعقل لأنه تحصيل للحاصل، و لذا لو تصرف العبد بدون اذن سيده ببيع أو غيره ثم انعتق لم ينفع فى صحه تصرفه.

دراساتنا من الفقه الجعفرى، ج ٣، ص: ٣٠٥

فتحصل مما ذكرنا انه ان لم نناقش فى دليل المنع و لم نقل بالصحة فلا مجال للتمسك بادله الصحة عموما، و اطلاقا، و لكن مع ذلك لا مجال باستصحاب حكم المخصص اذا طلاق دليل المنع محكم، و مع الاصل اللفظى لا تصل النوبه الى الاصل العملى.

و استشكل السيد الاستاذ على جريان الاستصحاب بوجهين الاول بعدم بقاء الموضوع للاستصحاب بعد فك الرهن لان المتيقن الذى كان سابقا هو عدم جواز بيع الراهن، و اما بعد الفك فلا يكون البائع راهنا حتى يستصحب الممنوعيه الثابته لبيعه.

و ثانيا ان جريان استصحاب الحكم المخصص اعنى ممنوعيه بيع الراهن يكون من قبيل جريان الاستصحاب فى الشبهات الحكيمه الكليه الالهيه و هو لا يجرى فيها لان استصحاب المجعول معارض لاستصحاب عدم جعل الزائد دائما.

و فيه انا لا نسلم عدم بقاء الموضوع للاستصحاب. بل الموضوع باق بحاله فان الموضوع لعدم الصحة بيع الراهن و من الظاهر ان البيع حين صدوره كان بيع الراهن و فى البقاء لم يتحقق بيع آخر فنحن نشك ان

بيع الراهن الذى لم يكن صحيحا باق على عدم صحته أم انقلب الى الصحة مقتضى الاستصحاب بقائه على الحالة السابقه، فاين انتفاء الموضوع.

و بعبارة ظاهره ان الموضوع للأصل عنوان بيع الراهن و هذا العنوان لم يتغير لاستحاله انقلاب الشئ ء عما هو عليه لأوله الى التناقض هذا اولاً.

و ثانيا ان تعارض الاصلين فى ناحيه الجعل و المجعول لا ينطبق فى المقام لان الاصل جار فى الامر العدمى و هو عدم الصحة، و من الظاهر ان لازم التعارض ان يتعلق الاصل بالامر المجعول كى يعارض بعدم الجعل، و اما استصحاب العدم فخارج عن هذا الكلى تخصصا و بعبارة اخرى مقتضى الاصل عدم الانتقال.

دراساتنا من الفقه الجعفرى، ج ٣، ص: ٣٠٦

و ما أفاده المحقق الهمداني بان البيع يصح بعد فك الرهن لصدوره من أهله و وقوعه فى محله، و لا يقاس المقام بباب من باع شيئا ثم ملك حيث قلنا هناك بعدم صحه البيع لان حين البيع لم يكن مالكا للمبيع و حين كونه مالكا له لم يكن مقتضى للصحة، و اما المقام فليس من هذا القبيل لأنه صدر من أهله و وقع فى محله.

و فيه انه لو قلنا بتماميه دليل المنع فلا مجال لهذا الكلام الذى افاده قدس سره لان البيع لا يخرج عن كونه بيع الراهن و ان لم نقل بتماميته فلا مانع من الصحة من اول الامر.

و مما ذكرنا ظهر فساد ما قيل بان البائع بعد بيعه بخطاب أَوْفُوا بِالْعُقُودِ فيجب عليه التماس فك الرهن من المرتهن باداء دينه حتى يسلمه الى المشتري وجه الفساد انا لا نسلم ان يكون مفاد أَوْفُوا بِالْعُقُودِ التكليفى بل مفاده اللزوم هذا اولاً.

و ثانيا سلمنا كون مفاده الحكم التكليفى لكن

نقول: بان العقد ان كان صحيحا فلا مانع من تأثيره، و ان كان باطلا فلا مقتضى لتوجه خطاب أوفوا.

و افاد المحقق النائنى ان المقام ليس من قبيل من باع شيئا ثم ملك كى يقع الكلام بانه باطل مطلقا أو صحيح كذلك أو يصح مع الاجازه من المالك البائع لادن المفروض فى المقام ان البائع هو مالك العين الا ان تعلق حق الغير يمنعه عن البيع، و بعبارة اخرى يكون ملكه مركبا لحق و مانع و تعلق حق الغير أوقف المركب عن الحركة، و مع سقوطه يتحرك المركب فى سيره بلا رادع.

و (فيه) انه و ان كان ما أفاده من عدم كون المقام من قبيل من باع شيئا ثم ملك متينا لصدور البيع من مالكة الا انا لا نلتزم بصحة كل عقد صدر من مالكة فان البيع الصادر من السفية باطل مع أنه صدر من مالكة، و كذا البيع الغررى فانه باطل و ان كان صادرا من مالكة.

دراساتنا من الفقه الجعفرى، ج ٣، ص: ٣٠٧

فتلخص من جميع ما ذكرنا الى هنا انا لو قلنا بكون الاجازه مؤثره فى صحة العقد الواقع لا نقول به فى فك الرهن بالابراء و غيره، ثم انه لو تنزلنا و قلنا بصحة البيع بافتكاك الرهن باحد الاسباب من اسقاط الحق أو اداء الدين فهل يكون مقتضى القاعده النقل أو الكشف، الظاهر هو الاول، و لو لم نقل بالنقل فى الفضولى، لان الكشف اما حقيقى، و اما حكمى أو بنص خاص.

اما الحقيقى فقد مر فى بحث الفضولى انه و ان كان ممكنا تصورا ببعض الوجوه كما لو قلنا بان الموضوع للصحة هو العقد الذى يتعقبه الاجازه الا انه لم يقم عليه دليل اثباتا.

اما الكشف الحكمى فاما من باب تعلق الرضاء المتأخر بالايجاب المتقدم، و بعبارة اخرى يسند العقد الى المجيز حين الاجازه نظير من باع داره من أمس فهذا لا-يجرى فى المقام لأنه كان العقد مستندا الى المالك من الاول، و اما يكون الكشف بنص خاص كالروايات الواردة فى نكاح العبيد و الاماء، و فى تزويج الصغيره، و هذا أيضا لا يجرى فى المقام لأنه حكم ثبت فى مورد خاص بالنص و تسريته الى المقام لا وجه له.

فالحق أن يقال: ان المقتضى للانتقال موجود فى المقام و هى العمومات الداله عليه كقوله: **أَحَلَّ اللَّهُ الْبَيْعَ، وَ أَوْفُوا بِالْعُقُودِ،** و **تِجَارَةٌ عَنِ تَرَاضٍ،** و اما تعلق حق الغير فانه مانع عن تأثيره و أوقف المركب عن الحركة و مع سقوطه يتحرك المركب فى سيره و يؤثر المقتضى اثره كما فى كلام بعض الاعاظم، و من الظاهر ان اثر المقتضى يكون من حين رفع المانع.

و ان شئت قلت ان دليل الصحه لم يكن قابلا- لشمول بيع الراهن قبل الافتكاك و انما شمله بعد افتكاكه من الرهن فيكون الانتقال حاصلًا من حين رفع المانع اى حق الرهانه.

دراساتنا من الفقه الجعفرى، ج ٣، ص: ٣٠٨

و مما ذكرنا ظهر انه لا وجه لما أفاده الشيخ من ان لازم الكشف كما عرفت فى مسئلة الفضولى لزوم العقد قبل اجازة المرتهن من طرف الراهن فلا يجوز له فسخه بل و لا ابطاله بالاذن للمرتهن فى البيع لوجوب الوفاء بالعقد توضيح كلامه قدس سره بان الاذن و ان لم يكن فسخا للعقد و ضدا للوفاء، و كذا تصرف المرتهن ليس ضدا للوفاء اذ لا عقد له حتى يكون مأمورا بالوفاء الا ان التصرف التسبيبي المتحقق

من الراهن باذنه كتصرفه المباشري ضد للوفاء المأمور به فلا يجوز منه وجه الظهور.

اولا ان المقام ليس داخلا فى مسئلة الكشف و ليس عليه دليل و عليه فلا موضوع لما أفاده قدس سره.

و ثانيا انه لو تنزلنا عن ذلك و التزمنا بالكشف و لكن نقول لا وجه لتوجه خطاب أَوْفُوا بِالْعُقُودِ الى الراهن، فانه اولاً انا قلنا فى مفاد وجوب الوفاء المستفاد من قوله أَوْفُوا بِالْعُقُودِ ان مفاده اللزوم الذى يكون عبارته عن الحكم الوضعى لا الحكم التكليفى اعنى وجوب ترتيب الآثار على مقتضى العقود، و من الظاهر ان وجوب الوفاء بهذا المعنى من أحكام الصحة فما دام لا يكون العقد صحيحا كيف يمكن أن يكون لازما.

و بعبارته اخرى ان اللزوم المستفاد من قوله أَوْفُوا فَرَعِ صَحْهُ الْعَقْدِ، و المفروض عدمها لكونه مقرونا بالمانع و معه كيف يتعلق به خطاب وجوب الوفاء بالمعنى الذى بيناه و اخترناه.

و ثانيا انه لو تنزلنا عن ذلك و قلنا ان مفاد وجوب الوفاء بالعقود عبارته عن الوجوب التكليفى لكن نقول: لا مجال أيضا للتمسك بدليل وجوب الوفاء بالعقود لان الوفاء بالعقد انما يكون واجبا اذا كان العقد وقع فى الخارج تاما.

و بعبارته واضحه أن العقد التام يجب شرعا ترتيب الآثار عليه، و المفروض فى المقام ان العقد غير تام فكيف يكون الوفاء به واجبا، فالحق فى المقام أن يقال

دراساتنا من الفقه الجعفرى، ج ٣، ص: ٣٠٩

ان له ابطال البيع بل الامر كذلك حتى على القول بالكشف الحقيقى الذى لا دليل عليه اذ قد بينا فى محله ان الاجازة أو ما يقوم مقامها انما تؤثر فى مورد قابل للتأثر و كان العقد تاما من سائر الجهات و اما مع ابطال الراهن

البيع قبل زمان وقوع الاجازة فلا يبقى مجال للتأثير.

ثم انه مع التنزل عن هذا والالتزام بوجوب الوفاء بالعقد هل يجب على الراهن فك الرهن من مال آخر و لو باداء دينه وفاء للعقد او لا يجب عليه هذا المقدار.

افاد الشيخ الانصارى قدس سره بقوله

(و يمكن أن يقال انه انما يلزم الوفاء بالبيع بمعنى عدم جواز نقضه، و اما دفع حقوق الغير و سلطنته فلا يجب و لذا لا يجب على من باع مال الغير لنفسه أن يشتريه من مالكه و يدفعه اليه «١» بناء على لزوم العقد بذلك.

و أيده السيد الاستاذ بان المقدار الواجب عليه أن لا يبطل العقد و أما وجوب فك الرهن فلا دليل عليه، و لا يستفاد هذا من وجوب الوفاء بالعقد.

و لكن التحقيق لا يساعد ما ذهب اليه الشيخ و الاستاذ فانا لو قلنا بعدم شمول وجوب الوفاء بالعقد للمقام لعدم صحه العقد في نفسه كما نقول بذلك فلا وجه للقول بوجوب فك الرهن من مال آخر.

و اما لو تنزلنا عن ذلك و قلنا بأن وجوب الوفاء بالعقد يشمله فيكون خطاب أَوْفُوا متوجها اليه فعلى هذا يجب عليه جميع الآثار المترتبة على العقد حتى فك الرهن و لا يمكن الوفاء بالعقد الثاني الا بذلك فيجب عليه فك الرهن من ماله الاخر لتسليم العين الى المشتري، و كذا لو قلنا بجواز بيع الفضولى لنفسه فنقول يجب عليه أن يشتري العين من المالك لتسليم الى من اشتراه ثم على تقدير وجوب فك الرهن من مال آخر لو امتنع من ذلك يجبره الحاكم على فكه لو كان له مال جمعا بين الحقين

(١) - المكاسب ص ١٨٣ السطر ٣٠.

دراساتنا من الفقه الجعفرى، ج ٣، ص: ٣١٠

المرتتهن و حق المشتري لأنه ولى كل ممتنع.

و اما اذا لم يكن له مال آخر فان كان له عمل يكون اجرته وافيه لحق المشتري فللحاكم أيضا ان يجبره بذلك.

و اما اذا لم يكن له مال و لا شغل واف اجرته لأداء الدين فيدور الامر بين تقديم حق المرتتهن و حق المشتري فلا اشكال في تقديم حق المرتتهن عليه لكونه اسبق زمانا و لا يبقى مجال لملاحظه حق المشتري. هذا تمام الكلام في بيع الرهن و له الحمد.

الكلام في ان القدره على التسليم شرط في العوضين؟

اشاره

«قوله الثالث من شروط العوضين القدره على التسليم ...» «١»

أقول: و من شروط العوضين القدره على التسليم فلا يجوز بيع السمك في الماء و لا الطير في الهواء.

و ما قيل او يمكن أن يقال في وجه اشتراط القدره على التسليم امور

الاول قيام الاجماع على اشتراطها.

و فيه ان الاجماع لا يكون حجه على ما بينا في الاصول و ثانيا على فرض حجيته في سائر الموارد لا يكون حجه في المقام لكونه محتمل المدرك ان لم يكن مقطوعه.

الثاني النبوى المعروف بين الفريقين باختلاف التعبير في النقل و هو نهيه صلى الله عليه و آله عن بيع الغرر «٢»

و يقع الكلام في النبوى تاره من حيث السند و اخرى من حيث الدلاله

اما من ناحيه السند

فلا يعتمد عليه لإرساله و اما انجباره بعمل المشهور فمخدوش فانا بينا ان عمل المشهور لا يجبر ضعف السند كما أن اعراضهم لا يوهن اعتباره بعد شمول ادله الحجيه له.

(١)- المكاسب ص ١٨٥ السطر ١.

(٢)- الوسائل الجزء ١٢ الباب ٤ من ابواب آداب التجاره الحديث (٣) المستدرك الباب (٣١) من أبواب آداب التجاره حديث

و اما من حيث الدلالة

فما يستفاد من كلمات اهل اللغة و غيرهم ان للغرر معان مختلفه و المناسب منها للمقام معنيان الاول الخديعه و الثانى الخطر و الثانى بحسب المراد اعم من الاول اذ كل خديعه يستلزم خطرا لكن يمكن أن يتصور الخطر بلا خديعه كما لو أقدم الشخص بمعامله فيها الخطر بلا انخداع من أحد و عليه يمكن ان يكون المراد من الغرر الخطر و يمكن أن يكون المراد منه الخديعه و حيث ان احدهما اعم من الاخر فالقدر المتيقن ما فيه الخدعه الموجه للخطر.

و افاد السيد الاستاد ان للغرر معنيين الخديعه و الخطر فالامر دائر بين هذين المعنيين و نعلم اجمالا ان احدهما منهى و حيث ان الخديعه حرام قطعاً فلا- يكون العلم الإجمالى الحاصل من الروايه منجزاً فيكون جريان الاصل فى الطرف الاخر بلا معارض فلا تدل الروايه على كون الغرر مبطلاً للبيع.

و فيه اولاً- انه على ما ذكرنا لا يكون المقام من موارد دوران الامر بين الامرين حتى يصل المجال الى البحث بان العلم الإجمالى منجز أم لا بل الامر فى المقام كما ذكرنا دائر بين الاقل و الاكثر لكون أحدهما و هو الخطر أعم من الاخر و هو الخديعه فتدل الروايه على حرمة الخديعه الموجه للخطر قطعاً لكونه قدر متيقن من معنى الغرر.

ثانيا لو كان المستفاد من النهى الحكم التكليفي لكان لما افاده دام ظله مجال و اما لو كان المستفاد من النهى الحكم الوضعي كما فهمه المشهور فيعلم اجمالا بان أحد الامرين مانع عن الصحة اما الخدعه، و اما الخطر، و مقتضى هذا العلم الإجمالي الفساد فى كلام-الموردين لأنهما يتساقطان بعد التعارض فتصل النوبه الى الاصل العملى و هو اصاله الفساد فى المعاملات هذا تمام الكلام فى معنى الغرر.

و اما الحكم المستفاد من الروايه فالظاهر ان المستفاد منها الحكم التكليفي كما اشبعنا الكلام فيه فى الاوامر و النواهي، و لا نرفع اليد عن هذا الظهور الا بقريته حاليه أو مقالیه.

دراساتنا من الفقه الجعفري، ج ٣، ص: ٣١٢

ثم انه افاد المرزا النائنى قدس سره بان مقتضى الظاهر فى النهى و ان كان الحرمة التكليفية الا ان فهم الاصحاب الحكم الوضعي من الروايه يدل على أنه كان هناك قرينه على الجبهه الوضعيه فلا يكون من باب حجيه فهم المشهور معنى الروايه حتى يرد عليه بأن فهمهم لا يكون دليلا لنا لعدم كوننا مقلدين لهم، بل يكون من باب كشف اتفاقهم على المعنى الوضعي مستندا بالنبوى عن قرينه داله على هذا المعنى من الحاليه او مقالیه.

و يرد عليه انه يمكن أن يكون الوجه فى استفادتهم هذا المعنى من الروايه ما اشتهر فيما بينهم بان النهى فى المعاملات ظاهر فى الفساد مع أنه لا أصل لهذا المدعى، و قد بينا فى الاصول فى باب النواهي ظهور النهى فى الحرمة التكليفية، و لا دليل على كونه فى المعاملات للإرشاد و عليه يكون النهى فى المقام ظاهرا فى الحرمة التكليفية، فلا وجه لرفع اليد عن هذا الظهور الا بالقرينه، و المفروض عدمها

فى المقام و اذا احتمال مدرك لعمل المشهور لا يكون عملهم كاشفا عن القرينه الداله على خلاف ظاهره فيكون المراد من النهى حرمة الخديعه فى البيع تكليفا و لا يكون دالا على الفساد و مع الاغماض عن هذه الجبهه لا تصل النوبه الى ترتيب تنجيز العلم الإجمالى و ذلك لان الحرمة التكليفيه بالنسبه الى الخديعه مسلمه فلا يكون العلم الإجمالى منجزا.

و ان أبيت عن ذلك و قلت بان حرمة الخديعه تكليفا محل اشكال و ليس عليها دليل نقول: على فرض عدم تحقق حرمتها فانا نلتزم بالحليه لمقتضى الاصل فيما لا يكون الدليل اللفظى دالا على حرمتها و عليه مقتضى اطلاق دليل صحه البيع حرمة الغرر لان الاماره تثبت لوازمها.

و بعباره أخرى بعد ما تردد الامر بين الحرمة التكليفيه و الفساد الوضعى فمقتضى صحه البيع الغررى بمقتضى الاطلاق المستفاد من حليه البيع تعيين المعلوم بالاجمال

دراساتنا من الفقه الجعفرى، ج ٣، ص: ٣١٣

فى الطرف الاخر و هو حرمة الخديعه تكليفا فتكون النتيجة ان الخديعه حرام تكليفا و البيع صحيح وضعاً.

و ان أبيت عن ذلك أيضا و قلت بان النهى فى المعامله ظاهر فى الفساد الوضعى نقول بمقتضى ما ذكرنا فى معنى الغرر ان الحرام الوضعى لا- يتعلق بمطلق البيع الغررى بل انما تعلق بالبيع الغررى الذى ينشأ الغرر فيه عن الخديعه فى البيع فاذن لا يدل النبوى على فساد البيع فيما لا- يكون البائع قادرا على التسليم مطلقا اذ ربما لا تكون خدعه فى بيعه فيكون الدليل أخص من المدعى.

فانقدح مما ذكرنا ان الروايه لا تكون قابله لإثبات المدعى لا من حيث السند و لا من حيث الدلاله نعم نقل عن ابن مسعود عن النبى صلى الله عليه

و آله انه قال لا تشتتر السمك فى الماء لأنه غرر فان هذه الروايه لو كانت معتبره من حيث السند لكانت مرجعا للمدعى و لكن الاشكال كل الاشكال فى سندها مضافا بان دلالة النهى فى المعاملات على الحرمة محل اشكال

ثم انه على تقدير القول: بانه غرر و باطل هل يمكن ان يرفع الغرر باشتراط الخيار ليكون البيع صحيحا

بدعوى ان جعل الخيار يرفع الغرر فيكون البيع صحيحا.

و ربما يقال كما قيل ان صحه الشرط متوقفه على صحه العقد فكيف يمكن أن يكون صحه العقد متوقفه على الشرط فانه دور باطل.

لكن يرد عليه ان فساد البيع متوقف على تحقق الغرر فلو كان الشرط بوجوده رافعا للغرر فلا يبقى موضوع لمنشأ الفساد فلا مجال لان يقال ان صحه العقد تتوقف على صحه الشرط بل هى متوقفه على انتفاء عنوان الغرر الذى هو موضوع للفساد فصحه الشرط متوقفه على صحه العقد و لكن صحه العقد ليست متوقفه على صحه الشرط بل هى تتوقف على انتفاء الغرر فبانتفائه لا يبقى موضوع للفساد.

و بعباره اخرى ان الاشتباه ناش من أن الشرط متأخر عن العقد فيتخيل ان هذا

دراساتنا من الفقه الجعفرى، ج ٣، ص: ٣١٤

التأخر تأخر خارجى زمانى و لا يكون المتأخر زمانا مؤثرا فى المتقدم.

و بعباره واضحه ان الشرط و العقد يوجدان فى آن واحد و حين الوجود يلزم أن لا يكون العقد فاسدا، و المفروض انه لا يكون فاسدا حين تحققه و وجوده لانتفاء موضوع الفساد اعنى به الغرر بتحقيق الشرط فيشمله دليل صحه العقد كقوله: أَوْفُوا بِالْعُقُودِ، و دليل صحه الشرط كقوله: المؤمنون عند شروطهم فتلخص ان اشتراط الخيار رافع للغرر فيكون البيع صحيحا و مما ذكرنا يعلم ان العقد صحيح و لو لم يشترط الخيار صريحا اذ بمقتضى الارتكاز. يجعل الخيار فلا غرر و لا يرد

عليه ما أورد آنفا من اشكال الدور اذ الجواب هنا كالجواب هناك و لا وجه للإعاده.

ان قلت: اذا كان الخيار و لو بالارتكاز رافعا للغرر فاين يتحقق الغرر لان في كل مورد يحتمل فيه الغرر يرفعه الخيار تاره بالصراحه، و أخرى بالارتكاز.

قلت يتحقق الغرر فيما يباع باسقاط الخيار و عدم اشتراطه و لو ضمنا فالغرر و الخطر موجود ان لعدم الخيار. لإسقاطه بالشرط.

و ربما يقال بان الغرر يرفع بتقريب انه لا يلزم من عدم القدره على التسليم غرر حتى مع عدم الخيار او مع القول بان الخيار لا يرفع الغرر لان البائع اذا لم يكن قادرا على تسليم المبيع فلا يخلوا الحال من صورتين، الاولى وصوله الى المشتري و ان لم يكن وصوله مترقبا، الثانيه عدم وصوله اليه أصلا فيكون التعذر باقيا الى الابد اما الصوره الاولى فحصل المقصود بلا كلام فيه.

و اما الصوره الثانيه فهو مع تعذره و عدم تسلمه من قبل المشتري يدخل في المتعذر و يصدق عليه التالف فيفسخ البيع بقانون كل مبيع تلف قبل قبضه فهو من مال بايعه فلا خطر فلا وجه لبطلان البيع حتى في هذا الفرض.

و فيه اولا ان هذا مبني على كون هذا الحكم متحققا حتى على القول بان البيع يفسخ مع بناء المتعاملين على خلافه، و اما لو قلنا بعدم انفساخه فيما اذا كان بناء المتعاملين

دراساتنا من الفقه الجعفري، ج ٣، ص: ٣١٥

بعدم الفسخ او اشتراط ذلك في ضمن العقد فلا يتم هذا البيان كما هو معلوم هذا اولا.

و ثانيا انه لا ملازمه بين التعذر و التلف فان المبيع.

لو كان مغضوبا من ناحيه غاصب و لا يمكن الاستنقاذ منه فانه متعذر و لكنه ليس بتالف كما هو

ظاهر عند التأمل.

و ثالثا ان قاعده كل مبيع تلف قبل قبضه فهو من مال بايعه قاعده شرعيه تعبيديه مجعوله فى البيع الصحيح فيلزم ان يكون البيع صحيحا فى حد نفسه كى يترتب عليه هذا الحكم فلو فرض الفساد من ناحيه الغرر كما هو مدعى الخصم كيف يمكن ان يكون محكوما فيه لهذا الحكم.

و بعباره اخرى لا- يعقل ان يكون الحكم محققا لموضوع نفسه فان الموضوع شرط للحكم فكيف يكون الحكم من مقدمات وجود الموضوع و هذا واضح.

ان قلت بان القدره على التسليم مما هو شرط بين المتعاملين فمع عدم وصول المبيع الى المشتري له أيضا ان لا يسلم الثمن الى البائع فلا يلزم منه الغرر الموجب لبطلان المبيع.

قلت اولا يمكن ان يشترط البائع فى ضمن العقد تسليم الثمن فعليه لا يبقى موضوع لهذا البيان.

و ثانيا ما الفائدة فى عدم التسليم و الحال انه ملك للبائع و مجرد كون مال احد عند شخص لا يكون جابرا للضرر مع عدم جواز تصرفه فيه كما فى المقام فان مجرد كون الثمن عند المشتري مع عدم جواز تصرفه فيه لكونه مالا للبائع لا يوجب رفع الغرر.

و ربما يقال بان الغرر المتوجه من ناحيه المعامله لا يرتفع الا بالخيار و لا بالانفساخ اذ الغرر من حيث الغرض المعاملى محفوظ و غير قابل للارتفاع.

و لكن هذا الوجه غير تام لأنه ما المراد من الغرض المعاملى فان المشتري لو كان له غرض

دراساتنا من الفقه الجعفرى، ج ٣، ص: ٣١٦

خاص فى هذه العين المخصوصه و لا يمكن ان يحصل له الغرض مع عدم قدره البائع على تسليم المبيع فهذا اى عدم وصول المشتري الى غرضه الخاص ليس خطرا متوجها اليه من ناحيه البيع كما

هو ظاهر.

و ان كان غرضه قائما بالجامع بين هذا العين و بين غيره فليس فى عدم الوصول اليه خطر الا الخطر من ناحيه توجه ضرر مالى اليه و المفروض انه يرتفع بالخيار فانقذح ان هذا الوجه أيضا لا يفيد لإثبات المدعى.

الوجه

الثالث مما استدل به لاشتراط القدره على التسليم فى المبيع ما افاده الميرزا النائى ره

على ما نقله السيد الاستاذ فى البحث و حاصله انه يشترط فى المبيع ان يكون مالا و ما لا يقدر على تسليمه لا مالته له فيكون البيع باطلا من هذه الناحيه.

ثم اورد قدس سره على نفسه بانه اذا كان عدم القدره على التسليم مسقطا للعين عن المالىه فعليه يلزم منه انه لو كان عدم القدره على التسليم طارئا يلزم ان يدخل العين فى قاعده التلف قبل القبض فهو من مال بايعه و الحال ان الفقهاء لم يلتزموا بهذا اللازم بل قالوا بثبوت الخيار للمشتري فقط.

ثم اجاب قدس سره عن هذا الايراد بقوله بان انتفاء المالىه عن الشىء لا يوجب كونه تالفا فلا يصدق عليه عنوان تلف المبيع قبل القبض حتى يدخل تحت القاعده المذكوره هذا ملخص ما افاده قدس سره فى المقام.

وفيه اولا انه قد مر منا مرارا عدم اشتراط المالىه فى المبيع فانه لم يدل عليه آيه و لا روايه و لا اجماع تعبدى غايه ما فى الباب توهم انه بيع سفهائى و هو باطل لكن يمكن رفع كونه سفهائيا بترتب غرض عقلائى عليه مضافا بانه لا دليل على بطلان البيع السفهائى.

و ثانيا لا وجه لسقوط المالىه بتعذر الوصول و عدم القدره على التسليم الا ترى ان الغاصب لو غصب شيئا ثمينا له مالىه خطيره هل يمكن الالتزام بعدم كونه مالا بدعوى تعذر وصوله و عدم القدره على تسليمه و اذا كان

الامر كذلك فلما ذا يقع

دراساتنا من الفقه الجعفري، ج ٣، ص: ٣١٧

التشاجر و التخاصم و صرف الاموال للوصول اليه و أيضا لا ريب في ترتب آثار المايه عليه كجواز عتقه و غير ذلك من الآثار المترتبه على المال و الحاصل ان ادعاء كون تعذر الوصول مسقطا للمال عن المايه لا يمكن الالتزام به.

الوجه

الرابع مما استدل به لاشراط القدره على التسليم النبوى المعروف بين الفريقين

و هو قوله صلى الله عليه و آله لا تبع ما ليس عندك. (١)

و هذه الروايه تاره يبحث فيها من حيث السند، و اخرى من حيث الدلاله اما من حيث السند فالظاهر أنه لا بأس به و لا اشكال من هذه الناحيه و اما من حيث الدلاله ففيها احتمالات:

الاول ان يكون المراد من كلمه عندك الحضور الخارجى بحيث لو لم يكن المبيع حاضرا عند البائع لا يكون بيعه جائزا و قال الشيخ (قدس سره) ان هذا الاحتمال لا يمكن ترتيب الاثر عليه لصحه بيع الغائب اجماعا.

و فيه ان مجرد قيام الاجماع على جواز بيع الغائب لا يكون دليلا على عدم قابليه اللفظ للمعنى المذكور.

(الثانى) أن يكون المراد منها الملكيه الاعتباريه، و أورد عليه الشيخ (قدس سره) بقوله فاذا كان المراد من لفظه عندك هذا المعنى فالمناسب ان يذكرها بكلمه لام و يقول: لا تبع ما ليس لك لا بلفظ عند.

و يرد عليه انه لا- يمكن المساعده على ما ذهب اليه فان الامر ليس كذلك لوضوح ان قوله لا تبع ما ليس عندك كثيرا ما يراد منه الملكيه الاعتباريه بل المتداول عند جمله من الاعراب استعمال هذه الكلمه فى الملكيه الاعتباريه، بل قد قيل ان المنهى فى نهى النَّبِيِّ صلى الله عليه و آله كان حكيم بن حزام فانه كان يبيع الشئ ء قبل أن

يكون مالكا ثم يشتريه فيسلمه فهي التبي عن مثل هذا البيع.

(١)- الوسائل الجزء (١٢) الباب (٧) من أبواب احكام العقود، الحديث (١)

دراساتنا من الفقه الجعفري، ج ٣، ص: ٣١٨

الثالث أن يكون المراد منه السلطنة الخارجيه و القدره على التسليم.

و قد اورد عليه الشيخ بأن الفقهاء يتمسكون بهذه الروايه لفساد بيع العين الشخصيه المملوكه للغير ثم شرائها من مالکها خصوصا اذا كان وكيلا عنه في بيعه و لو من نفسه فان السلطنة و القدره على التسليم حاصله هنا مع أنه مورد الروايه عند الفقهاء فليست الروايه ناظره الى خصوص ما ليس فيه السلطنة الخارجيه و القدره على التسليم.

و (فيه) ان مجرد فهم الفقهاء معنى من لفظ لا يوجب حمله على ذلك المعنى بل المتبع الظهور و مع عدمه يكون مجملا.

الرابع ان يكون المراد منه السلطنة المطلقه الشرعيه و الخارجيه فلا- يجوز بيع غير المملوك و بيع ما يكون محجورا فيه بأحد اسباب الحجر لعدم السلطنة الشرعيه المعتبره في البيع كما انه لا يجوز بيع ما ليس مقدور التسليم عقلا و خارجا و هذا الاحتمال مختار الشيخ (قدس سره).

و يرد عليه اولاً انه ذكر هذه الروايه في باب الفضولي في مقام بيان استدلال المبطلين لم يناقش في معنى لفظ عندك كما ناقش في المقام و ان اجاب عن أصل الاشكال.

و ثانياً ان لفظه عند اما يراد منه المعنى الاصالي اي الحاضر الخارجى و اما يراد منه المعنى الكنائى اي الملكيه و شىء من المعنيين لا يرتبط بالمقام فان مجرد حضور شىء عند الانسان لا يلازم القدره عليه و لو أغمضنا عن ذلك و قلنا ان المراد من هذا اللفظ السلطنة المطلقه الشرعيه فهو أيضا لا يفيد لأنها لا

تلازم القدره على التسليم خارجا كما هو ظاهر و مع الاغماض أيضا فلا- أقل من الاجمال و لا يمكن الجزم بالظهور فيكون اطلاق دليل الصحة او عمومه محكما فيفهم منهما ان القدره الخارجيه على التسليم ليس شرطا للصحة كما هو مقتضى حجه لوازم الامارات.

فانقدح مما ذكرنا ان هذا الوجه أيضا لا يمكن المساعده عليه.

الوجه

الخامس مما استدل به على اشتراط القدره على التسليم هو ان مقتضى قوله تعالى أَوْفُوا بِالْعُقُودِ هو وجوب الوفاء بالعقد و تسليم العين من لوازم العقد

فلو لم

دراساتنا من الفقه الجعفرى، ج ٣، ص: ٣١٩

يقدر على التسليم يلزم اما ان يكون غير المقدور واجبا و الحال انه محال و اما ان لا يكون التسليم واجبا فيلزم الانفكاك بين الملزوم و اللازم و هو أيضا محال فاللازم ان يكون القدره على التسليم شرطا و الا لم يجب الوفاء بالعقد.

و فيه اولا انا بينا ان الوجوب المستفاد من قوله أَوْفُوا ليس وجوبا تكليفيا بل وجوبا وضعيا ارشاديا الى اللزوم.

و ثانيا انه على تقدير تسليم دلالة على الوجوب التكميلى لا يدل فى المقام على المدعى فانه لا ريب و لا اشكال فى ان القدره من الشرائط العامه للتكليف لكن نقول بان الوفاء بالعقد ليس واجبا على الاطلاق كى يستكشف من عدم القدره على الوفاء عدم صحه العقد بل نقول بانه يجب على فرض القدره و ملخص الكلام فى المقام انه لو ادعى ان العقد معلق على القدره و مع عدمها لبيطل.

ففيه اولا انه خلاف المفروض لان المفروض عدم تعليق العقد بشىء.

و ثانيا انه اخص من المدعى اذ ربما يصدر عنه العقد بلا- تعليق فيه و ثالثا ان التعليق يوجب البطلان و ان ادعى ان لازم العقد الصحيح وجوب التسليم على نحو الاطلاق فالمدعى بلا دليل فعلى المدعى ان يقيم الدليل عليه و ان ادعى لزوم التسليم عند القدره عليه فهذا لا

يقتضى فساد البيع عند عدم القدره بوجه من الوجوه اذ المفروض انه يجب عند القدره.

الوجه

السادس مما استدل به على اشتراط القدره على التسليم ان الغرض من المعامله الانتفاع من العين و مع عدم تسلّم العين لا يتحقق هذا الغرض

فيكون القدره على التسليم شرطا.

و فيه اولا انا لا نسلم ان الغرض من المعامله الانتفاع من العين دائما بل يمكن أن لا يكون الغرض الانتفاع بل الغرض انتفاع البائع بالثمن.

و ثانيا ان تخلف الاغراض و الدواعى لا يوجب فساد البيع.

و ثالثا انه يمكن الانتفاع بالعين و لو لم يكن البائع قادرا على التسليم فان الجهات الاعتباريه تتحقق احيانا و لو مع عدم القدره على التسليم.

دراساتنا من الفقه الجعفرى، ج ٣، ص: ٣٢٠

و رابعا انه ربما يكون احتمال الوصول و امكان الانتفاع غرضا من المعامله، و هذا الغرض يترتب عليها كما هو ظاهر فتلخص ان هذا الوجه أيضا لا يمكن المساعده عليه كسوابقه.

الوجه

السابع مما استدل به على اشتراط القدره على التسليم ان المعامله على شىء مع عدم القدره على تسليمه يكون سفهائيا.

و فيه اولا انا لا نسلم كونه سفهائيا مطلقا بل يمكن تصور كونه عقلايا كما هو واضح.

و ثانيا انه على فرض كونه سفهائيا لا دليل على بطلان البيع السفهائى بل الباطل انما هو بيع السفيه.

الوجه الثامن مما استدل به على اشتراط القدره على التسليم أن بيع الشىء بدون القدره على تسليمه يكون اكل ثمنه اكل المال بالباطل

و هو لا يجوز لكونه منهيا عنه بقوله تعالى **لَا تَأْكُلُوا أَمْوَالَكُمْ بَيْنَكُمْ بِالْبَاطِلِ**.

و فيه اولا انه يمكن تصوير عدم كونه اكل المال بالباطل كما اذا يرجى وصوله لو كان ذا ماليه خطيره فى مقابل شىء قليل فانه لا يعد من اكل المال بالباطل.

و ثانيا ان الباء فى لفظه بالباطل لا تكون للمقابله حتى يتمسك الخصم بها لإثبات المدعى بل الباء فيها سببيه فيكون المعنى لا تأكلوا أموالكم بالسبب الباطل و من المعلوم ان أكل المال فى المقام ليس بسبب باطل بل يكون بالبيع و هو من الاسباب الشرعيه

[الكلام فى أن القدره شرط أو العجز مانع]

قوله: فقد استظهر بعض من تلك العبارة ان العجز مانع لا أن القدره شرط ... (١)»

أقول: ثم انه وقع الكلام بين الاعلام فى أن القدره شرط او العجز مانع أفاد الشيخ بان صاحب الجواهر استظهر من كلامهم ان العجز مانع لا ان القدره شرط، و قال (صاحب الجواهر) انه تظهر الثمره بين القولين، فيما اذا تردد الامر

(١)- المكاسب ص ١٨٦ السطر ٢٨.

دراساتنا من الفقه الجعفرى، ج ٣، ص: ٣٢١

بين شرطيه احد الضدين و مانعيه الضد الاخر فعلى القول بشرطيه القدره يعتبر احرازها اذا شك وجودها لأنه يلزم احراز الشرط، و على القول بمانعيه العجز يكفى الشك فيه فى الحكم بالصحة لان العقد يقتضى الصحة ما لم يمنع مانع فاذا شك فى المانع يحكم بعدمه بالاصل و اورد الشيخ على صاحب الجواهر بوجه.

الاول ان القول بمانعيه العجز يخالف مع تصريح العلماء حيث عرفت من أن صريح معاقد الاجماع خصوصا عبارته الغنيه المتاكده بالتصريح بالانتفاء عند الانتفاء هى شرطيه القدره.

الثانى ان العجز أمر عدمى لأنه عبارته عن عدم القدره عمن من شأنه أن يقدر فكيف يكون

مانعا و الحال ان المانع لا بد أن يكون أمرا وجوديا حتى يكون مانعا و دافعا لتأثير المقتضى.

الثالث انه على فرض تسليم اطلاق المانع عليه لا ثمره فيه لا فى صورته الشك الموضوعى و لا فى الحكمى و لا فى غيرهما فانا اذا شككنا فى القدره و عدمها فمع كون الحال فى السابق القدره تستصحب و مع عدمها يستصحب أيضا و مع الشك الزائد على القدر المعلوم يتمسك باطلاق دليل الصحه.

أقول: اما ما أفاده من ان المانع يلزم أن يكون أمرا وجوديا فهو صحيح فى التكوينيات، و اما الاحكام الشرعيه فلا مانع من أن يجعل العدم مانعا كما انه لو جعل العمى مانعا عن الصحه فى امام الجماعه.

و اما ما أفاده من عدم الثمره بين القولين ففيه بانه يمكن أن يكون نظر صاحب الجواهر بان الثمره تظهر فيما اذا لم تكن الحاله السابقه معلومه كما فى توارد الحالتين فعلى القول بشرطيه العجز لا يمكن احراز الصحه و لا يمكن التمسك باطلاق دليلها لأنه يكون من باب التمسك بالعام فى الشبهه المصدقيه و اما لو كان العجز مانعا فيمكن احرازها باصالة عدم المانع، و لكن مع هذا لا يمكن المساعده مع صاحب الجواهر أيضا.

دراساتنا من الفقه الجعفرى، ج ٣، ص: ٣٢٢

لان قاعده اصالة عدم المانع مع قطع النظر عن الاستصحاب ليس لها مدرک الا قاعده المقتضى و المانع و هى لا اعتبار بها لعدم دليل يدل عليها و اذا فكلام صاحب الجواهر غير سديد من هذه الجبهه هذا اولاً.

و ثانيا ان هذه القاعده على فرض صحتها لا تفيد فى المقام و ذلك لان الغرر الموجب لبطلان البيع متقوم بالشك و مع عدم احراز الحاله السابقه يكون الغرر

محرزا و لا- مجال لجريان قاعده عدم المانع حتى تظهر الثمره و مع احراز الحاله السابقه و هى القدره فجريان الاستصحاب فى بقاء القدره و عدمه مبنى على قيام الاصول المحرزه مقام القطع فيما لا يترتب الاثر على الواقع لو لا الاحراز و عدمه.

فان قلنا بقيامه مقامه فى مثل هذه الموارد كما عليه الشيخ يجرى الاستصحاب. و ان قلنا بعدم قيامه مقامه كما عليه صاحب الكفايه فلا يجرى بل لنا ان نقول بعدم جريان الاستصحاب حتى على مسلك الشيخ قدس سره لان الغرر المانع للصحه يتقوم بالاحتمال و الاحتمال موجود حتى بعد جريان الاستصحاب و لا يحكم بعدم الاحتمال الاعلى القول بالاصل المثبت.

و بعبارة اخرى و ان كان الواقع يحرز بالاصل التنزيلي لكن احتمال وجود الواقع وجدانا موجود و لا- ينتفى هذا الاحتمال بالاستصحاب و المفروض ان نفس احتمال الغرر يوجب البطلان. لكن حيث ان الاحتمال بعنوان المصادفه مع الواقع و امكان مطابته يفسد فلو دل دليل على عدم المصادفه و كون الاحتمال لغوا يرتفع المانع. فعليه لو قام الاماره على القدره يرفع المانع اذ الاماره ناظره الى لوازم المؤدى أيضا فيدل على لغويه الاحتمال فلا مانع من القول بالصحه و اما الاستصحاب فليس كذلك كما مر آنفا.

و انقدح من جميع ما ذكرنا ان المدرك اما يكون حديث نفي الغرر و اما حديث لا تبع ما ليس عندك و على كلا التقديرين اما يكون الشبهه مصداقيه او يكون مفهوميه فعلى تقدير كون المدرك حديث نفي الغرر و كان الشبهه مصداقيه فالحق

دراساتنا من الفقه الجعفرى، ج ٣، ص: ٣٢٣

هو البطلان بلا فرق بين القولين اى بلا فرق بين القول بان القدره شرط و بين القول بان العجز

مانع و كذا بلا فرق بين مسلك الشيخ و صاحب الكفايه لوجود الاحتمال لتحقق عنوان الغرر المفسد للبيع.

و اما لو كان الشبهه مفهوميه فالمرجع فيما زاد على المقدار المعلوم عموم دليل الصحه او اطلاقه و أيضا بلا فرق بين ذلك بين القولين و مسلكين اذ المفروض ان المخصص المنفصل لا يسرى اجماله الى العام كما هو بين فى محله.

و اما لو كان المدرك حديث لا تبع ما ليس عندك و كانت الشبهه مفهوميه فالكلام هو الكلام بعينه.

و اما لو كانت الشبهه مصداقيه فمع احراز الحاله السابقه يستصحب البقاء بلا فرق بين ان يكون القدره شرطا او العجز مانعه و مع عدم احراز الحاله السابقه فان كان منشأه توارد الحالتين فلا مجال للأخذ بدليل الصحه لعدم جواز التمسك بالعام فى الشبهه المصداقيه فالمحكم هو اصل الفساد. و ان كان المنشأ، الجهل بتحقق القدره و ذلك كما لو تولد حيوان و لا يدري ان القدره عليه تحققت أم لا. فان مقتضى الاستصحاب الازلى عدم تحقق القدره فيحكم بالفساد بلا فرق فيما ذكر كله بين القولين كما هو ظاهر.

[الكلام فى أن العبره بالقدره فى زمان الاستحقاق لا حال العقد]

قوله: ان العبره فى الشرط المذكور انما هو زمان استحقاق التسليم فلا ينفع وجودها حال العقد اذا علم بعدمها حال استحقاق التسليم كما يقدح عدمها قبل الاستحقاق و لو حين العقد و يتفرع على ذلك انه لا يشترط القدره اذا فرض كون العين فى يد المشتري. (١)

و الحق فى المقام ان يقال: ان المدرك ان كان حديث نفي الغرر فالامر كما افاده قدس سره اذ على هذا لا يتوجه غرر الى المشتري مع عدم القدره حين العقد. و لو كان المدرك حديث لا تبع ما ليس عندك فيشكل الامر

(١)- المكاسب ص ١٨٧ السطر (٢)

دراساتنا من الفقه الجعفري، ج ٣، ص: ٣٢٤

التسليم حين العقد و لو كان قادرا عليه حين الاستحقاق لان المستفاد من الدليل على هذا الفرض انه يشترط في صحة البيع القدره على التسليم فكما انه لو لم يكن مالكا يكون البيع فاسدا كذلك في المقام.

و اما ما أفاده السيد الاستاذ من ان العرف يفهم من هذا ان القدره شرط حين الاستحقاق لا قبله فليس كما افاد فتلخص ان المبيع لو كان في يد المشتري لا يبطل البيع ان كان المدرك حديث نفى غرر و يبطل لو كان المدرك حديث لا تبع ما ليس عندك فان البائع اذا لم يكن قادرا فالشرط مفقود فيبطل البيع.

[لا يشترط في البيع القدره على التسليم اذا كان البيع ممن ينعق على المشتري]

قوله: و فيما لم يعتبر التسليم فيه رأسا كما يشتري ممن ينعق عليه «١»

اقول حاصل كلامه (قدس سره) انه لا يشترط في البيع القدره على التسليم اذا كان البيع ممن ينعق على المشتري بدعوى انه لا يعتبر فيه التسليم كي يضر عدم القدره عليه.

و فيه- ان المدرك في اشتراط القدره اما يكون حديث نفى الغرر و اما يكون حديث لا تبع. اما على الاول فان الانعتاق يتفرع على صحة البيع و المفروض ان صحة البيع يتوقف على نفى لغرر فلو رفع الغرر بالحكم بالانعتاق يلزم الدور.

و اما على الثاني فان البيع باطل مع عدم القدره و المفروض عدمها و اذا كان البيع باطلا لا تصل النوبه الى الانعتاق.

و افاد السيد الاستاذ دام ظله ان البيع صحيح على كلا التقديرين اما على فرض كون المدرك حديث نفى الغرر فلان الاحكام تترتب على الموضوعات الفعلية لا التقديرية و حيث ان الغرر في المقام تقديري لا تحقيقي

فلا يترتب عليه البطلان بل يصح لعدم الغرر بلحاظ حكم الشارع.

و اما على فرض كون المدرك حديث لا تبع ما ليس عندك فلان الشرط، القدره على التسليم الى المشتري فلو لم يكن قابلا للتسليم فلا معنى لهذا الاشتراط

(١)- المكاسب ص ١٨٧ السطر (٤)

دراساتنا من الفقه الجعفري، ج ٣، ص: ٣٢٥

و المقام من هذا القبيل فانه ينعق عليه بمجرد العقد فلا يكون قابلا للتسليم فيكون البيع صحيحا بلا احتياج الى اشتراط القدره.

و فيه نظر اما على تقدير كون المدرك حديث نفى الغرر فلان حكم الانعاق يترتب على البيع الصحيح في حد نفسه فيلزم ان يتحقق الانتقال كي يحكم بالانعاق و مع عدم اجتماع شرائط الصحة لا يتحقق الصحة فلا تصل النوبه الى الانعاق.

و اما على تقدير كون المدرك لا تبع ما ليس عندك فايضا الامر كذلك فان الصحة تتوقف على القدره على التسليم فما دام لا تكون القدره موجوده لا يصح العقد و مع عدم الصحة لا تصل النوبه الى اجراء حكم العقد الصحيح. و مما ذكرنا علم حكم ما لو اشترط تاخير التسليم فلا يستحق التسليم بمجرد العقد فيكون العقد صحيحا اذ ظهر انه لو كان المدرك حديث نفى الغرر يصح العقد لعدم الغرر على الفرض فانه قبل زمان الاستحقاق لا مقتضى لتسليم العين و في زمان الاستحقاق القدره على التسليم موجوده

و ان شئت قلت: حين الاستحقاق لا غرر و حين عدم القدره لا استحقاق.

و اما لو كان المدرك حديث لا تبع ما ليس عندك فيكون العقد باطلا لفقدان شرطه فالحق هو التفصيل الذي ذكرنا في المقام حيث قلنا بالصحة في الاول و الفساد في الثاني لا ما ذهب اليه الشيخ حيث ذهب الى الصحة مطلقا.

[لا يعتبر القدره على التسليم فى الفضولى إلا بعد إجازة المالك]

قوله: و اما لتزلزل العقد كما اذا اشترى فضولا فانه لا يستحق التسليم الا بعد اجازة المالك فلا يعتبر القدره على التسليم قبلها لكن يشكل على الكشف من كونه لازما من طرف الاصيل فيتحقق الغرر بالنسبه اليه «١».

اقول: و مما ذكرنا ظهر الحال فى الفضولى فلو قلنا: بان الفضولى لا مدخلية له فى الصحة و الفساد و لا بد ان يلاحظ الامر مع المالك المجيز فالميزان بزمان الاجازة.

فعدم امكان التسليم من طرف المشتري و عدم امكان التسليم من ناحيه الفضولى لا يضر

(١)- المكاسب ص ١٨٧ السطر (٥)

دراساتنا من الفقه الجعفرى، ج ٣، ص: ٣٢٦

بصحة العقد اذ المدار يكون على زمان الاجازة بلا فرق بين النقل و الكشف هذا ان قلنا:

بان الفضولى لا مدخلية له فى الصحة و اما لو قلنا: بان البيع يتحقق بفعل الفضولى و لا بد من ان يتحقق جميع ما يعتبر فى العقد حين وجوده كى يصير قابلا للحقوق الاجازة فلا بد من فرض تمكن الفضولى على التسليم.

[مثل بيع الفضولى فى عدم اعتبار القدره على التسليم بيع الرهن قبل اجازة المرتهن.]

قوله ره: و مثله بيع الرهن ... «١»

اقول: يعنى مثل بيع الفضولى فى عدم اعتبار القدره على التسليم بيع الرهن قبل اجازة المرتهن.

التحقيق ان يقال انه لو ثبت من الدليل الخاص جواز البيع بإجازة المرتهن او بفك الرهن فلا كلام.

و اما لو لم يقم الدليل الخاص على جواز بيعه و قلنا: ان القاعدة تقتضى صحته مع الاجازة فان كان المدرك حديث نفى الغرر فاذا امكن ارتفاع الغرر كما لو علم بان المرتهن يجيز و اشترط مع المشتري ان يصبر حتى يجيز المرتهن فلا اشكال أيضا اذ الغرر ينتفى بذلك. بل يمكن ان يقال: بالصحة مطلقا سواء علم باجازة المرتهن أم لا، لان المشتري يعلم بانه

ما دام لم يجز المرتهن لا حق له في المبيع و له ان يتصرف في الثمن كيف يشاء و بعد اجازته له المبيع و للبائع الثمن و على كل حال الميزان بصدق الغرر و عدمه في صحه البيع و عدمها هذا اذا كان المدرك حديث نفى الغرر. و اما لو كان المدرك حديث لا تبع فالحق هو البطلان كما هو واضح.

[في اعتبار قدره في الصرف و السلم حين العقد]

قوله: و كذا لو لم يقدر على تسليم ثمن السلم لان تأثير العقد قبل التسليم في المجلس موقوف على تحققه فلا يلزم غرر «٢».

اقول: قد ظهر لك مما ذكرنا انه يعتبر القدره في الصرف و السلم أيضا حين العقد و لا- مجال لان يقال ان الانتقال يتحقق بالقبض فالقدره حين القبض كافيه في

(١)- المكاسب ص ١٨٧ السطر (٤)

(٢)- المكاسب ص ١٨٧ السطر (٧)

دراساتنا من الفقه الجعفري، ج ٣، ص: ٣٢٧

صحته، لأننا ذكرنا ان الحكم الشرعي من آثار العقد الصحيح الجامع للشرائط فلا يمكن ان يكون ترتب الحكم موجبا للصحة فان موضوع الحكم الشرعي لا- بد ان يكون محققا في الرتبة السابقه حتى يترتب عليه الحكم و لا يكون الحكم محققا لموضوعه و ظهر مما ذكرنا انه لا فرق بين ان يكون التسليم من الاحكام او من شروط الانتقال.

ثم انه افاد المحقق الايرواني قدس سره في مقام بيان وجه الصحة ان الغرر انما يكون موجبا للبطلان فيما يكون العقد صحيحا لو لا الغرر و في المقام ليس الامر كذلك، فانه لو لا الغرر لا يكون العقد صحيحا لاشتراط القبض في صحه العقد.

هذا البيان أيضا غير تام لان كل مانع يلاحظ في حد نفسه و لا ربط بين بعضها مع الاخر و هذا التقييد ينافي الاطلاق المستفاد

من دليل اشتراط نفى الغرر.

و بعبارة واضحة انه لا بد ان يتم العقد بجميع اجزائه و شرائطه حسب دلالة الدليل.

و ربما يقال: بان اعتبار القبض من قبل الشارع يكون حاكما على دليل نفى الغرر و يقتضى ان يكون العقد خاليا عن الغرر و فساد هذا التقريب اوضح من ان يخفى اذ لا يتعرض هذا الدليل لذلك الدليل باى وجه من التعرض.

و الحاصل انه لا يفهم العرف ارتباطا بين الدليلين و من الظاهر ان الحاكم متعرض للمحكوم و ان شئت قلت: ان دليل الحاكم يضيق موضوع المحكوم او يجعل فيه توسعه.

ثم ان الشيخ رجح عما افاده فى وجه الصحة و قوى البطلان بما يقرب من بياننا فى وجه الفساد. لكن بعد ذلك استدرك و افاد بأن العرف لو اطلع على ان الشارع لا يحكم بالانتقال الا بعد القبض فلا يكون غرريا عنده. و هذا البيان غير تام اذ كما ذكرنا ان الموضوع فى حد نفسه لا بد ان لا يكون غرريا كى يترتب عليه حكم الشارع و الا يلزم الدور.

دراساتنا من الفقه الجعفرى، ج ٣، ص: ٣٢٨

ثم انه قدس سره أيد كلامه بجواز الايجاب اذا لم يكن قادرا لكن يعلم بحدوثه بعد القبول بدعوى ان الميزان بزمان الانتقال و هذا التأييد فى غير محله اذ يمكن ان يقال: بان خروج هذا الفرد بالدليل الخاص سيما اذا كان المدرك للحكم حديث لا تبع ما ليس عندك فانه لا يمكن الالتزام بجواز بيع الوارث مال مورثه فيما ينتقل اليه بالموت بمجرد القبول اذ البيع الواقع على مال الغير باطل و المفروض انه وقع على مال الغير.

ثم انه افاد: بان القبض مثل الاجازه بناء على النقل و اولى منها بناء

على الكشف.

و اورد عليه الميرزا النائنى ره بأن المقام لا يقاس بباب الفضولى فان العقد فى الفضولى لا يتم الا بالاجازه و فى المقام تام و لذا يجب ترتيب الاثر عليه و من هذه الجبهه ورد فى النص فان نرى على الحائط فانز معه « ١ » الوارد فىمن تفرق بدون رضا صاحبه فالقياس مع الفارق.

و يرد على الميرزا بان المقام أيضا لا يجب على العاقد ترتيب الاثر عليه فان دليل الاثر ان كان ما ورد فى النص فهو غير دال عليه بل ارشاد الى ان الافتراق يضر قبل القبض و الصحه تتوقف على القبض فى المجلس و ليس وجوبا تكليفيا.

و ان كان المتوهم من الدليل قوله تعالى: **أَوْفُوا بِالْعُقُودِ** فيرد فيه اولاً ان الوجوب المستفاد منه وضعى لا تكليفى.

و ثانياً على فرض كونه تكليفياً انما يكون الواجب ترتيب الاثر على العقد الصحيح لا كل عقد و العقد فى المقام غير صحيح.

و قد افاد الاستاذ فى المقام كلامه السابق بان المدرك اما حديث نفى الغرر و اما حديث لا تبع ما ليس عندك فان المدرك لو كان حديث نفى الغرر فلا غرر للمشتري

(١) - الوسائل، الجزء (١٢) الباب (٢) من ابواب الصرف، الحديث (٨)

دراساتنا من الفقه الجعفرى، ج ٣، ص: ٣٢٩

اذ ما دام لم يحصل القبض فلا انتقال و بعد القبض فالعين واصله اليه.

و ان كان المدرك حديث لا تبع و قلنا ان الحكم بلحاظ وصول العين الى المشتري فلا مانع من الصحه اذ المفروض ان الغرض حاصل فى المقام.

و فيه ما مر آنفاً و لا وجه للإعاده فراجع.

[القدره على التسليم شرط بالتبع و المقصد الأسمى هو التسلم]

ثم افاد قدس سره بأن القدره على التسليم ليست مقصوده بالاصاله بل تكون بالتبع فلو لم يكن البائع قادراً على

التسليم و لكن المشتري كان قادرا على التسلم يكون العقد صحيحا هذا ملخص كلامه.

اقول: و لا بد فى المقام من التفصيل فى مدرك الحكم فان المدرك لو كان حديث نفى الغرر فالكلام كما افاده. و اما لو كان المدرك حديث لا تبع ما ليس عندك فلا وجه للصحة الا ان يثبت اجماع تعبدى كاشف عن رأى المعصوم عليه السّلام كما افيد بأن جواز بيع الآبق مما انفردت به الاماميه و انى لنا باثبات اجماع تعبدى.

و مما ذكرنا يظهر الحال فيما لا- يكون البائع و المشتري قادرين و لكنهما يعلمان عاده بوصول العين الى يد احد هما وقت استحقاق المشتري للتسلم كالتطير المعتاد للعود بعد ايام فان الحكم جوازا و منعا يختلف حسب اختلاف المدرك فان كان المدرك حديث نفى الغرر يكون البيع صحيحا و ان كان المدرك حديث لا تبع يكون باطلا.

ثم انه لو تعذر التسليم و لم يقدر عليه الا بعد مده لا يتسامح فيها فالتحقيق ان يقال: ان كان المدرك حديث نفى الغرر فلا وجه للبطلان لعدم صدق الغرر عليه. و ان كان المدرك حديث لا تبع ما ليس عندك يكون البيع باطلا.

[فى أن الشرط هى القدره المعلومه للمتبايعين]

قوله ره: ثم ان الشرط هى القدره المعلومه للمتبايعين لان الغرر لا يندفع بمجرد القدره الواقعيه و لو باع ما يعتقد التمكن فتيين عجزه فى زمان البيع و تجددها بعد ذلك صح و لو لم يتجدد بطل. «١»

(١)- المكاسب ص ١٨٧ السطر (٣٤)

دراساتنا من الفقه الجعفرى، ج ٣، ص: ٣٣٠

تحقيق المقام يقتضى التعرض للصور المفروضه و بيان حكم كل واحده منها.

الصوره الاولى ان تكون القدره موجوده فى الواقع و معلومه لهما و هذه الصوره هو القدر المتيقن من الصحة كما هو

ظاهر.

الصورة الثانية عكس هذه الصورة و هي ان لا تكون القدره موجوده فى الواقع و هما لا يعتقدان وجودها و هذه الصورة باطله قطعاً.

الصورة الثالثه- ان تكون القدره موجوده فى الواقع و هما لا يعلمان بها ففى هذه الصورة لا بد من التفصيل فى مدرك الحكم فان المدرك لو كان حديث لا تبع ما ليس عندك فالعقد صحيح لتماميه الشرط. و ان كان حديث نفى الغرر فالعقد باطل لأنه مع الجهل يصدق الغرر.

الصورة الرابعه- أن لا- تكون القدره موجوده فى الواقع و هما يعتقدان وجودها، فلو قلنا: بان المدرك حديث لا تبع فالعقد صحيح لوجود الشرط و هي الملكيه و ان كان المدرك حديث نفى الغرر فان قلنا: بان احتمال الغرر تمام الموضوع للفساد بحيث لا يكون للواقع دخل فيه يكون العقد صحيحاً.

و اما ان قلنا بان احتمال الخطر يكون موضوعاً للفساد بما انه يطابق الواقع بان يكون الخطر متوجهاً حسب الموازين فالعقد باطل.

و الظاهر هو الثانى فعليه لا- بد من البناء على الفساد فى هذه الصورة و البناء على الصحه فيما لو احتمل الخطر و فى الواقع لا يكون خطر حسب الموازين و بان لهما عدمه بعد العقد فلو عقدا و الحال هذه ثم بان عدم الخطر فى الواقع يكشف عن عدم كونه خطرياً.

ثم انه لا يخفى ان الميزان للفساد ان يصدق بيع الغرر فانه لو صدق هذا العنوان

دراساتنا من الفقه الجعفرى، ج ٣، ص: ٣٣١

لحكم بفساده اعم من ان يكون المتعاقدان متوجهين او لم يتوجها او اختلفا فى التوجه و عدمه.

و الحاصل انه لو قلنا: بان الخطر عبارته عن المعرضيه للخطر فالميزان للفساد تحقق هذا المعنى. فكل من يعتقد تحققه يحكم بالفساد و كل

من يعتقد عدمه يحكم بالصحه.

و مما ذكرنا علم انه لا بد ان يفصل المقام بهذا الوجه الذى فصلناه لا بما فصله الشيخ قدس سره.

ثم انه ظهر مما مر ان الرفع للغرر هو العلم الوجدانى قطعاً كان او علماً عادياً كالظن المعتمد و اما الظن غير المعتمد و كذلك الاصول التنزيليه لا تفيد حيث ان الاحتمال الموجب لصدق الغرر موجود.

[هل العبره بقدره الموكل أو الوكيل]

ثم إنه لو اوقع العقد الوكيل فان كان وكيلاً- فى مجرد اجراء الصيغه فالاعتبار بقدره الموكل. و اما لو كان وكيلاً فى جميع الجهات فلا شبهه فى كفايه قدرته و ان لم يكن الموكل قادراً عليه.

و اما اذا فرض عدم قدره الوكيل فيما اذا كان وكيلاً فى جميع الجهات و لكن الموكل كان قادراً فهل يكون العقد صحيحاً؟ الظاهر انه لا مانع من الصحه لان الوكيل وجود تنزيلي للموكل و مع تحقق قدره فى الوجود الحقيقى لا احتياج بقدره الوجود التنزيلي كما هو اوضح من ان يخفى.

و ربما يقال: بالبطلان لان العقد الصادر من الوكيل اذا كان صحيحاً يقع موضوعاً لترتيب الآثار و المفروض انه فاسد لعدم قدرته على التسليم.

و فساد هذا البيان اوضح من ان يخفى فانه لا مقتضى لاشتراط قدره فى الوكيل فان ما يوجب الفساد عبارته عن الخطر و مع قدره الموكل لا خطر فى المعامله و هذا ظاهر.

دراساتنا من الفقه الجعفرى، ج ٣، ص: ٣٣٢

و ربما يظهر من صاحب الجواهر على احتمال و من صاحب المصابيح على احتمال آخر انه يكفى قدره المالك بشرط رضى المشتري بتسليم الموكل و رضى الموكل بالرجوع اليه، و فرع على ذلك بطلان بيع الفضولى لان العاقد و هو الفضولى غير قادر على التسليم و قدره المالك لا

أثر لها لان العقد لم يتحقق مبنيا عليها و البناء على القدره الواقعيه لا أثر له لان الشرط هي القدره المعلومه لا الواقعيه.

ثم اورد على نفسه بانه لا يمكن احراز القدره بالوثوق بها و اجاب عن ذلك بكفايه الوثوق في احراز القدره.

و بعباره واضحه لو حصل الوثوق برضى المالك و ان الفضولى يقدر على ارضاء المالك يخرج الفضولى عن كونه فضوليا و ثانيا ان القائلين بصحه الفضولى لا يقصرون الحكم على هذا الفرض.

ثم ان الشيخ اورد على اصل المبنى بان رضى المشتري لا يوجب الصحه فان رضائه لا يخرج العقد عن كونه غرريا و على فرض التنزل فلا- يقاس الفضولى بالمقام اذ فى الفضولى قبل الاجازه لم يتحقق عقد موضوع للأثر الشرعى و على فرض التنزل فما اجاب به غير تام اذ الرضا التقديرى الذى يحصل بعد المراجعه لا يخرج عن العقد الفضولى. و على فرض التنزل فما دام لا يكون الرضا مبرزا بمرز لا يكون اذنا فلا يكون خارجا عن الفضوليه.

و اما الجواب الثانى فلم يظهر وجه اشكاله.

اقول: ما افاده قدس سره بان رضى المشتري لا اثر له متين اذ على فرض البناء على كفايه قدره الموكل كما هو الحق فلا غرر و على تقدير كونه غرريا فلا أثر لرضاء المشتري فانه فى قوه أن يقال: الغرر لا يكون مبطلا للبيع مع رضا المشتري به فهو كما ترى.

و اما ما افاده من بطلان قياس المقام بباب الفضولى فهو صحيح أيضا لو قلنا:

دراساتنا من الفقه الجعفرى، ج ٣، ص: ٣٣٣

بان العقد الصادر من الفضولى لا أثر له و المناط بزمان الاجازه فلا موضوع للغرر قبل الإجاره.

و اما لو قلنا: بان العقد الفضولى لا بد ان يكون

واجدا للشرائط المعتبره كى يكون قابلا لان يلحقه الاجازة فالقدره المشروطه فيه هى قدره الفضولى.

و اما ما أجاب عنه اولا بأن العلم بتحقق الرضا من المالك لا يخرج العقد عن الفضولى فليس صحيحا لان الميزان بالرضا الفعلى فاذا تحقق الرضا الفعلى فالحق كفايته كما بنينا عليه فى بحث الفضولى. و اما الرضا التقديرى فلا يفيد شيئا كما افاده.

و مما يدل على كفايه رضاه ما رواه الشيخ قدس سره باسناده عن احمد بن محمد عن الحسن بن محبوب عن العلاء عن محمد بن مسلم عن ابى جعفر عليه السلام فى حديث قال: سأله رجل من اهل النيل عن أرض اشتراها بفهم النيل و اهل الارض يقولون: هى أرضهم و اهل الاسنان يقولون: هى من أرضنا فقال: لا تشتريها الا برضا اهلها «١».

بتقريب انه عليه السلام اشترط جواز الاشتراء برضايه اهلها و يمكن أن يجاب عنها بانه يستفاد منها ان رضى الاهل شرط لجواز الاشتراء و لا ينافى ان يكون شىء آخر أيضا شرطا ككون البائع مالكا.

لكن يكفى فى اثبات المدعى مكاتبه الحميرى انه كتب الى صاحب الزمان عليه السلام ان بعض اصحابنا له ضيعه جديده بجنب ضيعه خراب للسلطان فيها حصه و اكرته ربما زرعوا و تنازعوا فى حدودها و تؤذيهم عمال السلطان و تتعرض فى الكل من غلات ضيعه و ليس لها قيمه لخرابها و انما هى باثره منذ عشرين سنه.

و هو يتجرح من شرائها لأنه يقال: ان هذه الصحه من هذه الضيعه كانت قبضت من الوقف قديما للسلطان فان جاز شراؤها من السلطان كان ذلك صونا له و صلاحا له

(١)- الوسائل الجزء (١٢) الباب (١) من ابواب عقد البيع و شروطه الحديث (٣)

و عماره لضيعته و انه يزرع هذه الحصه من القرية البائره يفضل ماء ضيعته العامره و ينحسم عن طمع اولياء السلطان و ان لم يجز ذلك عمل بما تأمره به إن شاء الله فاجابه عليه السلام الضيعه لا يجوز ابتياعها الا من مالكتها او بامرهم او رضى منه «١».

فان هذه الروايه صريحه فى خروج العقد عن الفضوليه برضا المالك.

و اما وجه تأمله فى جوابه الثانى فلم يظهر وجهه فان ما افاده المستكمل متين جدا اذ الحكم بصحة الفضولى لا يختص بهذه الصوره فالمالك للصحة شىء آخر.

ثم انه على تقدير القول باشتراط عدم الغرر فى البيع فهل يلحق الصلح بالبيع فى هذا الشرط او لا يلحق فنقول: ان الصلح اما يكون مبنيا على المسامحه و اما لا- يكون كذلك فعلى الاول لا يصدق عليه الغرر كما لو صولح عن أموال خطيره فى مقابل درهم فانه يمكن أن يقال: بانه لا خطر فى هذا الفرض فيصح الصلح.

و اما فيما يصدق عليه الغرر فاما يكون المدرك لاشتراط القدره على التسليم النهى عن بيع ما لا يملك و اما يكون المدرك حديث نفى الغرر فعلى الاول لا وجه لتسريته الى غيره لاختصاص النص بالبيع، و أما على الثانى فأفاد الاستاذ انه يستفاد من النهى عن الغرر عدم اختصاصه بالبيع بل الميزان صدق الغرر و عدمه، و لكن لا يمكن المساعدة عليه لان الاحكام الشرعيه تعبدية لا يمكن التعدى الى غير مورده الا بالدليل.

و الذى يسهل الخطب ان المدرك ان كان حديث نفى الغرر فهو ضعيف و معه لا مجال للبحث عن الدلاله و لا موضوع لهذا البحث الطويل الا انا تعرضنا له تبعا للقوم و ان

كان المدرك تلك الروايه الداله على عدم جواز بيع ما لا يكون عنده فقد مر الكلام فيه.

(١)- الوسائل الجزء (١٢) الباب (١) من ابواب عقد البيع و شروطه، الحديث (٨)

دراساتنا من الفقه الجعفرى، ج ٣، ص: ٣٣٥

[من شروط العوضين العلم بقدر الثمن]

اشاره

مسأله- قوله: المعروف انه يشترط العلم بالثمن قدرا ... «١»

اقول: المشهور بين العلماء انه لا- بد من العلم بمقدار الثمن و لا- يجوز البيع بحكم أحدهما، و ما يمكن أن يكون وجهها لهذا الشرط أمور.

الاول الاجماع،

و فيه انه لم يثبت حجيه الاجماع لا سيما فى المقام لكونه محتمل المدرك ان لم يكن معلوما.

الثانى حديث نفي الغرر،

و فيه ما مر اولاً من انه لا دليل على اشتراط نفي الغرر فى المعاملات.

و ثانياً انه لا- تلازم بين البيع بحكم أحدهما و تحقق الغرر فان البائع يمكن أن يبيع بحكم المشتري مع علمه بانه لا يحكم باقل من قيمه السوقيه فلا- غرر بالنسبه اليه، و اما بالنسبه الى المشتري فلا غرر لأنه عالم بعمل نفسه و كذلك الحال فيما باع بحكم البائع.

الثالث الروايات الوارده فى المقام

(منها) ما رواه محمد بن يعقوب عن محمد ابن يحيى عن بعض أصحابه عن الحسين بن الحسن عن حماد عن أبى عبد الله عليه السلام قال يكره أن يشتري الثوب بدينار غير درهم لأنه لا يدري كم الدينار من الدرهم «٢» و لكنها مرسله لا يمكن الاعتماد عليها.

و منها ما رواه السكونى عن جعفر عن أبيه عن على عليه السلام فى رجل يشتري السلعه بدينار غير درهم الى أجل قال فاسد فلعل الدينار يصير بدرهم «٣» فانها أيضا ضعيفه بينان بن محمد فانه غير موثق.

و منها ما رواه وهب عن جعفر عليه السلام عن أبيه انه كره أن يشتري الرجل بدينار الا درهم و الا درهمين نسيه و لكن يجعل ذلك بدينار الا ثلثا و الاربع

(١)- المكاسب ص ١٨٩ السطر (٢)

(٢)- الوسائل، الجزء (١٢) الباب (٢٣) من ابواب احكام العقود الحديث (١)

(٣)- الوسائل، الجزء (١٢) الباب (٢٣) من ابواب احكام العقود، الحديث (٢)

دراساتنا من الفقه الجعفرى، ج ٣، ص: ٣٣٦

و إلا سدسا او شيئا يكون جزء من الدينار «١» و هذه الروايه ضعيفه بوهب فانه مردد بين الموثق و المطعون و المرمى بالكذب حتى قيل فى حقه انه كذاب.

و منهى ما رواه حماد عن جعفر عن أبيه عليه السلام انه كره أن

يشترى الثوب بدينار غير درهم لأنه لا يدري كم الدينار من الدرهم. «٢»

و هذه الروايه مخدوشه سندا بحسين بن الحسن الضرير هذا كله من ناحيه السند.

و اما الدلاله ففى دلاله بعض منها أيضا للمناقشه مجال كروايه حماد فان الكراهه فى قوله: عليه السلام (كره ان يشتري الثوب بدينار غير درهم) لا تدل على الفساد فانه يمكن أن يكون هذا القسم من المعامله مكروها عند الشارع.

و يمكن أن يستدل على الجواز بروايه اخرى و هى ما رواه رفاعه النخاس قال قلت لأبى عبد الله عليه السلام ساومت رجلا بجاريه فباعنيها بحكمى فقبضتها منه على ذلك ثم بعثت اليه بالف درهم فقلت هذه الف درهم حكمى عليك أن تقبلها فأبى أن يقبلها منى و قد كنت مستتها قبل أن أبعث اليه بالثمن.

فقال أرى أن تقوم الجاريه قيمه عادله فان كان قيمتها اكثر مما بعثت اليه كان عليك أن ترد عليه ما نقص من قيمه و ان كان ثمنها أقل مما بعثت اليه فهو له قلت جعلت فداك ان وجدت عيبا بعد ما مستتها قال ليس لك أن تردها و لك أن تأخذ قيمه ما بين الصحه و العيب منه «٣».

و هذه الروايه و ان كانت صحيحه من حيث السند و لكنها لا تنطبق على الموازين و القواعد الفقهييه و لذا وقع محل الكلام فلا بد أن يرد علمها الى أهلها هذا تمام الكلام

(١) - الوسائل الجزء (٢) الباب احكام العقود، الحديث (٣)

(٢) - الوسائل الجزء (١٢) الباب (٢٣) من ابواب أحكام العقود، الحديث (٤)

(٣) - الوسائل، الجزء (١٢) الباب (١٨) من ابواب عقد البيع و شروطه، الحديث (١).

دراساتنا من الفقه الجعفرى، ج ٣، ص: ٣٣٧

فى اشتراط العلم بمقدار الثمن.

[من شروط العوضين العلم بقدر المثل]

اشاره

مسأله قوله:

العلم بقدر المثلث كالمثلث شرط ... (١)

اقول ما يمكن ان يستدل على اشتراط العلم بمقدار المثلث امور.

(الاول)، الاجماع.

وفيه ما يرد في غيره من الاجماع من أن المنقول منه غير حجه و المحصل منه غير حاصل مضافا الى انه مدركى و لا أقل من احتمالاه فلا يكون اجماعا تعديا كاشفا عن رأى المعصوم.

(الثانى) حديث نفي الغرر،

وفيه اولا بضعف سنده و ثانيا بكونه أخص من المدعى كما هو واضح.

(الثالث) الروايات الواردة الداله على اشتراط العلم فى المكيل و الموزون و المعدود

و هذه الروايات و ان كان بعضها مخدوشا سنداً و بعضها الاخر مخدوشا دلالة لكن بعضها تام سنداً و دلالة و هو ما رواه محمد بن على بن الحسين باسناده عن الحلبي عن أبي عبد الله عليه السلام قال ما كان من طعام سميت فيه كيلا فلا يصلح بيعه مجازفه (٢).

و كذا ما رواه سماعه قال سألته عن شراء الطعام و ما يكال و يوزن هل يصلح شراؤه بغير كيل و لا وزن؟ فقال اما أن تأتي رجلا فى طعام قد كيل و وزن تشتري منه مرابحه فلا بأس ان اشتريته منه و لم تكله و لم تنزهه اذا كان المشتري الاول قد أخذه بكيل أو وزن.

و قلت له عند البيع انى أربحك كذا و كذا و قد رضيت بكيلك و وزنك فلا بأس (٣).

(١) - المكاسب ص ١٩٠ السطر (٤).

(٢) - الوسائل، الجزء (١٢) الباب (٤) من أبواب عقد البيع و شروطه، الحديث (١)

(٣) - الوسائل، الجزء (١٢) الباب (٥) من أبواب عقد البيع و شروطه الحديث (٧)

دراساتنا من الفقه الجعفرى، ج ٣، ص: ٣٣٨

هذا فى الموزون و المكيل و اما اشتراط العلم فى المعدود فيمكن ان يستفاد مما رواه الحلبي عن هشام بن سالم و على بن نعمان عن ابن مسكان جميعا عن أبي عبد الله عليه السلام انه سئل عن الجوز لا نستطيع أن نعدّه فيكالم بمكيال ثم يعد ما فيه ثم يكال

ما بقى على حساب ذلك العدد قال لا بأس به «١».

فالحكم المذكور اعنى اشتراط العلم فى المكييل و الموزون و المعدود مستفاد من النصوص و اما فى غيرها فمع

انتفاء الغرر لا شبهه فى الجواز.

و اما مع كون المعامله غرريه فلو قلنا ببطلان البيع الغررى فهو، و الا فاطلاق دليل الصحه محكم.

ثم ان فى المقام فروعا لا بأس بالتعرض لها.

(الاول) انه هل يكفى مجرد عدم الغرر فى المكيل و الموزون أو لا بد من الوزن و الكيل

الظاهر هو الثانى فان الدليل هى الروايات و مقتضاها لزوم التعيين، و لو مع عدم الغرر، و عليه لا يجوز بيع مقدار من الموزون بمثله أو بغيره اذا كانا متساويين فى المالىه بلا تميز مقدارهما بأن يجعل احد الجنسين فى احدى كفتى الميزان، و يجعل الاخر فى الاخرى.

الثانى انه يشترط الكيل و الوزن فيما يكال و يوزن

و اما ما لا يكال بالكيل و الوزن اما لقلته كحبه من الحنطه او لكثرتة كزبره الحديد فلا يشترط فيه الكيل و الوزن.

الثالث انه لا يشترط فى المكيل و الموزون المعرفه بهما دقيقا

بان يعلم ان المن من الحمص مثلا يعادل اى مقدار من المثقال، و هو يعادل أى مقدار من المن فانه لو اشترط فى صحه المعامله هذا المقدار من التميز يلزم بطلان جل المعاملات لو لا الكل.

الرابع انه هل يشترط الزرع فى المزروع أم لا،

و التحقيق أن يقال يختلف الحكم حسب اختلاف المبنى فان قلنا بان الغرر يوجب البطلان، او قلنا بان المستفاد من الروايات اشتراط العلم فى المبيع يلزم رفع الغرر و الا فلا و اثبات احد الامرين

(١) - الوسائل، الجزء (١٢) الباب (٧) من أبواب عقد البيع و شروطه، الحديث (١)

دراساتنا من الفقه الجعفرى، ج ٣، ص: ٣٣٩

فى غايه الاشكال.

[يقع الكلام فى جواز بيع المكيل وزنا و الموزون كيلاً]

اشاره

قوله (قدس سره) فنقول اختلفوا فى جواز بيع المكييل وزنا و بالعكس و عدمه على اقوال «١».

اقول يقع الكلام فى جواز بيع المكييل وزنا و الموزون كيلا.

و فى المسأله اقوال خمسہ:

الاول - جواز بيعه مطلقا سواء كان بيع المكييل بالوزن او بالعكس.

بتقريب ان المقتضى للصحة موجود و هو قوله تعالى: أحل الله البيع و غيره من العمومات او الاطلاقات الداله على صحة البيع عرفا فيما اذا صدق البيع عرفا.

و اما المانع المتوهم فى المقام فظاهر ما فى الباب و هو ذيل صحيحه الحلبي و هو قوله عليه السلام: و ما كان من طعام سميت فيه كيلا فلا يصلح بيعه مجازفه و هذا مما يكره من بيع الطعام «٢».

اقول: ان هذه الروايه اما مجمله لتعارض قوله: لا يصلح مع قوله: مما يكره فعلى هذا فالامر ظاهر من عدم صلاحيتها للمانع عن بيع المكييل بالوزن و عكسه.

و اما ليست بمجمله و على هذا التقدير يستفاد منها ان بيع ما يوكل ان كان مجازفه يكون باطلا و هذا المعنى و ان كان متينا الا ان المقام ليس من صغرياته لعدم كونه مجازفه لان بيع المكييل بالوزن مثلا ليس بيعا جزافيا كما هو الواضح.

اضف الى ذلك روايه و هب عن جعفر عن ابيه عن على صلوات الله عليهم اجمعين قال: لا بأس بالسلف ما يوزن فيما يكال و ما يكال فيما يوزن «٣» حيث ان المستفاد منها صحة بيع المكييل وزنا و بالعكس هذا تمام الكلام فى هذا الاستدلال.

(١)- المكاسب ص ١٩١ السطر (١٢).

(٢)- الوسائل، الجزء (١٢) الباب (٤) من أبواب عقد البيع و شروطه، الحديث (١).

(٣)- الوسائل المجلد ١٣ باب (١) من أبواب السلف الحديث (١)

دراساتنا من الفقه الجعفرى، ج ٣، ص: ٣٤٠

و فيه- انا نسلم ان المقتضى للصحة موجود كما ذكره الخصم الا

ان-المقتضى انما يؤثر اذا لم يكن مانع عن تأثيره فيما ان المانع موجود فى المقام لا يمكن الالتزام بالصحة- توضيحه- ان صححه الحلبي المذكوره فى الباب مانعه عن تأثير المقتضى حيث تدل على عدم بيعه جزافا.

و اما القول: بان بيع المكيل وزنا او عكسه لا يكون جزافا فممنوع، لان المشتري بعد كيل الموزون لا يعلم مقدار ما اشتراه من المبيع لكون الكيل مجهولا عنده و لا نعنى من الجزاف الا هذا هذا. اولاً.

و ثانيا ان فى موثقه سماعه قال: سألته عن شراء الطعام و ما يكال و يوزن هل يصلح شرائه بغير كيل و لا وزن فقال: اما ان تاتى رجلا- فى طعام قد كيل و وزن تشتري منه مرابحه فلا بأس ان اشتريته منه و لم تكله و لم تزنه اذا كان المشتري الاول قد أخذه بكيل او وزن و قلت له عند البيع: انى اربحك كذا و كذا و قد رضيت بكيلك و وزنك فلا بأس «١» فيستفاد من هذه الروايه بمفهومها انه اذا لم يأخذ المشتري الاول بكيل او وزن و لم يقل عند البيع: انى اربحك الخ، فلا يجوز وزنا و عكسا.

و اما روايه وهب «٢» التى تمسك بها ففيها اشكال من جهتين سندا و دلالة، اما من جهة السند فهى ضعيفه بوهب ابن وهب فانه لم يوثق عند الرجاليين.

و اما من جهة الدلالة فان الروايه كما أفاده الشيخ ره ظاهره فى جواز اسلاف الموزون فى المكيل و بالعكس يعنى احد العوضين فى باب السلم من الموزون و الاخر من المكيل.

و يظهر هذا المعنى الذى نقول من التعبير بقوله (ع) فيما يكال و فيما يوزن «٣»

(٥) من أبواب عقد البيع و شروطه، الحديث

(٢) - الوسائل، جلد ١٣ باب (٧) من ابواب السلف، الحديث (١)

(٣) - الوسائل جلد ١٣ باب (٧) من ابواب السلف، الحديث (١)

دراساتنا من الفقه الجعفري، ج ٣، ص: ٣٤١

فلو كان المراد منها جواز صحه بيع المكييل وزنا او عكسه لكان حق التعبير أن يقول لا بأس بسلف ما يكال بما يوزن و يؤيد المدعى ان الشيخ ذكر الروايه في باب اسلاف الزيت في السمن.

و ثالثا انه مع الاغماض عن الايراد في السند و الدلاله نقول ان الروايه وردت في مورد خاص و هو مورد السلف و التعدى من موردها لا دليل عليه هذا تمام الكلام في القول الاول.

الثاني عدم جواز بيع المكييل وزنا و عكسه مطلقا

بتقريب ان المستفاد من روايه سماعه «١» ان ما يوزن لا بد ان يباع بالوزن و ما يوكل بالكيل و فيه ان الظاهر منها عدم موضوعيه بيع المكييل بالكيل و كذلك الموزون بالوزن و بعبارة أخرى- ان الحكم في عدم جواز التقدير بغير ما يتعارف به التقدير ليس حكما تعديا بل انه يكون من باب الطريقيه بأن يكون مقدار المبيع معيناً حتى لا يكون البيع جزافياً- فعليه اذا كان في بيع المكييل وزنا او في عكسه مقدار المبيع معلوما بحيث لا يكون بيعه جزافاً لا يبعد عدم شمول منع الروايات له.

الثالث - جواز بيع المكييل وزنا دون العكس

لان الوزن اصل الكيل و أضبط عنه و انما عدل اليه في المكييلات تسهيلاً للأمر.

و يرد عليه انه ان كان المدار ارتفاع الغرر فيمكن رفعه بلا- وزن و لا كيل و ان كان من باب التعبد ففيه انه خلاف ظاهر روايه السماعه فان المستفاد منها عدم جواز بيع المكييل وزنا.

نعم قد ذكرنا انه لا موضوعيه للوزن بما هو وزن بل الوزن طريق الى العلم بالمقدار الخارجى فلو حصل العلم بطريق كفى كما هو ظاهر مما ذكر ان وزن الكيل

(١) - الوسائل، الجزء (١٢) الباب (٥) من ابواب عقد البيع و شروطه، الحديث (٧).

بما هو بلا أن يكون الوزن طريقا الى الكيل و كذلك كيل الوزن بما هو بلا كونه طريقا الى الوزن لا يصحح و لا يمكن الالتزام بالجواز فانه جزاف و منهى عنه.

الرابع – ان يجعل كل من الكيل و الوزن طريقا الى الاخر مع التفاوت لكن بمقدار يتسامح فيه عرفا

اذ لا يعد مثله جزافا فيجوز.

و ربما يستدل على ذلك بما رواه عبد الملك بن عمرو قال: قلت: لأبي عبد الله (ع): اشترى مائة روايه من زيت فاعترض روايه او اثنتين فأتزنها ثم أخذ سايره على قدر ذلك قال: لا بأس «١» لكن الروايه ضعيفه السند الا ان اثبات المرام فى المقام لا يحتاج الى الروايه اذ الميزان فى الصحه عدم صدق الجزاف و مع التسامح العرفى لا- يصدق الجزاف و لا- فرق فى جوازه بين صورته التعذر و عدمه لعين الملاك.

و ربما يقال: بانه يستفاد من الروايه الوارده فى الجواز اختصاص الجواز بصوره التعذر و هى ما رواه ابن مسكان عن ابي عبد الله (ع) انه سئل عن الجوز لا نستطيع ان نعهه فيكال بمكيال ثم يعد ما فيه ثم يكال ما بقى على حساب

ذلك العدد قال:

لا بأس به «٢».

لكن الانصاف انه لا- يستفاد من الروايه و لو بمقتضى التقرير اختصاص الجواز بصوره التعذر، بل يفهم منها ان للعد طريقين احدهما الكيل بهذا النحو و ان ابيت عن ذلك فلا أقل من عدم دلالتها على عدم الجواز عند عدم التعذر فيكفى على طبق القاعده.

الخامس - ان يتفاوت احد التقديرين عن الاخر بما لا يتسامح فيه

افاد الشيخ

(١)- الوسائل المجلد ١٢ باب ٥ من ابواب عقد البيع و شروطه، الحديث (١).

(٢)- الوسائل الجزء (١٢) الباب (٧) من ابواب عقد البيع و شروطه، الحديث (١).

دراساتنا من الفقه الجعفري، ج ٣، ص: ٣٤٣

بأنه لا بأس به ان كان البناء المعاملى على ذلك المقدار بحيث يكون التقدير اماره و طريقا الى الحد المعين.

و الظاهر ان ما افاده صحيح، اذ الميزان فى الفساد تحقق الجراف و التقدير بهذا النحو يخرج العقد عن كونه جزافا نظير البيع بالمشاهده غايته لو لم يكن بهذا الحد يثبت الخيار للمشتري و عليه لنا أن نقول: بانه يجوز بيع صبره من الحنطه مردده بين كونها مائه من او الف من و يجوز بيعها بعنوان كل من منها بكذا فانه يخرج عن الجزافيه.

فانقذح مما ذكرنا انه لا يجوز الجراف فى المكيل و الموزون و المعدود و انه يجوز بيع كل منها بالآخر فيما يكون طريقا و لم يتفاوت بما لا يتسامح فيه و اما جعله اصاله فلا يجوز حتى فيما يجعل الوزن طريقا للعدو كون الوزن اصلا له لا يفيد كما مر.

ثم انه وقع الكلام بين الاعلام فى تعيين ما هو المكيل و الموزون و لا- يخفى انه ليس هذا خلافا فى هذين المفهومين بل المقصود ان الحكم تابع لموضوعه كبقية الاحكام ففى كل مورد تحقق الموضوع ترتب عليه الحكم و الا

فلا- او ان الميزان على زمان النَّبِيِّ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَ آله اولا و حكم الباقي في البلد ان ما هو المتعارف فيها ثانيا و بما يكون من احدهما في كل بلده ثالثا.

فقد نسب صاحب الحدائق هذا المعنى الى الاصحاب و انكره صاحب الجواهر، و يكون الشيخ في مقام اثبات ما ادعاه صاحب الحدائق و اطال في المقام بما لعله يوجب الملل مع ان هذه التطويلات لا تثمر و لا تغنى كما هو ظاهر فان كلمات العلماء ان حصل منها الاجماع التعبدي الكاشف فهو و إلا فأى فائده في استقصائها و نقلها.

و كيف كان الحق في المقام ان يقال: ان مدرك الحكم ان كان حديث نفى الغرر فلا بد من لحاظ تحققه و عدمه و ان كان الميزان كون الشئ ء مكيلا- او موزونا او معدودا كما هو ظاهر من تلك الروايات الخاصه المشار اليها فلا بد من تحقق هذه العناوين

دراساتنا من الفقه الجعفرى، ج ٣، ص: ٣٤٤

ففى كل مورد تحقق يترتب عليه الحكم و الا فلا كبقية القضايا الحقيقه فهل يمكن ان يقول احد: بأن حرمه المسكر تختص بما كان مسكرا فى زمن الرسول صلى الله عليه و آله و سلم بحيث لو وجد مسكر جديد بحسب الصنائه لا يحكم عليه بالجرمه؟

او لو كان الشئ ء الفلانى مسكرا فى زمنه و فى هذا العصر لا يكون مسكرا فان آثار الاشياء تختلف باختلاف الأزمان فيمكن ان يقال: بانه حرام مع انه ليس بمسكر و الظاهر انه خلاف الصنائه العلميه.

و المقام كذلك فانه فى كل مورد يكون الشئ ء مكيلا او موزونا او معدودا لا يجوز بيعه جزافا و لو لم يكن فى زمن النَّبِيِّ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَ آله

كذلك بان كان و لم يكن بهذا الوصف او لم يكن اصلا، كما انه لو كان شىء في زمانه من الموزونات و في هذا الزمان لا يعتبر فيه الوزن بل اعتبر فيه الكيل اولا يعتبر فيه شىء من المقادير فالمتبع هو الموضوع الفعلى و هذا امر واضح لا يكاد يخفى لمن تأمل في امثال المقام

و ما استدل به او يمكن ان يستدل بأن الميزان بما كان موزونا في زمن النبى صلى الله عليه و آله وجوه.

الاول الاجماع

و فيه ان المحصل منه غير حاصل و المنقول منه ليس بحجه و على فرض حصوله لا يكون حجه لكونه معلوم المدرك و لا أقل من محتمله مضافا الى انه ليس فى المقام اجماع اصلا نعم ادعى عدم الخلاف فى المسأله و الفرق بينهما واضح.

الثانى - ان المراد بالعناوين المصداق الموجود فى زمن المتكلم.

و فيه- ان ذلك انما يكون اذا كان الاحكام من قبيل القضايا الخارجيه و اما اذا كانت من قبيل القضايا الحقيقيه ينافى ان يكون الميزان ما هو فى عصر المتكلم بل الحكم تابع لتحقق موضوعه فإى وقت يوجد يتبعه الحكم.

الثالث - انه يلزم حمل اللفظ على المعنى المتعارف عند الشارع

للزوم اخذ

دراساتنا من الفقه الجعفرى، ج ٣، ص: ٣٤٥

الموضوع من الشارع كأخذ الحكم عنه.

و فيه- ان الموضوع العرفى لا بد ان يؤخذ من العرف و ليس الموضوع من الماهيات المخترعه الشرعيه كى يلزم اخذ حدودها من الشرع- و اما فيما لم يثبت كونه منه فالميزان بما اتفق عليه البلدان و ما يمكن ان يستدل باعتماره امور.

الاول الاجماع- و فيه ما مر منا مرارا.

الثانى- ان الحقيقيه العرفيه لا- بد أن تؤخذ من العرف و فيه انه مسلم أيضا فان المفاهيم تؤخذ من العرف لكن لا يثبت بهذا المدعى فان الحكم تابع للموضوع العرفى ففى كل مورد تحقق الموضوع العرفى يترتب عليه حكمه.

الثالث- استدل بمقطوعه ابن هاشم عن رجاله ذكره فى حديث طويل قال:

و لا- ينظر فيما يكال و يوزن الا الى العامه و لا يؤخذ فيه بالخاصه فان كان قوم يكيلون اللحم و يكيلون الجوز فلا يعتبر بهم لان

اصل اللحم ان يوزن و اصل الجوز ان يعد « ١ »

و فيها اولاً انه لا اعتبار بسننها و ثانياً في دلالتها لأنه لا يستفاد منها ما اريد فانه يستفاد من الروايه انه لا بد من لحاظ الاصل و عليه لو بيع اللحم عند المعامله بالكيل لا يجوز لان الاصل في اللحم الوزن و الميزان في كون شىء موزوناً او مكيلاً او معدوداً المكان الذى يتعاملان فيه فانه مقتضى كون القضييه حقيقيه فلو عقدا في بريه ليس لها اهل فالظاهر

ان الحكم تابع لنظر المتعاملين و لو اختلفا فلا- يصدق على مورد العقد احد العنوانين فلا- يشترط فيه شىء و لكن مقتضى الاحتياط ان يتعاملا بنحو المصالحة او الهبه المعوضه و اما بنحو البيع المعاطاتي كما فى بعض الكلمات فغير سديد لان المعاطات كالبيع العقدى نوع من البيع و يشترط فيه ما يشترط فى البيع

مسئله قوله:

لو اخبر البائع بمقدار المبيع جاز الاعتماد عليه على المشهور «٢».

(١)- الوسائل جلد ١٢ الباب ٦ من ابواب الربا الحديث ٦.

(٢)- المكاسب الصفحه ١٩٤ السطر (١٠)

دراساتنا من الفقه الجعفرى، ج ٣، ص: ٣٤٦

اقول يجوز بيع الموزون و غيره باخبار البائع بالمقدار و هذا الحكم على القاعده لان المانع اما الغرر و اما الجراف و الظاهر انه يرفع عنوان الغرر و الجراف بان يخبر البائع و يقع المبيع على ذلك العنوان و اما روايه الحلبي عن ابى عبد الله عليه السلام انه قال فى رجل اشترى من رجل طعاما عدلا بكييل معلوم و ان صاحبه قال للمشتري:

ابتع منى من هذا العدل الاخر بغير كيل فان فيه مثل ما فى الاخر الذى ابتعت قال:

لا- يصلح إلا بكييل و قال: و ما كان من طعام سميت فيه كيلا فانه لا يصلح مجازفه هذا مما يكره من بيع الطعام «١» فاما تحمل على ما اذا أخبر البائع بالمقدار حدسا و اما على مورد لا يقع البيع على ذلك العنوان المعين بل يقع جزافا.

و اما يقيد بروايه محمد ابن حمران قال: قلت لأبى عبد الله (ع): اشترينا طعاما فرعم صاحبه انه كاله فصدقناه و اخذناه بكييله فقال: لا بأس فقلت: أ يجوز ان أبيعته كما اشتريته بغير كيل قال: لا أما انت فلا تبعه حتى تكييله

فان هذه الروايه تدل على الجواز فيما كاله البائع فيقيد روايه الحلبي بهذه الروايه بأن نقول فى صورته اخبار البائع بالمقدار مستندا بالتقدير الحسى يجوز الاعتماد بقوله.

مضافا بانه لو وقع التعارض بين الروايتين يكون الترجيح مع روايه الجواز لموافقته مع الكتاب اذفى الى ذلك كله ان الروايه الحلبي ناقشنا فيها من جهه الدلاله من حيث انها بواسطه وقوع كلمه (هذا مما يكره) فتكون مجمله و غير قابله للاعتماد عليها.

فتحصل انه لا مانع من ايقاع البيع على العنوان فانه لو باع الحنطه بعنوان كل من بكذا فلا يكون جزافا لكن لا يبعد ان يستفاد من موثقه سماعه عدم الجواز إلا مع

(١)- الوسائل ج ١٢ حديث ٢ من باب ٤ من ابواب عقد البيع و شروطه.

(٢)- الوسائل ج ١٢ حديث ٤ من باب ٥ من ابواب عقد البيع و شروطه.

دراساتنا من الفقه الجعفرى، ج ٣، ص: ٣٤٧

العلم بالوزن حيث قال سألته عن شراء الطعام و ما يكال و يوزن هل يصلح شرائه بغير كيل و لا وزن فقال: اما ان تأتى رجلا فى طعام قد كيل و وزن تشتري منه مرابحه فلا بأس ان اشتريته منه و لم تكله و لم تنزه اذا كان المشتري الاول قد أخذه بكيل او وزن و قلت له عند البيع: انى اربحك كذا و كذا و قد رضيت بكيلك و وزنك فلا بأس «١»

بتقريب ان يقال بمقتضى مفهوم الشرط: انه لو كان موزونا يجوز الا-شراء بلا وزن و الا لم يجز باى نحو كان حتى فى صورته التقدير بان يشتري كل من بكذا، لكن لا- يبعد ان يكون الجواب ناظرا الى سؤال السائل حيث سئل عن الا-شراء بلا وزن اى الا-شراء جزافا؟

فأجاب (ع) بانه فى صورته عدم الوزن عند الاشرء لا يجوز و بعباره اخرى لا يبعد ان لا يكون الروايه ناظره الى صورته التقدير بان يباع كل من بكذا فلاحظ.

ثم انه لو باع مستندا باخبار البائع عشره امان فمع عدم التخلف لا يترتب عليه شىء كما هو واضح و اما مع التخلف فاما يكون بالنقيصه و اما بالزياده اما مع النقيصه فالبيع صحيح فان هذا التخلف ليس كتخلف العناوين النوعيه العرفيه فلا وجه للبطلان و على الصحه هل يكون العقد لازما او جائزا؟

الحق هو الثانى اذ القصد تعلق باشرء العشره و ما وقع عليه القصد ناقص فيكون للمشرى الخيار لكن هذا الخيار اى قسم من الخيار خيار الغبن او خيار تخلف الوصف و هو تخلف شىء يكون وجوده و عدمه دخيلا فى مقدار الثمن و عليه لا يكون فى المقام تخلف الوصف اذ كل من له قيمته معينه كالكتابه فى العبد فانها تؤثر وجودا و عدما فى قيمه العبد او خيار تبعض الصفقه اما خيار الغبن فليس اذ المفروض انه لم يغبن و أيضا ليس خيار تخلف الوصف لما ذكرنا.

و اما خيار تبعض الصفقه فموجود فله ان يرد المبيع و له ان يمسك و يرد الزائد

(١)- الوسائل ج ١٢ باب ٥ من ابواب عقد البيع و شروطه الحديث (٧)

دراساتنا من الفقه الجعفرى، ج ٣، ص: ٣٤٨

من الثمن هذا فى طرف النقيصه.

و اما لو زاد فيمكن القول بالخيار للمشرى للاشترءك و اما البائع فلو اشترء ان المبيع يبقى على حالته الاولى فطبعاً يثبت له الخيار و الا فلا لكن تحقق هذا الشرط من قبل البائع محل اشكال و بعيد عن الانظار.

ثم ان الحكم فيما يجعل طريقا الى

المقدار كما يجعل أحد المقادير طريقا للمقدار الاخر كاخبار البائع بالمقدار فى الآثار و الاحكام فانه يحكم بالصحة و بثبوت خيار تبعض الصفقه.

ثم انه هل يلزم حصول الظن من الطريق أم لا مقتضى روايه «١» ابى العطار د لزوم حصول الوثوق من الطرق لكن الروايه ضعيفه السند.

و مقتضى روايه «٢» ابن حمران قال قلت لأبى عبد الله اشترينا طعاما فزعم صاحبه انه كاله فصدقناه و أخذناه بكيه فقال لا بأس عدم لزوم حصول الظن بل البناء على قوله يكفى فلا وجه لاعتبار حصول الظن و لو نوعيا مضافا الى ذلك فان الظن لا يغنى من الحق شيئا فلو قام دليل على جواز الاعتماد لقول البائع فالمتبع اطلاقه و مع عدم الدلاله لو قلنا بان العقد على المقدار يوجب الصحة كما هو قريب جدا اذ يخرج بذلك عن كونه جزافا فلا يلزم حصول الظن.

و اما ما أفاده السيد الاستاذ دام ظله فى المقام من عدم الخلاف فى بطلان البيع فيما يكون جاهلا بالمقدار و تعاقده مبني على المقدار الخاص.

ففيه ان المعاقده مبني على المقدار الخاص لا يصدق عليها الجزاف مع قيام الطريق عليها، و على فرض التشكيك فى كون مثله جزافا فالمرجع اطلاق دليل

(١) - الوسائل، الجزء (١٢) الباب (٥) من ابواب عقد البيع و شروطه، الحديث (٤).

(٢) - الباب (٥) من ابواب عقد البيع و شروطه، الحديث (٤)

دراساتنا من الفقه الجعفرى، ج ٣، ص: ٣٤٩

الصحة. لاستصحاب عدم كونه جزافا لجريان الاصل فى الشبهات المفهوميه على مسلكنا، و التحقيق موكول الى محل آخر.

[الكلام فى بيع بعض من جمله متساويه الاجزاء كصاع من صبره]

اشاره

قوله: (قدس سره) مسأله بيع بعض من جمله متساويه الاجزاء كصاع من صبره مجتمعه الصيعان او متفرقتها او ذراع من كرباس او عبد من عبدين و شبه

ذلك يتصور على وجوه (١)

اقول بيع الصبره يتصور على اقسام.

منها ان يباع بعنوان الكسر المشاع

اشاره

و هذا لا اشكال فيه و انما الكلام فى كيفية الاشتراك افاد الاستاذ فى مسئله بيع نصف الدار بأنه لا يمكن الالتزام فى الاشاعه بأن كل واحد من المالكين يملك مقداراً من المملوك بل لا بد ان يقال بأن المالكين بمنزله المالك الواحد و استدل على ما رامه بوجه.

الوجه الاول ان الجسم و ان كان بحسب البرهان لا يصل الى حد لا يكون قابلاً للتجزيه

و لذا عللوا بأن الجوهر الفرد مما لا يتعقل وجوده و لكن بنظر العرف يصل الى حد لا يكون قابلاً للتقسيم فلو قسم الجسم الى هذا الحد بحيث لا يكون قابلاً للقسمه فنسأل ان هذا الذى لا يكون قابلاً للقسمه ملك لأحدهما المعين او ملك لكليهما او خارج عن ملكهما اما على الاول فيلزم الترجيح بلا مرجح و على الثانى لا يكون قابلاً للقسمه كى يكون مشاعاً بينهما و على الثالث يلزم ان لا يكون ملكاً لهما مع انه ملك لما حسب القواعد كما بقى من مورثهما مثلاً.

و يرد عليه اولاً بالنقض بأن الملك الشخصى لأحد لو انقسم الى حد لا يكون قابلاً للقسمه فلو فرض تقسيمها الى قسمين نسأل من ان كل جزء ملك لمن؟ فانه ان كان ملكاً لملكه فيلزم الخلف اذ المفروض ان نصفه ليس قابلاً للملوكيه و ان قلنا انه بلا مالك فهو كما ترى.

(١) - المكاسب الصفحه (١٩٥) السطر (٤).

دراساتنا من الفقه الجعفرى، ج ٣، ص: ٣٥٠

ان قلت: ان هذا فرض و الاحكام الشرعيه ليست دائره مدار الفرض و التقدير بل تكون مدار ما يقع عادة فى الخارج.

قلت على هذا الاصل الاشكال غير وارد لان تقسيم الجسم الى حد لا يكون قابلاً للقسمه كى يتوجه هذا الاشكال أمر فرضى لا واقع له فان كان مجرد الفرض يكفى للإشكال فالنقض وارد و ان لم

يكف فيه فالاشكال غير وارد هذا اولاً.

و ثانياً ان الجزء الذى لا يتجزى عرفاً اما يقسم بالقسمه الخارجيه و اما يقسم بالقسمه الوهميه و على الاول اما يصير تالفاً بالقسمه و اما لا يصدق عليه التالف اما على فرض التلف فلا موضوع للسؤال بانه ملك لمن و اما على تقدير عدم صدق التلف فاعم من ان يقسم خارجاً او وهما نجيب بان الجزء غير القابل للتجزيه لا ملك لهذا و لا ملك لآخر و لا ملك للثالث و لا ملك بلا مالك بل جزء لمملوكهما و هذا هو الجواب الصحيح فالاشكال غير وارد.

الوجه الثانى - ان الورثه لو كانوا بعد لا يكون سهم كل واحد منهم ذا مالیه

فهذا المال الباقي من الميت يكون بلا مالك فلو أتلّفه الغاصب لم يضمن لان حصه كل واحد لا تقابل بالمال.

و يرد عليه - اولاً - انه مجرد فرض و لا واقع له فى الخارج.

و ثانياً - ينتقض بما لو أتلّف صبره حنطه من زيد غايه الامر حبه حبه ففى اتلاف كل حبه لا يصدق اتلاف مال الغير فما يكون الجواب هناك هو الجواب فى المقام أيضاً.

و ثالثاً - انه فى مفروض الكلام يصدق ان الغاصب أتلّف هذا المال فكما ان اعتبار الملكيه للشريكين او الشركاء كان صحيحاً بالنسبه الى اصل العين كذلك يصح اعتبار الملكيه لهم بالنسبه الى بدله كما هو ظاهر.

الوجه الثالث - انه يمكن ان تصل القسمه الى حد لا يكون قابلاً لصدق الملكيه

فلو فرض كثره الورثه بحيث وصلت القسمه الى حد لا يكون قابلاً لاعتبار الملكيه فنسأل

دراساتنا من الفقه الجعفرى، ج ٣، ص: ٣٥١

من ان هذا الملك مملوك لمن؟

و فيه اولاً ينتقض بملك واحد لشخص واحد لو قسم حتى وصل الى هذا الحد فهو مملوك لمن.

و ثانياً ان هذا مجرد فرض و تقدير.

و ثالثاً ان الشئ يكون قابلاً لاعتبار الملكيه و باقياً فى الملك و لو وصل الى غايه حد الخسه و لذا لو فرض ان زيدا لا يرضى ان يتصرف احد فى مملوكه حتى فى عود واحد من الكبريت بعد الاستعمال و احتراق مقدار منه لا يجوز التصرف فى ذلك العود و هذا معنى اعتبار الملكيه.

الوجه الرابع – انه لا يتصور الاشاعه بمعنى المشهور فى البسائط اصلا

كحق التحجير او بالنسبه الى الافعال كما فى ملكيه الصلاه فى ذمه الاجير. و فيه ان البسائط لا تكون قابله للقسمه الخارجيه و اما القسمه الاعتباريه فلا محذور فيها فاي محذور فى اشتراك شخصين على نحو الاشاعه بالمعنى المشهور بالنسبه الى حق او فعل.

فانقدح مما ذكرنا عدم توجه هذه المحاذير مضافا الى ان القول بمقاله الاستاذ يوجه عليه ان احد الشريكين لو باع حصته من الدار فهذا البيع صحيح او باطل فان كان صحيحا يثبت المطلوب لأنه مالک للنصف و على مقالته كيف يمكن الالتزام بالصحه و الحال انه ليس مالكا. و على القول بالبطلان يلزم خلاف البدهاهه الفقيهيه بل يلزم خلاف القانون المدنى و يلزم سد باب خيار الشفعه.

و مما ذكرنا يظهر ان القول بان الاشتراك معناه كون كل واحد من المالكين مالكا لتمام العين غايه الامر بالملكيه الضعفه فاسد لأنه يرد عليه اولاً انه لا مقتضى لكونه مالكا لتمام المال و ثانياً نسال بانه لو باع حصته يجوز البيع

بلا اجازة الشريك الاخرام لا؟ فعلى القول بالجواز نسأل من مقتضى الجواز فان الملكيه الضعيفه ان كانت مقتضيه له يلزم جواز بيع جميع المال و ان لم تكن مقتضيه يلزم فساد حتى بالنسبه الى النصف فعلى كل تقدير يتوجه الاشكال و هذا القول فى غاية السقوط

دراساتنا من الفقه الجعفرى، ج ٣، ص: ٣٥٢

و السخافه.

و ملخص الكلام- ان بيع صاع من صبره يتصور على وجوه منها ان يقصد الاشاعه و الظاهر انه لا اشكال فى صحته بلا فرق بين العلم بمقدار الصبره و عدمه و أيضا لا- فرق بين اختلاف جنس الا-صوع من حيث اجزائها و اتحادها فلا وجه لما افاده الشيخ قدس سره فى صدر العنوان بقوله: متساويه الا-جزاء و أيضا لا- فرق بين ان يباع الكسر من الصبره و بين ان يباع النصف من العبدین.

و نقل عن العلامة الاشكال فى بيع عبد من عبدین و يمكن ان يكون نظره فى الاشكال الى مقام الاثبات بان عبدا من عبدین لا يكون ظاهرا فى الاشاعه.

و فيه ان الكلام فى مقام الثبوت لا- فى مقام الاثبات و الحكايه و الظهور و بعبارة اخرى يمكن ان يكون ناظرا الى انه يلزم ان يصرح بمتعلق القصد كما يلزم التصريح بالصيغه. و اما لو قلنا بكفايه القصد و لا يلزم التلفظ به فضلا عن التصريح به فلا وجه للإشكال.

و كيف كان تاره يقصد الاشاعه و قد قلنا: بصحة هذه الصورة.

و منها ان يقصد الفرد المردد

و هذا يتصور على نحوين.

احدهما ان يكون فى الواقع معلوما لكن مجهول عند المتعاملين بحيث لا- يلزم الغرر كما لو كان له ثلاثه كتب متساويه باع مجلدين منها و بقى واحد فيبيعه و لا شبهه فى صحه هذا البيع.

و لا يرد

عليه انه غررى فان مجرد الجهل لا يوجب الغرر و أيضا لا يكون الجهل موجبا للبطلان لعدم الدليل عليه و الاجماع على فرض تحققة مدركى و كون الابهام موجبا للبطلان لا دليل عليه و أيضا لا يتوجه عليه بان الملك صفة وجوديه يحتاج الى محل فان المفروض ان المبيع له واقع.

ثانيهما- ان يكون مرددا حتى فى الواقع و لا- شبهه فى بطلانه لأنه لا واقع له فالفرد المردد إن كان هو الاول فلا يتوجه عليه ان الملكيه تحتاج الى المحل اذ المفروض

دراساتنا من الفقه الجعفرى، ج ٣، ص: ٣٥٣

ان الواقع محفوظ و ان كان المراد هو الثانى فلا- وجه للإشكال بانه مجهول فانه لا- واقع له لا- انه مجهول فالجمع بين هذين الاشكالين مما لا وجه له.

و منها- ان يبيع صاعا من الصبره بالعنوان الكلى فى المعين

اشاره

و يقع الكلام تاره فى تصويره و اخرى فى صحته.

اما المقام الاول [فى تصويره]

فنقول: انه ليس على نحو الاشاعه لانه البيع لم يقع على الخارج و ليس واقعا على الفرد الواقعى المعلوم و لا على الفرد المجهول المنتشر و أيضا ليس كليا فى الذمه و اشتراط ادائه من الصبره فانه لو تعذر الشرط يلزم صحه البيع و خيار تخلف الشرط و ليس واقعا على الكلى لا- بشرط بحيث يكون قابلا- للانطباق على جميع الصبره فانه يترتب عليه انه لو اتلف المشتري بعد البيع جميع الصبره لا يكون ضامنا للبائع.

و لكن يمكن ان يقال: بان ضمان المشتري لا- يدل على هذا المعنى اذ لو كان البيع واقعا على الكلى و لو فى المعين لا وجه لصيروره جميع الصبره ملكا للمشتري غايه الامر للبائع ان يعطيه فى مقام الاداء تمام الصبره و عليه يكون الصبره الا الصاع منها ملكا للبائع فالضمان على القاعده.

و هنا وجه آخر لبعض الاعاظم و قد ادركنا عصره و هو ان يكون المبيع كليا مضافا الى الخارج فان المفهوم تاره يقيد بمفهوم آخر اضيق فتصير دائرته اضيق من الاول كما لو قيدت الحنطه بكونها ابيض او من مكان خاص و هكذا و اخرى تقيد بمضيق خارجي و ليس معناه انه كلى انحصر فرده فى كذا فان الكلى الذى ينحصر فرده يمكن انطباقه على فرد آخر غايه الامر ليس فى الخارج الا فرد واحد بل الكلى المضاف الى الخارج عباره عن كلى مأخوذ من الخارج.

و اورد على هذا الوجه السيد الاستاذ دام ظله بايرادين.

احدهما انه يلزم ان لا يكون الغاصب ضامنا للمشتري لو اتلف جميع الصبره

دراساتنا من الفقه الجعفرى، ج ٣، ص: ٣٥٤

لان المشتري ليس مالكا من الصبره

شيئا، و الحال ان الكلى فى المعين اذا صار ملكا لأحد يترتب عليه الضمان على المتلف للمالك.

ثانيهما انه لو لم يكن الكلى مضافا الى الذمه و لم يكن من الخارج فلا مالیه له عند العقلاء و ليس مورد غرضهم فلا بد من تصوير الكلى فى المعين بنحو آخر و هو انه يكون كالواجب التخييرى.

و بعبارة أخرى كما ان الواجب التخييرى لا- يكون ملونا بلون مخصوص و لا- يكون الخصوصيات واجبه و مع ذلك لا يكون الواجب خارجا عن تلك الافراد كذلك المبيع اى يكون المشتري بعد البيع مالكا لصاع من جملة الاصوع غايه الامر ليس مملوكه شخصا بخصوصيته هذا ملخص كلامه.

و يرد عليه ان ما اورده اولاً- بان الغاصب لو اتلف يلزم ان لا يكون ضامنا نسأل بانه مع فرض كون المبيع مضافا الى الخارج فای وجه فى عدم الضمان و ما الفرق بين ان يضاف الكلى الى الذمه و بين ان يضاف الى الخارج و بما ذكر ظهر دفع الاشكال الثانى كما هو ظاهر.

و لتوضيح الحال نقول: لا بد من تشريح الاضافه الى ما فى الخارج فانه لو لم يكن مضافا الى الذمه كما هو المفروض و لم يكن الاداء من الخارج شرطا و لا يكون بنحو الاشاعه و لا بنحو الفرد المنتشر فما معنى الاضافه الى الخارج.

و بعبارة اخرى لا- نتعقل معنى للإضافه يغاير المعنى الذى تصوره بنفسه و جعله معنى صحيحا فان البيان مختلف و الالفاظ متفاوتة فالحق ان ما افاده بعض مشايخ الاستاذ و هو الصحيح فى هذا المقام هذا تحقيق الحال فى المقام الاول.

و اما المقام الثانى [فى صحته]

فالحق جواز بيعه بهذا النحو و ما يمكن ان يقال فى وجه الفساد امور منها انه

غررى.

و فيه اولاً- لا دليل على بطلان الغرر كما مر تحقيقه. و ثانياً يمكن ان لا يكون

دراساتنا من الفقه الجعفرى، ج ٣، ص: ٣٥٥

غررى كما مر آنفاً فى القسم الثانى فانه مع كون الاجزاء متساويه الاجزاء لا يتصور الغرر اصلاً مضافاً بان الغرر عبارته عن الخطر و لو فرض انه على جميع التقادير لا يكون متضرراً من هذه المعامله بل يكون رابحاً فلا موضوع للغرر.

و منها انه يكون مبهماً.

و فيه- ان الابهام لا- يكون موجبا للفساد على اطلاقه و بعبارته اخرى ما المراد من الابهام فانه لو كان المراد من الابهام الابهام الواقعى و عدم التعيين بوجه فليس الامر كذلك و ان كان المراد منه بمعنى آخر اى ليس فرداً معيناً خارجياً فعلى المستشكل أن يأتى بدليله الذى يدل على البطلان.

و منها انه غير معهود

فان المعهود من بيع الكلى هو الكلى فى الذمه لا الكلى فى المعين.

و فيه- اولاً- ان عدم المعهوديه لا يوجب الفساد اذا كان موضوعاً لأدله الصحه من العموم و الاطلاقات.

و ثانياً- كيف لا يكون معهوداً مع انه معهود فى الوصيه و الاصداق و اما معهوديته فى خصوص باب البيع فغير لازم.

مضافاً الى ذلك ما ورد فى بيع القصب فانه يدل على المقصود و هو ما رواه محمد بن الحسن باسناده عن الحسن بن محبوب عن على ابن رثاب عن بريد بن معاويه عن أبى عبد الله عليه السّلام فى رجل اشترى من رجل عشرة آلاف طن قصب فى انبار بعضه على بعض من اجمه واحده و الانبار فيه ثلاثون الف طن فقال البائع: قد بعتهك من هذا القصب عشرة آلاف طن فقال المشتري: قد قبلت و اشتريت و رضيت فاعطاه من ثمنه الف درهم و وكل المشتري من يقبضه فاصبحوا و قد وقع النار فى القصب فاحترق منه عشرون الف طن و بقى عشرة آلاف طن فقال: العشره آلاف طن التى

دراساتنا من الفقه الجعفرى، ج ٣، ص: ٣٥٦

بقيت هى للمشتري و العشرون التى احترقت من مال البائع «١».

و منها انهم اتفقوا على حمل استثناء الارطال من بيع الثمره على الاشاعه.

و فيه انه يمكن ان يكون وجه ذهابهم اليه استظهارهم من الكلام و من مقام الاثبات او بلحاظ تعبد خاص و الكلام فى المقام انه مع وقوع البيع على هذا النحو يكون العقد صحيحا و ليس البحث فيما يستفاد من الكلام فى مقام الاثبات.

قوله: مسأله لو باع صاعا من صبره فهل ينزل على الوجه الاول من الوجوه الثلاثه المتقدمه أعنى الكسر المشاع او على الوجه الثالث و هو الكلى «٢».

اقول: لو باع صاعا من صبره هل يحمل على

الاشاعه بنحو الكسر المشاع او ينزل على الكلى فى المعين الظاهر هو الثانى فان الظاهر ان الصاع بما هو عنوان للمبيع لا انه عنوان للكسر و يدل على المقصود حديث ابن معاويه المتقدم آنفا حيث انه عليه السلام لم يفصل فى الجواب، بل اجاب على نحو الاطلاق بان الباقي للمشتري، فيعلم ان مقتضى اللفظ لو لا القرينه الخارجيه هو الكلى فى المعين.

ان قلت ان حمل الامام (ع) بيع القصب على الكلى فى المعين انما هو بالتعبد فلا يمكن التعدى الى غيره.

قلت ان حمله على ذلك انما هو بلحاظ كون اللفظ ظاهرا فيه كما هو واضح و ليس من باب التعبد كما هو أوضح من أن يخفى و ملاحظه الروايه و التأمل فى مجموعها شاهد صدق فلاحظ و تأمل.

ان قلت ان لفظه من فى هذه الجملة للتبعيض فتكون الجملة بملاحظتها ظاهره فى كون الصاع مبيعا على نحو الاشاعه، قلت الصبره اسم للمجموع و الصاع الكلى

(١)- الوسائل الجزء (١٢) الباب (١٩) من ابواب عقد البيع و شروطه، الحديث (١).

(٢)- المكاسب ص ١٩٦ السطر (٢٢).

دراساتنا من الفقه الجعفرى، ج ٣، ص: ٣٥٧

جزء من مجموع الصبره و بعبارة أخرى كما ان الكسر المشاع جزء من الصبره، كذلك الصاع الكلى جزء منها.

قمى، سيد تقى طباطبايى، دراساتنا من الفقه الجعفرى، ٢ جلد، مطبعه الخيام، قم - ايران، اول، ١٤٠٠ هـ ق دراساتنا من الفقه الجعفرى؛ ج ٣، ص: ٣٥٧

و أفاد السيد الاستاذ دام بقائه بأنه لو حمل على الكسر المشاع مثلا يكون كل من الشريكين مالكا لكل على نحو الاشاعه و بما ان الشريكين بمنزله المالك الواحد يكون بيع صبره من الصاع على هذا بيع جميع الصبره و هو خلاف المفروض لان المفروض

عدم بيع جميع الصبره.

و يرد عليه انه على تسليم صحه مبنى الاشاعه لا يمكن المساعدة مع الاستاذ بجريان هذا البيان فى جميع موارد الشركه فيلزم جواز بيع كل شريك جميع المال المشترك و هو بنفسه لا يرضى بهذا اللازم.

[يتفرع على المختار من كون المبيع كليا أمور]

اشاره

قوله: ثم انه يتفرع على المختار من كون المبيع كليا أمور... «١»

اقول: ان الثمرات بين القولين كثيره.

منها انه اذا فرض كون المبيع على نحو الكلى فى المعين يكون التعيين بيد البائع فليس للمشتري اقتراح الخصوصيه على البائع

خلافا للمحقق القمى فانه يقول: بان الاختيار فى التعيين بيد المشتري. و اما اذا فرض كونه على نحو الكسر المشاع فللمشتري ان لا يرضى بتعيين البائع فان رضاهما شرط فى المقام فيحتاج القسمة الى التراضى.

و منها انه لو تلف بعض الصبره وبقى مقدار حق المشتري فعلى تقدير كون المبيع كليا يكون التلف من البائع

و اما على تقدير كونه بنحو الاشاعه فيحسب التالف عليهما و يقسم الباقي بينهما.

و منها انه ما لو فرض ان البائع بعد ما باع صاعا من الصبره باع من شخص آخر صاعا كليا آخر فتلف الجميع بالتلف السماوى الا صاعا واحدا

فاذا قلنا: بكون

(١) - المكاسب ص ١٩٦ السطر (٣١).

دراساتنا من الفقه الجعفرى، ج ٣، ص: ٣٥٨

المبيع على نحو الكسر المشاع فالضرر متوجه على كليهما اى على المشتري الاول و الثانى.

و اما اذا قلنا: بكونه كليا فى المعين فهل الضرر متوجه على المشتري الثانى فقط او يشتركان؟ اختار الشيخ قدس سره و تبعه الميرزا بان الضرر متوجه الى الثانى.

و افاد الشيخ بأن الظاهر انه اذا بقى صاع واحد كان للأول لان الكلى المبيع ثانيا انما هو فى مال البائع و هو ما عدا الصاع من الصبره فاذا تلف ما عدا الصاع فقد تلف جميع ما كان الكلى فيه ساريا فقد تلف المبيع الثانى قبل القبض فهو من مال بايعه.

و يرد عليه- انه لا- وجه لتوجه الضرر على غير المشتري الاول و لا- وجه لسريان الكلى فى مال البائع فلا وجه لترجيح الاول و مقتضى القاعده انه لو بقى صاع يكون مشتركا بينهما لعدم خصوصيه لأحدهما افاد المرزا (ره) بان قانون التراحم يقتضى ذلك فان الترجيح للأسبق زمانا فكما ان هناك يقدم اسبق زمانا كذلك فى المقام فيقدم المشتري الاول على الثانى.

و يرد عليه أن التراحم تاره يقع بين الشئيين حدوثا و اخرى بقاء فان تقديم الاسبق انما يكون فيما يقع التراحم فيه فى الحدوث كما لو وقع التراحم بين الصوم الواقع فى اول الشهر و الصوم الواقع فى آخره فانه لا- شبهه فى تقديم صوم اول الشهر لتماميه موضوعه بخلاف صوم آخر الشهر فان التكليف المتوجه اليه غير فعلى من جهه موضوعه و اما فى المقام فلا تراحم بينهما فى الحدوث بل التراحم فى

البقاء و القاعده تقتضى التقسيم بينهما غايه الامر يثبت لكل منهما خيار تبعض الصفقه.

ان قلت: ان المقام يكون نظير ما اذا و كل المالك احدا لبيع داره مثلا و باعها بنفسه من آخر فانه يكون كل من العقدين باطلا فيكون المقام كذلك.

دراساتنا من الفقه الجعفرى، ج ٣، ص: ٣٥٩

قلت: ان بطلان المعاملتين فى الدار انما هو لعدم قابليه بيع دار واحده من شخصين على نحو الاستقلال و صحه احدهما بدون الاخر ترجيح بلا مرجح فتكون المعاملتان باطلتين قهرا، و هذا بخلاف المقام، و المفروض أن المعامله وقعت فى كلا الموردین و بعباره اخرى التزاحم هناك فى الحدوث و فى المقام يكون التزاحم فى البقاء.

[صور إقباض الكلى]

قوله: قدس سره ثم اعلم ان المبيع انما يبقى كليا ما لم يقبض و اما اذا قبض فان قبض منفردا عما عداه كان مختصا بالمشتري.

و ان قبض فى ضمن الباقي بان أقبضه البائع مجموع الصبره فيكون بعضه وفاء و الباقي امانه حصلت الشركه لحصول ماله فى يده و عدم توقفه على تعيين و اقباض حتى يخرج التالف عن قابليه تملك المشتري له فعلا و ينحصر حقه فى الباقي فحينئذ حساب التالف على البائع دون المشتري ترجيح بلا مرجح فيحسب عليهما «١».

و يرد عليه انه لا وجه لما افاده فانه يترتب على الاقباض آثار القبض بانه لو تلف جميع الصبره يكون من تلف المبيع بعد القبض و اما الشركه فلا وجه لها.

(١) - المكاسب ص ١٩٧ السطر (٦).

دراساتنا من الفقه الجعفرى، ج ٣، ص: ٣٦٠

التحقيق فى وجه الفرق بين مسأله بيع صاع من صبره و مسأله استثناء

اشاره

قوله: ره (هذا كله لا اشكال فيه و انما الاشكال فى انهم ذكروا فيما لو باع ثمره شجرات و استثنى منها ارطالا معلومه) «١».

اقول قد بينا آنفا انه لو بيع صاع من صبره يحمل الصاع على الكلى فى المعين دون الكسر المشاع. و ربما يسئل فى المقام عن

الفرق بين هذه المسأله التي حملها المشهور على كونه كليا فى المعين و بين ما لو بيعت ثمره اشجار و استثنى منها ابطال معلومه فانهم ذهبوا فى مسئله الاستثناء الى حمل الابطال على الاشاعه كما هو ظاهر فتاويهم حيث افتوا بانه لو خاست الثمره او تلف بعضها سقط من المستثنى بحسابه.

و لكنهم قالوا فى المقام بظهور الصاع فى الكلى فى المعين و عليه لو تلف المبيع

(١)- المكاسب ص ١٩٧ السطر (٣١).

دراساتنا من الفقه الجعفرى، ج ٣، ص: ٣٦١

لا يحسب على المشتري لكونه مالكا للكلى فان الكلى

باق ببقاء الصبره فحكم البائع فى مسئله الاستثناء كحكم المشتري فى مسئله صاع من الصبره و اذا حمل الصاع على الكلى فى المعين فلا بد ان يقال به فى مسئله الاستثناء أيضا فما كان حكمه على نحو الاشاعه كما قالوا بها فى مسئله الاستثناء فلا بد ان يقال بمثله فى مسئله بيع صاع من الصبره أيضا بان يحمل الصاع على الاشاعه هذا تقريبا السؤال و الاشكال.

و ما قيل: او يمكن ان يقال فى دفع الاشكال وجوه:

الوجه الاول ان مقتضى القاعده فى كلتا المسألتين هى الاشاعه

الا انهم حملوا مسئله بيع الصاع من الصبره على الكلى فى المعين للنص الوارد فى خصوص المقام.

و هى صحيحه البريد بن معاويه عن أبى عبد الله (ع) فى رجل اشترى من رجل عشره آلاف طن قصب فى انبار بعضه على بعض من اجمه واحده و الانبار فيه ثلاثون الف طن فقال البائع قد بعثك من هذا القصب عشره آلاف طن فقال المشتري قد قبلت و اشتريت و رضيت فاعطاه من ثمنه الف درهم و وكل المشتري من يقبضه فاصبحوا و قد وقع النار فى القصب فاحترق منه عشرون الف طن و بقى عشره آلاف طن فقال العشره آلاف طن التى بقيت هى للمشتري و العشرون التى احترقت من مال البائع «(١)».

و هذه الروايه كما ترى صريحه فى الكلى فى المعين و حيث ان القصب لا دخل له فى الموضوع قطعنا نقول به فى بيع صاع من الصبره أيضا.

و اورد عليه الشيخ ره بان النص ان استفيد منه حكم القاعده الكليه لزم التعدى عن مورده الى مسئله الاستثناء او بيان الفارق و ان استفيد منه التعبد المحض و انه

(١) - الوسائل، الجزء (١٢) الباب (١٩) من ابواب عقد البيع و شروطه، الحديث (١).

دراساتنا من الفقه الجعفرى، ج ٣، ص: ٣٦٢

على خلاف القاعده

فيجب الاقتصار على مورده و هو بيع القصب و لا يمكن التعدي حتى الى بيع صاع من الصبره.

و فيه انا نعلم بالقطع و الوجد ان عدم الفرق بين مورد القصب و بين ساير موارد البيع بخلاف مسئله الاستثناء فيمكن حمل مسئله بيع الصاع على الكلى فى المعين بالتعبد و لا يمكن التعدي الى مسئله الاستثناء لاحتمال وجود خصوصيه فى تلك المسأله.

و لكنه مع ذلك يرد على القول بالاشاعه اولا انها اذا كانت موافقه للقاعده كما ذكرتم فى المقام فيما ان المتعاملين أيضا قصدا ذلك فهو يقع فى الخارج لكون العقود تابعه للقصود فكيف يحكم بالنحو الكلى فى المعين فمن هذا يكشف عدم كون الاشاعه موافقه للقاعده و الموافق لها انما هى الكلى فى المعين.

و أيضا كيف يجوز للمشتري فى مسئله استثناء الارطال التصرف فى الثمره بلا اذن البائع مع ان مقتضى الشركه عدم الجواز و أيضا باى وجه فرقوا بين التلف السماوى و اتلاف المشتري حيث قالوا بتوجه الخسران عليهما فى الاول و اختصاص الثانى بالمشتري مع ان مقتضى الاشاعه كون الخساره على الشريكين.

و ثانيا أن مقتضى القاعده لو كان الاشاعه فلا بد ان يتوقف جواز تصرف احدهما باذن الاخر و الحال ان الفقهاء ذهبوا الى جواز تصرف البائع فى المستثنى بدون اذن المشتري.

فالتحقيق ان يقال ان التالف يحسب على كليهما سواء كان التلف سماويا او باتلاف المشتري على القول بالكسر المشاع نعم اذا كان المشتري متلفا لها يكون ضامنا للبائع بخلاف ما اذا كان التلف سماويا فان احدهما لا يضمن للاخر.

الوجه الثانى – مما قيل فى دفع الاشكال ان مقتضى القاعده و ان كان هو الكلى فى المعين الا ان الاجماع قام على الحمل على الاشاعه فى مسئله الاستثناء.

دراساتنا من الفقه الجعفرى، ج ٣، ص: ٣٦٣

و فيه اولا انا بينا فى الاصول عدم حجيه الاجماع.

و ثانيا على فرض تسليمها ليس الاجماع بنفسه

حجه بل لكونه كاشفا عن رأى المعصوم و ليس فى المقام كذلك لكونه محتمل المدرك ان اغمضنا عن القطع بكونه معلومه.

و ثالثا انا نفرض ان الاجماع قائم على الحمل على الاشاعه فى مسئله الاستثناء و لكنه يبقى سؤال وجه الفرق بين ما اذا كان التلف سماويا او باتلاف المشتري فاذا كان مقتضى الاجماع هو الحمل على الاشاعه فلا بد ان يحسب التالف على كليهما فى كلتا صورتين و لا وجه للتفصيل بين التلف و الاتلاف كما لا يخفى.

الوجه الثالث: فى وجه الحمل على الكلى فى المعين فى مسئله صاع من صبره و الحمل على الاشاعه فى مسئله الاستثناء

هو انه يجب على البائع اقباض الصاع من المشتري من باب الشرط الضمنى فما دام حق المشتري باقيا فى الصبره يجب عليه دفعه الى المشتري فهذا يدل على ان المبيع كان على النحو الكلى فى المعين بخلاف مسئله الاستثناء فانه لا يجب فيه الاقباض فيحمل الارطال على الاشاعه.

و فيه اولاً- انه ينتقض بمسأله الزكاه التى قالوا فيها بالاشاعه و يحسب التالف على المالك و الفقراء معا مع انه يجب على المالك اقباضه من الفقراء فوجوب الاقباض لا- يكون دليل لإثبات الكلى فى المعين بل ان الاقباض كما يجب فى صورته الكلى فى المعين كذلك يجب فى الاشاعه.

و ثانيا ان القول باختصاص وجوب الاقباض بصوره الكلى فى المعين و عدم وجوبه فى صورته الاشاعه يستلزم الدور.

(توضيحه) ان وجوب الاقباض يتوقف على عدم الاشاعه و اثبات عدم الاشاعه بوجوب الاقباض دورى و الحال ان الخصم قد جعل عدم وجوب الاقباض دليلا على الاشاعه كجعله وجوب الاقباض دليلا على عدم الاشاعه.

دراساتنا من الفقه الجعفرى، ج ٣، ص: ٣٦٤

الوجه الرابع ما عن مفتاح الكرامه فى مقام بيان الفرق بين المسألتين

و هو ان التلف فى مسئله بيع الصاع من الصبره يكون قبل القبض فيلزم على البائع تسليم المبيع و لو بقى بمقدار الصاع فقط لان المفروض انه لا يملك الا صاعا كليا مجردا عن جميع الخصوصيات الخارجيه فما دام ان مصداقا من الكلى باق فى ملك البائع لا بد ان يسلمه الى المشتري و هذا بخلاف مسئله الاستثناء فان التلف فيه بعد القبض اى بعد ما كان المستثنى مقبوضا بيد مالكه.

و بعباره واضحه ليس معنى الاستثناء ان البائع ملك المشتري جميع ثمره الاشجار ثم تملك منه المستثنى بل معناه ابقاء المستثنى فى ملكه مع خصوصياته الخارجيه فنسبه التالف الى دل من

المستثنى و المستثنى منه على حد سواء.

و الحاصل ان مال المشتري وصل اليه و مال البائع امانه عنده فمقتضى القاعده ان يحسب التالف عليهما فلا وجه لاحتسابه على المشتري فقط دون البائع هذا تمام كلامه بتوضيح منا.

و فيه اولاً- ان التلف قبل القبض و بعده لا- يوجب فرقاً في المقام لان البحث في المقام انما يكون في الاشاعه و عدمها و هذا اجنبى من كون التلف قبل القبض او بعده.

و ثانياً ان تسليم المبيع الى المشتري في مسئله صاع من صبره من الباقي قبل القبض يتوقف على عدم الاشاعه فاثبات عدم الاشاعه بوجوب اقباض البائع يكون دورياً.

و ثالثاً نسال بانه ما المراد من قوله: ان التلف في مسئله الاستثناء بعد القبض فان كان المراد منه ان التلف يكون بعد ايصاله الى المشتري ففيه ان ذلك يوجب عدم ضمان البائع للمشتري لكون التلف بعد القبض و هذا امر مسلم لا ننكره الا انه لا يكون جواباً عن سؤال الفرق بين المسألتين.

دراساتنا من الفقه الجعفرى، ج ٣، ص: ٣٦٥

و ان كان المراد ان الكلى الذى يستحقه البائع قد كان فى يده و لم يخرج بالاستثناء عن ملكه بل كان مقبوضاً بيده فحصل الاشتراك بينهما فيكون المبيع مشتركاً على نحو الاشاعه بينهما.

فيرد فيه بانه ما الوجه فى حصول الشركه فانه لو كان اقباض الارطال من المشتري اقباضاً لمملوك المشتري بالنسبه الى ما بيع منه و امانه بالنسبه الى ملك البائع فنسال من وجه الاشتراك و ان كان كون الشىء مقبوضاً فى يد مالكه موجبا للشركه على نحو الاشاعه فلا بد أن يكون ذلك فى كلتا المسألتين، و لا وجه لتفرقه بينهما، و ان شئت قلت انه ما الموجب للاشتراك

فانه لا موجب للشركه، و لا وجه للفرقه بين المقامين.

الوجه الخامس ما أفاده الشيخ و هو ان بناء المشهور فى مسأله استثناء الارطال

ان كان على عدم الاشاعه قبل التلف و اختصاص الاشتراك بالتالف دون الموجود كما ينبى عنه فتوى جماعه منهم بانه لو كان تلف البعض بتفريط المشتري كان حصه البائع فى الباقي.

و يؤيده استمرار السيره فى صورته استثناء الارطال المعلومه من الثمره على استقلال المشتري فى التصرف و عدم المعامله مع البائع معاملة الشركاء فالمسألان مشتركتان فى التنزيل على الكلى و لا فرق بينهما الا فى بعض ثمرات التنزيل على الكلى و هو حساب التالف عليهما.

و لا يحضرنى وجه واضح لهذا الفرق الا دعوى ان المتبادر من الكلى المستثنى هو الكلى الشائع فى ما يسلم للمشتري لا مطلق الموجود وقت البيع.

و ان كان بنائهم على الاشاعه من اول الامر امكن ان يكون الوجه فى ذلك ان المستثنى كما يكون ظاهرا فى الكلى كذلك يكون عنوان المستثنى منه الذى انتقل الى المشتري بالبيع كليا بمعنى انه ملحوظ بعنوان كلى يقع عليه البيع.

دراساتنا من الفقه الجعفرى، ج ٣، ص: ٣٦٦

فمعنى بعتك هذه الصبره الا- صاعا منها بعتك الكلى الخارجى الذى هو المجموع المخرج عنه الصاع فهو كلى كنفس الصاع فكل منهما مالك بعنوان كلى فالموجود مشترك بينهما لان نسبه كل جزء منه الى كل منهما على نهج سواء فتخصيص احدهما به ترجيح من غير مرجح و كذا التالف نسبه اليهما على السواء فيحسب عليهما و هذا بخلاف ما اذا كان المبيع كليا فان مال البائع ليس ملحوظا بعنوان كلى فى قولنا بعتك صاعا من هذه الصبره اذ لم يقع موضوع الحكم فى هذا الكلام حتى يلحظ بعنوان كلى كنفس الصاع.

و الحاصل ان الفرق بين المقام و مسئله صاع من

صبره ان الصاع كلى مملوك للمشتري و فى المقام يكون كل من المملوكين كليا فلا وجه لترجيح أحدهما على الآخر.

و فيه ان مملوك المشتري لو كان كليا فى مسأله الارطال فلا بد ان يكون البائع مالكا للخصوصيه و يكون عين تلك المسأله بلا فرق فلا وجه لان يحسب التالف عليهما.

بل لا بد ان يحسب على البائع فقط و أيضا لا وجه لجواز تصرف المشتري فى الثمره بلا اذن المالك اعم من ان يحصل الاشاعه بالقبض على المبنى الفاسد و من عدم حصول الشركه على القول الحق اذ على الاول تحصل الشركه لا يجوز التصرف و فى المال المشترك و على الثانى الامر واضح لان الخصوصية ملك للبائع فلا يجوز التصرف فى ملكه هذا ما يرجع باحد مفروضى كلامه و اما ما أفاده فى الفرض الآخر فنقول ان ما افاده (من ان المتبادر من الكلى المستثنى هو الكلى الشائع فيما يسلم الخ) على خلاف المقصود ادل فانه قدس سره ذكره وجها لاحتساب التالف بالنسبه اليهما و لكنه يدل على خلاف المقصود اذ لو كان المبيع هو الكلى الشائع فيما يسلم للمشتري فلا يكون الثمره مشتركه على نحو الاشاعه بين البائع و المشتري

دراساتنا من الفقه الجعفرى، ج ٣، ص: ٣٦٧

و مع عدم الاشتراك لا- وجه للاحتساب عليهما فهذا الذى جعله وجها لان يحسب عليهما يكون دليلا على عدم الاحتساب و يكون دليلا لان يختص الخساره بالمشتري.

الوجه السادس ما افاده المحقق الاصفهاني

و هو أن الصاع بما له من المعنى ظاهر بالظهور العرفى فى الكلى فى المعين و اما فى هذه المسأله يكون الاستثناء ظاهرا فى المتصل و هو يقتضى الاشاعه.

توضيحه- ان حمل الاستثناء على المنقطع خلاف الظاهر فلا يصار اليه الا بالقرينه و

المفروض فى المقام عدم وجود قرينه صارفه لظهور الكلام فمعنى الاستثناء فى قوله: بعت الاثمار الا- أرتالا معلومه انه لولاه لدخل المستثنى فى المستثنى منه فىكون من جنسه و مشتمله على خصوصياته فبما ان المستثنى منه يكون ملكا للمشتري مع جميع خصوصياته الخارجيه كذلك المستثنى ملك للبائع مع جميع خصوصياته الخارجيه فىكون شريكا للمشتري على النحو الكسر المشاع.

و خلاصه الفرق بين مسئله بيع صاع من الصبره و بين بيع اثمار الشجره الا الارطال المعلومه ان ظهور الصاع يكون فى الكلى فى المعين و لا يعارضه ظهور آخر و هذا بخلاف مسئله استثناء ارطال معلومه فانه يعارضه ظهور الاستثناء فى الاشاعه.

و الوجه فى التقديم ان ظهور البيع فى الكلى معلق على عدم ظهور الاستثناء فى الاشاعه و من الظاهر ان الظهور التعليقى لا يعارض الظهور التنجيزى فعليه لو كان الظهور التنجيزى موجودا اعنى الظهور فى الاشاعه فلا- تصل النوبه الى الظهور التعليقى اعنى ظهور المبيع فى الكلى.

و اورد عليه السيد الاستاذ بان ظهور الاستثناء فى الاتصال و ان كان لا يمكن انكاره الا انه ليس معنى ذلك أن كون المستثنى مشتركا مع المستثنى منه فى جميع خصوصياته الخارجيه و من الواضح ان فى قولنا جاءنى القوم الا زيدا لا يكون المستثنى

دراساتنا من الفقه الجعفرى، ج ٣، ص: ٣٦٨

مع المستثنى منه كذلك بل معنى الاستثناء المتصل ان المستثنى يكون من جنس المستثنى منه بحيث لولاه لدخل فيه- و هذا المعنى كما يكون فى الاشاعه كذلك فى الكلى فى المعين.

و بعباره واضحه ان ظهور الاستثناء لا ينافى ظهور المبيع فى الكلى فى المعين حتى يكون حاكما عليه لأنه لو لا الاستثناء يكون المستثنى داخلا فى المستثنى منه.

و یرد علیه

ان المتفاهم العرفى من المستثنى و المستثنى منه اشتراكهما فى جميع الخصوصيات الخارجيه فيما ان المستثنى منه يكون ملكا للمشتري مع جميع خصوصياته يكون المستثنى ملكا للبائع مع الخصوصيه اذ ظهور الاستثناء يقتضى هذا المعنى.

و الحق ان يقال فى جواب المحقق الاصبهاني انه اذا كان مقتضى الاستثناء عند العرف هو الاشاعه ليلزم منه عدم جواز تصرف المشتري بلا اذن من البائع و الحال ان جواز تصرفه بلا اذنه مسلم عندهم و كذا يلزم منه اذا اتلف المشتري يحسب التالف عليهما بمقتضى الاشاعه غايه الامر يكون المتلف ضامنا له و الحال انهم قالوا بانه يحسب على المشتري فقط و عليه ان ما افاده المحقق المذكور أيضا غير تام.

الوجه السابع ما افاده المرزا النائيني قدس سره

و هو ان المبيع فى كلنا المسألتين كلى الا- ان المشتري فى مسئله بيع الصاع من الصبره لا- يملك الا- الكلى المجرى عن جميع الخصوصيات و على هذا لا وجه لاحتساب التالف عليه و هذا بخلاف مسئله الاستثناء فان البائع يملك الكلى مع الخصوصيه كما أن المشتري يملك الكلى مع الخصوصيه فالتالف يحسب عليهما.

و اتضح من هذا وجه عدم احتساب التالف على البائع لو اتلفه المشتري.

و الوجه فيه ان حقه لم يكن مشاعا فى مال المشتري بل كان مالكا للكلى و

دراساتنا من الفقه الجعفرى، ج ٣، ص: ٣٦٩

كذا ظهر وجه جواز تصرف المشتري بلا اذن من البائع لأنه لم يكن شريكا معه على وجه الاشاعه حتى يحتاج تصرفه الى الاذن بل كان مالكا للكلى كما بيناه و على فرض حصول الاشاعه بعد العقد من جهه كون الثمره باجمعها تحت يد البائع يكون تصرفه بلا اذن البائع لبناء المتعاقدين فى معامله على ذلك و الشرط الضمنى هذا ملخص كلامه زيد

فى علو مقامه .

و ىرد عله ان ما أفاده من ان البائع ىملك الكلى مع الخصوصىه فى مسئله الاستثناء ىوجب سؤالا و هو ان البائع مالك لجميع الخصوصىات الموجوده فى المىبع او بعضها .

فان كان مالكا لجميع الخصوصىات بتمامها فعله ىكون المشترى مالكا للكلى المجرى عن الخصوصىات لأنها مملوكه للبائع على الفرض فللزم منه احتساب التالف على البائع فقط لكون المشترى مالكا للكلى فى المعىن و هذا خلاف المقصود .

و ان كان مالكا لبعض الخصوصىات الموجوده فلا بد من ان ىسئل من ان بعض الخصوصىات الذى لا ىكون البائع مالكا له بانه غير مملوك او له مالك فعلى الاول ىلزم ان ىكون ملكا بلا مالك و على الثانى ىتعىن ان ىكون المشترى مالكا له .

و القول بعدم كونه مملوكا له واضع الفساد طبعا و على هذا الفرض فانه اما مالك له على نحو الاشاعه كما ان البائع كذلك ىعود المحذور و هو وجه الفرق بىن المقام و مسئله بىع صاع من الصبره و اما لا ىكون مالكا له على الاشاعه و فساده ظاهر .

و التحقىق فى الجواب ان ىقال أن العىن كما انها قابله للانتقال على نحو الكسر المشاع الخارجى كان ىقول بعتك ثلث الدار او ربعه فىحصل الشركه بىن الطرفين و ىتفرع عله عدم جواز تصرف احدهما فىه الا برضى الاخر و أىضا ىتفرع عله احتساب التالف علهما سواء كان تالفا بالتلف السماوى او باتلاف من المشترى .

دراساتنا من الفقه الجعفرى، ج ٣، ص: ٣٧٠

كذلك انها قابل للانتقال على نحو الكسر الكلى فى المعىن، و فى هذا الفرض كما انه ىجوز اضافه الكلى الى الشخص بنحو القضىه الخارجىه كذلك ىجوز بنحو القضىه الحقىقىه فتاره ىوصى أحد برىع أمواله بنحو الكسر الخارجى

لزيد، و نتيجة ذلك انه يلزم اعطاء الربع له و ان لم يبق من المال الا- هذا المقدار و لا- يحسب عليه التالف بحسابه، و اخرى يوصى بالربع بنحو الكسر الكلى على نحو القضية الحقيقيه.

و نتيجة ذلك انه كل ما يسلم للورثه يكون ربهه للموصى له و كلما تلف يحسب عليه بحسابه، اذا عرفت هذه المقدمه فنقول يمكن أن يكون استثناء الارطال من الثمره بنحو الصوره الثالثه، فيترتب عليها امور اربعه.

الاول ان اختيار التعيين بيد المشتري فانه مقتضى الكليه بالنسبه الى مملوك البائع فان مملوكه كلى.

الثانى جواز تصرف المشتري فى المبيع بدون اذن المالك لأنه لا يكون مالكا للخصوصيه حتى يحتاج تصرف المشتري الى اذنه.

الثالث احتساب التالف عليهما بالنسبه لكون المستثنى على نحو القضية الحقيقيه.

الرابع انه لو اتلف المشتري من المال شيئا لا يحسب على البائع لان اتلافه فى قوه قبضه لحقه و التقسيم انما كان بيده فانه جعل حق المالك فى الباقي بسبب اتلافه جزءا من المبيع.

فتلخص مما ذكرنا فرق بين المسألتين فان الصاع كلى فى المعين بنحو القضية الخارجيه و فى المقام المستثنى هو الكسر لكن لو حظ بالنسبه الى الثمره بنحو القضية الحقيقيه و مع التامل فيما ذكرنا لا يبقى مجال للإشكال فتأمل.

دراساتنا من الفقه الجعفرى، ج ٣، ص: ٣٧١

ان قلت: اذا كان مسئله بيع استثناء الارطال من باب الكلى فى المعين يلزم منه ان لا يحسب التالف عليهما و هو خلاف ما ذهب اليه القوم.

قلت: انا بينا الوجه فى احتساب التالف عليهما و اخترنا ذلك و ذكرنا انه عباره عن كون المستثنى على نحو القضية الحقيقيه فقد علمت مما ذكرنا ان مقتضاها احتساب التالف عليهما هذا تمام الكلام فى وجه الفرق بين

[أقسام بيع الصبره]

قوله: قدس سره قال فى الروضه تبعا للمحكى عن حواشى الشهيد ان اقسام بيع الصبره عشره ... «١»

أقول: ان بيع الصبره يقع على اقسام فان الصبره تاره تكون معلومه و اخرى تكون مجهوله فان كان مقدار الصبره معلوما و باع جميع الصبره يكون البيع صحيحا و كذا اذا باع جزءا معلوما منها كالعشر او التسع او باع صاعا او صيعانا مع العلم باشمال الصبره على هذا المقدار او اذا باع الصبره كل صاع بقيمه معلومه فان البيع فى هذه الاقسام الاربعه صحيح لكون المثلن معلوما كالمثلن.

و اما اذا باع كل صاع من الصبره فأفاد المرزا النائينى ره انه يظهر من العلامه فى بعض كتبه (من الحكم بصحه الاجاره لو قال الموجر آجرتك الدار كل شهر بكذا فى الشهر الاول و بطلانه بالنسبه الى ما زاد عليه) صحه البيع فى المقام بالنسبه الى صاع واحد و بطلانه فيما زاد عليه و اورد عليه بقوله: الاقوى البطلان فى كلاً- المقامين لان تردد متعلق العقد بين الاقل و الاكثر يقتضى الجهل به.

اقول: ان كان مراده قدس سره ان بيع كل صاع من الصبره بان يباع جميع الصبره على نحو كل صاع بكذا فلا اشكال فى الصحه لعدم لزوم الغرر منه و لعدم كونه جزافا فلا وجه للبطلان لكن ليس مرادهم هذه الصوره بل الظاهر ان مرادهم

(١)- المكاسب ص ١٩٨ السطر (١٣)

دراساتنا من الفقه الجعفرى، ج ٣، ص: ٣٧٢

ما اذا كان المبيع مرددا فى مقام البيع بانه الاقل او الاكثر بمعنى انه خمس صيعا او عشره مثلا فيكون هذه المعامله باطله لا من جهه فقد شرط فى العقد بل من جهه

عدم مقتضى للصحة و كذا فى الاجاره فانه لا يعلم انه آجرها شهرا او شهرين فان التردد فى متعلق العقد بين الاقل و الاكثر يوجب الاهمال فى متعلق الانشاء و الاهمال فى الواقع امر غير معقول.

و ربما يقال: بالصحة فى الاجاره بخلاف البيع لان الشهر الاول فى باب الاجاره معلوم فتكون صحيحه بالنسبه اليه بخلاف البيع فان الصاع الواحد لا تميز له فان المشتري لو اخذ مجموع الصبره لا يقع العوض فى مقابل الكلى.

لكنه يدفع بانه لا وجه لأخذ المشتري مجموع الصبره اذ مملوكه صاع واحد كلى فى المعين فلا مقتضى لأخذ المجموع.

و لكن الحق فى المقام ان يقال بالصحة فى كلا المقامين بالنسبه الى القدر المتيقن منها فان القدر المتيقن فى باب الاجاره هو الشهر الاول و فى باب البيع صاع واحد بنحو الكلى فى المعين و لا اشكال فى البيع.

و اما لو كان مقدار الصبره مجهولا فيبطل البيع و ان كان المبيع جميع الصبره لكون المبيع مجهولا على الفرض و كذا لو باع ربعه او ثلثه للجهل و اما اذا باع مقدارا يعلم باشمال الصبره عليه يكون البيع صحيحا كما اذا قال: بعتك صاعين منها و يعلم باشمال الصبره عليهما يقينا فلا- مانع من صحته و اما الجهل بنسبه الصاعين اليها لا يضر بالمعامله و اما لو لم يعلم اشمال الصبره على مقدار المبيع فانه محل الخلاف.

و ربما يقال فيه بالبطان للغرر فيه عرفا لعدم علم المشتري بان الثمن المدفوع يقابل اى مقدار من المثلث.

و يرد فيه انه لا يلزم منه الغرر لا من باب ارتفاعه بالخيار بل لأنه لا غرر اصلا نعم

دراساتنا من الفقه الجعفرى، ج ٣، ص: ٣٧٣

لو كان للهيئه الاجتماعيه دخل

فى المطلوب لكان له خيار تبعض الصفقه و الافليس له خياره بل يسترد الزائد فلو اشترى كل صاع بتومان و اشترى ثلاثه اصواع فظهر انه صاعان يسترد تومانا واحدا و اذا كان مجموع الصبره مجهولا و لكن المشتري يقول اشترت كل قفيز منها بدرهم ذهب السيد الاستاذ الى صحه البيع فى هذه الصوره لأنه لا وجه للبطلان لعدم كونه جزافا.

و ليس فيها غرر و يرد عليه ان البيع فى هذه الصوره و ان لم يكن جزافا الا ان النص الدال على اشتراط بيع الموزون بالوزن و المكيل بالكيل يقتضى الفساد و ان لم يكن فيه غرر.

[مسأله اذا شاهد عينا فى زمان سابق على العقد عليها]

اشاره

قوله قدس سره: مسأله اذا شاهد عينا فى زمان سابق على العقد عليها ... «١»

اقول: لو شاهد عينا سابقا على العقد عليها و كانت غائبه حين العقد هل يجوز بيعها معتمدا على الرؤيه السابقه أم لا.

اما على ما سلكناه و قلنا بانه لا دليل على كون مطلق الغرر مبطلا للبيع فلا ريب فى صحته.

و أما على مسلك القوم القائلين بكون الغرر مبطلا للبيع فالمشترى يكون اما عالما ببقاء الاوصاف على حالها السابق او ان العاده تقتضى بقائها الى حين العقد و عدم تغيرها عن صفاتها السابقه بحيث يحصل الوثوق للمشترى او اعتمد على اخبار البائع باعتبار انه ذو اليد يقبل قوله فلا وجه للبطلان اصلا لعدم لزوم محذور من الغرر و غيره.

و أما اذا شك فى بقائها على صفاتها السابقه و عدم بقائها فأفاد الشيخ فى المقام بانه يستصحب عدم التغير فيكون المقام نظير اخبار البائع فى جواز الاعتماد عليه

(١)- المكاسب ص ١٩٨ السطر (٢٥)

دراساتنا من الفقه الجعفرى، ج ٣، ص: ٣٧٤

فيما اذا اخبر بالكيل او الوزن لان الاصل

من الطرق التي يتعارف التعويل عليها.

و اورد عليه المرزا النائيني ره بان الاستصحاب لا يجرى فى المقام لان الاثر أعنى به عدم الغرر لا يترتب على الواقع حتى يكون الاستصحاب مؤثرا فيه بل انه مترتب على احراز صفات العين كانت فى الواقع او لم تكن فان ارتفاع الغرر من آثار العلم بوجود هذه الصفات فاستصحاب بقاء الصفات لا أثر له.

و استشكل عليه السيد الاستاذ بأن هذا الايراد منه يكون على خلاف مبناه فى باب القطع فانه قدس سره ذهب فيه الى ان العلم قد يؤخذ فى الموضوع على نحو الوصفية و الاخرى على نحو الطريقة فاذا كان العلم مأخوذاً فيه على نحو الطريقة فمع فقدانه يقوم مقامه دليل آخر من الامارات او الاصول التنزليه و المقام كذلك فان العلم بالصفات قد اخذ فى الموضوع على نحو الطريقة فمع انتفائه يقوم مقامه الاستصحاب لكونه من الطرق المعتمده و من الاصل التنزيلي.

و يمكن ان يورد على الشيخ بوجه آخر و هو ان الاستصحاب يقوم مقام القطع الطريقي الا ان استصحاب بقاء الصفات و عدم تغيره لا- يرفع الغرر الا- بالاصل المثبت فيما ان الاصول لا- تكون لوازمها حجه لا يمكن التمسك بالاستصحاب فى المقام فان الغرر عباره عن الخطر و بجرىان الاستصحاب لا يرتفع الغرر الا على النحو المثبت.

فتلخص ان الاقوى صحه البيع بانها على رؤيته السابقه او اعتمادا على اخبار البائع ببقاء الصفات ثم انه لا شبهه فى جواز البيع مع اشتراط الخيار اذ الشرط يرفع الغرر فاذا انكشف خلاف ما وصفه البائع فللمشتري أن يفسخ العقد او يرضى به.

لا يقال: ان ثبوت الخيار متوقف على صحه العقد فكيف تكون صحه العقد متوقفا على الخيار و

هذا دور.

لأننا نقول: ان ثبوت الخيار متوقف على صحه العقد كما ذكرت الا ان صحه

دراساتنا من الفقه الجعفرى، ج ٣، ص: ٣٧٥

العقد لا تتوقف على الخيار الشرعى حتى يلزم الدور بل هو متوقف على الخيار العرفى و بمجرد تحققه ينعقد البيع فتشمله الادله.

و بعباره واضحه ان البيع لو جعل فيه الخيار لا يكون غرريا فيصح فلو صح يثبت الخيار.

و ربما يقال ببطلان البيع كما نسب ذلك الى علامه و ما قيل: او يمكن ان يقال فى وجه البطلان وجوه:

الاول ان العقد تعلق بالمبيع مع كونه واجدا لأوصافه السابقه و هو مقصود المشتري و اما المبيع الفاقد للصفات لا يكون مقصودا له و لم يتعلق به القصد و ان شئت فقل ما قصد لم يقع و ما وقع لم يقصد.

و يرد عليه بانه لا وجه للبطلان و الوجه المتوهم هو تخلف الوصف و هو بمنزله تخلف الشرط فكما ان تخلف الشرط لا يوجب بطلان البيع كذلك تخلف الوصف و لا يقاس تخلف الوصف بتخلف العنوان لان الثانى يقع بازائه الثمن بخلاف الاول فان الاوصاف لا تقابل بالاثمان فغايه الامر ان تخلف الوصف يوجب الخيار للمشتري.

الثانى ان الوصف اذا كان بمنزله الشرط فانتهائه يقتضى انتفاء المشروط فيكون البيع باطلا.

و يرد عليه ان معنى الشرط عباره عن الالتزام فى الالتزام بمعنى ان المشتري يجعل التزامه بالبيع مشروطا بوجود الوصف فى المبيع فعدمه يوجب الخيار للمشتري لانه يبطل العقد من اصله لأنه لا يكون قيذا لنفس العقد حتى يلزم من انتفائه انتفاء العقد.

و هنا قول ثالث و هو ان البيع صحيح و لازم من دون ان يكون للمشتري خيار فى المقام اذا لم يشترط وجود الوصف فى ضمن العقد

لان الوصف الغير المذكور

دراساتنا من الفقه الجعفرى، ج ٣، ص: ٣٧٦

لا اثر له و ان وقع العقد مبني عليه.

و يرد عليه انا لا- نسلم لزوم البيع لان بناء المتعاملين تعلق بهذا الشرط حيث انهما اوقعا العقد مبني عليه فيكون في نظر العرف كالمذكور في الكلام.

و بعبارة واضحة ان المقدر كالمذكور هنا عند العرف كما يقال نظير ذلك في باب الغبن حيث ان بناء المتعاملين وقع على عدم الغبن و لا يحتاج الى الذكر لكونه أمرا ارتكازيا و ان شئت فقل ان ارتكازيات العقلاء لا تحتاج الى الذكر نعم اذا كان الشرط من الامور الراجعة الى الاغراض الشخصية و لم يكن من باب المقدر كالمذكور عند العرف ككون العبد كاتبا و نحو ذلك من الدواعى الموجبه لايقاع البيع فلا يوجب تخلفه الخيار ما دام لم يذكر في متن العقد و ان كان البائع عالما بتعلق غرض المشتري بكون العبد واجدا لصفه الكتابه مثلا الا فيما وقع بينهما مفاوله بحيث تعد في العرف قرينه للمقصود.

قوله: ففواتها فوات حق للمشتري ثبت بسببه الخيار دفعا لضرر الالتزام بما لم يقدم عليه. «١»

أقول ان قاعده لا ضرر لا تكون مدركا للخيار لان العقد الواقع على المبيع الفاقد للأوصاف اذا كان ضروريا يكون باطلا و هو خلاف المدعى لان المدعى وجود الخيار لا- نفى اصل الصحه و بعبارة واضحة ان دليل نفى الضرر يدل على بطلان البيع الضررى و لا يدل على اثبات الخيار و هو خلاف المدعى.

و السيد الاستاذ و ان تسلّم في المقام كون البيع المذكور ضروريا الا انه ادعى عدم شمول قاعده اللاضرر لما نحن فيه لأنها تكون من باب الامتنان على الامه فجرانها بالنسبه الى البائع خلاف الامتنان

فان المنه ان تكون صحيحه و يكون له الخيار.

(١)- المكاسب ص ١٩٩ السطر (٥)

دراساتنا من الفقه الجعفري، ج ٣، ص: ٣٧٧

و فيه انه لا شبهه في ان التحفظ على اموال الناس و عدم امضاء وقوع الضرر عليهم منه غايه الامر لو كان العقد صحيحا مع الخيار يكون فيه منه اكثر و حديث لا ضرر لا يفي باثبات شىء بل مقتضاه نفي الضرر و هذا ظاهر.

و التحقيق في المقام ان يقال: ان البيع اما وقع معلقا على وجود الاوصاف او مطلقا بالنسبه الى وجودها و عدمها و اما يباع مع شرط الخيار عند عدم الوصف و لا رابع في المقام لان الاهمال محال في الواقعيات الا ان يقال بان الاهمال يتصور بالنسبه الى الغافل فيؤخذ بالمقدار المتيقن من مقصوده فان كان معلقا على وجود الاوصاف يكون العقد باطلا من جهة التعليق لا من جهة الضرر كما هو واضح.

و ان باعه مطلقا سواء كان المبيع واجدا للأوصاف أم لا بلا اشتراط لا يشمل دليل نفي الضرر لان المفروض ان العقد وقع على الغبن بلا قيد فلا وجه للخيار و ان كان مشروطا بشرط الخيار يصح و عند عدم الوصف يثبت الخيار.

فتلخص انه لا- يمكن تصحيح الخيار للمشتري بما ذهب اليه الشيخ و السيد الاستاذ بل الحق ما نقول بان الخيار يثبت للمشتري لتخلف الشرط المبني عليه العقد ارتكازا هذا كله اذا كان المبيع شخصا.

و اما اذا كان كليا كما اذا اشترى الحنظله العراقيه مثلا و كان ما سلم الى المشتري فاقتدا للصفه المذكوره فله أن يأخذ الفاقد بدلا عن الواجد كما انه يمكن أن يطالب بفرد آخر يكون واجدا و مع عدمه يثبت له الخيار فله أن يفسخ

العقد كما ان له ان يطالب بالبدل من باب بدل الحيلولة ان قلنا به.

فرعان

الفرع الأول لو اختلفا فى التغيير و عدمه

بان ادعى المشتري تغيير المبيع عن صفاته السابقة

دراساتنا من الفقه الجعفرى، ج ٣، ص: ٣٧٨

و ادعى البائع عدمه- قال: المرزا النائنى (قدس سره) ان الفقهاء ذهبوا الى ان القول قول المشتري انتهى. و ما يمكن ان يقال او قيل فى وجهه امور.

الاول ان المشتري هو الذى يؤخذ منه الثمن و لا- يؤخذ منه الا باقراره او بينه تقوم عليه فاذا انتفى الامر ان لا يجوز للبائع أخذ الثمن منه.

و اورد ان المشتري يعترف بوقوع البيع و حصول الانتقال و معنى اعترافه بذلك اعترافه بانتقال الثمن فى ملك البائع و غايه ما يمكن ان يقال فى المقام ان يثبت له الخيار بتخلف الوصف.

و يرد عليه بان البائع يسلم المبيع و لا مانع من جانبه بل المشتري لا يقبله بادعاء ان المبيع يكون متغيرا فى صفاته السابقة فيدعى الخيار لنفسه فلا بد ان يثبت بالبينه او بتصديق البائع هذا اولاً.

و ثانيا انه على فرض ثبوت الخيار له لا وجه لعدم تسليم الثمن للبائع بعد قبوله انه ملك له و لا يكون جواز عدم التسليم من آثار الخيار كما توهمه بعض.

و ما افيد من أن أصل الحكم مفروغ عنه غير سديد فانه لا وجه لهذا الحكم و الاجماع على فرض تحققه غير حجه، و تفصيل الكلام موكول الى بحث أحكام الخيار.

أضف الى ذلك ان الشك فى جواز الحبس مسبب من الشك فى تحقق سبب الخيار، و الاصل عدمه، فالقول قول البائع فليس للمشتري حبس العين و لا الاخذ بالخيار، و لا يمكن المساعدة مع ما ذهب اليه جل الاساطين من تقديم قول المشتري الثانى ان

البائع يدعى علم المشتري بهذا الوصف الموجود و الرضا به و المشتري ينكره فيكون الاصل موافقا له فيقدم قوله.

و اجاب عنه الشيخ اولاً بان اصاله عدم علم المشتري بهذا الوصف الذى

دراساتنا من الفقه الجعفرى، ج ٣، ص: ٣٧٩

يقتضى الخيار لتخلفه معارضه باصاله عدم علمه بوصف آخر فح لا يكون له الخيار.

و ثانيا ان علم المشتري بالوصف الموجود و بوصف آخر مسبب عن الشك فى التغيير و عدمه و مع جريان اصاله عدم تغير المبيع عمار آه سابقا لا تصل النوبه الى الاصل المسببى لأنه مع وجود الاصل السببى لا مجال للمسببى كما هو واضح.

و يرد عليه ان اصاله عدم علم المشتري لا يترتب عليه أثر شرعى الا توهم ان الخيار اثر شرعى له و الحال انه ليس كذلك لعدم قيام دليل على كون الخيار أثر العدم علمه بوصف آخر.

نعم ان عدم الخيار لازم عقلى لأصاله عدم علم المشتري بوصف آخر و هو اصل مثبت فان الاصول لا تثبت لوازمها العقلية فظهر من هذا عدم تماميه ما ذهب اليه الشيخ من المعارضه بين الاصلين لعدم جريان الاصل حتى يقع المعارضه بينهما لعدم ترتب أثر شرعى عليه.

و ثانيا أنه ليس بين عدم التغيير و العلم و عدمه تسبب شرعى بل التسبب عقلى كما هو ظاهر بادنى تأمل.

الثالث ان الاصل عدم وصول حق المشتري اليه فيكون الاصل موافقا له فيقدم قوله على قول البائع.

و فيه انه ان كان المقصود من عدم وصول حقه اليه عدم وصول ذات المبيع فقد وصل اليه بالوجدان و ان كان المراد عدم وصول وصف المبيع ففيه ان الوصف لا يقابل بالثمن و غايته ان تخلف الوصف يوجب الخيار و الخيار منفى بالاصل فالقول قول

البائع.

ثم انه قال الشيخ (قدس سره) و يمكن بناء المسأله على أن بناء المتبايعين حين العقد على الاوصاف الملحوظه حين المشاهده هل هو كاشتراطها فى العقد فهى

دراساتنا من الفقه الجعفرى، ج ٣، ص: ٣٨٠

كشروط مضمرة فى نفس المتعاقدين كما عرفت عن النهايه و المسالك، و لهذا لا يحصل من فقدها الاخير لمن اشترطت له و لا يلزم بطلان العقد.

أو أنها مأخوذه فى نفس المعقود عليه بحيث يكون المعقود عليه هو الشىء المقيد، و لذا لا يجوز الغائها فى المعقود عليه كما يجوز الغاء غيرها من الشروط فعلى الاول يرجع النزاع فى التغيير و عدمه الى النزاع فى اشتراط خلاف هذا الوصف الموجود على البائع و عدمه و الاصل مع البائع، و بعبارة اخرى النزاع فى أن العقد وقع على الشىء الملحوظ فيه الوصف المفقود أم لا «١».

و التحقيق ان يقال: ان المبيع تاره كلى و اخرى شخصى و الفرق بينهما ان الاول قابل للإطلاق و التقييد بخلاف الثانى فاذا كان المبيع كليا و اختلف البائع و المشتري فى صفات المبيع كما اذا قال المشتري ان الحنطه التى اشترت كانت حنطه عراقيه و قال البائع انها كانت حنطه شاميه فلا ريب فى دخول هذا القسم من الاختلاف بين البائع و المشتري فى باب التداعى حيث ان كلا منهما يدعى شيئا ينكره الاخر.

و اما اذا قال المشتري انها كانت حنطه عراقيه و قال البائع انها كانت مطلقه و لم تكن مقيدا بقيد ففى هذا الفرض افاد السيد الاستاذ ان هذا القسم أيضا يدخل فى باب التداعى.

توضيحه- ان التقابل بين الاطلاق و التقييد يكون كتقابل الضدين فانه كما ان التقييد الذى عبارة عن أخذ القيد يحتاج الى اللحاظ كذلك

الاطلاق الذى هى عبارته عن رفض القيد يحتاج الى اللحاظ فيكون التقابل بين الاطلاق و التقييد تقابل الضدين فان المشتري يدعى ضدا و هو التقييد بكونها عراقية و البائع يدعى ضدا آخر و هو لحاظ رفض هذا القيد فيكون نزاعهما داخلا فى باب التداعى لكون كل منهما مدعيا

(١)- المكاسب ص ١٩٩ السطر (١٦)

دراساتنا من الفقه الجعفرى، ج ٣، ص: ٣٨١

لما ينكره الاخر.

و فيه ان التقابل بين الاطلاق و التقييد و ان كان كما ذكره السيد الاستاذ فى عالم الثبوت من تقابل الضدين لكن التقابل بينهما فى مقام الاثبات و الدلاله لا يكون كذلك بل يكون من باب تقابل الملكه و عدمها كما اعترف بذلك السيد الاستاذ اذام الله ظله أيضا.

و النزاع الواقع بين البائع و المشتري انما يكون فى مقام الاثبات فان المشتري يدعى تقييد الحنطه بكونها عراقية و البائع ينكر ذلك التقييد فلا يكون المقام داخلا فى باب التداعى كما هو واضح فيكون الاصل موافقا للبائع فيقدم قوله هذا اذا كان المبيع كليا.

و اما اذا كان المبيع شخصا فلا نفهم كلام الشيخ فى هذه الصوره لان العين ان وقع عليه البيع على تقدير واجديتها الاوصاف يكون تعليقا فى العقد فيكون باطلا و ان وقع البيع على العين المقيدة بكونها ذات اوصاف ففيه ان الجزئى الخارجى لا يقيد فعليه لا وجه لتقديم قول المشتري كما ذهب اليه جل الفقهاء.

بل التحقيق يقتضى تقديم قول البائع أيضا، لان مرجع النزاع الى جعل الخيار و عدمه، فلا مجال، لما أفاده الشيخ من أن أصله عدم وقوع العقد على المقيد جار. و لكن لا يثبت به وقوع العقد على المطلق.

و اصله عدم تقييد العقد الواقع يفيد، و لكن لا يجرى

اذ لا حاله سابقه له.

(وجه عدم المجال) انه على تقدير وقوع العقد على الجزئى لا تصل النوبه بما ذكره، كما هو الظاهر، فالقول قول البائع، و يجرى جميع العمومات، او الاطلاقات الداله على عدم اللزوم.

دراساتنا من الفقه الجعفرى، ج ٣، ص: ٣٨٢

الفرع الثانى انه لو اتفقا كلاهما على تغيير العين بعد المشاهده و وقوع العقد على الوصف المشاهد و اختلفا فى تقدم التغيير

على البيع و تأخره عنه و ذلك كما لو اتفقا على ان الغنم حال المشاهده كان سميها و ان العقد وقع على الوصف المشاهد و انه بعد المشاهده صار مهزولا الا أن البائع يدعى تحقق الهزال بعد قبض المشتري حتى لا يكون له خيار فى البيع و ادعى المشتري تقدمه على البيع ليثبت بذلك خيار لنفسه.

قال: الشيخ الكلام هنا كالكلام فى المسأله السابقه فالمرجع فيهما الى اصاله عدم وصول حق المشتري اليه فحكم المسألتين من باب واحد الا- ان الفرق بينهما ان الشك هنا فى وصول الحق المعلوم و هناك يكون الشك فى اصل الحق و عبارته اخرى ان الشك فى المقام ناشئ عن الشك فى وصول الحق المعلوم و هناك ناشئ عن الشك فى نفس الحق و مقتضى الاصل فى المقامين عدم اللزوم.

اقول: لا ريب فى وقوع البيع على الغنم السمين مثلا و انما الشك فى ان تحقق الهزال كان قبل البيع أم بعده فاذا كان قبل البيع لا شبهه فى الخيار الا أن مقتضى اصاله عدم تحقق الهزال الى زمان البيع عدم الخيار.

ان قلت: ان هذا الاصل معارض باصاله عدم وصول حقه الى يده الى زمان تحقق الهزال فيتساقطان بالتعارض.

قلت: لا أثر لجريان هذا الاصل الا على القول بحجيه الاصل المثبت فان اصاله عدم وصوله الى يد المشتري ما دام سميها لا يثبت ان الواصل اليه هو الهزال.

فتلخص انه فى كلا المقامين

يكون الاصل موافقا مع البائع فيقدم قوله.

[لو وجد المبيع تالفا بعد القبض فيما يكفى فى قبضه التخليه و اختلفا فى تقدم التلف على البيع و تأخره]

قوله: ره لو وجد المبيع تالفا بعد القبض فيما يكفى فى قبضه التخليه و اختلفا

دراساتنا من الفقه الجعفرى، ج ٣، ص: ٣٨٣

فى تقدم التلف على البيع و تأخره. «١»

اقول: حيث ان تلف المبيع و نفس البيع كلاهما من الحوادث فاصاله عدم التلف الى زمان تحقق البيع تعارض مع اصاله عدم تحقق البيع الى زمان تحقق التلف فيتساقطان بالتعارض و لكن اصاله الصحه تجرى بالنسبه الى فعل البائع سالمه عن المعارض و فى المقام اشكالان.

الاول ما اورده الاستاذ على جريان اصاله الصحه فى المقام بان جريانها فى المقام كجريان قاعدتى الفراغ و التجاوز بالنسبه الى فعل النفس و يشترط فيها ما اشترط فيهما من عدم كفايه المصادفه فمجرد المصادفه مع الواقع لا يجدى فى جريانها بل يشترط فيها ان يكون التفات الفاعل محتملا حين العمل و مجرد التصادف الواقعى غير كاف فلا تجرى اصاله الصحه فى المقام.

لكن فيه انه لو احتمل التفات البائع حين العمل فلا مانع من جريان الاصل و باى دليل يحكم بعدم كونه ملتفتا.

الاشكال الثانى انه اذا شك فى صحه البيع و عدمها من جهه الشك فى وجود المبيع و عدمه لا تجرى فيه قاعده اصاله الصحه لان مرجع الشك فى صحه البيع و عدمها يكون الى الشك فى قدره البائع على البيع و عدمها فلا تجرى القاعده.

لان مجرى هذه القاعده انما يكون فيما علم ان العين موجوده و المكلف قادر على بيعها و لكنه شك فى وقوع هذا البيع صحيحا او فاسدا فيجربى اصاله الصحه و من المعلوم ان المقام من قبيل الاول لأننا نشك فى كونها موجوده حين البيع و يحتمل ان يكون تالفا قبل

البيع فلا يمكن التمسك باصالة الصحة في المقام كما هو واضح للمتأمل.
و اورد الاستاذ بوجه آخر و هو ان العمل اذا علم تحققه في الخارج و الشك

(١)- المكاسب ص ٢٠٠ السطر (٢٥).

دراساتنا من الفقه الجعفري، ج ٣، ص: ٣٨٤

في صحته و فساده نحكم بالصحة بمقتضى جريان اصالة الصحة و اما اذا شك في وجود الشئ و عدمه فلا يمكن التمسك باصالة الصحة للحكم بوجوده.

اقول: الظاهر ان هذا الوجه الذي افاده الاستاذ يرجع الى الوجه الاول الذي ذكرناه و بعبارة أخرى لا شبهه في ان البيع بما له من المعنى صدر من البائع فليس الشك في أن الصادر منه هو البيع أو أمر آخر.

دراساتنا من الفقه الجعفري، ج ٣، ص: ٣٨٥

الكلام في لزوم اختبار الطعم و اللون و الرائحة فيما تختلف باعتبارها القيمة

اشاره

قوله: ره مسئله لا بد من اختبار الطعم و اللون و الرائحة فيما يختلف قيمته باختلاف ذلك ... «١»

اقول: يقع الكلام في هذه المسألة تارة على عدم كون الغرر مبطلا للبيع و أخرى بناء على مسلك المشهور القائلين بكون الغرر مبطلا للبيع.

اما على الاول فنقول: ان الاختبار غير لازم في المقام و غايه ما يقال: ان المعامله بدون الاختبار فيما كان اختلاف الاوصاف موجبا لاختلاف القيمة يكون غرريا الا ان المفروض عدم كون الغرر موجبا لبطلان البيع.

و ثانيا لا نسلم استلزام عدم الاختبار الغرر على نحو الاطلاق بل في بعض الموارد لا يستلزم الغرر كما اذا اشترى حقه عن بقيقه رخيصه بدون الاختبار عالما بانه في صورته كونه فاسدا أيضا يمكن الاستفادة منه بأن يصنع خلا مثلا فلا ريب في عدم لزوم الغرر في هذه الصورة اصلا.

(١)- المكاسب ص ٢٠١ السطر (١).

دراساتنا من الفقه الجعفري، ج ٣، ص: ٣٨٦

و اما على الثانى اى على مسلك المشهور القائلين بكون

الغرر موجبا للبطلان فنقول: ان اختلاف الصفات تاره لا- يوجب اختلاف القيمة فى المبيع و هذه الصورة على فرض وجود المصداق لها فى الخارج خارجه عن محل الكلام لادن البحث يكون فى لزوم الاختبار و عدمه فيما يختلف القيمة باختلاف الاوصاف و اخرى يكون اختلاف الاوصاف موجبا لاختلاف القيمة و رغبات الناس فيه.

و فى هذه الصورة تاره يكون وجود الوصف موجبا لكون المبيع صحيحا و عدمه موجبا لكونه معيبا فيرجع وجود الوصف و عدمه الى صحة المبيع و عدمها و اخرى يعد كلاهما من مراتب الصحة ففى صورته عدم الوصف أيضا يكون المبيع صحيحا الا ان مع وجوده يكون فى مرتبه عليا من الصحة.

و على الثانى تاره تكون الاوصاف مما تنضبط و اخرى لا يمكن ضبطها كالطعم و الرائحة فان ما يكون من قبيل ذلك لا يمكن ضبطه الا بالاختبار و على الثانى فاما يمكن الاختبار بأن لا يصير المبيع فاسدا بذلك.

و اخرى لا يمكن الاختبار بأن يكون الاختبار موجبا لفساده فعلى تقدير ان الوصف وجوده موجب لصحة المبيع و عدمه عيب له فاذا شك فى صحة العين و عيبها فهل يجوز بيعها فيما اذا لم تكن اماره معتبره قائمه على صحتها بحيث يرفع الغرر تمسكا باصالة السلامه أم لا يجوز ربما يقال بجواز التمسك بها اذا كانت العين صحيحه و شك فى طرو الفساد عليها.

اقول: ان كان المراد من هذا الاصل ان العقلاء يبنون على الصحة فى مورد الشك فيها و بعبارته اخرى ان كان المراد منه ان بناء العقلاء على الصحة.

فيرد عليه اولا ان ثبوت بناء العقلاء على الصحة فى جميع موارد الشك حتى فى المقام الذى لا يحرز الصحة بالبينه و الاماره

اول الكلام و لم يستقر منهم البناء على ذلك و لا أقل من الشك في بنائهم و هذا يكفى في عدم جواز الاستناد الى بنائهم.

دراساتنا من الفقه الجعفرى، ج ٣، ص: ٣٨٧

و ثانيا ان مجرد بناء العقلاء لا يكون حجه ما دام لم يستكشف من طريق امضاء الشارع له.

لكن الانصاف ان الامارات العقلانيه المستقره بينهم اذا لم يثبت الردع من الشارع مع كونه مرئى منه و مسمع يقتضى امضاءها.

و ان كان المراد من اصاله السلامه الاستصحاب بأن يقال: بأن هذه العين كانت صحيحه و نشك في طرو الفساد عليها و عدمه فيستصحب عدمه.

ففيه انا و ان قلنا بقيام الاستصحاب مقام القطع الطريقي المأخوذ في الموضوع الا ان هذا الاستصحاب لا يكون موجبا لرفع الغرر الا بالاصل المثبت.

و استشكل الاستاذ على الشيخ حيث فصل قدس سره بين ما اذا شك في طرو الفساد و غيره بجريان الاصل في الاول دون غيره بان المراد من هذا الاصل ليس الاستصحاب حتى يفرق بين الموردين بل المقصود منه هو بناء العقلاء على الصحه و كأنه اشترطت الصحه في ضمن البيع بالارتكاز و هذا رافع للغرر بلا فرق بين الموردين.

و لا- يقاس هذا الخيار العقلاني الارتكازى بالخيارات المجعوله شرعا لان الخيارات الشرعيه لا تكون رافعه للغرر الا بالدور الباطل كما قدمناه.

فتلخص ان الغرر يرتفع اما باشتراط الصحه في ضمن العقد و فى صورته تخلف الشرط يتحقق الخيار للمشتري و اما باصاله السلامه بمعنى بناء العقلاء ارتكازا على اشتراط الصحه فيكون البيع صحيحا و اما بالاختبار.

مسئله- اذا اشترى الغنم مثلا- مبتنيا على السلامه فاشترط البائع براءه ذمته عن العيب بان قال: بعتك الغنم سواء كان صحيحا أم معيبا بأن أبرأ ذمته.

فهذا عند

التحقيق اما يرجع الى تبرئه المبيع عن العيب بأن يقول: ان المبيع خال عن العيب فهذا يرفع الغرر لأنه فى صورته كونه معيبا يكون الخيار

دراساتنا من الفقه الجعفرى، ج ٣، ص: ٣٨٨

للمشترى.

و اما يرجع الى تبرئه البائع نفسه عن العيب فهذا لا يرفع به الغرر بل مؤكد له فيكون البيع باطلا هذا تمام الكلام اذا كان اختلاف الصفات راجعا الى الصحة و العيب.

و اما اذا لم يكن كذلك بان كان كلاهما من مراتب الصحة الا أن الاختلاف فيه يوجب تفاوت القيمة فان كان الغرر مرتفعا بقيام اماره او باخبار البائع اذا حصل منه الوثوق او بالاختبار اذا كان ممكنا فهو و اذا لم يكن شىء منها فهل يجوز بيعه بالتوصيف اذا كان له وصف منضبط أم لا بد من الاختبار.

و يظهر من بعض الكلمات التفصيل بين الغائب و الحاضر فجوز فى الاول دون الثانى و هذا كما قال به الشيخ تحكم لان التوصيف ان كان رافعا للغرر لا يفرق فيه بين الغائب و الحاضر و ان لم يكن رافعا له فايضا لا فرق فى عدم الجواز بين الغائب و الحاضر.

و ربما يستدل على اشتراط الاختبار بروايه محمد بن عيسى حيث قال سئلت أبا عبد الله (ع) عن رجل اشترى ما يذاق يذوقه قبل أن يشتري قال: نعم فليذوقه و لا يذوقن ما لا يشتري «١» و رواه البرقى فى المحاسن عن ابى سلمان الحذاء عن محمد بن الفيض مثله.

و فيها اشكال سند و دلالة. اما سندا فبمحمد بن عيسى و محمد بن فيض فالروايه ساقطه عن الاعتبار.

و اما دلالة فان التأمل فى الروايه يقتضى ان يقال: انها ناظره الى الجهة التكليفية بأن جواز الذوق يختص بصوره

الاشترء و اما فى غير صوره الاشترء لا ىذوق مالا ىشترى فلو كانت الروايه صحيحه من حيث السند لكانت مخصصه لأدله عدم جواز التصرف فى مال الغير بأنه يجوز فى صوره الاشترء.

(١)- الوسائل جلد ١٢ الباب ٢٥ من ابواب عقد البيع و شروطه الحديث (١)

دراساتنا من الفقه الجعفرى، ج ٣، ص: ٣٨٩

و يمكن ان يقال: بانه ارشاد الى الامر العادى فان البائع بحسب طبعه يرضى بالذوق بهذا المقدار و فى المقام روايه «١» أخرى لعله يستفاد منها المقصود لكن فى سندها محمد بن سنان و هو ضعيف فلا اعتبار بها أيضا فلا يمكن الاستدلال بالروايه.

و مقتضى القاعده الاوليه هو الاختبار اذا كان ممكنا بلا فرق بين الغائب و الحاضر او التوصيف اذا كان له وصف منضبط بلا فرق بين ان يكون اختلاف الاوصاف موجبا للاختلاف فى معظم المالىه و عدمه و ان فرق الشيخ بينهما.

و اما اذا كان الاختبار مفسدا للمبيع كما اذا كان المبيع كالبيض و البطيخ فان اختلاف الاوصاف اما يرجع الى الصحه و الفساد و قد مر انه لا يوجب الغرر.

و اما اذا لم يكن راجعا اليهما بل كان كلاهما من مراتب الصحه و لم يكن له وصف منضبط حتى يباع بالتوصيف و لا يكون الاختبار ممكنا على الفرض فهل يكون لسد باب الغرر طريق أم لا.

افاد السيد الاستاذ دام ظله ان البيع فى هذه الصوره لا بأس به و ان كان غرريا و هو متين جدا لجريان السيره عليها.

و يمكن رفع الغرر بوجه آخر بأن يجعل الخيار فيما لو لم يكن يسوى هذا المقدار من الثمن و ان شئت قلت: انه فى صوره الغبن يثبت الخيار.

«مسئله» لو فرض ان المشتري اشترى شيئا

معتمدا على اصاله الصحه و ظهر كونه معيبا.

فتارتا يظهر العيب بتصرف المشتري و اخرى بلا تصرف و على كلتا

(١)- الوسائل جلد (١٢) الباب ٢٥ من ابواب عقد البيع و شروطه الحديث (٢).

دراساتنا من الفقه الجعفرى، ج ٣، ص: ٣٩٠

الصورتين اما يكون عنوان المبيع محفوظا و فى هذه الصوره اما يكون الاختلاف فى الصفات موجبا لاختلاف القيمه و اما لا يكون موجبا له و اما لا يكون عنوان المبيع محفوظا اصلا فهذه الصوره أيضا على قسمين فانه تاره تسقط العين عن المالىه مع انتفاء عنوان المبيع و أخرى لا تسقط عن المالىه و ان لم يصدق عنوان المبيع عليها

فصول المسأله تكون ثمانية اقسام.

الصوره الاولى ما اذا ظهر كونها معيبه بغير التصرف فيها و كان الاختلاف موجبا لاختلاف القيمه

ففى هذه الصوره يتخير المشتري بين الرد و الاخذ مع الارش.

الصوره الثانيه ما اذا ظهر كونها معيبه من دون أن يتصرف فيها و لا يكون اختلاف الصفات موجبا لاختلاف القيمه

و له الرد فقط و اما الارش فلا لان المفروض عدم كون اختلاف الصفات موجبا لاختلاف القيمه فلا وجه للارش.

الصوره الثالثه ما اذا كان عنوان المبيع محفوظا و ظهر انه ليس له مالىه أصلا من دون ان يتصرف فيه

فان قلنا: يشترط فى المبيع أن يكون ذا مالىه يكون المعامله باطله من اصلها فلا يتحقق الرد و لا الارش لأنهما فرع صحه العقد.

و اما اذا قلنا: بعدم اشتراطه كما هو المختار فيكون البيع صحيحا و له الرد و أما الارش فلا لعدم ما به التفاوت فى المقام على الفرض لأنه فرض ان العين لا مالىه لها أصلا و ما به التفاوت فرع وجود المالىه فى الجمله.

الصوره الرابعه ما اذا ظهر عدم بقاء عنوان المبيع

كما اذا اشترى جوزا فظهر أنه قشر و لا- يصدق عليه الجوز الفاسد فيكون البيع باطلا- فى هذه الصوره قطعنا لان العقود تابعه للقصود فما وقع لم يقصد و ما قصد لم يقع فهذه الصور الاربعه التى ذكرنا حكمها انما كان فيما اذا ظهر العيب بلا تصرف فى

الصورة الخامسة ما اذا ظهر العيب بالتصرف فيه و كان اختلاف الاوصاف موجبا لاختلاف القيمة

فهل له ان يأخذ الارش فقط أم له الرد أيضا فظهر من المبسوط

دراساتنا من الفقه الجعفرى، ج ٣، ص: ٣٩١

انه ذكر قولاً- مفصلاً بينما كان التصرف بمقدار الاختبار و عدمه فان كان التصرف بمقدار الاختبار فله ان يرد و ليس هذا التصرف مانعاً عنه.

و لكنه خلاف التحقيق لوجود الروايات الداله على مانعيه التصرف عن الرد مطلقاً سواء كان للاختبار او لغيره من الاغراض.

و الحاصل ان التصرف الموجب لسقوط الرد لا- يفرق فيه بان يكون بداعى الاختبار أو ان يكون بداع آخر و الميزان بتحقيق التصرف المسقط حسب ما يستفاد من دليله على كلام و التفصيل موكول الى محله.

الصورة السادسة ما اذا ظهر العيب بالتصرف فيه الا ان الاختلاف فى الاوصاف لا يكون موجبا لتفاوت القيمة

ففى هذه الصورة لا- رد له و لا ارش اما الاول فلانه تصرف فى المبيع و هو مانع عن الرد كما ذكرناه و نبحت فيه بالتفصيل إن شاء الله فى محله و اما الثانى فلعدم الوجه له بعد ما فرضنا فى عدم ما به التفاوت فى المقام.

الصورة السابعة ما اذا ظهر بالتصرف عدم المالى له اصلا

ففى هذه الصورة أيضا لا رد و لا ارش له هذا ما يقتضى الصنائه العلميه الا ان هذا على خلاف ارتكاز المشرعه و لا يمكن الالتزام بعدم جواز رده مع أنه لم يقع فى مقابل ثمنه مال اصلا.

الصورة الثامنة ما اذا ظهر بالتصرف عدم صدق عنوان المبيع عليه اصلا

فيكون باطلا- من اصله فى هذه الصورة ثم انه اذا بنينا على بطلان البيع فيما اذا لم يكن لفاسده مالى اصلا يقع البحث فى ان بطلان البيع يكون بعد ظهور العيب او يكون ظهور العيب كاشفا من بطلان البيع من اصله.

و الحق ان يقال: كما قال الشيخ: ان البيع باطل من اصله لان اشتراط المالى على فرض اشتراطها واقعى لا علمى.

و تظهر الثمره بين القولين فى تصرفات البائع فى الثمن فعلى القول ببطلان

دراساتنا من الفقه الجعفري، ج ٣، ص: ٣٩٢

البيع بعد ظهور العيب يكون تصرفاته جائزه.

لكون التصرف في ماله و اما على القول ببطلان البيع من اصله يكون تصرفاته في الثمن فضوليه فتحتاج الى اجازة المشتري.

و يظهر من بعض ترتب ثمره اخرى على المسأله أيضا و هي ان مئونه النقل على البائع ان قلنا: ببطلان البيع من اصله و هي على المشتري ان قلنا: ببطلان البيع من حين ظهور العيب.

و يرد عليه بانه لا- وجه للقول: بكون مئونه النقل على البائع مطلقا و ما نزلت فيه آيه و لا روايه فلا بد ان يبحث فيه بأن مقتضى القاعدة ما هو.

فنقول: ان البائع ان غر المشتري فله ان يرجع الى البائع في كلتا الصورتين لان المغرور له ان يرجع الى الغار فلا يترتب ثمره على هذا البحث و ان لم يغره فلا وجه للرجوع الى البائع في كلتا الصورتين كما هو واضح و مما ذكرنا ظهران مئونه النقل على

البائع فى صورته التغير الوارد على المشتري لرجوع المغرور الى الغار، و الا فعلى المشتري، هذا تمام الكلام فى مؤونه النقل من موضع الاشرء الى مكان الاختبار.

و اما مؤونه الحمل من موضع الاختبار الى البائع، فعلى تقدير الغرور يرجع الى البائع، و على تقدير عدمه لا يبعد أن يكون على المشتري بمقتضى الشرط الارتكازى، فان مقتضاه لزوم رده اليه.

و اما المؤونه الزائده كما لو وضع فى المسجد فأمر المتولى باخراجه فالحق أيضا التفصيل بين الغرور و عدمه فعلى تقدير تحقق الغرور يرجع الى البائع لقاعده الغرور.

و ما أفاد سيدنا الاستاذ دام ظله بانه تكليف شرعى متوجه بالمشتري و لا يرتبط بالغرور غير تام، لأنه يصح أن يقال انه مغرور و لغروره وقع فى الضرر، و مع عدم الغرور يكون على المشتري، لان المفروض ان المشتري وضعه فى المسجد فيكلف

دراساتنا من الفقه الجعفرى، ج ٣، ص: ٣٩٣

بالاخراج غايه الامر يتصدى لإخراجه باذن الحاكم.

(بقى شىء) و هو ان البائع اذا تبرأ عن العيب فاذا قامت الاماره، أو حصل الوثوق باخبار البائع أو غيره يصح البيع و الا يكون باطلا للغرور فان تبرى البائع مع عدم طريق الى كون العين صحيحه يؤكد الغرور.

الكلام فى جواز بيع المسك فى الفأر

قوله (قدس سره) مسأله المشهور من غير خلاف يذكر جواز بيع المسك فى فاره... «١»

اقول: بيع المسك فى فاره لا اشكال فيه بحسب القاعده الاولى لشمول العمومات لمثل هذا البيع.

و ربما يقال: بعدم جواز بيعه لكونه دما نجسا فى اصله فبأصله عدم استحالته يحكم بنجاسته فى صورته الشك أيضا.

و يرد عليه اولاً- انه لا دليل على كون مطلق المسك دما فى اصله حتى يتمسك باستصحاب عدم الاستحاله فى صورته الشك فيها.

و ثانياً انه على تقدير

التسليم انه كان دما فى اصله و يكون نجسا بالاستصحاب و لكننا نقول: لا دليل على عدم جواز بيع النجس مطلقا بل يقتصر ذلك بما ورد النص فيه بخصوصه غايه الامر اشتراط منفعه معتده بها.

و ثالثا كونه نجسا اول الكلام و ربما يقال: انه يكون غرريا للجهل بكيفيه المسك.

اقول: اما الغرر فتاره يكون من جهه الشك فى صحه المسك و عيبه فيندفع

(١)- المكاسب ص ٢٠٣ السطر (٢٨)

دراساتنا من الفقه الجعفرى، ج ٣، ص: ٣٩٤

باصاله السلامه التى هى معتده عند العقلاء فى معاملاتهم.

و اخرى من جهه الشك فى اوصافه التى تدور معها قيمه فاذا كان له اوصاف خارجيه يعرف بها الوصف الذى له دخل فى قيمه فيعرف بها و بهذا يندفع الغرر كما انه لو لم يمكن توصيفها و لكن البائع عالم بها و لكنه لا يعلن للمشتري و لكنه أيضا يعلم انه لا يقع فى الخطر لوصول المسك بمقدار الثمن اليه فلا غرر أيضا.

و اما اذا فرض عدم امكان التوصيف و لا يمكن علم المشتري بوصول ما باء الثمن اليه يختبر بادخال خيط فيها باره ثم يخرجها عن الفأره و يشمه حتى يعلم بذلك كيفيه المسك و يندفع الغرر بذلك و لا يكون ضامنا لما يوجب ادخال الابره فيه من النقص و ان قلنا بالضمان فى باب المقبوض بالسوم.

و لا- يقاس المقام بذلك الباب فعلى تقدير القول بالضمان فى ذلك الباب لا وجه للقول به فى المقام فان الضمان فى ذلك الباب يمكن ان يكون من باب الضمان فى العاربه بالاشترط بان نقول: المقبوض بالسوم عاربه مضمونه فى يد من يريد الاشرء و لذا نقول هناك بالضمان و لو مع التلف السماوى و لا نقول بالضمان

هنا و ان كان التلف باتلاف المشتري لكون البائع راضيا بهذا الاتلاف الواقع للاختبار و اماما في التذكرة و قد روى عن الصادق جواز بيعه «١» فلا اعتبار به من جهة الارسال.

[الظاهر من العلامة عدم جواز بيع اللؤلؤ في الصدف]

قوله (قدس سره) ثم ان الظاهر من العلامة عدم جواز بيع اللؤلؤ في الصدف الخ «٢».

اقول ان البحث يقع تارة من جهة الشك في وجود اللؤلؤ في الصدف و عدمه و اخرى من جهة صحته و سقمه مع فرض العلم بوجوده و ثالثة من جهة تفاوت أفراد اللؤلؤ بحيث يكون موجبا لتفاوت رغبات الناس و اختلاف القيمة.

(١)- التذكرة المجلد (١) الصفحة (٤٧١) السطر (٢٩).

(٢)- المكاسب ص (٢٠٤) السطر (١).

دراساتنا من الفقه الجعفري، ج ٣، ص: ٣٩٥

اما القسم الاول و هو ما لو شك في وجود اللؤلؤ فيه و عدمه فنقول: اذا حصل الاطمئنان بقيام اماره او باخبار البائع او بطريق آخر بوجود اللؤلؤ في الصدف فلا اشكال في صحه البيع من هذه الجهة و اما مع الشك في وجوده و عدمه فربما يقال:

ببطلان البيع لكونه غرريا.

و يرد عليه اولاً ان البيع وقع على فرض وجود اللؤلؤ فيه و معلق عليه و هذا التعليق غير مضر في البيع لأنه تعليق على شىء يتوقف عليه صحه العقد و القدر المتيقن من بطلان التعليق غير هذا المورد.

و ثانياً انه على تقدير عدم اللؤلؤ في الصدف يكون البيع باطلاً من أصله لانتفاء موضوعه فلا يقع البيع اصلاً حتى يكون غررياً و بعباره اخرى لا- يكون غرر و خطر اذ على فرض وجوده ينتقل الى المشتري في مقابل الثمن و على فرض عدمه لا يتحقق انتقال كى يكون فيه خطر.

و اما القسم الثانى و هو ما لو شك في

صححة اللؤلؤ في الصدف و عيبه ففي هذه الصورة أيضا يكون البيع صحيحا غاية الامر في صورته ظهور العيب يجوز للمشتري أن يفسخ العقد.

و اما القسم الثالث و هو ما يكون الوجه في الفساد تفاوتت كصفات الافراد كما يتضح ذلك في الذهب فان بعض افراده ذهب خالص يسمى بالفارسيه بعيار كذائي و بعض افراده يكون دانيا فان الاختلاف في الكيفيات موجب لاختلاف قيمه و رغبات الناس فاذا كان له وصف منضبط كي يعرف به فهو و بذلك يندفع الغرر فيكون البيع صحيحا.

و اما اذا لم يكن له وصف منضبط و لا يكون أيضا متعارفا عند العرف و لا يمكن اختباره فربما يحكم ببطلان البيع لكونه غرريا. و فيه انا لا- نسلم كونه غرريا مطلقا لإمكان اشتراط الخيار في صورته عدم الوصف الذي له دخل في زياده قيمه فيندفع الغرر بذلك و لا محذور فيه الا توهم

دراساتنا من الفقه الجعفري، ج ٣، ص: ٣٩٦

لزوم الدور بان يقال: ان صححة الخيار تتوقف على صححة العقد فاذا فرض توقف صححة العقد على صححة الخيار يكون دوريا. و لكننا اجبنا سابقا عن هذا المحذور بأن الدور يلزم اذا كان المراد من الخيار هو الشرعي و اما اذا كان المراد منه الخيار الجعلي عند العرف فلا يلزم الدور.

[مسئله لا فرق في عدم جواز بيع المجهول بين ضم معلوم اليه و عدمه]

قوله (قدس سره) مسئله لا فرق في عدم جواز بيع المجهول بين ضم معلوم اليه و عدمه الخ «١»

اقول المستفاد من كلامهم ان الاقوال في المسألة ثلاثه.

الاول الجواز مطلقا.

الثاني المنع مطلقا.

الثالث التفصيل بينما اذا كان المجهول مقصودا بالاستقلال و بينما اذا كان تبعا للمعلوم فجوزوا البيع في الثاني دون الاول و التحقيق أن يبحث في المقام في موردين.

الاول ان يبحث في مقتضى القاعده بأنه الجواز

الثانى فى مقتضى الادله الثانويه اعنى الروايات.

اما المورد الاول فنقول اذا كان المجهول و المعلوم مقصودين بالاستقلال فلا اشكال فى صحه البيع ظاهرا لان مرجع البيع يكون الى بيع السمك الموجود مع ما فى الاجام مثلا بالنسبه الى المجهول يكون البيع معلقا فاذا ظهر عدم سمك فى الاجام يكون البيع بالنسبه اليه باطلا.

(١)- المكاسب ص (٢٠٤) السطر (٢).

دراساتنا من الفقه الجعفرى، ج ٣، ص: ٣٩٧

فلا مجال لتوهم ان البيع غررى لأنه لا ينعقد البيع اصلا مع عدم وجود السمك فى الاجام حتى يرد عليه بان المبيع اذا كان مكيلا او موزونا يشترط فيه الكيل او الوزن و اما اذا ظهر كون السمك فى الاجام أيضا فالامر فيه واضح.

فتلخص ان البيع بالنسبه الى الموجود من السمك منجز فعلا- و يترتب عليه آثاره و بالنسبه الى ما فى الاجام معلق على وجوده فيها و هذا التعليق لا يكون مبطلا للبيع كما قد منا آنفا لأنه تعليق على ما يتوقف عليه صحه العقد و هو وجود الموضوع هذا اذا كان توهم الغرر من جهه وجود السمك و عدمه.

و اما اذا كان من جهه اختلاف الاوصاف الموجب لاختلاف الرغبات فاذا كان له وصف منضبط كى يعرف به حتى يخرج عن كونه غرريا او اذا جعل الخيار فى صورته تخلف الوصف الذى وقع عليه العقد يكون البيع صحيحا أيضا لعدم لزوم الغرر فيه.

و اما اذا لم يكن له وصف منضبط و كذا لم يجعل الخيار فيكون البيع باطلا.

و اما ان كان منشأ الاشكال الجهل بالمقدار فان كان من المكيل و الموزون و بعبارة اخرى ان كان مما يشترط فيه بالنص ان يكون معلوما فيكون الجهل موجبا للبطلان و الا فلا

هذا اذا كان المجهول مقصودا بالاستقلال.

و اما اذا كان مقصودا بالتبع فان كان مما يتسامح فيه عرفا فلا اشكال و ان لم يكن كذلك لكن كان بنحو التبعيه بحيث لا يقسط عليه الثمن فلنا ان نقول: بصحة البيع أيضا لان الروايات الداله على اشتراط الكيل فى المكيل و الوزن فى الموزون و عدم جواز بيع ما كان مجهولا كيله او وزنه لا تشمل لما اذا كان المجهول شرطا للمبيع فان المستفاد منها ان المبيع اذا كان مجهولا كيله او وزنه يكون بيعه باطلا.

و اما اذا لم يكن المبيع مجهولا بل كان شرطه مجهولا كما فى المقام فلا تشمله الروايات الا بتنقيح المناط الظنى و هو لا يفيد لان الظن لا يغنى عن الحق شيئا.

فتلخص ان البيع لا يكون باطلا من ناحيه كون ما انضم اليه مجهولا.

دراساتنا من الفقه الجعفرى، ج ٣، ص: ٣٩٨

و ربما يقال: ببطلانه من ناحيه لزوم الغرر فيه و انكره العلامه و النائينى قدس سرهما حيث قالوا: بعدم البطلان.

و الحق أن يقال: ان الغرر على تقدير عدم كونه موجبا للبطلان كما قويناه فلا مجال للإشكال.

و اما على مسلك القوم القائلين بكون الغرر مبطلا للبيع فلا بد أن يفصل بينما اذا كان المدرك فيه الاجماع او الروايه.

فان كان المدرك فيه الاجماع فيؤخذ فيه بالقدر المتيقن منه و هو ما اذا كان المبيع مجهولا و اما اذا لم يقع المجهول مبيعا بل المبيع هو الموجود الخارجى المعلوم و انما جعل شرطا فيه فلا يمكن أن يقال: بكون الغرر موجبا للبطلان فيه.

و اما اذا كان المدرك فى كون الغرر مبطلا هى الروايه فكلما يصدق عليه الغرر سواء كان من ناحيه المبيع او من ناحيه الشرط فى

ضمنه يشمل اطلاق الروايه الداله على ان البيع الغررى باطل.

و ربما يظهر من بعض الكلمات فى معنى التبعية بأن لا يكون المجهول مقصودا بالبيع و يعد فى العرف تابعا للمعلوم كالمسماز فى الجدار و مفتاح الدار و البيض الذى فى جوف الدجاجه و غيرها.

و لكن الحق أن يقال. ان التبعية بهذا المعنى لا توجب تفصيلا فى المقام لان المجهول على هذا لم يلاحظ أصلا فلا يلزم منه غرر.

و ربما يظهر من العلامه فى المختلف تفصيلا آخر فى معنى التبعية بانه عباره عما لا- يتعلق به الغرض فاذا لم يتعلق الغرض بالمجهول يكون البيع صحيحا بخلاف ما اذا تعلق به الغرض فلا يكون صحيحا.

أقول: ان كان المراد من الغرض الشخصى فلا- يمكن الالتزام به لأنه اذا فرض كون الغرر موجبا لبطلان البيع يكون البيع باطلا سواء تعلق الغرض الشخصى بالمجهول أم لا.

دراساتنا من الفقه الجعفرى، ج ٣، ص: ٣٩٩

و ان كان المراد منه الغرض النوعى فلا وجه للتفصيل أيضا لأنه اذا علم المشتري انه يصل اليه ما يقابل الثمن و وجود الضميمة ينفعه و عدمه لا يضره ففى هذه الصورة لا وجه للبطلان اذ لا موجب له.

و افاد الاستاذ بأن البيع يكون باطلا فى هذه الصورة أيضا لكونه غرريا خصوصا بالنسبه الى البائع.

و يرد عليه ان البائع اذا لا يعلم الضميمة يكون البيع بالنسبه اليه غرريا فما افاده الاستاذ بالنسبه اليه متين و اما المشتري فلا يكون البيع غرريا بالنسبه اليه على نحو الاطلاق فانه لو علم بوصول ما قابل الثمن اليه فلا يكون غرر بالنسبه اليه على نحو الاطلاق.

و افاد صاحب الجواهر بأن المجهول ان كان مقصودا بالتبع يصح البيع و ان كان مقصودا بالاستقلال

لا يصح.

أقول: ان كان مراده من التبعية ان يجعل المجهول تابعا للمعلوم فى عالم الاثبات فهذا لا يرجع الى محصل و ان كان مراده ان يجعل المجهول تابعا للمعلوم ثبوتا بأن لا- يتعلق الغرض بالمجهول فى المعامله فكلامه يرجع الى كلام العلامه فليس تفصيلا مستقلا فى المقام.

فتلخص مما ذكرنا عدم الاشكال فى بيع المعلوم مع ضميمه المجهول اذا كان المجهول مقصودا بالتبع و لا يلزم منه الغرر هذا بحسب القاعده الاولى.

و اما بالنظر الى الادله الثانويه و هى الروايات الوارده فى المقام و هى كثيره.

منها ما عن ابى عبد الله عليه السلام قال: اذا كانت اجمه ليس فيها قصب اخرج شيئا من السمك فيباع و ما فى الاجمه. «١»

فهذه الروايه تدل على جواز بيع المعلوم منضمما الى المجهول مطلقا سواء كان المجهول مقصودا بالتبع أم لا، الا انها ضعيفه من حيث السند اولا بارسالها و

(١)- الوسائل جلد ١٢ الباب ١٢ من ابواب عقد البيع و شروطه الحديث (٢)

دراساتنا من الفقه الجعفرى، ج ٣، ص: ٤٠٠

ثانيا بسهل بن زياد و لا يندفع الاشكال بأن الارسال فى المقام لا يضر بالروايه لكون المرسل مثل البنظى فان مراسيله كمسانيده و بان الامر فى سهل كما حققناه فاذا سقطت الروايه عن الاعتبار سندا فلا مجال للبحث عن دلالتها لعدم ترتب أثر عليها.

و منها روايه معاويه بن عمار عن ابى عبد الله عليه السلام قال: لا بأس ان يشتري الاجام اذا كانت فيها قصب «١» و هذه الروايه لا بأس بها سندا.

و منها ما عن بعض اصحابنا عن ذكرى عن رجل عن ابى بصير عن ابى عبد الله عليه السلام فى شراء الاجمه ليس فيها قصب انما هى ماء قال: تصيد

كفا من سمك تقول: اشترى منك هذا السمك و ما فى هذه الاجمه بكذا و كذا «٢» و هذه الروايه ضعيفه سندا.

و منها ما عن محمد ابن يحيى عن احمد بن محمد عن الحسين ابن سعيد عن أخيه الحسن عن زرعه عن سماعه قال: سألته عن اللبن يشتري و هو فى الضرع فقال:

لا الا أن يحلب لك منه اسكرجه فيقول: اشتر منى هذا اللبن الذى فى اسكرجه و ما فى ضروعها بثمان مسمى فان لم يكن فى الضرع شىء كان ما فى الاسكرجه «٣» و لا بأس بهذه الروايه أيضا.

و منها ما عن محمد بن يعقوب عن محمد بن يحيى عن احمد بن محمد عن ابن محبوب عن ابراهيم الكرخى قال: قلت: لأبى عبد الله عليه السلام ما تقول: فى رجل اشترى من رجل اصواف مائة نعجه و ما فى بطونها من حمل بكذا و كذا درهما فقال: لا بأس بذلك ان لم يكن فى بطونها حمل كان رأس ماله فى الصوف «٤» و هذه الروايه أيضا لا بأس بها و ان كان فى ابراهيم كلام فالسند مخدوش.

و منها ما عن محمد بن يحيى عن عبد الله بن محمد عن على بن حكيم عن حميد

(١)- الوسائل جلد ١٢ الباب (١٢) من ابواب عقد البيع و شروطه الحديث (٥)

(٢)- الوسائل جلد ١٢ الباب (١٢) من ابواب عقد البيع و شروطه الحديث (٦)

(٣)- الوسائل جلد ١٢ الباب ٨ من أبواب عقد البيع و شروطه الحديث (٢)

(٤)- الوسائل جلد ١٢ الباب ١٠ من أبواب عقد البيع و شروطه الحديث (١)

دراساتنا من الفقه الجعفرى، ج ٣، ص: ٤٠١

ابن زياد عن الحسن بن محمد بن سماعه عن غير واحد جميعا عن

ابان بن عثمان عن اسماعيل بن الفضل الهاشمي عن ابي عبد الله عليه السلام في الرجل يتقبل بجزيه رءوس الرجال و بخراج النخل و الاجام و الطير و هو لا يدري لعله لا يكون من هذا شىء ابدأ او يكون أ يشتريه و فى اى زمان يشتريه و يتقبل منه.

قال: اذا علمت ان من ذلك شيئاً واحداً انه قد أدرك فاشتره و تقبل به «١» و هذه الروايه ضعيفه السند.

و هنا شبهات اربع الاولى ان الروايات أجنبيه عن المقام لأنها ناظره الى ما شكك فى وجود المبيع و عدمه و البحث انما يكون فى الشك فى صفاته بعد كون أصله مفروغاً عنه.

و أجاب الاستاذ بان الشك فى وجود المبيع و عدمه اذا لم يكن مضراً بصحته بمقتضى الروايات فلا يكون الشك فى صفاته مضراً فيه بطريق الاولى.

و فيه انا لا- نسلم الاوليه فى المقام لأنه على تقدير الشك فى وجود المبيع و عدمه لا يكون البيع غرورياً لكون البيع معلقاً على وجود المبيع و لا يكون هذا التعليق مبطلاً للبيع كما قدمناه فاذا ظهر عدم وجود المبيع فلا ينعقد البيع من أصله فلا يلزم منه الغرر بخلاف الشك فى بعض جهاته و صفاته فان الجهل به يوجب الغرر و لا يمكن تعليق البيع على وجودها لكونه مبطلاً للبيع لكن اصل الاشكال موهون فان النصوص تشمل ما كان الشك فى صفه الموجود.

الثانيه ان ما فى اسكرجه غير معلوم وزنه فيكون انضمامه الى ما فى ضروعها ضم المجهول الى المجهول و المستفاد من الروايه ان الضم مصحح للبيع و الحال انه خلاف ما تسالم عليه الفقهاء.

و يرد عليه اولاً ان اعراض المشهور لا يوجب رفع اليد عن

الروايه بعد تماميه جهاتها كما ان عملهم على طبقها لا يجبر ضعفها بعد كونها ساقطه عن الاعتبار.

(١)- الوسائل جلد ١٢ الباب ١٢ من أبواب عقد البيع و شروطه، الحديث (٤)

دراساتنا من الفقه الجعفري، ج ٣، ص: ٤٠٢

و ثانيا ان ما أجاب به الاستاذ عن الاشكال بأن الروايه تدل على صحه البيع في صوره ضم اسكرجه الى ما في الضرع اذا كان صحه بيع اسكرجه مفروغه عنها و اما انه هل هو صحيح أم لا- فلا- يكون الروايه ناظره اليها و ليست في مقام بيانها كما أنها لا تكون في مقام بيان طهارتها و نجاستها.

الثالثه ان الكف من السمك لا يجوز بيعه لكونه من الموزون.

و اجاب الاستاذ اولا بأنه ليس موزونا مطلقا بل يباع في بعض النقاط بالعد أيضا.

و ثانيا يمكن ان يحصل العلم بالوزن بما في الكف بوجه من الوجوه.

الرابعه ان الروايات مختصه بمواردها و لا يمكن التعدي الى غيرها و فيه ان هذا صحيح فيما لا يستفاد منها عموم العله و اما اذا استفيد ذلك منها كما في المقام فلا بأس بالتعدي من موردها.

فتلخص ان مقتضى الروايات جواز بيع المعلوم اذا ضم اليه المجهول مطلقا بلا- فرق بين ان يكون المجهول مقصودا بالتبع او بالاستقلال هذا تمام الكلام في مسئله بيع المجهول منضمنا اليه المعلوم.

[مسئله يجوز أن يندر لظرف ما يوزن مع ظرفه مقدار يحتمل الزيادة و النقصه]

قوله قدس سره «مسئله» يجوز أن يندر لظرف ما يوزن مع ظرفه مقدار يحتمل الزيادة و النقصه على المشهور ... «١»

اقول أفاد المرزا النائيني ره ان موضوع هذه المسأله غير موضوع المسأله

(١)- المكاسب ص ٢٠٦ السطر (٣).

دراساتنا من الفقه الجعفري، ج ٣، ص: ٤٠٣

الآتيه و هي بيع المظروف مع ظرفه فان هذه المسأله عباره عن بيع المظروف فقط دون ظرفه و

يتفرع عليه مسئلة الاندار و هى بيع ما يوزن و اندار مقدار لظرفه.

أقول: يقع البحث تاره بالنسبه الى القاعده الاوليه و أخرى بلحاظ الروايات الوارده فى الباب. أما الاول فيتصور الاندار بوجوه.

الاول وزن الظرف و المظروف فيكون وزن المجموع معلوما و اما الظرف بخصوصه فلا يكون وزنه معلوما فيندر من المجموع مقدار يحتمل الزيادة و النقيصه فهذه الصوره لا ريب فى بطلانها لكون المبيع مجهولا سواء لزم منه الغرر أم لا للروايات الداله على عدم جواز بيع الموزون الا- بالوزن و كذلك عدم جواز بيع المكيل الا بالكيل فالبطالان لا يكون مستندا الى الغرر بل انما هى للنص و التراضى لا يرفع الجهل

الثانى ان يبيع المجموع بعنوان كل رطل منه بدرهم مثلا فهذه الصوره باطله أيضا و ان لم يلزم منه الغرر للجهل بمقدار المبيع.

الثالث أن يوزن المظروف مع ظرفه و يباع المظروف بتمامه، و حكم هذه الصوره هو الفساد، اذ المستفاد من الادله اشتراط العلم بمقدار الموزون.

الرابع أن يشتري خمسه امان مثلا- و يعلم ان ما فى الظرف من البيع لا- يكون أقلّ من خمسه امان فلا اشكال فى صحته و ان جهل بنسبه خمسه امان الى المجموع و هو غير قاذح كما بيناه فى بيع صاع من الصبره و لو شك فى مقام تسليم المبيع الى المشتري بأنه وصل اليه حقه أم لا فمقتضى الاستصحاب عدمه.

فتلخص ان البائع لو اندر مقدارا للظرف بحيث يحصل العلم او الاطمينان بمقدار المبيع او كان الاندار بما تعارف بين الناس أو حصل التراضى منهما على ذلك يكون صحيحا.

ان قلت: ان الامر اذا دار بين الاقل و الاكثر غير الارتباطيين يكون المرجع هو البراءه بالنسبه الى الزائد و

ذلك كما اذا لا يعلم زيد مثلا انه استدان من عمر و خمسه فلوس او عشره فيجربى البراءه بالنسبه الى العشره، و المقام من هذا القبيل فان البراءه محكمه بالنسبه الى الزائد.

دراساتنا من الفقه الجعفرى، ج ٣، ص: ٤٠٤

قلت: لا- مجال لجريان البراءه لان البائع يعلم تفصيلا ان حق المشتري خمسه أمنان مثلا و لكنه يشك فى انطباق حقه على ما فى الخارج فاستصحاب العدم الازلى يقتضى عدمه و لا- يشك فى حقه حتى تجرى البراءه بالنسبه الى غير ما تيقن به هذا تمام الكلام بالنظر الى القاعده الاولى.

و اما بالنظر الى الروايات فى المقام ثلاث روايات يمكن ان يتمسك بها لإثبات الجواز.

الاولى ما رواه محمد بن الحسن باسناده عن الحسن بن محمد بن سماعه عن عبد الله بن جبله عن على بن ابي حمزه قال: سمعت معمر الزيات يسأل ابا عبد الله (ع) فقال: جعلت فداك انى رجل اباع الزيت الى ان قال: قلت: فانه يطرح لظروف السمن و الزيت لكل ظرف كذا و كذا رطلا فربما زاد و ربما نقص فقال: اذا كان ذلك عن تراض منكم فلا بأس «١».

و هذه الروايه و ان امكن التمسك بها من حيث الدلاله على الجواز و لكن من حيث السند ضعيفه بعلى بن حمزه حيث يحتمل ان يكون المراد منه البطائى.

الثانيه ما رواه عبد الله بن جعفر فى قرب الاسناد عن عبد الله بن الحسن عن جده على بن جعفر عن اخيه موسى ابن جعفر عليه السلام قال: سألته عن الرجل يشتري المتاع وزنا فى الناسيه و الجوالق فيقول: ادفع للناسيه رطلا او أقل او اكثر من ذلك أ يحل ذلك البيع قال اذا لم يعلم وزن

الناسيه و الجوالق فلا بأس اذا تراضيا «٢».

و هذه الروايه أيضا ضعيفه بعبد الله ابن الحسن فانه لم يوثق فلا تكون مستنده

(١)- الوسائل جلد ١٢ الباب (٢٠) من أبواب عقد البيع و شروطه، الحديث (١).

(٢)- الوسائل المجلد ١٢ الباب (٢٠) من أبواب عقد البيع و شروطه، الحديث (٣).

دراساتنا من الفقه الجعفرى، ج ٣، ص: ٤٠٥

و ان كانت من حيث الدلاله لا بأس بها.

الثالثه موثقه حنان و هى العمده فى الباب قال كنت جالسا عند ابى عبد الله (ع) فقال. له معمر الزيات انا نشترى الزيت فى زقاقه و يحسب لنا فيه نقصان لمكان الزقاق فقال: ان كان يزيد و ينقص فلا بأس و ان كان يزيد و لا تنقص فلا تقربه «١»

و هذه الروايه تدل على جواز الاندار بلا اشتراط العلم بمقدار المبيع اذا كان قد يزيد و قد ينقص.

و اما اذا كان زائدا دائما فلا- يجوز و الظاهر من الروايه ان الاندار راجع الى الرتبه السابقه على البيع اى يندر للبيع لا ان يندر لتسليم المبيع فاذا ثبت جواز الاندار للروايه المذكوره فهل يمكن التعدى الى غير موردها أم لا، يمكن ان يقال:

بجواز التعدى الى كل مورد يكون من سنخ الزيت فى كونه مائعا كالجلاب و الدبس و غيرهما من المائعات.

و الحاصل انه يتعدى الى كل مورد يكون من قبيل المذكور فى الروايه و من هذا ظهر لك عدم جواز التعدى الى بيع كل ما فى الظرف و جواز الاندار فيه على الاطلاق كما اذا كان المظروف من قبيل الحنطه فانه لا يمكن التعدى من مورد الروايه الى كل مورد لعدم الاطلاق فى الروايه و عدم تنقيح المناط القطعى.

[مسأله يجوز بيع المظروف مع ظرفه الموزون معه و ان لم يعلم الا بوزن المجموع]

قوله (قدس سره): مسأله يجوز بيع

المظروف مع ظرفه الموزون معه و ان لم يعلم الا بوزن المجموع على المشهور ...

اقول: يقع الكلام فى جواز بيع المظروف مع ظرفه، و هذا يتصور على أقسام ثلاثة.

الاول أن يكون وزن المجموع كافيا لبيع كل جزء منه، أو لم يكن الوزن شرطا فى بيعه فلا شبهه فى جواز بيعه.

(١)- الوسائل جلد ١٢ باب ٢٠ من ابواب عقد البيع و شروطه الحديث (٤).

دراساتنا من الفقه الجعفرى، ج ٣، ص: ٤٠٦

الثانى ان لا يكون وزن المجموع كافيا لبيع كل جزء منه لعدم اندار متعارف فيه كى يكون مقدار كل جزء معيناً.

قال الشيخ: لو كان فى هذه المعامله غرر شخصى تكون باطله كما لو باع سبيكه من ذهب مردد بين مائه مثقال و الف مع وصله من رصاص قد بلغ وزنها ألفى مثقال فان الاقدام على هذا البيع اقدام على ما فيه الخطر.

و افاد السيد الاستاذ بأن البيع صحيح بتقريب ان احتمال الغبن لا يكون موجبا للبطلان بل للمغبون خيار اذا ظهر الغبن.

و فيه ان الخيار يكون فيما يعلم المشتري ما اشتراه بان ثمنه وقع فى مقابل كتاب المكاسب مثلا و لكنه يحتمل ان يكون مغبونا فى قيمته و اما اذا لا- يعلم ما اشتراه من أنه فضه او رصاص فلا- يعلم ان الثمن وقع فى مقابل اى منهما فهنا يكون البيع غرريا فيكون باطلا كما افاده الشيخ.

و اما مع انتفاء الغرر الشخصى فلا- يكون مانعا فى صحه البيع الا- النص الدال على لزوم اعتبار الكيل فى المكيل و الوزن فى الموزون و هو أيضا لا- يصلح للمانع فيه فى المقام لان المستفاد منه اعتبار العلم بوزن المجموع و هو حاصل هنا دون معرفه كل جزء منه فعدم العلم

به غير قاذح.

أقول: ان المركب من المجموع تاره يحصل له حقيقه ثالثه فى مقابل كل جزء منه و ذلك كما فى سکنجبین فانه حقيقه ثالثه فى مقابل الخل و الانجبین و ان كان مرکبا عنهما الا انه بالترکب صار حقيقه ثالثه. ففى هذه الصوره اذا كان المجموع معلوما وزنا يكفى فى صحه بيعه و لا يحتاج الى معرفه وزن كل من الخل و الانجبین و اما اذا لم يكن المجموع حقيقه ثالثه كالزيت مع ظرفه فان معلوميه المجموع لا يكفى فى صحه بيع المجموع.

الثالث ان يكون وزن المجموع كافيا و مؤثرا فى جزء دون جزء آخر و ذلك كما اذا باع الفضة المحشى بالشمع فاذا باع الفضة بوزن المجموع يكون صحيحا

دراساتنا من الفقه الجعفرى، ج ٣، ص: ٤٠٧

لوجود اندار متعارف للشمع فيكون مقدار الفضة معلوما بخلاف ما اذا باع الشمع بوزن المجموع فلا يصح بيعه لعدم اندار متعارف للفضه فيكون وزن الشمع مجهولا فيبطل البيع.

و الحاصل انه اذا باع الفضة استقلالاً و يكون الشمع تابعا له فلا ريب فى صحته و اما اذا باع الشمع و يكون الفضة تابعه له فيكون البيع باطلا. او باع كل منهما على نحو الاستقلال فايضا يكون البيع باطلا و السر فى بطلان الاخيرين هو الجهل بمقدار المبيع.

قوله: ان بيع المظروف مع الظرف يتصور على صور ...

أقول: ان بيع المجموع يتصور على وجوه ثلاثه. الاولى ان يباع الظرف و المظروف بعشره دنانير، فظهر كون الظرف مال الغير، فلا يقسط الثمن بالمناصفه بينهما، بل يقوم كل من الظرف و المظروف على حده، و يلاحظ نسبه قيمه الظرف الى المجموع فيؤخذ منه بهذه النسبه فاذا كان قيمه الظرف درهما و قيمه المظروف تسعه

دراهم كان للظرف عشر الثمن و هكذا.

الثانيه ان يباع المظروف مع ظرفه على أن كل رطل من الزيت مثلا بثمانيه دراهم و كان قيمه المجموع عشره دراهم فيؤخذ قيمه الزيت و يكون قيمه الظرف ما بقى منه فاذا لم يكن في الظرف إلا رطل واحد من الزيت فيؤخذ ثمانيه دراهم له فيبقى درهمان للظرف.

الثالثه ان يباع كل رطل من مجموع الظرف و المظروف بدرهم مثلا بأن يلاحظ الظرف و المظروف شيئا واحدا فاذا ظهر كون الظرف للغير فيندر بمقدار الظرف فاذا كان وزن المجموع عشره أرطال و كان وزن الظرف رطلين فيندر الرطلان عن المجموع فيبقى له ثمانيه ارطال. و اما اذا لم يلاحظ المجموع شيئا واحدا بأن يباع المركب من المظروف و الظرف فلا يصح في هذه الصوره اصدار وزن الظرف، لا مكان كون قيمه رطلين من الظرف مساويه مع قيمه المظروف

دراساتنا من الفقه الجعفري، ج ٣، ص: ٤٠٨

فطريق التقسيط حينئذ يكون بتقويم الظرف تاره و قيمه المجموع أخرى و يلاحظ النسبه بينهما فيؤخذ من المجموع بهذه النسبه قوله قدس سره.

[تنبيهات البيع]

[ينبغي استحباب التفقه في مسائل الحلال و الحرام المتعلقة بالتجارات]

«مسئله» المعروف بين الاصحاب تبعا لظاهر تعبير الشيخ بلفظ ينبغي استحباب التفقه في مسائل الحلال و الحرام المتعلقة بالتجارات ليعرف صحيح العقد من فاسده و يسلم من الربا الخ «١»

اقول هل يجب تعلم مسائل المعاملات او يستحب اولا هذا و لا ذاك الحق هو الاخير لعدم قيام الدليل على وجوبه او استحبابه عدا ما توهم من الروايات الوارده في المقام الا أن كلها ضعيفه السند لا يمكن ان يعتمد عليها. و إليك الروايات التي يمكن ان يستدل بها على المدعى.

منها ما رواه محمد بن يعقوب عن عده من اصحابنا عن احمد بن محمد عن

عثمان بن عيس عن ابي الجارود و عن الاصمغ بن نباته قال سمعت امير المؤمنين عليه السّلام يقول: على المنبر، يا معشر التجار الفقه ثم المتجر الفقه ثم المتجر الفقه ثم المتجر و الله للربا في هذه الامه أخفى من ديب النمل على الصفا شوبوا ايمانكم بالصدق، التاجر فاجر و الفاجر في النار الا من أخذ الحق و اعطى الحق «٢».

و هذه الروايه ضعيفه بعثمان ابن عيسى و ابن جارود فانهما لم يوثقا و سند الصدوق الى اصمغ ابن نباته على فرض كونه صحيحا يناقش في اصمغ فانه و ان كان من شرطه الخميس و من كبار صحابه الامام أمير المؤمنين عليه السّلام الا انه لم يوثق في كتب

(١)- المكاسب ص (٢٠٨) السطر (١٦)

(٢)- الوسائل المجلد ١٢ الباب (٤) من ابواب آداب التجاره الحديث (١)

دراساتنا من الفقه الجعفري، ج ٣، ص: ٤٠٩

الرجال فلا يقبل روايته.

و منها ما رواه طلحه ابن زيد عن ابي عبد الله (ع) قال: قال امير المؤمنين (ع) من اتجر بغير علم ارتطم في الربا ثم ارتطم و هذه الروايه مخدوشه بطلحه «١» و منها قوله (ع) كان امير المؤمنين (ع) يقول: لا يقعدن في السوق الا من يعقل الشراء و البيع «٢» و هذه الروايه ساقطه بالارسال.

و منها مرسله الصدوق قال الصادق (ع): من اراد التجاره فليتفقه في دينه «٣» و هذه الروايه مرسله ساقطه عن الاعتبار. فهذه الروايات باجمعها قابله للمناقشه سندا فلا يمكن الاعتماد عليها.

و ثانيا على فرض تسليم سندها لا تدل على الحكم التكليفي بل انما هي ارشاد الى ان من يريد ان يعرف العقد الصحيح من السقيم و يسلم عن الربا فلا بد أن يتعلم مسائل التجارات. و

من هذا اتضح لك فساد ما ذهب اليه الشيخ ره بأن المستفاد من الروايات وجوب التفقه فى مسائل المتعلقة بالتجاره لما عرفت من ضعف الروايات اولاً و عدم دلالتها على الحكم التكليفى ثانياً.

و كذا لا- يمكن المساعده على ما أفاده قدس سره لإثبات وجوب التعلم من أن الاصل فى المعاملات هو الفساد فان فساد المعامله من لحاظ اصاله الفساد لا يقتضى وجوب التعلم بل غايته الاحتراز عما ينتقل اليه بالمعامله.

(١)- الوسائل المجلد ١٢ الباب (٤) من ابواب آداب التجاره الحديث (٢)

(٢)- الباب (٤) من ابواب آداب التجاره الحديث (٣)

(٣)- الباب (٤) من ابواب آداب التجاره الحديث (٤)

دراساتنا من الفقه الجعفرى، ج ٣، ص: ٤١٠

«الكلام فى تلقى الركبان»

اشاره

قوله (قدس سره): لا خلاف فى مرجوحه تلقى الركبان بالشروط الآتية «١».

أقول: هل يكون تلقى الركبان حراماً، او مكروهاً، او ليس هذا و لا ذاك وجوه، بل أقوال. مدرك القول بالحرمة، هى الروايات الواردة فى المقام، الا أنها ضعيفه السند، لا يمكن أن يعتمد عليها.

لا يقال: ان هذه الروايات، و ان كانت ضعيفه السند، الا أن المشهور عملوا بها، و هو جابر، لضعفها.

لأنه يقال: ان عملهم بالخبر الضعيف لا يجبر ضعفه كما ان اعراضهم عن الخبر الصحيح لا يوجب وهنه هذا أولاً. و ثانياً ان عمل المشهور على تقدير تسليم جابرته انما يجبر الضعف اذا احرز استناد المشهور بالخبر الضعيف، و أنى للمدعى اثبات ذلك. و اما القول بالكراهه، فيتوقف اثباتها على مقدمتين.

الاولى اثبات دلالة أخبار من بلغ على الاستحباب، لا على الارشاد الى

دراساتنا من الفقه الجعفري، ج ٣، ص: ٤١١

حكم العقل.

الثانيه تسريه الحكم من الاستحباب الى الكراهه الا انه لا يمكن الالتزام بهاتين المقدمتين.

اما المقدمه الاولى - فان

الظاهر من اخبار من بلغ هو الارشاد الى حكم العقل فلا يستفاد منه الاستحباب، كما اشبعنا الكلام فيه فى محله.

و اما المقدمه الثانيه- فان المستفاد من تلك الروايات استحقاق الفاعل ما يرجى ان يكون محبوبا للمولى و ان لم يكن فى الواقع كذلك، و اما الكراهه فالروايات اجنبية عنها و لا وجه للتعدى الى الكراهه على تقدير دلالة الروايات على الاستحباب كما هو واضح

و بعبارة اخرى غايه ما يستفاد منها على تقدير التنزل استحباب العمل الذى يحتمل كونه محبوبا فيقتصر على هذا المقدار و اما الكراهه فلا وجه للقول بها.

و قد اورد بعض على دلالة الروايه، بالكراهه بأن مفاد الاخبار هى الحرمة، فلا وجه للقول بالكراهه. و لكنه يمكن أن يجاب عنه بأنا اذا أغمضنا مما ذكرنا من عدم جواز تسريه الحكم من الاستحباب الى الكراهه و قلنا: بجوازها فنقول: ان مفاد الاخبار و ان كانت الحرمة الا أنها تدل على الكراهه بالملازمه فتشمله أخبار من بلغ. و بعبارة أخرى لو قلنا: بان المستفاد من الروايات الوارده فى ذلك الباب استحباب ما بلغ على عمله الثواب و كراهه ما بلغ عليه العقاب نقول: بكراهه ما يدل الدليل على حرمة لأنه يصدق انه بلغ على عمله العقاب كما انه نقول: باستحباب ما دل الدليل على وجوبه لصدق بلوغ الثواب على عمله و لا- وجه للترفرقه بين الواجب و الحرام فهذا الاشكال غير وارد، فالعمده فى الجواب هو ما ذكرنا.

فتلخص من جميع ما ذكرنا أن تلقى الركبان، لا يكون حراما، و لا مكروها.

دراساتنا من الفقه الجعفرى، ج ٣، ص: ٤١٢

[فى أن حد التلقى اربعة فراسخ]

قوله (قدس سره) «ثم ان حد التلقى اربعة فراسخ» «١»

أقول: قد عرفت عدم قيام دليل على حرمة تلقى

الركبان و كراهته و على تقدير القول: بكرهته او حرمة يقع البحث في حدوده و لا يخفى ان مفاد الروايات في المقام مختلف فان بعضا منها يدل على كون الحد مادون أربعة فراسخ و هو كقوله:

عليه السلام «لا تلق فان رسول الله صلى الله عليه و آله» نهى عن التلقى قال: و ما حد التلقى؟

قال: ما دون غدوه أو روحه، قلت: و كم الغدوه و الروح؟ قال: أربعة فراسخ، قال ابن أبي عمير: و ما فوق ذلك فليس بتلق «٢».

و هذه الرواية ضعيفة بمنهال، و بعضها يدل، على كون الحد اربعة فراسخ، و هو ما رواه منهال القصاب أيضا قال: قلت له: ما حد التلقى؟ قال: روحه «٣» و هذه الرواية كسابقتهما.

و من الروايات ما تنهى عن مطلق التلقى منها ما رواه منهال عن أبي عبد الله (ع) قال (ع): لا تلق و لا تشتت ما تلقى «٤» و وجه ضعفها ظهر مما ذكر.

و منها ما رواه عروه بن عبد الله عن أبي جعفر قال: قال رسول الله صلى الله عليه و آله لا يتلقى أحدكم تجاره خارجا من المصر «٥» و رواها الصدوق مرسلا.

و هذه الرواية ضعيفة بعروه و المرسله بارسالها و في المقام روايه تدل على التحديد و هو ما رواه الصدوق مرسلا «٦».

(١) - المكاسب ص ٢١٠ سطر ٣٠.

(٢) - الوسائل، الجزء (١٢) الباب (٣٦) من أبواب آداب التجاره الحديث (١)

(٣) - الوسائل، الجزء (١٢) الباب (٣٦) من أبواب آداب التجاره الحديث (٤)

(٤) - الوسائل، الجزء (١٢) الباب (٣٦) من أبواب آداب التجاره الحديث (٣)

(٥) - الوسائل، الجزء (١٢) الباب (٣٦) من أبواب آداب التجاره الحديث (٥)

(٦) - الوسائل، الجزء (١٢) الباب (٣٦) من أبواب آداب التجاره الحديث

دراساتنا من الفقه الجعفري، ج ٣، ص: ٤١٣

و مقتضى الجمع بين الروايات بقانون الاطلاق و التقييد، و بلحاظ مرسله الصدوق ان التلقى يكون اربعة فراسخ، و ان أبيت عن ذلك فتتساقط الروايتان بالتعارض فتصل النوبه الى الاصل العملى، و مقتضاه نفى الزائد عن القدر المتيقن و هو مادون اربعة فراسخ هذا تمام الكلام فى أصل الحكم، و تحديده ثم انه يشترط فى تحقق الحكم امور.

الاول القصد بان يقصد من خروجه تلقى الركبان و اما لو اتفق ذلك فى الطريق لم تشمله ادله الحرمة او الكراهه لان القصد اشرب فى معنى التلقى و بدونه لا يصدق التلقى فان هيئه التفاعل هكذا.

الثانى قصد المعامله بأن يقصد من التلقى المعامله معهم و اما لو تلقيهم لأمر آخر و اتفقت المعامله فى ضمنه فلا يترتب عليه حكم الكراهه او الحرمة، اذا العرف يفهم من الدليل هذا المعنى.

الثالث جهل الركبان بسعر البلد كما قيل تمسكا بالتعليل الوارد فى ذيل روايه عروه و هو قوله (ع): «المسلمون يرزق الله بعضهم من بعض» (١) بتقريب انه لو كان عالما بالسعر يكون التعليل لغوا.

و يرد عليه اولاً انه يمكن ان يكون عله للحكم الاخير و هو عدم جواز بيع الحاضر من البادى كما فى قوله صلى الله عليه و آله فى روايه جابر قال صلى الله عليه و آله لا بيع حاضر لبادى دعوا الناس يرزق الله بعضهم من بعض (٢) له الا ان هذه الروايه ضعيفه بسفيان و غيره.

ثانياً لا منافاه بين علم البادى، و التعليل المذكور فى الروايه لا مكان بيعه أقل من قيمته السوقيه مع علمه بذلك لدواعى اخر.

و ثالثاً ان المذكور فى الروايه حكمه للحكم و ليس ذلك عله له

(١)- الوسائل ج ١٢ الباب ٣٧ من أبواب آداب التجاره الحديث (١)

(٢)- الوسائل الباب (٣٧) من ابواب آداب التجاره الحديث (٣)

دراساتنا من الفقه الجعفرى، ج ٣، ص: ٤١٤

الامر مداره.

[لا فرق بين اخذ المتلقى بصيغه البيع او الصلح او غيرهما]

قوله قدس سره ثم انه لا فرق بين اخذ المتلقى بصيغه البيع او الصلح او غيرهما الخ «١».

اقول هل يفرق بين البيع و الصلح؟ الظاهر انه لا فرق بين اخذ المتلقى بصيغه البيع او الصلح او غيرهما لعدم الفرق عرفا و اما الهبه المعوضه فلا- تشملها ادله الحرمة او الكراهه. و لا- يمكن ادعاء عدم الفرق العرفى و هل يشمل الحكم المذكور لا يجار المساكن و الخانات لهم أم لا؟

الحق ان التعليل الوارد فى بعض الروايات لا- يمكن ان يستفاد منه هذا العموم فانه مر آنفا الاشكال فيه و الحاصل ان استفاده الحكم الكلى بهذا النحو من التوسعه فى غايه الاشكال ثم انه اذا صار البادى مغبونا يثبت له خيار الغبن طبعاً. و اما البحث بأنه فورى او غير فورى فموكول الى البحث عن الخيارات.

و اما النبوى الدال على ثبوت الخيار لهم فلا يعتمد عليه لضعفه.

[مسئله اذا دفع انسان الى غيره مالا ليصرفه فى قبيل يكون المدفوع اليه منهم]

«مسئله» قوله: «اذا دفع انسان الى غيره مالا ليصرفه فى قبيل يكون المدفوع اليه منهم» «٢»

اقول: حاصل الكلام فى المقام بانه اذا دفع انسان الى غيره مالا ليصرفه فى جماعه و كان المدفوع اليه مصداقا لهذه الجماعه هل يجوز له ان يصرفه لنفسه أيضا أم لا.

و لا- يخفى ان محل الكلام اذا لم يستقل المدفوع اليه فى التصرف بأن لا يكون له ولايه فيه بحيث يكون المالك منعزلا عن الدخل و التصرف و اما اذا كان للمدفع

(١)- المكاسب ص (٢١١) السطر (٧)

(٢)- المكاسب، الصفحة ٢١١، السطر ١٦.

دراساتنا من الفقه الجعفري، ج ٣، ص: ٤١٥

اليه ولايه على ذلك المال كسهم الامام (ع) ورد المظالم المدفوع الى الحاكم لو فرض انهما كذلك فله أن يعمل على ما يوافق
وظيفته الشرعيه.

فتحصل ان

محل النظر فيما اذا كانت الولاية و الاختيار للدافع او كان نظره دخيلا فى ذلك اذا عرفت ذلك فنقول: اذا قامت القرينه الحاليه او مقالته على رضى الدافع على أخذ المدفوع اليه منه فلا اشكال فى جواز أخذه و ان لم يكن داخلا فى العنوان الذى لا بد ان يصرف المال لهم كما اذا عين الدافع مقدارا للمشتغلين و لم يكن المدفوع اليه منهم كما اذا قامت القرينه على عدم رضاه فلا يجوز له التصرف لنفسه و ان كان داخلا فى العنوان الذى عين المال لهم هذا مما لا كلام فيه.

و انما الكلام فيما اذا لم تقم القرينه بذلك و شك فى تعيين مراده فتاره تنشئ الصيغه على نحو القضييه الخارجيه كأن يقول: ادفع هذه الفلوس الى المشتغلين الجالسين فى مجلسنا و الظاهر عدم جواز صرفه لنفسه و ان كان من المشتغلين لظهور القضييه فى غير المدفوع اليه.

و اخرى على نحو القضييه الحقيقيه كما اذا قال كل مشتغل فله درهم مثلا فيجوز أن يأخذ المدفوع اليه أيضا درهما لنفسه و ان كان الدافع معتقدا بعدم دخول المدفوع اليه تحت العنوان كما انه يجوز له الاخذ فيما كانت القضييه الحقيقيه ممزوجه بالخارجيه بان يرتب الاذن على العنوان المنطبق على الخارج هذا مقتضى القاعده.

و لكن الانصاف خروج المدفوع اليه بحسب الظهور هذا بالنسبه الى القاعده الاولى الا ان فى المقام عده من الروايات تدل على ان من دفع اليه مال ليفرقه فى قوم و كان منهم جاز له أن يأخذ لنفسه كأحدهم.

منها ما رواه محمد بن يعقوب، عن محمد بن يحيى، عن احمد بن محمد، عن محمد بن علي بن الحكم، عن أبان بن عثمان، عن سعيد بن يسار

قال: قلت: لأبي عبد الله (ع)

دراساتنا من الفقه الجعفري، ج ٣، ص: ٤١٦

الرجل يعطى الزكاه فيقسمها في اصحابه أ يأخذ منها شيئاً؟ قال: نعم «١».

و منها ما رواه محمد بن حسن بأسناده عن الحسين بن سعيد، عن ابن ابي عمير عن عبد الرحمن يعني ابن الحجاج، عن أبي عبد الله عليه السلام في رجل اعطاه رجل مالا ليقسمه في المساكين و له عيال محتاجون أ يعطيهم منه من غير أن يستأذن صاحبه؟ قال نعم «٢».

و منها ما رواه علي بن ابراهيم، عن ابيه، عن ابي عمير، عن الحسين بن عثمان عن ابي ابراهيم عليه السلام في رجل اعطى مالا يفرقه فيمن يحل له، أله أن يأخذ منه شيئاً لنفسه و ان لم يسم له؟ قال: يأخذ منه لنفسه مثل ما يعطى غيره «٣».

و منها ما رواه علي بن ابراهيم، عن محمد بن عيسى عن يونس، عن عبد الرحمن ابن الحجاج، قال: سألت أبا الحسن عليه السلام عن الرجل يعطى الرجل الدراهم يقسمها و يضعها في مواضعها و هو ممن تحل له الصدقه، قال: لا بأس أن يأخذ لنفسه كما يعطى غيره، قال: و لا يجوز له أن يأخذ اذا أمره أن يضعها في مواضع مسماه الا باذنه «٤»

و في المقام روايه واحده تدل على عدم جواز أخذه لنفسه الا أن يأذن له صاحبه و هي ما رواه محمد بن الحسن بأسناده عن عبد الرحمن بن الحجاج قال: سألته عن رجل أعطاه رجل مالا ليقسمه في محاييج او في مساكين و هو محتاج، أ يأخذ منه

(١) - وسائل الشيعة: الجزء الثاني عشر، الباب (٨٤) من ابواب ما يكتسب به، الحديث (١)

(٢) - وسائل الشيعة الجزء (١٢) الباب (٨٤) من

أبواب ما يكتسب به الحديث (٢)

(٣)- الوسائل الباب (٤٠) من ابواب المستحقين للزكاة الحديث (٢)

(٤)- الوسائل الباب (٤٠) من ابواب المستحقين للزكاة الحديث (٣)

دراساتنا من الفقه الجعفري، ج ٣، ص: ٤١٧

لنفسه و لا يعلمه؟ قال: لا يأخذ منه شيئاً حتى يأذن له صاحبه «١» فجمع بين الطائفتين بوجوه.

الاول- ما أفاده الشيخ الاعظم ره بحمل الاخبار المجوزه على ما اذا كان غرض المتكلم صرف المدفوع في العنوان المرسوم له من غير تعلق الغرض بخصوص فرد دون آخر و حمل الصحيحه المانعه السابقه على ما اذا لم يعلم الامر بفقر المأمور فأمرها بالدفع الى مساكين على وجه يكون المسكنه داعيه الى الدفع لا موضوعاً و لما لم يعلم المسكنه في المأمور لم يحصل داع على الرضا بوصول شيء من المال اليه.

و اورد عليه الاستاذ دام ظله بان جواز الاخذ لنفسه فيما اذا علم رضى الدافع بذلك و عدم الجواز فيما اذا لم يرض أمر واضح عند المتشرعه و لا يحتاج الى السؤال.

و يرد عليه ان ما افاده استبعاد محض و الحال انه لا استبعاد فيه لعدم كون هذه المسأله من الواضحات خصوصاً عند العوام فانه يحتاج الى السؤال عندهم و ان شئت قلت ان حكم المسأله لم يكن واضحاً من اول الامر.

و الحق ان يورد عليه ان هذا الجمع تبرعى و لا يمكن الالتزام به في المقام.

الثانى ما افاده شيخ الطائفة من حمل الصحيحه المانعه على الكراهه بقريته الاخبار المجوزه.

و يرد عليه اولاً بأن العرف يرى التنافى بين الحرمة و الكراهه و لا وجه لهذا الحمل لعدم كونه جمعاً عرفياً بل انما هو جمع تبرعى و لا يمكن الالتزام به و قد حققناه في محله.

و ثانياً أن معنى

حمل الاخبار الناهيه على الكراهه جواز التصرف فى مال الغير الا انه مكروه فقط و هذا المعنى بعيد من مذاق المشرعه.

الثالث- حمل الصحيحه المانع على ما اذا عين الدافع مورد الصرف و حمل

(١)- الوسائل الباب (٨٤) من ابواب ما يكتسب الحديث (٣)

دراساتنا من الفقه الجعفرى، ج ٣، ص: ٤١٨

الاخبار المجوزه على ما اذا لم يعين ذلك.

و يرد عليه ان هذا الجمع أيضا خلاف الظاهر لظهور الصحيحه المانع فى خلاف ما ذكر كما هو واضح.

قمى، سيد تقى طباطبايى، دراساتنا من الفقه الجعفرى، ٢ جلد، مطبعه الخيام، قم - ايران، اول، ١٤٠٠ هـ ق دراساتنا من الفقه

الجعفرى؛ ج ٣، ص: ٤١٨

الرابع ما افاده السيد الاستاذ دام ظله بان الروايه المانع ظاهره فيما اذا كان المال لشخص الدافع كما هو ظاهر كلمه صاحبه فى قوله عليه السلام (لا يأخذ منه شيئاً حتى يأذن له صاحبه).

و الروايات المجوزه تحمل على ما اذا لم يكن المال لشخص الدافع بل كان من الحقوق الشرعيه كالزكاه و غيرها.

«لا يقال» ان الروايه المانع مطلقه و باطلاقها تشمل الحقوق أيضا.

لأننا نقول: ان الروايه المذكوره اما لا تكون مطلقه بل ظاهره فيما ذكرنا و استظهرنا من كلمه صاحبه و على هذا لا تعارض بين الروايتين حتى يحتاج الى الجمع بينهما و اما مطلقه تشمل ما كان المال المدفوع مالا شخصيا للدافع او من الزكاه و غيرها فالامر أيضا سهل لأنها تقيده بالاخبار المجوزه.

و يرد عليه ان كلمه (صاحبه) فى الروايه المانع ان كانت موجبه لحملها على ما ذكره الاستاذ فايضا توجب ذلك فى الروايه المجوزه فان فيها أيضا هذه الكلمه المذكوره.

و هى ما رواه عبد الرحمن بن الحجاج عن ابى عبد الله عليه السلام فى رجل

اعطاه رجل مالا- ليقسمه فى المساكين و له عيال محتاجون أ يعطيهم منه من غير أن يستأذن صاحبه؟ قال: نعم» و حمل الروايه المانع على ما اذا كان المال شخصا للدافع دون الروايه المجوزه ترجيح بلا مرجح.

و الحق ان يقال: بتعارض الطائفتين و تساقطهما و بعد التسايط يكون المرجع هى القاعده الا ان يقال بانه لا ولايه للدافع فى الحقوق الشرعيه بعد الدفع فيجوز التصرف فيها لكل من يكون اهلا و مستحقا.

دراساتنا من الفقه الجعفرى، ج ٣، ص: ٤١٩

الكلام فى احتكار الطعام

قوله قدس سره مسئله احتكار الطعام و هو كما فى الصحاح و عن المصباح جمع الطعام و حسه يتربص به الغلاء لا خلاف فى مرجوحيته الخ.

«١» أقول الحق فى المقام ان يقال: ان الاحتكار يتعنون باحكام اربعه.

١- الوجوب ٢- الحرمة. ٣- الاستحباب. ٤- الاباحه. اما الكراهه فلم نجد مصداقا لها بأن يكون الاحتكار مكروها.

اما الوجوب فهو كما علم ان الطعام لا يصل الى البلد بعد شهرين فيجب حبس الطعام و حفظه فى هذه الصوره ليحفظ الناس عن التلف كما فعل ذلك حاكم المصر بامر يوسف على نبينا و عليه الصلاه و السلام.

و اما الاستحباب ففيما يحتكر لإعانه الزوار او العجزه، و لكن الاحتكار يجب فى الاول و يستحب فى الثانى بالعنوان الثانوى.

و أما الاباحه فهى فيما اذا لم يقع الناس فى مخمسه لوجود البازل و وفور الطعام.

و اما الحرمة فهى فيما اذا كان الناس فى مخمسه و لم يكن فى المصر طعام فالاحتكار فى هذه الصوره حرام فى الجملة كما يدل عليها عدده من الروايات.

منها ما رواه محمد بن يعقوب عن ابى على الاشعري، عن محمد بن عبد الجبار عن صفوان، عن أبى الفضل سالم الحنات قال:

قال لى أبو عبد الله عليه السلام: ما عملك؟ قلت حناط و ربما قدمت على نفاق، و ربما قدمت على كساد فحبت.

قال: فما يقول من قبلك فيه؟ قلت: يقولون: محتكر، فقال: يبيعه احد

(١)- المكاسب ص (٢١٣) السطر (٨)

دراساتنا من الفقه الجعفرى، ج ٣، ص: ٤٢٠

غيرك (قلت ما أبيع أنا من الف جزء جزءا قال: لا بأس انما كان ذلك رجل من قریش يقال له: حكيم بن حزام، و كان اذا دخل الطعام المدینه اشتراه كله فمر عليه النبى صلى الله عليه و آله فقال: يا حكيم بن حزام اياك ان تحتكر «١»). فان المستفاد من قوله (اياك) هي الحرمة و غير ذلك من الروايات.

و استدلل الشيخ ره بما رواه محمد بن يعقوب، عن أبيه عن ابن أبى عمير، عن حماد، عن الحلبي، عن ابى عبد الله عليه السلام قال: سألته عن الرجل يحتكر الطعام و يتربص به هل يصلح ذلك)

قال: ان كان الطعام كثيرا يسع الناس فلا بأس به و ان كان الطعام قليلا لا يسع الناس فانه يكره أن يحتكر الطعام و يترك الناس ليس لهم طعام «٢».

و الانصاف ان هذه الروايه لا- تدل على الحرمة لمكان لفظ الكراهه اذا عرفت ان الاحتكار حرام فى الجملة فيتم المقام بيان أمور.

الاول- هل الاحتكار حرام مطلقا سواء وجد بايع غيره أم لا) و المستفاد من الروايات جواز الاحتكار اذا كان فى المصر طعام يبيعه غيره.

منها ما رواه محمد بن على ابن الحسين باسناده عن حماد، عن الحلبي، عن ابى عبد الله عليه السلام قال: سئل عن الحكره فقال: انما الحكره ان تشتري طعاما و ليس فى المصر غيره فتحتكره فان كان فى المصر طعام او متاع غيره

(١)- الوسائل، الجزء (١٢) الباب (٢٨) من أبواب آداب التجاره، الحديث (٣).

(٢)- الوسائل، الجزء (١٢) الباب (٢٧) من أبواب آداب التجاره، الحديث (٢).

(٣)- الوسائل، الجزء (١٢) الباب (٢٨) من أبواب آداب التجاره، الحديث (١)

دراساتنا من الفقه الجعفري، ج ٣، ص: ٤٢١

و منها ما رواه محمد بن يعقوب، عن علي ابن ابراهيم، عن أبيه، عن ابن ابى عمير، عن حماد نحوه و زاد قال: و سألته عن الزيت فقال: اذا كان عند غيرك فلا- بأس بامساكه «١».

و منها ما رواه أبو علي الاشعري، عن محمد بن عبد الجبار، عن صفوان، عن ابى الفضل سالم الحناط قال: قال لى أبو عبد الله عليه السلام ما عملك (قلت: حناط، و ربما قدمت على نفاق و ربما قدمت على كساد فحبست، قال: فما يقول من قبلك فيه) قلت: يقولون: محتكر، فقال: يبيعه أحد غيرك (قلت: ما أبيع من ألف جزء جزءا قال: لا بأس ... «٢»)

الثانى - هل الاحتكار محدود بحد بان يجوز فى الخصب الى أربعون يوما و فى الشده ثلاثه ايام الحق انه لا تحديد فيه لعدم قيام دليل عليه الا بعض الروايات الضعيفه.

منها ما رواه محمد بن يعقوب عن علي ابن ابراهيم، عن ابيه، عن النوفلى، عن السكونى، عن ابى عبد الله عليه السلام قال: الحكره فى الخصب أربعون يوما، و فى الشده و البلاء ثلاثه ايام، فما زاد على الاربعين يوما فى الخصب فصاحبه ملعون و ما زاد على ثلاثه ايام فى العسره فصاحبه ملعون، «٣» و هذه الروايه ضعيفه بنوفلى و طريق الصدوق الى السكونى أيضا ضعيف لوقوع النوفلى فيه.

فتحصل ان التحديد باربعين يوم الثلاثه لا يصح.

الباب (٢٨) من أبواب آداب التجاره، الحديث (٢).

(٢)- الوسائل، الجزء (١٢)، الباب (٢٨) من أبواب آداب التجاره، الحديث (٣).

(٣)- الوسائل، الجزء (١٢) الباب (٢٧) من أبواب آداب التجاره، الحديث (١).

دراساتنا من الفقه الجعفرى، ج ٣، ص: ٤٢٢

الثالث ان الاحتكار يختص بالطعام، و ما ذكر فى الروايات من الحنطه، و الشعير، و التمر، و الزبيب، و الزيت، لا يشمل لغيرها و فى الحاق الملح بها لا وجه له.

و ما أفاده الشيخ من أن الوجه فى الحاقه استنباط العله للحكم، ففیه اولاً ان كان فليس الاظنيا، و هو لا يغنى من الحق شيئاً.

و ثانياً ان اللاحق اذا كان بهذا الملاک، فلا بد من اسراء الحكم الى كل شىء يكون مورد الحاجه و أنى لنا بذلك.

و افاد السيد الاستاذ انه لا وجه للتخصيص لان الروايات التى ذكرت فيها الاشياء المذكوره كلها ضعيفه السند فان كلما يصدق عليه عنوان الطعام يكون من غالب قوت البلد فالاحتكار فيه حرام.

و یرد عليه انا لا نسلم ضعف جميع الروايات الوارده فى الباب الداله على التقييد فان بعضا منها معتبر، و هو ما رواه غياث عن أبى عبد الله عليه السلام قال ليس الحكره الا- فى الحنطه و الشعير، و التمر، و الزبيب، و السمن، فان لهذه الروايه سندا معتبرا اذ الصدوق رواها بسنده بغياث و سنده معتبر فعليه يكون الاحتكار مختصا بالاشياء المذكوره فى الروايه.

الرابع ان الاحتكار ينحصر فى شراء الطعام أو يعم بقيه اقسام التملك.

قال الشيخ. الاقوى التعميم بقربنه تفریح قوله فان كان فى المصر طعام و يؤيد ذلك ما تقدم من تفسير الاحتكار فى كلام أهل اللغه بمطلق جمع الطعام و حبسه سواء كان بالاشتراء او بالزرع.

و لكن التحقيق يقتضى

أن يقال: بحصر الاحتكار على اشتراء الطعام فقط، كما هو المستفاد من بعض الروايات و هو ما رواه الحلبي عن أبي عبد الله عليه السلام عن أبيه قال: سئل عن الحكره فقال انما الحكره أن تشتري طعاما و ليس فى المصر غيره

دراساتنا من الفقه الجعفرى، ج ٣، ص: ٤٢٣

فتحتكره فان كان فى المصر طعام أو متاع غيره فلا بأس أن تلتبس بساحتك الفضل «١» و هذه الروايه تامه سندا و دلالة.

و يؤيده ما رواه (فى المجالس و الاخبار) عن ابى جعفر عليه السلام قال: قال رسول الله صلى الله عليه و آله أيما رجل اشترى طعاما فكبسه أربعين صباحا يريد به غلاء المسلمين ثم باعه فتصدق بثمنه لم يكن كفاره لما صنع «٢».

و هذه الروايه تامه من حيث الدلالة، و لكنها ضعيفه من حيث السند.

و ما ورد فى حق بنى فضال من الاخذ بما رووا لا يقتضى توثيق من روى عنه بنى فضال فان الحكم بالاخذ بروايتهم يقتضى عدم الخدشه فيهم لا الاعتماد بروايتهم على نحو الاطلاق بحيث يسرى الى المروى عنه و إلا يلزم الاخذ و لو مع العلم بفسق المروى عنه، و هو كما ترى.

و ما أفاد الشيخ من استفاده الحكم من تعليل الحكم فى بعض الاخبار بان يترك الناس ليس لهم طعام مدفوع بانه لا يستفاد من الخبر المشار اليه عليه الصريحه بحيث يستفاد منه العموم و الخصوص فلاحظ (الخامس) ان اقسام حبس الطعام كثيره.

و قد ذكر الشيخ جمله منها بقوله لان الشخص اما أن يكون قد حصل الطعام لحبسه أو لغرض آخر أو حصل له من دون تحصيل له.

و الحبس اما ان يراد منه نفس تقليل الطعام اضرارا بالناس فى انفسهم أو

يريد به الغلاء، و هو اضرارهم من حيث المال أو يريد به عدم الخساره من رأس ماله، و ان حصل ذلك لغلاء عارضى لا يتضرر به أهل البلد كما قد يتفق ورود عسكر و زوار فى البلاد و توقفهم يومين أو ثلاثه فيحدث للطعام عزه لا يضر باكثر اهل البلد الى أن قال

(١)- الوسائل، الباب (٢٨) من ابواب آداب التجاره، الحديث (١).

(٢)- الوسائل، الجزء (١٢)، الباب (٧) من ابواب آداب التجاره، الحديث (٤)

دراساتنا من الفقه الجعفرى، ج ٣، ص: ٤٢٤

و عليك فى استخراج احكام هذه الاقسام.

و الحق أن يقال انه كلما صدق عنوان الاحتكار يترتب عليه حكمه و اما اذا لم يصدق عليه أو شك فى صدقه فلا يترتب عليه حكمه.

السادس انه هل يجوز اجبار المحتكر على البيع أم لا- قال الشيخ الظاهر عدم الخلاف فيه و العمده فى المقام أن يبحث عن مدركه فنقول ان المدرك فى ذلك ان كان هو الاجماع فقد مر ما فيه.

و ان كان المدرك هو النص و هو ما رواه حذيفه بن منصور عن أبى عبد الله عليه السلام قال نفذ الطعام على عهد رسول الله صلى الله عليه و آله فأتاه المسلمون فقالوا يا رسول الله قد نفذ الطعام و لم يبق منه شىء الا عند فلان فمره ببيعه، قال: فحمد الله و أثنى عليه ثم قال:

يا فلان ان المسلمين ذكروا ان الطعام قد نفذ الا شىء عندك فأخرجه و بعه كيف شئت، و لا تحبسه «١».

و هذه الروايه مخدوشه سندا و دلالة أما السند فمخدوش بمحمد بن سنان.

و اما دلالة فيما أن اجبار المحتكر على البيع يكون على خلاف القاعده المسلمه و هو تسلط الناس على اموالهم فعلى

تقدير ثبوت الاجبار من النبي فيمكن أن يكون ذلك من باب ولايته صلى الله عليه وآله على الاموال، و الانفس فلا يمكن التعدي الى غير موردها هذا اولاً.

و ثانيا ان ما يفهم من الروايه أنه امر المحتكر بالبيع و اما اجباره فلا يستفاد منها و لعل كان ذلك من باب الامر بالمعروف.
و منها ما رواه الحسين بن عبيد الله بن ضميره عن أبيه، عن جده، عن علي بن أبي طالب عليه السلام انه قال: رفع الحديث الى رسول الله صلى الله عليه وآله انه مر بالمحتكرين فأمر

(١) - الوسائل، الجزء (١٢)، الباب (٢٩) من أبواب آداب التجاره، الحديث (١).

دراساتنا من الفقه الجعفري، ج ٣، ص: ٤٢٥

بحكرتهم أن تخرج الى بطون الاسواق و حيث تنظر الابصار اليها ... «١»

و هذه الروايه تامه سندا اذا الصدوق نقلها بسند معتبر الا أنها لا تدل على المدعى.

فتلخص مما ذكرنا عدم قيام الدليل على جواز اجبار المحتكر على البيع الا من باب الامر بالمعروف، و لو اغمضنا عما ذكرنا و قلنا بجواز اجباره على البيع هل يسعر عليه أم لا؟

قال الشيخ لا يسعر عليه اجماعا كما عن السرائر.

اقول: ان الامر كما أفاده فان مقتضى القاعده الاولى و هو تسلط الناس على أموالهم عدم جواز التسعير و كذا مقتضى الروايه المتقدمه حيث قال صلى الله عليه وآله انما السعير الى الله يرفعه اذا شاء، و يخفضه اذا شاء، و عليه لا يعتنى بما عن المقنعه أنه يسعر عليه بما يراه الحاكم.

و أيضا لا وجه لما ذهب اليه العلامة و ولده و الشهيد انه يسعر عليه في صوره اجحافه في أخذ الثمن لنفي الضرر لكونه اجتهادا في مقابل النص فان المستفاد

منه عدم جواز التسعير مطلقا هذا اولاً.

و ثانياً ان الضرر اذا كان موجبا لجواز الاسعار فلا بد ان يلتزم به كلما تحقق عنوان الضرر و لا يختص بالاحتكار.

و ثالثاً ان قاعده نفي الضرر لا تشمل ما اذا أقدم احد بنفسه على الضرر فان المشتري اقدم عليه فلا يشمل دليل نفي الضرر.

و رابعاً انه معارض مع الضرر الوارد على البائع فان الاسعار ضرر عليه.

(١)- الوسائل، الجزء (١٢) الباب (٣٠) من أبواب آداب التجاره، الحديث (١).

دراساتنا من الفقه الجعفري، ج ٣، ص: ٤٢٤

و خامساً ان دليل الضرر ليس دليلاً اثباتياً حتى يدل على جواز الاسعار بل هو ينفى الحكم عن الموضوع الضرري.

و أيضاً ظهر مما ذكرنا فساد ما ذهب اليه الميسي و الشهيد الثاني بانه يؤمر بالنزول من دون تسعير جمعا بين النهي عن التسعير، و الجبر بنفي الاضرار لان قاعده الضرر لا- تشمل المقام كما عرفت، تم الجزء الثالث من كتابنا المسمى به دراساتنا في الفقه الجعفري من الولايات الى الخيارات و يتلوه الجزء الرابع و هو من اول الخيارات بعونه و توفيقه الحمد لله اولاً و آخراً.

الجزء الرابع

[مقدمه المؤلف]

بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمَنِ الرَّحِيمِ

الحمد لله رب العالمين، و الصلاة و السلام على محمد سيد المرسلين، و آله الطيبين الطاهرين، الهداه المعصومين.

أما بعد:

فهذا هو الجزء الرابع من كتابنا الموسوم ب «دراساتنا من الفقه الجعفري» و هو مجموع الابحاث التي ألقاها علينا سماحه سيدنا الاستاذ المحقق الكبير و الفقيه البصير حاوي الفروع و الاصول جامع المعقول و المنقول حجه الإسلام و المسلمين، آيه الله العظمى (الحاج السيد تقى الطباطبائي القمي) دام ظله الوارف، و عنوان هذا الجزء كالجاء السابق كتاب المكاسب لفخر الشيعه و محيي الشريعه شيخنا الانصاري قدس سره الشريف.

أسأل الله عز شأنه التوفيق و السداد، انه خير موفق و معين..

دراساتنا من الفقه الجعفرى، ج ٤، ص: ٥

[تمه بحث البيع]

[البحث فى الخيارات]

اشاره

البحث فى الخيارات قوله: الخيار لغه اسم مصدر من الاختيار (١).

قوله: غلب فى كلمات جماعه من المتأخرين فى ملك فسخ العقد (٢).

[قبل الشروع فى أقسام الخيار ينبغى تقديم مقدمتين]

[المقدمه الأولى تعريف حقيقه الخيار]

أقول: قبل الشروع فى أقسام الخيار ينبغى تقديم مقدمتين:

(المقدمه الأولى) تعريف حقيقه الخيار و هو كما أفاده المصنف قدس سره اسم مصدر و مصدره يكون الاختيار من باب الافتعال «١».

أقول: ان الخيار فى اللغه ملك مطلق الامر أعم من الفسخ و غيره، و هو لا- يتحقق الا- بعد الدخول فى العمل، فانه يقال: ان للفلاننى خيار أن يدخل دار جاره اذا دخل بها، و أما قبل الدخول بها فلا يتحقق الخيار بل له اختيار فى ذلك. و ملخص الكلام ان الخيار بمعناه اللغوى عباره عن طلب الخير،

(١) أقرب الموارد ماده «خير» يقال أنت بالخيار أى اختر ما شئت، و اختاره اصطفاه و انتقاه.

دراساتنا من الفقه الجعفرى، ج ٤، ص: ٦

قوله: و لعل التعبير بالملك للتنبيه على ان الخيار من الحقوق لا من الاحكام (١).

و هذا المفهوم لا يتحقق الا باعمال القدره فى أحد طرفى الامر الاختيارى.

و فى اصطلاح جماعه من المتأخرين كالفخر و من تأخر عنه استعمل فى ملك فسخ العقد حتى بلغ الى حد الحقيقه، و الخيار

بهذا المعنى مغاير للخيار بمعناه اللغوى، لأنه لا يتوقف تحققه على الدخول فى العمل. مثلاً يتحقق خيار المجلس و ان لم يعمل بعد، بخلاف الخيار اللغوى فان تحققه يتوقف على الدخول فى العمل كما عرفت آنفاً. فظهر مما ذكرنا أن نقل الخيار من معناه اللغوى و تغليبه فى معناه الاصطلاحى من باب نقل اللفظ الى مبادئه.

أقول: توضيح كلامه أن التعبير عن الخيار بالملك حيث قالوا «انه ملك العقد» للتنبيه على أن الخيار من الحقوق لا من

الاحكام، فان الحق مرتبه ضعيفه من الملك، بخلاف الحكم فانه لا يرجع الى اعتبار الملكيه للمحكوم له و لا يكون قابلا للنقل و الانتقال و لا- للإسقاط و لذا خرج بقاء الملك ما لم تكن فيه جهه الملكيه و هى الاحكام كالإجازة، و الرد لعقد الفضولى و التسلط على فسخ العقود الجائزه من الخيارات الحكيمه. و الذى يقتضيه التحقيق أن يقع البحث فى مقامين:

الاول: انه هل يكون فرق بين الحكم و الحق أم لا؟

الثانى: انه على تقدير الفرق بينهما هل يصح اخراج الحكمى عن عنوان الخيار المصطلح أم لا؟

أما المقام الاول فربما يقال- و هو الحق عندنا- بعدم الفرق بين الحكم و الحق، فان هذه الامور كلها اعتباريه و ان اختلفت من حيث الآثار، فكما يصح أن يقال «لى حق أن أبيع دارى» كذلك يصح أن يقال «يجوز لى بيع دارى»

دراساتنا من الفقه الجعفرى، ج ٤، ص: ٧

...

و لا فرق بين جواز قتل المشرك الذى يسمى حكما شرعيا و بين سلطنه ولى الدم على قتل القاتل.

و على هذا لا- يبقى مجال لما أفاده الشيخ بأن ذكر كلمه «الملك» يخرج الاحكام عن عنوان الخيار لعدم المغايره بين الحق و الحكم على الفرض، و أما على القول بالفرق بينهما- كما قيل ان الحق ما يقبل السقوط بخلاف الحكم فانه لا يقبل شيئا من هذه الامور- فأیضا لا وجه لإخراج الخيار الحكمى عن تحت عنوان الخيار الحقى، لأنه يصح أن يقال: ان الواهب مالك لفسخ العقد و ان الوارث مالك لرد العقد على ما زاد على الثلث و ان العمه و الخاله مالكتان لفسخ العقد على بنت الاخ أو الاخت.

لا يقال: لا نسلم اطلاق الملك فى بعض الموارد لعدم

ترتب آثار الملكيه فيه كعدم قبوله النقل و الانتقال و الاسقاط، و أما الموارد المذكوره فهى من قبيل الاحكام.

لأنا نقول: فليكن كذلك، و لا يجب أن يترتب جميع آثار الملكيه عليها فى جميع الموارد، فان الملكيه فى الاعيان كذلك، فانها ربما لا- تقبل النقل و الانتقال، كأى الولد فانها مملوكه و لكنها لا تقبل النقل و الانتقال، و العين الموقوفه فانها مملوكه للموقوف عليهم و الحال أنها لا تقبل النقل و الانتقال، و كذا الحقوق فان بعضها لا يقبل الاسقاط كحق الحضانه و الابوه و الولايه.

نعم ان بعض الحقوق كحق الشفعه و حق الخيار يقبل الاسقاط.

فتحصل أن الخيار عبارته عن ملك فسخ العقد، و لا تخرج منه العقود الجائزه و غيرها لصدق الملك عليها، و أما ترتب جميع آثار الملكيه عليه فلم يقم دليل عليه.

و لكن مع ذلك كله فى النفس شىء، و هو أنه يختلج بالبال أن يقال: ان

دراساتنا من الفقه الجعفرى، ج ٤، ص: ٨

قوله: و قد يعرف بأنه ملك اقرار العقد و ازالته (١).

فى معنى الحق اشرب الملكيه التى هى عبارته عن أمر وضعى، و لا يبعد أن يكون هذا المعنى فى جميع موارد الحقوق موجوده، فلا يبعد أن نقول بأن الحق عبارته عن أمر وضعى و الحكم عبارته عن أمر تكليفى.

أقول: قد ذكروا للخيار تعريفا آخر أيضا، و هو ملك اقرار العقد و ازالته. و استشكل الشيخ قدس سره عليه بأنه ان اريد من اقرار العقد ابقاءه على حاله بترك الفسخ فذكره مستدرك، لان القدره على ازالته عين القدره على اقراره، اذ القدره لا تتعلق بأحد الطرفين و الا لم تكن قدره بل كانت اضطرارا.

اضف الى ما ذكره الشيخ أن العدول عن

التعريف الاول ان كان من جهة اخراج الخيار الحكمى فهو غير خارج على هذا التعريف أيضا. هذا اذا كان المراد منه ابقاؤه على حاله.

و ان اريد من اقرار العقد الزامه و جعله غير قابل لان يفسخ، فهو تعريف الشىء بنفسه، و هو دور لان مرجع هذا التعريف الى اسقاط الخيار فلا يؤخذ هو فى تعريف الخيار للزوم تعريف الخيار بالخيار و هو دور واضح. مع أن هذا التعريف ينتقض بالخيار المشترك، فان لكل منهما إزامه من طرفه لا مطلقا، و الظاهر من الالزام جعله لازما مطلقا لجعله فى مقابل الفسخ.

و التحقيق أن يقال: ان المراد من اقرار العقد تشيته، و لازم ذلك سقوط الخيار، فلم يؤخذ الخيار فى تعريفه حتى يلزم الدور.

و أما الاشكال النقضى الذى ذكره الشيخ فيرد عليه نقضا و حلا:

اما نقضا فبالخيارات المتعدده لشخص واحد، كما اذا اجتمع خيار الحيوان و المجلس و العيب مثلا فى مورد واحد، فان اسقاط واحد من الخيارات كخيار العيب مثلا لا يوجب الزام العقد مطلقا لوجود خيار الحيوان و المجلس، مع أن

دراساتنا من الفقه الجعفرى، ج ٤، ص: ٩

قوله: ان المستفاد من كلمات جماعه ان الاصل هنا قابل لإراداه معان ... (١).

الظاهر منه الالزام المطلق حيث جعله مقابلا للفسخ، فلا يختص الاشكال النقضى للشيخ قدس سره بالخيار المشترك بل يجرى فى الخيار المختص أيضا و لا يلتزم به قدس سره.

و أما حلافان تثبيت العقد من ناحيه أحد الشريكين يلزم من هذه الناحيه و ان كان غير لازم من ناحيه الشريك الاخر، و كذا فى الخيارات المتعدده، فان اسقاط خيار واحد كخيار العيب مثلا يوجب لزوم العقد من هذه الجهه و لا ينافى أن يكون غير لازم من

ناحية خيار آخر كخيار الحيوان مثلا.

و الحاصل ان الخيار عباره عن تثبيت العقد و ازالته، و لا يرد عليه شىء مما سبق

لا يقال: ان تعريف الخيار بتثبيت العقد ينتقض بباب الشفعه، فان الشفيع أيضا له تثبيت العقد و ازالته و الحال أنهما ليس بخيار.

لأننا نقول: ان الشفيع لا يجوز له ازاله العقد، بل له أن ينقل المبيع عن المشتري الى عهده نفسه. كيف مع أن تحقق الشفعه يتوقف على صحه العقد و مع ازالته لا تتحقق الشفعه كما هو واضح.

[المقدمه الثانيه أن الاصل فى البيع اللزوم]

اشاره

(المقدمه الثانيه) انه ذكر بعض تبعاً للعلامه أن الاصل فى البيع اللزوم، لان الشارع وضعه مفيدا لنقل الملك و حصل الملكيه و الاصل بقاؤها، هذا أولا و ثانيا ان العقد موضوع لغرض و هو انما يتم باللزوم ليأمن من نقض صاحبه.

[معانى الأصل]

اشاره

أفاد الشيخ ان الاصل هنا قابل لإراداه معان:

الاول: ما ذهب اليه المحقق بأنه يمكن أن يكون المراد منه الغلبه،

بمعنى أنا نرى عند التفحص أن غالب أفراد البيوع غير قابله للانحلال بالفسخ، و يحصل من ذلك الظن بلزوم كافه البيوع، و اذا شك فى لزوم فرد من البيوع و جوازه بأن هذا هل هو من قبيل غالب أفراد البيوع حتى يكون لازما أو من قبيل الافراد

دراساتنا من الفقه الجعفرى، ج ٤، ص: ١٠

...

النادره حتى يكون جائزا يحكم فيه باللزوم أيضا، لان الظن يلحق الشىء بالاعم الاغلب.

و استشكل عليه الشيخ قدس سره أنه ما المراد من الغلبه، فانه ان أراد منها غلبه الافراد فغالبيها ينعقد جائزا لأجل خيار المجلس أو الحيوان أو الشرط، و ان اراد غلبه الازمان- بأن يكون زمان لزوم العقد أغلب من زمان جوازه- فان جواز العقد فى الحيوان مثلا ثلاثه أيام.

و أما لزومه يكون الى يوم القيامة، ففيه: أولا لا تنفع في الافراد المشكوكه و ثانيا ان غلبه الازمان لا تناسب مع تعبير العلامه في القواعد حيث قال «و انما يخرج من الاصل لأمرين ثبوت خيار أو ظهور عيب»، فان خروج فردى ثبوت خيار و ظهور عيب يدل على أن المستثنى هو الافراد، و لو كان الخروج زمانيا لكان المناسب أن يقول العلامه قدس سره «انما يخرج عن الاصل زمانان زمان ثبوت الخيار، و زمان ظهور العيب».

و ثالثا انا لو اغمضنا عن ذلك و قلنا ان المراد ثبوت اللزوم لأفراد البيع في غالب زمانه و سلمنا حصول الظن من هذه الغلبه في فرد شك في لزومه، و لكن نقول: لا دليل على حجية الغلبه، فغايه ما يقال انها توجب الظن، و هو لا يغنى عن الحق شيئا.

الثاني: من معانى الاصل هي القاعده المستفاده عن العمومات،

فان مقتضاها لزوم العقد.

و الجواب عنه: انه ان أريد من العمومات الادله اللفظيه كقوله تعالى

«أَوْفُوا بِالْعُقُودِ» [المائدة: ١] «وَأَحِلَّ اللَّهُ الْبَيْعَ» [البقرة: ٢٧٤] و نظائرهما فان مقتضى العمومات و ان كان ذلك الا أن هذا التمسك بالعموم لا بالاصل،

دراساتنا من الفقه الجعفري، ج ٤، ص: ١١

...

و الحال أن كلامنا يكون في مقتضى الاصل الاولي في البيع لا في مقتضى العمومات كما هو واضح.

الثالث من معانى الاصل الاستصحاب

و مرجعه استصحاب عدم ارتفاع اثر العقد بمجرد فسخ أحدهما.

أقول: ان الكلام في صحه هذا الاستصحاب و عدمها سيجيء فانتظر.

الرابع من معانى الاصل معناه اللغوي،

بمعنى أن مقتضى طبع البيع عرفا و شرعا على اللزوم، فان جعل الخيار فيه حق خارجي يحتاج الى دليل، كما أن كل جسم مستدير بحسب طبعه الا أن يمنع عنه قاصر خارجي.

و الجواب عنه ان قياس الامر الاعتباري بالامر الخارجي قياس مع الفارق لان الجسم الخارجي بحسب اقتضاء طبعه يحصل له النمو من جميع أطرافه الاربعه فتحصل له الصورة المستديره، و أما البيع فليس أمرا تكوينيا حتى يقال بأن الاصل فيه يقتضى كذا، بل هو أمر اعتباري تابع لاعتبار الشارع، فان حكم الشارع بحسب المصالح الواقعيه فيه بانتفاء الملكيه بعد الفسخ يكون البيع جائزا، و ان حكم على بقائها بعد الفسخ يكون البيع لازما.

و الحاصل ان القول بلزوم البيع بحسب اقتضاء طبعه لا يرجع الى محصل بل هو تابع في لزومه و جوازه للأدله الشرعيه، فان دليله اما الدليل اللفظي كقوله تعالى «أَوْفُوا بِالْعُقُودِ» و اما من الاصل العملي أعنى الاستصحاب، و حيث ان مع وجود الدليل لا تصل النوبه الى الاصل العملي نقدم البحث عن الدليل و نبحت عن دلالاته الى الاصل العملي على لزوم البيع و عدمه.

دراساتنا من الفقه الجعفري، ج ٤، ص: ١٢

(الكلام في الادله التي استدل بها على لزوم البيع)

منها - قوله تعالى «أَوْفُوا بِالْعُقُودِ»،

و المراد من العقد اما العهد الوثيق كما صرح به بعض أهل اللغه و اما العهد المطلق كما صرح به بعض آخر منهم أيضا، و به فسر أيضا في صحيحه ابن سنان المرويه عن المعصوم في تفسير على ابن ابراهيم ج ١ ص ١٦٠.

و قال الطريحي في مجمع البحرين: ان العقد أعم من العهد، فان كل عهد عقد و ليس كل عقد بعهد.

و أنت خير بأن الامر في ذلك على العكس، فان كل عقد عهد و ليس كل عهد عقدا،

و كأن هذا سهو من القلم و الوفاء عباره عن الاتمام، الدرهم الوافى أى التام، و ايفاء الكيل اعطاؤه تاما.

فتدل هذه الايه على وجوب الوفاء بجميع العقود، فاذا دل العقد مثلا على تملك العاقد ماله من غيره وجب العمل بما اقتضاه العقد من ترتيب آثار ملك المشتري على ما انتقل اليه بالعقد، فأخذه من يده بغير رضاه و التصرف فيه كذلك نقض لمقتضى ذلك العهد، فهو حرام حتى بعد إنشاء الفسخ، لشمول اطلاق الايه لما بعد الفسخ أيضا، فيستدل بالحكم التكليفى - أعنى حرمة نقض مقتضى العقد منها التصرفات الواقعة بعد فسخ المتصرف من دون رضا صاحبه - على الحكم الوضعى - أعنى فساد الفسخ من أحدهما بغير رضا الآخر - و هو معنى اللزوم.

و أورد على هذا التقريب بوجوه:

(الاول) ما ذهب اليه العلامة فى المختلف

بأن الوفاء بالعقد هو العمل

دراساتنا من الفقه الجعفرى، ج ٤، ص: ١٣

...

بمقتضاه، فان كان لازما كان الوفاء به العمل بمقتضاه على سبيل اللزوم و ان كان جائزا كان الوفاء به العمل بمقتضاه على سبيل الجوار، فلا يمكن الاستدلال بالآيه على اللزوم.

و يرد عليه أولا: ان الزوم و الجواز ليسا من مقتضيات العقد حتى يرد ما قيل، بل انهما حكمان شرعيان، فان الشارع قد يحكم بعدم انفساخ العقد بعد إنشاء الفسخ فيكون العقد لازما، و قد يحكم بانفساخه بعد ذلك فيكون العقد جائزا.

و ثانيا: انا لا نتصور معنى للوفاء على سبيل الجواز، فان وجوب الوفاء بالعقود هو اللزوم كما بيناه آنفا.

(الوجه الثانى) أن ابقاء الملكيه على حالها و عدم ابقائها ليس مقدورا للمكلف حتى يتوجه عليه دليل وجوب الوفاء بل انما هو بيد الشارع.

و الجواب عنه: ان معنى وجوب الوفاء بالعقود ليس ابقاء الملكيه حتى لا يكون مقدورا للمكلف، بل معناه هو الجرى عملا على طبق العهد بماله من الآثار، و ترتيب آثاره عليه من عدم جواز التصرف بدون اذنه.

ان قلت: لا- تنافى بين وجوب الوفاء بالعقد و التصرف الخارجى حتى يدل عدم جواز التصرف على اللزوم، لأنه يمكن أن يتصرف فيه عدوانا.

قلت: ان البائع لو تصرف فيما انتقل الى المشتري بعنوان أنه ملك له فهذا ينافي لوجوب الوفاء كما لا يخفى، و لكنه لو تصرف عدوانا بعنوان أنه غاصب فهو اعترف بكون التصرف فيه ملكا للغير، و لم يؤثر إنشاء فسخه فيه و لا نعى من اللزوم الا هذا.

(الوجه الثالث) ما أورده صاحب الكفايه قدس سره

بأنه يمكن منع دلالة

دراساتنا من الفقه الجعفري، ج ٤، ص: ١٤

...

الايه على اللزوم فيما اذا شك في تأثير الفسخ، اذ مع الشك فيه يكون التمسك بالآيه من باب التمسك بالعموم أو الاطلاق في الشبهه المصداقيه.

و استشكل عليه سيدنا الاستاذ دام ظله ان الشك في بقاء العقد و عدمه مبن على كون العقد قابلا للبقاء، و لكنه ليس كذلك لكونه أمرا انصراميا فلا يقبل البقاء و الدوام، و عليه فلا نشك في بقاء العقد و عدمه، بل نقطع عدم بقائه لما ذكرناه.

وفيه: ان هذا الجواب من الاستاذ لا يدفع الاشكال و لا يمكن المساعده عليه أصلا، لأنه على ما ذكره لا يمكن الاستدلال بهذه الايه و لو في صورته عدم إنشاء الفسخ، لان المفروض أن العقد أمر انصرامى و ليس له بقاء و دوام فلا يقبل الوفاء.

هذا و لا و ثانيا انا لا نسلم كون العقد أمرا انصراميا بحيث لا يقبل الوفاء، بل ان له بقاء و دواما في

وعاء الاعتبار، فيكون باقيا ما لم يعدم بانشاء الفسخ.

فالحق في الجواب عن صاحب الكفايه قدس سره أن يقال: انا نحرز بقاء العقد بالاستصحاب فيشملة دليل وجوب الوفاء. نعم على مسلك عدم جريان الاستصحاب في الاحكام الكليه الالهيه- و هو المسلك المنصور- لا يحرز بقاء العقد الا أنه يكون جوابا جدليا.

و أما الجواب التحقيقي فهو أن يقال: ان الوفاء كما بيناه عبارته عن الاتمام فالامر بالوفاء يرجع الى النهي عن الفسخ، و من الظاهر أن الفسخ ليس حراما فيكون قوله «أوفوا» ارشادا الى اللزوم، و عليه لا يبقى مجال لهذا الاشكال.

فاغتنم.

و منها قوله تعالى «أَحَلَّ اللَّهُ الْبَيْعَ»

بتقريب أن حليه البيع التي لا يراد منها الاحليه جميع التصرفات المترتب عليه التي منها ما يقع بعد فسخ أحد المتبايعين بغير رضا الاخر، مستلزمه لعدم تأثير ذلك الفسخ، و هو معنى اللزوم

دراساتنا من الفقه الجعفري، ج ٤، ص: ١٥

...

اذ لو لم يكن البيع لازما لكان منحللا- بالفسخ و رجع المبيع الى ملك الفاسخ و صار تصرف المشتري مثلا تصرفا في ملك الفاسخ، و هو غير جائز. و بعباره أخرى: يكون التصرف لمن انتقل اليه جائزا حتى بعد الفسخ.

و استشكل عليه سيدنا الاستاذ دام ظلّه بأن هذه الايه لا تدل الا على مجرد حليه البيع بمعنى التمليك و التملك، توضيحه: أن قوله «أَحَلَّ» ان كان متعلقه من الافعال الخارجيه كقوله «أحلّ الله شرب الماء» مثلا يدل على الحكم التكليفي، و أما اذا كان متعلقه عقد من العقود يدل على الحكم الوضعي، فعلى كلا- التقديرين- أي سواء كان المستفاد من الايه الحكم التكليفي أو الوضعي- لا تدل على اللزوم. اما على القول بأن المستفاد منها الحكم الوضعي، فغايه ما يستفاد منها في المقام حصول الملكيه بالبيع

فتكون الايه دليل صحه البيع، و أما على القول بظهور الايه فى الحكم التكليفى كما هو ظاهر بقريته قوله «حَرَّمَ الرَّبَّاءُ» يكون المراد من حليه البيع حليه التصرفات المتفرعه على البيع، و هو لا يدل على اللزوم.

و يرد عليه أولا لنا أن نختار الشق الاول و نقول: ان الايه تدل على الحكم الوضعى، و مع ذلك يستفاد منه اللزوم.

توضيحه: ان البائع المتوجه حين كتابه مثلا بما أن الأعمال فى الواقعيات محال اما يجعل الخيار لنفسه أم لا، و الأول خارج عن المبحث، و الثانى اما يملكه على النحو الموقت- بأن يجعله ملكا للمشتري سنه أو سنتين- أو الى حين الفسخ أو يجعله ملكا له حتى بعد إنشاء الفسخ، و الاول أيضا خارج عن المبحث لخروج البيع الخيارى عن محل الكلام، فيبقى القسم الاخير و هو جعله ملكا للمشتري حتى بعد إنشاء الفسخ، فيشملة دليل الحل.

دراساتنا من الفقه الجعفرى، ج ٤، ص: ١٦

...

و لنا أن نختار الشق الثانى بأن تدل الايه على الحكم التكليفى، و هى حليه التصرف لكل من المتبايعين فيما انتقل اليه بالبيع حتى بعد إنشاء الفسخ، فيستكشف من حليه التصرف لزوم البيع و هو المطلوب.

و منها- قوله تعالى «إِلَّا أَنْ تَكُونَ تِجَارَةً عَنْ تَرَاضٍ»

«١» و هذه الايه تدل على المطلوب سواء قلنا بأن المستفاد منها الحكم التكليفى أو الوضعى، و التقريب هو التقريب فلا نعيد.

ان قلت: لا يمكن التمسك بآيه تجاره عن تراض لعدم انعقاد الاطلاق له كى يتمسك باطلاقه.

قلت: أولا- يمكن النقض بما اذا شك فى صحته من ناحيه أخرى، كما لو شك فى صحته من ناحيه ايقاعه بغير اللغه العربيه، و كذا لو شك فى صحته من ناحيه تقديم القبول على الايجاب هل يلتزم المستشكل بعدم جواز التمسك باطلاق قوله

«إِلَّا أَنْ تَكُونَ تِجَارَةً عَنْ تَرَاضٍ»، كيف و الحال أن التمسك بالآيه لدفع هذه الاحتمالات كالنار على المنار.

و ثانيا: انه لا وجه لعدم التمسك باطلاق، و احتمال عدم كون المتكلم فى مقام البيان مندفع باجراء أصاله البيان فيما اذا شك فيه، و لو لم يكن ذلك لانسد باب التمسك بالاطلاقات. و ان شئت قلت: ان أصاله البيان فى مورد الشك هى الاصل العقلانى فى باب الظواهر.

هذا اذا كان المستفاد من الايه الحكم التكليفى، و أما اذا كانت الايه ظاهره فى الحكم الوضعى فيكون المراد من الاكل فى الايه هو التملك، فيكون

(١) سورة النساء الايه (٣٣).

دراساتنا من الفقه الجعفرى، ج ٤، ص: ١٧

...

معنى الايه ان التجاره عن تراض سبب للتملك، فهى باطلاقها تشمل تصرف المفسوخ عليه فيما بيده بعد فسخ الفاسخ أيضا. و أورد الشيخ قدس سره على الاستدلال بالآيتين الاخيرتين بأنه لا يتم الاستدلال باطلاقهما الا بركه استصحاب بقاء الموضوع. و بعبارة أخرى: ان موضوع الآيتين و مصب اطلاقهما هو البيع و التجاره، و بقاء هذين العنوانين بعد إنشاء الفسخ غير معلوم، فلا جرم يحتاج احراز الموضوع الى الاستصحاب كى يصح التمسك باطلاقهما. و يرد عليه أولا: أن هذا الاشكال على تقدير تسليمه وارد على الآيات الثلاث و لا يختص بالآيتين الاخيرتين، و ثانيا انه لا وجه لأصل الاشكال، فان مقتضى الاطلاق عدم تأثير الفسخ و لا تصل النوبه الى الاستصحاب.

و أما ما أورده السيد اليزدى قدس سره على الاستدلال بالآيتين بأن آيه حليه الاكل بالتجاره متعرضه لحال التصرفات فان مفادها جواز الاكل بالتجاره و لا اطلاق فيها بل هى فى مقام بيان أن الاكل بالتجاره حلال فى مقابل الاكل بالباطل من غير نظر الى بيان مداه الحليه، و

كذا «أَحْبَلُ اللَّهُ الْبَيْعَ» لا- دلالة لها الاعلى مجرد حليه البيع بمعنى التمليك و التملك و لا تعرض فيها لحليه التصرفات بعد البيع حتى تشمل باطلاقها ما بعد الفسخ. (فمدفوع) بما ذكرنا بأن الاطلاق يحرز و لو بيركه أصاله البيان الجاربه بين العقلاء، و ثانيا انه لا يمكن التمسك بالاستصحاب فى المقام لعدم جريانه فى الشبهات الحكيمه الالهيه.

و للمحقق النائيني كلام فى المقام، فانه قدس سره وجه كلام الشيخ، و حاصله ان الحكم ليس له اطلاق بالنسبه الى نفسه فكيف يكون ناظرا الى رافعه.

دراساتنا من الفقه الجعفرى، ج ٤، ص: ١٨

...

و بعباره أخرى: الاطلاق يتصور بالنسبه الى الحالات السابقه على الحكم لا بالنسبه الى الحالات اللاحقه عليه فضلا عن رافعه، فلو شك فى تأثير الفسخ لا يمكن أن يؤخذ بالاطلاق، لأنه فى قوه أن يقال: مقتضى الاطلاق بقاء الحكم حتى مع وجود رافعه، و هذا أمر غير معقول.

و فيه: أولا انه لا وجه لاختصاص الاشكال على فرض صحته بالآيتين، بل يتوجه على الاستدلال بالآيات الثلاث، و ثانيا أن هذا البيان من أصله غير صحيح، فانه ليس المراد من الاطلاق، الاطلاق بالنسبه الى رافع الحكم، بل معناه تحقق الفسخ و عدمه، و من تحقق الاطلاق بعد الفسخ يعلم أن العقد لازم، و من الظاهر أن الفسخ أمر يلحق العقد أعم من أن يكون مشروعا فى عالم التشريع أم لا.

و ان شئت قلت: ان الفسخ و عدمه ليسا من الامور المتأخره بل من التقسيمات الاوليه، فلا مانع من شمول الاطلاق لهما.

(و منها) قوله تعالى: «وَلَا تَأْكُلُوا أَمْوَالَكُمْ بَيْنَكُمْ بِالْبَاطِلِ»

[النساء: ٣٣].

و يمكن أن يستدل به بوجهين: تاره مع ضم المستثنى الى المستثنى منه أى يستدل بمجموع الايه، و أخرى بدون ضم المستثنى.

أما على الاول فتصدى الاستاذ

دام ظله فى مقام تقريب الاستدلال بالآيه بأن الاستثناء ظاهر فى المتصل ما لم يقم دليل على خلافه، و أما المنفصل فهو خلاف الظاهر ما لم يصير اليه الا- بدليل. و المراد من الاكل فى الايه كناية عن التملك فيكون استثناء صورته وقوع التجاره عن تراض دليلا على أنه لا يجوز التملك بسبب الباطل لأنه باطل، و يجوز التملك بسبب التجاره عن تراض فانها من الاسباب المملكه، و من المعلوم ان الفسخ ليس من تجاره عن تراض فيدخل فى ربه

دراساتنا من الفقه الجعفرى، ج ٤، ص: ١٩

...

الاسباب الباطله فلا يجوز التملك بها.

و يرد عليه: ان الاستثناء فى الايه ظاهر فى المنفصل كما هو واضح، الا أن ذلك لا يمنع عن الاستدلال بالآيه، فانها تدل على أن حصول الملك تنحصر بالتجاره عن تراض، و انما التملك يحصل بها فقط لا غيرها من الاسباب الباطله و الدليل على المدعى الظهور العرفى، فانه يفهم من الايه أن الشارع فى تمام حصر سبب التملك، فلا يكون انفصال الاستثناء مخلا بالاستدلال.

و أما على الثانى- و هو الاستدلال بالآيه بلا ضم المستثنى منه- فنقول:

ان المراد من الاكل هو التصرف المعاملى، فتدل الايه على حرمة الاكل بكل وجه يسمى باطلا عرفا، فلا بد أن يكون تعيين المصداق موكولا- الى نظر العرف. و ما نحن فيه يكون من مصاديق الباطل عند العرف، فان أخذ مال المفسوخ عليه بعد لزوم البيع بمجرد إنشاء الفسخ باطل عرفا فيكون حراما شرعا.

أفاد سيدنا الاستاذ دام ظله انه لا يمكن التمسك بالآيه للزوم البيع، لأننا اذا شككنا أن الفسخ سبب باطل لا يمكن الحكم بكونه باطلا فانه من الشبهه المصداقيه.

و يرد عليه: ان الباطل أمر عرفى و ليس أمرا

واقعيًا يقع متعلق الشك، فلا مجال لهذا الاشكال.

و (منها) قوله عليه السلام «لا يحل مال امرئ مسلم الا عن طيب نفسه» «١».

و يمكن أن يستدل به على اللزوم بوجه:

(الاول) أن مطلق التصرف في مال الغير حرام حتى التصرف بالفسخ،

(١) الوسائل الجزء (٣) الباب (٣) من ابواب مكان المصلي، المستدرک ج (١) الصفحة ٢٢٢، الاحتجاج الجزء (٢) الصفحة ٢٩٩.

دراساتنا من الفقه الجعفري، ج ٤، ص: ٢٠

...

فيكون الفسخ مورد النهي الشرعي، فلا يكون مؤثرا.

و فيه: اولاً ان العرف لا يفهم من التصرف الا ما يكون تصرفاً خارجياً.

و ثانياً ان التصرف الاعتباري لو فرض كونه محرماً لا يستلزم الفساد الوضعي.

(الثاني) أن يكون المراد من الحلبي اعم من الوضع و التكليف،

فلو كان التصرف في المال تصرفاً خارجياً يكون حراماً تكليفاً و لو كان اعتبارياً يكون حراماً وضعياً فلا يكون الفسخ مؤثراً.

و فيه: انه خلاف المتفاهم العرفي، و ان شئت قلت: انه من استعمال اللفظ في اكثر من معنى واحد، و لا يصار اليه الا بالدليل.

(الثالث) أن يكون المراد من التصرف التصرف الخارجي،

و من حرمه التصرف الخارجي التكليفي حتى بعد الفسخ يفهم اللزوم، اذ لو لم يكن لازماً لم يكن وجه لحرمة التصرف فانه يصير مالاً له بالفسخ.

و فيه: ان بقاء العنوان - و هو كون المال مال الغير حتى بعد الفسخ - اول الكلام، فلا مجال لهذا الاستدلال.

(و منها) قوله صلى الله عليه وآله «الناس مسلطون على أموالهم»

«١» بتقريب ان مقتضى كون الشخص سلطانا على ماله عدم جواز ايجاد المزاحمه له، فان فسخ البيع بلا رضى الطرف مناف لقاعده السلطه و هو غير جائز، و لا نغنى من اللزوم الا هذا.

و يرد عليه: أولا ان الروايه ضعيفه سندا، فان الخبر المذكور مرسل فلا يعتمد عليه، و عمل المشهور على تقدير تسليم استناد عملهم بهذا الخبر غير جابر كما بينا تفصيله فى محله، و ثانيا بأن المستفاد من الروايه انما هى سلطه الناس

(١) بحار الأنوار الجزء (٢) الصفحه (٢٧٢).

دراساتنا من الفقه الجعفرى، ج ٤، ص: ٢١

...

على أموالهم، فلا يجوز للغير أن يتصرف فى مال الشخص، و أما الفسخ فليس تصرفا فى المال حتى يكون خلاف السلطنه، بل انه تصرف فى العقد و حل له، و عليه فالروايه أجنبيه عن المقام.

ان قلت: ان الفسخ و ان كان حل العقد و ليس هو تصرفا الا أن الفاسخ يتصرف فى ذلك بعد فسخه.

قلت: ان التصرف بعد الفسخ كونه مصداقا للتصرف فى مال الغير أول الكلام يحتمل أن يكون الفسخ مؤثرا فيكون تصرفه فى مال نفسه. و لكن مع هذا كله فى النفس شىء، و هو أنه اذا سلمنا سند الروايه و قلنا بأنه ينجبر بعمل المشهور فلنقال أن يقول: ان مقتضى سلطنه الناس على أموالهم عدم جواز اخراجه عن يده بالفسخ و غيره.

(و منها) قوله صلى الله عليه وآله «المؤمنون عند شروطهم»

«١» و فى بعض الروايات «المسلمون عند شروطهم» «٢».

بتقريب أن الشرط عبارته عن مطلق الالتزام و لو ابتداء من غير ربط بعقد آخر، فان العقد على هذا شرط فيجب الوقوف عنده حتى فيما بعد إنشاء الفسخ، فيستكشف منه لزوم العقد و عدم انحلاله بالفسخ.

و يرد عليه: ان الشرط بمعنى الربط بين شيئين

«٣» و الالتزام فى ضمن العقد كما فى اللغة و العرف، و من هذا الباب يطلق الشرط الدارج فى لسان أهل

(١) التهذيب، الجزء (٢) الصفحه (٢١٩) و الاستبصار الجزء (٣) الصفحه (٢٣٢) الوافى، الجزء (١٢) ص ٨٠.

(٢) الوافى الجزء (١٠) الصفحه (٤٨) الجزء (١) ص ٨٠، الوسائل الجزء (١٢) الباب (٤) من أبواب الخيار الحديث ١-٢-٥.

(٣) انظر الى القاموس و أقرب الموارد ماده «شرط».

دراساتنا من الفقه الجعفرى، ج ٤، ص: ٢٢

...

العرف حيث يراد منه ما عقد بين الشئيين، فلا يشمل للشروط الابتدائيه، فهى خارجه عن معنى الشرط موضوعا.

ان قلت: لا نسلم اختصاص الشرط بالشروط الضمنيه فقط، بل هو يصدق على الشروط الابتدائيه أيضا، كما يظهر ذلك من موارد استعمالته، مثل قوله «الشرط فى الحيوان ثلاثه» و قوله «يا رب شرطى الا- أعود فى مكروهك» و غير ذلك من موارد الاستعمالات.

قلت: ان استعمال الشرط فى الشروط الابتدائيه مسلم و لا ينكره أحد، الا انا نقول: ان الاستعمال لا يدل على الحقيقه بل هو أعم من الحقيقه و المجاز.

فتحصل أن الشرط لا يصدق على الشروط الابتدائيه و لا أقل من الشك فيه المانع من الاستدلال بدليل المؤمنون.

و ثانيا: ان المستفاد من الشرط جعل الشارط امرا على عهده المشروط عليه.

ان قلت: ليس الامر كذلك فى شرط النتيجة.

قلت: الامر كذلك هناك أيضا، غايه الامر المشروط عليه يأتى بما على عاتقه فى شرط النتيجة بنفس العقد فلاحظ.

و أما التمليك فى البيع فيتحقق بنفس المعامله و لا يجعل الشارط شيئا على عاتق المشروط عليه، لكن يرجع هذا الاشكال الى انكار صدق الشرط على العقد.

و ثالثا: سلمنا انه جعل على عاتقه أن لا يفسخ و يترتب عليه ان الفسخ حرام عليه

لكن الحرمة التكليفية لا تستلزم الفساد الوضعي.

و أما ما أفاده المحقق الايروانى بأن الجملة المذكوره ليست ظاهره فى أزيد من رجحان الكون عند الشرط الذى هو كناية عن القيام و الوفاء به، كما يشهد به

دراساتنا من الفقه الجعفرى، ج ٤، ص: ٢٣

...

أخذ عنوان المؤمن فى الموضوع، و هذا يكون نظير قوله «المؤمن اذا وعد وفى» فانها جملة خبريه تخبر عما يقتضيه الايمان و يؤثر فيه، و فيها تنبيه على رجحان تلك الآثار.

فيرد عليه: ان الظاهر المستفاد منها هو إنشاء الحكم الشرعى كما هو المتناسب لمقام الشارع، فان كونه فى مقام الاخبار عن الخارج خلاف الظاهر، و لذا قد حققنا فى محله أن المستفاد من أدله الوفاء بالوعد هو الوجوب، مضافا الى أنه ذكر فى بعض الروايات بصيغه الامر كما فى روايه «١» غياث بن كلوب، لكن الروايه ضعيفه.

(و منها) ما ورد فى خيار المجلس الدال على لزوم البيع من حين الافتراق

كقوله صلى الله عليه و آله «البيعان بالخيار حتى يفترقا ...» «٢».

بتقريب أن البيع يكون لازما بعدم الافتراق و لا خيار لهما حتى بعد إنشاء الفسخ كما هو مقتضى الاطلاق.

ان قلت: ان الروايات المذكوره ناظره الى لزوم البيع بعد الافتراق من ناحيه خيار المجلس، و بعبارة أخرى: ان المستفاد منها هو الحكم الحيثى أى يكون لازما من حيث خيار المجلس فلا يؤثر اعمال خيار المجلس بعد الافتراق، و أما ثبوت الخيار من نواحي أخرى و عدمه فالروايات أجنبه عنه.

قلت: ان المستفاد من الروايات المذكوره هو لزوم البيع بعد الافتراق على اطلاقه، و حملها على الحكم الحيثى خلاف الظاهر كما هو الميزان فى جميع الابواب.

(١) الوسائل الجزء (١٢) الباب (٦) من أبواب الخيار، الحديث (٥).

(٢) الوسائل، الجزء (١٢) الباب (١) من أبواب الخيار، الحديث (٣).

(و منها) استصحاب الملكية الثابتة للمفسوخ عليه قبل الفسخ،

الا أنه لا يمكن الالتزام به في المقام، لان الاستصحاب الجارى في الشبهات الحكميه الكليه معارض مع الاستصحاب الجارى في ناحيه الجعل.

ان قلت: لا نسلم ابتلاء الاستصحاب بالمعارض في المقام، بل انه ابتلى بالاصل الحاكم، و هو الاصل السببي، و ذلك أن الشك في بقاء الملكية و عدمه مسبب عن الشك في تأثير الفسخ و عدمه، فمع الاصل الجارى في ناحيه السبب- و هو أصاله عدم تأثير الفسخ- لا تصل النوبه الى الاصل المسببي أعني استصحاب بقاء الملكية.

قلت: يرد عليه أولا- أن المستدل لا بد أن يلتزم بعدم جريان الاستصحاب في الكلى مطلقا، فانه لو شك في بقاء وجوب صلاحه الجمعه في زمان الغيبه يكون الشك ناشئا من أن الغيبه رافعه للوجوب أم لا، و لا يلتزم بهذا اللازم.

و ثانيا: ان اطلاق السبب و المسبب على الاحكام الشرعيه انما هو من باب الاصطلاح و الا ليس سبب في الواقع و لا مسبب بل الموجود حكم و موضوع، فالشك في تأثير الفسخ شك في سعه جعل الملكية لزيد مثلا و ضيقه بأن الشارع جعل الملكية حتى بعد إنشاء الفسخ او الى إنشائه، فاستصحاب المجعول معارض مع استصحاب عدم الجعل كما عرفت.

ان قلت: ان الشك في بقاء الملكية مسبب عن الشك في انقطاع علاقته للملكيه للفاسخ و عدمه، و الاصل الجارى في السبب مقدم عليه.

قلت: ان كان المراد من بقاء العلاقه، علاقته للملكيه أو بقاء ما يترتب على الملكية فهو مقطوع الانتفاء، و ان كان المراد من بقاء العلاقه علاقته حادثه فهو مشكوك الحدوث و محكوم بالعدم، و ان كان المراد من العلاقه العلاقه الموجوده

دراساتنا من الفقه الجعفرى، ج ٤، ص: ٢٥

...

في مجلس العقد- أى

علاقه الفسخ- فيرد عليه: أولا- انه لا- يجرى فيما لا خيار كما لو شرط عدمه، و ثانيا ان المرجع عموم وجوب الوفاء لا الاصل العملى، و ثالثا أنه لا مجال لهذا التوهم بعد دلاله دليل خيار المجلس على انقطاع العلقه بالافتراق.

و ربما يرد على الاستصحاب بوجه آخر، و هو أن الملكيه ذات مراتب فمرتبه ضعيفه و مرتبه قويه، كالأعراض فان لها مرتبه ضعيفه و مرتبه قويه، و ان المتيقن من زوال الملك من الفاسخ بالعقد هو انتقال مرتبه قويه من الملك، و أما المرتبه الضعيفه منها- أعنى حق الاسترداد بانشاء الفسخ- مشكوك فيه، فيجرى استصحاب الملكيه فى مرتبه ضعيفه.

قلت: أولا انا لا نسلم أن الملكيه ذات مراتب، بل لا يتصور لها الا مرتبه واحده، فانها أمر اعتبارى بسيط لا تقبل الشده و الضعف.

و ثانيا: انا لو سلمنا أن الملكيه الاعتباريه ذات مراتب و تقبل الشده و الضعف الا أن الملكيه الضعيفه فرد مستقل بوجودها فى قبال الملكيه القويه، فانتقال الملكيه القويه بالعقد غير مشكوك، فانها انتقلت من العاقد بعقده، و أما المرتبه الضعيفه- أعنى حق الاسترداد- نحتمل أن يوجد مقارنا لذهاب المرتبه القويه، فهو من قبيل القسم الثالث من الاستصحاب الكلى الذى لا دليل عليه.

و ثالثا: ان استصحاب الملكيه بما هى لا يثبت الخيار، فانه يمكن أن يترتب عليه الخيار، و مجرد الامكان لا أثر له كما هو ظاهر. اللهم الا أن يقال بأنه لو سلم ثبوت الملكيه بهذه المرتبه و سلمنا بأنه لا أثر لها إلا ثبوت الخيار، فلا مجال لهذا الاشكال الاخير، اذ معناه أن الملكيه المستصحبه موضوع للخيار و اثبات الموضوع بالاصل يترتب عليه الحكم.

دراساتنا من الفقه الجعفرى، ج ٤، ص: ٢٦

...

و رابعا:

ان المقام ليس مقام التمسك بالاستصحاب مع وجود الدليل الحاكم و هو «أَوْفُوا بِالْعُقُودِ» فان المقام داخل فى النزاع المعروف، و هو أن عموم العام مقدم أو الدليل المخصص، و قد حققنا فى محله أن عموم العام مقدم.

توضيح ذلك: ان المستفاد من دليل الوفاء لزوم العقد مطلقا، و انما خرج عنه ما لم يفترق المتبايعان، فاذا شك بعد الافتراق فى جوازه و لزومه يؤخذ بعموم العام و يحكم بلزومه.

ان قلت: ان جواز التمسك بدليل وجوب الوفاء يتوقف على كون عموم دليل اللزوم عموما زمانيا، و الحال أن المستفاد منه العام المجموعى.

قلت: ان الشبهه المذكوره ترد على تقدير ورود المخصص بعد العام، و أما اذا ورد المخصص فى أول أزمه انعقاد العقد و خرج فرد واحد من تحته- و هو زمن عدم الافتراق عن المجلس- فالعام باق على حاله. هذا أولا و ثانيا انا بينا فى موضعه و حققنا أن عموم العام مقدم على دليل المخصص، سواء كان استغراقيا أو مجموعيا.

و يمكن أن يقرب استصحاب الخيار بوجهين آخرين:

أحدهما: انا نحتمل أن يكون المقارن لخيار المجلس خيار آخر، فنستصحب بقاء الخيار الكلى بعد انقضائه.

وفيه: ان هذا الاستصحاب من الاستصحاب القسم الثالث من الكلى الذى يعتبر عند الشيخ قدس سره، و أما على ما سلكناه فليس الاستصحاب جاريا فيه لاین خيار المجلس مرتفع قطعاً و غيره مشكوك حدوثاً، أضف الى ذلك كله أن استصحاب الخيار معارض مع استصحاب عدم الجعل.

ثانيهما: ان خيار المجلس أمر واحد، و نحتمل أن يكون له سبب متعدد

دراساتنا من الفقه الجعفرى، ج ٤، ص: ٢٧

قوله: ثم انه يظهر من المختلف فى مسأله أن المسابقيه لازمه او جائزه ان الاصل عدم اللزوم ... (١)

و مع

هذا الاحتمال أى مانع لاستصحاب الخيار الشخصى الموجود فى المجلس.

و يرد عليه: أن مقتضى انتفاء الخيار بانتفاء المجلس زوال الشخص و ارتفاعه فلا مجال لهذا التوهم، مضافا الى أنه معارض كما مر آنفا.

[ظاهر المختلف أن الأصل عدم اللزوم و المناقشه فيه]

أقول: حاصل كلامه بتوضيح منا أن المستفاد من كلام العلامة فى مسأله المسابقه أن الاصل هو الجواز فيما لو شك فى لزوم العقد و جوازه.

و أورد عليه من تأخر عنه: بأن المستفاد من قوله «أَوْفُوا بِالْعُقُودِ» اللزوم و ما زادوا عليه شيئا، و لكننا نقول: لو لا دليل وجوب الوفاء أيضا لكان قول العلامة مخدوشا لعدم وجه صحيح لتقرير هذا الاصل. نعم هذا الاصل جار فى خصوص المسابقه و شبهها، لأنها لا تتضمن تمليكا و تسليطا قبل حصول المعلق عليه حتى يستصحب بقاء ذلك الاثر و عدم زواله بدون رضا الطرفين.

توضيحه: ان العقود التى لها آثار فعلية يتمسك لا ثبات اللزوم باستصحاب بقاء تلك الآثار الفعلية، و أما العقود التى ليس لها آثار فعلية بل لها آثار تعليقيه كالوصيه و التدبير و السبق و الرمايه فانه لا يترتب على هذه العقود و الايقاعات أثر فعلا، فلا يجرى الاستصحاب لإثبات اللزوم. هذا تمام كلامه.

و يمكن أن يورد عليه بوجهين:

الاول- انه قدس سره التزم بجريان الاستصحاب التعليقى، مع أن المقام من هذا القبيل، بأن يقال لو كان السبق حاصلًا لم يكن الفسخ مؤثرا فى العقد و كذا الحال بعد الفسخ قبل تحقق السبق، و لا فرق بين المقامين.

الوجه الثانى- ما أورده الآخوند و الميرزا و السيد اليزدى و سيدنا الاستاذ أن الاستصحاب يجرى فى العقود التعليقيه و لو مع الالتزام بالاصل التعليقى.

دراساتنا من الفقه الجعفرى، ج ٤، ص: ٢٨

...

توضيحه: ان الاحكام المجعوله من الشارع تكون

على نحو القضية الحقيقية، و من المعلوم أن القضايا الحقيقية مقدره الوجود، و يتضح ذلك في قوله تعالى «وَلِلَّهِ عَلَى النَّاسِ حِجُّ الْبَيْتِ مَنِ اسْتَطَاعَ إِلَيْهِ سَبِيلًا» فمرتبته جعل تامه، فان الحكم الوجود جعل على المستطيع و ان لم يوجد المستطيع خارجا الى يوم الدين.

نعم ان فعلية الحكم متوقفه على وجود الموضوع، و هو مطلب آخر. فلو شككنا أن هذا الحكم المجعول ارتفع عن موضوعه أم لا فالاصل بقاؤه، و كذلك المقام فان الالتزام بمفاد العقد من المتعاقدين قد وقع في الخارج و أمضاه الشارع فاذا شك في بقائه و ارتفاعه بفسخ أحد المتبايعين فالاصل بقاؤه. و بالجمله الفسخ في العقود نظير الفسخ في التكاليف، و قد ذكرنا أنه لا مانع من جريانه في الفسخ. هذا بخلاف الاستصحاب التعليق، فان المانع الموجود فيه أن الحكم التعليق الذي يكون في مرحله جعل فهو يقينى البقاء و لا- يحتاج الى الاستصحاب، اذ ليس الشك في نسخ الحكم الشرعى. و أما الحكم الفعلى فلم يتحقق في الخارج بعد، و أما في المقام فالشك في الحكم الشرعى بأن نقول ان عقد المسابقه له أثر، و الاصل بقاء هذا الحكم.

و الحق أن هذا الاشكال غير وارد على الشيخ، فان المقام داخل في الاستصحاب التعليق، و لا نجد فرقا بين المقام و بين الشك في الحرمة في العصير الزببى.

و التحقيق أن يقال: ان كان الاصل اللفظى المقتضى لبقاء الحكم موجودا فلا مجال للأصل العملى، و ان لم يكن موجودا فلا مجال للأصل لأنه تعليقى، فما أفاده الشيخ صحيح غايه الامر أنه خلاف مسلكه حيث ذهب الى جريان الاصل التعليق.

دراساتنا من الفقه الجعفرى، ج ٤، ص: ٢٩

[إذا شك في عقد أنه من مصاديق العقد اللازم أو الجائز]

قوله: ثم ان ما ذكرنا

من العمومات المثبتة لأصله اللزوم انما هو فى الشك فى حكم الشارع باللزوم، و يجرى أيضا فيما اذا شك فى عقد خارجى أنه من مصاديق العقد اللازم او الجائز ... (١)

أقول: ان حاصل كلامه قدس سره أن ما ذكر انما يجرى فيما اذا كان منشأ الشك فى اللزوم و الجواز شبهه حكميه، و كذلك يجرى الكلام بعينه فيما اذا كان منشأ الشك الشبهه الموضوعيه. توضيحه: انا اذا قلنا أن المرجع فى الفرد المردد بين عنوانى العام و المخصص هو العموم، فكلما شك فى أن العقد الخارجى من مصاديق العقد اللازم أو الجائز يتمسك بالعموم لإثبات اللزوم الا- ما علم خروجه، و أما اذا لم نقل بذلك و قلنا ان المرجع هو الاصل العملى فهو أيضا ينتج اللزوم، أى يجرى أصله بقاء الملكيه بعد إنشاء فسخ أحد المتعاقدين الا أن يكون هنا أصل موضوعى يثبت العقد الجائز، كما اذا شككنا فى تملك زيد وعمرو مثلا أنه هبه كى يكون جائزا أو صدقه ليكون لازما، فان أصله عدم القربه تقتضى كونه هبه جائزه. هذا ملخص ما أفاده قدس سره.

و يرد على ما أفاده فى صدر كلامه من جريان الاصل فى بقاء الملكيه: بأن جريان الاصل متوقف على جريان الاستصحاب فى الحكم الكلى، و أما على ما سلطنا فلا مجال له للمعارضه.

ان قلت: ان المفروض ان الشبهه موضوعيه.

قلت: نعم ان الشبهه موضوعيه و لكن المعارضه موجوده، اذ بعد الشك فى الموضوع نشك فى سعه الجعل و ضيقه، فالكلام هو الكلام. نعم لا- بأس بجريان الاصل بتقريب آخر، و هو أن مقتضى عموم وجوب الوفاء لزوم كل عقد الا ما خرج، و مقتضى الاصل عدم تحقق العنوان الخارج، فلو

شك في أن ما وقع في الخارج هبه أو صدقه لقول تحقق العقد معلوم و انما الشك في تحقق عنوان

دراساتنا من الفقه الجعفري، ج ٤، ص: ٣٠

قوله: اذا شك في الضمان مع فساد العقد ... (١)

الهبه، و مقتضى الاصل عدم تحققه.

لا يقال: انه معارض لأصل عدم تحقق الصدقه.

لأننا نقول: لا أثر لهذا الاصل الاعلى القول بالمشبث، فان نفى الصدقه لا يثبت عنوان الهبه، لكن ما ذكرنا انما يصح فيما لا يتحقق علم اجمالى، كما لو شك في أن الواقع هبه أو بيع، فان صاحب المال لو فسخ يتحقق للطرف الاخر علم اجمالى بأنه اما يجب عليه تسليم الثمن و اما يحرم عليه التصرف في المال، و هذا هو الميزان الكلى.

و مما ذكرنا يظهر ما في كلام المصنف من الاشكال، فان مقتضى ما أفاده أن استصحاب عدم زوال أثر العقد يثبت صفه اللزوم للعقد بأن التمليك الواقع باق بحاله، و أما تعيين أنه بيع ليكون لازماً أو هبه فلا يثبت به بل اذا شك في اشتغال الذمه بالعوض يجرى البراءة.

و يرد عليه أن بعد إنشاء الفسخ يحصل العلم الإجمالى، اما بخروج العين عن ملكه على فرض أنه هبه فلا بد من أدائه أو بثبوت العوض عليه بناء على أنه بيع فلا تجرى أصاله البراءة.

و بعبارة أخرى: اذا فسخ المالك الاصلى يعلم الطرف الاخر بتوجه التكليف اليه، و لا- يمكن التمسك بالبراءة اذا لزم منه المخالفه العمليه.

[إذا شك في الضمان مع فساد العقد]

اقول: ملخص كلامه انه اذا علم فساد العقد و شك في أنه من العقود المضمنه أم لا، فلا بد من ملاحظه المدرك في المقام، فعلى القول بأن المدرك في باب الضمان بالعقود الفاسده قاعده اليد يحكم بالضمان لعموم القاعده المذكوره و

أما على القول بأن المدرك قاعده الاقدام بالضمان أو قلنا بأن خروج الهبه مانع عن التمسك بالعموم اذ يكون من التمسك بالعموم مع الشك فى المصداق فلا نحكم بالضمان. هذا كلامه.

دراساتنا من الفقه الجعفرى، ج ٤، ص: ٣١

قوله: القول فى أقسام الخيار ... (١)

قوله: الاول فى خيار المجلس ... (٢)

و يرد عليه: ان خروج الهبه و ان كان بهذا العنوان كى يكون الخارج عن تحت العام معنونا بهذا العنوان، لكن نقول لا مانع من احراز عدم العنوان و عدم تحققه فى الخارج بالاصل الازلى، فيتحقق الموضوع، فان موضوع العام بعد التخصيص عبارته عن وضع اليد على مال لا يكون هبه، و من الظاهر أن وضع اليد وجدانى و عدم تحقق عنوان الهبه يحرز بالاصل.

[القول فى أقسام الخيار]

اشاره

أقول: أفاد الشيخ أن بعض العلماء كالشهيد عد أقسام الخيار أربعة عشر قسما، و بعضهم كالمحقق و العلامة قدس سرهما عدها سبعة أقسام، و نحن نفتى أثر المقتصر على السبعه.

و ملخص الكلام فى هذا المقام ان الخيار اما مجعول تعبدا كخيار الحيوان و المجلس و اما مجعول بجعل ابتدائى من المتعاملين، و اما خيار تخلف الشرط و كلما يذكر أو ذكر من الاقسام يدخل فى أحد هذه العناوين، و ابتداء الشيخ بذكر خيار المجلس، و نحن أيضا نفتى أثره.

[القسم الأول خيار المجلس]

اشاره

أقول:

تنقيح الكلام فيه يحتاج الى بسط الكلام فى ضمن جهات:

(الجهه الاولى) فى معنى المجلس

و المراد من المجلس مطلق مكان المتبايعين حين البيع، فلا خصوصيه لعنوان المجلس، و انما عبر عنه بالمجلس لأنه يتحقق فيه

غالبا، فالميزان فيه كون المتبايعين في حال الاجتماع الذي كانا حين البيع سواء كانا في المجلس أم لا كانا جالسين أو قائمين.

(الجهه الثانيه) في دليله،

أقول لا خلاف بين الاماميه في ثبوت هذا الخيار للبائع و المشتري، و تدل عليه عدّه من الروايات و ان كان بعضها مخدوشا من حيث السند.

دراساتنا من الفقه الجعفري، ج ٤، ص: ٣٢

...

منها- ما رواه محمد بن مسلم عن أبي عبد الله عليه السلام قال: قال رسول الله صلى الله عليه و آله: البيعان بالخيار حتى يفترقا «١» و غير ذلك من الروايات.

و لا يعتد بالموثق الحاكي لقول علي عليه السلام: اذا صفق الرجل فقد وجب و ان لم يفترقا.. «٢» اذ لا شبهه في أصل الحكم، فان ثبوت خيار المجلس من واضحات الاحكام الفقيهيه فلا بد من العلاج، فربما يقال بأنها تحمل على التقيه لذهاب جمع من العامه الى القول بعدم خيار المجلس كأبي حنيفه.

ان قلت: انها نقلت عن علي عليه السلام، و هو لم يكن في حال التقيه و انما هي كانت في عصر الصادقين عليهما السلام.

قلت: ان الروايه و ان كانت علويه الا أن الحاكي لهذه الروايه الصادق عليه السلام فتكون التقيه في النقل.

ان قلت: مثل هذه التقيه غير معهود، لان التقيه اما تكون بأن يعمل الناس عليها، أو تكون التقيه في نفس بيان الاحكام، و اما التقيه في الحكايه فهو أمر حادث.

قلت: أولا أن كونها غير معهود لا يضر حمل الروايه عليها اذا ساعده الدليل و ثانيا يمكن أن يقال: ان عليا عليه السلام كان في مقام بيان الحكم

بلحاظ زمان التقيه.

و ربما يقال فى مقام رفع الاشكال: ان المراد من صفق على البيع الصفق على المبيع و هو الالتزام بالبيع باسقاط الخيار، لا الصفق المحقق للبيع، كيف و موضوعه المبيع فيكون البيع محققا قبلا.

قلت: حمل صفق البيع على صفق المبيع خلاف الظاهر، و الموجود فى

(١) الوسائل، الجزء (١٢) الباب (١) من ابواب الخيار، الحديث (١).

(٢) نفس المصدر، الحديث (٧).

دراساتنا من الفقه الجعفرى، ج ٤، ص: ٣٣

قوله: مسأله لا اشكال فى ثبوته للمتبايعين اذا كانا أصليين ... (١)

الروايه «اذا صفق الرجل على البيع فقد وجب» و بعبارة أخرى: لا وجه لحمل البيع على المبيع. و الحاصل ان الروايه المذكوره لا بد أن تطرح ان لم تكن قابله للحمل على التقيه أو غيرها بعد كون هذا الخيار من واضحات الفقه و مسلماته.

و ربما يقال: ان النصوص المستفيضة قائمه على ثبوت خيار المجلس، فهى تقدم على الروايه المنقوله عن على عليه السلام لوجود المرجح فيها و هو الاستفاضه.

و يرد عليه: ان المرجحات فى باب التعارض معلومه و منصوصه و ليست الاستفاضه منها.

[الجهه الثالثه انه يقع الكلام فى أن الخيار يثبت لمن]

اشاره

أقول: الجهه الثالثه انه يقع الكلام فى أن الخيار يثبت لمن، للمتبايعين فقط أو يثبت للوكيل، و على فرض ثبوته للوكيل يثبت له مطلقا أو فى الجملة.

لا بد أن يبحث فى كل واحد منها على حده.

أما ثبوته للمتبايعين

فلا اشكال فيه اذا كانا أصليين كما أفاده المصنف،

و أما ثبوته للوكيلين

إشارة

فأفاد قدس سره أنه لا اشكال فى ثبوته أيضا فى الجملة، و لا بد لنا أن نوضح معنى قوله «فى الجملة» فنقول: ان الوكيل فى المقام يتصور على أنحاء:

الاول- أن يكون وكيلا فى مجرد اجراء الصيغه فقط و لا مداخلة له فى أمر العقد أصلا، فهو يكون فى هذا الفرض كاللسان من الموكل.

الثانى- أن يكون وكيلا مستقلا فى المعامله ايجادا فقط، كما اذا و كله فى شراء ثوب له أو دار.

الثالث- أن يكون وكيلا مستقلا مطلقا فى أمر المعامله ايجادا و اعداما، و بعباره أخرى يكون وكيلا مفوضا اليه كليه أمر المعامله.

دراساتنا من الفقه الجعفرى، ج ٤، ص: ٣٤

...

الرابع- أن يكون مفوضا اليه أمر المال ان شاء باع و ان لم يشأ لم يبيع

اما القسم الاول- أعنى كونه وكيلا فى اجراء صيغه العقد فقط

إشارة

فما قيل أو يمكن أن يقال فى وجه عدم الخيار أمور:

الأمر (الاول) ما افاده شيخنا الاعظم قدس سره

بتوضيح منا: ان مفاد أدله الخيار اثبات حق و سلطنه لكل من المتعاقدين على ما انتقل الى الاخر بعد الفراغ عن تسلطه على ما انتقل اليه، فان الحكم لا يحقق موضوعه.

و بعباره واضحه: ان مفاد أدله الخيار اثبات حق و سلطنه لكل من المتعاقدين فى نقض ما التزم به و ابرامه بعد الفراغ عن سلطنته على ما نقل اليه ورد ما التزم به، و لا شبهه أن مجرى الصيغه لا يملك ذلك و ليس له الرد حتى يثبت له بأدله الخيار ملك كالا

الالتزامين. ألا- ترى أنه لو شك المشتري في كون المبيع ممن ينعق عليه لقرابه أو يجب صرفه لنفقه أو اعتاقه لنذر، لا يمكن الحكم بعدم وجوبه لأدله الخيار، فكما لا يمكن القول بتحقق الخيار في الفرع المذكور فكذا فيما نحن فيه. و الحاصل ان الخيار انما يكون ثابتا لمن يكون له السلطه على الرد، و حيث أن هذا المعنى مفقود في المقام فلا خيار له.

و يرد عليه: ان الخيار اما حق متعلق بالعقد كما هو الحق، أو حق متعلق بالعين. و على الاول فنقول: ان معنى الخيار ملك حل العقد يلزم من ذلك تراد العينين، و هذا المعنى متحقق حتى في مورد الانعتاق، و هو و ان كان تلفا حكما الا أن الخيار لا يسقط بمجرد تلف أحد الطرفين بل يرجع الى بدله كما هو كذلك في تلف المبيع في زمن الخيار.

هذا اذا كان الخيار متعلقا بالعقد، و أما اذا كان متعلقا بنفس العين فان موضوع الخيار و ان كان منتفيا فيما اذا كان المبيع ممن ينعق على المشتري، لان موضوع

دراساتنا

قوله: مضافا الى ملاحظه بعض هذا الخيار المقرون فيه بينه وبين خيار الحيوان (١).

الخيار تراد العينين و لا- يحصل هذا المعنى بانعتاق المبيع. الا- أنه لا يضرنا ذلك لان عدم الخيار يكون من باب عدم وجود موضوعه و لا قصور في ذلك من ناحيه الوكاله.

و أما قوله «ان الحكم لا يحقق موضوعه» فهو متين جدا و نحن لا ننكر ذلك و نقول: ان الموضوع ان ثبت و لو بالاصل فهو و الا لا- يمكن التمسك بالعموم و الاطلاق لكونه شبهه مصداقيه، و لكن قوله «ان مفاد أدله الخيار اثبات حق و سلطنه لكل من المتعاقدين على ما انتقل الى الاخر بعد الفراغ عن تسلطه على ما انتقل اليه» مدفوع بعدم قيام دليل على ذلك بعد صدق البيع على الوكيل في مجرد اجراء العقد، فالمدار على صدق البيع و عدمه.

و بعبارة أخرى: انا لا ندعى أن الحكم محقق لموضوعه، بل ندعى ان الكلام في صدق الموضوع و عدمه، و هذا هو المهم، فلو صدق العنوان يتحقق الحكم و لا دليل على اشتراط أمر آخر في الموضوع.

مضافا الى أن حق رد ما انتقل اليه بلا- استرداد ما انتقل عنه لا معنى له و معه يكون عباره عن الخيار، فهذا الاشتراط يرجع الى اشتراط الموضوع بوجود المحمول و القضييه بهذا النحو ضروريه.

الامر الثاني من الامور التي استدل على عدم الخيار للوكيل في اجراء الصيغه أن ملاحظه بعض أخبار الباب يعطى اختصاصه بالمالك،

كما في قوله عليه السلام في صحيح ابن مسلم: المتبايعان بالخيار ثلاثه ايام في الحيوان و فيما سوى ذلك من بيع حتى يفترقا ...
(١)

(١) الوسائل، الجزء (١٢) الباب (٣) من أبواب الخيار، الحديث (٣)

و لا ريب أن خيار الحيوان المذكور فى هذه الروايه مختص بالمالك لعدم خيار الحيوان لغير المالك، و لأجل وحده السياق يصير خيار المجلس المذكور فيها مختصا بالمالك أيضا.

و يرد عليه أولا: ان هذا الاستظهار من الروايه يستلزم أن لا يكون للوكيل خيار أصلا لكونه غير مالك و ان كان وكيلا مفوضا، و هو خلاف ما ذهب اليه قدس سره بأنه لا اشكال فى ثبوته للوكيلين فى الجملة.

و ثانيا: ان اختصاص خيار الحيوان بالمالك قد علم من الخارج، و أما العنوان المأخوذ فى صحيح ابن مسلم مطلق.

و ثالثا: ان وحده السياق لا تقتضى رفع اليد، اذ يكونان من المثبتين. و بعبارة واضحة: لو كان مقتضى المطلقات ثبوت الخيار حتى للوكيل فى العقد يؤخذ بها و لا يرفع اليد عنها الا بالدليل. و بعبارة أخرى: لا وجه لحمل المطلق على المقيد، بل يمكن أن نقول بأنه لا وجه للتقييد حتى مع الالتزام بالحمل، اذ المفروض أن لفظ «المتبايعين» قد استعمل فى معناه العام، غاية الامر قد علم من الخارج أن خيار الحيوان مختص بالمالك.

و رابعا: لا احتياج للتمسك بوحده السياق لإثبات نفى الخيار، و بعبارة أخرى: لو كان اختصاص دليل بفرد كافيا لنفى الحكم عن بقية الافراد كان الصحيح أن يتمسك بالروايه التى أخذ فيها عنوان التاجر، و من المعلوم أنه لا يشمل مجرى الصيغه، و هو قوله صلى الله عليه و آله: اذ التاجران صدقا و برا- خصال- بورك لهما فاذا كذبا و خانا لم يبارك لهما و هما بالخيار ما لم يفترقا «١».

(١) الوسائل، الجزء (١٢) الباب (١) من أبواب الخيار، الحديث (٤).

دراساتنا من الفقه الجعفرى، ج ٤، ص: ٣٧

قوله قدس سره: مضافا الى ادله

سائر الخيارات فان القول بثبوتها لموقع الصيغه لا ينبغي من الفقيه ... (١)

قوله قدس سره: مع أن ملاحظه حكمه الخيار تبعد ثبوته للوكيل المذكور ... (٢)

فان هذه الروايه وارده فى خصوص خيار المجلس و اخذ الموضوع فيها عنوان التاجر و هو لا يصدق على مجرى الصيغه.

الامر الثالث من الامور التى استدلت بها لنفى الخيار للوكيل فى العقد أن أدله سائر الخيارات لا تشمل للوكيل فى اجراء العقد و لا يرضى الفقيه بالشمول،

فالمقام كذلك.

و يرد عليه أنه لا بد أن نبحت فى المدرك للخيار، بأن نقول المدرك ان كان نصا من المعصوم فلا بد من ملاحظته من حيث الشمول و عدمه، و ان كان المدرك قاعده نفى الضرر فعدم الخيار للوكيل فى العقد واضح لعدم الضرر بالنسبه اليه على تقدير عدم الخيار، و الضرر متوجه الى المالك، و الخيار أيضا ثابت له.

و ان كان المدرك فيه اشتراط الخيار، فدائره الخيار من حيث السعه و الضيق يدور مدار الاشتراط، فان اشتراط الخيار بحيث يشمل الوكيل فى العقد أيضا نلتزم به و ان اشتراط لنفس المالك فقط فلا خيار للوكيل فى العقد كما هو واضح.

الامر الرابع من الامور المستدله لنفى الخيار أن حكمه جعل الخيار الارفاق بالمالك حتى ينظر و يتروى فى المبيع،

و أما الوكيل فى اجراء العقد فلا يتحقق هذا المعنى بالنسبه اليه، فلا وجه لثبوت الخيار له.

و فيه نقضا و حلا: النقض فبالوكيل المفوض و لو كانت حكمه جعل الخيار تروى المالك حتى لا يتضرر فلا بد من الالتزام بعدم الخيار للوكيل المفوض أيضا لعدم وجود الملاك المذكور فيه و الحال انه قدس سره لم يلتزم بذلك.

دراساتنا من الفقه الجعفرى، ج ٤، ص: ٣٨

...

و أما الحل فان خصوصيات الاحكام و ملاكاتها ليست بأيدينا حتى نقول ان الملاك الموجود فى جعل الخيار غير متحقق بالنسبه الى الوكيل المذكور، و المتبع عندنا هو الدليل، فلا بد أن ينظر الى دلالاته من حيث السعه و الضيق.

(الامر الخامس) ان الاستفادة من بعض الروايات المذكوره آنفا عدم الخيار للوكيل المعهود،

و هو قوله صلى الله عليه و آله «اذ التاجران صدقا و برا- خصال- بورك لهما فاذا كذبا و خانا لم يبارك لهما و هما بالخيار ما

لم يفترقا».

بتقريب أنه قد أخذ عنوان التاجر فى هذه الروايه، و هو لا ينطبق على مجرى الصيغه، فلا يكون له خيار بمقتضى الروايه.

و يرد عليه: ان الدليل لا ينحصر بهذه الروايه حتى يقال بعدم شمولها للوكيل فى العقد، ففى بعض الروايات المذكوره آنفا لم يؤخذ عنوان التاجر بل هو مطلق كما عرفت، و لا يمكن الالتزام بأن هذه الروايه مقيده لإطلاق المطلقات المذكوره لما ذكرنا آنفا. نعم لو علم من الخارج وحده المطلوب لا بد من حمل الاطلاق على التقييد، و هذا مطلب آخر.

(الامر السادس) ان مفاد أدله الخيار لا تشمل الوكيل فى العقد،

لان الخيار كما عرفت سلطنه ثابتة بأدلته للعاقده بعد الفراغ عن سلطنته على التزام الطرف المقابل. و بعبارة أخرى: ان المستفاد من أدله الخيار اثبات السلطنه لكل من المتعاقدين على ما انتقل منه بعد الفراغ عن تسلطه على رد ما انتقل اليه بالاقله، و الوكيل فى العقد بعد المعاضه أجنبى صرف و ليس له الاقاله حتى يكون له الخيار.

و الجواب عنه: أنه لا وجه لهذا التقييد، و لا دليل عليه.

(الامر السابع) ان النسبه بين أدله الخيار و أدله سلطنه المالك على ماله عموم من وجه،

دراساتنا من الفقه الجعفرى، ج ٤، ص: ٣٩

...

و يقع التعارض بينهما فيما اذا فسخ الوكيل و لم يرض المالك به، فيقدم دليل السلطنه عليه لكونه معاضدا بالحكم العقلانى، و على تقدير تكافئهما يتساقطان و تصل النوبه الى الاصل العملى، و هو استصحاب الملكيه الثابته للمالك.

و فيه: ان هذا استصحاب فى الاحكام الكليه، انا قد حققنا فى الاصول أن الاستصحاب لا يجرى فى الشبهات الحكميه الكليه الالهيه. و ثانيا انه اذا شك فى الخيار و عدمه يتمسك بدليل لزوم العقد فنسبه أدله الخيار الى دليل «أَوْفُوا» نسبه العام الى الخاص، فكلما ثبت الخيار بدليله يؤخذ به و الا يتمسك بعموم أدله اللزوم كلما شك فيه. و بعبارة أخرى: المحكم فى المقام الاخذ باطلاق المخصص، فانه لو كانت النسبه عموما من وجه لا يبعد أن نلتزم بضرب الدليل الدال على الخيار على الجدار من باب كونه خلاف الكتاب.

اذا عرفت ما تلوناه عليك فى المقام فاعلم أن خيار المجلس لا- يثبت لمجرى العقد لا بالامور المذكوره، بل لانصرافه الى المالك. و وجه الانصراف تناسب الحكم و الموضوع فانه يقتضى ذلك، فان جعل الخيار للتروى و اختيار ما هو أحسن، و من الظاهر أنه ليس للوكيل هذا الشأن. هذا على تقدير

القول بعدم ثبوته للوكيل، و أما لو قلنا بأنه ثابت له فهل يكون له الفسخ حتى مع منع المالك، أفاد الشيخ قدس سره بأنه أضعف، و لا وجه لما أفاده فانه على فرض تحقق هذا الحق له أن يفسخ فلا وجه لسقوطه بمنع المالك فما أفاده الشيخ ليس تاما.

هذا تمام الكلام فيما اذا كان الوكيل مجريا للعقد فقط.

و أما القسم الثاني فهو أن يكون الوكيل مستقلا في ايجاد المعاملة فقط،

و هذا القسم أيضا يلحق بسابقه في عدم الخيار له، لان الخيار كما عرفت منصرف

دراساتنا من الفقه الجعفرى، ج ٤، ص: ٤٠

...

الى من بيده الامر، و الوكيل المذكور كالوكيل في العقد اجنبى بعد تحقق المعاملة و ليس بيده أمر حتى يكون له الخيار.

و أما القسم الثالث فهو أن يكون وكيلاً مفوضاً إليه أمر المال،

أفاد شيخنا الاعظم قدس سره أنه ان كان وكيلاً- في التصرف المالى كأكثر الوكلاء، فان كان مستقلا في التصرف في مال الموكل بحيث يشمل فسخ المعاوضه بعد تحققها فالظاهر ثبوت الخيار له.

و استشكل عليه المحقق الايروانى قدس سره أن اعتبار عموم الوكاله لا- يشمل فسخ المعاوضه في ثبوت الخيار للوكيل بين عجيب و مستحيل، فانه ان أريد من الوكاله في الفسخ، الوكاله في الفسخ من قبل الموكل اعمالا لحقه فهو عجيب، و أى مدخله لهذا في ذلك، و ان أريد من الوكاله في الفسخ الوكاله في الفسخ بخيار نفسه فهو مع أنه باطل اذ لا معنى للوكاله فيما هو مستقل فيه و أمره لا يرجع الى الموكل، دور مستحيل لتوقف ثبوت الخيار على التوكيل في الفسخ بالخيار المتوقف ذلك على ثبوت الخيار.

و يمكن دفع الايراد عن المصنف بأن نقول: ان دليل الخيار ناظر الى تخصيص عموم «أَوْفُوا»*، و حيث أن الوكيل المفوض يكون أمر المال بيده يشمل دليل وجوب الوفاء فيثبت الخيار، فلا دور، فان ثبوت الخيار يتوقف على التوكيل التفويضى، لكن الوكاله لا تتوقف على الخيار، فالتوقف من طرف واحد، فمراد المصنف لو وجه بما ذكرنا لا يتوجه عليه ايراد المحقق المذكور.

و أما القسم الرابع - و هو أن يفوض أمر المبيع الى الوكيل

بأن شاء باع و ان شاء لم يبع - ذهب الايروانى الى ثبوت الخيار في المقام، الا أنه لا دليل عليه لعدم كون زمام امر المبيع فى يده بقاء. و الفرق بين هذا القسم و القسم

دراساتنا من الفقه الجعفري، ج ٤، ص: ٤١

قوله: و هل يثبت للموكلين فيه اشكال ... (١)

الثالث ظاهر، اذ قلنا ان الخيار يثبت بحسب الفهم العرفي، و التناسب بين الحكم و الموضوع لمن يكون له الاقاله، و في القسم

الرابع ليس للوكيل الاقاله فلا خيار له. فافهم و اغتتم.

الجهه الرابعه فى ثبوت الخيار للموكلين مع حضورهما فى المجلس فهل يثبت لهما مطلقا أو لا يثبت لهما كذلك أو تفصيل فى المقام؟

اشاره

وجوه:

(الوجه الاول)

الكلام ما اذا كان وكيلهما وكيلها فى اجراء الصيغه فقط، فهل يثبت للموكل الخيار أم لا.

ما يمكن أن يقال فى وجه عدم ثبوت الخيار له أمور:

الاول – ان المأخوذ فى أدله خيار المجلس عنوان البيعين،

و ان الظاهر من البيعين فى النص المتعاقدان، فلا يعم الموكل لعدم تصديه للعقد. و الذى يدل على ذلك ما ذكروا ان الموكل لو حلف على عدم البيع لم يحنث ببيع وكيله.

و الجواب عنه: ان البيع يصدق على من يبدل المبيع بالثمن، و هذا المعنى كما أنه يتحقق بالمباشره كذلك يتحقق بالتسيب أيضا، و الفعل الصادر من الموكل كالصادر عن الوكيل، و لا نعى بذلك أن عمل الوكيل قائم بالموكل فانه غير معقول، و اسناد إنشاء الصادر من الوكيل الى الموكل مجازى. بل نقول: انه بمنزله لسان الموكلين و يصدق فى حقهما حقيقه انهما باعا و اشترى كما لا يصدق ذلك فى حق الوكيلين أيضا.

و لتوضيح الحال نقول: انه لو زوجت امرأه بالوكاله يصح أن تقول «انى زوجتك نفسى لفلان» كما أنه يصح أن يقول وكيله «انى زوجتها لفلان»، و أما قضيه النذر فانه تابع لقصد الحالف من حيث السعه و الضيق، فان قصد من حلفه أنه يبيع بالمباشره فبيع الوكيل يحنث و ان حلف على أن لا- يحقق منه ما يصدق عليه مفهوم البيع فى الخارج فان كان الحلف قبل أخذ الوكيل فالوكاله للبيع

دراساتنا من الفقه الجعفرى، ج ٤، ص: ٤٢

...

موجب للحنث فيما يتصدى الوكيل للبيع، و ان كان أخذ الوكيل قبل حلفه، فأفاد سيدنا الاستاذ دام ظله بأنه لا يتحقق الحنث لان

فعل الوكيل ليس اختياريا له.

و يرد عليه: ان الحلف و ان لم يتعلق بالعزل لكن حيث أن فعل الوكيل فعله فالنقل يلزمه بالعزل كى لا- يتحقق الحنث بفعل وكيله.

الثانى- ان عنوان البيع و ان صح استناده الى السبب و المباشر الا أنه لا يمكن أن يراد المعنيين منه فى اطلاق واحد

بل لا بد أن يراد أحدهما لان استعمال اللفظ فى اكثر من معنى واحد على تقدير عدم استحالته خلاف الظاهر.

و يرد عليه: ان

عنوان البيع أطلق على نحو القضية الحقيقية، فكل من صدق عليه هذا العنوان يصدق عليه الخيار سواء كان وكيلا أو موكلا. و
بعبارة أخرى: اللفظ استعمل في الجامع فلا موضوع لهذا الاشكال.

الثالث – ان الالتزام بثبوت الخيار للموكل يستلزم أن يكون الخيار للمتعدد و هو لا يجوز،

فكما أن العين الخارجى لا تكون قابله للمتعدد كذلك الخيار فانه حق واحد لا يمكن ثبوته لا زيد من واحد.

و يرد عليه: ان وحده الخيار وحده نوعيه لا شخصيه، فلا مجال لهذا الاشكال، فعلى القول بثبوته للمتعدد نلتزم بتعددده، هذا أولا و
ثانيا ان الكلام فى القسم الاول و هو الوكيل فى مجرد اجراء الصيغه، و من الظاهر أنه لا خيار له فلا يكون ذو الخيار متعددا.

مضافا الى أنه لو كان هذا الاشكال تاما يلزم عدم ثبوت الخيار للمتعاقدين، اذ يلزم تعدد ذى الخيار، و هو كما ترى، فما يجاب
به هناك نجيب به هنا أيضا فلا تغفل.

هذا تمام الكلام فى ثبوت الخيار للموكل فيما اذا كان الوكيل مجريا

دراساتنا من الفقه الجعفرى، ج ٤، ص: ٤٣

...

لصيغه فقط، و من ضوء هذا البيان اتضح لك حكم باقى الاقسام المذكوره.

ملخصه ان الموانع المتصوره لثبوت الخيار للموكل لا ترجع الى محصل فالخيار له فيما يكونان حاضرين فى مجلس العقد ثابت
لتحقق الموضوع كما ذكره.

ثم ان الشيخ قدس سره ذكر وجهين لثبوت الخيار للموكل:

أحدهما أن الخيار للإرفاق فيقتضى ثبوته له.

و فيه ان الخيار لو ثبت فى مورد يكون للإرفاق لا أن الارفاق فى كل مورد تحقق يتحقق الخيار.

ثانيهما ان ثبوت الخيار للوكيل يستلزم ثبوته للموكل.

و فيه ان ثبوت الخيار للوكيل ليس بملاك الوكاله حتى تم هذا البيان بل لصدق الموضوع فلا بد من ملاحظه هذه الجبهه.

(فروع)

(الفرع الاول) انه هل يشترط حضور الموكل الثابت له الخيار فى المجلس أم لا؟ فيه أقوال:

(الاول) ما يستفاد من كلام الشيخ بأن الحضور فى المجلس شرط لثبوت الخيار.

و يرد عليه: ان الموضوع لخيار المجلس عنوان البيع، فكلما يصدق هذا الموضوع يترتب عليه حكمه سواء كان ذو الخيار حاضرا فى مجلس العقد أم لا.

و أفاد سيدنا الاستاذ أن مجرد الحضور فى المجلس لا يفيد فى المقام، فلو حضر المالكان فى مجلس العقد لغرض آخر و كانا غافلين من كون المجلس مجلس العقد لا يثبت لهما الخيار، لأنه يشترط فى ثبوت الخيار اجتماعهما فى المجلس

دراساتنا من الفقه الجعفرى، ج ٤، ص: ٤٤

...

بعنوان المعامله، و يستفاد هذا المعنى من قوله عليه السلام «فاذا افترقا وجب البيع» حيث يستفاد منه أن الافتراق بعنوان الرضا، و لا يتم هذا الا بما ذكرنا.

و يمكن الجواب عنه نقضا و حلا: أما النقض بما لو حضر المجلس بقصد المعامله عالما بأنه مجلس عقد و لكنه جاهل بوجود خيار المجلس فى الشريعه المقدسه. و حلا بأن الاجتماع المعاملى لم يقم دليل على اشتراطه، بل الموضوع فى الخيار كما علمت أنفا صدق عنوان البيع، و هو صادق سواء كان عالما أم لا.

و الذى يدل على ما ذكرنا أن مقتضى ما أفاده أنه لو افترقا مع الغفله يلزم بقاء الخيار حتى بعد الافتراق، و هو كما ترى.

(الثانى) ما ذهب اليه الميرزا قدس سره،

و هو التفصيل بين كون و كاله الوكيل بنحو التفويض و بين غيره، فانه على الاول لا- يشترط، اذ اجتماع الوكيلين اجتماع للمالكين، و أما فى غير هذه الصوره فيشترط اجتماع المالكين اذ الموضوع عباره عن الاجتماع.

وفيه: ان الاجتماع كبقية الافعال لا يمكن أن يستند الى غير من قام به الفعل فلا مجال لهذا التفصيل.

(الثالث) ان الخيار ثابت للمالكين،

و غايته افتراق الوكيلين، و استدل عليه بأن الخيار من آثار الملكيه، و حيث ان العين ملكك لمالكه فالخيار ثابت له غايه الامر بقاؤه ببقاء مجلس العقد.

و يرد عليه: ان الموضوع للخيار عنوان البيع و لا- خصوصيه للملك، مضافا الى أنه على ما ذكر، فلا وجه لثبوت الخيار للوكيل لعدم كونه مالكا.

و أفاد المحقق الايروانى قدس سره بأن الميزان فى بقاء الخيار بقاء الحاله التى تكون حاصله حين العقد، فبقاء الخيار ببقاء تلك الحاله. و الحاصل ان

دراساتنا من الفقه الجعفرى، ج ٤، ص: ٤٥

قوله: فقد يتحقق فى عقد واحد الخيار لأشخاص كثيره من طرف واحد أو من الطرفين، فكل من سبق من أهل الطرف الواحد الى اعماله نفذ و سقط خيار الباقيين بلزوم العقد أو بانفساخه.. (١)
المالكيين يحصل لهما الخيار و ينتهى بانتهاء الحاله الموجوده لهما حين العقد.

و يرد عليه: ان الاستفادة من دليل الخيار لزوم الاجتماع كى يصدق الافتراق و مع عدم اجتماعهما لا وجه لتحقيق الخيار.

اذا عرفت ما ذكر فاعلم ان الحق أن يقال: ان تحقق الخيار للمالكيين منوط بتحقيق اجتماعهما حين العقد، أعم من أن يكون فى مجلس العقد أم لا، و أعم من أن يكون بعنوان المعامله أم لا مع العلم أو الغفله، كل ذلك للإطلاق.

الفرع الثانى انه وقع البحث فيما اذا تحقق الخيار فى عقد واحد لأشخاص كثيره،

اشاره

كما لو وكل المتبايعان عشره على أن يكون كل منهم متمكنا من الاستقلال فى المعامله، فلو أقدم جميعا على الاجازه أو الفسخ فلا كلام فيه، و أما لو وقع التعارض بين الفسخ و الاجازه فهل يقدم المتقدم منهما أم لا؟ أفاد الشيخ ان كل من سبق من أهل الطرف الواحد الى اعماله نفذ و سقط خيار الباقيين، و ليس المقام من قبيل تقديم الفاسخ على المجيز

حتى يقال ان الفاسخ مقدم على المجيز.

و أفاد سيدنا الاستاذ دام ظله أن ما ذهب اليه الشيخ متين،

و تقريب كلامه يحتاج الى مقدمات ثلاث:

الاولى - ان حق الفسخ يكون للوكيل الخاص،

و هو الوكيل المفوض الذى هو مستقل فى أمر المعامله، و ليس له الخيار بعنوان الوكالة بل له استقلال فى ذلك، فان كان خياره بعنوان الوكالة فلا بد أن يكون ذلك لمطلق الوكيل فلا يختص بالوكيل المفوض، و يلزم من ذلك الالتزام بثبوت الخيار فى الموكل

دراساتنا من الفقه الجعفرى، ج ٤، ص: ٤٦

...

و ان لم يكن حاضرا فى المجلس و يلزم ثبوت الخيار للوكيل المفوض، و ان لم يجر العقد بيده بل كان مجرى العقد غيره من الوكلاء، و من الظاهر أنه لا نلتزم بهذه التوالى.

الثانيه - ان أدله الخيارات مخصصه لعموم «أَوْفُوا بِالْعُقُودِ»

فكل من يجب عليه الوفاء بالعقد مختار فى الفسخ بدليل الخيار، و هو ليس الا من كان مسلطا على ما انتقل اليه، فهو الوكيل المفوض حتى بعد العقد، و لو لم يفوض أمر المعامله اليه بعد العقد لم يكن أمر المبيع بيده بقاء لا يثبت له الخيار.

الثالثه - ان الوكيل بدل تنزيلي للموكل،

و الفعل الصادر من الوكيل كالفعل الصادر من الموكل.

اذا عرفت هذه المقدمات الثلاث فنقول: ان الموكل ان اجاز قبل فسخ الوكيل لم يبق مجال لفسخ الوكيل لعدم بقاء موضوع للوكاله، و يكون المقام من قبيل ما لو و كل شخصا فى بيع داره ثم باعها لا يبقى موضوع للوكاله، فكذلك فى المقام، كما أنه لو اجاز الوكيل قبل فسخ الموكل لا يبقى مجال لفسخ الموكل لان عمل الوكيل كعمل الموكل، و لو كان الموكل اجاز قبل فسحه لم يكن فسحه مؤثرا، و كذلك فى المقام. نعم لو وقع الفسخ قبل الاجازه يتقدم عليها، و لو وقعا معا فى زمان واحد لا تكونان مؤثرين بل يتساقطان بالتعارض.

أقول: ان قوله دام ظله «ان الخيار ليس بالوكاله بل يكون على نحو الاستقلال» متين جدا، و كذا قوله «ان الخيار يكون فيمن يصح أن يكون مخاطبا بخطاب أوفوا». و أما قوله «ان عمل الوكيل عمل للموكل فانه بدل تنزيلي له» فلا نسلم، لان الوكيل يصدق عليه عنوان البيع بالاستقلال، و كذا في قوله «مع اجازة الموكل لا يبقى موضوع لفسخ الوكيل» كلام، فانه صحيح على

دراساتنا من الفقه الجعفري، ج ٤، ص: ٤٧

قوله: ثم على المختار من ثبوته للموكلين فهل العبرة فيه بتفرقهما عن مجلسهما حال العقد.. (١)

تقدير القول بتعلق الخيار على العين الخارجيه و هو خلاف التحقيق، و أما على القول بتعلق الخيار

بالعقد كما هو الصحيح عندنا فان موضوع الخيار باق فيكون خياره باقيا بالاستقلال.

و من هنا ظهر أن قياس المقام ببيع الدار بعد التوكيل في بيعه قياس مع الفارق، لعدم بقاء موضوع هناك، بخلاف المقام فان الموضوع باق بعد اجازة الموكل فيكون الفسخ مقديا عليه، و كون عمل الوكيل عملا للموكل صحيح في البيع المذكور. و أما في الخيار فليس كذلك، فان الاجازة و الفسخ صدرتا من شخصين مستقلين، و لذا يتعارضان و يتساقطان لو وقعا معا في آن واحد كما لا يخفى.

و أفاد المحقق الايرواني قدس سره بأن عنوان البيعين موضوع لخيار المجلس و هو قائم بطبيعته البائع و المشتري، فاذا سبق واحد من أفراد طبيعته الى الاعمال فسحا أو امضاء سقط خيار البقية لصدق أن طبيعته سقطت بفسخ واحد منهما.

و فيه: ان ما ذكره متين لو كان جعل الخيار على نحو قضيه طبيعته، أي يكون لصرف الوجود، و لكنه ليس كذلك، بل انها قضيه حقيقيه بنحو مطلق الوجود بمعنى أن الخيار الثابت ليس خيارا قائما بطبيعته البائع و المشتري بل انه خيارات متعدده قائمه على أشخاص متعدده، فكل من يوجد في الخارج و يكون معنونا بعنوان البيع يثبت له الخيار. فتلخص مما تقدم أن الفسخ مقدم على الاجازة و الوجه فيه واضح لمن يتأمل فيما ذكرنا.

الفرع الثالث بعد الفراغ عن ثبوت الخيار في كل من الطرفين للوكيل و موكله كليهما

كما هو مختار الشيخ قدس سره يقع الكلام في أن الموجب

دراساتنا من الفقه الجعفري، ج ٤، ص: ٤٨

قوله: ثم هل للموكل بناء على ثبوت الخيار له تفويض الامر الى الوكيل .. (١).

لسقوط حق الخيار هل تفرق الموكلين عن مجلسهما حال العقد، أو عن مجلس العقد، أو بتفرق المتعاقدين، أو بتفرق الكل فيكفي بقاء أصيل مع وكيل آخر في مجلس العقد؟

وجوه. و اختار المصنف الوجه الاخير من الوجوه المذكوره.

و ربما يرد عليه بأن تفرق أحد الشخصين يكفى فى سقوط الخيار سواء كان أصيلاً أو وكيلًا، لان القضية تكون على نحو القضية الطبيعى، بمعنى أن الحكم معلق على التفرق، و هو يحصل بتفرق البعض.

و فيه: ان الخيار معلق على عدم التفرق، فان الخبر جعل غايه الخيار عدم التصرف و بقاء المجلس. و بعبارة أخرى: كما يصدق بذلك عنوان الافتراق كذلك يصدق عنوان عدم الافتراق. و ان شئت قلت: ان الظاهر من الدليل أن القضية قضيه حقيقه، و حيث أن المفروض أن الخيار ثابت للوكيلين و الموكلين فكل بايع مشتريان و لكل مشتري بائعان، فلو جمع الكل مجلس يثبت الخيار لكل واحد منهم فما دام يكون عنوان الاجتماع باقيا و لو بقاء أحد المالكين مع أحد الوكيلين يكون الخيار باقيا، فما أفاده قدس سره هو الصحيح.

الفرع الرابع ان الموكل اذا ثبت له حق الخيار هل يجوز له أن ينقل هذا الحق الى الوكيل

بأن يفوض أمره اليه بحيث يصير الوكيل ذا حق خيارى و سلطانا على العقد؟ قال الشيخ الاقوى العدم، بتقريب أن المتيقن من الدليل ثبوت الخيار على القول به للعاقد ثبوته عند العقد لا لحوقه بعده. نعم يمكن توكيله.

أقول: لا- كلام فى جواز التوكيل، فانه جاز حتى بالنسبه الى الا-جنبى، بل الكلام فى تفويض الخيار اليه بحيث يكون صاحب الاختيار فى أمر الخيار.

دراساتنا من الفقه الجعفرى، ج ٤، ص: ٤٩

قوله: و مما ذكرنا اتضح عدم ثبوت الخيار للفضولين.. (١)

و الحق هو الجواز لا- بدليل الخيار كى يقال بأنه لا- يشمله الدليل بل بنقل المالك حقه اليه، فانه بعد ما ثبت أن الخيار من الحقوق و قابل للإسقاط ثبت جواز نقله فانه يجوز نقله بنحو الشرط الضمنى، و يمكن التمسك أيضا بعموم وجوب الوفاء

فانا و لو قلنا سابقا بأن دليل وجوب الوفاء لا يمكن أن يكون دليلا للإمضاء لكن عدلنا عن هذا المبنى و نقول، بأن دليل وجوب الوفاء لا شبهه في كونه ناظرا الى العقود الواقعة في الخارج، و من الحكم بوجوب الوفاء يستفاد الصحة كما هو ظاهر.

لا- يقال: لو سلمنا جواز نقل الموكل الخيار الى الوكيل فلنا أن نسأل عن أمد سقوطه و مسقطه، فان قلت لا مسقط له في هذه الصورة فهذا خلاف ما يستفاد من دليل الخيار بأنه يسقط بالافتراق من مجلسه، و ان قلت ان المعيار في سقوطه افتراق الوكيلين فهذا أيضا خلاف التحقيق، لان الوكيلين لم يكن لهما الخيار و لا يصدق عنوان البيع عليهما كي يسقط بتفرقهما، و ان قلت افتراق المالكين مسقط للخيار فهو أيضا مخدوش لان المفروض ان المالكين نقلا حقهما الى الوكيلين و لا يكون لهما الخيار حتى يكون افتراقهما دخيلا في سقوط الخيار.

لأننا نقول: ان المعيار في سقوط الخيار افتراق المالكين، و أما قولكم «ان افتراق المالكين ليس مسقطا لعدم بقاء الخيار لهما» فممنوع لعدم لزوم بقاء الخيار في تأثير الافتراق في سقوط الخيار بل حدوثه كاف لذلك.

الفرع الخامس انه يقع البحث في ثبوت هذا الخيار للفضولي،

أفاد المصنف قدس سره بأنه لا يثبت للفضولين لا لعدم صدق المتبايعين، فانه يصدق

دراساتنا من الفقه الجعفري، ج ٤، ص: ٥٠

قوله: نعم في ثبوته للمالكين بعد الاجازه مع حضورهما في مجلس العقد وجه.. (١)

عنوان البيع عليهما، لان البيع عبارته عن النقل العرفي و هو موجود هنا.

نعم ربما كان ظاهر الاخبار حصول الملك بالبيع، و هذا المعنى منتف في الفضولي قبل الاجازه، الا أن هذا أيضا لا يمنع ثبوت الخيار للفضولين، و الا كان مقتضى ذلك عدم الخيار في الصرف و

السلم قبل القبض، مع أن هذا المعنى لا يصح على مذهب الشيخ القائل بتوقف الملك على انقضاء الخيار، فلا بد من رفع اليد عن هذا الظاهر، بل الوجه في عدم ثبوته للفضولين فحوى ما تقدم من عدم ثبوته للوكيلين الغير المستقلين.

و يرد عليه: ان الاستدلال بدليل الفحوى يكون فيما اذا ثبت الحكم فى الاصل، و حيث ان عدم الخيار هناك لعدم صدق العنوان بخلاف المقام كما هو المفروض، الحق فى المقال أن يقال: انه لا يثبت الخيار للفضولى بلا فرق بين القول بالكشف و النقل، و الوجه فيه كما تقدم ان دليل الخيار يشمل ما كان مخاطبا لخطاب «أَوْفُوا»، و هذا مخصص لدليل وجوب الوفاء، و بما ان الفضولى أجنبى فلا يشمله خطاب وجوب الوفاء فلا يكون له الخيار لعدم أمر المبيع بيده.

[فى ثبوت خيار المجلس للمالكين و عدمه]

اشاره

أقول: وقع الكلام بين الاعلام فى ثبوت خيار المجلس للمالكين و عدمه،

و فى المقام أقوال:

(الأول) ما أفاده المحقق النائنى قدس سره

بأنه لا- يبعد ثبوته لهما اذا كانا حاضرين فى مجلس العقد لاحتمال اشتراط الخيار بالحضور فى هذا المجلس، فانه بالاجازه ينتسب العقد اليهما، و المفروض حضورهما فى المجلس، فيصدق عليهما البيعان غير المفترقين.

و يرد عليه: ان الاحتمال المنافى للإطلاق لا يعتد به، فلو صدق الموضوع

دراساتنا من الفقه الجعفرى، ج ٤، ص: ٥١

...

يؤخذ باطلاق الدليل و لا وجه لهذا الاشتراط.

(الثانى) ما أفاده المحقق الكمباني قدس سره

بأن موضوع الخيار هو البيع و هذا العنوان لا يصدق الاعلى من قام به البيع قياما صدوريا اما بالمباشرة أو بالتسيب و لو بالتوكيل، و أما مجرد الاجازه و اظهار الرضا بالبيع الصادر من الفضولى فلا يحقق القيام بأحد الوجهين:

و استشكل عليه سيدنا الاستاذ دام ظله بأن البيع أمر إنشائى يحتاج الى أمرين: الاول اعتبار معناه فى النفس، الثانى ابرازه بمبرز

خارجى. و هذا المعنى محقق فى المقام، فبالاجازه يبرز ما اعتبر فى النفس و ينتسب البيع الى المجيز، و يصدق البائع عليه.

و يرد عليه أيضا مضافا الى ما أفاده سيدنا الاستاذ أن القائل بعدم ثبوت الخيار لا بد أن يلتزم بعدم صحه الفضولى أيضا، فان المجيز لم يصدر منه البيع حتى يصدق عليه البائع.

و بعباره واضحه: ان الجمع بين صحه الفضولى و عدم الخيار غير سديد، فانه اما يصدق عليه البائع و اما لا يصدق، فعلى الاول يثبت له الخيار أيضا، و على الثانى لا يكون الفضولى صحيحا أيضا، فالتفكيك بين المقامين لا وجه له. نعم قد تقدم منافى بحث الفضولى الاشكال فى صحته، لكن المحقق الاصبهاني قائل بالصحه.

الثالث- ما ذهب اليه الشيخ

بأن الخيار ثابت للمالكين مع حضورهما فى مجلس الاجازه على القول بالنقل.

و يرد عليه: أنه لا وجه لهذا التفصيل، فان الميزان صدق الموضوع، فلا بد من ملاحظه أنه متى يتحقق فيحكم فيه بثبوت الحكم.

اذا عرفت ما تقدم فاعلم أن الحق فى المقام هو القول الرابع، بأن نقول:

دراساتنا من الفقه الجعفرى، ج ٤، ص: ٥٢

...

المعيار و الميزان مجلس الاجازه مطلقا بلا فرق بين الكشف و النقل، لأنه بالاجازه ينتسب العقد الى المجيز و يصدق عليه البيع، فالميزان بمجلس الاجازه.

و لتوضيح الحال نشير الى جمله من الاقسام

المتصوره فى المقام فنقول:

يمكن أن يتصور فى المقام صور عديده: فتاره يكون الطرفان فضولين، فيجيز المالكان فى مجلس العقد، لا شبهه فى صحه هذه الصوره على القول بصحه الفضولى. و أخرى لا يكون المالكان فى مجلس العقد او كانا و لكن لم يجيزا فيه بل أجازا فى خارج مجلس العقد، فيثبت الخيار لهما بلا- فرق بين القول بالنقل و الكشف. و ثالثه يكون الانشاء أصاله من طرف و اجازة من طرف آخر فى مجلس واحد، فلو أجاز المالک فلهما الخيار ما دام المجلس باقيا، و لو لم يكن المالک فى المجلس أو كان و لم يجز فى المجلس بل أجاز فى خارجه هل يثبت الخيار أم لا؟

أفاد الاستاذ فى دوره السابقه بأنه لا يتحقق الخيار بهذه الاجازة، لان بيع الفضولى يكون من حين الاجازة و بيع الاصيل كان فى مجلس العقد.

الا أنه دام ظله رجع عن هذا فى دوره الاخير و التزم بثبوت الخيار لعدم ترتب أثر على البيع قبل الاجازة، فانه و ان كان أصيلا لكن المفروض أنه فضولى من الطرف الاخر، فالبيع صحيح حين الاجازة.

هذا ما أفاده دام ظله، و الحق انه يشكل الالتزام به، اذ الظاهر من الدليل أن الخيار يتحقق حين صدور البيع و صدور البيع من الاصيل حين العقد لا حين الاجازة. و مما ذكرنا يظهر أن المجيز لو أخر الاجازة عن مجلس العقد فان فى تأثيرها تأملا.

دراساتنا من الفقه الجعفرى، ج ٤، ص: ٥٣

قوله: نعم يحتمل فى أصل المسألة. (١)

قوله: و لا فرق فى الفضولين بين الغاصب و غيره (٢).

قوله: فلو تباع غاصبان ثم تفاسخا (٣).

أقول: حاصل ما أفاده قدس سره أنه يمكن أن تكون الاجازة من المجيز التزاما بالعقد،

فلا خيار بعدها خصوصا اذا كانت بلفظ التزمت.

و يرد عليه: ان الاجازه بأى لفظ كانت و لو بلفظ «التزمت» تدل على الرضا بأصل العقد، و أما اسقاط الخيار فلا يستفاد منها، ضروره انها قائمه مقام إنشاء العقد، و لا تزيد عن ايقاع العقد بالمباشره و لا يتجاوز مؤدى الاجازه عن مؤدى إنشاء العقد. نعم اذا قامت القرينه على اراده الاسقاط منها او كانت الاجازه من الالفاظ الداله على ذلك- كما اذا كانت الاجازه بلفظ «اسقطت خيارى» - فلا خيار بعدها، و لعله أشار الى هذا المعنى بقوله: فتأمل.

أقول: لا- فرق فى الفضولين بين أن يكونا غاصبين أو مشتبهين، فانه لا مدخلية للغصب و عدمه فيما هو المهم فى المقام، فان الوجه فى عدم الخيار فساد البيع، و هذا قدر مشترك بين مورد الغصب و عدمه.

أقول: حاصل ما أفاده انه لو وقع التفاسخ بعد العقد من الفضولين لا يقدر فى صحه الاجازه، اذ المفروض أنهما ليس لهما الخيار فتفاسخهما لا- أثر له، بخلاف ما رجح الموجب عن ايجابه قبل حصول القبول فانه مانع عن تحقق العقد فليس قابلا للإجازه.

و يرد عليه: انه لو وقع التفاسخ يكون معناه انههدام الالتزام و التعهد و مع انهدامه لا يبقى موضوع للإجازه، كما هو كذلك فى رجوع الموجب عن ايجابه قبل القبول.

دراساتنا من الفقه الجعفرى، ج ٤، ص: ٥٤

[مسألة لو كان العاقد واحدا يثبت له الخيار أم لا]

اشاره

قوله: مسأله لو كان العاقد واحدا لنفسه أو غيره عن نفسه أو غيره (١).

أقول: يعنى اذا اشترى لنفسه عن غيره او اشترى لغيره عن نفسه أو عن غيره، و أما شراؤه لنفسه عن نفسه فغير معقول، و لا يوجد فى الخارج اتحاد من يباع له و من يشتري له سواء كان ذلك

الواحد هو نفس العاقد أم لا.

و الحاصل ان صور المسأله- أعنى اتحاد العاقد- أربعه الا أنه واحد منها و هو القسم الاخير لا تحقق له فى الخارج. و كيف كان لو كان العاقد واحد أو هو يباشر طرفى العقد بنفسه على التفصيل المذكور هل يثبت له الخيار أو لا؟ قولان.

ما يمكن أن يقال أو قيل فى وجه عدم الخيار أمور:

الاول- ان الموضوع فى دليل خيار المجلس عنوان التشبه،

و هو ظاهر فى صورته تعدد البائع و المشتري، و لو كان العاقد واحدا كما فى المقام لم يصدق عليه عنوان البيعين بل انه بيع واحد، فالخيار يكون لكل من البائع و المشتري بانفراده، فلا يثبت مع قيام العنوانين لشخص واحد.

و الجواب عنه: ان الموضوع فى الدليل هو عنوان المثني الا أنه كلما صدق عنوان البائع و المشتري يصدق عنوان البيعين، و هذان العنوانان- أعنى البائع و المشتري- قد يصدق فى ضمن الواحد و قد يصدق فى ضمن المتعدد، فيكون البيعان أيضا كذلك، فان عنوان البيعين مأخوذ على نحو القضية الحقيقيه، فكلما يصدق له الخيار بلا فرق بين الواحد و المتعدد.

و ان شئت فقل: ان موضوع الحكم كل واحد واحد على سبيل الاستغراق، و التشبه مجرد الجمع فى التعبير، و يكون المقصود أن الخيار ثابت للبائع و المشتري و لا موضوع للتشبه كما هو ظاهر. و ملخص الكلام ان الاستفادة من الدليل أن الحكم مترتب على العنوان بنحو القضية الحقيقيه، فكلما صدق

دراساتنا من الفقه الجعفرى، ج ٤، ص: ٥٥

...

عنوان الموضوع ترتب عليه الحكم.

الثانى- ان التقابل بين الافتراق و الاجتماع من باب الملكه و عدمها،

و حيث ان جمله «حتى يفترقا» أخذت غايه فى لسان الدليل لا- بد من فرض الاجتماع و المفروض ان موضوع الاجتماع غير متحقق فلا- يتحقق الخيار، فمقتضى ذلك اختصاص الاخبار الداله على الخيار بصوره تعدد البائع و المشتري كى يصدق الاجتماع.

و يرد عليه: أن الميزان الكلى انه لو استفيد من الدليل كون شىء مانعا نلتزم بعدم ترتب الحكم عند وجود ذلك المانع. مثلا لو قال المولى «اكرم العلماء الا- الفساق» نلتزم بحرمة اكرام الفاسق و لا نلتزم باشتراط الموضوع بالعداله. و بعبارة أخرى: لا دليل

على تقييد الموضوع بعدم ذلك المانع بل

انما نلتزم بعدم ثبوت الحكم عند وجود المانع، و في المقام يكون الافتراق مانعا عن الخيار و نلتزم به، و لا وجه للالتزام بتقييد الموضوع بعنوان ضد ذلك المانع اى عنوان الاجتماع كى يقال: حيث انه ليس فليس.

الثالث - ان كلمه «حتى» فى قوله «حتى يفترقا» تكون غايه فيما كان الافتراق ممكنا،

و أما فيما كان العاقد واحدا فلم يمكن الافتراق كى تكون غايه.

و بعباره أخرى: ان كلمه حتى فيما دخلت على المستحيل ليست غايه للحكم بل تدل على الاستمرار، كقوله تعالى «حَتَّىٰ يَلِجَ الْجَمَلُ»، و حيث أن الافتراق غير ممكن فيما كان العاقد واحدا فتدل حتى على استمرار الخيار. و هو واضح البطلان، لان خيار المجلس له أمد خاص. فيتضح من هنا ان قوله «حتى يفترقا» لا ينظر الى مثل المقام بل ناظر فيما يكون الافتراق ممكنا.

و الجواب عنه: ان ما أفيد فى المقام كان متينا لو كانت القضايا المتكفله

دراساتنا من الفقه الجعفرى، ج ٤، ص: ٥٦

قوله: ثم لو قلنا بالخيار فالظاهر بقاؤه الى أن يسقط بأحد المسقطات غير التفرق (١).

ليبان الاحكام على نحو القضايا الخارجيه، الا أنها ليست كذلك، بل تكون على نحو القضايا الحقيقيه، و عندئذ يكون لقوله «حتى يفترقا» فردان قابل للافتراق و غير قابل، و مثل ذلك لا يضر بالقضيه الحقيقيه كما هو واضح عند أهله.

الرابع - ان ثبوت الخيار للشخص الواحد يتوقف على أن يكون قوله «البيعان بالخيار» كلاما مستقلا،

و حيث انه ليس كذلك بل ذيل بقوله «حتى يفترقا» يفهم من الدليل أن الموضوع مقيد بقيد الاجتماع. و بعباره أخرى: لا بد من امكان الافتراق، فكل مورد لا يمكن الافتراق لا يتحقق الخيار كما فى المقام و كما فيما يكون احدهما وكيلا مفوضا و لم يكن المالك حاضرا فى المجلس لا يتحقق الخيار لعدم امكان التفرق.

و يرد عليه: أولا- النقص بما لو كانا متعددين لكن لا- يمكن افتراقهما كما لو ألصق أحدهما بالآخر فهل يمكن الالتزام بعدم الخيار، و ثانيا نجيب بالحل و هو أن مبدأ سقوط الخيار تحقق الافتراق فكل مورد لا يمكن تحقق هذا العنوان نلتزم ببقاء الخيار، فالموضوع للخيار يتحقق على الفرض. و

أما فى مسأله الوكيل المفوض فالافتراق تحصل بالموت كما هو ظاهر.

فانقذح بما ذكرنا ان الحق هو ثبوت الخيار، لكن مع ذلك كله فى النفس شىء و لا ينبغى أن يترك الاحتياط الذى يكون طريقا للنجاه.

أقول: يقع الكلام بعد ثبوت المجلس فى أمده و بقائه: هل هو باق الى الابد، أو باق الى أن يسقط بأحد المسقطات، أو بطول المجلس بالمقدار المتعارف، أو بمقدار أطول المجالس؟ وجوه.

أفاد السيد اليزدى قدس سره يمكن أن يقال: انه يبقى الى مقدار طول

دراساتنا من الفقه الجعفرى، ج ٤، ص: ٥٧

قوله: مسأله لا يثبت خيار المجلس فى شىء من العقود سوى البيع عند علمائنا (١).

مجلس نوع المتعاقدين، بمعنى مقدار أطول المجالس أو اوسطها.

و فيه نقضا و حلا: أما النقض فيما لو كان المتعاقدان شخصين و لكنهما لم يفترقا لشده حب بينهما فلا بد أن يلتزم السيد بسقوطه بانقضاء أطول المجالس او اوسطها و هو كما ترى. و اما الحل فبان دليل الخيار لم يحدد لنا حدا و ما ذكره السيد لا دليل عليه.

و الحق كما أفاده الشيخ أن الخيار باق الى أن يسقط بأحد المسقطات غير التفرق، فانه غير ممكن فى المقام على الفرض.

[مسأله هل يختص خيار المجلس بالبيع أو يعم جميع العقود]

أقول: يقع البحث فى مقامين: الاول ان خيار المجلس هل يختص بعقد البيع أو يعم لجميع العقود اللازمه، الثانى انه هل يجرى خيار المجلس فى العقود الجائزه أم لا؟

(اما المقام الاول) فنقول: انه لا- يثبت خيار المجلس فى غير البيع من العقود اللازمه كالصلح و الاجاره و الرهن و القرض لاختصاص أدلته بالبيع كقوله «البيعان بالخيار»، فان موضوعه عنوان البيع و لا يجرى فى غيره لعدم العلم بالملاك. نعم ربما نلتزم بحرمة الغرر و لو فى غير البيع

بدعوى معلوميه الملاك، و أيضا نلتزم بثبوت خيار العيب للشرط الضمنى السارى فى جميع الموارد.

نعم بعض خصوصياته كالأرش مثلا مختص بالبيع لاختصاص دليله به.

(و أما المقام الثانى) و هو ثبوت خيار المجلس فى العقود الجائزه فنقول:

الظاهر أنه لا يثبت هذا الخيار فى شىء من العقود الجائزه، فانه مضافا بما تقدم فى المقام الاول نقول: ان مورد أدله الخيار العقد الذى يشمله دليل اللزوم، فان دليل الخيار مخصص لدليل وجوب الوفاء، فالعقد الذى لا يكون مشمولاً لدليل وجوب الوفاء لم يكن وجه للخيار. و حيث ان العقود الجائزه غير مشموله لدليل «أَوْفُوا» فلا يثبت فيها الخيار.

دراساتنا من الفقه الجعفرى، ج ٤، ص: ٥٨

...

و بعبارة أخرى: الخيار فرع اللزوم، و مع فرض الجواز تحصيل للحاصل.

قال الشيخ فى المبسوط: و أما الوكاله و الوديعه و العاربه و القراض و الجعاله فلا- يمنع من دخول الخيارين فيها مانع، و أفاد المصنف بأن مراده منهما خيارى الشرط و المجلس، و صرح ابن ادريس فى السرائر بدخول الخيارين فى هذه العقود لأنها جائزه فيجوز الفسخ فى كل وقت، و قال: و هذا محتمل كلام الشيخ.

و يرد عليه: أنه لا خصوصيه لهذين الخيارين، فلا وجه لحمل كلام الطوسى على ما ذكره.

و احتمال المصنف احتمالا آخر، و هو أن يكون مراده دخول الخيارين فى هذه العقود اذا وقعت فى ضمن عقد البيع فتنفسخ بنفسه.

و أورد عليه السيد اليزدى قدس سره بأنه على هذا أيضا يكون الخيار فى البيع لا فى الوكاله التى وقعت فى ضمن البيع مثلا، فما ذكر المصنف أيضا لا يصحح كلام الطوسى، و قال الاولى أن يقال: بناء على اراده هذا المعنى أنه يدخل الخيار فيها اذا وقعت فى ضمن العقد

بعنوان شرط النتيجة، فان مقتضى القاعده لزومها حينئذ لو لا دخول الخيار فيها، فيمكن أن يقال بجريان الخيار بأن يفسخ الوكاله المشروطه فى البيع مع عدم فسخ اصل البيع. لكن هذا صحيح بالنسبه الى خيار الشرط لعموم أدلته، و أما بالنسبه الى خيار المجلس فلا لا اختصاص دليله بالبيع.

أقول: أن ما أفاده المصنف قدس سره فى توجيه كلام الطوسى فيرد عليه:

انه لو وقعت الوكاله فى ضمن عقد البيع و لم يشترط فيه الخيار لا وجه لانفاسخها حتى بعد فسخ البيع، اذ مقتضى نفوذ الشرط بقاؤه و لو بعد انعدام العقد بالفسخ.

قمى، سيد تقى طباطبايى، دراساتنا من الفقه الجعفرى، ٢ جلد، مطبعه الخيام، قم - ايران، اول، ١٤٠٠ هـ ق دراساتنا من الفقه الجعفرى؛ ج ٤، ص: ٥٨

و بعباره اخرى: الشرط تابع للعقد حدوثا لا بقاء.

و ان شئت قلت: ان دليل لزوم الوكاله ليس منحصرنا بدليل «أَوْفُوا» حتى تنفسخ بانفساخ أصل العقد لقانون تبعيه الفرع للأصل، فان قوله «المؤمنون

دراساتنا من الفقه الجعفرى، ج ٤، ص: ٥٩

قوله: و مقتضاه كظاهر الفتاوى شمول الحكم للصرف و السلم قبل القبض (١).

عند شروطهم» يدل على لزومها، سواء كانت مشروطه على نحو شرط الفعل أو النتيجة. و الحاصل ان الوكاله المشروطه فى ضمن العقد اللازم لازمه. نعم لو كانت لازمه بلزوم العقد من باب وجوب الوفاء تنفسخ بانفساخ العقد، و أما ان كان من باب لزوم الشرط فلا. و لعل هذا التحقيق لم يسبقنى اليه سابق من الاعلام، و على الله التكلان.

[خيار المجلس هل يجرى فى جميع أقسام البيع أو يختص بغير بيع الصرف و السلم]

إشارة

يقع الكلام فى أن خيار المجلس هل يجرى فى جميع أقسام البيع أو يختص بغير بيع الصرف و السلم، و لا بد أن يبحث فى مقامين: الاول فى وجوب التقابض وجوبا تكليفيا

كى يترتب على ثبوت الخيار ارتفاع الوجوب بالفسخ الثانى على تقدير عدم الوجوب التكليفى هل يترتب على الخيار أثر و على فرض وجود الاثر هل يساعده الدليل أم لا؟.

(أما المقام الاول) فما قيل أو يمكن أن يقال فى وجه الوجوب أمور:

الامر الاول – الروايات الداله على وجوب التقابض،

كقوله عليه السلام فيما رواه منصور بن حازم: اذا اشتريت ذهباً بفضه أو فضه بذهب فلا تفارقه حتى تأخذ منه و ان نرى حائطاً فانه معه «١».

و الجواب عنه: ان المستفاد من هذا القليل من الروايات الواردة فى باب المعاملات كونها ارشادا الى الشرطيه، و حملها على الحكم التكليفى خلاف المتفاهم العرفى منها، كما هو كذلك فيما روى عنه عليه السلام «نهى النبى عن بيع الغرر» «٢» فان البيع الغررى ليس من المحرمات الشرعيه، فان النهى عنه

(١) الوسائل الجزء (١٢) الباب (٢) من أبواب الصرف، الحديث (٨).

(٢) المستدرک الباب (٣١) من ابواب آداب التجاره، الحديث (١).

دراساتنا من الفقه الجعفرى، ج ٤، ص: ٦٠

...

ارشاد الى فساد.

(الامر الثانى) ما أفاده العلامه فى التذکره من أنه لو لم يتقابض يكون ربويا فيكون حراما.

و يرد عليه: أولا ان لزوم الربا يكون فيما اذا سلم أحدهما دون الاخر، و اما مع عدم التقابض من الطرفين فلا وجه لتوهم الربا.

و ثانيا- انه على تقدير كونه ربويا تكون المعامله باطله، و هذا كما ترى أجنبى عن محل الكلام فان النزاع يكون فى وجوب الاقباض و عدمه و أما لزوم الربا فلا يترتب عليه الا الفساد.

و ثالثا- ان لزوم الربا يكون فيما اذا اشترط التأجيل، و أما اذا كانت المعامله نقدية و لم يسلم أحدهما العوض خارجا فانه لا ربا فيه.

و رابعا- ان الربا على تقدير لزومه انما يلزم فى الصّرف، و اما السلم فهو سالم عنه فيكون الدليل أخص من المدعى.

(الامر الثالث) ان الاقباض شرط ارتكازى بين الطرفين فيجب الوفاء به.

و فيه: أولا ان الليل أخص من المدعى، فان القبض من أحدهما يجب اذا أقبضه الاخر، فلا مقتضى لوجوب الاقباض ابتداء.

و ثانيا- ان وجوب الوفاء بالشرط و وجوب القبض و الاقباض متوقف على صحة العقد و صحة العقد متوقفه على وجوب القبض و الاقباض، و هو دور باطل.

اللهم الا- أن يقال: ان دليل وجوب الوفاء لو كان عموم وجوب الوفاء بالعقد لكان هذا الاشكال فى محله، اذ لا يتعلق وجوب الوفاء الا فيما يكون العقد صحيحا فيصح أن يقال: ان صحة الشرط تتوقف على وجوب الوفاء و وجوبه يتوقف على تحقق الشرط فيدور، و اما لو قلنا بأن المدرك عموم قوله عليه السلام «المؤمنون

دراساتنا من الفقه الجعفرى، ج ٤، ص: ٦١

...

عند شروطهم» فلا يتوجه هذا الاشكال.

ان قلت: كيف يمكن أن يكون العقد باطلا و يكون الشرط صحيحا.

قلت: لنا أن نقول: بأنه اذا صدق و تحقق عنوان الشرط يشمله دليل وجوب العمل به، فان اشتراط كون الشرط فى ضمن العقد لم يثبت

بدليل لفظي تعبدى كى يدعى انصرافه عن مورد العقد الفاسد، بل هذا الاشتراط مستفاد من مفهوم الشرط، و عليه لا منافاه بين كون العقد فاسدا و بين وجوب الوفاء بالشرط.

و تحقيق الحال فى بحث الشرط فانتظر.

(الامر الرابع) ان المستفاد من دليل وجوب الوفاء وجوب الاقباض.

و فيه: أولا انه لا يستفاد منه الحكم التكليفى بل المستفاد منه الحكم الوضعى أى اللزوم.

و ثانيا- ان «أَوْفُوا» يشمل العقد الصحيح، و حيث ان القبض شرط فى صحته فبتخلفه لا يكون العقد صحيحا فلا يشمله دليل وجوب الوفاء.

و ثالثا- ان المفروض فى المقام انه اشترط عدم الاقباض قبل القبض، و من الظاهر أنه مع الاشتراط لا يكون الاقباض واجبا فانه لا مجال لوجوب الاقباض مع اشتراط عدمه فى ضمن العقد، فمع عدم اقباض الطرف لا مجال لوجوب الاقباض ابتداء و بعد اقباضه لا تصل النوبه الى دليل وجوب الوفاء اذ دليل الشرط يكفى للوجوب. و اشكال ان الشرط لا أثر له ما دام لا يكون العقد صحيحا قد مر الجواب عنه آنفا فلا تغفل.

(و أما المقام الثانى) فهو انه على تقدير عدم الوجوب التكليفى هل يترتب على الخيار أثر أم لا؟

و ينبغى أن يبحث فى موردين: الاول مقام الثبوت بأن يبحث فيه بأنه بناء

دراساتنا من الفقه الجعفرى، ج ٤، ص: ٦٢

قوله قدس سره: و مما ذكرنا يظهر الوجه فى كون مبدء الخيار للمالكين الحاضرين فى مجلس عقد الفضولين (١).

على القول بعدم وجوب التقابض هل يترتب على الخيار أثر أم لا، الثانى أن يبحث فى مفاد الادله بأنها هل تكون وافية للمطلوب أم لا.

أما المورد الاول فنقول: انه يمكن الالتزام بترتب الاثر على وجود الخيار و هو أنه مع الخيار لو فسخ ذو الخيار العقد لا يكون قابلا للصحة فلا أثر للقبض بعده.

و أما المورد الثانى فنقول: ان الحق عدم شمول دليل خيار المجلس للمقام اذ المستفاد من دليل الخيار لزوم العقد بالافتراق. و بعبارة أخرى: دليل الخيار ناظر الى صورته توجه خطاب «أَوْفُوا» فان قوله «فاذا افترقا وجب البيع» يدل على أن الافتراق ملزم و مع عدم التقابض يكون الافتراق مبطلا

فلا مجال لثبوت الخيار.

[كون مبدء الخيار للمالكين الحاضرين فى مجلس عقد الفضوليين]

فتحصل مما ذكرنا امور: «الاول» ان خيار المجلس لا يثبت للمتعاملين فى الصرف و السلم. «الثانى» انه يجب الاقباض ابتداء احيانا بمقتضى الشرط «الثالث» ان مبدء الخيار من حين القبض فى الصرف و السلم، أى من حين صحه العقد.

أقول: ان ثبوت الخيار من حين الاجازه سواء قلنا بثبوت خيار المجلس فى الصرف و السلم من حين العقد أو من حين التقابض، و سواء قلنا بالنقل أو بالكشف فى الاجازه.

و قول المصنف بالفرق بين الكشف و النقل بثبوت الخيار لهما من زمان اجازتهما على القول بالنقل و من زمان العقد على القول بالكشف، لا وجه له.

و السر فى ذلك أن عنوان البيع لا يصدق على المالك الا حين الاجازه فباجازته

دراساتنا من الفقه الجعفرى، ج ٤، ص: ٦٣

...

يكون بايعا، و هذا فيما يكون الفضولى من الطرفين ظاهر، و أما لو كان من طرف واحد فهل يكون ثابتا للأصيل من حين العقد أم لا؟ الظاهر هو الثانى اذ الخيار من أحكام العقد الصحيح و قبل اجازه المالك لا يكون العقد صحيحا فلا يكون الخيار ثابتا للأصيل. نعم له أن يرفع اليد من التزامه قبل اجازه الاخر كما أن يرفع اليد عن ايجابه قبل قبول المشتري، و هذا لا يرتبط بالخيار فلا تغفل.

دراساتنا من الفقه الجعفرى، ج ٤، ص: ٦٤

[الكلام فى مسقطات الخيار]

[المسقط الاول اشتراط سقوطه فى ضمن العقد]

اشاره

الكلام فى مسقطات الخيار قوله: القول فى مسقطات الخيار و هى اربعة: الاول اشتراط سقوطه فى ضمن العقد (١).

أقول:

اشتراط سقوط الخيار فى ضمن العقد يتصور على أقسام:

القسم الاول أن يشترط عدم الخيار،

إشاره

و قد عبر عنه فى لسان المشهور اشتراط سقوط الخيار. القسم الثانى أن يشترط عدم الفسخ فىقول بعتنى بشرط أن لا أفسخ، و يعبر عنه عدم الاخذ بالخيار القسم الثالث أن يشترط اسقاط الخيار. اذا عرفت ذلك فنقول:

(أما القسم الاول)

فقد استدل على عدم الخيار باشتراط عدمه فى ضمن العقد بوجوه:

الاول - الاجماع.

و فيه انه معلوم المدرك، و لا أقل من محتمله، فانه يحتفل لو لم يقطع بأن المدرك عموم دليل الشرط.

دراساتنا من الفقه الجعفرى، ج ٤، ص: ٦٥

...

الثانى - العمومات

كقوله «المسلمون أو المؤمنون عند شروطهم» «١» فىشمل عموم الشرط لشرط عدم الخيار فى ضمن البيع.

و قد استشكل على الاستدلال بدليل الشرط فى المقام من وجوه:

الاول: ان الشرط متعلق بالامر الاختيارى، و من الظاهر أن جعل الخيار و عدمه من فعل الشارع،

و أفاد سيدنا الاستاذ دام ظله بأن الايراد المذكور قوى لكن النص الخاص الوارد فى باب المكاتبه يقتضى الصحه، و هى صحىحه مالك بن عطيه عن سليمان بن خالد عن أبى عبد الله عليه السلام سألته عن رجل كان له أب مملوك و كانت لأبيه امرأه مكاتبه قد أدت بعض ما عليها، فقال لها ابن العبد: هل لك أن اعينك فى مكاتبتك حتى تؤدى ما عليك بشرط أن لا يكون لك الخيار على أبى اذا أنت ملكت نفسك؟ قالت: نعم، فأعطاها فى مكاتبتها على أن لا يكون لها الخيار عليه بعد ذلك. قال: لا يكون لها الخيار، المسلمون عند شروطهم «٢».

والمستفاد من هذه الروايه سقوط الخيار باشتراط سقوطه. و الحق فى الجواب أن يقال: ان جعل أمر على عاتق أحد يتوقف أن يكون اختياريا، و أما الشرط فلا يلزم أن يكون كذلك، فان الشرط ربط أحد الامرين بالآخر، فالاشكال ساقط من أصله. مضافا الى النص الوارد فى المكاتبه. و أيضا استفاد من بعض النصوص

(١) المرويه فى الجزء (١٥) من الوسائل من ابواب المهور، الحديث (٤) بعنوان المؤمنون، و الباب (٤٠) بعنوان فان المسلمين، و فى الجزء (١٢) الباب (٦) من أبواب الخيار، الحديث ١ - ٢ - ٥ بعنوان فان المسلمين، و فى الجزء (١٦) الباب (١١) من ابواب مكاتبه الحديث (١) بعنوان المسلمون.

(٢) الوسائل، الجزء (١٦) الباب (١١) من أبواب المكاتبه، الحديث (١).

دراساتنا من الفقه الجعفرى، ج ٤، ص: ٦٦

...

الوارده فى الباب الرابع من المكاتبه بأن المكاتب لو عجز عن أداء مال الكتابه يرد الى الرقيه لصحه الشرط و الحال

ان الرد الى الرقيه فعل الله فلاحظ.

و استشكل على الاستدلال بالروايه بأن الشرط المذكور فى الروايه ابتدائى و الاجماع قائم على عدم وجوب الوفاء على الشروط الابتدائيه، فلا يمكن العمل بمضمون الروايه.

و أجاب عنه السيد اليزدى قدس سره: أن هذه الروايه دليل على شمول أدله الشروط للشروط البدويه و أنها أيضا واجبه الوفاء، و الاجماع على الخلاف ممنوع.

و أفاد المصنف: يمكن أن تحمل الروايه الداله على سقوط الخيار باشتراط سقوطه على صورته المصالحه على اسقاط الخيار المتحقق سببه بالمكاتبه بذلك المال.

أقول: و فى كلا الجوابين نظر، أما كلام السيد فغريب، اذ أن الشرط المذكور ليس ابتدائيا، كيف فانه وقع فى ضمن الهبه. و أما كلام الشيخ فانه أغرب منه و انه قدس سره كيف حمل الروايه على صورته المصالحه مع أنها لا أثر لها فى الروايه، فان سقوط الخيار يكون بالاشتراط كما هو أوضح من أن يخفى. و التحقيق أن يقال: ان الشرط فى الروايه وقع فى ضمن العقد، و أعنى به الهبه، فيجب الوفاء بمضمونه و هو سقوط الخيار.

لا يقال: ان الهبه تكون من العقود الجائزه فالشرط فى ضمنها لا تكون لازمه.

لأننا نقول: ان الامر و ان كان كذلك الا أنها تصير لازمه بالتصرف، فان الامرأه تصرفت فى الموهوب بأدائه الى المولى و هو موجب للزومها. مضافا الى أنه قد مر منا أن الشرط يلزم و لو كان فى ضمن العقد الجائز. فليكن فى ذكرك

دراساتنا من الفقه الجعفرى، ج ٤، ص: ٦٧

...

لعله ينفعك فيما بعد.

فتلحظ أن الخيار يسقط باشتراط سقوطه، و لا يرد عليه الاشكال بأن الخيار ليس جعله بيد المتعاملين حتى يسقط باسقاطهما فانا قلنا انه ليس هذا المعنى معتبرا فى الشرط. هذا أولا

و ثانيا ان النص دال على المقصود.

(الثانى) ان الشرط يجب الوفاء به اذا كان العقد المشروط فيه لازما،

لان الشرط فى ضمن العقد الجائز لا يزيد حكمه على أصل العقد، فلزوم الشرط يتوقف على لزوم العقد، فلو توقف لزوم العقد على لزوم الشرط لزم الدور.

ان قلت: ان لزوم الشرط يتوقف على لزوم العقد، و أما لزوم العقد فيتوقف على صحه الاشتراط، فالمتوقف عليه غير المتوقف عليه.

قلت: ان دليل صحه الاشتراط و لزوم الشرط دليل واحد فالاشكال باق بحاله. و الحق أن يجاب عن الاشكال: أولا انه لم يدل دليل لفظى على اشتراط كون العقد لازما قبل الشرط لا بالقبليه الزمانيه و لا الرتيبه، فلا مانع من تحقق العقد و لزومه بالشرط. و ان شئت قلت: ان الدور دور معنى. و ثانيا ان الشرط فى المقام عباره عن عدم الخيار، فلو فرض عدمه بالشرط فلا مقتضى للخيار، بل مقتضى القاعده اللزوم، و ثالثا ان اصل المبني فاسد فالبناء مثله.

و ملخص الكلام ان الشرط عباره عن ارتباط أحد الامرين بالآخر، و معنى الشرط الضمنى أن العقد ارتبط به، و لذا نقول بأنه لا معنى للشرط الابتدائى فانه خلف، فعليه نقول: لا- فرق فى لزوم الشرط بين كون ظرفه العقد اللازم أو الجائز، فان دليل لزوم الشرط- أى قوله «المؤمنون عند شروطهم» - يقتضى لزوم الشرط و لو كان العقد جائزا. بل لنا أن نقول: بأن الشرط فى ضمن العقد الفاسد صحيح و لازم و ان كان هذا المدعى يقرع الاسماع.

دراساتنا من الفقه الجعفرى، ج ٤، ص: ٦٨

...

أضف الى ذلك كله أنه لو لم يكن الشرط فى ضمن العقد الجائز لازما لم يكن فى ضمن الهبه لازما، و الحال أن الامام عليه السلام طبق «المؤمنون عند شروطهم» على الشرط الواقع

فى ضمنها.

ان قلت: ان الهبه هنا مشروطه، و هى لازمه كما حقق فى محله.

قلت: ان الهبه اللازمه هى الهبه المعوضه، و أما الهبه المشروطه فأى دليل على لزومها.

(الثالث) ان أدله الشروط معارضه بعموم أدله الخيار،

و نتيجة التعارض التساقت، فلا أثر لدليل الشرط.

و الجواب عن هذا الاشكال: ان دليل الشرط مقدم على أدله الاحكام، و لا تلاحظ النسبه و الا يلزم أن لا يكون الشرط مؤثرا الا فى اشتراط واجب أو ترك محرم و هو كما ترى. و بعبارة أخرى: ان العناوين الثانويه تقدم على أدله الاحكام الاوليه، كما أن الامر كذلك فى دليل النذر و العهد و اليمين.

هذا أولا، و ثانيا مع فرض التعارض و التساقت تكون النتيجة اللزوم بمقتضى عموم وجوب الوفاء بالعقود، فالمطلوب حاصل أيضا و هو عدم الخيار.

أضف الى ذلك كله ما ورد فى مسأله اشتراط عدم الخيار للمكاتبه، و ما ورد فى اشتراط رد المملوك الى الرقبه لو عجز من أداء مال الكتابه «١».

(الرابع) ان هذا الشرط مخالف لمقتضى العقد

على ما هو ظاهر قوله «البيعان بالخيار»، فاشتراط عدم كونهما بالخيار اشتراط لعدم بعض مقتضيات العقد.

وفيه: ان الآثار المرتبه على العقد قسمان: قسم منها ما يتوقف عليه قوام العقد و بانتفائه ينتفى العقد كالملكيه فى البيع و الزوجيه فى النكاح، و قسم منها

(١) الوسائل، الجزء (١٦) الباب ١٠ و ١٦ من ابواب المكاتبه.

دراساتنا من الفقه الجعفرى، ج ٤، ص: ٦٩

...

لا يكون كذلك كالخيار المستفاد من قوله «البيعان بالخيار» فانه لا يتوقف عليه قوام العقد. فما ذكره المستشكل وارد على القسم

الاول، فان اشتراط عدم حصول الملكيه فى البيع جمع بين المتنافيين، و أما القسم الثانى فهو خال عن الاشكال المذكور كما لا يخفى. و بيان آخر: ان الخيار ليس مقوما للبيع بل يكون أثرا مترتبا عليه لو خلى و طبعه بمقتضى الدليل لو لم يوجد ما يمنع عن ترتب هذا الاثر.

(الخامس) ان اشتراط سقوط الخيار فى ضمن العقد اسقاط لما لم يجب،

لان الخيار لا يحدث الا بعد البيع فاسقاطه فيه كاسقاطه قبله.

وفيه: أولا انه لا محذور فى اسقاط ما لم يجب الا اشكال التعليق، و التعليق لا دليل على بطلانه الا الاجماع، و حيث أنه دليل لى يقتصر فيه على القدر المتيقن من مورده و هى العقود أو الاعم منها و من الايقاعات، و اما التعليق فى الشرط فلا دليل على بطلانه. و ثانيا انه يمكن أن يتحقق الشرط بنحو لا يكون اسقاطا كى يتوجه عليه هذا الاشكال بأن يشترط عدم الخيار و الدليل على صحته صحيح عطيه «١».

(السادس) ان اشتراط سقوط الخيار خلاف السنه،

اذ بمقتضى قوله «البيعان بالخيار» يثبت الخيار و اشتراط عدمه مخالف له.

و قد أفاد سيدنا الاستاذ دام ظله بأن اشتراط عدم الخيار مرجعه الى نسخ الحكم، و لم يقل أحد بصحة مثل هذا الشرط، فمعنى اشتراط عدم الخيار اسقاطه فى ضمن العقد بالشرط، و من الظاهر أن اسقاط الخيار ليس خلافا للسنه.

و يرد عليه: أولا النقص بموارد الحلف و النذر و العهد، فان الفعل المباح

(١) الوسائل، الجزء (١٦) الباب (١١) من أبواب المكاتبه، الحديث (١).

دراساتنا من الفقه الجعفرى، ج ٤، ص: ٧٠

...

بالمعنى الاعم يجب أو يحرم بلحاظ تعلق هذه العناوين و ليس فيه محذور النسخ.

و ثانيا- بالحل، و هو أنه لا تعارض بين أدله العناوين الثانويه و الاوليه، فان الخيار مجعول للعقد لو خلى و طبعه و الشرط يمنع عن انعقاده هكذا. و بعبارة أخرى: ان العقد يتحقق لازما بمقتضى الشرط فلا نسخ. نعم يرد عليه أنه خلاف السنه، و لذا نجيب عن أصل الاشكال بأن صحيحه عطيه المتقدمه أنفا تقتضى صحه هذا الاشتراط.

(و أما القسم الثانى) و هو ما اشترط فى العقد عدم الاخذ بالخيار،

اشاره

فيقع البحث فيه فى مقامين: الاول فى صحه هذا الشرط، الثانى انه على تقدير صحه الشرط لو خالف و فسخ هل يؤثر فى العقد أم لا؟

(أما المقام الاول) [فى صحه هذا الشرط]

فلا اشكال فى صحته، و لا يرد عليه ايراد من الايرادات المتقدمه، فان عدم الفسخ أمر جائز و بالشرط يجب فلا محذور.

(و أما المقام الثانى) فما يمكن أن يقال أو قيل فى وجه عدم تأثير فسخه لو خالف الشرط أمور:

الاول – ان دليل الوفاء بالشرط مستلزم لوجوب اجباره على الوفاء بالعقد و عدم سلطنته على تركه،

لان الممتنع شرعا كالممتنع عقلا، فالشارع سلب القدره عن الفاسخ فيكون فسخه كلا فسخ بعد حرمة.

و يرد عليه: أنه لا- تلازم بين الحرمة التكليفيه و الفساد الوضعى، فان النسبه بينهما عموم من وجه، فان البيع قد يكون حراما و لا يكون فاسدا كالبيع فى أثناء الصلاه و قد يكون فاسدا و لا يكون حراما كالبيع الغررى، و قد يجتمعان معا كبيع الخمر.

الثانى – ان اطلاق دليل وجوب الوفاء بالشرط يقتضى وجوب ترتيب آثار الشرط

دراساتنا من الفقه الجعفرى، ج ٤، ص: ٧١

...

و هو عدم الفسخ فى جميع الاحوال حتى بعد الفسخ، و من آثار عدم الفسخ حرمة التصرف، و هو معنى عدم نفوذ الفسخ و الا فلا وجه للحرمة.

و يرد عليه نقضا و حلا: أما النقض فيما اذا شرط هبه داره فى ضمن البيع فهل يجب عليه ترتيب أثر الشرط فى صورته عدم العمل على مقتضى الشرط، و هل يلتزم أحد بأن المشروط عليه قبل الهبه يجب عليه ترتيب أثر الهبه، كلا ثم كلا.

و أما الحل فان الشرط الذى يجب الوفاء به نفس الالتزام لا الملتزم به، و بعبارة أخرى: ان الشرط عبارته عن الالتزام بعدم الفسخ، و ملخص الكلام ان الامر بالوفاء بالشرط عبارته عن لزوم اتمام الالتزام و عدم رفع اليد عنه، و حيث أن رفع اليد عن الالتزام ليس

حراما تكليفيا يعلم أن الشرط لازم ولا يتغير برفع اليد، لكن لو فسخ العقد و لم يف بشرطه يكون مقتضى القاعده أن يفسخ العقد.

هذا على تقدير القول بكون الامر بالوفاء بالشرط ارشاديا، و أما ان كان مولويا فهو يدل على أن المشروط عليه يجب أن يلتزم بذلك في وعاء الشرع، و لكنه اذا خالف الشرط و فسخ العقد يشمله اطلاق أدله الخيار، فانه يدل على

انحلال العقد بالخيار سواء كان اعماله محرما أم لا. و نظير المقام ما لو حلف شخص على عدم الفسخ أو نهى أبوه عن ذلك و لكنه فسخ عصيانا يؤثر فسخه.

الثالث- ان الشرط قد أحدث حقا للمشروط له في خيار المشروط عليه يمنعه عن العمل بمقتضى خياره كمنع حق الرهانه من بيع العين

و لذا يجوز اجباره عليه.

و أجب عنه: ان جواز اجبار المشروط عليه انما يكون لتوجه خطاب دليل وجوب الوفاء بالشرط و له أن يجبره على ذلك، و أما سلب الاختيار عنه بحيث يمنع عن التصرف في البيع فلا يستفاد منه. و بعبارة اخرى: نسلم أن الشرط يقتضى حقا للمشروط له على المشروط عليه بحيث يجوز له أن يجبره على العمل

دراساتنا من الفقه الجعفرى، ج ٤، ص: ٧٢

...

بالشرط كما لو شرط عليه الخياطه فيجوز اجباره عليها، لكن هل يوجب سلب اختياره أم لا، اول الكلام و لا دليل عليه.

(و أما القسم الثالث) و هو ما يشترط اسقاط الخيار،

اشاره

فقال الشيخ:

و مقتضى ظاهره وجوب الاسقاط بعد الفسخ. أفاد السيد قدس سره: يعنى ان ظاهر الاشتراط الاسقاط بعد العقد بلا فصل، و الا فمطلق الاسقاط بعد العقد مقتضى صريحه.

أقول: يمكن أن يكون مراد الشيخ أن الاسقاط يكون بعد العقد لا حين العقد و فى ضمنه، و كيف كان يقع البحث فى مقامات ثلاث: الاول ان الشرط المذكور صحيح أم لا؟ الثانى انه على تقدير صحته هل يؤثر أم لا؟ الثالث على تقدير عدم اسقاطه الخيار هل للمشروط له خيار تخلف الشرط أم لا؟

(أما المقام الاول) فلا ريب فى صحته لوجود المقتضى و عدم المانع،

و ما يتصور من كونه مانعا بمقتضى وجوب الوفاء بالشرط قد تقدم الجواب عنه آنفا فلا نعيد.

(و أما المقام الثانى) فأفاد الشيخ: و فى تأثير الفسخ وجهاً المتقدمان،

و الاقوى عدم التأثير. و بعبارة أخرى: انه قدس سره قاس المقام بالقسم الثانى، و لكن الحق أن يفصل فى المقام بأن يقال: لو كان الوجه فى فساد الفسخ فى القسم السابق كونه محرماً فلا يتم فى المقام، اذ الشرط فى المقام عبارة عن الاسقاط لا عدم الفسخ، فلا يكون الفسخ حراماً الا بأن يقال ان الامر بالشىء يقتضى النهى عن الضد، و أما لو كان الوجه فى القسم السابق عبارة عن لزوم العمل بالشرط و عدم قدره المشروط عليه على خلافه فلا يبعد انطباقه على المقام أيضاً، و قد عرفت عدم تماميه وجه المنع فى المقام كذلك.

(و أما المقام الثالث) فهل للمشروط له الفسخ بمجرد عدم اسقاط المشروط الخيار بعد العقد و ان لم يفسخ بعد أم لا؟

قيل لا يكون له ذلك، لأنه ما دام

دراساتنا من الفقه الجعفرى، ج ٤، ص: ٧٣

قوله: بقى الكلام فى أن المشهور أن تأثير الشرط انما هو مع ذكره فى متن العقد (١).

لم يفسخ لم يحصل التخلف و بعده لا يبقى موضوع للعقد.

و فيه: ان الشرط فى المقام عبارة عن اسقاط الخيار، و هو لم يحصل فيصدق التخلف، فيجوز الاخذ بخيار تخلف الشرط، و أما الفسخ و عدمه فلا يتعلق به الشرط حتى يرد عليه الاشكال.

و فصل الشيخ قدس سره بين القول بعدم تأثير الفسخ و القول بتأثيره بقوله:

و الاولى بناء على القول بعدم تأثير الفسخ هو عدم الخيار لعدم تخلف الشرط، و على القول بتأثيره ثبوت الخيار لأنه قد يكون الغرض من الشرط عدم تزلزل العقد، و يكون بقاء المشروط على سلطنه الفسخ مخالفاً لمصلحه المشروط له و قد يموت ذو الخيار و ينتقل الى وارثه.

و فيه: انه لا وجه لهذا التفصيل، اذ تأثير الفسخ و عدمه لا مدخلية له فى صدق التخلف و هو موجب للخيار، و هذا

ليس أقل مرتبه من جعل الخيار الابتدائي، فكما أن تخلفه يوجب الخيار كذلك في المقام. و الحاصل ان تخلف الشرط في المقام يوجب الخيار و ان لم يترتب عليه الاثر، على أن الاثر العقلائي موجود في المقام، و هو الاطمئنان باستحكام العقد.

[في أن تأثير الشرط انما هو مع ذكره في متن العقد]

اشاره

أقول: ان الشرط المذكور في متن العقد لا ريب في صحه تأثيره، و أما الشرط المذكور قبل العقد فموقع خلاف بين الاعلام، و اختار الشيخ عدم تأثيره و نقل عن الطوسي القول بتأثيره، الا أنه وجه كلام الطوسي بما يناسب مختاره و قال ما حاصله: و كيف كان فالاقوى أن الشرط غير المذكور في متن العقد غير مؤثر لان المحقق في السابق اما وعد أو التزام ابتدائي لا يجب الوفاء به.

و الذي يوافق التحقيق أن يقع البحث تاره في مقتضى القاعده الاولى، و أخرى في الادله الخاصه الوارده في المقام. أما مقتضى القاعده فنقول: ان

دراساتنا من الفقه الجعفري، ج ٤، ص: ٧٤

...

معنى الشرط ارتباط أحد الامرين بالآخر، فتاره يكون الالتزام العقدي مرتبطا بفعل الطرف كما لو قال «بعتك بشرط أن تخط لي ثوبا».

ان قلت: ان تحقق البيع معلق على تحقق الخياطه، و هو لا يحصل قبل حصول المعلق عليه.

قلت: انه لم يتوقف على تحقق الخياطه الخارجيه بل معلق على الالتزام بها و هو حاصل بالفعل.

ان قلت: انه تعليق و التعليق في البيع يوجب البطلان.

قلت: ان الدليل القائم على بطلان التعليق ليس دليلا لفظيا كي يتمسك باطلاقه، بل الدليل انما هو الاجماع، و القدر المتيقن منه ما لا- يكون المعلق عليه معلوما كقدوم الحاج، و أما ما اذا كان المعلق عليه معلوم التحقق فلا- يشمله دليل المنع و لم ينعقد الاجماع فيه، فاذا تخلف المشروط

عليه عن الخياطه يكون العقد صحيحا لكن يثبت للمشروط له الخيار بمقتضى الارتكاز العقلاني.

و أخرى لا- يكون أصل الالتزام معلقا على أمر لكن بقاء الالتزام معلق كما لو علق التزامه بالبقاء على أمر كالخياطه مثلا. و ثالثه يتحقق كلا الأمرين، أى يعلق أصل الالتزام و يعلق بقاؤه على التزامه على تقدير كذائى.

إذا عرفت ما ذكرنا

فاعلم ان الشرط فى ضمن العقد يتصور على وجوه:

الاول- أن يكون العقد ظرفا للشرط بلا ارتباط،

و لا يجب العمل بهذا الشرط بل لا يصدق عليه الشرط.

الثانى- أن يرتبط بالعقد و يذكر فى العقد بالصراحه أو بالإشاره،

و لا شبهه فى صحته و وجوب العمل به.

الثالث- ان يقاول عليه قبل العقد و يقع العقد مبنيًا عليه،

و الظاهر أنه لا مانع

دراساتنا من الفقه الجعفرى، ج ٤، ص: ٧٥

...

من صحته.

ان قلت: انه لم يذكر فى ضمن العقد.

قلت: يرد عليه أولا- النقض بالشروط الضمنيه الارتكازيه فانها لم تذكر و مع ذلك يجب العمل بها. و ثانيا ان العقود تابعه للقصود، و المفروض أن العقد وقع على ما ذكر قبلا فيكون مشروطا.

ان قلت: لا يقاس المقام بالشروط الضمنيه، فان الارتكاز العقلاني فى تلك الموارد يقتضى ان فهم المعنى.

قلت: هذا الفرق غير فارق، فان دليل الشرط ربما يكون الارتكاز العام العقلاني، و ربما يكون أمرا شخصيا معهودا بين الطرفين. و

ان شئت قلت:

القرينه فى تلك الموارد عامه و فى المقام القرينه قرينه خاصه. هذا ما يقتضيه القاعده، و أما بلحاظ مفاد الروايه الخاصه فانه وردت روايات «١» فى باب المتعه تدل على عدم ترتب الاثر على الشرط المذكور قبل العقد.

و أجاب عن الروايه سيدنا الاستاذ على ما فى التقرير بأن مفاد الروايه شرط المتعه فلا يعم شرط النكاح مطلقا فكيف ببقيه العقود.

و يرد عليه: ان فى مطلقها كفايه، لكن الاشكال من ناحيه أخرى، و هو أن النصوص وردت فى باب النكاح و لا وجه للتعدى الى غيره من بقيه الابواب و العقود. و ان آييت الـ عن التسريه فلا بد من الالتزام بفساد العقد فيما يكون مشروطا، اذ المفروض أن الالتزام العقدى يقيده و العقود تابعه للقصد، فانقدح بما ذكرنا أن المتعاملين لو تقاولوا قبل العقد على شرط و أوقعا العقد عليه ينعقد مشروطا. نعم لو غفلا حين العقد يقع مطلقا.

(١) الوسائل، الباب ١٩ من ابواب المتعه.

دراساتنا من الفقه الجعفرى، ج ٤، ص: ٧٦

[فرع فى قول العلامة فى عدم جواز اشتراط نفى خيار المجلس و غيره فى متن العقد]

قوله: (فرع) ذكر العلامة فى التذكرة موردا لعدم جواز اشتراط نفى خيار المجلس و

غيره في متن العقد، و هو ما اذا نذر المولى أن يعتق عبده إذا باعه بأن قال «لله على أن اعتقك اذا بعتك»، قال لو باعه بشرط نفى الخيار لم يصح البيع لصحة النذر فيجب الوفاء به و لا يتم برفع الخيار (١).

أقول: ان تقرب ما ادعاه العلامة انه يفوت غرض المولى بهذا الشرط فيكون فاسدا، و تحقيق الحال يتوقف على أن تتكلم في مقامين: الاول ما يكون قابلا لان يرجع الى بايعه بالارث أو بغيره من الاسباب، و الثاني ما لا يكون كذلك.

(أما المقام الاول) فلا مانع من الشرط، اذ لا يترتب عليه المحذور. و ما أفاده الميرزا النائيني قدس سره في المقام من عدم قدره على الانتقال الى البائع ففيه أن عدم قدره صحيح لكن المفروض أن القدره على العتق يحصل بأحد اسباب الانتقال.

(و أما المقام الثاني) فاثبات المدعى يتوقف على مقدمتين: الاولى أن يستلزم النهى التكليفي الفساد، الثانيه أن يكون تحصيل المقدمات المفوته واجبه بأن يكون الشرط حراما مقدمه للنذر، و نظيره في باب الوضوء انه قبل الوقت لو علم بعدم وجدان الماء عند الصلاه و جب عليه التحفظ على الماء.

الا أنه لا يمكن المساعده على شىء من المقدمتين: أما المقدمه الاولى فلعدم الملازمه بين الحرمة التكليفيه و الفساد الوضعي، و أما المقدمه الثانيه فلعدم وجوب حفظ المقدمات المفوته.

و بعبارة أخرى: ان تفويت غرض المولى لم يقيم دليل على حرمة، فانه

دراساتنا من الفقه الجعفري، ج ٤، ص: ٧٧

قوله: مسأله و من المسقطات اسقاط هذا الخيار بعد العقد (١).

على المولى أن يبين ما يلزم و مع عدم البيان لا- دليل على الوجوب، فعليه لا يكون شرط اسقاط الخيار حراما و ان كان مفوتا للغرض النذري.

أفاد

سيدنا الاستاذ على ما فى التقرير بأن الشرط لو كان مخالفا للسنة بعنوانه الاولى فهو باطل، و أما اذا كان مخالفا لها بعنوانه الثانوى فلا يكون باطلا، و فى المقام ان الالتزام و الملتزم به لا يكونان خلاف السنه بعنوانهما الاولى بل بعنوان انه تفويت لغرض المولى يكون حراما و هو غير ضائر، فالادله الآمره بطرح الشروط المخالفه للسنة لا تشمل المقام.

وفيه: ان المستفاد من اطلاق الروايات أن الشرط اذا كان مخالفا للكتاب و السنه فهو باطل سواء كان مخالفا لهما بعنوانه الاولى أو الثانوى، و لا وجه للتقييد بما ذكره الاستاذ.

أقول:

المسقط الثانى من مسقطات خيار المجلس اسقاطه بعد العقد،

اشاره

و هذا هو المسقط الحقيقى كما أفاده المصنف.

و ما يمكن أن يتمسك به لسقوط الخيار باسقاطه بعد العقد وجوه:

الاول – الاجماع.

وفيه: ان المحصل منه غير حاصل، و على فرض حصوله محتمل المدرك، فانه يحتمل أن يكون مدركهم أحد الوجوه المذكوره، و المنقول منه ليس بحجه كما حقق فى محله.

الثانى – ما أفاده المصنف فحوى ما سيجىء من النص «ا» الدال على سقوط الخيار بالتصرف،

معللا بأنه رضاء بالبيع، و الوجه فى الاولويه انه اذا كان التصرف مسقطا لكونه فعلا كاشفا عن الرضا فالتصريح بالاسقاط مسقط بطريق أولى.

(١) الوسائل، الجزء (١٢) الباب (٤) من أبواب الخيار، الحديث (١).

و بعبارة أخرى: ان المستفاد من الروايه أن الامام عليه السلام طبق الكبرى الكليه و هى أن صاحب الخيار له أن يسقط حقه على المورد. و ان شئت قلت:

يتشكل القياس بأن نقول: هذا تصرف كاشف عن الرضا، و كلما يكون مبرزا للإسقاط يسقط الخيار، فهذا الفعل مسقط. و الانصاف ان هذا الوجه وجبه لا بأس به.

الثالث – أيضا ما تمسك به الشيخ

بفحوى قوله «الناس مسلطون على أموالهم» (١) تقريب الفحوى أن المراد بالاعمال المضافه الى الناس ما أضيف اليهم بالاضافه الملكيه، فاذا كانوا مسلطين على أموالهم فهم أولى بأن يكونوا مسلطين على حقوقهم، لان من كان له السلطنه على الاقوى كان له السلطنه على الاضعف بنحو أولى.

و أورد عليه المحقق النائيني قدس سره: بأن الاستدلال بفحوى «الناس مسلطون» غير تام، لان السلطنه على المال، و الحق هى أن يتصرف فيهما بالتصرفات التى تحت سلطنته، و مقتضى هذه السلطنه فى مورد العين أن يتصرف فيها و فى مورد الخيار أن يتصرف فى مورده أيضا بأن يفسخ و أن لا يفسخ، و أما اعدام هذه السلطنه فلا يستفاد من دليل السلطنه.

و أورد عليه سيدنا الاستاذ: بأن اطلاق تسلط الناس على أموالهم يقتضى كون الناس مسلطون على أموالهم كيف يشاءون حتى على اعدامها و هم مسلطون على اعدام حقوقهم.

و فيه: ان فرض أن قاعده التسلط يقتضى كون الناس مسلطين على أموالهم و لو باعدام موضوعها فبانتفاء الموضوع تنتفى السلطنه قهرا، الا أن ذلك ليس

(١) البحار،

الجزء (١) طبع قديم الصفحة (١٥٤).

دراساتنا من الفقه الجعفري، ج ٤، ص: ٧٩

قوله: و يمكن الاستدلال بدليل الشرط لو فرض شموله للالتزام الابتدائي (١).

اسقاط الخيار. و بعبارة أخرى: لا يستفاد من الرواية كون الناس مسلطين على سلطنتهم و هي هنا اسقاط الخيار. و بعبارة واضحة: يمكن للمسلط على العين اعدام السلطنة باعدام العين كما لو أكل طعامه، و أيضا يمكن لذى الحق أن يعدم السلطنة باعدام موضوعه بأن يفسخ العقد، و الكلام فى اعدام نفس السلطنة، فايراد سيدنا الاستاذ على استاذة غير تام.

و أورد المحقق الايروانى: بأن علقه الحق أضعف من علقه المال، و السلطنة فى القوى لا تقتضى السلطنة على الضعيف، بل الامر بالعكس.

و أورد عليه سيدنا الاستاذ: بأن المدعى أن الشخص مسلط على السلطنة الملكيه، و من الظاهر أنه لو ثبتت السلطنة على القوى تثبت على الضعيف بطريق أولى.

و يرد على كلام سيدنا الاستاذ: بأنه لا- دليل على كون الشخص مسلطا على سلطانه فى مورد الملك كى يتم هذا البيان، بل الثابت من الدليل أن الشخص مسلط على نفس العين.

إذا عرفت ما ذكرناه علم أن الحق فى الجواب أن يقال: ان مدرك قاعده التسلط ضعيف السند فلا يعتمد عليه، و عمل المشهور على تقدير ثبوت العمل بها غير جابر كما عرفت.

الرابع قوله «المؤمنون عند شروطهم» (١)

بتقريب انه باطلاقه يشمل اسقاط الخيار بعد العقد فيكون نافذا.

(١) الوسائل، الجزء (١٢) الباب (٦) من احكام ابواب العقود.

دراساتنا من الفقه الجعفري، ج ٤، ص: ٨٠

قوله: من ان لكل ذى حق اسقاط حقه (١).

قوله: ثم ان الظاهر سقوط الخيار بكل لفظ يدل عليه باحدى الدلالات العرفيه للفحوى المتقدمه، و فحوى ما دل على كفايه بعض الافعال فى اجازة عقد الفضولى. (٢)

الشرط فى اللغة بمعنى الربط بين الشئين، فلا يشمل مفهوم الشرط الشرط الابتدائى، و اذن فالشروط الابتدائيه خارجه عن حدود الروايه.

و ثانيا- ما معنى الشرط فى المقام، فان كان معناه الالتزام بعدم كون الخيار مجعولا من قبل الله تعالى فهو ليس بأيدينا حتى نلتزم به. و بعبارة أخرى: انه لا شبهه فى ثبوت الخيار و ليس عدمه بقاء بأيدينا، و ان كان معناه الالتزام بسقوطه باسقاطنا فالحكم لا يحقق موضوعه، فان دليل الشرط ليس مشرعا بل لا بد من جواز أمر فى الرتبة السابقه، و المفروض أن شرعيته أول الكلام.

و لا يجوز التمسك بدليل الشروط، فاذا شك فى أن أمر اسقاط الخيار هل يكون بأيدينا أم لا يحكم بعدمه باستصحاب العدم الازلى، فانه لم يكن أمر العقد بأيدى المتعاقدين قبل وجودهما أو قبل تحقق الشريعة، و الاصل بقاء العدم على حاله.

الخامس مما استدل على صحه اسقاط الخيار بعد العقد

هو القاعده المسلمه من أن «لكل ذى حق اسقاط حقه». توضيحه: ان الخيار على قسمين خيار حقى، و خيار حكمى، و الذى لا يجوز لذى الخيار اسقاطه هو الخيار الحكمى كما فى الهبه فلا يجوز اسقاط الخيار فيها، و اما الخيار الحقى فانه قابل للإسقاط.

و حيث أن الخيار فى محل الكلام حقى فهو قابل للإسقاط، و الانصاف أن هذا الوجه فى غايه المتانه.

[الظاهر سقوط الخيار بكل لفظ يدل عليه باحدى الدلالات العرفيه للفحوى المتقدمه]

أقول: اذا ثبت جواز اسقاط الخيار بعد العقد فنقول: انه يسقط بكل

دراساتنا من الفقه الجعفرى، ج ٤، ص: ٨١

...

لفظ باحدى الدلالات العرفيه.

و استدل الشيخ على ذلك بفحوى ما دل على كفايه بعض الافعال فى اجازة العقد الفضولى. و يمكن أن يكون نظره قدس سره فيما أفاده الى ما ورد فى باب النكاح، و هو ما رواه معاويه بن وهب قال: جاء رجل الى أبى عبد الله عليه السلام فقال: انى كنت مملوكا لقوم و انى تزوجت امرأه حره بغير اذن موالى ثم اعتقونى بعد ذلك فأجدد نكاحى إياها حين اعتقت؟ فقال له: أ كانوا علموا انك تزوجت امرأه و أنت مملوك لهم. فقال: نعم و سكتوا عنى و لم يغيروا على. قال: فقال سكتوهم عنك بعد علمهم اقرار منهم أثبت على نكاحك الاول «١».

و ما رواه محمد بن اسماعيل بن بزيع قال: سألت أبا الحسن عليه السلام عن امرأه ابتليت بشرب النبيذ فسكرت فزوجت نفسها رجلا- فى سكرها ثم أفاقت فأنكرت ذلك ثم ظننت أنه يلزمها ففزعت منه فأقامت مع الرجل على ذلك الترويج أ حلال هو لها

أم التزويج فاسد لمكان السكر ولا سبيل للزوج عليها؟

فقال: اذا أقامت معه بعد ما أفاقت فهو رضا منها. قلت: ويجوز ذلك التزويج عليها؟

فقال: نعم «٢».

بتقريب ان السكوت فى الاول و الاقامه معه بعد الافاقه فى الثانى اذا كانا كافيين للإمضاء فالقول يكون كافيا بالاولويه لكونه أقوى دلالة من الفعل.

و يرد عليه: أن الاولويه انما تجدى مع اتحاد المقامين، و هو ممنوع، اذ يمكن أن الشارع دفعا عن وقوع الزنا سهل الامر فى باب النكاح بخلاف المقام فلا تغفل.

(١) الوسائل، الجزء (١٤) الباب (٢) من أبواب نكاح العبيد و الاماء، الحديث (١).

(٢) الوسائل، الجزء (١٤) الباب (١٤) من أبواب اولياء العقد، الحديث (١).

دراساتنا من الفقه الجعفرى، ج ٤، ص: ٨٢

قوله: فلو قال أحدهما «اسقطت الخيار من الطرفين» فرضى الآخر سقط خيار الراضى أيضا (١).

قوله: مسأله لو قال أحدهما لصاحبه اختر (٢).

و الذى يسهل الخطب أن تحقق الاسقاط بما يكون مبرزا عرفا أمر على القاعده فلا يحتاج الى الاستدلال بتلك الروايات. و الله العالم.

[لو قال أحدهما اسقطت الخيار من الطرفين فرضى الآخر سقط خيار الراضى أيضا]

أقول: لا- وجه لسقوط خيار الراضى، فان مجرد الرضا ان كان من باب كونه مصداقا للإسقاط فان الرضا بالاسقاط لا يكون اسقاطا و ليس مصداقا له، و ان كان سقوط خياره من باب صحه الفضولى فيرد عليه: أولا ان جريان الفضولى فى الايقاعات محل الاشكال، و ثانيا انا قد ذكرنا فى بحث الفضولى ما عندنا من الاشكال فى صحه العقد الفضولى بالاجازه، و تفصيل الكلام موكول الى ذلك الباب فلا تغفل.

[مسأله لو قال أحدهما لصاحبه اختر]

أقول: ان المسأله ذات صور، و ذلك ان بعد قوله «اختر» تاره يفسخ الاخر، و أخرى يسقط الخيار، و ثالثه يسكت. فان اختار الفسخ فلا يبقى موضوع للبحث لانفساخ العقد بذلك، و ان اختار الامضاء يسقط خياره و يبقى خيار الطرف الاخر بحاله، و ان سكت يبقى الخيار لعدم المقتضى لسقوطه.

و فى المقام روايه «١» مذكوره عن الطوسى عن النبى صلى الله عليه و آله انه قال: المتبايعان بالخيار ما لم يفترقا أو يقول أحدهما لصاحبه اختر. و هذه الروايه ضعيفه سندا فلا اعتبار بها. و أفاد المصنف بأن هذا القول كأنه كان فى العرف السابق ظاهرا فى تملك العقد من الطرف المقابل. و لا يخفى ان الظهور الكائن فى العرف السابق لا أثر له فلا بد من ملاحظه الحال، فنقول فى قوله «اختر»

(١) الخلاف الطبع الجديد الصفحه (٥٠٧) المسأله (٧).

دراساتنا من الفقه الجعفرى، ج ٤، ص: ٨٣

...

احتمالات: الاول أن يكون لإسقاط الخيار عن نفسه، الثانى أن يكون لتوكيل المخاطب لأعمال الخيار فسحا و امضاء، الثالث أن يكون لتمليك خيار نفسه للمخاطب و اعطائه اياه، و لا يرد عليه ما قيل بأن الخيار ليس قابلا للتمليك لأننا بينا فى محله انه من الحقوق القابله للتمليك.

الرابع أن يكون لاستكشاف حال المخاطب بأنه يفسخ أو يمضى، فان كان بقوله «اختر» فى مقام إنشاء السقوط فخياره يسقط بذلك و يبقى خيار الطرف المقابل، و ان كان فى مقام توكيل المخاطب، و المخاطب أسقط الخيار فيكون خياره ساقطاً أيضاً.

لا يقال: ان الوكالة من العقود و يشترط فيها الايجاب و القبول كيف تتحقق بلفظ «اختر».

فانه يقال: لو صدق عليه العنوان فى العرف و لو مع القرينه كفى، فانه لا يشترط فى العقود الالفاظ الخاصه، فلو سكت الطرف الاخر يبقى الخيار بحاله. و أما لو أجاز فاما يجيز بعنوان الوكالة و اما يجيز أصاله و اما يجيز بكلا العنوانين، فعلى الاول يسقط خيار الطرف، و فى الثانى يسقط خياره دون الاخر و على الثالث يسقط خيارهما.

ان قلت: كيف يمكن تحقق الوكالة و الاسقاط بعنوانهما بلفظ واحد، و الحال أن الاسقاط تتأخر عن الوكالة، اذ ما دام لم يحصل الوكالة لا مجال للإسقاط و كاله و بعبارة أخرى: ان تحقق السقوط متأخر زمانا عن عنوان الوكالة، فما دام لا يتحقق عنوان الوكالة لا يتحقق عنوان السقوط، فلا بد أن يكون موضوع الوكالة محققا سابقا كى يترتب عليه عنوان السقوط، فلا يكون قوله «أسقطت الخيار» متحملا للمعنيين الطولين، أعنى قبول الوكالة و اسقاط الخيار.

قلت: يرد عليه أولا انا بينا فى موضعه أن الالفاظ المستعمله فى الانشائيات

دراساتنا من الفقه الجعفرى، ج ٤، ص: ٨٤

...

مبرزه عن المعانى الانشائية، فلا مانع من أن يكون قوله «أسقطت الخيار» محققا للوكالة و الاسقاط، فان الجملة المذكوره أولها محقق للوكالة و قبول لها و آخرها مسقط للخيار.

و ثانيا: انه لا دليل على لزوم أن يكون عنوان الوكالة سابقا زمانا على عنوان اسقاط الخيار. و بعبارة

أخرى: ان الترتب الزمانى ليس بين اسقاط الخيار و عنوان الوكالة، نعم ان التخلف الزمانى بين العنوانين المذكورين غير ممكن.

و صفوه القول: ان تأخر الوكالة عن الاسقاط محال، و أما كونهما متقارنين زمانا فلا اشكال فيه بأن يتحقق الوكالة و اسقاط الخيار فى زمان واحد، نظير المقام الطلاق الرجعى فانه يحصل الرجوع باللمس مثلا- و الحال أن جواز اللمس مترتب على الرجوع، فلا مانع من تحقق الزوجيه باللمس اذ ليس الترتب زمانيا بل رتبى.

و ان كان فى مقام تمليك المخاطب- بأن يملك الخيار له بهذا اللفظ- فالكلام فيه كالكلام فى مسأله التوكيل حرفا بحرف و لا وجه للإعاده.

و ان أراد أن يستعلم حال المخاطب بقوله «اختر» فانه يفسخ أو يمضى، و قال المخاطب فى جوابه «أسقطت الخيار» فلا وجه لسقوط خيار المستعلم، و أما السكوت فى جميع الصور المذكوره فلا يدل على اسقاط الخيار. هذا كله فيما يكون المقصود معلوما، و أما لو كان مجملا و لم يعلم المراد فمقتضى الاستصحاب بقاء الخيار، فان الخيار كان موجودا و شك فى سقوطه و الاصل عدم تحقق المسقط فالخيار بحاله.

دراساتنا من الفقه الجعفرى، ج ٤، ص: ٨٥

قوله: ثم انه لا اشكال فى أن اسقاط أحدهما خياره لا يوجب سقوط الاخر (١).

قوله: لو اختلف الورثه فى الفسخ و الاجازه تحقق التعارض (٢).

[لا اشكال فى أن اسقاط أحدهما خياره لا يوجب سقوط الآخر]

أقول: ان الامر كما ذكره المصنف، فانه لا وجه لسقوط خيار الاخر، و لو أجاز أحدهما و فسخ الاخر مقارنة له انفسخ العقد، و ليس المقام من باب تعارض الاجازه و الفسخ لاختلاف المتعلق لان متعلق كل منهما التزام نفسه، و لا بد فى التعارض من وحده المتعلق، كما لو أجاز الوكيل و فسخ الاصيل أو بالعكس

فانه من باب التعارض بين الفسخ و الاجازه.

ان قلت: انه لو فسخ الموكل و اجازه الوكيل ففسخ الموكل مقدم عليه، لان الوكيل صار منعزلا بفسخ الموكل.

قلت: و يرد عليه أولا- ان العزل من العناوين التى يعتبر فيها القصد و الانشاء، و من الممكن أن يكون الموكل غافلا- عن عزل وكيله حين فسخ العقد أو لم يقصده، فمجرد الفسخ لا- يكون عزل الوكيل عن الوكالة. نعم ان الموكل بفسخه يعدم موضوع الوكالة، الا أن هذا غير العزل كما هو واضح. و ثانيا ان الوكيل بمجرد العزل لا يكون منعزلا بل يشترط فيه ايصال العزل اليه.

[لو اختلف الورثة فى الفسخ و الاجازه تحقق التعارض]

أقول: قد بينا آنفا أن تعارض الفسخ و الاجازه يتحقق فيما اذا اتحد متعلق الاجازه و الفسخ، و مثل المصنف قدس سره للتعارض بخيار الورثة المتعددين و تقارن الفسخ و الاجازه منهم، الا أن صحة التمثيل متوقفه على القول بأن الخيار لطبيعه الوارث، و فى هذه الصورة اذا تقارن الفسخ و الامضاء من شخصين كان كما اذا تقارن ذلك من ذى خيار واحد فيتحقق التعارض، و أما ان قلنا ان الخيار ليس لطبيعتهم بل لمجموعهم فالتمثيل المذكور غير صحيح،

دراساتنا من الفقه الجعفرى، ج ٤، ص: ٨٦

قوله: مسأله من جمله مسقطات الخيار افتراق المتبايعان (١).

كما أن الخيار لو كان لكل واحد منهم بقدر حصته فلا يدخل تحت الكبرى.

أما على الاول فلان الاثر مترتب على مجموع الإنشاءات فسحا أو إمضاء و أما على الثانى فلانه لا يرتبط أحدهم بما يصدر عن الاخر.

[الثالث من مسقطات هذا الخيار افتراق المتبايعان]

اشاره

أقول:

و ينبغى أن نبحت فى المقام من جهات:

(الجهه الاولى) انه هل الافتراق مسقط للخيار على نحو الموضوعيه أو بكشفه النوعى عن الرضا بلزوم العقد،

و ما يمكن أن يقال بوجه الكاشفيه أمران:

الاول- ان الافتراق كاشف نوعى عن الرضا بالعقد.

و فيه أولا- انه لو كان الافتراق مسقطا للخيار من جهه كونه كاشفا عن الرضا لكان اللانزم أن يسقط جميع الخيارات بمجرد الافتراق و لم يلتزم به أحد.

و ثانيا- انا لا نسلم أن يكون للافتراق كاشفا نوعيا عن الرضا، فانه أعم منه لاحتمال أن يكون غافلا عن الحكم أو الموضوع حين الافتراق أو جاهلا- بهما أو لم يكن مسلما أصلا. نعم لو كان ملتفتا الى الخيار و الى أنه يسقط بالافتراق و هو معتقد به لكان افتراقه كاشفا عن رضاه.

و ثالثا- انا سلمنا أن الافتراق له ظهور نوعى فى الكاشفيه عن الرضا الا أنه لا قيمه له لعدم قيام الدليل على اعتبار الظهور النوعى، بل المعتبر الظهور الشخصى و هو مفقود هنا باعتراف المستدل.

و رابعا- ان الرضا بلزوم العقد لا يلزم سقوطه، و من الممكن أن يكون راضيا به و لم يسقطه، بل لو صرح بالرضا و لم يسقط لا يسقط الخيار، لان الاسقاط أمر قصدى إنشائى فلا يحصل بلا قصد.

الثانى - ظهور بعض الروايات الدال على مسقطيه الافتراق،

و المستفاد منه أن المسقط هو الافتراق الكاشف عن الرضا لا مطلق الافتراق، و هو ما رواه الفضيل عن أبى عبد الله عليه السلام فى حديث قال: قلت له: ما الشرط فى غير الحيوان؟

دراساتنا من الفقه الجعفرى، ج ٤، ص: ٨٧

...

قال: البيعان بالخيار ما لم يفترقا فاذا افترقا فلا خيار بعد الرضا منهما «١».

فان الروايه تدل على أن الافتراق مسقط للخيار بعد الرضا منهما، فمطلق الافتراق ما لم يكشف عن الرضا لا يكون مسقطا.

أقول:

ان فى قوله «بعد الرضا» احتمالات:

الاول: اراده الرضا بالعقد

بمعنى أنه لو تحقق العقد و لم يفسخ قبل الافتراق يلزم، فانه لو تحقق الرضا بأصل معامله و حصل التفرق يلزم العقد.

الثانى: اراده الرضا ببقاء المعامله،

بمعنى ان العقد مرضى بقاء و لم يفسخ فى المجلس.

الثالث: أن يكون المراد ان الافتراق حيث حصل عن الرضا لا عن الاكراه فالعقد يلزم.

و ملخص الكلام أن المستفاد من دليل الخيار أنه باق الى حين التفرق و ان التفرق بنفسه مسقط للخيار.

(الجهه الثانيه) فى أنه هل الافتراق يحصل بمسماه و لو أقل من خطوه

كما يظهر ذلك من المصنف قدس سره، أو يعتبر فيه الخطوه كما هو قول بعض، أو لا بد فيه من الصدق العرفى؟ أقوال و البحث يقع تاره على مقتضى القاعده، و أخرى على مقتضى النص، فيقع البحث فى موضعين:

أما الموضوع الاول فأفاد الشيخ ما حاصله ان معنى الافتراق مع كونهما مجتمعين حين العقد افتراقهما بالنسبه الى الهيئه الاجتماعيه الحاصله لهما حين العقد، فاذا حصل مسمى الافتراق ارتفع الخيار و ان كان أقل من خطوه، فلو تبايعا فى سفينتين متلاصقتين كفى مجرد افتراقهما. و يظهر من تصريح بعض التأمل فى كفايه الخطوه لانصراف الاطلاق الى أزيد منها فيستصحب الخيار. و الحق أنه

(١) الوسائل، الجزء (١٢) الباب (١) من أبواب الخيار، الحديث (٣).

دراساتنا من الفقه الجعفرى، ج ٤، ص: ٨٨

...

يكفى صدق الافتراق و لا خصوصيه للخطوه، فان الحكم مترتب على عنوان التفرق، و لا مجال للاستصحاب اذ لا مجرى له مع الاصل اللفظى، مضافا الى أن هذا الاستصحاب معارض باستصحاب عدم جعل الزائد.

و أما الموضوع الثانى ففى المقام روايه عن محمد بن مسلم قال: سمعت أبا جعفر يقول: بايعت رجلا فلما بايعته قمت فمشيت خطأ ثم رجعت الى مجلسى ليجب البيع حين افترقنا «١».

فيستفاد منها ان الافتراق يحصل بمشى خطأ و لا تكفى خطوه واحده أو خطوتان.

ان قلت: ان دلالة الروايه على عدم كفايه خطوه أو خطوتين مبتنيه على مفهوم اللقب، و هو منتف كما حقق فى الاصول.

قلت: ان اللقب ليس له المفهوم، الا أن الامام عليه السلام كان فى مقام بيان ما يجب به البيع و تحديده، و

مفهوم التحديد حجه كما بيناه مرارا، فيستفاد من الروايه أن الافتراق يحصل بما يصدق عليه الخطاء.

لعل القائلين بعدم كفايه الاقل من ثلاث خطوات تمسكوا بهذه الروايه، و التحقيق أن يقال: ان الروايه المذكوره حاكيه عن فعل الامام عليه السلام و ليس لها اطلاق ليستدل به على عدم كفايه الاقل من الثلاث خطوات، و من المحتمل أن الخروج من مجلس البيع كان متوقفا على مشى الخطى و لم يكن الافتراق حاصلًا فى خصوص المجلس من أقلها. و على أى حال لا تكون الروايه دليلًا على اعتبار ثلاث خطوات فى حصول الافتراق. و الحاصل انه يمكن أن مجلس المعامله كان بحيث لا يتحقق الافتراق الا بما فعله، فان خصوصيات المجلس مجهوله لدينا.

(١) الوسائل، الجزء (١٢) الباب (١) من ابواب الخيار، الحديث (٣).

دراساتنا من الفقه الجعفرى، ج ٤، ص: ٨٩

قوله: مسأله المعروف انه لا اعتبار بالافتراق عن اكراه اذا منع من التخيير أيضا (١).

(الجهه الثالثه) فى أنه هل يعتبر فى حصول الافتراق الحركه من الطرفين أو يحصل بحركه أحدهما و بقاء الاخر فى مكانه؟

الحق أن يقال: لا يعتبر الحركه من الطرفين فى صدق الافتراق عرفًا، و النص المتقدم آنفا أيضا دال على ذلك، فانه عليه السلام قام و مشى خطى مع بقاء الطرف الاخر فى مكانه كما هو الظاهر من الروايه.

[مسأله المعروف أنه لا اعتبار بالافتراق عن إكراه إذا منع من التخيير أيضا]

اشاره

أقول: المسأله ذات صور أربع ثبوتًا: الاولى أن لا يكون مكرها على الافتراق دون التخيير، الثانيه أن يكون مكرها على الافتراق و التخيير، الثالثه أن يكون مكرها على الافتراق دون التخيير، الرابعه عكس الثالثه.

و المشهور على ما نسب اليهم سقوط الخيار فى جميع الاقسام الا فى صورته واحده و هى ما لو كان مكرها فى كلا الامرين.

و ما يمكن أن يقال فى وجه عدم تأثير الافتراق و بقاء الخيار أمور:

الاول - الاجماع.

و فيه ان المنقول منه غير حجه و المحصل غير حاصل، و على فرض حصوله محتمل المدرك.

الثانى - الشهره الفتوائيه.

و فيه أنه قد ثبت فى محله عدم حجيتها.

الثالث - ان الظاهر من الدليل أن الافتراق المسقط للخيار هو ما يكون عن اختيار فما دام لا يكون اختياريا لا يكون مسقطا.

و فيه ان الفعل مركب من ماده و الهيئه، أما ماده فوضعت للدلاله على الحدث، و أما الهيئه فلدلاله على الانتساب مطلقا سواء كان اختياريا أم لا بل يصح الاستناد اليه، و ان كان الفعل الصادر عن الفاعل حال النسيان أو الغفله أو الاضطرار. و لذا ترى أن قوله «من أتلف مال الغير» أعم من الاختيار و غيره، اذ لا يعتبر فى اسناد الفعل الى الفاعل الا قيامه به أو صدوره منه، فمجرد اسناد ماده الى الفاعل المختار لا يوجب

دراساتنا من الفقه الجعفرى، ج ٤، ص: ٩٠

...

الظهور فى دخل الاختيار.

نعم فى ماده بعض الافعال خصوصيه يعتبر فيها القصد و الاراده كالتعظيم و غيره، الا أنه لا دخل له بالاسناد. اضف الى ذلك كله ان الاكراه لا يسلب الاختيار كما هو ظاهر، فلا موضوع لهذا التقريب أصلا.

(الرابع) حديث رفع الاكراه،

و هو قوله صلى الله عليه و آله «رفع عن أمتى تسعه، الخطأ و النسيان و ما اكرهوا عليه» «١»، بتقريب أن حديث الرفع لا اختصاص له بالاحكام التكليفية بل يعم الاحكام الوضعيه أيضا، فاذا أكره على الافتراق لا يترتب عليه الاثر المترتب على الافتراق الاختيارى.

و أورد عليه بوجهين:

الاول- ما أفاده سيدنا الاستاذ دام ظله ان حديث الرفع مجعول امتنانا للامه فان بقاء الخيار و عدم ترتب الاثر على الافتراق و ان كان امتنانا لذى الخيار الا أنه خلاف الامتنان بالنسبه الى من عليه الخيار.

أقول: قد بينا فى بحث الاصول ان ما أفاده الاستاذ لا يساعد عليه، لعدم قيام الدليل على أن حديث الرفع يجرى فيما كان امتنانا

على جميع الامه، و قلنا انه يكفى فى جريانه أن يكون امتنانا بالنسبه الى من يجرى له و ان كان خلاف الامتنان

بالنسبه الى غيره.

و الثانى - ما أورد المحقق النائنى قدس سره بأن مورد بعض المرفوعات منحصر فى متعلق التكليف كالحد، و لا يجوز تعميم حديث الرفع لموضوعات التكليف، و لذا لا يلتزم أحد بأنه لو أقام عن كره يجب عليه القصر.

(١) توحيد الصدوق باب الاستطاعه ص ٣٦٤، الوسائل، الجزء (١١) الباب (٥٦) من أبواب جهاد النفس.

دراساتنا من الفقه الجعفرى، ج ٤، ص: ٩١

...

وفيه: أولا- ان هذا خلاف مبناه فى الاصول، و ثانيا لا وجه لهذا التفصيل فانه كما حققنا فى الاصول لاختصاص له بمتعلقات الاحكام بل هو يجرى فى الموضوعات أيضا، فان فعل المكلف كما يقع متعلقا للتكليف كذلك يقع موضوعا له.

و أما وجوب التمام فى القصر فلا دلالة له على عدم شمول الحديث لموضوعات المكروه عليها، لأنه متفرع على العلم باقامه عشره أيام و الاكراه على الاقامه و هى ليست موضوعا للحكم، بل الموضوع العلم بالاقامه عشره أيام و هو غير مكروه، فما هو موضوع للاكراه ليس موضوعا للحكم، و ما هو موضوع للحكم ليس موضوعا للاكراه.

ان قلت: ان حديث الرفع متكفل لرفع الاحكام التكليفية و أما الوضعيه فلا يشملها.

قلت: قد نقحنا فى محله بأنه لا اختصاص لحديث الرفع بالاحكام التكليفية بل يعم الاحكام الوضعيه أيضا.

ان قلت: ان موضوع خيار المجلس عبارته عن الاجتماع، و الاكراه انما وقع على الافتراق و هو ضد الاجتماع، و هو ليس موضوعا للحكم بل هو غايه و طرف لما هو موضوع الحكم، فلا وجه أن يتمسك بحديث الرفع للمقام.

قلت: ان فى المقام موضوعين: أحدهما اجتماع و حكمه الخيار، و الاخر افتراق و حكمه لزوم العقد، فالافتراق موضوع للزوم البيع اذا حصل عن اختيار و أما اذا اكراه عليه فلا

يترتب عليه حكمه أعنى لزوم العقد، ولا يكون لازماً بل يبقى على جوازه الذي كان قبل الافتراق.

إذا عرفت ما ذكرنا فاعلم أنه يمكن أن يقال: إن حديث الرفع ناظر إلى

دراساتنا من الفقه الجعفري، ج ٤، ص: ٩٢

...

الافعال التي يعتبر فيها القصد والاختيار، وبعبارته أخرى المستفاد من الحديث أن الفعل بما أنه صادر عن الفاعل لو كان موضوعاً لحكم يرتفع ذلك الحكم عند الأكثر، وأما لو كان الأثر مترتباً على معنى اسم المصدر ولا يعتبر فيه القصد فلا مجال للحديث والتمسك به.

(الخامس) ما رواه فضيل عن أبي عبد الله عليه السلام

حيث قال عليه السلام:

فاذا افترقا فلا خيار بعد الرضا «١»، بدعوى أن المستفاد من الرواية أن الافتراق بما أنه دال على الرضا يسقط الخيار فبيما لا يكون كذلك لا يكون مسقطاً.

وفيه: أنه لا شبهة أن الافتراق غير دال على الرضا فيما لا يكون الشخص غير معتقد بالشرع، أو يكون جاهلاً بالحكم، أو يكون غافلاً عنه، مضافاً إلى أن الإسقاط أمر قصدي ولا يحصل بمجرد الرضا. فهذا الدليل أيضاً غير تام.

وحيث ظهر أن مقتضى القاعدة سقوط الخيار حتى مع الـكراه بالنسبة إلى كراه الامرين يظهر أن الحق سقوطه في القسمين الأخيرين بالأولوية. وإن شئت قلت: لو أكره على التفرق وبقى مختاراً يصدق أنه باختياره لم يفسخ قبل التفرق، كما أنه لو أكره على عدم الفسخ وبقى مختاراً بالنسبة إلى الافتراق يصدق أنه باختياره فارق مجلس العقد.

وربما يتمسك ببقاء الخيار بالاستصحاب - أي استصحاب الخيار، ولا مورد له، فإنه لا مجال للأصل مع الدليل، والمفروض أن مقتضى إطلاق الدليل سقوطه مضافاً إلى أن هذا الأصل معارض باستصحاب عدم جعل الزائد فلاحظ.

(١) الوسائل، الجزء

(١٢) الباب (١) من أبواب الخيار، الحديث (٣).

دراساتنا من الفقه الجعفري، ج ٤، ص: ٩٣

[مسألة لو أكره أحدهما على التفرق و منع من التخيير و بقي الآخر في المجلس]

قوله قدس سره: مسألة لو أكره أحدهما على التفرق و منع من التخيير و بقي الآخر في المجلس فان منع من المصاحبه و التخيير (١).

أقول: لا يخفى أنه لا يبقى مجال لهذا البحث على ما سلكتناه من عدم تأثير الاكراه و ان الخيار يسقط لا محاله بحصول التفرق، فانه لو أكره أحدهما مع اختيار الآخر فيدخل الفرض في المسألة السابقة و أما مع اكراه الآخر أيضا من المصاحبه، فمقتضى الاطلاق سقوط الخيار بحصول الافتراق.

و أما لو قلنا بتأثير الاكراه و شمول حديث الرفع للمقام فلا بد من البحث فنقول للمسألة صورتان: «احدهما» ما لو أكره أحدهما على التفرق و منع من التخيير و بقي الآخر مختارا، «ثانيتهما» عكس الاولى.

و الصورة الاولى من الصورتين وقعت محل البحث، و اذا ظهر الحكم في الصورة الاولى يظهر في الصورة الثانية، و الاقوال حسب ما يظهر من كلام المصنف قدس سره أربعة: سقوط الخيار عنهما، و بقاءه بالنسبه الى كليهما بالنسبه الى المكره، و سقوطه بالنسبه الى المختار فيما فارق المجلس، و بقاءه بالنسبه اليه ما دام باقيا في المجلس.

و العمده في المقام النظر الى الادله، فان الدليل لو كان الاستصحاب فمقتضاه بقاء الخيار بالنسبه الى كليهما مطلقا، لكن قلنا بأن الاستصحاب في الحكم الكلي معارض بعدم الجعل، و بعد التعارض تصل النوبه الى عموم وجوب الوفاء.

و ان كان المدرك الاجماع، فلا اجماع، اذ نرى أن الاقوال مختلفه، و على تقدير تحققه و غض النظر عن كونه مدركيا لا اجماع بالنسبه الى المختار.

و ان كان المدرك حديث الرفع فمقتضاه بقاء الخيار بالنسبه الى كليهما، اذ

المدعى على هذا الفرض أن التفرق المسقط ما يكون بالاختيار، و حيث أنه ليس

دراساتنا من الفقه الجعفرى، ج ٤، ص: ٩٤

...

اختياريا فالخيار باق على حاله، لكن ذكرنا أن الحديث لا يشمل المقام، اذ القصد و الاختيار لا يكونان دخيلين فى الموضوع. و ان كان المدرك التبادر المدعى فالخيار باق، لان المتبادر من الدليل خلافه.

و ان كان المدرك تبادر الافتراق بما اذا كان ذلك عن رضاء، فالافتراق الاكراهى لا يكون مسقطا للخيار، لكن ذكرنا انه لا منشأ لهذا المدعى و لا يتبادر من اللفظ هذا المعنى.

و ان كان المدرك صحيحه الفضيل المذكوره آنفا حيث قال عليه السلام «فاذا افترقا فلا خيار بعد الرضا منهما» «١» بدعوى أنه يستفاد منها لزوم كون الافتراق عن الرضا و مع عدم الرضا من جانب واحد لا يتحقق الغايه فالخيار باق.

فيرد عليه: انا علمنا من الخارج أن الافتراق لو حصل من طرف مع الرضا يسقط الخيار و لا يلزم أن يكون ناشئا عن رضا الطرفين.

و ربما يقال: بأن صحيح فضيل يقيد بما رواه محمد بن مسلم عن أبى جعفر عليه السلام، حيث أنه يدل هذا الخبر على أن الافتراق من طرف واحد يكفى فيقيد به صحيح فضيل.

و يرد عليه: انه لا- وجه لهذا النحو من الجمع، بل الامر بالعكس، اذ خبر ابن مسلم يدل على الكفايه بالاطلاق، و المفروض أن صحيح فضيل يدل على المقصود و يستفاد منه لزوم الافتراق عن رضى الطرفين، و قاعده الاطلاق و التقييد تقتضى حمل المطلق على المقيد دون العكس. فلاحظ.

و لا يخفى أن هذا البحث تقديرى و الا فقد سبق منا أنه ليس المراد من

(١) الوسائل، الجزء (١٢) الباب (١) من أبواب الخيار، الحديث (٣).

قوله: مسأله لو زال الاكراه فالمحكى عن الشيخ و جماعه امتداد الخيار بامتداد مجلس الزوال (١).

الرضا الرضاء ببقاء العقد و لزوم المعامله، فان كثيرا من المتعاملين خارج عن الشرع أو من الجاهلين بوجود خيار المجلس فى الشرع أو ناسيين له، و الحال أن افتراقهما مسقط للخيار.

بل يمكن أن يكون المقصود أنه اذا وقع المعامله و كان المتعاملان راضيين به فلا خيار، أى بعد رضاهما بأصل العقد من ناحيه، و انقضاء المجلس من ناحيه اخرى، فلا خيار و يكون العقد لازما.

[مسأله لو زال الإكراه فالمحكى عن الشيخ و جماعه امتداد الخيار بامتداد مجلس الزوال]

أقول: لا- يخفى أن هذا البحث مبتنى على القول بتماميه أدله بقاء الخيار و أما على ما اخترناه و بيناه من عدم تماميتها فلا مجال لهذا البحث، فنقول:

على تقدير الالتزام بأن الاكراه مؤثر فى بقاء الخيار فيقع الكلام فى أن الخيار فورى، أو يبقى الى انقضاء مجلس زوال الاكراه، أو يبقى الى أن يحصل مسقط آخر من المسقطات. فالوجه المتصوره فى المقام ثلاثه: الاول الفوريه بدعوى ان الضرورات تتقدر بقدرها، الثانى أن الميزان التفرق عن مجلس زوال الاكراه بتقريب ان الاكراه ما دام باقيا لا اعتبار بالافتراق، الثالث بقاء الخيار الى زمان حصول مسقط آخر بدعوى أنه بالاكراه سقط هذا المسقط عن الاعتبار.

و التحقيق أن يقال: بناء على القول بتماميه أدله بقاء الخيار و دلالتها على عدم سقوطه بالافتراق عن اكراه فلا بد من النظر الى مدرك بقاء الخيار و دليله، فان كان الدليل هو الاجماع فلا بد أن يقال: بفوريه الخيار بعد زوال الاكراه و بسقوطه اذا لم يختر، فان القدر المتيقن من بقاء الخيار ما اذا كان مكرها على الافتراق، و أما بعد الزوال فيسقط الخيار الا أن يأخذ

...

هذا البحث يكون من صغريات الكبرى الكلى المعروف، و هو أن بعد تخصيص العام يكون المرجع استصحاب الحكم المخصص أو عموم العام، و على القول الاول لا بد أن يقال بعدم لزوم الفوريه. و الحق هو الثاني، فان استصحاب الحكم الكلى معارض بعدم الجعل، مضافا الى أنه مع وجود الدليل اللفظي لا تصل النوبه الى الاصل العملي.

و لا فرق فيما ذكر- أى فى الاخذ بعموم العام- بين أن يكون التخصيص من الاول أو من الوسط، كما أنه لا فرق بين أن يكون العموم استغراقيا أو مجموعيا، فان المرجع عموم العام، و هو فى المقام قوله تعالى «أَوْفُوا بِالْعُقُودِ».

و أما اذا كان المدرك التبادر بأن نقول يتبادر من الدليل أن الموضوع الافتراق عن الرضا فيكون أمد الخيار و غايته الافتراق الاختيارى الصادر عن اراده و رضاء، و أما الافتراق المحقق عن اكراه فليس افتراقا عن رضاء، فلا- يمكن أن يتحقق به غايه الخيار، و اما الافتراق الاخر المتحقق مع الرضا الذى به ينتهى أمد الخيار فلا- يمكن أن يتحقق ثانيا الا بدعوى القول باعاده المعدوم ثانيا و هو مما امتنع فيكون الخيار باقيا الى أن يسقط بمسقط آخر حتى على القول بانصراف الدليل عن مورد لا يكون الافتراق ممكنا كالمتلاصقين اذ الافتراق فى المقام امر ممكن كما هو ظاهر.

و اما اذا كان المدرك صحيحه الفضيل المتقدمه آنفا و هى قوله عليه السلام «فاذا افترقا فلا خيار بعد الرضا منهما» بتقريب أن يكون المراد منه الرضا بلزوم العقد، فعلى هذا أيضا يبقى الخيار الى أن يسقط بمسقط آخر بنفس التقريب الذى بيناه، و حاصله ان غايه خيار المجلس عباره

عن الافتراق الناشئ عن الرضا بلزوم العقد، و أما الافتراق المتحقق عن اكراه فلا يكون غايه للخيار،

دراساتنا من الفقه الجعفري، ج ٤، ص: ٩٧

قوله: و من مسقطات هذا الخيار التصرف على وجه يأتي في خيارى الحيوان و الشرط (١).

فالافتراق الحاصل غير مؤثر و ما يكون مؤثرا لا يكون قابلا للتحقق.

و أما اذا كان المدرك حديث الرفع - بأن يكون الافتراق عن اكراه مسلوب الاثر - فالامر أيضا كذلك، فان الاكراه يرفع أثر الافتراق الا-كراهي. و ان شئت قلت: الافتراق تحقق وجدانا لكن الا-كراه رفع أثره، و الاجتماع العقدي زال و لا يعود الا على القول باعاده المعدوم، و هو أمر محال.

ان قلت: ان حديث الرفع يقتضى أن يكون التفرق الكرهى كلا تفرق، و بعد رفع الاكراه نأخذ باطلاق الدليل و نقول بأن الافتراق بحدوثه لا يسقط الخيار لكن يسقطه بقاء.

قلت: المستفاد من الدليل أن الرفع للخيار حصول الافتراق، فما حصل لا يؤثر و المؤثر لا يتحقق. و بعبارة أخرى: ان المستفاد من الدليل ان المسقط الافتراق عن المجلس اختيارا و من المعلوم أنه لم يتحقق و لا يكون قابلا للتحقق.

فانقدح مما ذكرنا أنه لا وجه للقول بالفوريه الاعلى القول بكون المدرك الاجماع، كما أنه لا وجه للقول بكون المناط زوال مجلس الاكراه بدعوى أن حديث الرفع يجعل مجلس العقد باقيا، فالميزان بالتفرق عن هذا المجلس، اذ المستفاد من دليل رفع الاكراه رفع الحكم عند الاكراه و لا يثبت موضوع الخيار. و بعبارة أخرى: حديث الرفع ينفي الموضوع، أى لا يسقط الخيار لان الافتراق لم يحصل، و لا يستفاد منه أن موضوع الخيار و هو مجلس العقد باق بحاله.

[الرابع من مسقطات هذا الخيار التصرف]

اشاره

ما يمكن أن يذكر في وجه كون التصرف مسقطا لخيار

(الامر الاول) الروايات الواردة في خيار الحيوان:

منها ما رواه علي بن رئاب عن أبي عبد الله عليه السلام: فان أحدث المشتري فيما اشترى حدثا قبل الثلاثة الايام فذلك رضى منه فلا شرط «١».

و منها أيضا ما رواه علي بن رئاب عن أبي عبد الله عليه السلام فقال: اذا قبل أو لامس أو نظر منها الى ما يحرم على غيره فقد انقضى الشرط «٢».

تقريب الاستدلال بهما أن الامام عليه السلام رتب سقوط الخيار على التصرف بقوله «فان أحدث المشتري فلا شرط» أو «فقد انقضى الشرط»، و الروايتان و ان وردتا في باب خيار الحيوان الا أن جوابه عليه السلام أعم منه، و المتفاهم العرفي أن التصرف مطلقا سواء كان في حيوان أو في غيره مسقط للخيار.

و الجواب عنه نقضا و حلا:

أما النقض فيما مر في خيار المجلس في صحيحه الفضيل، حيث قال عليه السلام «فاذا افترقا فلا خيار بعد الرضا منهما»، تقريب النقض أن سقوط الخيار في الصحيحه مترتب على الافتراق، فلا بد من الالتزام بسقوط مطلق الخيار بالافتراق للإطلاق المدعى، و هو كما ترى.

و أما الحل فان المستفاد من الروايه أنه يسقط خيار الحيوان بالتصرف لا مطلق الخيار فان مورد السؤال خيار الحيوان، و هذا لا من جهه خصوصيه السؤال، اذ المناط اطلاق الجواب، بل المدعى أن العرف لا يفهم الاطلاق من الكلام و لا أقل من الاجمال، و الظاهر أن الروايه الاولى ليس فيها سؤال لكن المستفاد منها ليس مطلق الخيار.

(١) الوسائل، الجزء (١٢) الباب (٤) من أبواب الخيار، الحديث (١).

(٢) نفس المصدر، الحديث (٣).

مضافا الى أنه اذا أغمضنا عما ذكرنا و قلنا ان التصرف مسقط

للخيار بمقتضى الروايه الا أنه لا بد أن نقول بأن تصرف المشتري مسقط لخياره، و لا وجه للتعدى الى البائع، فان المتفاهم من الروايات الوارده فى خيار الحيوان أن تصرف المشتري مسقط لخياره، فلا- وجه للقول بكون التصرف مسقطا للخيار على الاطلاق.

ان قلت: اذا ثبت أن التصرف فى الجملة و لو من المشتري مسقط للخيار فيكون تصرف البائع أيضا مسقطا لعدم القول بالفصل. قلت: ان عدم القول بالفصل ان كان مرجعه الى الاجماع فلا- يترتب عليه الاثر، فان المنقول منه ليس حجه و المحصل منه غير حاصل، و ان لم يرجع الى الاجماع فعدم اعتباره أوضح من أن يخفى.

أضف الى ذلك كله أنه لو التزم بهذا القول يلزم أن يسقط الخيار من الطرفين بتصرف أحدهما للإطلاق، و أنى لنا بذلك و لا يلتزم به أحد.

و لو أغمضنا عن جميع ذلك فنقول: يقع التعارض بين الدليل الدال على أن التصرف مسقط للخيار و بين قوله «البيعان بالخيار ما لم يفترقا»، فان مقتضى هذه الروايه جواز البيع ما لم يفترقا سواء تصرف فيه أم لا، و مقتضى ذلك الدليل سقوط الخيار، و النسبه بين الدليلين عموم من وجه، فيتعارضان فى مورد الاجتماع بالاطلاق فيسقطان عن الاعتبار، فتكون المسأله داخله تحت النزاع المعروف بأن المرجع بعد تخصيص العام استصحاب حكم المخصص أو عموم العام. و الحق هو الثانى، فالمرجع عموم دليل و جوب الوفاء، فان عموم العام محكم بما اذا كان التخصيص من الاول، مضافا الى أن الاستصحاب لا يجرى فى الحكم الكلى للمعارضه.

دراساتنا من الفقه الجعفرى، ج ٤، ص: ١٠٠

(الامر الثانى) عموم التعليل الوارد فى الروايه،

و هو قوله عليه السلام: فان أحدث المشتري فيما اشترى حدثا قبل الثلاثه الايام فذلك رضى منه فلا شرط «١».

توضيحه

أنه يشترط في القضييه الشرطيه التناسب بين المقدم و التالي، بأن يكون ارتباط خاص بينهما، بحيث كلما يتحقق المقدم يكون التالي محققا، كالارتباط الحاصل بين الشمس و النهار.

إذا عرفت ذلك فاعلم أن الروايه المذكوره قد تشكلت من مقدم أعنى قوله «إذا احدث ...» و التالي أعنى قوله «فذلك رضى منه»، و لا يرى ارتباطا بين احداث الحدث و الرضا، فان معنى الرضا بالبيع اسقاط الخيار، فلا بد أن يلتزم بأن العله قامت مقام الجزاء فى المقام، أى ان أحدث المشتري حدثا فالخيار ساقط، كما يلتزم ذلك فى قوله تعالى «ان كذبوك فقد كذب رسل من قبلك»، أى ان كذبوك فلا تحزن. و على هذا يكون معنى الروايه ان الشارع جعل احداث الحدث مسقطا للخيار، و هو سبب لسقوطه، و بما أن العله تعمم و تخصص كما فى قوله «الخمير حرام لأنه مسكر» يتعدى الى موارد أخر أيضا و يحكم بسقوط الخيار بالتصرف.

و الجواب عنه: ان القانون الكلى الذى ذكرتم- و هو أن العله تعمم و تخصص- غير قابل للإنكار الا أنه لا ينطبق على المقام، فان تشخيص العله فى قوله «الخمير حرام لأنه مسكر» بيد العرف و يلتزم بتسريه الحكم الى كل مورد تكون هذه العله موجوده، و أما فى المقام فالعله عباره عن اسقاط الشارع، و من الظاهر أنه فى كل مورد يتحقق هذا الحكم من الشرع نلتزم به، لكن الكلام فى ثبوت هذا المعنى و لم يثبت فى غير خيار الحيوان.

(١) الوسائل، الجزء (١٢) الباب (١) من أبواب الخيار، الحديث (٣).

دراساتنا من الفقه الجعفرى، ج ٤، ص: ١٠١

قوله: الثانى خيار الحيوان، لا خلاف بين الاماميه فى ثبوت الخيار فى الحيوان للمشتري (١).

(الامر الثالث) أن يكون التصرف فى البيع كاشفا نوعيا عن الرضا بلزوم العقد،

المسقط التصرف الذى له كاشف نوعى عن الرضا.

و الجواب عنه:

أولاً- ان التصرف بما هو ليس بكاشف نوعى عن الرضا بلزوم البيع، فان بينهما فى مقام الاثبات عموم من وجه فكيف يكشف أحدهما عن الآخر.

و ثانياً- على فرض كونه كاشفا انما يكون له هذا الكشف فيما يكون المتصرف متوجهاً، و أما الغافل أو من لا يكون معتقداً بالدين فلا يتم فى حقه هذا التقريب.

و ثالثاً- ان اسقاط الخيار أمر قصدى إنشائى لا يحصل بمجرد الرضا.

فانقدح مما ذكرنا أنه لا وجه للقول بكون التصرف مسقطاً لخيار المجلس.

هذا تمام الكلام فى خيار المجلس.

[القسم الثانى خيار الحيوان]

اشاره

اقول: لا- خلاف بين الاماميه فى ثبوت خيار الحيوان و لا اشكال فى ثبوته فى الجملة، و تدل عليه جمله من النصوص: منها ما رواه الحلبي عن أبى عبد الله عليه السلام قال: فى الحيوان كله شرط ثلاثه ايام للمشتري، و هو بالخيار فيها ان شرط او لم يشترط ... «١» و غيره من النصوص الوارده فى المقام، و انما الاختلاف فى خصوصياته،

و التحقيق فيها يقع فى ضمن فروع:

(الفرع الاول) انه هل يختص خيار الحيوان بالحيوان المقصود حياته،

فمثل السمك المخرج من الماء و الجراد المحرز فى الاناء يكون خارجاً أو يعم ذلك.

(١) الوسائل، الجزء (١٢) الباب (٣) من أبواب الخيار، الحديث (١).

دراساتنا من الفقه الجعفرى، ج ٤، ص: ١٠٢

أفاد سيدنا الاستاذ دام ظله اختصاصه بالحيوان المقصود حياته، و لكن التحقيق أن يقال: ان مقتضى الاطلاقات الواردة في الباب عمومه لكل ذى حياه، سواء كان المقصود حياته أم لا.

(الفرع الثانى) انه هل يكون تلف الحيوان فى أيام الثلاثة ممن لا خيار له أم لا؟

و الظاهر أنه ممن لا خيار له لقاعده ان التلف فى زمن الخيار فهو ممن لا خيار له. نعم اذا علم المشتري بالحال و اشترط عليه أن الخسران عليه يكون الخسران على البائع، لكن هذا فرض خارج عن محل الكلام.

(الفرع الثالث) فى منتهى خيار الحيوان،

و فيه وجوه ثلاثه: أحدها استمراره الى الثلاثه، ثانيها بقاءه الى الثلاثه مع بقاء الحياه و الى زمان موته ان فرض موته قبل الثلاثه، ثالثها كونه فوريا.

و الحق أن يقال: ان الامر دائر بين ثبوت الخيار و بقاءه الى الثلاثه و عدمه، اذ دليل الخيار اما يشمل و اما لا يشمل، فعلى فرض الشمول يثبت الخيار و يبقى الى الثلاثه و لو مع تلف العين فان موضوع الخيار هو العقد لا العين كى يتوجه اشكال بقاء الخيار بلا موضوع، مضافا الى أنه اشكال عام فى جميع موارد الخيار و الجواب ما ذكرنا.

(الفرع الرابع) ان هذا الخيار هل يختص بالمبيع المعين أو يعم الكلى أيضا؟

اشاره

أفاد المصنف قدس سره ان المنساق فى النظر من الاطلاقات هو الاول، و المتراءى من النص و الفتوى هو الثانى.

و يرد عليه: أولا أنه لا يوجد نص خاص فى المقام و الادله منحصره فى الاطلاقات، و ثانيا اذا كان العموم مستفادا من النص فلما ذا اختار الاختصاص.

و الانصاف عمومه للبيع الكلى أيضا، سواء كان الكلى فى الذمه أو فى

دراساتنا من الفقه الجعفرى، ج ٤، ص: ١٠٣

...

المعين، و ذلك للإطلاق.

و يؤكد المدعى ما رواه فضيل: سئل ما الشرط فى غير الحيوان أولا، فأجاب عليه السلام: البيعان بالخيار ما لم يفترقا. و سأل السائل بقوله: ما الشرط فى الحيوان ثانيا، فأجاب عليه السلام: ثلاثة ايام للمشتري «١».

و فى خيار المجلس لم يلتزم أحد باختصاصه بالشخصى، و لا وجه لاختصاصه به فى المقام، مع أن سياق الروايه واحد، فكما أن خيار المجلس لا يختص بالمبيع الشخصى فكذلك خيار الحيوان، و التفصيل بينهما خلاف ظاهر الروايه.

و ما يمكن أن يقال فى وجه اختصاص خيار الحيوان بالمبيع الشخصى أمران:

(أحدهما) الانصراف،

بدعوى أن الدليل منصرف عن الكلى لقله وجوده بالنسبه الى الشخصى.

و يرد عليه: أولا ان المدرك المذكور بعينه موجود فى الكلى فى المعين، فانه أيضا أقل وجودا من المبيع الشخصى، و المستدل لا بد أن يلتزم بعدم جريان خيار الحيوان فيه أيضا و هو لا يلتزم به.

و ثانيا- ان الكلام المذكور جار فى خيار المجلس أيضا، فلما ذا لا يقول باختصاص خيار المجلس بالشخصى.

و ثالثا- ان الاطلاق لا يكون منصرفا عن الفرد النادر، نعم لا يكون منصرفا اليه و بينهما بون بعيد فلا يختلط أحدهما بالآخر.

و رابعا- ان قلّه الوجود قد تكون نسبيّه، فان الشىء، ربما يكون بالنسبه الى شىء آخر قليل الوجود و ان كان يوجد فى الخارج كثيرا فى نفسه، و الاطلاق

على فرض انصرافه عن الوجود النادر انما ينصرف عنه اذا لم يكن من هذا القبيل بل كان نادرا في نفسه.

(ثانيهما) ان حكمه جعل الخيار و تشريعه للتروى فى المبيع بأنه معيب أم لا،

(١) الوسائل الجزء (١٢) الباب (١ و ٣) من أبواب الخيار، الحديث ٣ و ٥.

دراساتنا من الفقه الجعفرى، ج ٤، ص: ١٠٤

قوله: المشهور اختصاص هذا الخيار بالمشتري (١).

و لا محل للتروى فى المبيع الكلى.

وفيه: أولا ان العيب بنفسه موجب للخيار للشرط الضمنى الارتكازى، فلا تكون الحكمه هو العيب.

و ثانيا- أغمضنا عما ذكرنا لكن نقول: ما الدليل على هذا المدعى، فانه من الممكن أن يكون الوجه للخيار التروى و اختيار أحد الطرفين.

و ثالثا- ان ملاك تشريع خيار الحيوان لو كان ما ذكره المستدل فلا بد أن يلتزم بعدم خيار الحيوان فيما اذا كان المشتري عالما بالعيب فى الحيوان، و هو كما ترى.

و رابعا- أنه سلمنا أن حكمه جعل خيار الحيوان حل العقد فى صورته ظهور العيب فى المبيع الا أنها غير موجهه لقصر الحكم على موردها. و بعبارة أخرى:

ان الحكم لا- يكون مقصورا على مورد وجود الحكمه، و الفرق بين الحكمه و العله أن الحكم عام فى الامول و دائر مدارها فى الثانى. فتحصل من جميع ما ذكرنا أن خيار الحيوان لا يختص بالمبيع الشخصى بل يعم الكلى أيضا، سواء كان كليا فى المعين أو فى الذمه.

[المشهور اختصاص هذا الخيار بالمشتري]

اشاره

أقول: يقع البحث فى مقامين: أحدهما ان خيار الحيوان يختص بالمشتري او يعم البائع أيضا كما ذهب اليه السيد المرتضى، ثانيهما انه اذا كان الثمن حيوانا أيضا هل يثبت الخيار لمن انتقل اليه الحيوان أم يثبت الخيار فيما يكون الحيوان منتقلا الى المشتري. و يجمع الفرعين ما لو بيع بقرشاه.

(أما المقام الأول) و هو ما لو بيع بقر بعشره دنانير فهل يثبت الخيار للبائع كما يثبت للمشتري أو لا يكون الا للمشتري

اشاره

المشهور فيما بينهم أنه لا يثبت الا للمشتري.

دراساتنا من الفقه الجعفرى، ج ٤، ص: ١٠٥

...

بل عن الغنيه و الدروس الاجماع على عدم ثبوته للبائع. و فى قبال هذا قول بثبوته للبائع أيضا، ذهب اليه المرتضى و ابن طاوس، بل عن الانتصار دعوى الاجماع عليه،

و ما يمكن أن يقال فى وجه ثبوته للبائع أمور:

الاول- الاجماع.

و يرد عليه: أولا- انه اجماع منقول و ليس حجه، و ثانيا انه معارض بخلافه كما مر عليك، و ثالثا أنه كيف يمكن تحصيل الاجماع مع ذهاب المشهور الى خلافه، و رابعا انه على فرض تحققه محتمل المدرك و لا يكون تعديا.

و من الممكن أن يكون الوجه فى ادعاء الاجماع كونه على وفق الاصل، أى الاستصحاب ببعض التقريبات، فانه ربما يكون الوجه فى ادعاء الاجماع فى كلام القدماء كون الحكم موافقا للأصل.

الثانى - استصحاب جواز العقد من الطرفين بعد ثبوت خيار المجلس

و فيه أولا- ان الدليل أخص من المدعى، لا- مكان سقوط خيار المجلس بالاصاله أو بالعرض، ففى مثل هذا المورد لا يجرى الاستصحاب.

و ثانيا- ان هذا الاستصحاب من قبيل جريان الاستصحاب فى القسم الثالث من الاستصحاب الكلى، لان الشك فى ارتفاع الكلى و عدمه ناش من احتمال وجود آخر مقارنة للفرد المعلوم ارتفاعه، و الاستصحاب المذكور غير جار كما حقق فى محله.

و ثالثا- ان الاستصحاب فى الحكم الكلى معارض بأصاله عدم الجعل الزائد كما بيناه مرارا و حققناه فى محله.

الثالث- ما رواه محمد بن مسلم عن ابي عبد الله عليه السلام

قال: المتبايعان

دراساتنا من الفقه الجعفري، ج ٤، ص: ١٠٦

...

بالخيار ثلاثه ايام فى الحيوان و فيما سوى من ذلك من بيع حتى يفترقا «١» و هذه الروايه تامه دلالة و سندا، فانه يستفاد منها تعميم الخيار للبائع و المشتري، الا أن فى مقابلها نصوص تدل على اختصاص الخيار بالمشتري، فلا بد من ملاحظه المجموع و اجراء القواعد عليه، فانتظر فانا نتعرض له عن قريب إن شاء الله.

و استدلل للقول المشهور بوجوه أيضا:

منها – الاجماع.

و يرد عليه ما ورد فى سابقه.

و منها – عموم دليل وجوب الوفاء،

فانه يدل على لزوم العقد مطلقا و انما خرج عنه المشتري فيما اذا كان المبيع حيوانا و بقى الباقي تحته.

و لا وجه لما ذكره الشيخ قدس سره من فرض الكلام فيما لا يوجد خيار المجلس و اتمام الكلام فى غيره بعدم القول بالفصل، اذ فيه أولا- ان عموم العام محكم أعم من أن يكون له عموم الزمانى أم لا، و لا يجرى استصحاب الحكم الخاص، و على تقدير القول به انما نلتزم به فيما يكون التخصيص من الوسط لا من الاول كما فى المقام. و ثانيا ان الاجماع لا يكون حجه فكيف بعدم القول بالفصل.

و منها – النصوص الداله على أن البيع يلزم بالافتراق فنلتزم باللزوم من طرف البائع فيما يكون المبيع حيوانا

و نلتزم بالجواز من طرف المشتري، و من تلك النصوص ما رواه الفضيل بن يسار عن أبى عبد الله عليه السلام قال:

قلت له ما الشرط فى الحيوان؟ قال: ثلاثه ايام للمشتري. قلت: و ما الشرط فى غير الحيوان؟ قال: البيعان بالخيار ما لم يفترقا ...

«٢».

(١) الوسائل، الجزء (١٢) الباب (٣) من أبواب الخيار، الحديث (٣).

(٢) الوسائل، الجزء (١٢) الباب ١ و ٣ من أبواب الخيار، الحديث ٣ و ٥.

دراساتنا من الفقه الجعفري، ج ٤، ص: ١٠٧

...

ان قلت: ان فى الروايه المذكوره فصل بين الحيوان و غيره، بأن الخيار فى غير الحيوان ما لم يفترقا و الخيار فى الحيوان ثلاثه ايام، و التقسيم قاطع للشركه فلا يشمل ما يكون المبيع فيه حيوانا.

قلت: بناء على هذا لا بد أن نلتزم بعدم ثبوت خيار المجلس فى الحيوان، و هو كما ترى. هذا أولا و ثانيا ان الدليل لا ينحصر فى هذا الخبر كى يجرى هذا البيان، لاحظ صحيح الحلبي عليه السلام قال فيه: أيما رجل اشترى من رجل ييعا فهما بالخيار ما لم

يفترقا فاذا افترقا وجب البيع «١» فانه ليس في هذا الخبر و مثله تفصيل كى يكون قاطعا للشركه.

و قد استشكل المحقق الايروانى على الشيخ بوجهين:

الوجه الاول: ان تمسك الشيخ لاختصاص خيار الحيوان بالمشتري بعموم «اذا افترقا وجب البيع» غير سديد، اذ معنى وجوب البيع هو عدم قابليته للانحلال، فاذا ثبت الخيار و لو لأحد المتبايعين لم يكن البيع واجبا بل كان مما يتطرق اليه الفسخ، و حينئذ فاذا ثبت الخيار للمشتري فى المقام ذهب قوله «وجب البيع» من قبيل العام و دليل الخيار لأحد المتبايعين من قبيل المخصص كى يتمسك بعموم وجب بالنسبه الى الاخر، و كأنه اشبه الامر على المصنف و قاس المقام بخطاب «أوفوا».

و الحق أن يقال: ان الامر اشبه على هذا المحقق، فان معنى الخيار ملك فسخ عقد و حله، فان حل العقد قد يكون بيد المشتري و قد يكون بيد البائع، و ثالثه بيد الاجنبى و رابعه لا يكون قابلا للانحلال. و لا مانع من أن يكون حل

(١) الوسائل، الجزء (١٢) الباب (٢) من أبواب الخيار، الحديث (٤).

دراساتنا من الفقه الجعفرى، ج ٤، ص: ١٠٨

...

العقد بيد المشتري بخيار الحيوان دون البائع تمسكا بعموم دليل الافتراق، و أى فرق بين المقام و بين خطاب «أوفوا»، فكما يجوز أن يتمسك بأوفوا لوجوب الوفاء بالنسبه الى المتبايعين الذى اذا خرج أحدهما يبقى الاخر تحت دليل وجوب الوفاء، فكذلك المقام، فما أفاده قدس سره ادعاء محض، و الامر مشتبه عليه لا على الشيخ قدس سره.

(الوجه الثانى) ان الوجوب المستفاد من قوله «فاذا افترقا وجب البيع» وجوب اضافى لا وجوب بقول مطلق، فان الخيار المنفى فى الذيل هو الخيار المثبت فى الصدر لا مطلق الخيار.

و الجواب عنه:

أولاً ان قوله «وجب البيع» له اطلاق متفاهم عند العرف.

و بعبارة أخرى: لا مانع من الاطلاق و لا دليل على التقييد.

و ثانياً- انه على فرض التسليم يختص هذا الاشكال بما فيه لفظ فاء التفريع و أما ما ليس فيه التفريع فلا مجال لهذا التوهم. لاحظ موثق عمار عن أبي عبد الله عليه السلام في رجل اشترى جاريه بثمن مسمى ثم افترقا. قال: وجب البيع «١».

و منها- جملة من النصوص،

و من تلك النصوص ما رواه محمد بن مسلم:

البيعان بالخيار حتى يفترقا و صاحب الحيوان بالخيار ثلاثة أيام «٢».

بتقريب أن الاختصاص يعلم من التقابل الذى وقع بين خيار المجلس و الحيوان، و لو لا ذلك لم يكن وجه للتقابل.

و منها- ما رواه على بن اسباط

عن أبي الحسن الرضا عليه السلام قال:

(١) الوسائل، الجزء (١٢) الباب (٢) من ابواب الخيار، الحديث (٥).

(٢) الوسائل، الجزء (١٢) الباب (١) من ابواب الخيار، الحديث (١).

دراساتنا من الفقه الجعفرى، ج ٤، ص: ١٠٩

...

سمعتة يقول: الخيار فى الحيوان ثلاثة للمشتري. و تقريب الاستدلال بها واضح لكن الرواية ضعيفه بعلى بن محمد «١».

و منها- ما رواه على بن رئاب

قال: سألت أبا عبد الله عليه السلام عن رجل اشترى جاريه لمن الخيار للمشتري أو للبائع أو لهما كلاهما؟ فقال: الخيار لمن اشترى ثلاثة ايام نظره «٢».

فانه لا شبهه فى دلالة الروايه على الاختصاص، ولا يرتبط بمفهوم اللقب و الوصف.

ان قلت: هذه الروايه وارده فى الجاربه و لا اطلاق فيها.

قلت: أولا- انه يفهم من سؤال الراوى انه كان عالما بأصل الكبرى بأن الخيار مجعول فى مورد الحيوان الذى منه الجاربه، و انما كان جاهلا بالخصوصيات.

و بعباره أخرى: يفهم من السؤال انه انما سأل عن الجاربه من باب انها حيوان.

و ثانيا لو فتح باب هذا الاشكال يشكل اجراء الحكم فى العبد و الامه، فان عنوان الجاربه لا يصدق على العبد و الامه، و هو كما ترى.

و منها - ما رواه فضيل

قَمى، سيد تقى طباطبايى، دراساتنا من الفقه الجعفرى، ٢ جلد، مطبعه الخيام، قم - ايران، اول، ١٤٠٠ هـ ق دراساتنا من الفقه الجعفرى؛ ج ٤، ص: ١٠٩

عن أبى عبد الله عليه السلام قال: قلت له: ما الشرط فى الحيوان؟ قال: ثلاثه أيام للمشتري «٣».

فان دلالة الروايه على الاختصاص مما لا- ينكر و لا يرتبط بمفهوم الوصف و اللقب، فانه عليه السلام أجاب بعد السؤال عن يكون له الخيار، بل نقول يفهم الاختصاص من الكلام و لو مع عدم سبق السؤال، فان الاختصاص يفهم

(١) الوسائل، الجزء (١٢) الباب (٣) من ابواب الخيار، الحديث (٨).

(٢) الوسائل، الجزء (١٢) الباب (٣) من ابواب الخيار، الحديث (٩).

(٣) الوسائل، الجزء (١٢) الباب (٣) من ابواب الخيار، الحديث (٣).

دراساتنا من الفقه الجعفرى، ج ٤، ص: ١١٠

...

من حرف الجر.

وقد استشكل المحقق الايروانى بأن اللام فى قوله «ثلاثه أيام للمشترى» للغايه لا للاختصاص بأن جعل الخيار لأجل رعايه

حال المشتري لا- أن المجهول له الخيار هو المشتري. إلا أنه قدس سره قد التفت بفساده و لذا عدل عن ذلك و افاد بأن في النفس من حمل اللام على الغايه شىء سيما مع صراحه صحيحه ابن رثاب في الاختصاص فتكون قرينه للبقية. و الحق كما أفاده و الجملة المذكوره ظاهره في الاختصاص بلا كلام.

ان قلت: ان الجملة المذكوره و ان كانت ظاهره في الاختصاص الا- أن الاختصاص الذى تفيده اللام ليس الا أن المشتري لا شريك له في حق الخيار و انه مستقل في اعماله، لا أنه ليس فرد آخر من الحق قائما بآخر كما هو محل الكلام.

و بعبارة أخرى: ان اللام تدل على الاختصاص و لا تدل على الانحصار.

قلت: ان الامر و ان كان كذلك فان الاختصاص لا يدل على الانحصار فان اللام فى قوله «الجل للفرس» للاختصاص و هو لا يدل على الانحصار لإمكان أن يكون جل آخر لفرس آخر أيضا، الا- أن فى المقام الاختصاص يلائم الانحصار، فان معنى اختصاص الخيار للمشتري عدم الخيار للبائع و الا لا يتحقق معنى للاختصاص.

و بعبارة أخرى: الخيار القائم بهما الذى يرجع الى الاقاله لا شبهه فى جوازه و انما الكلام فى الخيار القائم بالمشتري، فمعنى اختصاصه به عدم جعل الخيار للبائع.

و الحاصل ان دلالة هذه النصوص على اختصاص الخيار بالمشتري لا شبهه و لا كلام فيها من حيث الاقتضاء، و انما الكلام من جهه المعارضه، و المعارض لهذه النصوص صحيحه محمد بن مسلم عن أبى عبد الله عليه السلام قال: المتبايعان

دراساتنا من الفقه الجعفرى، ج ٤، ص: ١١١

...

بالخيار ثلاثه أيام فى الحيوان و فيما سوى ذلك من بيع حتى يفترقا ... «١».

و هذه الروايه بظاهرها

متعارضه مع النصوص الداله على اختصاص الخيار بالمشتري و لا بد من العلاج بينهما.

و ربما قيل فى مقام العلاج بأن معنى قوله «المتبايعان بالخيار» ان المشتري له الخيار و البائع عليه الخيار، و فساد هذا العلاج أوضح من أن يخفى.

و قد أفاد شيخنا الاعظم فى مقام العلاج أن صحيحه محمد بن مسلم أرجح سنداً من صحيحه ابن رثاب المحكيه عن قرب الاسناد، و قد صرحوا بترجيح روايه مثل محمد بن مسلم و زراره و أضرابهما على غيرهما من الثقات، مضافاً الى ورودها فى الكتب الاربعه المرجحه على مثل قرب الاسناد من الكتب التى لم يلتفت اليها أكثر أصحابنا. و أما الصحاح الاخر المتكافئه سنداً لصحيحه ابن مسلم فالانصاف أن دلالتها بالمفهوم لا تبلغ فى الظهور مرتبه منطوق الصحيحه. الى أن قال: و لكن الانصاف أن أخبار المشهور من حيث المجموع لا يقصر ظهورها عن الصحيحه.

و يرد عليه: أولاً ان اعراض الفقهاء عن العمل بقرب الاسناد لا يضر بحجيه الروايه المذكوره فيما اذا كانت حجه كما أن عملهم لا يجبر ضعفها ان لم تكن حجه.

و ثانياً- ان اعراض المشهور ان كان مسقطاً للخبر عن الحجيه فلا تصل النوبه الى المعارضه حتى يحتاج الى الترجيح، و ان لم يسقط ذلك فلا وجه للترجيح المذكور.

و ثالثاً- ان ترجيح الفقهاء روايه مثل محمد بن مسلم و زراره و أضرابهما

(١) الوسائل، الجزء (١٢) الباب (٣) من ابواب الخيار، الحديث (٣).

دراساتنا من الفقه الجعفرى، ج ٤، ص: ١١٢

...

على غيرهم من الثقات لا- يساعد عليه و ان المرجحات فى باب التعارض معينه و لا يكون ترجيح الفقهاء من المرجحات و لا يكون عملهم حجه علينا فان الحجه عمل المعصوم فقط.

و رابعاً- ان قوله:

ان دلالة الصحيحه على ثبوت الخيار بالمنطوق و دلالة غيرها من الصحاح على نفي الخيار عنه بالمفهوم فيقدم الاول على الثانى، و اما صحيح ابن رثاب فهو بالمنطوق لكن الاشكال فى سنده من حيث ترجيح الفقهاء غيره من الروايات المعارضه له لكونها مذكوره فى الكتب الاربعه. ففيه ان خبر ابن رثاب أيضا يدل بالمفهوم غايه الامر اظهر من الدلاله من غيرها.

و خامسا- انه لا وجه لتقديم المنطوق على المفهوم بعد شمول أدله الحجيه لكليهما.

و سادسا- ان الاظهريه فى صحيحه محمد بن مسلم على فرض تسليمها لو بلغت الى حد القرينه بحيث يرى العرف قرينه لمعارضها فلا تعارض بين القرينه و ذى القرينه حتى يحتاج الى العلاج و البحث عن المرجح، و ان لم تبلغ الى هذا الحد فمجرد الاظهريه لا يوجب تقديمها على الاخر و لم يقم دليل على ذلك.

اذا عرفت ذلك فنقول: ان مقتضى التحقيق فى المقام أن يقال: ان الروايات فى المقام تامه من جهه السند و الدلاله، فتقع المعارضه بينهما لا محاله، و الجمع العرفى مفقود بينهما، الا أن الروايات الداله على مبنى المشهور- و هى الروايات الداله على اختصاص خيار الحيوان بالمشتري- تتقدم على صحيحه محمد بن مسلم لكونها موافقه للكتاب، و نقل عن بعض أن الروايه الداله على الاختصاص مخالفه للعامه أيضا، و هى أيضا من المرجحات فى باب التعارض.

دراساتنا من الفقه الجعفرى، ج ٤، ص: ١١٣

...

و يؤيد ذلك بكون القول بالاختصاص موافقا للمشهور و مقتضى الاصل العملى، اذ بعد تحقق البيع يحصل ملكيه دائميه بمقتضى البيع، و بعد خروج المشتري عن ذلك بمقتضى الدليل يشك فى خروج البائع عنه فيحكم بعدم الخيار له بجريان استصحاب عدم الازلى. و بهذا ظهر

وجه آخر للقول المشهور المنصور.

فتحصل من جميع ما ذكرنا أن ما ذهب اليه المشهور هو الصحيح و ما نسب الى السيد خلاف التحقيق.

هذا تمام الكلام فى المقام الاول،

و أما المقام الثانى و هو ما كان الثمن أيضا حيوانا فهل يثبت الخيار للبائع أيضا أم لا؟

اشاره

نسب الى جماعه من المتأخرين منهم الشهيد فى المسالك ثبوت الخيار لمن انتقل اليه الحيوان ثمنا و ثمنا، و ينبغى أن يقع الكلام فى مقامين: المقام الاول فى المقتضى، و المقام الثانى فى المانع.

(اما المقام الاول) [فى المقتضى]

فهو ما رواه محمد بن مسلم عن أبى عبد الله عليه السلام قال: قال رسول الله صلى الله عليه و آله: البيعان بالخيار حتى يفترقا و صاحب الحيوان بالخيار ثلاثه أيام «(١)».

بتقريب أن مقتضى اطلاق قوله «صاحب الحيوان بالخيار» يشمل البائع و المشتري، فاذا كان صاحب الحيوان مشتريا فقط كما هو الغالب فيختص الخيار به، و اذا كان الثمن حيوانا يثبت الخيار للبائع لصدق صاحب الحيوان عليه.

هذا تمام الكلام فى ناحيه المقتضى.

(و أما المقام الثانى) فما يمكن أن يكون مانعا أمورا:

اشاره

(١) الوسائل، الجزء (١٢) الباب (١) من ابواب الخيار، الحديث (١).

دراساتنا من الفقه الجعفرى، ج ٤، ص: ١١٤

منها- الروايات الداله على اختصاص خيار الحيوان بالمشتري،

و منها ما رواه الحلبي عن أبي عبد الله عليه السلام

قال: في الحيوان كله شرط ثلاثه أيام للمشتري، و هو بالخيار فيها ان شرط أو لم يشترط «١».

و منها- ما رواه الفضيل عن أبي عبد الله عليه السلام

قال: قلت له: ما الشرط في الحيوان؟ قال: ثلاثه أيام للمشتري «٢».

فان المستفاد من هذه الروايات اختصاص الخيار بالمشتري، فتقع المعارضه بين الروايتين. و لا يصح الجواب عنه بعدم المفهوم لهذه الروايات حتى تقع المعارضه، فان دلالة هذه الروايات على الاختصاص واضحه، فلا يمكن انكارها، بل الحق في الجواب أن يقال: ان مورد السؤال و الجواب ما يكون المبيع حيوانا من دون ان يكون ثمنه أيضا حيوانا، فبناء عليه لا تقع المعارضه بين الطرفين، فالروايات الداله على نفي الخيار بالنسبه الى البائع ناظره الى مورد يكون المبيع فقط حيوانا، فلا تعارض ما يدل على الخيار للبائع بالنسبه الى مورد يكون الثمن حيوانا.

و منها- ما عن علي بن فضال

قال: سمعت أبا الحسن علي بن موسى الرضا عليه السلام يقول: صاحب الحيوان المشتري بالخيار بثلاثه أيام ... «٣».

و لا فرق في الروايه بين أن تقرأ كلمه «مشتري» بصيغه الفاعل أو المفعول، فان المراد به هو المشتري، اما على الاول فواضح و اما على الثاني فان الاشتراء من الامور الاضافيه يحتاج الى المشتري و المشتري فيستفاد منها الاختصاص.

و فيه: انه لا تنافي بين الاثباتين، فانه أي تعارض بين ثبوت الخيار للمشتري

(١) الوسائل، الجزء (١٢) الباب (٣) من ابواب الخيار، الحديث (١).

(٢) الوسائل، الجزء (١٢) الباب (٣) من ابواب الخيار، الحديث (٥).

(٣) الوسائل، الجزء (١٢) الباب (٣) من ابواب الخيار، الحديث (٢).

فيما يكون المبيع حيوانا و بين ثبوته للبائع فيما يكون الثمن حيوانا، و بين العنوانين عموم من وجه.

و منها - ما رواه محمد بن مسلم:

المتبايعان بالخيار ثلاثة أيام في الحيوان و فيما سوى ذلك من بيع حتى يفترقا «١».

أفاد الشيخ في وجه الجمع بين الروايتين المتعارضتين بأن صحيحه محمد ابن مسلم المئبته للخيار للمتبايعين ناظره الى ما اذا كان العوضان حيوانين، و لنا أن نقول بأنه لا- تنافى بين الدليلين كى يحتاج الى الجمع، فانه لا تنافى بين ثبوت الخيار للبائع فقط فى دليل و ثبوت الخيار للبائع و المشتري فى دليل آخر، لكن الاشكال يبقى بالنسبه الى ما روى عن النبى صلى الله عليه و آله حيث قوبل فيها بين قوله «البيعان بالخيار حتى يفترقا» و «صاحب الحيوان بالخيار» فانه يعلم من هذا التعبير ان الخيار فى الحيوان لخصوص صاحبه و الا- كان حق التعبير أن يقال: و هما بالخيار ثلاثة أيام فى الحيوان، فمقتضى هذه الروايه اختصاص الخيار بصاحب الحيوان و مقتضى تلك

الروايه ثبوته لكليهما، لكن مقتضى حمل المطلق على المقيّد أن نقول: ان ثبوته لكليهما انما يكون فيما يكون العوضان كلاهما حيوانين، فان دلالة تلك الروايه على ثبوته لهما باطلاق.

ان قلت: ان حمل قوله «المتبايعان» على ما اذا كان العوضان حيوانين حمل على الفرد النادر.

قلت: و ليكن كذلك، فانه لا يضر بالتقيّد الذى بيناه اذا قام الدليل عليه.

و ان أبيت عن ذلك و قلت: ان التعارض واقع بين الروايتين بالتباين فلا بد من مراعاة قانون التعارض، فالقانون يقتضى تقديم الدال على الاختصاص لكونه

(١) الوسائل، الجزء (١٢) الباب (٣) من أبواب الخيار، الحديث (٣).

دراساتنا من الفقه الجعفرى، ج ٤، ص: ١١٦

قوله: مسأله مبدأ هذا الخيار من حين العقد (١).

موافقا لعموم الكتاب، و يمكنك أن تقول: بأن النتيجة حاصله على كل تقدير، فانه يقدم أحد الدليلين على الآخر، فلو قدمنا ما يدل على ثبوت الخيار لكليهما يثبت المطلوب اذ ثبت الخيار للبائع، و لو قدمنا ما يدل على الاختصاص يثبت الخيار أيضا للبائع، لان المفروض أن صاحب الحيوان هو البائع فى مفروض المسأله.

و الذى يقتضيه التحقيق أن يقال: ان التعارض وقع بينهما بالعموم من وجه فيتعارضان فيما كان الثمن و المبيع حيوانين، فالمرجع دليل لزوم الوفاء بالعقد.

مضافا الى جميع ما ذكرنا يمكن أن يناقش فى أصل المقتضى، و هو قوله «صاحب الحيوان بالخيار» بأن يقال: ان صاحب الحيوان منصرف الى خصوص المشتري فلا اطلاق فى المقام كى يتمسك به، و الشك فيه أيضا كاف للمطلوب فالحق ما ذهب اليه المشهور من اختصاص الخيار بالمشتري.

[مسأله مبدأ هذا الخيار من حين العقد]

اشاره

أقول: وقع الخلاف بين الاعلام أن مبدأ خيار الحيوان من حين العقد أو من حين انقضاء خيار المجلس، نسب الثانى الى ابن زهره و الشيخ

الطوسى و الحلّى، و ما قيل أو يمكن أن يقال فى وجه القول الثانى أمور:

(الاول) ان الخيار يثبت حين يثبت العقد، و العقد لم يثبت قبل التفرق فانه متزلزل ما دام خيار المجلس باقيا، فلا معنى لجعل الخيار للعقد المتزلزل، فيكون مبدأ الخيار من حين انقضاء خيار المجلس.

و يرد عليه: أولا ان هذا الكلام لا يرجع الى محصل، فانه لا مانع من جعل الخيار المتعدد للعقد الواحد. و ثانيا لو سلمنا ان خيار المجلس و الحيوان لا- يجتمعان الا- أن ذلك لا يوجب أن يكون خيار الحيوان بعد انقضاء خيار المجلس لما ذا لا يكون الامر بالعكس بأن يكون خيار المجلس بعد انقضاء خيار الحيوان.

دراساتنا من الفقه الجعفرى، ج ٤، ص: ١١٧

...

و ثالثا انه لا- وجه لرفع التنافى بما ذكر بل يمكن بوجه آخر، و هو الالتزام بخيار الحيوان فيما لا يكون خيار المجلس موجودا بالاصاله أو بالعرض أو نلتزم بعدم خيار المجلس فى الحيوان.

و ان شئت قلت: انه ما المراد من قوله «ان الخيار لا يكون الا فى العقد الثابت».

ان كان المراد ان الخيار يكون فى العقد الذى يكون غير قابل للانفساخ فهذا يرجع الى التناقض، و من الواضح أن بين عدم انفساخ العقد مع جعل الخيار تناقض واضح.

و ان كان المراد أن الخيار يكون فى العقد الذى فيه مقتضى للثبوت مع قطع النظر عن الخيار بحيث لو لم يكن الخيار للزم، فهو صحيح و المقام من هذا القبيل، فان العقد لو لا جعل الخيار يكون ثابتا.

و ان كان المراد أن الجمع بين الخيارين غير قابل. فيرد عليه مضافا الى ما ذكر من امكان تعدد الخيار للعقد الواحد أن هذا الاشكال يرجع الى الاشكال الآتى

فانتظر.

(الثانى) الاستصحاب، و له تقريبان: احدهما استصحاب الخيار الموجود حين تحقق المجلس الى ثلاثه أيام من حين التفرق، و ثانيهما استصحاب عدم حدوث خيار الحيوان ما دام بقاء المجلس.

و يرد على التقريب الاول: أنه ما المراد من المستصحب، فان كان المراد منه خيار المجلس فهو مرتفع قطعاً بارتفاع المجلس، و ان كان المراد منه خيار الحيوان فهو مشكوك الحدوث كما هو مدعى الخصم، و ان كان المراد منه استصحاب الجامع بين خيار المجلس و الحيوان فهو داخل فى القسم الثالث

دراساتنا من الفقه الجعفرى، ج ٤، ص: ١١٨

...

من الاستصحاب الكلى فقد ثبت فى محله أنه غير حجه. مضافا الى ذلك ان الاستصحاب فى الاحكام الكليه لأزال معارضا مع استصحاب عدم الجعل الزائد.

و يرد على التقريب الثانى بأن استصحاب عدم حدوث خيار الحيوان لا يثبت ان مبدأه بعد التفرق الاعلى القول بالاصل المثبت، اصف الى ذلك انه لا تصل النوبه الى الاصل فى المقام مع وجود الاماره، فان مقتضى الدليل ان الخيار يثبت من حين العقد فلا مجال للأصل.

و قد أفاد الميرزا قدس سره على ما فى التقرير بأن استصحاب عدم خيار الحيوان الى زمان التفرق بنحو ليس التامه محل الاشكال.

و قال سيدنا الاستاذ: انه يمكن أن يجرى الاستصحاب على نحو الاستصحاب النعتى. توضيحه: ان صاحب الخيار قبل قوله «فسخت» لا يكون بيعه و هبته مؤثرين، لان العين خرجت من كيسه على الفرض، و لا يجوز تصرفه فى ملك الغير و تصرفه فيه لا يكون مؤثرا، و بعد قوله «فسخت» يشك فى نفوذ تصرفه، و الاصل عدم النفوذ.

و الظاهر أن ما افاده سيدنا الاستاذ دام ظله لا يتم الا على القول بصحة الاستصحاب التعليقى، بأن يقال: ان تصرف

صاحب الخيار لو كان قبل الفسخ لم يكن نافذا فيشك في نفوذه بعد الفسخ فيجرب استصحاب العدم. وقد بينا في موضعه أنه ليس بحجه.

و التحقيق أن يقال: ان استصحاب العدم الازلى لا مانع من جريانه كما حققناه فى محله، و كذلك الاستصحاب النعتى بالتقريب غير التعليقى، و هو أن بيان الاحكام كان تدريجيا فى زمن النبى صلى الله عليه و آله. و من الواضح أنه لم يجعل الخيار فى أول زمن رسالته، فنشك بعده بأنه هل جعل الخيار

دراساتنا من الفقه الجعفرى، ج ٤، ص: ١١٩

...

قبل انقضاء المجلس أم لا، فيجرب الاستصحاب.

الا أنه يرد على هذا التقريب: انه مثبت و معارض بأصالة عدم حدوث الخيار بعد انقضاء المجلس.

و الذى يسهل الخطب أن يقال: ان الامر اذا وصل الى هذه المرحلة فلنا أن نقول: ان مقتضى البيع صيروره الملك مال المشتري الى الابد و الثمن ملك البائع، و لا يخرجان من ملكهما كما هو مقتضى العمومات الا بالسبب الشرعى، فاذا شك فى أن الفسخ سبب للخروج أم لا يحكم بعدمه، فانه لا يجوز أكل مال الغير الا بأسباب مقرره شرعيه، و لم يثبت أن الفسخ مؤثر فلا يجوز.

(الثالث) انه لو لم يكن مبدأ الخيار التفرق و انقضاء خيار المجلس لزم اما اجتماع المثلين أو اجتماع السببين على مسبب واحد، لاین الثابت قبل التفرق اما خياران أو خيار واحد، فان كان الثابت خيارين لزم اجتماع المثلين، و ان كان واحدا بسببين من المجلس و كون المبيع حيوانا لزم اجتماع السببين على مسبب واحد.

و أجاب عنه: الشيخ بأن الخيارين ان اختلفا من حيث الماهيه فلا بأس بالتعدد و ان اتحدا فكذلك، اما لان الاسباب معرفات و اما لأنها علل

و مؤثرات يتوقف استقلال كل واحد منها فى التأثير على عدم مقارنه الاخر أو سبقه.

و التحقيق أن يقال: ان الاسباب و المسببات فى الاحكام لا- يكون لهما محصل، بل هى أمور راجعه الى التكوينيات، فان وزان التكوين يغير التشريع، و هو لا يحتاج الى سبب و عله بل هو يحتاج الى اعتبار الشارع فقط، و له أن يجعل خيارين للعقد الواحد.

ان قلت: لا نسلم ان يكون باب الاعتبار واسعا بهذا المقدار، و لذا لا يمكن

دراساتنا من الفقه الجعفرى، ج ٤، ص: ١٢٠

...

الالتزام بأن يعتبر الشارع للشئ الواحد الملكيتين.

قلت: الامر و ان كان كذلك الا أنه ممنوع من جهه لغويته و عدم ترتب الاثر على جعل الملكيه ثانيا، بخلاف المقام فان لكل من الخيارين أثرا، و هو أنه اذا أسقط أحد الخيارين فله فسخ العقد بالخيار الاخر.

هذا أولا، و ثانيا انه لو سلمنا و قلنا بالاسباب و المسببات فى عالم التشريع- بأن قلنا تشريع الاحكام أيضا له علل و اسباب- لكن نقول: ان فى الامور الخارجيه أيضا لا محذور من أن يوجد المسبب باجتماع السببين، فان الحراره توجد بالغضب و الاضطكاك مثلا و بانتفاء أحدهما يبقى المسبب بوجود سبب آخر، و الاحكام الشرعيه أيضا كذلك فلا محذور أن يوجد الخيار بسببين فى صوره اجتماعهما اذا وجدا معا أو بأسبقهما اذا وجد أحدهما سابقا.

(الرابع) انه قد دل بعض «١» الاخبار على أن تلف الحيوان فى الثلاثه من البائع، فلو كان خيار المجلس ثابتا للبائع كما هو المفروض و يكون مبدأ الثلاثه من حين العقد يلزم خلاف قاعده أن التلف فى زمن الخيار ممن لا خيار له.

و أجاب عنه الشيخ قدس سره بأن أدله التلف من البائع محموله على

الغالب من كون التلف بعد انقضاء المجلس فيحمل المطلق على الفرد الغالب.

و فيه: انه لا وجه لرفع اليد عن الاطلاق، و هو منعقد فى المقام كما هو واضح.

و الحق فى المقام أن يقال: ان الدليل دل على أن التلف فى زمان الخيار ممن لا خيار له، و هذا الدليل قد خصص فى المقام بما دل على أن التلف من الثلاثة من البائع.

(١) الوسائل، الجزء (١٢) الباب (٥) من أبواب الخيار.

دراساتنا من الفقه الجعفرى، ج ٤، ص: ١٢١

...

و يمكن تقريب المدعى: بأن التلف ممن انتقل عنه أمر على خلاف القاعده لكن نلتزم على خلافها للدليل، و قد ثبت فى المقام أن التلف فى الثلاثة من البائع مع أنه خلاف القاعده الاولى، اذ تلف كل شىء بحسب الطبع على مالكة.

فتحصل ان الوجوه المذكوره لإثبات حدوث خيار الحيوان من حين انقضاء خيار المجلس غير تامه.

ثم ان هذا كله على تقدير عدم تدافع بين الخيارين من حيث دليلهما، و أما لو قلنا بأن المستفاد من الدليل عدم اجتماعهما فى موضوع واحد فلا تصل النوبه الى هذا البحث كما هو واضح.

فنقول: انه لإثبات التدافع تقريران: الاول أن المستفاد من بعض نصوص الباب التقابل بين الخيارين، ففى صحيح ابن مسلم عن أبى عبد الله عليه السلام قال: المتبايعان بالخيار ثلاثه أيام فى الحيوان و فيما سوى ذلك من بيع حتى يفترقا.

بتقريب أنه عليه السلام فصل بين الحيوان و غيره باثبات خيار الحيوان فى الاول و المجلس فى الثانى، و التفصيل قاطع للشركه.

و اعترض على هذا التقريب باعتراضين:

أحدهما- ما أفاده سيدنا الاستاذ دام ظلّه من أن المستفاد من الروايه العقد السلبى لا الايجابى، أى ينتهى أمد أحدهما بانتهاء الثلاثة و الآخر بانقضاء المجلس

فلا- تقابل بين الايجابين، فالاطلاق المقتضى لثبوت خيار المجلس فى الحيوان محكم. و ما أفاده دام ظله و ان كان أمرا قابلا بحسب الثبوت، لكن مقام الاثبات و الفهم العرفى من الكلام لا يساعده، فهذا الاعتراض ساقط.

دراساتنا من الفقه الجعفرى، ج ٤، ص: ١٢٢

...

ثانيهما- ان الصحيحه ساقطه عن الاعتبار اما للاعراض و اما لمرجوحيتها بالنسبه الى جمله من النصوص، فلا تنهض لإثبات المطلوب.

و يرد عليه: أن الاعراض لا- يسقط الروايه عن الاعتبار، سيما فيما يعلم وجه الاعراض كما فى المقام، اذ الظاهر أن الاعراض بلحاظ المرجوحيه بالنسبه الى غيرها من الروايات، و أما المرجوحيه فان قلنا بأن النسبه بين هذه الروايه و قوله «صاحب الحيوان بالخيار» عموم من وجه كما ذكرنا سابقا فالاعتراض واضح الدفع، اذ بناء عليه يكون التعارض بين الدليلين بالاطلاق و يسقطان فى مورد الاجتماع و هو مورد يكون المبيع حيوانا فقط، فانه يقع التعارض بينهما بالنسبه الى البائع و يبقى الامر بالنسبه الى المشتري بحاله، و تكون النتيجة ان المتبايعين فى غير الحيوان بالخيار ما دام المجلس باقيا و المشتري للحيوان بالخيار الى ثلاثه ايام. و بعبارة أخرى: التقابل باق بحاله.

و ان قلنا بأن النسبه بين الروايتين التباين و قلنا ان مركز النفي و الاثبات هو البائع للحيوان و رجحنا ما يدل على عدم الخيار لموافقته الكتاب فأیضا لا- يتم أمر الاعتراض، اذ الاستفادة من الروايه أمور: الاول كون الخيار فى غير الحيوان ما دام المجلس، الثانى كون الخيار للمشتري الى الثلاثه، الثالث كون الخيار للبائع الى الثلاثه، الرابع التقابل بين الخيارين من حيث المورد. و الذى يكون مركز المعارضه كون الخيار للبائع فلا وجه لرفع اليد عن بقيه مداليل الروايه.

ان قلت:

الدلالة على التقابل فرع الخيار، ومع عدم دلالة على الخيار لا يبقى مجال لإفاده التقابل، وعبارة أخرى: الدلالة الالتزامية تابعه للمطابقه.

قلت: الدلالة على الخيار سقطت عن الاعتبار بالنسبة الى البائع للحيوان،

دراساتنا من الفقه الجعفري، ج ٤، ص: ١٢٣

...

و أما دلالة على خيار الحيوان بالنسبة الى المشتري و على خيار المجلس بالنسبة الى غير الحيوان فلم تسقط عن الاعتبار، فلا تغفل.

هذا هو التقريب الاول، الثاني من التقريبات انه يستفاد من كل من دليلي خيارى المجلس و الحيوان أن العقد يلزم بانقضاء المجلس أو الثلاثة فلا يجتمعان.

و فيه: انه لو قلنا بأن المستفاد من دليل الخيارين أن الحكم حيثى - أى يحكم بالزوم بانقضاء أمد الخيار من حيث هذا الخيار- فلا مجال لهذا التقريب، اذ لا تعارض. و أما لو قلنا بأن الحكم مطلق فلهذا التقريب وجه، لكن مقتضى الصنائه أن يخص كل منهما بالآخر، فهذا التقريب غير سديد.

و حيث أن التقريب الاول تام فالحق أن يقال: بان خيار المجلس غير ثابت فى الحيوان، كما أن الامر لو وصل الى مرحله الشك يكون مقتضى وجوب الوفاء و مقتضى استصحاب عدم جعل الخيار عدمه، الا أن يقال: بأنه لو انتهى الامر الى الشك فاطلاق بعض أخبار خيار المجلس محكم، حيث أنه ليس فيه اجمال فلاحظ.

(مسألة): هل يكون مبدأ الخيار زمان الصيغه أو زمان حصول الملك؟

و تظهر ثمره البحث فى البحث الفضولى، فان الخيار فى البيع الفضولى يتحقق من حين العقد على الاول و من حين الاجازه على الثانى. و الذى يظهر من كلام الشيخ انه متوقف على الاجازه.

أقول: الذى ينبغى أن يقال فى المقام انه على القول بالنقل فى الاجازه بجميع أقسامه لا- مجال للبحث فى المقام. فان البحث يكون مبتنيا على القول بالكشف الحقيقى، افاد سيدنا

الاستاذ دام ظله على ما فى التقرير أن الخيار من حين الاجازه

دراساتنا من الفقه الجعفرى، ج ٤، ص: ١٢٤

قوله: مسأله لا اشكال فى دخول الليلتين المتوسطتين فى الثلاثه ايام (١).

حتى على القول بالكشف فى الاجازه، اذ الخيار عبارته عن حل العقد و هو محقق من حين الاجازه.

و يرد عليه: أنه كيف يمكن تحقق الملكيه و عدم تحقق العقد، فان العقد محقق بلا كلام، غايه الامر ان الانتساب لم يتحقق، بل يمكن أن يقال: بأن الشرط المتأخر لو فرض صحته لكان الانتساب أيضا حاصلًا، بل يمكن الالتزام بثبوت الخيار للمالك و لو مع فرض عدم الانتساب، اذ المفروض تحقق الملكيه بالفرض المحال، لكن عمده الكلام أن أصل المبنى فاسد قطعًا فلا يتحقق الخيار الا بعد الاجازه بناء على صحه الفضولى.

(مسأله): مبدأ خيار الحيوان فى بيع الصرف و السلم قبل القبض أو بعده،

فيه أقوال. لا شبهه فى أن مقتضى الصناعه العلميه هو الثانى، لان أدله الخيار مخصصه لعموم «أَوْفُوا» و هو يتعلق بالعقد الصحيح فى نظر الشارع، و الفرض أن العقد الصحيح لا يتحقق الا بالقبض، و ما دام لم يحصل القبض لم يتحقق عقد حتى يحل بالخيار. اللهم الا أن يقال: ان قوله «أَوْفُوا» يدل على الحكم التكليفي فقط، و هو يتعلق بأعم من الصحيح و الفاسد. لكنه فرض فى فرض، و الحق أنه لا يتحقق الا بعد القبض،

[مسأله لا اشكال فى دخول الليلتين المتوسطتين فى الثلاثه ايام]

أقول: وقع الكلام فى أن الليلتين المتوسطتين داخلتان فى الثلاثه ايام، و المستفاد من اخبار الحيوان مفهومًا بأن الليل داخل فى مفهوم اليوم، أو يكون المراد من اليوم هو الزمان الممتد بين طلوع الشمس و غروبها، فدخول الليلتين

دراساتنا من الفقه الجعفرى، ج ٤، ص: ١٢٥

...

فيها من باب الاستمرار المستفاد من الخارج بالتفاهم العرفى، كما يقال ذلك فى اقامه عشره الايام للمسافر.

الحق هو الثانى، فان مفهوم اليوم أمر واضح عند العرف. نعم حيث أن الخيار أمر مستمر تكون الليلتان المتوسطتان داخلتين فى الظرف، لا لما قيل بأن المراد بالايام الثلاثه ما كانت مع الليالي الثلاث لدخول الليلتين أصاله فتدخل الثالثه و الا لاختلاف مفردات الجمع فى استعمال واحد.

لكن عرفت بأن اليوم لا يشمل الليل بالمفهوم، بل انه يدخل من باب الاستمرار المستفاد من الخارج، و لو عقد فى نصف الليل

مثلا يبقى الخيار الى آخر يوم الثالث بحسب المتفاهم العرفى، بأن يحتسب مبدأ الخيار من حين انعقاد العقد من دون أن تنقص من الايام شىء، لأنه اذا لم يلتزم بذلك فلا بد من الالتزام اما بثبوت الخيار من أول اليوم- بان يفصل بين الخيار و العقد مدته طويله- و هو

كما ترى، واما نلتزم بنقص عن اليوم الثالث بمقدار ما بقى من الليل، وهذا خلاف الفهم العرفى من اللفظ.

و للسيد اليزدى هنا كلام، و هو أنه فرق واضح بين قوله «للمشترى الخيار من حين العقد الى مضى ثلثه أيام» وقوله «له الخيار ثلثه أيام فى الحيوان»، فان فى العبارة الاولى يكون المراد من اليوم نفس البياض فقط، و هذا بخلاف العبارة الثانية، فان اللبالي داخله فى مفهومها، و حيث أن الدليل ورد على النهج الثانى فالليل داخل فى الظرف. و لم نفهم ما أفاده قدس سره من الفرق بين العبارتين و لو شككنا فى اراده أى من المعنيين فمقتضى الاستصحاب بقاء الخيار.

وفيه: أولا ان عموم دليل وجوب الوفاء محكم فى المقام، و معه لا تصل النوبه الى الاستصحاب، فان اجمال المخصص لا يسرى اليه لكونه منفصلا، فيتمسك بعموم العام.

و ثانيا- ان الاستصحاب فى الاحكام الكليه لأزال معارضا مع استصحاب

دراساتنا من الفقه الجعفرى، ج ٤، ص: ١٢٦

قوله: يسقط هذا الخيار بامور (١).

عدم الجعل الزائد.

[الكلام فى مسقطات خيار الحيوان]

اشاره

أقول: وقع الكلام فى مسقطات خيار الحيوان، و هى على ما ذكرها أمور:

(الاول) اشتراط سقوطه،

اشاره

و قد تقدم البحث عنه فى مسقطات خيار المجلس فلا يحتاج الى الاعاده، انما الكلام فى بعض ما يتعلق به. قال الشيخ: و لو شرط سقوط بعضه فقد صرح بالصحة، و لا بأس به.

أقول: ان الحكم بسقوط البعض اما يكون باعتبار الافراد، بأن يكون للشئ ء أفراد متعدده فيحكم بسقوط بعضها، و هو مفقود فى المقام، لان الخيار فى الثلاثه حق وحدانى مستمر الى آخرها لا حقوق متعدده بعدد الآنات، و اما يكون باعتبار الاجزاء، و الخيار ليس له أجزاء قابله لان يسقط بعضها و يبقى الاخر.

و العجب من السيد قدس سره حيث قال: ان حق الخيار و ان كان وحدانيا الا أنه بمنزله حقوق عديده باعتبار الايام و الساعات، فان مرجع هذا الكلام الى التناقض.

(مسألة) لو اشترط أحد سقوط الخيار و اشترط ثبوته ثانيا فهل يكون الشرط الثاني نافذا أم لا؟

وجهان.

و قد ذهب سيدنا الاستاذ دام ظلّه الى صحته مستدلا بقوله «المؤمنون عند شروطهم».

و يرد عليه: أولا انه كما يصح الاستدلال بدليل الشرط على صحه الشرط الثاني كذلك يصح الاستدلال به بصحه الشرط الاول، فيقع المعارضه بينهما.

و ثانيا- انه لا بد من السؤال من معنى شرط الثبوت بعد شرط السقوط،

دراساتنا من الفقه الجعفري، ج ٤، ص: ١٢٧

...

فان كان المراد منه أن يجعل الشارع له الخيار مع اسقاطه فلا معنى لهذا الشرط لعدم كون جعل الشارع مقدورا له فان الشرط لا بد أن يتعلق بالمقدور.

هذا أولا، و ثانيا ان الشرط المذكور خلاف السنه، اذ المفروض عدم الخيار شرعا مع فرض الاسقاط في ضمن الشرط الاول. و ان كان المراد منه عدم الاسقاط فهو أيضا مخدوش، لان الشرط الاول وقع صحيحا و سقط الخيار بمقتضاه فلا مجال للشرط الثاني.

(الثاني) اسقاطه بعد العقد،

و الكلام فيه مر في خيار المجلس.

(الثالث) التصرف،

ربما يقال ان التصرف ليس له موضوعيه في المقام، فانه مسقط بعنوان أنه طريق الى الرضا و كاشف عنه، و مرجع هذا القول الى انكار كون التصرف مسقطا، و في مقابله قول لمسقطيه التصرف بذاته و لو كان عن غافل بمسأله الخيار أو جاهل به.

و لا- يخفى أنه لا- مجال للتمسك بالإجماع، فانه كيف تمكن تحصيل الاجماع التعبدى في مثل المقام، فالعمده النظر في

النصوص الواردة فى المقام و استفاده الحكم منها حسب الصناعه، فنقول: قد وردت فى المقام نصوص:

منها- ما رواه على بن رثاب عن أبى عبد الله عليه السلام قال: فان أحدث المشتري فيما اشترى حدثا قبل الثلاثة الايام فذلك رضى منه فلا شرط. قيل له:

و ما الحدث؟ قال: ان لامس أو قبل أو نظر منها الى ما كان يحرم عليه قبل الشراء «١».

أقول: ان قوله عليه السلام «فذلك رضى منه فلا شرط» يحتمل وجوها:

(١) الوسائل، الجزء (١٢) الباب (٤) من ابواب الخيار، الحديث (١).

دراساتنا من الفقه الجعفرى، ج ٤، ص: ١٢٨

...

(الاول) أن يكون الامام عليه السلام مخبرا عن الواقع بهذه الجملة بأن احداث الحدث لو خلى و طبعه رضاء بالبيع غالبا، و عليه فقوله «فذلك رضى منه» ليس حكما تعبديا بل يكون فى مقام بيان أمر طبيعى و يكون قوله «فلا- شرط» معللا- بأن احداث الحدث عله الحكم. و بمعنى انه كاشف نوعا عن الرضا بلزوم العقد.

و يرد عليه: أن كون الامام فى مقام الاخبار عن الواقع خلاف ظاهر شأن الامام، فان الظاهر منه أن يكون فى مقام بيان الحكم و تشريعه، مضافا الى أن الامر ليس كذلك، فان مجرد احداث الحدث فى الحيوان لا يستلزم

الرضا.

(الثانى) أن تكون الجملة فى مقام بيان أن التصرف يكون بنوعه كاشفا عن الرضا بلزوم العقد و ان لم يكن موجبا له فى مورد خاص، و هو نظير ظهورات الالفاظ فانها حجة و ان لم يحصل منها الظن بالواقع.

و يرد عليه: أن ركوب الدابة لا- دلالة له على الرضا النوعى بلزوم العقد و لا يفهم منه اسقاط الخيار، و أما الرضا بأصل المعاملة فهو كان موجودا من أول الامر و ان لم يحدث حدثا فيه الا أنه خارج عن المبحث.

(الثالث) ان تكون فى مقام بيان أن التصرف رضاء تعبدا، فان الشارع حكم بأن التصرف رضاء بالحكومه. و هذا الوجه متين فى نفسه، و المستفاد من الروايه أن احداث الحدث فى الحيوان رضاء بالعقد تعبدا، بل يستفاد من ذيل الروايه أن كل تصرف لا يجوز لغير المالك يسقط الخيار و ان لم يكن موجبا لإحداث حدث فيه كالنظر و اللمس.

ان قلت: لا نسلم أن يجوز التعدى الى كل التصرف، فان فى الروايه قد

دراساتنا من الفقه الجعفرى، ج ٤، ص: ١٢٩

...

تقابل فى حديث الصفار بين الركوب و احداث الحدث، و معه كيف يجوز التعدى اليه.

قلت: ان التقابل المذكور لا يمنع عن الحكومه التى بينها، اذ التقابل فى كلام السائل لا فى كلام الامام.

ان قلت: كيف يمكن أن يلتزم بأن التصرفات مطلقا رضاء بلزوم العقد بالتعبد، اذ يلزم أن يكون جعل خيار الحيوان لغوا، فانه كيف يجتمع الخيار مع سقوطه بكل تصرف و لو لم يكن موجبا للتغير فى الحيوان.

قلت: لا- نسلم أن يكون خيار الحيوان لغوا، فانه تظهر الثمره فيما اذا لم يسلم البائع الحيوان الى المشتري ثلاثه أيام، فان له خيارا مع أنه لم يتصرف فى المبيع

لعدم وقوعه تحت يده. مضافا الى أن التصرف في الحيوان بأخذ زمامه و إيصاله الى الاصطبل لا يكون مسقطا. و الحاصل ان الاستفادة من مجموع النصوص أن التصرف في الحيوان بتصرف لا يكون الا للمالك يسقط الخيار.

و ان أبيت عما ذكرنا فنقول: المسقط للخيار التصرف الموجب لحدوث الحدث في الحيوان لا مطلق التصرف. نعم نلتزم بسقوطه باللمس و التقييل و النظر للنص.

و منها- ما عن محمد بن الحسن الصفار قال: كتبت الى أبي محمد عليه السلام في الرجل اشترى من رجل دابه فأحدث فيها حدثا من أخذ الحافر أو نعلها أو ركب ظهرها فراسخ أله ان يردها في الثلاثه الايام التي له فيها الخيار بعد الحدث الذي يحدث فيها أو الركوب الذي يركبها فراسخ؟ فوقع عليه السلام: اذا أحدث فيها حدثا فقد وجب الشراء «١».

(١) الوسائل، الجزء (١٢) الباب (٤) من أبواب الخيار، الحديث (٢).

دراساتنا من الفقه الجعفري، ج ٤، ص: ١٣٠

قوله: الثالث خيار الشرط، أعنى الثابت سبب اشتراطه في العقد (١).

و الاستفادة من هذا الحديث أن التصرف اذا كان موجبا لإحداث حدث في الحيوان يسقط الخيار و الا فلا.

و منها- ما عن علي بن رئاب قال: سألت أبا عبد الله عليه السلام عن رجل اشترى جاريه لمن الخيار؟ فقال: الخيار لمن اشترى- الى أن قال: قلت له:

أ رأيت ان قبلها المشتري أو لأمس؟ فقال: اذا قبل أو لأمس أو نظر منها الى ما يحرم على غيره فقد انقضى الشرط و لزمته «١».

فان الاستفادة من هذه الروايه أن التصرف مسقط للخيار و ان لم يحدث فيه حدثا.

[القسم الثالث خيار الشرط]

اشاره

أقول: القسم الثالث من الخيار خيار الشرط، وقع الكلام بين الاعلام في صحته، أفاد الشيخ لا خلاف في صحته.

ما قيل أو يمكن أن يقال في وجهها أمور:

(الاول) الاجماع،

و قد ادعى الشيخ قدس سره أن نقل الاجماع مستفيض.

و يرد عليه: أن تحقق الاجماع التعبدى الكاشف عن رأى المعصوم عليه السلام مستحيل.

(الثانى) ما أفاده سيدنا الاستاذ دام ظله،

و هو أن البائع حين بيعه اما يملك المبيع للمشتري حتى بعد الفسخ و اما يملكه الى حين الفسخ و اما يملكه مهملا من هذه الجبهة، و القسم الاخير محال لاستحاله الاهمال فى الواقعات، و القسم الاول- أعنى تمليكه له حتى بعد الفسخ يرجع الى التناقض، اذ من الواضح أن التمليك حتى بعد الفسخ مع انتفاء الملكيه بالفسخ متنافيان، فيتعين القسم الثانى أعنى التمليك الى قوله «فسخت». و بما أن العقود تابعه للقصد و الشارع

(١) الوسائل، الجزء (١٢) الباب (٤) من أبواب الخيار، الحديث (٣).

دراساتنا من الفقه الجعفرى، ج ٤، ص: ١٣١

...

يمضى العقد بهذه الكيفيه المخصوصه يصح بهذا النحو.

و عليه لا- يرد علينا ما أورد على القوم بأن شرط الخيار مخالف للكتاب أعنى عموم دليل وجوب الوفاء، و الشرط المخالف للكتاب ساقط عن الاعتبار. لأنك عرفت مما بيناه أن العاقد ملك المبيع على النحو الموقت، أعنى الى قوله «فسخت»، و أمضاه الدليل بهذه الكيفيه المخصوصه فلا يرد عليه ذلك الاشكال.

و يرد عليه: أولا ان صحه البيع المذكور مبنيه على صحه البيع الغررى، و الاستاذ لا يلتزم بذلك لتزلزل العقد، فان المشتري لا يعلم وقت حصول الفسخ و هو غرر عليه.

و ثانيا- انه لو فرضنا أن المشتري باع ما اشتراه من ثالث ثم فسخ البائع الاول فلا بد أن يلتزم الاستاذ ببطان البيع الثانى، اذ بالفسخ ينكشف أن المشتري باع ما لم يكن مالكا له. و لا يمكن الالتزام بهذا اللازم و الاستاذ أيضا غير ملتزم به، كيف و لازم الفسخ دفع العوض، فان

البيع تلف حكما.

و ثالثا- ان البيع الموقت غير معهود عند العرف فلا تشمله الادله، لا أقول انه أمر غير متصور لكن المرتكز في الازدهان الدوام في حقيقه البيع فلا يشمله دليل الصحة.

و رابعا- ان الفسخ أمر يرفع ما هو ثابت. و بعبارة أخرى: يفهم العرف من هذا الشرط أن من له الشرط يرفع الامر الموجود في عالم الاعتبار بأن يكون الفسخ أمد ذلك الامر الاعتباري.

و خامسا- انا لا نسلم أن يكون التمليك غير الموقت مع جعل حق الفسخ من قبيل الجمع بين المتنافيين، بل نقول: ان البائع بقوله «بعت» قد ملك المبيع للمشتري مطلقا أعم من وقوع الفسخ بعده أم لا، غاية الامر انه يجعل

دراساتنا من الفقه الجعفري، ج ٤، ص: ١٣٢

...

لذى الخيار حق فسخ العقد، نظير باب النكاح فان النكاح الدائم يوجد بانشاء نكاح الزوجيه الدائمه و لا تكون محدوده بقوله «طلقت»، فانها محققه سواء تحقق الطلاق أم لا الا أن الطلاق بمنزله القطع و ازاله الزوجيه فانه يقطع أمد الزوجيه. و المقام أيضا من هذا القبيل، فان الفسخ بماله من المعنى يتوقف على تحقق الملكيه الدائمه الثابته، و لا تنافى بين الامرين، فان الشارع بالبيع يعتبر الملكيه الدائمه و بالفسخ يرفع اليد عن هذا الاعتبار، و الاتحاد الزمانى من الوحدات المشروطه فى التناقض فلا تغفل.

(الثالث) ما أفاده سيدنا الاستاذ أيضا

بأن المستفاد من قوله عليه السلام «البيعان بالخيار ما لم يفترقا فاذا افترقا فلا خيار بعد الرضا منهما» ان الشارع قد جعل أمر الالتزام ببقاء العقد أو انحلاله بالفسخ بيد المتعاملين، فانهما ان كانا راضيين ببقاء العقد يكون لازما و ان لم يكونا راضيين فالعقد يكون جائزا.

فانقدح مما ذكرنا أن الشارع جعل لزوم العقد و جوازه بيد المتعاملين، فيجوز

لهما أن يلتزما بلزوم العقد و لهما أن يجعللا العقد جائزا. و ملخص الكلام أن المستفاد من دليل خيار المجلس أن أمر اللزوم و الجواز بيد المتعاقدين، غاية الامر ان الشارع جعل الخيار بمقدار زمان المجلس.

و يرد عليه: أن هذا ادعاء بلا دليل، و لو كان الامر كما ادعاه سيدنا الاستاذ لكان اللازم فساد العقد الصادر من الغافلين من هذه الجهة، و هو كما ترى. و انا قد بينا سابقا أن معنى الرضا فى الروايه مجمل لاحتمال أن يتعلق بالعقد أى العقد المرضى به لو انتهى مجلسه يلزم، و يمكن أن يكون المراد أن العقد بعد الرضا و عدم الفسخ فى المجلس، و يمكن أن يكون المراد أن الافتراق مع الرضا و بلا اكراه يلزم العقد. فتحصل ان هذا الوجه من الاستاذ أيضا لا يمكن

دراساتنا من الفقه الجعفرى، ج ٤، ص: ١٣٣

...

المساعده عليه.

(الرابع) ما أفاده سيدنا الاستاذ دام ظله أيضا

بأنه لا شبهه فى صحه الاشتراط فى ضمن العقد كاشتراط خياطه الثوب فى ضمن البيع، و من الظاهر أن مفهوم الشرط لا يتحقق الا مع الارتباط، فمرجع اشتراط الخياطه الى تعليق الوفاء بالعقد على الخياطه، و بهذا الشرط يثبت الخيار عند التخلف فاذا كان هذا جائزا فاشتراطه ابتداء يجوز لعدم الفرق.

و يرد عليه: أولا ان صحه هذا الشرط بهذا النحو أيضا محل الاشكال و أين دليله.

ان قلت: يلزم لغويه الشرط كليه.

قلت: لا يلزم ذلك، اذ الشرط يمكن تحقيقه بنحو آخر، و هو تعليق أصل العقد على شىء كالخياطه، و لا يلزم التعليق الباطل، اذ التعليق يوجب الفساد فيما لا يكون المعلق عليه محرزا عند المتعاملين، و أما مع الاحراز فلا يبطل.

و حيث أن من عليه الشرط يلتزم عند الايجاب و القبول يكون المعلق

عليه محرزا فلا يلزم لغويه الشرط و لا ينحصر بتعليق لزوم العقد عليه.

و ثانيا- انه لا وجه لقياس المقام بذلك الباب، فان مفهوم الاشتراط و الارتباط يتحقق فى ذلك الباب، بخلاف المقام حيث أن شرط الخيار ابتدائى و لو جاز القياس يلزم القول بصحة جميع الشروط الابتدائيه، بأن نقول: لا فرق بين الابتدائى و الضمنى و أنى لنا بذلك.

(الخامس) النصوص الواردة فى المقام،

و هى كثيره الا- أنها لا تبلغ حد الاستفاضه كما ادعى الشيخ قدس سره، و لكن الخبر الصحيح موجود فى المقام و هو كاف للمطلوب.

منها- ما رواه عبد الله بن سنان عن أبى عبد الله عليه السلام قال: سمعته

دراساتنا من الفقه الجعفرى، ج ٤، ص: ١٣٤

...

يقول: من اشترط شرطا مخالفا لكتاب الله فلا يجوز له و لا يجوز على الذى اشترط عليه، و المسلمون عند شروطهم مما وافق كتاب الله... «١».

و قد استشكل على الاستدلال بهذه الصحيحه من وجوه:

(الاول) ما أورده صاحب المستند بأن الشرط الذى يجب الوفاء به ما لم يكن مخالفا للكتاب و السنه، و أما خيار الشرط فهو مخالف للكتاب و السنه، أما الكتاب فعموم دليل وجوب الوفاء، و أما السنه فقوله عليه السلام «فاذا افترقا وجب البيع»، و لذا اضطر أن يتمسك لإثبات المطلوب بالإجماع، و قد ظهر مما ذكرنا حال الاجماع و أنه غير قابل للاستناد.

و قد أفاد السيد اليزدى قدس سره بأن ما فى المستند من الاشكال لا وجه له فان شرط الخيار ليس مخالفا للكتاب و السنه، لان وجوب الوفاء المستفاد من الكتاب و السنه من مقتضيات اطلاق العقد لا من مقتضيات طبيعته، و كذا لا وجه لاستدلاله على المدعى بالإجماعات المنقوله، كما أنه لا مجال للتمسك بالاخبار الخاصه

و جعلها مخصصه لذلك العموم اذ عدم جواز كون الشرط خلاف الكتاب ليس عاما قابلا للتخصيص.

و يرد عليه: ان قوله: «ان لزوم البيع من مقتضيات اطلاق العقد لا من مقتضيات طبيعته» لا يرجع الى معنى محصل، فان مقتضى وجوب الوفاء بالعقد أنه كلما تحقق فهو لازم و كونه خياريا بدليل خاص لا يدل على أنه يخالفه و غير لازم بحسب طبعه و ذاته. و يدل على ما ذكرنا أن عقد النكاح عقد لازم و مع ذلك ربما يكون خياريا فهل يمكن أن يدعى أحد بأن النكاح حيث أنه يجرى فيه الخيار بواسطه بعض العيوب لا يكون لازما بحسب طبعه.

(١) الوسائل، الجزء (١٢) الباب (٦) من أبواب الخيار، الحديث (١).

دراساتنا من الفقه الجعفري، ج ٤، ص: ١٣٥

...

هذا أولا، و ثانيا ان قوله «ان سياق أدله عدم صحه الشرط المخالف آب عن التخصيص» ممنوع، لان الادله المذكوره ليست من الادله العقلية حتى لا تكون قابله للتخصيص، غايه الامر قيام الدليل يكشف أن الحكم الواقعي موافق للشرط.

و أجاب عن الاشكال على ما فى التقرير سيدنا الاستاذ دام ظله، و حاصل ما أفاده: أنه قد علم من الشرع أن اللزوم لرعايه حال المتعاقدين و أمر العقد من هذه الجهه بيديهما، اذ يجوز لهما الاقاله. و ان شئت قلت: ان اللزوم حقى.

و يرد عليه: ان ما أفاده أمر ممكن ثبوتا لكن لا دليل عليه فى مقام الاثبات و مجرد جواز الاقاله لا يثبت المدعى و المرجع دليل وجوب الوفاء.

و قد تصدى هو بنفسه لهذا الاشكال فى دوره أخرى و أفاد بأنه لا- فرق بين البابين، فكما أن الشارع يحكم باللزوم فى باب النكاح كذلك يحكم به فى باب البيع، فالاشكال باق

و أجاب عن الاشكال المحقق الايروانى بوجه آخر، و هو أن اشتراط الخيار اشتراط أن يسترجع ما دفعه حيثما أراد و يأخذه و يتملكه متى ما أحب، و عموم الادله يشمل الشرط المذكور و يلزم المشروط عليه بدفع ما التزم بدفعه عند رجوع صاحبه.

و يرد عليه: انه ما المراد من الاسترجاع، فان كان المراد أن الشارع يكون له هذا الحق يعود المحذور، و ان كان المراد أن له أن يسترجع ما دفعه بلا موجب شرعى فهذا كما ترى، فان تملك مال الغير بلا رضى مالكة فاسد و سحت، و ان كان المراد منه أن يسترجع متى شاء باذن المشتري و رضاه فلا يحتاج الى الشرط المذكور فان الاقاله جائزه بل راجحه، و ان كان المراد انه اشتراط اذا أراد أن

دراساتنا من الفقه الجعفرى، ج ٤، ص: ١٣٦

...

يستقيل إقاله المشروط عليه فانه لا بأس به الا أنه أجنبي عن المقام، اذ لا يمكن للشارع استرجاع العين بلا موافقه صاحبه، غايه الامر يجب على الطرف أن يرضى بالفسخ و يجوز للحاكم أن يجبره حيث انه ولى الممتنع لكن المقصود غير حاصل.

(الثانى) ما اورده المحقق الايروانى بأن ظاهر الاخبار الحكم التكليفي و وجوب أن يكون المؤمن عند شرطه، فلا يعم ما هو من قبيل شرط النتيجة فشرط الخيار خارج عن مقدار مدلول دليل الشرط.

و يرد عليه: أنه لا وجه لهذا التقييد، فان المستفاد من دليل الشرط لزومه و عدم انفكاكه، فان المؤمن عند شرطه، فان كان متعلقه الفعل يجب و ان كان أمرا وضعيا يصح.

(الثالث) أن شرط الخيار مخالف لما يقتضيه العقد فلا يشمله دليل المؤمنون لان شمول دليل الشرط عليه مع كونه خلاف مقتضى العقد يرجع الى التناقض.

الجواب عنه: ان مقتضى العقد هو حصول الملكيه، و أما اللزوم أو الجواز فهما من آثاره و احكامه، و لذا يقسم العقد باللزوم و الجواز.

(الرابع) ان شرط الخيار شرط الفعل الراجع الى الله سبحانه، فمعنى شرط الخيار فى ضمن بيع الدار مثلا يرجع الى أنه باع داره بشرط أن يجعل الله سبحانه له الخيار، و فعله سبحانه خارج عن تحت قدره المتعاقدين فلا معنى لهذا الشرط.

و الجواب عنه: انا نجد صحه هذا الشرط و لو ممن لا يعتقد به سبحانه، فلو صح وقوعه و صدوره عن غير المعتقد يعلم أنه لا مجال لهذا الكلام. و صفوه القول أنه لا مانع من جعل هذا الحق بين المتعاقدين فإنه نحو اعتبار.

دراساتنا من الفقه الجعفرى، ج ٤، ص: ١٣٧

...

(الخامس) ان مفهوم الشرط لا يصدق على شرط الخيار، اذ الشرط لا بد أن يحقق فى ضمن أمر، و فى المقام ليس كذلك، اذ الربط المحقق للشرط لا يكون فى اشتراط الخيار.

و الجواب عنه: انه لا- شبهه فى تحقق الشرط فى المقام، فان البائع يعلق تمليك المبيع للمشتري على التزامه بالخيار المجعول، و هو واضح للمتأمل.

و لا يقال: ان هذا تعليق فى العقد، و هو مبطل له.

لأننا نقول: ان التعليق على أمر غير معلوم يبطل العقد، و أما فى المقام فان العقد معلق على الالتزام الموجود حين العقد.

فتلخص ان الاشكالات الواردة على الروايه غير وارده.

(السادس) من الامور التى استدلت بها لصحه شرط الخيار الاخبار الخاصه:

منها- ما رواه سعيد بن يسار قال: قلت لأبى عبد الله عليه السلام: انا نخالط أناسا من أهل السواد و غيرهم فنبيعهم و نربح عليهم للعشره اثنى عشر، و العشره ثلاثه عشر و تؤخر (نوجب) ذلك فيما بيننا و بين السنه و نحوها، و يكتب لنا

الرجل على داره أو على أرضه بذلك المال الذى فيه الفضل الذى اخذ منا شراء قد باع و قبض الثمن منه فنعه ان هو جاء
بالمال الى وقت بيننا و بينه أن نرد عليه الشراء، فان جاء الوقت و لم يأتنا بالدراهم فهو لنا، فما ترى فى الشراء؟

فقال: أرى أنه لك ان لم يفعل و ان جاء بالمال للوقت فرد عليه «١».

و منها- ما رواه ابن سنان عن أبى عبد الله عليه السلام فى حديث قال: و ان كان بينهما شرط اياما معدوده فهلك فى يد
المشترى قبل أن يمضى الشرط فهو

(١) الوسائل، الجزء (١٢) الباب (٧) من أبواب الخيار، الحديث (١).

دراساتنا من الفقه الجعفرى، ج ٤، ص: ١٣٨

قوله: مسأله لا فرق بين كون زمان الخيار متصلا بالعقد أو منفصلا عنه (١).

قوله: نعم يشترط تعيين المده، فلو تراضيا على مده مجهوله كقدم الحاج بطل بلا- خلاف، بل حكى الاجماع عليه صريحا
لصيروره المعامله بذلك غريبه (٢).

من مال البائع «١».

فانه يستفاد من هذه الروايات الخاصه جواز جعل الخيار، مضافا الى أن هذا أمر تسالم الفقهاء عليه بحيث لا يعتريه الريب، و قيام
السيره المستمره الى عصر المعصوم عليه السلام كاشف عن الجواز، و ليس هذا تمسكا بالإجماع فلا تغفل.

[مسأله لا فرق بين كون زمان الخيار متصلا بالعقد أو منفصلا عنه]

أقول: وقع الكلام فيما بينهم فى أن جعل الخيار لا بد أن يكون متصلا بالعقد بل يصح جعله منفصلا عنه أيضا. ربما يقال كما
عن الشافعى بعدم صحه جعل الخيار المنفصل، اذ يلزم صيروره العقد جائزا بعد ما كان لازما. ورد بالنقض بخيار الرؤيه و
التأخير، و بالحل بأنه صحيح بدليل صحه الشرط.

و فيه: ان القياس بخيارى الرؤيه و التأخير لا يصح، اذ فيهما قام الدليل بخلاف المقام.

و اما الاستدلال بدليل الشرط ففيه انه محل الاشكال، فان قام اجماع تعبدى بعدم الفرق بين المتصل و المنفصل فهو و الا يشكل الامر لعدم الدليل لكنه يظهر منهم البناء على الجواز، انما الاشكال فيما تكون المده المقرره للخيار مجهوله للغرر.

[فى شرطيه تعيين المده فى هذا الخيار]

اشاره

أقول: يقع الكلام فى مقامين: الاول ان ذكر المده المجهوله كقدوم

(١) الوسائل، الجزء (١٢) الباب (٨) من أبواب الخيار، الحديث (٢).

دراساتنا من الفقه الجعفرى، ج ٤، ص: ١٣٩

...

الحاج مثلا هل يوجب الغرر أم لا. الثانى ان الغرر الناشئ من ناحيه الجهل بمدته الخيار مبطل للبيع أم لا؟

(اما المقام الاول) فأفاد سيدنا الاستاذ على ما فى التقرير بأنه لا وجه للإشكال اذ المبيع و الثمن معلومان و المجهول مدته الخيار، و اذا كان هذا موجبا للبطلان يلزم البطلان و لو مع معلوميه المقدار، اذ لا يدري من عليه الخيار أن من له الخيار يفسخ أم لا، و على فرض فسخه متى يفسخ. بل لنا أن نقول: انه يجوز جعل الخيار ما دام العمر، و ما أفاده شيخنا الاستاذ بأن العقد له اقتضاء ان الملكيه، و اللزوم، و جعل الخيار مدته العمر ينافى مقتضى العقد، فاسد لان اللزوم و الجواز من أحكام العقد لا من مقتضياته. هذا ما أفاده سيدنا الاستاذ دام ظله.

و يرد عليه: ان المده لو لم تكن معلومه يمكن أن تنقضى بعد يومين، و يمكن أن تطول الى سنه، و لا ريب أن الاقدام على مثل هذه المعامله جزاف. نعم ربما يرتفع الغرر بأن من عليه الخيار يدري بأنه رابح على جميع التقادير. و ملخص الكلام انه لا يمكن الالتزام بعدم الفرق بين المده المجهوله و المعلومه.

لا يقال: ان الجهل بالمقدار المذكور لو كان موجبا

للغرر لكان فى خيار المجلس أيضا غرر أحيانا، فانه يمكن أن يبقى مجلس العقد الى سنه أو سنتين.

لأننا نقول: ان خيار المجلس حكم تعبدى شرعى يترتب على العقد الجامع للشرائط. و بعبارة أخرى: العقد فى نفسه يلزم أن يكون غرريا، و خيار المجلس لا يوجب غرريه العقد فانه من آثاره المترتبة عليه.

(و أما المقام الثانى) فهو البحث فى أن الغرر مبطل أم لا. فنقول: الجهل بالمدته تاره لا يكون دخيلا فى تفاوت القيمة، و أخرى يكون دخيلا. و لا كلام على الاول، اذ المفروض أنه لا غرر. و أما على الثانى فما يمكن أن يقال فى

دراساتنا من الفقه الجعفرى، ج ٤، ص: ١٤٠

قوله: لا فرق فى بطلان العقد بين ذكر المدته المجهوله كقدوم الحاج، و بين عدم ذكر المدته اصلا كأن يقول «بعتك على أن يكون لى الخيار»، و بين ذكر المدته المطلقه كأن يقول «بعتك لان يكون لى الخيار مدته» لاستواء الكل فى الغرر، خلافا للمحكى عن المقنعه و الانتصار و الخلاف و الجواهر و الغنيه و الحلبي فجعلوا مدته الخيار فى الصوره الثانيه ثلاثه أيام (١).

وجه البطلان أمور:

منها: الاجماع. و يرد عليه أنه على فرض حصوله محتمل المدرك فلا أثر له.

و منها: ما أرسله العلامة عن النبى صلى الله عليه و آله بأنه نهى عن الغرر «١».

و يرد عليه: ان المرسله لا تكون حجه، و العمل بها على فرض تحققه لا يجبر ضعفها.

و منها: ان الشرط فاسد و هو مفسد فيه.

و فيه: أولا ان فساد الشرط اول الكلام، و ثانيا أن الشرط الفاسد لا يفسد.

و منها: ان الغرر فى الشرط يسرى الى العقد، و البيع الغررى باطل لما أرسله الشيخ قدس سره عن النبى

صلى الله عليه و آله انه نهى عن بيع الغرر «٢».

و يرد عليه: ان المرسله لا- اعتبار بها، لكن الالتزام بصحة بيع الغرر فى غايه الاشكال، فانه لا يبعد أن يكون البطلان مما تسالم عليه.

[لا فرق فى بطلان العقد بين ذكر المده المجهوله كقدوم الحاج، و بين عدم ذكر المده اصلا]

أقول: أفاد سيدنا الاستاذ دام ظله ان العقد باطل فى جميع الاقسام المذكوره لعدم التطابق بين الايجاب و القبول، فان القابل يمكن أن يجعل المده

(١) التذكرة، الجزء (١) الصفحه (٤٦٦).

(٢) الخلاف الصفحه (٥٢٨) المسأله (٥٢٨).

دراساتنا من الفقه الجعفرى، ج ٤، ص: ١٤١

...

ثلاثة أيام مثلا و الموجب جعلها عشره أيام، فلا يحصل التطابق بينهما و الحال أن التطابق لازم بين الايجاب و القبول.

وفيه: ان ما أفاده دام ظله لا يمكن المساعده عليه على اطلاقه، لأنه يمكن أن يجعل الموجب مده الخيار ثلاثة أيام و يقبله القابل عشره أيام فان عدم التطابق فى هذه الصوره لا يضر بصحة البيع، اذ المفروض أن القابل قبل ما أوجه الموجب مع الزيادة. نعم لو فرض أن قبوله يكون بنحو التقييد يشكل. نعم ما أفاده صحيح فى عكس المسأله، و هو فيما اذا جعل الموجب مده الخيار عشره أيام و يقبله المشتري ثلاثة أيام.

و قد نسب الى عده من الفحول أن مده الخيار تكون ثلاثة أيام فى صوره عدم ذكر المده أو ذكر المده المطلقه.

و ما يمكن أن يستدل به أمران:

أحدهما- الاجماع. و فيه أنه كيف يمكن تحصيل الاجماع التعبدى.

و ثانيهما- الروايات، فهى يمكن أن يكون مستفادا من كلام الشيخ «١» بقوله:

من ابتاع شيئا بشرط الخيار و لم يعين وقتا و لا- أجلا- بل أطلقه كان له الخيار ثلاثة أيام، دليلنا اجماع الفرقه و أخبارهم. فانه يستفاد من كلامه قدس سره وجود الروايات فى المقام الا

أنه لم يذكر شيئاً في كتابي التهذيب والاستبصار، ولعل كان مقصوده من الاخبار هي الاخبار الواردة في خيار الحيوان، بتقريب أن الخيار في الحيوان ثلاثه أيام و ان لم يشترط فيكون في غيره كذلك اذا اشترط الخيار و لكن لم يعين مدته بطريق أولى.

و لا يخفى عدم تماميه هذا التقريب، فان خيار الحيوان في الثلاثه قام عليه

(١) الخلاف الجزء (١) الصفحه ٥١٢ المسأله ٢٥.

دراساتنا من الفقه الجعفري، ج ٤، ص: ١٤٢

قوله: مسأله، مبدأ هذا الخيار من حين العقد (١).

الدليل و أما في المقام فلا دليل.

و قد روى في كتب العامه أن حنان بن منفذ كان يخدم في البيع لشجبه أصابته في رأسه، فقال له النبي صلى الله عليه و آله: اذا بعث فقل لا خلابه و جعل له الخيار ثلاثا «١».

و هذه الروايه من حيث السند لا اعتبار بها، و أما من حيث الدلاله فأفاد سيدنا الاستاذ دام ظله ان الاستدلال بمثل هذه الروايه لا ثبات مدته الخيار ثلاثه أيام كالأستدلال على وجوب الجهر في صلاه الجمعة بقوله «الماء اذا بلغ قدر كر لا ينجسه شيء»، و أما جعل الخيار ثلاثا لحنان يمكن أن يكون من باب أنه صلى الله عليه و آله ولى الأمر بجعل الخيار له لمصلحه قد علمها، و لا وجه للتسريه، و معنى قوله «لا خلابه» يحتمل ان يكون خديعه. و الذى يهون الخطب أن الروايه ضعيفه السند، و معها لا تصل النوبه الى البحث عن داليتها.

و الحاصل ان جعل المده بجميع أقسامها المذكوره باطل عند القوم لسريان الغرر الى البيع.

[مسأله، مبدأ هذا الخيار من حين العقد]

أقول: ملخص كلامه أن مبدأ خيار الشرط من حين العقد و لو لم يصرح به، لانصراف الاطلاق اليه بحسب

الظهور العرفي، الا- أن يقال: ان المتبادر من جعل الخيار جعله في زمان لو لا الخيار لزم العقد، و لكن مقتضى هذا القول كون مبدئه في الحيوان بعد انقضاء الثلاثه. و ملخص الكلام: ان مقتضى الاطلاق ثبوته من حين العقد.

نعم لو قلنا باستحاله تعدد الخيار لا بد من جعله في زمان لا يكون خيار من ناحيه أخرى. و لذا من يرى الاستحاله يلتزم بكون مبدئه من حين التفرق أو

(١) التذكرة الصفحة ٥١٩ المسألة ١.

دراساتنا من الفقه الجعفري، ج ٤، ص: ١٤٣

قوله: مسأله يصح جعل الخيار للأجنبي (١).

بعد الثلاثه.

و يرد عليه: ان هذا خلاف تبعية العقود للقصد، فيلزم الالتزام به من حين العقد أو يلتزم بعدم تحققه، لكن الالتزام بثبوته على خلاف ما قصد لا دليل عليه.

ثم انه لو جعل المبدأ من حين التفرق فهل يكون صحيحاً أم لا؟ قد تقدم أن الظاهر بناء القوم على جعل الخيار مع الانفصال، فمن هذه الجهة لا اشكال فيه انما الاشكال من ناحيه الغرر، فلو جعل الخيار من حين التفرق الى آخر الشهر لا اشكال، اذ معلوم أن العقد خيارى الى آخر الشهر اما للمجلس و اما للشرط، و أما لو جعل من حين التفرق الى ثلاثه أيام فربما يشكك، فانه لو احتمل بقاء المجلس مده طويله لا يدري من عليه الخيار أن العقد متزلزل من أى مقدار من الزمان، فيلزم رعايه أن لا يدخل الغرر فى العقد.

[مسأله يصح جعل الخيار للأجنبي]

اشاره

أقول: وقع الكلام فى صحه جعل الخيار للأجنبي و عدمها، و لا بد من البحث فيه من جهات:

(الجهه الاولى) أنه كما يجوز جعل الغير وكيلا من قبل ذى الخيار يجوز أيضا جعل الخيار له اصاله أم لا.

و الكلام تاره فى امكانه و أخرى فى اثباته: أما بحسب الامكان فهو أمر ممكن و عدم كونه مالكا للعين لا ينافى كون زمام الامر بيده كما فى ارث الزوجه مع أنها لا تترت من العقار، و لا فرق فيما ذكر بين القول بأن الخيار متعلق بالعقد و بين تعلقه بالعين. و

أما بحسب مقام الاثبات فالتحقيق أن المستفاد من ادله الشروط نفوذ كل شرط الا ما خالف الكتاب و السنه، و شرط الخيار للأجنبي مخالف لعموم دليل وجوب الوفاء فلا يكون نافذا.

دراساتنا من الفقه الجعفري، ج ٤، ص: ١٤٤

...

و لا يجوز التمسك بعموم وجوب الوفاء بالشرط، لأنه ليس بمشعر، فلا بد أن يكون مشروع الشرط ثابتة في الرتبة السابقة حتى يشملها الدليل، لوضوح أن الحكم لا- يحقق موضوعه، أضف الى ذلك كله أن مقتضى الاستصحاب أيضا عدم ثبوت حق للأجنبي، فالحق عدم صحه جعل الخيار للأجنبي، فعلى مسلكنا لا تصل النوبه الى البحث عن الجبهه الثانيه الا انا نتعرضها على مسلك القوم.

(الجبهه الثانيه) ان الاجنبى على فرض جعل الخيار له لا بد أن يراعى مصلحه الجاعل أم لا.

و التحقيق أن يقال: ان جعل الخيار له اما يكون على نحو الوكاله و اما على الاصله، فعلى الاول لا بد من مراعاة مصلحه الموكل الا أن يفهم الاطلاق من التوكيل، و على الثانى فاما مجعول له من الطرفين و اما من طرف واحد، فلو كان مجعولا من الطرفين فلا اشكال فى أن أمر العقد بيده و له أن يفسخ و لو كان بمصلحه أحدهما دون الآخر و ان كان من طرف واحد فاللازم مراعاة صلاحه اذ من يجعل له الخيار يطلب صلاحه فالجعل قاصر من أول الامر فلا استقلال له.

(الجبهه الثالثه) ان جعل الخيار للأجنبي هل يحتاج الى قبوله أم لا؟

أفاد سيدنا الاستاذ دام ظله أن قوله «الناس مسطون على أموالهم» «١» يدل على سلطنه الناس على أنفسهم بالفحوى، فيحتاج جعل الخيار له اذنه.

و يرد عليه: أولا ان الروايه ضعيفه السند، و عمل المشهور على تقدير استنادهم اليه لا يجبر ضعفها. و ثانيا ان الامر ليس كذلك، فانه لو أباح أحد للغير التصرف فى ماله يجوز للمباح له و لا يتوقف على رضاه، كما انه نلتزم

(١) بحار الأنوار، الجزء (٢) الصفحه ٢٧٢.

دراساتنا من الفقه الجعفري، ج ٤، ص: ١٤٥

قوله: مسأله يجوز لهما اشتراط الاستيمار بأن يستأمر المشروط عليه الاجنبى فى أمر العقد (١).

بجواز الوصيه التملكيه مع عدم توقفه على رضاه، و العمده هو الدليل على مشروعيه جعل الخيار للأجنبي و مقدار دلالتة، و حيث أنه لا دليل فى المقام فلا يحرز و لو مع رضاه و قبوله.

(الجهه الرابعه) ان الخيار على تقدير صحه الجعل للأجنبي هل ينتقل الى وارثه أم لا؟

و التحقيق فى المقام أن يقال: ان جعل الخيار للأجنبي ان كان بنحو التوكيل فلا ينتقل الخيار الى وارثه لعدم المقتضى، و ان جعل بالاصاله فلا مانع من انتقاله لان ما تركه فلو ارثه.

(الجهه الخامسه) انه هل ينعزل بعزل الجاعل أم لا؟

الحق أنه ان كان على نحو الوكاله فلا شبهه فى انعزال الوكيل بالنعزل، الا أن يقع فى ضمن عقد لازم بل عقد جائز على مسلكنا، و ان كان بنحو الاصله فلا يبعد بقاءه و عدم زواله بالنعزل، اذ لا وجه لانعزاله بعد ثبوته له لكن جميع ذلك فرض اذ قلنا بأنه لا دليل عليه.

[مسأله يجوز لهما اشتراط الاستيمار بأن يستأمر المشروط عليه الاجنبى فى أمر العقد]

اشاره

أقول: ان الاستيمار يتصور على وجهين:

أحدهما- أن يجعل الخيار لنفسه و يشترط الاخر عليه أن لا يختار أحد الطرفين من الفسخ و الامضاء الا بتعيين المستأمر بصيغته المفعول، ففى هذه الصوره لا شبهه فى ثبوت الخيار لمن له الخيار، فاذا فسخ قبل امر المستأمر أو أجاز يكون الفسخ صحيحا و كذا اجازته. نعم كان عاصيا تكليفا و يكون للاخر خيار تخلف الشرط فى صوره الاجازه.

و ثانيهما- أن يكون خياره على تقدير أمر المستأمر، بأن يكون نفس الخيار معلقا على أمر المستأمر و لو فسخ قبل أمر المستأمر أو بعد أمره بالامضاء لم يؤثر

دراساتنا من الفقه الجعفرى، ج ٤، ص: ١٤٦

قوله: ثم فى اعتبار مراعاة المستأمر للمصلحه و عدمه و جهان (١).

و لو أمر المستأمر بالامضاء ليس له الفسخ. نعم لو أمره بالفسخ الظاهر أنه له الاجازه اذ لكل ذى حق اسقاط حقه الا أن يشترط عليه بامثال أمر المستأمر، ففى هذه الصوره لو لم يمثل و أمضى العقد يثبت للطرف خيار تخلف الشرط.

و للسيد اليزدى كلام فى حاشيته، و هو أن تعليق الخيار على أمر المستأمر كتعليق الخيار على قدوم الحاج فى كون الشرط غريبا،

و هو يسرى الى البيع فيكون باطلا.

و ما أفاده قدس سره متين جدا لو فرض كون العقد غرريا بهذا الشرط، فان الاشكال وارد من هذه الجهة لا من

جهه التعليق كما توهمه بعض، فان التعليق فى المقام غير مبطل، اذ ليس هذا تعليقا فى العقد بل تعليق فى الشرط. لكن لنا أن نقول: بأن جعل الخيار بهذا النحو ليس أسوأ حالا من جعل الخيار للمشروط له بنحو الاستقلال فلا غرر.

[فى اعتبار مراعاة المستأمر للمصلحة و عدمه وجهان]

أقول: هل يجب على المستأمر بالفتح أن يراعى مصلحة المستأمر بالكسر فى أمره أم لا؟ و الحق هو الثانى، فان مقتضى الاطلاق ذلك، فانه اذا أمر بالخيار يثبت للمستأمر بالكسر و ان كان على خلاف مصلحته الا أن يقوم قرينه حاله أو مقالیه على اعتباره. و ربما يقال باعتبار مراعاة المصلحة و الا لا أثر لأمره الا أنه أمر ذوقى لا يمكن التمسك به.

قد استدل على صحه هذا الشرط بعموم دليل الشرط كقوله «المؤمنون عند شروطهم» (١).

و فيه: ان دليل عموم الشرط كما مر لا يشمل الشرط المخالف للكتاب و السنه، فان شرط الخيار مخالف لعموم دليل وجوب الوفاء بالعقد. نعم يمكن اثبات

(١) الوسائل، الجزء (١٢) الباب ٦ من ابواب الخيار، الحديث (١).

دراساتنا من الفقه الجعفرى، ج ٤، ص: ١٤٧

...

الصحة بالاخبار الخاصه الوارده فى المقام، و بعضها و ان كانت ضعيفه سندا الا أن فى الصحيح منها غنى و كفايه، و قد مر التعرض للأخبار الداله على شرط الخيار فى صدر المسأله، و المراد بابن سنان عبد الله بن سنان عند الاطلاق و يؤيد ذلك ما فسره صاحب الوسائل.

و مما يدل على جواز جعل الخيار برد الثمن صحيحه سعيد بن يسار قال:

قلت لأبى عبد الله عليه السلام: انا نخالط أناسا من أهل السواد و غيرهم فنبيعهم و نربح عليهم للعشره اثنى عشر، و العشره ثلاثه عشر و تؤخر «نوجب» ذلك فيما بيننا و بين

السنة ونحوها و يكتب لنا الرجل على داره أو على أرضه بذلك المال الذى فيه الفضل الذى أخذ منا شراء قد باع و قبض الثمن منه فعنده ان هو جاء بالمال الى وقت بيننا و بينه أن نرد عليه الشراء فان جاء الوقت و لم يأتنا بالدراهم فهو لنا فما ترى فى الشراء؟ فقال: أرى انه لك ان لم يفعل، و ان جاء بالمال للوقت فرد عليه «(١)».

و الاشكال فى الروايه بأنه يمكن أن يكون المراد اشتراط الاقاله. مدفوع، فانه خلاف الظاهر كما أن احتمال كون البيع صوريا أيضا خلاف الظاهر.

و يدل عليه أيضا ما رواه اسحاق بن عمار قال: حدثنى من سمع أبا عبد الله عليه السلام و سأله رجل و أنا عنده فقال: رجل مسلم احتاج الى بيع داره فجاء الى أخيه فقال: أبيعك دارى هذه و تكون لك أحب إلى من أن تكون لغيرك على أن تشتري لى ان أنا جئتك بثمانها الى سنة ردها عليه. قلت: فانها كانت فيها غله كثيره فأخذ الغله لمن تكون الغله؟ فقال: الغله للمشتري، ألا ترى أنه لو احترقت لكنت من ماله.

(١) الوسائل، الجزء ١٢ الباب ٧ من ابواب الخيار، الحديث (١).

دراساتنا من الفقه الجعفرى، ج ٤، ص: ١٤٨

قوله: ان اعتبار رد الثمن فى هذا الخيار يتصور على وجوه (١).

و هذه الروايه واضحه الدلاله على المطلوب، الا أنه نوقش فى سندها بارسالها حتى صاحب الحدائق قد عبر عنها بالمرسله، و لكن الحق خلافه، فان ظاهر قوله «حدثنى» من سمع شهاده باسماع الراوى عن أبى عبد الله عليه السلام، و الظاهر من اشهاده كونها عن حس، فانقدح أنه لا اشكال فى جوازه.

[مسأله من أفراد خيار الشرط ما يضاف اليه و يقال له بيع الخيار]

[الأمر الأول فى أن اعتبار رد الثمن فى هذا الخيار يتصور على وجوه]

اشاره

أقول: ان المصنف قدس سره

بعد اثبات صحة اشتراط الخيار رد الثمن تعرض لأمر و نحن نتعرض لها تبعاً له:

(الاول) أن يؤخذ رد الثمن قيذا للخيار

فيكون الخيار متوقفا على رد الثمن و يكون مده الخيار منفصله عن العقد، لان وجود الخيار مشروط برد الثمن فلا يحصل قبله. ثم ان اخذ رد الثمن قيذا للخيار اما بنحو التعليق أو التوقيت، و يمكن أن يكون الفرق بين التعليق و التوقيت بأن يعلق الخيار على رد الثمن بلا توقيت بوقت معين و يعلق على رده فى وقت معين، فالاول تعليق و الثانى توقيت.

و قد أورد فيه بايرادين:

أحدهما- انه تعليق، و هو يوجب البطلان (و يدفع) بأن التعليق فى الشرط لا يوجب البطلان، فان القدر المتيقن من الاجماع على بطلان التعليق هو العقد و هذا تعليق فى الشرط.

ثانيهما- ان جهاله مدته توجب كون البيع غرريا. و الحق أن يفصل بين التوقيت و التعليق بكون الثانى غرريا دون الاول، اذ المفروض أن المده معلومه فى التوقيت بخلاف التعليق.

(الثانى) أن يؤخذ رد الثمن قيذا للفسخ

بأن يكون له الخيار من أول العقد

دراساتنا من الفقه الجعفرى، ج ٤، ص: ١٤٩

...

لكن لا- يفسخ الا فى زمان رد الثمن، فلو فسخ بلا رد الثمن الظاهر صحه فسخه، لكن للطرف أن لا يسلم العين الا بعد تسلّم الثمن، فان الارتكاز العقلانى يقتضى هذا المعنى.

(الثالث) أن يشترط الفسخ برد الثمن

بأن يفسخ بنفس الرد. و أفاد سيدنا الاستاذ بأنه عين الوجه الثانى و لا وجه لجعله وجها مستقلا.

(الرابع) أن يؤخذ رد الثمن قيذا لانفساخ العقد.

إشارة

و لا بد من تنقيح هذا المعنى، فانه لو كان معناه أن العقد يفسخ بنفسه فهو فاسد لأنه خلاف المقرر الشرعي، و ان كان مرجع هذا الشرط الى الفسخ من حين العقد معلقا على الرد فلا وجه لفساده،

فان ما يمكن أن يرد عليه أحد وجوه:

الوجه الاول – ان الشرط المذكور داخل في شرط النتيجة و لا دليل على صحته.

و الجواب عنه نقضا و حلا: أما النقض فباشتراط الوكاله في ضمن البيع، و أما الحل فان اطلاق دليل وجوب الوفاء بالشرط لا مانع من شموله لشرط النتيجة.

الوجه الثاني – أن هذا تعليق في الشرط و هو باطل.

و الجواب عنه أنه لا دليل على بطلان مطلق التعليق، فان الدليل الدال عليه هو الاجماع فيؤخذ بالقدر المتيقن منه و هو العقد. و أما التعليق في الشرط فلا دليل على بطلانه.

الوجه الثالث – ان الشرط المذكور مناف لمقتضى العقد،

لان العقد لا بد أن يكون محققا حتى يشترط في ضمنه انفساخه برد الثمن، و اذا كان البيع منفسخا بالشرط الحاصل في ضمنه فلا يعقل.

و يرد عليه: ان الايراد المذكور انما يرد لو قلنا بانفساخ العقد في مرتبه تحققه في آن واحد، و أما لو قلنا بتأخر الانفساخ عن العقد فلا يلزم ما ذكر.

دراساتنا من الفقه الجعفري، ج ٤، ص: ١٥٠

...

الوجه الرابع – أن الشرط المذكور مخالف للكتاب و السنه،

لان الفسخ يحتاج الى سبب شرعي، و الانفساخ بنفسه حين رد الثمن خلاف ما قرره الشارع.

و بعبارة واضحة: ان انتقال المبيع من المشتري الى البائع بلا إنشاء قولي و فعلي غير ثابت في الشريعة.

و يرد عليه: انا قد بينا آنفا أن اشتراط الانفساخ في ضمن العقد على نحو شرط النتيجة إنشاء لفسخ العقد فراجع.

(الخامس) ان البيع عباره عن التمليك الدائمي، و جعل الخيار بهذا النحو ينافيه.

و الجواب عنه: أنا لا نسلم التنافي المدعى، بل المفروض أنه يتحقق الملكيه الدائمه ثم يفسخ العقد من حينه بنحو التعليق.

فتحصل: ان الشرط المذكور ان كان على نحو انفساخ العقد بلا سبب فهو باطل، و ان كان على نحو شرط النتيجة في ضمن العقد فلا مانع من نفوذه بعد شمول دليل وجوب الوفاء بالشرط.

(السادس) أن يكون رد الثمن شرطاً لوجوب الاقاله على المشتري،

بأن يلتزم المشتري على نفسه أن يقيله اذا جاء بالثمن. أفاد الشيخ اذا جاء بالثمن تجب عليه الاقاله و لو أبى أجبره الحاكم أو أقال عنه لأنه ولي كل ممتنع.

(السابع) أن يكون رد الثمن شرطاً للبيع،

يعنى اذا رد البائع فعلى المشتري أن يبيع العين من البائع و يجب عليه البيع لو رد الثمن للشرط و اذا امتنع يرجع الى الحاكم. هذا تمام الكلام فى الامر الاول.

(الامر الثانى) أن الثمن المشروط رده اما أن يكون شخصياً، و اما يكون كليا.

اشاره

و يقع الكلام فى مقامين: أحدهما فى فرض عدم قبض الثمن، ثانيهما فى فرض قبضه.

دراساتنا من الفقه الجعفرى، ج ٤، ص: ١٥١

...

(أما المقام الاول) [فى فرض عدم قبض الثمن]

فأفاد الشيخ قدس سره بأنه يثبت الخيار و ان لم يتحقق الرد، اذ الرد شرط فى صورته القبض.

و الاحسن فى مقام التقريب أن يقال: ان الرد ان كان له موضوعيه فى جعل الخيار فلا يتحقق قبل الرد لعدم تحقق موضوعه، و أما ان كان الرد طريقاً لحصول الثمن عند المشتري يثبت الخيار. و حيث أن الظاهر المرتكز هو الثانى يثبت كما أفاده المصنف

(و أما المقام الثانى) [فى فرض قبضه]

اشاره

فيقع الكلام فى ثلاثه فروع:

الفرع الاول أن يكون الثمن شخصيا،

ففى هذه الصوره اما يشترط فى الخيار رد عين الثمن المدفوع، فلا اشكال فى عدم ثبوت الخيار بلا فرق بين بقائها و تلفها، كما أنه لا فرق فى صورته التلف بين أن يكون بفعله أو بفعل الاجنبى بالاختيار أو بغير الاختيار أو يكون بآفه سماويه. و أما لو اشترط أعم من رد العين فى صورته بقائها و بدلها فى فرض عدمها- كما هو الظاهر المتعارف من رد الثمن- فيثبت الخيار، و لو شرط رد البديل مع قيام العين هل يكون نافذا أم لا؟

ربما يقال بأن قضيه الفسخ هو رجوع كل من العينين الى صاحبه الاصلى، فاشترط رجوع البديل مع قيام الاصل شرط على خلاف المقرر الشرعى.

و يمكن أن يصحح الشرط المذكور بوجهين: أحدهما أن يتحقق معاوضه ببيعه بين الثمن و ببدله بنفس الشرط المذكور. و يمكن أن يورد عليه بايرادين:

الايراد الاول- ان هذا تعليق فى البيع فيكون باطلا. و يمكن أن يجاب عنه بأن التعليق وقع فى ضمن الشرط و لا اطلاق لدليل بطلان التعليق. لكن الظاهر أن الاشكال وارد، فان المفروض أن البيع المعلق فاسد و هذا من مصاديقه.

الايراد الثانى- ان البيع مما له أسباب خاصه، فلا يحصل الا بتلك

دراساتنا من الفقه الجعفرى، ج ٤، ص: ١٥٢

...

الاسباب. و يمكن الجواب عنه بأن البيع لا يتوقف على سبب خاص بل يحصل بأى سبب كان، و لذا يحصل بالمعاطاه، فالميزان أن يصدق عنوان البيع و لو بمعونه قرينه.

ثانيهما- أن يوكل المشتري البائع أن يبدل بين الثمن و ببدله، و البائع بعد الفسخ يتصدى أصاله من نفسه و وكاله عن المشتري. اللهم الا أن يناقش بأنه يكون التعليق فى عقد الوكاله، فلو فرض

بطلان التعليق فى مطلق العقود يعود المحذور.

و لمدعى الصحه أن يستدل باطلاق النص الوارد فى المقام، و هو ما رواه سعيد بن يسار عن أبى عبد الله عليه السلام حيث قال: أرى أنه لك أن لم يفعل و ان جاء بالمال فى الوقت فرد عليه «١».

بتقريب أن قوله عليه السلام «ان جاء بالمال» يعم رد البديل و لو مع بقاء الاصل. لكن الانصاف انه لا اطلاق فى الروايه من هذه الجهه، فان الفسخ يقتضى دخول الثمن فى ملك المشتري و ليست الروايه فى مقام بيان حكم آخر.

و الله العالم.

(الفرع الثانى) ما اذا كان الثمن كلياً فى ذمه البائع،

فلا شبهه فى دفع البديل فى ثبوت الخيار، لان ما فى ذمه البائع يسقط عنها بوقوع العقد. و ان شئت فقل بأن فى ذمته تلف.

(الفرع الثالث) أن يكون الثمن كلياً فى ذمه المشتري،

فشخصه فى ضمن فرد و المشخص فيه اما تالف و اما باق، أما على الاول فيجرى فيه ما مر من الموضوعيه و الطريقيه، و أما على الثانى فالظاهر أنه بالفسخ ينتقل الى المشتري فلا بد من رده اليه.

(١) الوسائل، الجزء ١٢ الباب ٧ من ابواب الخيار، الحديث ١.

دراساتنا من الفقه الجعفرى، ج ٤، ص: ١٥٣

...

(الامر الثالث) ان الفسخ يحصل بمجرد الرد أو هو مقدمه للفسخ؟

قال المصنف: قيل ظاهر الاصحاب أنه لا يكفى مجرد الرد فى الفسخ.

أقول: الحق أن يقال: ان الفسخ يتحقق بكل شىء يدل عليه من القول و الفعل و الرد من الافعال التى يمكن أن يتحقق به الفسخ، فان هذا واضح على فرض اشتراط الخيار قبل الرد، و أما اذا علق الخيار على الرد فهل يفسخ العقد بنفس الرد أم لا، الظاهر هو الثانى، لان الخيار فى رتبه لاحقه على الرد فكيف يحصل به الفسخ.

قال سيدنا الاستاذ دام ظله: ان تأخر الخيار عن الرد رتبي و هو غير ضائر.

نعم لو كان الخيار متأخرا عن الرد زمانا لا يمكن أن يتحقق بنفس الرد، فلا مانع من كون الفسخ المتأخر عن الرد رتبه حاصلًا بالرد.

و الظاهر ان ما أفاده تام، اذ لا نرى مانعا من أن يكون زمان الخيار و الفسخ واحدا، فعليه يحصل الخيار بالرد و في ذلك الان يفسخ العقد.

و ربما قيل: ان الرد يدل على اراده الفسخ، و الاراده غير مراد.

و أجاب عنه الشيخ: بأن الرد يدل على اراده كون المبيع ملكا للبائع و الثمن ملكا للمشتري. و بعبارة أخرى: يدل الرد على اراده الفسخ و لا يعتبر في الفسخ أزيد من هذا.

و أما الاخبار الواردة في المقام فالانصاف انه بشكل اثبات الجواز بها، اذ الروايات ليست في مقام حصول الفسخ و

لو مع فقد الشرائط، و لذا لا يصح الفسخ لورد الثمن بمال مسروق.

و أما روايه معاويه بن ميسره حيث قال: سمعت أبا الجارود يسأل أبا عبد الله عليه السلام عن رجل باع دارا له من رجل و كان بينه و بين الرجل الذى اشترى

دراساتنا من الفقه الجعفرى، ج ٤، ص: ١٥٤

...

منه الدار حاصر فشرط أنك ان أتيتنى بمالى ما بين ثلاث سنين فالدار دارك، فأتاه بماله. قال: له شرطه ... «١».

فانها على قرض دلالتها لا أثر لها لضعف سندها بمعاويه بن ميسره، لكن الانصاف أنه لا يبعد أن العرف يفهم من قوله «فان جاء بالمال فى الوقت فرد عليه» أن الفسخ يحصل بالرد.

(الامر الرابع) ان الخيار لو كان مشروطاً بأن يتحقق بعد الرد فهل يجوز اسقاطه قبله أم لا؟

و الاشكال المتصور فى المقام عباره عن اسقاط ما لم يجب، قال المصنف:

ان مقتضى ما صرح به فى التذكرة من أنه لا يجوز اسقاط خيارى الشرط و الحيوان، بناء على حدوثهما من زمان التفرق عدم جواز الاسقاط فيما نحن فيه أيضا، لأنه اسقاط ما لم يجب، الا أن يفرق بين المقامين بأن المشروط له فى المقام مالک للسبب من حيث تملكه للرد الموجب له، فله اسقاطه بخلاف ما فى التذكرة.

و يرد عليه: أن الفرق المذكور بين المقامين بكون المشروط له قادرا على الخيار من حيث تملكه للرد فى المقام لا يكون مانعا و لا- جامعا: أما الاول فلا مكان التفرق عن المجلس أيضا، فانه ربما يكون أحد المتعاقدين قادرا على التفرق عن المجلس، فما الفرق بين المقامين.

و أما الثانى فلانه يمكن أن يفرض عدم القدره على الرد فى المقام أيضا، كما اذا اشترط فى ضمن العقد أن يرد الثمن بعد شهر مثلا، فانه لا يقدر على الرد فى الحال. مضافا الى أنه لو

(١) الوسائل، الجزء ١٢ الباب ٨ من أبواب الخيار، الحديث ٣.

دراساتنا من الفقه الجعفرى، ج ٤، ص: ١٥٥

...

جاز اسقاط الخيار قبل البيع الخيارى، لأنه يقدر على العقد.

ان قلت: لا- يجوز قياس أحد المقامين بالآخر، فانه لا مقتضى للإسقاط قبل البيع، بخلاف الاسقاط بعد العقد، فان المقتضى للخيار- و هو العقد- موجود.

قلت: ان الفرق المذكور غير فارق بعد كون الملاك القدره على السبب، فانها موجوده فى كلا المقامين.

و ربما يجاب عن الاشكال بأنه ليس دليل على بطلان اسقاط ما لم يجب الا الاجماع، و القدر المتيقن منه غير المقام، حيث أن المقتضى فى المقام موجود بخلاف غيره.

و يرد عليه: أنه و ان كان الامر كذلك لكن الالتزام بصحة الاسقاط يحتاج الى الدليل، و ربما يستدل على صحة اسقاط الخيار قبل الرد بوجه ثالث، و هو أنه بالشرط يتحقق حق للشارط على المشروط عليه بالفعل، فله أن يسقط حقه الموجود، فلا يكون اسقاطا لما لم يجب.

و يرد عليه: ان الشرط قد يتعلق بفعل، كما لو اشترط خياطه ثوب فان المشروط له يملك الخياطه أعم من أن تكون الخياطه راجعه الى الحال أو تكون مقيده بزمان متأخر، غايه الامر يملكها بالفعل بنحو الواجب التعليقى، و قد يتعلق بالنتيجه فان كانت النتيجة ملكيه فعليه ككونه مالكا لدار كذائى له التصرف بالفعل، و أما اذا كان بحيث لا تحصل الملكيه الا بعد مضى زمان فلا ملكيه فعليه كى يتصرف فيها.

و ربما يجاب عن الاشكال بما ورد فى خيارى المجلس و الحيوان من سقوط الامول بالتفرق و الثانى بالتصرف، بتقريب أن مقتضى اطلاق النص سقوط

دراساتنا من الفقه الجعفرى، ج ٤، ص: ١٥٦

...

الخيار و لو لم يكن

فعليا، فالمقام كذلك.

و يرد عليه: أولا- ان الالتزام بالسقوط فى ذلك المقام بالتعبد، و ثانيا ان الخيار فى بابى المجلس و الحيوان فعلى، فلا جامع بين المقامين.

اذا عرفت ما تقدم فاعلم أنه لو ثبت اجماع تعبدى دال على الجواز يؤخذ به و الا يشكل الالتزام بالجواز.

و لا تصل النوبه الى ما قيل باستصحاب الخيار بعد الشك فى السقوط، لان الاستصحاب اب المذكور ساقط عن الاعتبار بالمعارضه، لان الخيار لم يكن محققا قبل الرد حتى يستصحب بقاءه. ثم ان المصنف أفاد بأنه لو تبين المردود من غير الجنس فلا رد و لو ظهر معينا كفى فى الرد و له الاستبدال.

و أفاد المحقق النائنى قدس سره بأن ماله المال انما هو بصورته النوعيه العرفيه، فلو باع عبدا وحشيا فتبين أنه حمار وحشى بطل البيع سواء عين النوع بنحو التوصيف أو الشرط، كما أنه فى مقام القبض أيضا لو أقبض بدل العبد حمارا بطل القبض، لان المقبوض غير ما تعلق به البيع، فان البيع يتعلق بالصوره النوعيه لا بالماده الهيولانيه.

و أما لو باع عبدا شخصا موصوفا أو مشروطا بغير صفه الصحه كالكتابه فلو رد العبد و تبين فيه فقد الوصف أو الشرط فله الخيار بين الرضا بالفاقد أو الارش، و أما لو كان المبيع كليا فحيث أنه يتنوع بالوصف على نوعين فلو رد غير الموصوف فله التبديل، لان ما يستحقه فى عهده المشروط عليه هو القسم المتصف بالوصف فله اسقاط ما يستحقه، و لما لم يمكن اعطاء الوصف فى ضمن العين فيستبدل بعين أخرى.

فان الحق فى المقام أن يقال: ان الرد تاره شرط للفسخ بلا نظر الى كون

دراساتنا من الفقه الجعفرى، ج ٤، ص: ١٥٧

...

المردود ملكا للمشتري، و أخرى

يكون المقصود رد ملك المشتري. أما على الاول فيثبت الخيار، اذ شرطه حاصل على الفرض لكن المشتري بعد الفسخ يملك الصحيح. و أما على الثاني فلا أثر لرد المعيب. نعم لو اشترط عليه بأن يقبل الاعم يجوز، كما انه يتصور هذا الشرط بغير الجنس. و ملخص الكلام ان رد المعيب في حد نفسه يكون كعدمه.

(الامر الخامس) وقع الكلام بينهم في أن هذا الخيار يسقط بالتصرف أم لا،

فينبغي أن يقع البحث في مقامين: الاول في المقتضى بأن التصرف مقتضى للإسقاط أم لا، الثاني في المانع.

أما الاول فنقول: ان التصرف بما هو لا يقتضى سقوط الخيار، نعم لو قامت القرينه على كون التصرف رضاء بالبيع يلتزم به، و التمسك بالاخبار «١» الواردة في خيار الحيوان بدعوى أن المستفاد منها كون التصرف مسقطا لخيار الحيوان، و حيث أنه ذكر فيها العله يتعدى منه الى المقام بعموم العله. مدفوع بعدم استفاده حكم كلي منها، فان الشارع حكم في ذلك الباب بسقوط الخيار بالتصرف تعبدا و لا وجه للتعدى الى غير مورده. و الحاصل ان التصرف المجرد عن القرينه لا يقتضى سقوط الخيار، و لا يمكن استفادته من الاخبار الواردة في خيار الحيوان، و الاجماع على تحققه محتمل المدرك.

فما يمكن أن يقال في وجه المنع أمور:

(الاول) ان الخيار معلق على رد الثمن فكيف يسقط بالتصرف قبل رد الثمن.

و فيه: أولا- ان هذا الاشكال انما يتوجه فيما لا يكون الخيار ثابتا بالنص، و ثانيا انه لو قلنا بجواز اسقاط ما لم يجب فلا مانع من اسقاطه بالتصرف قبل

(١) الوسائل، الجزء ١٢ الباب ٤ من أبواب الخيار.

دراساتنا من الفقه الجعفري، ج ٤، ص: ١٥٨

...

تحقيقه برد الثمن. نعم لو قلنا بعدم جوازه فالاشكال وارد، لكن لا فرق من هذه الجبهه بين اللفظ و الفعل و

الاشكال مشترك.

(الثانى) ان التصرف لا يكون مسقطا فى المقام، لان بناء المعامله على التصرف فى العوض فلا يكون كاشفا عن الرضا بالبيع.

و هذا الوجه متين فى حد ذاته الا- أنه لا- يعد من الموانع، بل معناه أنه ليس فيه اقتضاء الاسقاط، و لذا لو قامت قرينه على أنه أسقط الخيار بالتصرف لا يبقى مجال لهذا التقريب. اصف الى ذلك أنا لا نسلم كون بناء العقد فى هذه المعامله على التصرف مطلقا، بل يمكن أن يتعلق الغرض بنفس وجود العوض بلا تصرف فيه.

(الثالث) ان المستفاد من موثقه عمار حيث قال عليه السلام «ان جاء بثمانها رد اليه» «١»، ان الخيار ثابت برد الثمن و لو مع التصرف فى الثمن، و بهذه الموثقه تخصص عموم ما دل على سقوط الخيار بالتصرف.

و يرد عليه: انا قد بينا أن التصرف لا اقتضاء له لسقوط الخيار، و معه لا تصل النوبه الى التمسك بالمانع، فالعمده فى الاشكال عدم المقتضى.

(الامر السادس) أنه لو تلف المبيع تكون خسارته على المشتري

كما أن منافعه له، و هو مقتضى القاعده و النص، بل لا خلاف فيه بين الاصحاب، و انما الكلام فى أن خيار الشرط منوط بوجود المبيع و بقائه أم لا- و فى المسأله أقوال ثلاثه: أحدها سقوط الخيار بتلف المبيع سواء كان التلف بعد الرد أم قبله، ثانيها بقاؤه مطلقا و هو مختار المصنف، و ثالثها التفصيل بين قبل الرد و بعده بأن التلف قبل الرد مسقط له و أما بعده فلا كما ذهب اليه صاحب الجواهر قدس سره.

و ما يمكن أن يقال فى وجه سقوط الخيار بالتلف أمران:

(١) الوسائل، الجزء ١٢ الباب ٨ من أبواب الخيار، الحديث ١.

دراساتنا من الفقه الجعفرى، ج ٤، ص: ١٥٩

...

الاول- ان الخيار متعلق بالعين، و اذا

تلف المبيع فلا يبقى موضوع للخيار فينتفى بانتفاء موضوعه.

و الجواب عنه: انا لا نسلم كون الخيار متعلقا بالعين، بل انه متعلق بالعقد، و الذى يشهد لذلك أن الغرض من بيع الخيار تصرف البائع فى الثمن و له أن يتلفه بالتلف الاعتبارى أو الحقيقى، فلو كان الخيار متعلقا بالعين لكان منافيا له.

الثانى- أن غرض البائع من الخيار فى البيع المذكور صيانته ماله من التلف فلو تلف فلا مجال للخيار.

و يرد عليه: أولا انا لا نسلم كون غرض البائع صيانته ماله بعينه مطلقا، بل ربما يتعلق غرضه بحفظ ماله أعم منه و من بدله.

و ثانيا: ان الاغراض لا مدخلية لها فى جعل الاحكام، فلا بد من ملاحظه الدليل، فان دل على عدم سقوطه بالتلف نلتزم به بلا ملاحظه غرض البائع.

نعم لو قيد خياره ببقاء العين لكان لهذا الكلام مجال و هذا أمر آخر.

و أما القول الثالث- و هو التفصيل بين قبل الرد و بعده- فقد اختاره صاحب الجواهر، و لعله توهم أن قاعده كل بيع تلف فى زمن الخيار فهو ممن لا خيار له تشمل ما انتقل عن ذى الخيار، و من ناحيه أخرى لعله توهم أن مقتضى تلك القاعده حق الفسخ و الرجوع الى البدل، فأفاد بأنه لو كان التلف قبل الرد فليس للبائع الفسخ اذ قبل الرد لا خيار له، و أما لو كان التلف بعد الرد يكون له الخيار فيجوز له الفسخ و الرجوع الى البدل.

و على هذا الفرض يكون فى كلامه جهات من الاشكال: الاولى انه يمكن أن يكون الخيار ثابتا قبل الرد كما مر. الثانيه ان مقتضى تلك القاعده تحقق الانفساخ لا ثبوت الخيار و حق الفسخ. الثالثه أن ضمان المبيع فى

...

أمر على القاعده الاولى فانه مالك العين، و تلف كل شىء على مالكة بحسب الطبع الاولى. و كيف كان لا وجه للتفصيل الذى أفاده، فالحق هو القول الثانى الذى اختاره المصنف، أعنى ثبوت الخيار مطلقاً.

ثم انه لا- تنافى بين توقف الخيار على بقاء العين و بين وجوب ابقاء العين و ربما يقال: ان الحكم بكون الخيار متوقفاً على وجود المبيع و بقاءه و الحكم بوجوب ابقاء العين بحالها يتنافيان، لان الواجب المشروط لا يجب حفظ شرطه، فلا يجب الابقاء.

و يرد عليه: ان وجوب الابقاء ينشأ من الشرط، فان البائع يمكن أن يشترط على المشتري شرطين: أحدهما الخيار عند رد الثمن بشرط بقاء العين، و ثانيهما شرط ابقاء العين عليه. فلو تخلف يثبت للبائع خيار تخلف الشرط و ليس له خيار الشرط.

هذا تمام الكلام فيما لو تلف المبيع، و أما لو تلف الثمن فتارة يكون تلفه بعد الرد و أخرى يكون قبله، فيقع الكلام فى مقامين:

الاول: فيما لو تلف الثمن بعد الرد، فهل هو من المشتري أم لا؟ ذهب المصنف قدس سره الى الاول مستدلاً بالقاعده المسلمه بأن التلف فى زمان الخيار ممن لا خيار له.

و أورد عليه صاحب الجواهر قدس سره بمنع شمول القاعده للثمن، بل هى تخصص بالمبيع فقط. و استظهر ذلك من روايه معاويه بن ميسره قال:

سمعت أبا الجارود يسأل أبا عبد الله عليه السلام عن رجل باع داراً له من رجل و كان بينه و بين الرجل الذى اشترى منه الدار حاصر، فشرط انك ان اتيتنى بمالى ما بين ثلاث سنين فالدار دارك، فأتاه بماله. قال: له شرطه. قال أبو الجارود: فان ذلك الرجل

قد أصاب في ذلك المال في ثلاث سنين. قال: هو

دراساتنا من الفقه الجعفري، ج ٤، ص: ١٦١

...

ماله. و قال ابو عبد الله عليه السلام: أ رأيت لو أن الدار احترقت من مال من كانت تكون الدار دار المشتري «١».

و استشكل الشيخ على الاستدلال بالروايه بأنه لا وجه للاستظهار المذكور، اذ ليس فيها الا أن نماء الثمن للبائع و تلف المبيع من المشتري، و هما اجماعيان حتى في مورد كون التلف ممن لا خيار له، فلا حازه لهما الى تلك الروايه، و لا تكون الروايه مخالفه للقاعده، و انما المخالف لها هي قاعده أن الخراج بالضمان اذا انضمت الى الاجماع على كون النماء للمالك. نعم الاشكال في عموم تلك القاعده للثمن كعمومها لجميع أفراد الخيار، لكن الظاهر من اطلاق غير واحد عموم القاعده للثمن و اختصاصها بخيار المجلس و الشرط و الحيوان.

اذا عرفت ذلك فاعلم أن تحقيق الكلام في المقام يستدعي البحث عن أمور:

(الاول) في وجه استظهار صاحب الجواهر ما ادعاه من الروايه. و يمكن أن يكون وجه استظهاره أنه يستفاد من الروايه ان نماء الثمن للبائع، و بمقتضى قاعده أن الخراج بالضمان يحكم بان التلف على البائع. لكن قد مر أن الروايه ضعيفه بابن ميسره، لعدول الشيخ من الروايه الى الاجماع، اذ لو أغمض عن انضمام قاعده الخراج بالضمان لا- أثر للإجماع و لا للروايه، و مع ضم تلك القاعده الى كل من الاجماع و الروايه يفيد و تكون النتيجة خلاف قاعده أن التلف في زمن الخيار ممن لا خيار له. و الحق أنه لا يحتاج في اثبات كون النماء للبائع الى الروايه و لا الى الاجماع، فان كون النماء للبائع مع كونه مالكا للثمن أمر

(١) الوسائل، الجزء ١٢ الباب ٨ من أبواب الخيار، الحديث ٣.

دراساتنا من الفقه الجعفرى، ج ٤، ص: ١٦٢

...

(الثانى) ان قاعده الخراج بالضمان هل له مدرك أم لا؟ و الحق هو الثانى، فان المدرك لها ما رواه الطوسى فى كتاب البيع و هو: قوله صلى الله عليه و آله «الخراج بالضمان». و هذه الروايه لا اعتبار بها سندا كما هو ظاهر، و أما من حيث الدلاله فيمكن أن يكون المراد منها أن الضمان العقدى المعاملى يقتضى أن يكون المنافع للضامن و لا يرتبط بالضمان التعبدى، و فى المقام الضمان تعبدى بحكم الشارع.

(الثالث) ان قوله «التلف فى زمان الخيار ممن لا خيار له» هل يعارضه قوله «الخراج بالضمان» أم لا؟ الحق أن دليل التلف حاكم على دليل الضمان، فانه يبطل العقد بالتلف قهرا و لا يبقى موضوع للضمان كما لا يخفى. و ان أبيت عن ذلك فنقول: ان دليل التلف خاص لا اختصاصه بما اذا كان الخيار للطرف الواحد، و أما دليل الضمان بالخراج فهو عام، فيقدم عليه بقانون تقدم الخاص على العام.

(الرابع) ان قوله «التلف فى زمن الخيار ممن لا- خيار له» هل يختص بخصوص المبيع أو يشمل الثمن أيضا، و أيضا انه يختص بالخيارات الثلاث و هو المجلس و الحيوان و الشرط أو يعم جميع الخيارات. و التفصيل فى ذلك و التحقيق فيه موكول الى محله فى أحكام الخيار.

هذا تمام الكلام فى المقام الاول، و أما المقام الثانى- و هو ما كان التلف قبل الرد- فربما يقال: بأن التلف على البائع، لأنه لا خيار له قبل الرد.

و أورد عليه الشيخ: أولا بأن الخيار ثابت من الاول، و ثانيا بأنه لا فرق بين الخيار المتصل

و المنفصل فلا وجه لما أفيد.

و يرد على الشيخ: أولاً أنه يمكن أن يكون الخيار منفصلاً عن العقد بحسب

دراساتنا من الفقه الجعفري، ج ٤، ص: ١٦٣

...

الجعل. و ثانياً ان هذا الحكم يمكن أن يكون من أحكام الخيار الفعلي لا-الأعم منه و الانشائي، فمع فرض انفصال الخيار لا يتحقق.

ثم ان الشيخ قال: ثم ان قلنا بأن تلف الثمن من المشتري انفسخ البيع، و ان قلنا بأنه من البائع فالظاهر بقاء الخيار، فيرد البدل و يرتجع المبيع.

و الحق التفصيل بأن نقول: ان شرط الخيار لو كان رد شخص الثمن فلا مجال لبقاء الخيار، و ان كان أعم منه و من بدله فالحق ما أفاده الشيخ.

(الامر السابع) أنه هل يكفي الرد الى وكيل المشتري أو وليه الخاص كالأب أو العام كالحاكم أو العدول عند عدمه أم لا.

إشارة

الحق أن يقال: انه لا بد أن يلاحظ سعة الشرط و ضيقه، فلو كان الخيار مشروطاً برد الثمن الى خصوص المشتري لا يثبت الخيار بالرد الى غيره، اذ معامله لا تتحقق، كما أنه لو علق الخيار بالرد الى أعم منه و من وكيله أو وليه يثبت بالرد الى وكيله، و الوجه فيه ظاهر. و انما الكلام فيما لو علق الخيار على الرد اليه من باب المورديه لا من باب القيديه فهل يجوز الرد الى غيره أم لا؟ ربما يقال بأنه فرق بين التصريح بالعموم و بين عدم التصريح، فمع التصريح بالعموم يجوز الرد الى وكيله و مع عدم التصريح لا يجوز، و لو كان ذكر المشتري من باب المورديه اذ الشرط للخيار الرد الى المشتري، و دليل الوكاله أو الولاية لا يقتضى أن يكون الرد الى الوكيل رداً الى المشتري، و عليه لو مات البائع يجوز لوارثه أن يرد الثمن الى المشتري، و أما لو مات المشتري فلا- يجوز للبائع أن يرد

الى وارثه.

و يمكن الذب عن هذا الاشكال بأن ذكر المشتري ان كان من باب أنه مورد لا من باب أنه مالك، لا فرق بينه وبين وكيله. و
بعبارة أخرى: فرق بين كون

دراساتنا من الفقه الجعفري، ج ٤، ص: ١٦٤

...

قمي، سيد تقى طباطبائي، دراساتنا من الفقه الجعفري، ٢ جلد، مطبعة الخيام، قم - ايران، اول، ١٤٠٠ هـ ق دراساتنا من الفقه
الجعفري؛ ج ٤، ص: ١٦٤

الحيثية المالكية تقيديه و بين كونها تعليليه، و بتعبير آخر نقول: تاره بلحاظ دليل الوكالة نلتزم بالجواز فللاشكال مجال، و أخرى
ندعى بأن دائره الجعل من الاول تسع الوكيل، اذ ذكر المشتري بخصوصه بما انه ذو صلاحية لان يتصرف في المال، و حيث أن
وكيله له هذه الصلاحيه فيجوز الرد اليه، فالمتبع سعه الجعل و ضيقه.

اذا عرفت هذه المقدمة فلنتعرض لجهات البحث في ضمن مسائل:

(الاولى) انه هل يجوز رد الثمن الى الوكيل أو لا بد أن يرد الى نفس المشتري؟

و الكلام فيه قد مر آنفا بأن الرد الى المشتري ان كان من باب خصوصيه له فلا- يجوز رده الى وكيله، و أما ان كان من باب
المورد و انه ذو صلاحية في التصرف في المال يجوز.

(الثانية) انه هل يجوز رده الى الحاكم عند عدم التمكن من الوصول اليه،

و الكلام فيه هو الكلام، فانه لو كان للجعل سعه و كان الولي هو الحاكم لعدم التمكن من الوصول اليه يجوز الرد اليه. و منه
يظهر الحال في الدفع الى العادل أو الفاسق مع فقدان المرتبه السابقه.

(الثالثة) هل يجوز الرد الى وليه الخاص اذا تحققت المعامله بيده كالأب و الجد أم لا.

و الحق أن يقال كما قلنا آنفا: اذا اشترط الرد الى خصوص المشتري بما أن له خصوصيه في ذلك فلا يجوز الرد الى وكيله، و
أما اذا اشترط أعم من ذلك او أطلق فلا ريب في جوازه.

(الرابعة) انه اذا مات المشتري قبل الرد فهل يجوز الرد الى وارثه أم لا؟

و الحكم يظهر مما مر، فانه تابع للجعل.

دراساتنا من الفقه الجعفري، ج ٤، ص: ١٦٥

...

(الخامسة) انه اذا مات البائع قبل الرد فهل يثبت الخيار لوارثه بالرد الى المشتري أم لا؟

و الظاهر أنه لا اشكال في ثبوته فان ما تركه الميت فلو ارثه.

(السادسة) انه لو اشترى حاكم للصغير شيئاً فهل يجوز للبائع أن يرده الى حاكم آخر أم لا؟

و الكلام فيه قد ظهر مما بيناه آنفا بأنه لا بد أن يلاحظ كيفية جعل الشرط سعه و ضيقاً، فانه ان كان مختصاً بخصوص الحاكم المعين في مقام الجعل فلا يجوز أن يرده الى الحاكم آخر و لا يجوز له أخذه، و ان كان الرد اليه من باب أنه مورد فيجوز الرد الى الحاكم الثاني. هذا فيما لا- يكون مزاحمه مع الاول، و أما مع المزاحمه فلو قلنا بجوازها فيجوز أيضاً، و أما لو قلنا بعدم جوازها فلا يجوز، اذ في هذا الفرض لا تكون الولاية للمزاحم.

(الامر الثامن) اذا أطلق اشتراط الفسخ برد الثمن لم يكن له ذلك الا برد الجميع،

فلو رد بعضه لم يكن له الفسخ، و ليس للمشتري التصرف في المدفوع اليه لبقائه على ملك البائع. و الظاهر أنه ضامن له لو تلف اذا دفعه اليه على وجه الثمنيه. نعم لو جعله امانه عنده الى أن يجتمع قدر الثمن فيترتب عليه حكم الامانه من عدم الضمان في صورته التلف. و أفاد سيدنا الاستاذ دام ظله لا- معنى لدفع البعض بعنوان أنه ثمن، اذ المفروض أنه ليس له الفسخ برد البعض فيكون امانه عند المشتري، فلو تلف عنه لا يكون ضامناً.

و يرد عليه: انه لا- نسلم عدم كون دفع البعض على وجه الثمنيه، اذ يمكن أن يدفع بهذا العنوان، غايه الامر لا يترتب عليه الاثر فليس له الفسخ، فيكون نظير المقبوض بالعقد الفاسد من كون اليد ضماناً.

ثم انه هل يجوز جعل الخيار في كل جزء بشرط رده أم لا. قال الشيخ:

و لو شرط البائع الفسخ في كل جزء برد ما يخصه من الثمن جاز الفسخ فيما

دراساتنا من الفقه الجعفري، ج ٤، ص: ١٦٦

...

قابل المدفوع، و للمشترى خيار التبعيض اذا لم يفسخ البائع بقيه المبيع و خرجت المده.

و

يقع الكلام فى موضعين: الاول ان اشتراط الخيار برد بعض الثمن صحيح أم لا؟ أما الموضوع الاول فرىما يقال بعدم الجواز، لان الشرط رد الثمن و رد الجزء ليس مصداقا للشرط، أما الاول فرىما يقال انه لا يثبت الخيار برد بعض الثمن، لأنه يتوقف على رد الثمن، اذ المعامله الواحده غير قابله للتبعيض.

و ىرد عليه نقضا و حالا: أما النقض فبما يباع ما يملك و ما لا يملك، فانه صحيح بالنسبه الى ما يملك و باطل بالنسبه الى ما لا يملك. و أما الحل فبأن الانشاء واحد لكن المنشأ متعدد.

لكن الانصاف أن الالتزام بالصحه فى غايه الاشكال، لأننا ذكرنا أن اشتراط الخيار على خلاف القاعده و خلاف الكتاب و السنه، و انما التزمنا به لأجل النص الخاص الوارد فى المقام، و حيث أنه لا يشمل المقام فلا يمكن الالتزام به.

و على هذا فلا تصل النوبه الى البحث عن المقام الثانى، و هو ثبوت خيار تبعض الصفقه للمشتري.

لكن لو تنزلنا عما قلناه فى المقام الاول فهل يكون للمشتري خيار تبعض الصفقه كما عليه الشيخ؟ فنقول: ان خيار تبعض الصفقه ليس له عنوان مستقل فى الفقه بل هو داخل فى خيار تخلف الشرط، فلو جعل للبائع الخيار برد كل جزء بلا اشتراط شىء عليه لا- يتحقق خيار للمشتري لعدم المقتضى، و لو جعل له الخيار فى كل جزء لكن بشرط رد تمامه تدريجا ففى صوره التبعض و مضى المده يكشف فساد فسخه، لان جعل الخيار كان بنحو مقيد و المفروض أن القيد لم يتحقق، و لو جعل له الخيار فى كل جزء لكن اشترط عليه بأنه لا يبعض فلو بعض

دراساتنا من الفقه الجعفرى، ج ٤، ص: ١٦٧

قوله: مسأله

لا إشكال ولا خلاف في عدم اختصاص خيار الشرط بالبيع و جريانه في كل معاوضه لازمه (١).

و مضت المده يثبت للمشتري خيار تخلف الشرط و ان شئت سمه خيار التبعض.

ثم انه هل يجوز جعل الخيار برد جزء غير معين من الثمن أم لا؟ ربما يقال بعدم الجواز للغرر، و أفاد سيدنا الاستاذ على ما في التقرير بأنه لا يلزم الغرر اذ المجموع أقل ما يصدق عليه عنوان الرد بنحو اللابشرط عن الزيادة فلا غرر.

و ما أفاده تام ان كان المراد من الجزء ما ذكره، و أما ان كان المراد مقداراً معيناً عند البائع مجهولاً عند المشتري فلا يتم ما أفاده. و عليه نقول: لو التزمنا بفساد البيع الغرري و صدق هذا العنوان فلا بد من الالتزام بالفساد، لكن حيث أن الغرر بمعنى الخطر يمكن أن يتصور في بعض الموارد عدم صدق الخطر و ان المقدم يعلم بأنه رابح على كل تقدير، و تميز الموارد موكول بنظر المتعاقدين.

(الامر التاسع) قال المصنف: انه كما يجوز للبائع اشتراط الفسخ برد الثمن كذا يجوز للمشتري اشتراط الفسخ برد الثمن.

و الحق أن يقال: ان المدرك في المقام ان كان دليل وجوب الوفاء بالشرط لا يمكن الالتزام بصحة الشرط المذكور لكونه خلاف الكتاب و السنه، و انما التزمنا بصحة اشتراط الخيار عند رد الثمن للروايات الخاصه. و ان كان المدرك الروايات الخاصه فأيضاً يشكل الالتزام بالجواز، فان موردها شرط رد الثمن فلا يتعدى الى غير موردها. لكن لا يبعد أن يكون الجواز بين الاصحاب مما لا شبهه فيه، و على تقدير الجواز يجرى فيه جميع ما ذكرناه في رد الثمن فلاحظ.

[مسأله لا إشكال و لا خلاف في عدم اختصاص خيار الشرط بالبيع و جريانه في كل معاوضه لازمه]

اشاره

أقول: يقع الكلام في أن هذا الخيار يجرى في غير البيع من العقود

دراساتنا من الفقه الجعفري، ج ٤، ص: ١٦٨

...

اللازمه، و هل يجرى في العقود الجائزه، و هل يجرى في الايقاعات؟ فلا بد من البحث في مقامات ثلاث:

(المقام الاول) في جريانه في غير البيع من العقود اللازمه و عدم جريانه.

اشاره

و الحق أن يقال انه لو كان المدرك تلك النصوص الخاصه فلا يمكن التعدى الى غير البيع، اذ لا عموم و لا اطلاق فيها، فعليه لا بد من النظر الى كل واحد من العقود اللازمه كى نرى أنه يمكن الالتزام بجريان الخيار فيه بحسب ما بأيدينا أم لا، فنقول: ان من العقود اللازمه هي الاجاره فهل يجرى فيه خيار الشرط أم لا. الحق أن يقال: انه لا شبهه في جريانه لقيام السيره الكاشفه عن رأى المعصوم فلا- مجال للبحث عن شمول الروايات لها و عدمه، اذ أن المفروض أن جريان هذا الشرط فيها أمر مسلم عند المتشرعه بما هم كذلك و منها النكاح، أما من ناحيه المقتضى فالحق عدم ما يقتضى الجواز، فان النصوص الخاصه لا تشمله و دليل الشرط أيضا لا يشمله، لان هذا الشرط على خلاف الكتاب فانه يجب الوفاء بالعقد.

و لو وصلت الى مرحله الشك لا يجوز التمسك بالدليل، اذ مقتضى الاستصحاب أن هذا الحق لم يجعل فى الشريعه، فشرطه على خلاف الجعل الشرعى. مضافا الى أن عدم الجواز لعله مما لا شبهه فيه و لا كلام فيه بين الاصحاب،

و أما من ناحيه المانع فربما يعد موانع فى المقام:

المانع الاول - قيام الاجماع على عدم جواز الشرط المذكور فى النكاح.

و فيه ما فيه، فانه كيف يحصل فى مثل المقام اجماع تعبدى.

المانع الثانى - انه ثبت فى الشريعه أن رافع النكاح انما هو الطلاق فلا يرتفع بالفسخ.

و فيه أن اثبات الشىء لا ينفى ما عداه، و الذى يشهد لما ذكرنا أن الخيار ثابت فى النكاح فى جمله من الموارد.

دراساتنا من الفقه الجعفرى، ج ٤، ص: ١٦٩

...

المانع الثالث - ان الخيار يجرى فى مورد يكون التقايل فيه جائزا كالبيع مثلا،

و بما أن التقايل لا طريق له فى النكاح فكذلك الخيار. و فيه ان هذا مجرد ادعاء، و لذا يجرى الخيار فى النكاح ببعض العيوب، فلا ملازمه بين الامرين.

المانع الرابع - ان النكاح فيه شائبه العباده، و كل ما كان كذلك فلا يقبل الرجوع،

لقوله «ما كان لله لا رجعه فيه» (١).

و فيه: أولاً- بالنقض فى موارد يجوز الرجوع فيها، كما اذا تحقق أحد من موجبات فسخ النكاح. و ثانيا ان النكاح لا يشترط فيه قصد القربة قطعا.

المانع الخامس – ان جعل خيار الفسخ فى النكاح موجب لابتنال المزوجه و هو ضرر عليها فيشملة دليل نفي الضرر.

و يرد عليه: أولاً- ان الدليل أخص من المدعى، اذ ربما لا يكون كذلك بل يكون الامر بالعكس. و ثانيا ان الزوجه بنفسها قد أقدمت على ذلك على الفرض و مع الاقدام كيف يمكن التمسك بدليل نفي الضرر.

أضف الى ذلك أن دليل نفي الضرر لا يستفاد منه الا الحكم التكليفى و هى الحرمة، و هى لا تنافى الصحه كما حقق فى محله.

المانع السادس – ان بناء النكاح يكون على الدوام، فيكون شرط الخيار منافيا لمقتضى العقد.

و يرد عليه: انه لا ينافى الدوام بل يؤيده، و انما المنافى للدوام التوقيت لا جعل الخيار.

المانع السابع – ان لزوم النكاح حكمى فلا يكون قابلا للفسخ.

و فيه: انه أول الدعوى. و ملخص الكلام أن القصور فى ناحيه المقتضى

(١) الوسائل، الجزء ١٣ الباب ١١ من أبواب الوقوف و الصدقات الحديث ١.

دراساتنا من الفقه الجعفرى، ج ٤، ص: ١٧٠

...

و تسلم الامر عند الكل و منها الوقف.

و ما قيل أو يمكن أن يقال فى عدم جواز اشتراط خيار الفسخ فيه أمور:

الاول – الاجماع.

و فيه ما تكرر منا من الاشكال فى الاجماع.

الثانى – ان الوقف من الامور العباديه

و لذا يشترط فى تحققه قصد القربه فيكون داخلا فى عموم قوله «ما كان لله فلا رجعه فيه» (١).

و استشكل سيدنا الاستاذ دام ظله بأن هذه الروايه لا تعم جميع ما كان لله، فانها ناظره الى ما كان قصد القربه مقوما له كالصدقه، و أما ما لم يكن كذلك بل كان قصد القربه شرطا له كما فى المقام فلا تشمله الروايه و الا يلزم عدم جواز الفسخ فى البيع الذى تحقق له تعالى.

و يرد عليه: ان ما أفاده خلاف الاطلاق المستفاد من الروايه، فان مقتضى اطلاق الروايه أن كلما يكون له تعالى لا رجوع فيه. لكن الاشكال فى اشتراط القربه فى الوقف، و لذا قيل يصح الوقف من الكافر و كيف يتمشى منه قصد التقرب و لا شبهه فى صحه وقف المخالف و الحال أن الولايه شرط صحه العباده.

الثالث – ان الوقف عباره عن فك الملك و لا يقابل بالعض،

و الخيار انما يتحقق فى المعاوضات.

و يرد عليه: أولا انا لا نسلم كون الوقف فك الملك مطلقا، بل ربما يكون تمليكا غايه الامر يكون ملكا محبوسا لا يجوز لمالكه التصرف فيه.

و ثانيا: انا لا نسلم ان العقد لو لم تكن فيه المعاوضه لا يتحقق فيه الخيار.

و ان شئت فقل الاشكال إما ناش من عدم العوض فلينتقض بالهبه المعوضه، و اما ناش من عدم كونه ملكا فنقول ربما يكون ملكا مضافا بأن التحرير لا يمكن

(١) الوسائل، الباب ٣ من الوقوف، الحديث ٣.

دراساتنا من الفقه الجعفرى، ج ٤، ص: ١٧١

...

الرجوع فيه أول الكلام.

الرابع – ان بناء الوقف يكون على التأييد فجعل الخيار ينافيه.

و فيه: أولاً- ان بناء الوقف لا- يكون على التأييد مطلقا، فان الوقف الموقت جائز على ما سلكناه. و ثانيا انه لا منافاه بين التأييد و جعل الخيار، كما أن الامر كذلك فى البيع فان البناء فيه على التأييد و يجوز جعل الخيار فيه.

ان قلت: ان الوقف يقتضى سكون الموقوف و عدم حركته، و اشتراط الخيار ينافيه.

و فيه: ان الاقتضاء المذكور فى الوقف انما يكون فيما لا يجعل فيه الخيار و الا فلا اقتضاء فيه.

الخامس - النص الوارد فى المقام،

فان فى المقام روايتين:

الاولى- ما رواه اسماعيل بن الفضل قال: سألت أبا عبد الله عليه السلام عن الرجل يتصدق ببعض ماله فى حياته فى كل وجه من وجوه الخير. قال: ان احتجت الى شىء من المال فأنا أحق به ترى ذلك له و قد جعله الله يكون له فى حياته فاذا هلك الرجل يرجع ميراثا أو يمضى صدقه. قال: يرجع ميراثا على أهله «١».

و تقريب الاستدلال: ان الشرط فاسد فيفسد العقد، و لذا حكم عليه السلام بانتقاله ارثا، اذ الانتقال لم يتحقق بالوقف.

و ربما يستدل بها على الصحة، حيث أن الامام حكم بكون العين ميراثا فيصح جعل الخيار.

و استشكل سيدنا الاستاذ دام ظله بأن الاستدلال على الصحة يحتاج الى تقدير، بأن يقول السائل فاحتاج ففسخ، و هو خلاف الظاهر.

(١) الوسائل، الجزء ١٣ الباب ٣ من أبواب الوقوف، الحديث (٣).

دراساتنا من الفقه الجعفرى، ج ٤، ص: ١٧٢

...

و يرد عليه: ان هذا المعنى يستفاد من ظاهر الروايه و لا يحتاج الى التقدير لكن الحق أن يقال: ان الروايتين المذكورتين خارجتان عن موضوع البحث فانهما تدلان على صحة الوقف الموقت.

و أفاد سيدنا الاستاذ دام ظله بأن كلما يجرى التقايل فيه يجرى الخيار فيه و

كلما لا يجرى التقايل فيه لا يجرى الخيار فيه، و حيث ان الوقف لا يجرى فيه الاقاله لا يجرى فيه الخيار.

و فيه: انه لا يرتبط أحد البابين بالآخر كما تقدم، فلو ثبت اجماع تعبدى على الجواز نلتزم به، و الا فعلى القاعده لا يجوز جعل الخيار فيه بالشرط، فان مقتضى عدم جعل هذا الحق فى الشريعه يقتضى أن يكون شرط الخيار خلاف المقرر الشرعى فلا يصح، كما أن مقتضى عدم الانتقال بالفسخ فساد الشرط.

و منها- الصدقه. و استدل على عدم الجواز بالنص الدال على أن ما كان لله لا يرجع. و أفاد سيدنا الاستاذ دام ظله على ما فى التقرير بأن هذا حكم طبعى كالباع حيث ان طبعه اللزوم و لا ينافيه جعل الخيار، فالاولى فى التقريب أن يقال: انه يفهم من هذا العام حكما غير قابل للتخصيص، كقوله «ما خالف الكتاب فاضربه على الجدار».

و يرد عليه: ان الاطلاق المستفاد من الروايه يقتضى الفساد.

و أفاد السيد فى الحاشيه بأن مفاد الروايه الرجوع بلا- جعل الخيار و أما معه فلا تدل عليه الروايه. و فيه: أنه خلاف الاطلاق المستفاد منها.

و أفاد أيضا: ان الرجوع بالخيار لا يكون رجوعا، لان اخراج المال بالخيار ليس اخراجا على كل حال و هو ليس اخراجا حقيقه. و ما أفاده أيضا

دراساتنا من الفقه الجعفرى، ج ٤، ص: ١٧٣

...

فاسد، فان الاخراج بالخيار مصداق للإخراج. و الحق أنه لا- قصور فى الروايه دلالة، مضافا الى أن الشك فى الصحه يكفى للبطلان كما أفاده قدس سره.

و منها- الصلح. فانه هل يجوز فيه جعل الخيار مطلقا أو لا يجوز كذلك أو يفصل بين ما كان فائدته البراء فلا يجوز و بين غيره فيجوز؟ فنقول: لو قلنا

بان الصلح ليس عقدا برأسه فلا- مجال لهذا البحث فيه، و ان قلنا انه عقد برأسه فنقول لا مجال للتمسك بالإجماع لما فيه من الاشكال، لكن حيث أن عموم وجوب الوفاء يقتضى اللزوم فالشرط يكون على خلاف الكتاب، كما أن مقتضى عدم هذا الحق مجعولا من قبل الشارع يقتضى فساد الشرط.

و منها- الضمان. أفاد المحقق النائيني قدس سره بأن لزومه حكمي، و المراد باللزوم الحكمي أنه لا يجرى فيه التقايل. و أفاد بأن أثره انتقال الضمان الى ذمه الضامن فلا يضمن المضمون عنه الا بضمان آخر. و هذا الذي أفاده قدس سره لا يكون برهانا على المدعى، و قد ذكرنا أن جريان الخيار لا يستلزم جواز التقايل، فان كلا منهما يتوقف على دليله، و العمده أن شرط الخيار يحتاج الى الدليل، و حيث لا يكون فلا يمكن الالتزام به، و دليل نفوذ الشرط لا يحقق موضوعه.

و منها- الرهن. فان المصرح به في كلام غايه المرام على ما في كلام الشيخ قدس سره أن جعل الخيار فيه ينافى كونه وثيقه.

و فيه: انه ان ساعد الدليل فلا اشكال من هذه الناحيه، اذ المفروض أنه برضى الطرفين، فالعمده عدم الدليل، بل مقتضى الاصل عدم المشروعيه.

و منها- الصرف نقل عن بعض الشافعيه أن مصلحه اشتراط القبض في المجلس لقطع العلقه و جعل الخيار ينافى هذا الغرض.

دراساتنا من الفقه الجعفري، ج ٤، ص: ١٧٤

...

و فيه: أولا- ما الدليل على كون المصلحه ما ذكر، و ثانيا أنه يمكن أن يقطع العلقه من ناحيه و يجعل العلقه من ناحيه أخرى بالتراضى بين المتعاقدين، و العمده مساعده الدليل. و يمكن أن ما ادعاه الشافعي يكون سببا لما عن السرائر و الغنيه من دعوى الاجماع

على عدم دخول الخيار فيه، و حال مثل هذه الاجماعات ظاهر.

و منها- القسمة. و فصل الشيخ بين القولى منها و الفعلى فالترم بالجواز فى الاول و بالمنع فى الثانى، بدعوى أنه لا يمكن أن يرتبط القول بالفعل، و حيث أن الشرط متحقق بالقول فلا يجرى فى الفعلى منها و لذا لا يجرى فى المعاطاه أيضا.

و يرد عليه: أولا- أنه لا مانع من ارتباط القول بالفعل كما هو ظاهر، و ثانيا انه يمكن أن يتحقق الاشتراط بدال فعلى و لو مع ضم القرائن أو المقاوله السابقه على العقد، فالعمده أن القصور فى المقتضى و عدم الدليل فى مقام الاثبات.

و ملخص الكلام أنه يمكن الالتزام بجريان شرط الخيار فى العقود اللازمه بأحد أمور:

الاول- الاجماع.

و اشكاله ظاهر.

الثانى- بأن اطلاق دليل الشرط يقتضى صحه.

و فيه: ان الحكم لا يحقق موضوعه و دليل الاشتراط ليس مشرعا فلا بد من اثبات الجواز فى الرتبه السابقه.

الثالث- عموم دليل وجوب الوفاء بالعقد،

بدعوى أنه يقتضى صحه العقد بتمام شئونه و الشرط من شئونه.

دراساتنا من الفقه الجعفرى، ج ٤، ص: ١٧٥

...

و فيه: انه يشترط فى الشرط أن لا يكون مخالفا، و الاصل يقتضى عدم جعل هذا الحق للشارط.

الرابع - أن الاقاله جائزه فشرط الخيار أيضا جائز.

و فيه: انه لا- ملازمه بين الامرين، فان الاقاله رفع اليد من العقد من الجانبين، و الفسخ رفع اليد و لو مع عدم رضى الاخر. و الحاصل انه لا تلازم بين الامرين، فانقذح أنه لو لم يقيم دليل على الجواز ففى كل مورد شك فى الجواز الاصل عدم الجواز و فساد الشرط.

(المقام الثاني) انه هل يجرى خيار الشرط فى العقود الجائزه أم لا.

اشاره

و استدل على عدم الخيار بأمر:

الاول- ان جعل الخيار مع كون العقد جائزا يكون لغوا،

اذ العقد الجائز لا ينفك عن الجواز فلا يترتب عليه أثر فيكون لغوا.

و يرد عليه: انه لا- نسلم كونه لغوا بل يترتب عليه الاثر و هو انتقاله الى الورثه بموت من يكون له الخيار. و أيضا يظهر أثر الجعل فى صورته لزوم العقد الجائز كتصرف المتهب فى العين الموهوبه

الثانى- ان اشتراط الخيار فى العقد الجائز يوجب اجتماع المثلين.

وفيه: انه قد مر الجواب عنه فى بحث خيار المجلس، مضافا الى ما قيل ان الخيار الحكمى متعلق بالعين و الحقى متعلق بالعقد.

الثالث- ان اشتراط الخيار فى المقام تحصيل للحاصل،

فان جواز الفسخ حاصل و لا يحتاج الى تحصيله باشتراط الخيار.

وفيه: ان الحاصل بالشرط فرد آخر من الخيار غير ما كان حاصلًا، فليس

دراساتنا من الفقه الجعفرى، ج ٤، ص: ١٧٦

...

تحصيلا للحاصل.

الرابع- ان اشتراط الخيار فى العقود الاذنيه لا يرجع الى محصل،

لان وجود العقد متقوم بالاذن فاذا رفع الاذن عن اذنه يرتفع الجواز.

و يرد عليه: أولا ان الدليل اخص من المدعى لعدم كون العقود الجائزه اذنيه بتمامها، و ثانيا ان العقود الاذنيه اذا تحققت بصوره

العقد يترتب عليها أحكام العقود و منها اشتراط الخيار فيها.

و لكن الذى يسهل الخطب أن الكلام فى المقتضى، فانه لا دليل على صحه هذا الشرط، و اذا شك فيه فالاصل عدمه. و لا يمكن التمسك بالعمومات لكونه شبهه مصداقيه، و أصله عدم جعل الشارع هذا الحق للمتعاقدين يقتضى أن يكون الشرط على خلاف السنه.

(المقام الثالث) فى جريانه فى الايقاعات و عدمه،

اشاره

و ما قيل أو يمكن أن يقال فى وجه عدم الجواز أمور:

الاول- الاجماع،

فانه نقل عن المبسوط دعوى الاجماع على عدم جريانه فى الطلاق و العتق، و عن المسالك دعواه على عدم جريانه فى الابراء. و فيه: انه على فرض تحققه محتمل المدرك.

الثانى- ان دليل الشرط منصرف عن الشرط الواقع فى ضمن الايقاع

كما انه منصرف عن الشرط الابتدائى، و عن القاموس ان الشرط التزام فى ضمن البيع و غيره بناء على كون المراد بالغير بقيه العقود.

و فيه: انه لا وجه للانصراف، و لا يلزم فى صدق عنوان الشرط تحقق الالتزامين بل يصدق و لو فى ضمن التزام واحد، و الشرط الابتدائى خارج بالتخصص

دراساتنا من الفقه الجعفرى، ج ٤، ص: ١٧٧

...

أو بالتخصيص.

الثالث- ان الايقاع أمر يقوم بالطرف الواحد و الشرط يتوقف تحققه على وجود الطرفين فلا يتحقق فى ضمنه.

و فيه: انه لا- تنافى بين كون الايقاع قائما بشخص واحد، و الشرط الواقع فى ضمنه قائما بطرفين كما اعتق عبده و يشترط عليه شرطا.

الرابع - ان الايقاع أمر عدمى

فان العتق ازاله للملكيه و الفسخ أيضا ازاله للأمر الثابت، فمعنى الخيار فيه اعتبار العدم فى العدم.

و فيه: أنه يلزم أن يلاحظ وجه الاشكال، فان الاشكال اذا كان من باب استحاله اعاده المعدوم فهذا الاشكال فلسفى و تحقيقه موكول الى بحثه، و ربما يقال بجواز الاعاده. و كيف كان هذا الاشكال مشترك بين المقام و بقيه الموارد التى يجرى فيها الخيار، مضافا الى أنه ليس اعاده للمعدوم بل ايجاد لفرد مماثل للمعدوم و انما النظر المسامحى يراه اعاده، و ان كان الاشكال من ناحيه أن الفسخ ازاله للأمر الثابت فلا معنى لان يتعلق بالأمر العدمى، فجوابه أنه لو كان مرجع الفسخ فى مثل هذه الموارد الى ايجاد أمر وجودى فلا اشكال، فان الرجوع فى العتق يرجع الى ايجاد الرقيه.

الخامس - ان المنشأ كعتق العبد مثلا اما معلق على شىء و اما غير معلق،

فعلى الاول يرد عليه أن التعليق مبطل له، و على الثانى يكون الشرط ابتدائيا فلا يجب الوفاء به.

و يرد عليه: ان المنشأ معلق على التزام الطرف الاخر، الا أنه غير ضائر لان التعليق على أمر موجود بالفعل و محرز وجوده لا يكون مبطلا كما مر منافى

دراساتنا من الفقه الجعفرى، ج ٤، ص: ١٧٨

قوله: الرابع خيار الغبن (١).

بعض المباحث. و بعبارة أخرى: بطلان التعليق بلحاظ الاجماع و يقتصر فيه على القدر المتيقن منه، و يشهد لما ذكرنا من عدم فساد الايقاع بالتعليق النص الوارد فيه «١».

السادس - ان الخيار ملك فسخ العقد و لا حل الا بين الامرين فلا موضوع له فى الايقاع.

و فيه: ان الخيار عباره عن ملك فسخ ما أحقه ذو الخيار فله أن يرفع اليد عما فعله و اعتبره، و يشهد له صحه الاستعمالات المتداوله كقوله «عرفت الله بفسخ العزائم».

فانقذ مما تقدم أن العمده فى الاشكال عدم المقتضى للصحه، اذ دليل الشرط لا يكون مشرعا، مضافا الى ان أصاله عدم جعل الشارع هذا الحق للموقع يقتضى أن يكون الشرط خلاف السنه فيبطل.

اشاره

أقول: انه نقل عن الصحاح ان الغبن بالتسكين نقص فى البيع و بالتحريك نقص فى الرأى، و هو فى الاصطلاح معاوضه المال بما يزيد على قيمته السوقيه و لا تكون الخديعه معتبره فى صدق الغبن، كما أنه لا يشترط فيه كون المغبون جاهلا، و لذا يقال «فلاين أقدم على معامله غبنيه» و ان كان معتبرا فى صدق معناه اللغوى. و على كل حال ان الغبن ليس بمجمل عند العرف، بل يعلمه الكل و لا حاجه الى اطاله المقال.

و الذى يهمنى فى المقام النظر الى أدله خيار الغبن و البحث عن مقتضاه، و قبل الخوض فى ذكر الادله لا بد أن نقول كما قال الشيخ: ان المراد بالزيادة عن قيمه السوقيه أو النقص عنها ما يكون مع ملاحظه ما انضم اليه من الشرط، فلو باع كتابا يساوى عشره دنانير بأقل منه مع اشتراط الخيار لنفسه فلا يكون مغبونا، لان للشرط قسطا من الثمن.

(١) الوسائل، الجزء ١٦ الباب ١١ من أبواب العتق.

دراساتنا من الفقه الجعفرى، ج ٤، ص: ١٧٩

...

فقول: ما يمكن أن يقال فى وجه ثبوت هذا الخيار أمور:

الوجه الاول - الاجماع.

و فيه ما عرفت.

الوجه الثانى - ما استدل به العلامة فى التذكرة و هو قوله تعالى «إِنَّا أَنْ تَكُونَ تِجَارَةً عَنْ تَرَاضٍ مِنْكُمْ»

«١» بتقريب أن المغبون لو عرف الحال لم يرض.

و وجه الشيخ كلامه بأن رضاء المغبون يكون ما يأخذه عوضا عما يدفعه مبنى على عنوان مفقود و هو عدم نقصه عنه فى المالىه، فكأنه قال اشترت هذا الذى يساوى درهما بدرهم، فاذا تبين انه لا يسوى درهما تبين انه لم يكن راضيا به عوضا، لكن لما كان المفقود صفه من صفات المبيع لا يكون تبين فقده كاشفا عن بطلان البيع، بل كان كسائر الصفات المقصوده التى لا يوجب تبين فقدها الا الخيار فرارا عن استلزام لزوم المعامله الزامه بما لم يلتزم و لم يرض به، فالايه انما تدل على عدم لزوم العقد، فاذا حصل

التراضى بالعوض الغير المساوى كان كالرضا السابق بفحوى حكم الفضولى و المكره.

و أورد عليه الشيخ بوجه:

الاول- ان الوصف المذكور ليس عنوانا للعوض حتى يوجب تخلفه الخيار بل ليس الا من قبيل الداعى الذى لا يوجب تخلفه شيئا.

الثانى: ان الوصف المذكور قد لا يكون داعيا أيضا، كما اذا كان المقصود ذات المبيع من دون ملاحظه مقدار ماليته، فقد يقدم على أخذ الشئ و ان كان ثمنه أضعاف قيمته.

الثالث- ان أخذه على وجه التقييد لا يوجب خيارا اذا لم يصرح به فى متن العقد.

أقول: ان الاشكال الاول و الثانى من الشيخ على الاستدلال متين جدا،

(١) سورة النساء: ٢٩.

دراساتنا من الفقه الجعفرى، ج ٤، ص: ١٨٠

...

و أما الاشكال الثالث منه فلا- يمكن المساعدة عليه، لأنه لا يجب أن يكون الشرط المذكورا فى متن العقد بل المقدر أيضا كالمذكور. و بهذا التقريب ثبت جملة من الخيارات، الا- أنه مع ذلك لا يمكن المساعدة عليه، لأنه اما على نحو التقييد و اما على نحو

التعليق، أما ان كان بنحو التقييد فالتقييد فى الجزئى الخارجى غير معقول، و على فرض كونه قابلا للتقييد فلا معنى للخيار بل يبطل البيع من رأسه، و ان كان على نحو التعليق فهو أيضا باطل لا يمكن الالتزام به، اذ التعليق يوجب بطلان العقد. مضافا الى أن انتفاء المعلق عليه يوجب البطلان لا ثبوت الخيار.

و أيضا لا- يمكن المساعدة على ما ذكره فى مقام التوجيه بأن المقام أولى من باب الفضولى، حيث قال: فاذا حصل التراضى بالعوض غير المساوى كان كالرضا السابق لفحوى حكم الفضولى، فانك ترى أن المقام ليس أولى من الفضولى. و لا يمكن قياس المقام به لان العقد تام من جميع الجهات هناك الا الانتساب و هو يحصل بالاجازة فيكون العقد صحيحا، بخلاف المقام فان الكلام فى تحقق شرائطه و اذا تحققت الشرائط لا يحتاج الى الاجازة لحصول الانتساب بدونها، مضافا الى أن لنا كلاما فى الفضولى حققناه فى محله فراجع.

الوجه الثالث- ما أفاده الشيخ قدس سره حول الآيه الشريفه،

و هو الاستدلال بصدر الايه، بتقريب: ان أكل المال على وجه الخديعه ببيع ما يسوى درهما بعشره دراهم مع تسلط المخدوع بعد تبين انخداعه على رد المعامله و عدم نفوذ رده أكل للمال بالباطل، أما مع رضاه بعد تبين فلا يعد أكل بالباطل و مقتضى الايه و ان كان حرمه الاكل حتى قبل تبين الخديعه الا أنه خرج بالإجماع و بقى ما بعد اطلاع المغبون و رده للمعامله.

و يرد عليه: أولا ان الخديعه ليست معتبره فى صدق الغبن حتى يقال ان

دراساتنا من الفقه الجعفرى، ج ٤، ص: ١٨١

...

اكل المال على وجه الخديعه أكل المال بالباطل.

و ثانيا- أنه ان كان اكل المال بالسبب الصحيح و هو البيع فلا يكون باطلا و ان كان

بالسبب الباطل فلا وجه لصحته بعد ذلك، اذ الشئ لا ينقلب عما هو عليه، فتكون النتيجة البطلان لا الخيار.

و ثالثا- ان الاجماع على تسليم تحققه محتمل المدرك فلا يعتنى به.

و رابعا- ان الباء فى كلمه «الباطل» سببيه لا للمقابله، فالاكل فى المقام بسبب صحيح و هو البيع و لا وجه للبطلان.

لا يقال: انا لا نسلم كون البيع الموجود سببا صحيحا للأكل، فانه وقع على وجه الخديعه و هو سبب باطل فالاكل به يعد باطلا. لأننا نقول: لم يقم دليل على بطلان البيع الخدعى.

ثم أفاد المصنف أن صدر الايه الدال على البطلان معارض لذيلها، و هو قوله تعالى «الا أن تكون تجاره عن تراض» بناء على ما ذكرنا من عدم خروج ذلك عن موضوع التراضى، و بعد التكافؤ يرجع الى أصاله اللزوم.

و فيه: ان الاستثناء فى الايه اما منقطع و اما متصل، فعلى الاول يكون عدم التعارض واضحا، لتعدد الموضوع. و على الثانى أيضا يمكن أن يقال بعدم التعارض، لان المتفاهم منه ان اكل المال من دون سبب شرعى و ان كان باطلا الا أنه يجوز ذلك مع رضا صاحبه فيكون الذيل قرينه على صدرها.

و استدرك بقوله: الا أن يقال ان التراضى مع الجهل بالحال يخرج عن كون أكل الغابن لمال المغبون الجاهل اكلا بالباطل. هذا على نسخه و فى بعض النسخ «لا يخرج» مكان «يخرج»، و اختلف بين الاعلام فى زياده حرف النفى و عدمه، فذهب الايروانى قدس سره الى الاول و عليه يرتفع التعارض

دراساتنا من الفقه الجعفرى، ج ٤، ص: ١٨٢

...

و أما على الثانى فلم يكن استدراكا للمعارضه بل مقرر لها، و الظاهر هو الاول.

ثم قال قدس سره بأنه يمكن أن يقال: ان آيه التراضى

تشمل غير صورته الخدع، كما اذا أقدم المغبون على شراء العين محتملا لكونه بأضعاف قيمته فيدل على نفي الخيار في هذه الصورة من دون معارضه، فيثبت عدم الخيار في الباقي بعدم القول بالفصل، فتعارض مع آيه النهى المختصه بصوره الخدع الشامله غيرها بعدم القول بالفصل، فيرجع بعد تعارضهما بضميمه عدم القول بالفصل و تكافؤهما الى أصاله اللزوم.

و يرد عليه: ان عدم القول بالفصل لا يمكن التمسك به لإثبات المدعى، اذ لا يكون اجماعا. و على فرض رجوعه الى الاجماع لا أثر له لاحتمال كونه مدركيا، مضافا الى أنه اجماع منقول لم تثبت حجتيه، أضف الى ذلك أنه لا وجه لعدم الخيار مع احتمال التفاوت، فانه لو تم دليل الخيار يقتضى ثبوته حتى في صورته الاحتمال.

(الوجه الرابع) ما أفاده المحقق النائيني قدس سره من الاستدلال بالآيه الشريفه بمجموع المستثنى و المستثنى منه،

بتقريب: ان معنى الايه الشريفه في قوه أن يقال: لا تمتلكوا أموالكم بينكم بوجه من الوجوه فانه باطل الاعلى وجه التكسب عن رضا، فالتملك بدون رضا المغبون تملك بالباطل و مع رضاه تملك صحيح.

ثم ان رضاه بالتجاره بمعناها الاسمى المصدرى هو المعتبر فى العقد و رضاه بها حاصل مع عدم علمه بالغبن، و أما مع علمه به فاذا رضى به دخل فى عقد المستثنى و الا دخل فى المستثنى منه، و لا نعى بالخيار فى المقام الا ذلك.

دراساتنا من الفقه الجعفرى، ج ٤، ص: ١٨٣

...

نعم لو كان المراد معناها المصدرى فمع عدم حصول الرضا تبطل رأسا و لا يمكن تصحيحه بالاجازه اللاحقه.

و يرد عليه: أولا- أن نتیجه ما أفاده قدس سره هو بطلان البيع لا- ثبوت الخيار، لان المفروض عدم الرضا فيدخل فى التملك الباطل.

و ثانيا- انا لا نسلم لزوم الرضا فى صحه التجاره بقاء أيضا، بل ان الرضا فى الحدوث

كاف لصحة التجاره، و هي كانت موجوده فى المقام على الرضا.

و ثالثا- ان الفرق المذكور بين المصدر و اسم المصدر بأن الثانى له اعتبار استمرار و بقاء و قابل لان يلحقه الرضا بعد العقد بخلاف الاول، لا يساعده الدليل بل التفكيك بينهما غير معقول فى بعض الموارد كما فى المقام و فى الضرب. نعم ان ما ذكره صحيح فى بعض الموارد كالتجاره مثلا، الا أن الحكم بذلك فى جميع الموارد كما ترى.

و رابعا- انه لا دليل على كون الشرط معنى اسم المصدر، بل الظاهر ان الشرط هو المعنى المصدرى.

(الوجه الخامس) قوله صلى الله عليه و آله «لا ضرر و لا ضرار»

«١» بتقريب ان لزوم مثل هذا البيع و عدم تسلط المغبون على فسخه ضرر عليه. و بعبارة أخرى: ان الحكم بلزوم العقد ضرر على المغبون، و هو منفى فى الشريعة المقدسه.

و افاد الشيخ قدس سره: بأن هذا الدليل أقوى ما استدل به العلامة فى التذكرة و غيرها. و لا يخفى أن الاستدلال بالقاعده مبنى على مسلك المشهور، و أما على ما سلكناه تبعا لشيخ الشريعة قدس سره من أن المستفاد من القاعده حرمه الاضرار لا نفي الحكم الضررى فلا مجال للتمسك بها كما هو ظاهر. نعم

(١) الوسائل، الجزء ١٢ الباب ١٧ من أبواب الخيار.

دراساتنا من الفقه الجعفرى، ج ٤، ص: ١٨٤

...

على مسلك المشهور للتمسك بها مجال، لكن مع ذلك يرد عليه أمور:

منها- ان دليل نفي الضرر ينفي الحكم على مبنى المشهور و لا- يثبت به تغريم الغابن. و بعبارة أخرى: انه من الادله النافية لا المثبتة، و أما على مسلك المنصور فالمستفاد منه الحكم التكليفي فقط، فقد ذكرنا فى محله أن المستفاد من القاعده حرمه الاضرار بالغير، و التفصيل موكول الى محله.

و منها- أن جريان دليل نفي

الضرر للمغبون معارض لجريانه للغابن، فانه ربما يكون حل العقد ضررا على الغابن، كما اذا كان غرضه التحفظ على أصل الثمن للخصوصيات المطلوبه فيه.

و يرد عليه نقضا و حلا: أما النقض فبما اذا اشترى الطعام للأكل و لم يكن له ذلك، فهل يمكن الالتزام بثبوت الخيار للمشتري، و أما الحل فبأن تخلف الدواعى و الاغراض لا يعد ضررا عند العقلاء، و بعبارة واضحة: ان نقض الغرض لا يترتب عليه أثر.

و منها- ما أورده المصنف قدس سره بأن انتفاء اللزوم و ثبوت التزلزل فى العقد لا- يستلزم ثبوت الخيار للمغبون بين الرد و الامضاء بكل الثمن، اذ يحتمل أن يتخير بين امضاء العقد بكل الثمن و رده فى المقدار الزائد، غاية الامر ثبوت خيار التبعض للغابن، فيكون حال المغبون حال المريض اذا اشترى بأزيد من ثمن المثل و حاله بعد العلم بالقيمه حال الوارث اذا مات ذلك المريض المشتري فى أن له استرداد الزيادة من دون رد جزء من العوض.

و يحتمل أيضا أن يكون نفى اللزوم بتسلط المغبون على الزام الغابن بأحد الامرين من الفسخ فى الكل و من تدارك ما فات على المغبون برد القدر الزائد

دراساتنا من الفقه الجعفرى، ج ٤، ص: ١٨٥

...

أو بدله، و مرجعه أنه يكون للمغبون حق الفسخ اذا لم يرد الغابن المقدار الزائد، فالفرق بين الاحتمالين أنه على الاحتمال الاول يكون الاختيار بيد المغبون فله أن يرضى كما أن له أخذ الزائد من الغابن، و على الاحتمال الثانى ليس له ذلك بل الاختيار بيد الغابن. و بعبارة أخرى: على الاحتمال الاول يجوز للمغبون الزام الغابن بدفع الزائد بخلاف الثانى، كما أنه على الاحتمال الاول ليس للمغبون أن يفسخ بمجرد عدم دفع الغابن

الزيادة بل له أن يلزمه بذلك و بعد عدم امکان الالزام يجوز له الفسخ، و فى الاحتمال الثانى يجوز الفسخ بمجرد عدم الدفع و عدم الفسخ، فالمبدول يكون غرامه لضرر المشتري الا أن يكون هبه مستقلة.

و ما ذكرنا نظير ما ذكره العلامة فى بيع المرابحه، فانه لو ظهر كذب البائع ليس للمشتري الخيار، بل البائع مخير بين الفسخ ورد الزائد، فالمتيقن من حق الفسخ للمغبون صورته امتناع الغابن من رد التفاوت.

ثم انه أفاد بأن المبدول ليس هبه مستقلة حتى يقال بأنها لا توجب ارتفاع الخيار. و أيضا لا يكون جزء من العوض كما يقال كى يلزم الجمع بين العوض و المعوض فى الجزء، بل غرامه نظير الارش فى خيار العيب، و لذا لا مجال لان يقال بأن الاستصحاب يقتضى بقاء الخيار و قبول الهبه لا يوجب سقوط الحق، فانه يرد فيه أنه ليس هبه بل غرامه أثبتها دليل نفي الضرر، و لان الشك فى الحدوث لا فى البقاء فلا مجال للاستصحاب.

ثم أفاد بأن تدارك ضرر المغبون بأحد الاحتمالين أولى من اثبات الخيار له، لان الزام الغابن ضرر عليه، و ضرره و ان لم يكن بحد المعارضه لكن يوجب ترجيح بعض الاحتمالات، و غرض الغابن التحفظ على ما انتقل اليه. الا أن

دراساتنا من الفقه الجعفرى، ج ٤، ص: ١٨٦

...

يقال انه فى طرف المغبون كذلك.

و فيما أفاده جهات من الاشكال:

الاولى - لا وجه لاسترداد مقدار من الثمن بلا فسخ البيع فانه ينافى حقيقه المعاوضه.

الثانيه - ان أخذ الزيادة هبه مستقلة، لان ذمه الغابن ليست مشغوله، و مع عدم الاشتغال يكون المأخوذ منه هبه، اذ الهبه عباره عن التملك المجانى، فانه لا وجه لاشتغال ذمه الغابن، خصوصا اذا كان جاهلا. و

فى مسأله ظهور كذب البائع فى مقدار رأس المال الذى فرض فى القواعد اذا انطبقت على ما هو مقرر فهو و الا فالكلام فيها هو الكلام.

الثالثه- أنه لا وجه لترجيح أحد الاحتمالين الاخرين على الاحتمال الاول، اذ كما أن استرداد الثمن من الغابن و إلزامه ضرر عليه كذلك إلزامه بدفع الغرامه ضرر، فأى وجه للترجيح.

الرابعه- ان دليل لا ضرر لا يقتضى جواز أخذ الغرامه، فان المستفاد من القاعده نفي الحكم لا اثبات شى ء.

ان قلت: ان عدم أخذ الغرامه ضرر على المغبون. قلت: ان الامر و ان كان كذلك لكن دليل لا ضرر ينفي الحكم الضررى لا اثبات حكم يكون عدمه ضرريا.

الخامسه- ان نقض الغرض ليس ضررا و على فرضه لا- يوجب الخيار، و الا- يلزم الخيار فى كثير من المعاملات، كما لو اشترى الطعام للأكل و لم يتيسر أو اشترى الدواء للعلاج فلا يحتاج عليه أو علم عدم نفعه و هكذا.

السادسه- انه لا مجال للترديد بين الاحتمال الاول و الاحتمالين الاخيرين،

دراساتنا من الفقه الجعفرى، ج ٤، ص: ١٨٧

...

لأنه لو كانت المعامله فاسده بالنسبه الى المقدار الزائد كما هو الاحتمال الثانى أو كان الغابن ضامنا كما هو الاحتمال الثالث فلا تصل النوبه الى الاحتمال الاول لأنه لا ضرر. و ان شئت فقل: ان الاحتمال الاول فى طول الاخيرين لا فى عرضهما.

و منها- ان المستفاد من اللاضرر نفي الضرر الناشى من حكم الشارع و أما الضرر الناشى من عند نفسه فلا يمكن رفعه بالدليل المذكور، فان الضرر المتوجه الى المغبون يكون من قبل نفسه.

و يرد عليه: أن الشخص قد يكون عالما بالضرر و يقدم عليه فلا يكون مشموولا لقاعده نفي الضرر كالصلح المحاباتى، و أما الجاهل بالضرر فلا

يصدق الاقدام به، فالضرر ينشأ من حكم الشارع بلزوم البيع.

و منها- ان اللزوم عباره عن عدم حل العقد، و هو أمر عدمى ليس قابلا للرفع حتى يرفع بدليل نفى الضرر، فان المرفوع به لا بد أن يكون أمرا وجوديا.

و يرد عليه: ان اللزوم عباره عن بقاء العلقه الى ما بعد الفسخ، و هو أمر وجودى قابل للرفع، فان عدم الحل يكون من لوازمه.

و منها- لو أغمضنا عن جميع ما ذكر و قلنا: ان دليل نفى الضرر يصلح لإثبات الخيار، و لكن نقول ان غايه ما يثبت به أن للمغبون أن يحل العقد الا أنه ليس محل النزاع فان المدعى ثبوت الخيار المصطلح الذى هو حق شرعى قابل للانتقال و هو لا يثبت به.

و منها- أنه على فرض صحه التمسك بقاعده نفى الضرر نقول: ان المستفاد منها يكون فساد العقد لا اثبات الخيار، لان أصل العقد منشأ للضرر.

دراساتنا من الفقه الجعفرى، ج ٤، ص: ١٨٨

...

ان قلت: ان الاجماع قائم على صحه العقد. قلت: ان المنقول منه غير حجه و المحصل منه محتمل المدرك.

لا يقال: ان رفع صحه العقد يكون خلاف الامتنان. فانه يقال: انه لا نسلم ذلك، فانه لا شبهه فى أن دفع الضرر عن الغير لطف بالنسبه اليه فيكون امتنانيا.

(الوجه السادس) جمله من الروايات الوارده فى الغبن:

منها- عن أبى عبد الله عليه السلام قال: غبن المؤمن حرام «١».

و منها- قوله عليه السلام: غبن المسترسل ربا «٢».

و منها- غبن المسترسل سحت «٣».

و لا بد أن نبحت فى هذه الروايات من جهتين: الجهه الاولى فى السند، و الجهه الثانيه فى الدلاله.

(اما الجهه الاولى) فان الروايه الثانيه و الثالثه ضعيفتان سندا، أما الثانيه فبأبى جميله، و أما الثالثه فلان كتاب المستدرک لا يوجد فى مجموعته

خير قابل للاعتماد، مضافا الى أن فى السند النوفلى و هو محل الاشكال. نعم لا بأس بالروايه الاولى.

(و أما الجهه الثانيه) فان الروايه الاولى و الثانيه كما ترى أجنبيتان عن المدعى، فان كون الغبن رباء أو حراما لا يدل على ثبوت الخيار للمغبون، و أما الروايه الثالثه فأفاد المصنف قدس سره يحتمل أن يراد كون الغابن بمنزله آكل السحت

(١) الوسائل، الباب (١٧) من ابواب الخيار، الحديث (٢).

(٢) المستدرک الجزء (٢) ص ٤٧٤.

(٣) الوسائل، الباب (١٧) من ابواب الخيار، الحديث (١).

دراساتنا من الفقه الجعفرى، ج ٤، ص: ١٨٩

...

فى استحقاق العقاب على أصل العمل، و يحتمل أن يراد كون المقدار الذى يأخذه زائدا على ما يستحقه بمنزله السحت فى الحرمة و الضمان، و يحتمل اراده كون مجموع العوض المشتمل على الزيادة بمنزله السحت فى تحريم الاكل فى صورته خاصه، و هى اطلاع المغبون و رده للمعامله المغبون فيها.

و مع الاحتمالين الاولين لا وجه لحمله على الثالث.

و السحت على ما يظهر من اللغه عبارته عن الحرام، و الظاهر من الروايه أن المقصود ان الغبن بالمعنى المصدرى سحت، فيكون المقصود أن الغبن حرام تكليفى فلا يرتبط بالمقام.

(الوجه السابع) ما روى عن النبي صلى الله عليه و آله: تلقى الركبان لا يجوز

فان تلقى و اشترى كان البائع بالخيار اذا ورد السوق «١». الى أن قال: دليلنا اجماع الفرقه و أخبارهم، و روى أبو هريره ان النبي صلى الله عليه و آله نهى عن تلقى الجلب، فان تلقى متلق فاشتره فصاحب السلعه بالخيار اذا ورد السوق.

و فيه: أولا انه لا اعتبار بالروايه سندا كما هو ظاهر، و انجبارها بالعمل مخدوش صغرى و كبرى.

و ثانيا- ان دلالتها على المدعى مورد الاشكال، اذ غايه ما يستفاد من الروايه أن صاحب السلعه بالخيار اذا ورد السوق بلا تعرض

بالغبين و عدمه. و من الممكن أن هذا الخيار بنفسه مجعول فى الشريعة فى مقابل بقيه الاقسام، و لذا قيل بأنه التزم بعض الفقهاء بثبوت الخيار فى المقام و لو لم يكن غبن، أضف الى ذلك أن ثبوت الخيار فى مورد بلحاظ الغبن لا يقتضى الملكيه.

(الوجه الثامن) و هو أتم الوجوه و اسدها: ان الانسان مدنى بالطبع يحتاج الى المعاش و المعامله،

(١) الخلاف ص ٥٨١، المسأله ٢٨٢.

دراساتنا من الفقه الجعفرى، ج ٤، ص: ١٩٠

...

و لو لم يكن تساوى القيمه محفوظا فى المعامله يختل أمر العيشه و النظام، و كل واحد من المتعاملين بحسب النوع يبنى على تساوى العوضين فى المعامله، و لذا قد يصرح به و قد يكتفى بالارتكاز، و المقام من قبيل الثانى.

و بعباره أخرى: ان الظاهر من مقام المعامله و التجاره أن اقدمه على اعطاء العوض من باب البناء على أنه يسوى هذا المقدار و أن العوضين متساويان فى المالىه، فيكون بمنزله اشتراط المساواه، فتخلفه يوجب الخيار.

ان قلت: ان البناء على التساوى يكون من قبيل الدواعى و تخلفها لا يوجب الخيار، و الا يلزم ثبوت الخيار فى تخلف كل داع و هو كما ترى.

قلت: ان الدواعى اما شخصيه و اما نوعيه، و تخلف الداعى النوعى يرجع الى الاشتراط، فتخلفه يوجب الخيار.

ان قلت: ان العقد مطلق و لم يشترط بشى ء.

قلت: انه مقدر ارتكازا، و المقدر كالمذكور. و بهذا التقريب يثبت جمله من الخيارات كخيار تخلف الوصف و تبعض الصفقه و الرؤيه و العيب. و لتوضيح المقام نقول: انه لا-شبهه فى أن الناس بنوعهم فى معاملا-تهم فى مقام حفظ التساوى اما يرجع الى التعليق و اما يرجع الى التقييد، و ظاهر أن التعليق يبطل العقد، و الجزئى الخارجى غير قابل للتقييد، فينحصر الامر باشتراط الخيار عند التخلف.

ثم انه هل يكون

مجال لجريان قاعده نفى الضرر أم لا؟ الظاهر هو الثانى أما على مسلكتنا فظاهر و أما على المشهور فلانصراف الدليل عن مورد الاقدام و المفروض أن الشخص مع الالتفات و لو ارتكازا أقدم على المعامله فلا وجه للفساد. مضافا الى السيره القطعيه المتصله بزمان المعصوم الكاشفه عن صحه

دراساتنا من الفقه الجعفرى، ج ٤، ص: ١٩١

قوله: مسأله يشترط فى هذا الخيار أمران: الاول عدم علم المغبون بالقيمه (١).

قوله: ثم ان الظاهر عدم الفرق بين كونه غافلا من القيمه بالمره أو ملتفتا اليها و لا بين كونه مسبقا بالعلم و عدمه و لا بين الجهل المركب و البسيط (٢).

المعاملات الغبنيه، انما الكلام فى ثبوت الخيار و وجهه. نعم لو فرض كون الشخص غافلا- بالمره بحيث لم يصدق عنوان الاشتراط حتى بالارتكاز يكون مقتضى قاعده نفى الضرر على مسلكت المشهور فساد المعامله، فلاحظ.

[مسأله يشترط فى هذا الخيار أمران]

[الأول عدم علم المغبون بالقيمه]

أقول: أما على مسلكتنا فالامر واضح، لأنه لو أقدم عليه مع العلم به فلا- معنى لشرط الخيار، و أما لو كان المدرك دليل نفى الضرر فلو أقدم عليه مع العلم فلا يشمل الدليل. نعم لو كان غافلا يمكن أن يحكم بالخيار للدليل المذكور. و ملخص الكلام: انه مع العلم لو صدق عنوان الاقدام فلا- خيار، و أما لو صدق عنوان الغفله عن الضرر فمقتضى قاعده نفى الضرر على المشهور الخيار.

أقول: الذى ينبغى أن يقال فى المقام: ان المدرك للخيار اما دليل نفى الضرر و اما الاشتراط فى ضمن العقد، و على الاول لا بد أن يلتزم بثبوت الخيار فى جميع الموارد الا فى مورد صدق الاقدام، و أما لو شك فى صدق الاقدام و عدمه و كان المخصص دائرا بين الاقل و الاكثر ففى المقدار المعلوم

يحكم بعدم الخيار و فى الباقي يحكم بالخيار.

و ربما يقال: بأنه مع الالتفات لا وجه للخيار، اذ مع الالتفات اما يعلق و اما يطلق، أما على الاول يبطل و أما على الثانى يصح بلا خيار.

دراساتنا من الفقه الجعفرى، ج ٤، ص: ١٩٢

قوله: و لو أقدم عالما على غبن يتسامح فيه فبان أزيد بما يتسامح (١).

وفيه: انه يمكن أن الشخص يقدم على التقيصه لكن مع الخيار، اذا المفروض أن القاعده تقتضى الخيار. هذا على المسلك المشهور، و أما على المسلك المنصور فالخيار ثابت فى جميع الصور، اذ المفروض أن المدرك هو الشرط الضمنى و الشرط ثابت مع الجهل أعم من أن يكون غافلا أو ملتفتا.

أقول: قد يقدم على ما يتسامح به فبان أزيد بما لا يتسامح بالمجموع و فى هذه الصورة ربما يكون اقدامه بشرط لا عن الزائد، و أخرى يكون لا بشرط:

اما الصورة الاولى فلا شبهه فى ثبوت الخيار لعدم الاقدام، و أما فى الصورة الثانية فربما يقال بعدم الخيار، لان هذا الذى ظهر لا يقتضى الخيار بما أنه يتسامح فيه و الذى كان يعتقده قد أقدم عليه، فانضمام ما لا أثر فيه الى مثله لا يكون منشأ أثر.

و يرد عليه: أنه ان كان المدرك للخيار الشرط الضمنى فهو موجود، اذ لم يقدم على المجموع، و ان كان حديث نفي الضرر فأیضا يكون مقتضاه الخيار، اذ الضرر متوجه و لم يقدم عليه على الفرض.

ان قلت: ان ما ظهر بعد الاقدام لا يكون ضروريا حتى يشمله دليل نفي الضرر.

و بعبارة أخرى: ان المجموع و ان كان فيه الضرر على المغبون الا أنه قد أقدم بمقدار يتسامح فيه، و لم يجر الدليل فى حقه لو لم يظهر

قلت: ان كل واحد منهما و ان كان مما يتسامح فيه منفردا الا أن المجموع يشمله دليل نفى الضرر.

و ثالثه- يقدم على ما يتسامح به ثم يظهر أزيد بما يتسامح بالمجموع، فلا يثبت الخيار على كلا المسلكين لعدم المقتضى.

دراساتنا من الفقه الجعفري، ج ٤، ص: ١٩٣

قوله: ثم ان المعتبر القيمة حال العقد، فلو زادت بعده و لو قبل اطلاع المغبون على النقصان حين العقد لم ينفع، لان الزيادة انما حصلت في ملكه و المعامله وقف على الغبن. و يحتمل عدم الخيار حينئذ لان التدارك حصل قبل الرد (١).

و رابعه- يقدم على ما يتسامح فيظهر أزيد بما يتسامح. و الحكم في هذه الصورة حكم الصورة الاولى.

و خامسه- هذه الصورة بعينها مع ظهور الزيادة بما لا يتسامح فيها. و الحكم في هذه الصورة حكم الصورة الاولى، و الوجه فيه ظاهر.

الحق أن يقال في المقام: ان المدرك لو كان الاشتراط في ضمن العقد لا وجه لاحتمال عدم الخيار بل الخيار موجود للاشتراط الضمني، و أما لو كان المدرك دليل نفى الضرر فلا وجه لثبوت الخيار. و مجرد وقوع المعامله مع الغبن مع حصول الزيادة لا يوجب الخيار، اذ المفروض أنه على هذا المسلك يتوجه الضرر من ناحيه لزوم العقد، و المفروض أن اللزوم غير ضروري، فيجب الوفاء بمقتضى القاعده الاولى.

الا أنه يشكل ذلك في باب الصرف و السلم لو حصلت الزيادة بعد القبض فعلى القول بأن المدرك للخيار الاشتراط فلو قلنا باشتراط تساوى العوضين عند العقد فلا بد أن نلتزم بالخيار، و لو قلنا باشتراطه حين دخوله في الملك فلا وجه للخيار لحصول التساوى على الفرض، لكن الظاهر هو الاول. و أما ان كان المدرك قاعده نفى

الضرر فالحق عدم الخيار، لعدم ترتب ضرر على لزوم العقد.

ثم انه أفاد المصنف بأنه لو قلنا بوجود التقابض بمجرد العقد في الصرف يثبت الخيار لثبوت الضرر بوجود اقباض الزائد في مقابله الناقص، لكن ظاهر

دراساتنا من الفقه الجعفري، ج ٤، ص: ١٩٤

...

المشهور عدم وجوب التقابض.

و يرد عليه اشكالان:

الاول- ان القول بكون وجوب التقابض وجوبا تكليفيا خلاف التحقيق كما اعترف المصنف بذلك.

الثاني- ان الخيار من الاحكام المترتبة على العقد الصحيح فكيف يمكن تحققه قبل القبض الذي يكون شرطا للصحة. نعم لو كان الاقباض واجبا يكون مقتضى قاعده نفي الضرر عدم وجوبه لكونه ضروريا.

هذا تمام الكلام فيما لو وقعت معامله الغبنه من المالك، و أما لو وقعت من الوكيل فهل يترتب على علمه و جهله أثر أم لا؟ و مقتضى التحقيق أن يفصل في المقام بين الوكيل في مجرد اجراء العقد و الوكيل المفوض، بأن يقال:

انه لو كان وكيلا- في مجرد العقد لا- عبره بعلمه و جهله بل عبره بعلم الموكل و جهله، و أما لو كان وكيلا- مفوضا اليه أمر معامله فانه لو علم بالغبن فلا خيار له، سواء كان المدرك دليل الاشتراط أو دليل نفي الضرر، و سواء كان الموكل عالما بالغبن أو جاهلا- به. اذ المفروض أنه مع العلم لا يشترط الخيار و أيضا يصح الاقدام على الضرر، و أما لو كان الوكيل جاهلا بالغبن و الموكل عالما به فالظاهر ثبوت الخيار لو كان المدرك الاشتراط.

لا- يقال: انه لا- يتصور معنى معقول للخيار في معامله الغبنه من الوكيل اذ المفروض أن الوكيل مفوض و هو مع جهله يشترط الخيار، و أما لو كان المدرك قاعده نفي الضرر فالظاهر عدم الخيار، اذ يصدق أن الموكل مع علمه

بالحال أقدم على الضرر فلا تجرى القاعده، فما أفاده المصنف من عدم الخيار مبنى على هذا المبنى.

دراساتنا من الفقه الجعفرى، ج ٤، ص: ١٩٥

...

و الحاصل انها اما لازم أو باطل بلا تصوير صورته يكون فيها الخيار. توضيح ذلك: ان التوكيل اما أن يشمل المعامله الغنيه أو يختص بغيرها. لا اشكال فى عدم الخيار فى الصوره الاولى، لان الموكل قد أقدم على الغبن بتعميم توكيله، و أما الصوره الثانيه فالمعامله فيها باطله، بمعنى أنها تقع فضوليا بعد أن لم تشملهما الوكاله.

و الجواب عنه نقضا بنفس الموكل فى معاملات الغنيه، فان أوقع معامله غنيه فاما يطلق و اما يعلق على عدم الغبن، ففى الصوره الاولى قد أقدم على الغبن، و فى الصوره الثانيه يكون معلقا و التعليق باطل. مضافا الى أن المعلق عليه لا يتحقق مع عدم المعلق عليه.

و حلا بأنه يكون دليلا على ما هو الميزان فى المعاملات، بمعنى أنه يوكله فى المعامله بشئونها، فكأنه قائم مقام نفسه.

ثم ان الخيار فى المعاملات الغنيه الصادره من الوكيل فهو للموكل أو للوكيل أو لكليهما.

و التحقيق أن يقال: ان الوكيل فى مجرد اجراء الصيغه لا خيار له، و أما الوكيل المفوض فالظاهر ثبوت الخيار لكليهما، بلا فرق بين كون المدرك دليل الاشتراط أو دليل نفى الضرر، خلافا للسيد حيث فصل بين المدركين بالالتزام بأنه لو كان المدرك دليل نفى الضرر يختص الخيار بالمالك، لان عنوان المتضرر لا يصدق على الوكيل، و ان كان المدرك الاشتراط فالظاهر ثبوته لهما، فانه لو ثبت الخيار و لو من باب نفى الضرر يكون مقتضى القاعده ثبوته للوكيل أيضا لأنه وجود تنزيلي للمالك.

ثم أفاد المصنف قدس سره: ثم ان الجهل يثبت باعتراف الغابن و بالبينه

دراساتنا

...

ان تحققت و بقول مدعيه مع اليمين لأصالة عدم العلم الحاكمة على أصالة اللزوم مع أنه قد يتعسر اقامه البيئه على الجهل و لا يمكن للغابن الحلف على علمه لجهله بالحال. فتأمل.

أقول: ان الجهل ليس موضوعا للخيار و الحكم ليس متعلقا به، و اثبات الموضوع بأصالة عدم الجهل أصل مثبت.

و التحقيق أن يفصل في المسألة بين كون مدرك الخيار دليل الاشتراط و دليل نفي الضرر: فعلى الاول يكون المغبون مدعيا و الغابن منكرا، اذ المغبون يكون قوله خلافا للاصل و لو ترك ترك. و أما على الثاني يكون الغابن مدعيا لأنه يدعى كون المغبون عالما بالغبن و اقدمه عليه و ان ترك ترك.

فانقدح ان ما أفاده المصنف و جملة من الاعلام ليس على ما ينبغي، و أما أمره بالتأمل فلعله اشاره الى أن تعسر اقامه البيئه و عدم امكان الحلف لا يقتضيان تقديم قول المدعى، و على فرضه انما يتم في صورته عدم ادعاء الغابن العلم لا مطلقا، بل ربما يقال بأنه يكفي أن يحلف على عدم علمه بالحال لا أن يحلف على علمه بعلم المغبون، اذ الحلف على البطل فيما يرجع الى نفسه.

ثم أفاد المصنف ان قولنا «كون مدعى الجهل موافقا للأصل» انما يصح اذا لم يكن المغبون من أهل الخبرة و الا فلا يقبل قوله كما في جامع المقاصد و المسالك.

و قد يشكل بأن هذا انما يوجب عدم قبول قوله من حيث تقديم الظاهر على الاصل، فغايه الامر أن يصير مدعيا من جهه مخالفه قوله للظاهر، لكن المدعى لما تعسر اقامه البيئه عليه و لا يعرف الامن قبله يقبل قوله مع اليمين، فليكن هذا من هذا القبيل.

دراساتنا من

قوله: و لو اختلفا فى القيمه وقت العقد أو فى القيمه بعده (١).

الا أن يقال: ان مقتضى تقديم الظاهر جعل مدعيه مقبول القول بيمينه لا جعل مخالفه مدعيه يجرى عليه جميع أحكام المدعى حتى فى قبول قوله اذا تعسر عليه اقامه البينه، ألا ترى أنهم لم يحكموا بقبول قول مدعى فساد العقد اذا تعسر عليه اقامه البينه على سبب الفساد.

هذا مع أن عموم تلك القاعده- أى قبول قول المدعى- ثم اندراج المسأله فيها محل تأمل، و الوجه فى التأمل فى عموم تلك القاعده أن مقتضى الادله أن اليمين حق المنكر فلا وجه لقبول قول المدعى بيمينه، و اما الوجه فى التأمل فى الادراج، فان تعسر اقامه البينه على الجهل فى مثل محل الكلام أول الدعوى فانه ربما يكون الاطلاع على الجهل أمرا ممكنا.

و يرد عليه: أولا ان مجرد كون قول أحد مخالفا للظاهر يجعله مدعيه غير وجيه.

و ثانيا- ان ما أفاده العلمان فى الجامع و المسالك لعله ناظر الى أن سماع الدعوى مشروط بكونه أمرا ممكنا عادة، و أما مجرد الامكان العقلي فلا أثر له.

و حيث أن دعوى الجهل من أهل الخبره بعيد فلا نسمع، فعدم السماع من هذه الجهه لا من جهه أن قوله مخالف للظاهر.

و ثالثا- انه لا وجه للتفصيل بأن يقال: انما يكون مدعيه بأن يقبل قول خصمه مع اليمين لا أن يسمع قوله مع اليمين، فان الكبرى لو تمت يترتب عليه الاحكام كلها و الا فلا، الا أن يقال بأن الضرورات تقدر بقدرها و التفصيل موكول الى محله.

أقول: لو وقع الخلاف بين الغابن و المغبون فى القيمه فله صور:

(الاولى) وقوع الاختلاف فى القيمه حال العقد مع اتفاقهما

...

مثلا أن البائع يدعى أن المبيع حال العقد يسوى عشره و تنزلت قيمته و المشتري يدعى أن قيمته حال العقد ثمانية فلا غبن، و كلاهما متفقان على أن القيمة الفعلية ثمانية دراهم.

(الثانية) وقوع الاختلاف فى القيمة حال العقد مع اتفاقهما على قيمته سابقا.

(الثالثة) وقوع الاختلاف فى القيمة مع اتفاقهما على اتحاد قيمته حال العقد و قيمته الفعلية.

أفاد المصنف قدس سره ان القول قول منكر سبب الغبن لأصالة عدم التغير و أصالة اللزوم، و كأنه يرى تطابق الاصلين على الاطلاق، و لكنك ترى أن ما أفاده غير صحيح على اطلاقه، نعم هو متين فى بعض الصور المذكوره- و هو كما فى الصورة الاولى- فان أصالة عدم التغير يوافق أصالة اللزوم، و أما الصورة الثانية- و هى صورته اتفاقهما على قيمته سابقا- فأصالة عدم التغير يثبت الخيار للمغبون بخلاف أصالة اللزوم. و الحاصل ان التمسك بأصالة عدم التغير للزوم العقد على اطلاقه غير صحيح.

و استشكل المحقق النائيني على جريان الاصل بأن أصالة عدم التغير من الاستصحاب القهقرائى الذى لا اعتبار به كما حقق فى محله.

و يمكن أن يجاب عنه: بأنه يجرى استصحاب القيمة الواقعيه المعلومه عند الله فيحكم بأنه ثمانية دراهم الا انه مثبت، فانه ببركه استصحاب عدم التغير من حين العقد الى الان يثبت التساوى، فانه لو لم يتغير من حين العقد الى الان فلا خيار لمدعى التغير. لكن هذا الاصل بهذا التقريب مثبت، و هذا اشكال آخر غير ما أفاده الميرزا.

و التحقيق أن يقال: ان التغير و عدمه ليسا موضوعين للحكم حتى يبحث

ينبغي البحث فيه أن مدرك الحكم للخيار اما دليل الاشتراط أو دليل نفي الضرر، فعلى الاول ان أصاله عدم التغير لا يثبت الخيار الاعلى القول بالاصل المثبت. و عباره أخرى: ان الاشتراط لا يثبت بالاصل فلا يتحقق الخيار.

و على الثانى ففى كل مورد يتحقق الضرر يتحقق الخيار، و فى الموارد المشكوكه يحكم بعدمه بأصاله العدم، فعموم دليل لزوم محكم.

و ربما يترأى من كلام السيد التمسك بالاستصحاب فيما اذا شك فى الخيار و عدمه و يحكم ببقاء الملكيه بتقريب أن الشك فى ثبوت الخيار يرجع الى الشك فى بقاء الملكيه بعد الفسخ.

و يرد عليه: انه لا تصل النوبه الى الاصل العملى ما دام الاصل اللفظى موجودا و قلنا ان المرجع عموم دليل لزوم العقد، مضافا الى أن الشك فى بقاء الملكيه بعد الفسخ مسبب من جعل حق الخيار، و الاصل عدم جعل هذا الحق.

[الأمر الثانى كون التفاوت فاحشا]

اشاره

قد تقدم من المصنف أنه يشترط فى هذا الخيار أمران: الاول عدم علم المغبون بالغين و قد اشبعنا الكلام فيه. الثانى كون التفاوت فاحشا. و ينبغي أن يقع البحث فى جهات:

(الجهه الاولى) ان التفاوت اليسير لا يوجب الخيار

بل لا بد أن يكون فاحشا أى لا يتسامح فيه- سواء كان المدرك دليل الاشتراط أو دليل نفي الضرر، أما لو كان المدرك دليل الاشتراط فان العقلاء لا- يعتنون بالتفاوت اليسير، فلا يتحقق منهم الشرط الارتكازى. و أما لو كان الدليل نفي الضرر فانه لا يصدق الضرر على التفاوت اليسير و لا يصدق على المغبون أنه متضرر. و لكنه للمناقشه فيه مجال، لان الضرر عباره عن النقص فى المال، و هو موجود فى المقام.

دراساتنا من الفقه الجعفرى، ج ٤، ص: ٢٠٠

...

ان قلت: ان الاجماع قائم على أن الضرر اليسير لا يوجب الخيار.

قلت: انه على فرض تحققه محتمل المدرك، فلا يمكن أن يعتمد عليه.

ان قلت: ان دليل نفي الضرر منصرف عن الضرر اليسير.

قلت: لا وجه للانصراف.

ان قلت: ان العقلاء يقدمون بهذا المقدار من الضرر.

قلت: ان الاقدام من البعض لا يقتضى الحكم الكلى.

و لكن الذى يقتضيه التحقيق أن يقال: ان المدرك للخيار ان كان دليل نفي الضرر فلا بد من الالتزام بثبوت الخيار و ان كان الضرر شيئاً يسيراً. نعم اذا كان بحيث لا يصدق عليه الضرر فلا يترتب عليه الحكم لانتفاء الموضوع.

و ان كان المدرك دليل الاشتراط فلا وجه للخيار، لان الضرر اليسير بحسب النوع و المتعارف عند العقلاء لا يعتنون به و لا يشترطون ذلك بالارتكاز.

(الجهة الثانية) فى ضابطه تشخيص الفاحش بأنه ما الميزان فيه.

و قد تصدى بعض لذكر الضابط له الا أنه لا يرجع الى محصل، بل التشخيص فيه موكول الى العرف لعدم ضابط معين فيه، فلا يبعد أن ما نقل عن العلامة قدس سره من تفسيره «بما لا يتغابن فيه الناس» أى لا يعدونه غبنا هو الصحيح.

(الجهة الثالثة) انه اذا شك فى الغبن أنه الى حد يوجب الخيار أم لا،

و بعبارة أخرى انه افاد المصنف أن المرجع عند الشك هو أصالة ثبوت الخيار لأنه ضرر لم يعلم تسامح الناس فيه و يحتمل الرجوع الى أصالة اللزوم لان الخارج هو الضرر الذى يكون فاحشا لا مطلق الضرر.

و الحق أن يقال: ان المدرك فى الباب لو كان دليل الاشتراط فمرجع الشك

دراساتنا من الفقه الجعفرى، ج ٤، ص: ٢٠١

...

فى الفاحش و عدمه الى الشك فى الاشتراط الارتكازى و عدمه، بأن الاشتراط الارتكازى موجود فى المقام أم لا، فلا بد أن يتمسك بدليل اللزوم. و لعل مقصود المصنف من أصالة اللزوم هذا المعنى، أى دليل وجوب الوفاء لا الاستصحاب.

و أما لو كان المدرك دليل نفي الضرر فالشك فى تحقق الضرر الفاحش و عدمه يدفع بأصالة عدم تحقق الضرر، و ليس هذا تمسكا بالعام فى الشبهة المصدقيه، اذ بالاصل يحرز عدم كون العقد ضروريا.

و ربما يجاب: بأن الخارج الضرر المعلوم، و مع الشك لا مانع من التمسك بالعام. لكن هذا الجواب مخدوش بأن الموضوع الضرر الواقعى و ليس مقيدا بالعلم، فالحق فى الجواب ما ذكرنا. و يمكن اثبات اللزوم بوجه آخر أيضا، و هو أصالة عدم تأثير

الفسخ كما مر.

ثم ان الشيخ قدس سره افاد بأنه بقى هنا شىء، و هو أن ظاهر الاصحاب و غيرهم أن المناط فى الضرر الموجب للخيار كون المعامله ضرريه مع قطع النظر عن ملاحظه حال اشخاص المتبايعين، و لذا

حدوه بما لا يتغابن به الناس أو بالزائد على الثلث كما عرفت عن بعض العامه.

و ظاهر حديث نفي الضرر المستدل عليه فى أبواب الفقه ملاحظه الضرر بالنسبه الى شخص الواقعه، و لذا استدلوا به على عدم وجوب شراء ماء الوضوء بمبلغ كثير اذا أضر بالمكلف و وجوب شرائه بذلك المبلغ على من لا يضر به ذلك، مع أن اصل شراء الماء بأضعاف قيمته معامله ضرريه فى حق الكل.

و الحاصل: ان العبره اذا كان بالضرر المالى لم يجب شراء ماء الوضوء بأضعاف قيمته، و ان كان بالضرر الحالى تعين التفصيل فى خيار الغبن بين ما يضر

دراساتنا من الفقه الجعفرى، ج ٤، ص: ٢٠٢

...

بحال المغبون و غيره. و الاظهر اعتبار الضرر المالى لأنه ضرر فى نفسه من غير مدخله لحال الشخص.

و تحمله فى بعض المقامات انما خرج بالنص «١»، و لذا أجاب فى المعتبر عن الشافعى المنكر لوجوب الوضوء فى الفرض المذكور بأن الضرر لا يعتبر مع معارضه النص، و يمكن أيضا ان يلتزم الضرر المالى فى مقام التكليف، لا لتخصيص عموم نفي الضرر بالنص بل لعدم كونه ضررا بملاحظه ما بإزائه من الاجر، كما يشير اليه قوله عليه السلام بعد شرائه ماء وضوئه بأضعاف قيمته «ان ما يشتري به مال كثير».

نعم لو كان الضرر محجفا بالمكلف انتفى بأدله نفي الحرج لا دليل نفي الضرر، فنفي الضرر المالى فى التكليف لا يكون الا اذا كان عمله حرجا.

و ربما يورد على الشيخ بأنه ما لفرق بين دليل نفي الضرر و دليل نفي الحرج حيث يكون التمسك بالاول غير صحيح بخلاف الثانى.

و يمكن أن يجاب بأن الشيخ ليس فى مقام الفرق بين الدليلين، فانه منكر للضرر فى المقام.

و ان شئت

قلت: ان بين الدليلين عموما من وجه، فربما يتحقق الضرر بدون الحرج و قد يتحقق الحرج بدون الضرر و قد يجتمعان معا.

و ربما يقال مؤيدا للشيخ أن ما بذله المشتري في مقابل ما اشتراه من الماء فانه قيمته ذلك، فلا يكون المشتري متضررا في ذلك بل انه أدى ثمنا في مقابل الماء.

و الجواب عنه: ان الشيخ قد صرح بأنه يجوز شراء ماء الوضوء و لو بأضعاف قيمته، فان الماء الذى يسوى فلسا اذا اشترى دينارا يكون ضررا على

(١) الوسائل، الجزء (٢) الباب (٢٦) من ابواب التيمم.

دراساتنا من الفقه الجعفرى، ج ٤، ص: ٢٠٣

قوله: اشكال ذكر في الروضه و المسالك تبعا لجامع المقاصد في أقسام المغبون اما أن يكون هو البائع او المشتري أو هما معا- انتهى. فيقع الاشكال في تصور غبن كل من المتابعين معا (١).

المشتري بالوجدان. و الحق أن يقال: ان الميزان في جريان القاعده هو الضرر المالى في جميع الموارد و منها المقام، اذ الحكم ترتب على الموضوع، فالعبره بالضرر المالى، و أما شراء الماء في باب الوضوء فانه خرج عن القاعده بالنص كما أفاده الشيخ.

و أما ما أفاده قدس سره بأنه يمكن أن يلتزم بأن شراء الماء بأضعاف قيمته لا يكون ضررا بملاحظه ما بإذائه من الاجر، لا يمكن المساعده عليه، لان الثواب مترتب على عنوان الاطاعه، و هى تتوقف على وجود الامر المتوقف على عدم كون متعلقه ضرريا، فاذا توقف عدم الضرر على الثواب يلزم الدور.

هذا أولا و ثانيا ان العوض الاخرى لا يوجب رفع موضوع الضرر و لا يتدارك الضرر الدنيوى، و الا لا يتحقق معنى لقوله تعالى من «جَاهِدُوا فِيْنَا لَنَهْدِيَنَّهُمْ سُبُلَنَا»، و يلزم أن لا يتحقق لها مورد في

باب العبادات، و هو كما ترى. مضافا الى أن الاجر الاخرى لو كان رافعا للضرر يكون رافعا للحرج أيضا.

أقول: وقع الاشكال فيما بينهم فى تصور غبن كلا-المتعاملين، و مناط الاشكال أن غبن البائع يتحقق فيما لو باع متاعه بأقل مما يسوى و غبن المشتري يتحقق فيما لو اشترى السلعه بأكثر، و غبن كلاهما يرجع الى بيع شىء بأقل و اكثر. و هذا غير معقول، و لذا قيل فى تصور ما ذكر وجوه:

(منها) ما نقل عن المحقق القمى بأنها تفرض فيما اذا باع متاعه بأربعة توامين من الفلوس، بأن يعطيه عنها ثمانية دنانير معتقدا أنها تسوى اربعة توامين ثم

دراساتنا من الفقه الجعفرى، ج ٤، ص: ٢٠٤

...

تبين أن المتاع يسوى خمسة توامين و ان الدنانير تسوى خمسة توامين الا خمسا، فصار البائع مغبونا من جهة كون الثمن أقل من القيمة السوقية بخمس تومان و المشتري مغبونا من جهة زياده الدنانير على أربعة توامين، فالبائع مغبون فى أصل البيع و المشتري مغبون فيما التزمه من اعطاء الدنانير عن الثمن و ان لم يكن مغبونا فيه.

و يرد عليه كما أورده المصنف: ان مثل هذا البيع المشروط بهذا الشرط يلاحظ فيه حاصل ما يصل الى البائع بسبب مجموع العقد و الشرط، كما لو باع شيئا يسوى خمسة دراهم بدرهمين على أن يخيط له ثوبا مع فرض كون أجره الخياطه ثلاثه دراهم. و عليه يكون المغبون فى المثال البائع فقط.

(و منها) ما ذكره البعض - و المظنون كونه صاحب الجواهر- بأنه يتصور هذا المعنى اذا باع شيئين فى عقد واحد بثمانين يكون كل من المتعاملين مغبونا فى واحد منهما.

و يرد عليه: انه اما يكون ارتباط بين المعاملتين و اما يكون كل منهما

غير مرتبط بالآخر، أما على الثاني فيترتب على كل حكمه، و على الاول اما لا يكون عين و اما يتوجه دون الآخر.

(و منها) ما عن مفتاح الكرامه بأنها تفرض فيها اذا ادعى كل من المتبايعين الغبن، كما اذا بيع ثوب بفرس بظن المساواه ثم ادعى كل منهما نقص ما فى يده عما فى يده الآخر و لم يوجد المقوم ليرجع اليه فتحالفا، فيثبت الغبن لكل منهما فيما وصل اليه.

و يرد عليه: أولا- ان الظاهر أن لازم التحالف عدم الغبن فى المعامله أصلا، و ثانيا انه على فرض التسليم يكون حكما ظاهريا و الحال أن الكلام فى الغبن الواقعى.

دراساتنا من الفقه الجعفرى، ج ٤، ص: ٢٠٥

...

(و منها) أن يراد بالغبن فى المقسم معناه الاعم الشامل لصوره خروج العين المشاهده سابقا على خلاف ما شاهده أو خروج ما أخبر البائع بوزنه على خلاف خبره، و قد أطلق الغبن على هذا المعنى فى كلام العلامة و غيره. و قد استحسّن المصنف هذا الوجه، و لا وجه لاستحسانه، اذا الكلام فى الغبن بالمعنى الخاص كما نبه المصنف فى ذيل كلامه.

(و منها) ما ذكره بعض من أنه يحصل بفرض المتبايعين وقت العقد فى مكانين.

كما اذا حضر العسكر البلد و فرض قيمه الطعام خارج البلد ضعف قيمته فى البلد، فاشترى بعض أهل البلد من وراء سور البلد طعاما بثمن متوسط بين القيمتين، فالمشترى مغبون لزياده الثمن على قيمه الطعام فى البلد و البائع مغبون لنقصانه عن قيمه فى مكانه، أى خارج البلد.

و يرد عليه: ان الميزان فى الغبن و عدمه محل العقد، فان المبيع بعد العقد باق على قيمته حين العقد و انما نزلت قيمته بنقل المشتري الى مكان آخر.

(و منها) ما

ذكره السيد قدس سره بأن الغبن أعم من أن يكون من جهة التفاوت في المالىه عرفا في حد نفسه- بأن يكون قيمته في حد نفسه أزيد من الثمن- و أن يكون من جهة لزوم ضرر على المغبون من أجل المعامله و ان كانت بثمان المثل، كما لو فرض أن له أمه تسوى عشره توأمين و لها ولد يسوى خمسين فيباع الامه بدون الولد بعشرين و فرض أن الولد يموت بالتفريق بينه و بين أمه، فهذا البيع يوجب الضرر على البائع و ان كان يبعه بأزيد من ثمن المثل، فكأنه باع ما يسوى ستين بعشرين. و المشتري مغبون من جهة أنه اشترى ما يسوى عشره بعشرين، فكل منها مغبون من وجه.

و يرد عليه: ان الامور الشخصيه ليست مناطا للأحكام، و الميزان في الغبن

دراساتنا من الفقه الجعفرى، ج ٤، ص: ٢٠٦

قوله: مسأله ظهور الغبن شرط شرعى لحدوث الخيار أو كاشف عقلى عن ثبوته حين العقد (١).

و عدمه القيمه السوقيه في حد نفسها، و الا يلزم بأنه لو باع أحد ورقه فيها خط أبيه يسوى عنده الف دينار بدينارين كون البائع مغبونا و الحال أنه لا يسوى الورقه الا دينارا واحدا. و هوى كما ترى، و هو كما لو باع أحد مصرعى الباب ثلاثه دراهم مع أنه يسوى درهمين منفردا و سته دراهم منضمًا، فان البائع و المشتري كلاهما مغبونان، اما البائع فلان ما باعه منضمًا يسوى أزيد مما باعه، و أما المشتري فلان ما اشتراه لا- يسوى منفردا ثلاثه دراهم. و ظهر مما ذكرنا أن ما توهم في المقام من كون كليهما مغبونين غير صحيح.

[مسأله ظهور الغبن شرط شرعى لحدوث الخيار أو كاشف عقلى عن ثبوته حين العقد]

اشاره

أقول: ان في المسأله جهات من البحث:

(الجهه الأولى) أن الخيار ثابت من أول الأمر أو يحدث عند ظهور الغبن،

فان المدرك للخيار لو كان دليل الاشتراط فالامر واضح، فان الاشتراط الضمنى يقتضى الخيار فهو ثابت من أول الامر، اذ المفروض عدم التساوى، و لو كان المدرك دليل نفي الضرر فانه أيضا ثابت بنفس العقد، و الظهور لا دخل له في ذلك.

ان قلت: ان الضرر في المقام ناش من جهل المكلف بالغبن، و لا يرفعه الدليل لعدم كونه ناشئا من الحكم الشرعى.

قلت: يمكن أن يورد عليه نقضا و حلا:

أما النقض فبما اذا كان المكلف عالما بالموضوع بأن يعلم أن الغبن محقق هنا و لكن يكون جاهلا بالحكم و هو حكم الشارع بالخيار، فهل يلتزم الخصم بعدم الخيار كلا.

و أما الحل فلا شبهه فى أن الحكم بلزوم العقد فى المقام حكم ضررى، و هو

دراساتنا من الفقه الجعفرى، ج ٤، ص: ٢٠٧

...

منفى فى الشريعة نعم لو كان مدرک الخيار الاجماع لكان لهذا التفصيل مجال، فان القدر المتيقن منه صورته ظهور الغبن و كذا لو كان المدرک ما روى عن النبى صلى الله عليه و آله فى حديث تلقى الركبان انهم بالخيار اذا دخلوا السوق، حيث يفهم من الروايه أن دخول السوق دخيل فى حدوث الخيار، و ان كان المجال واسعا لان يقال: ان الدخول فى السوق لا موضوعيه له فى ثبوت الخيار، بل انه من باب أن اعمال الخيار- و هو السلطنه الفعلية بالامضاء أو الفسخ- لا يمكن الا بعد دخول السوق و العلم بالغبن، و لا ينافى ذلك ثبوت الخيار عنه و حصول الغبن حين العقد. و الذى يهون الخطب أن المدرک على المسلك الحق هو الاشتراط فلاحظ.

(الجهه الثانيه) ان الخيار هو السلطنه الفعلية على الفسخ أو أن الخيار يفارقه؟

ربما يقال: بان الخيار ليس عين السلطنه، و الشاهد لهذا المدعى أنه يمكن أن يكون له الخيار و لا

يكون له اعماله، كما اذا اشترط عدم اعماله فيكون حق الخيار غير السلطنه على الامضاء و الفسخ.

و لكن الحق أن هذا الحق ليس الا السلطنه الفعلية على الفسخ، غايه الامر ربما لا يجوز له اعمال السلطنه بلحاظ الشرط، فانه لا دليل على التعدد و لا مقتضى له.

(الجهه الثالثه) أنه على تقدير تسليم أنهما حقان مستقلان يقع البحث في أن السلطه على الفسخ أيضا

كالخيار المصطلح يتحقق من حين العقد أو بعد ظهور الغبن الحق هو الاول، أعم من أن يكون الخيار عين السلطنه أو غيرها، أما على الاول فواضح و أما على الثاني فلان مقتضى الاشتراط ثبوت حق الاعمال من حين العقد.

دراساتنا من الفقه الجعفري، ج ٤، ص: ٢٠٨

قوله: مسأله يسقط هذا الخيار بامور (١).

(الجهه الرابعه) أفاد المصنف ان الآثار المجعوله للخيار بين ما يترتب على تلك السلطنه الفعلية كالتصرف بالتصرف،

فانه لا يكون الا بعد ظهور الغبن فلا يسقط قبله كما سيجي ء. و منه التلف، فان الظاهر أنه قبل ظهور الغبن من المغبون اتفاقا لو قلنا بعموم قاعده كون التلف في زمان الخيار ممن لا خيار له لمثل خيار الغبن، و بين ما يترتب على ذلك الحق الواقعي كإسقاطه بعد العقد قبل ظهوره، و بين ما يتردد بين الامرين كالتصرفات الناقله.

أقول: انه لا مجال لهذا البحث على ما ذكرنا من ترتب الآثار من أول الامر، و أما على المسلك الاخر فالآثار كلها مترتبه على الوجود الواقعي.

و عدم القول بكون التصرف مسقطا لا ينافي ما ذكرناه، اذ كون التصرف مسقطا ان كان من باب أن الرضا دال على الاسقاط فعدمه قبل الظهور من باب عدم دلالة على الاسقاط، و ان كان من باب التعبد الشرعي فلا بد من الالتزام به سواء ظهر الغبن أم لا.

و أما التصرفات الناقله التي يتردد بين الامرين عنده فعلى القول بالمنع عنها تكون ممنوعه في المقام أيضا، الا أن يقال: بأن الخيار لا يتحقق الا بعد ظهور الغبن، و أما من يلتزم بثبوت الخيار من أول الامر و مع ذلك يلتزم بنفوذ التصرف فكلامه لا يكون حجه فلا حجه للتعدد.

و أما حكمهم بأن التلف قبل ظهور الغبن من المغبون يمكن أن يكون من باب عدم ثبوت الخيار قبل الظهور، و

يمكن أن يكون من باب عدم شمول قاعده أن التلف في زمان الخيار ممن لا خيار له للمقام.

[مسقطات خيار الغبن]

[الأول من المسقطات إسقاطه بعد العقد]

اقول: ان خيار الغبن يسقط بمسقطات المسقط الاول اسقاطه بعد العقد،

دراساتنا من الفقه الجعفري، ج ٤، ص: ٢٠٩

...

و هو قد يكون بعد العلم بالغبن، فلا اشكال في صحه اسقاطه بلا عوض مع العلم بمرتبه الغبن و لا مع الجهل بها اذا أسقط الغبن المسبب عن أى مرتبه كان فاحشا أو أفحش.

و لو أسقطه بزعم كون التفاوت عشره فظهر مائه هل يسقط الغبن أم لا؟ فتردد الشيخ في المقام و قال: في السقوط و جهان من عدم طيب نفسه لسقوط هذا المقدار من الحق كما لو سقط حق عرض بزعم أنه شتم لا يبلغ القذف فتبين كونه قذفا، و من أن الخيار أمر واحد مسبب عن مطلق التفاوت الذي لا يتسامح به و لا تعدد فيه فيسقط بمجرد الاسقاط.

أفاد سيدنا الاستاذ دام ظله بأن المدرك لو كان حديث نفى الضرر فلا بد أن يلتزم بوجود حق واحد بأن الشارع حكم بجواز البيع عند الضرر، و عليه فاذا أسقط خياره يسقط ذلك بلا فرق بين الفاحش و الافحش.

و أما لو كان المدرك دليل الاشتراط فيكون الحق منحلا في كل مرتبه من الغبن، فاذا اسقط الخيار في رتبه لا يوجب سقوط الخيار في رتبه اخرى بل هو موجود في تلك المرتبه لتحقيق الاشتراط الارتكازي فيها، ففي هذه الصوره يكون المقام نظير اسقاط حق العرض في عدم سقوط حقه فيما اذا أسقط بزعم أنه شتم لا يبلغ القذف فتبين كونه قذفا.

و لا- يكون الاسقاط بنحو التعليق، كى يقال بأن التعليق يوجب البطلان و الاطلاق يقتضى السقوط مطلقا، اذ يمكن أن يسقط الخيار

من الناحية الخاصة، فلا يكون تعليقا كما لا يكون مطلقا.

أقول: ان المدرك للخيار لو كان دليل نفى الضرر فلا طريق لنا الى أن نقول: ان ما ثبت بهذا الدليل خيار حقي قابل للإسقاط، لاحتمال أنه يكون

دراساتنا من الفقه الجعفري، ج ٤، ص: ٢١٠

...

خيارا حكما لا- يكون قابلا- له. و بعبارة أخرى: لو كان الدليل قاعده نفى الضرر فما الدليل على كون أمر الخيار بيد من له الخيار، و أما لو كان المدرك دليل الاشتراط فلا يمكن الالتزام بكون الخيار متعددا و الا يلزم اجتماع خمسين خيارا في مورد واحد، و هو كما ترى. و الحاصل انا لا نسلم أن يكون حق الخيار انحلاليا، بل انه حق واحد عند عدم تساوى العوضين، بلا فرق بين كون المدرك قاعده نفى الضرر و بين كونه دليل الاشتراط، و المسقط للخيار تاره يسقطه بنحو الاطلاق فيسقط مطلقا و أخرى يعلق الاسقاط على كون الغبن في مرتبه خاصه.

و لا يرد اشكال التعليق، لان شمول دليل المنع- و هو الاجماع- ممنوع.

و ان أبيت عن ذلك فنقول: له أن يسقط ذلك على نحو التوصيف، بأن يقول «اسقطت خيارى الذى يكون ناشئا من الغبن الفاحش» مثلا، أو المرتبه الكذائيه، فعلى تقدير عدم المطابقه لا وجه للسقوط لعدم الاسقاط فرضا.

و الحق أنه لا فرق بين حق الخيار و حق العرض و ان كان له مراتب متعدده لكن الوجود فى الخارج واحد، فيجرى فيه ما جرى فى حق الخيار، بلا تفاوت بأنه يمكن اسقاطه بنحو التعليق، كما أنه يمكن اسقاطه بالعنوان المشير التوصيفى.

نعم لو تعدد فى الخارج يمكن اسقاط بعض أفراده و ابقاء بعضه الاخر.

ثم قال الشيخ: و أما الاسقاط بعوض بمعنى المصالحه عنه به فلا

اشكال فيه مع العلم بمرتبه الغبن أو التصريح بعموم المراتب، و لو أطلق و كان للإطلاق منصرف - كما لو صالح عن الغبن المحقق في المتاع المشتري بعشرين بدرهم - فان المتعارف من الغبن المحتمل في مثل هذه المعامله هو كون التفاوت أربعة أو خمسه في العشرين فيصالح عن هذا المحتمل بدرهم، فلو ظهر كون التفاوت ثمانية عشر و ان المبيع يسوى درهمين ففي بطلان الصلح لأنه لم يقع على الحق

دراساتنا من الفقه الجعفري، ج ٤، ص: ٢١١

...

الموجود أو صحته مع لزومه لما ذكرنا من أن الخيار حق واحد له سبب واحد و هو التفاوت الذي له أفراد متعدده فاذا اسقطه سقط أو صحته مترلزلا لان الخيار الذي صالح عنه باعتقاد أن عوضه المتعارف درهم تبيين كونه مما يبذل في مقابله أزيد من الدرهم، ضروره أنه كلما كان التفاوت المحتمل أزيد يبذل في مقابله أزيد مما يبذل في مقابله لو كان أقل فيحصل الغبن في المصالحه، اذ لا فرق في الغبن بين كونه للجهل بمقدار ماليتة مع العلم بعينه و بين كونه لأجل الجهل بعينه، وجوه.

أقول: ان أقوى الوجوه هو ما اختاره المصنف من صحة الصلح مترلزلا.

لا يقال: ان المصالحه مبنية على المسامحه و المغابنه، فلا معنى للغبن فيه بالنسبه الى من لا يعلم.

لأنه يقال: ان المصالحه على قسمين: قسم منها يبتنى على المسامحه و الامر فيه كما تقول، و قسم منها لا يبتنى على ذلك بل هي قنطره لأخذ الحق كما اذا لا يمكن أخذه الا بهذا العنوان فهي لا تبتنى على المسامحه.

و أما الاشكال بأنه عالم بالغبن و معه كيف يتحقق الخيار. فمدفوع، اذ يمكن العلم بأصل الغبن مع الجهل بمرتبه.

و أما الاسقاط قبل ظهور الغبن

و قبل العلم به، فأفاد المصنف فالظاهر أيضا جوازه. و يمكن أن يورد عليه بوجه:

(الاول) انه لا يكون جازما بوقوع الاسقاط منه لاحتمال عدم موضوع له.

و بعباره أخرى: انه لا يكون عالما بمتعلق الاسقاط فلا يكون جازما بالنيه.

و يرد عليه: أولا بأن العلم بالمتعلق لا يكون شرطا في الاسقاط الجزمي

دراساتنا من الفقه الجعفري، ج ٤، ص: ٢١٢

...

بل له أن يسقط جزما، الا أنه في صورته عدم الغبن في الواقع يكون الاسقاط لغوا.

و ثانيا- يمكن اسقاطه بنحو التعليق، فانه لا- يشترط الجزم في النيه و هو لا- يكون باطلا عقلا. و الدليل الشرعي لا يشمل مثل المقام، مضافا الى أنه تعليق على ما يتوقف صحه الانشاء عليه و مثل هذا التعليق غير باطل، كما لو علق البيع على كون المبيع ملكا له. هذا على تقدير كون الخيار ثابتا بمجرد العقد، و أما على القول بحدوثه بعد ظهور الغبن فيشكل بأنه اسقاط لما لم يجب.

و أجاب عنه الشيخ بأنه يكفي في ذلك تحقق السبب المقتضى للخيار، و هو الغبن الواقعي و ان لم يعلم به، و هذا كاف في جواز اسقاط المسبب قبل حصول شرطه و قاس المقام بعده موارد، كإبراء المالك الودعي المفرط عن الضمان، و كبراءه البائع من العيوب الراجعة الى اسقاط الحق المسبب عن وجودها قبل العلم بها، و كطلاق مشكوك الزوجيه و اعتاق مشكوك الرقيه منجزا أو الإبراء عما احتمل الاشتغال به، و البراءة عن العيوب المحتمله في المبيع، و ضمان درك المبيع عند ظهوره مستحقا للغير.

و فيه: انه ليس في الامور الشرعيه أسباب و مسببات، بل ليس الا الحكم و الموضوع، مضافا الى أنه لو تم الاشكال لا يمكن ذبه بهذا البيان. و

أما قياس المقام بالمذكورات فمحل اشكال، فان التزويج معلق على الزوجيه، فعلى تقدير كونها زوجه يتحقق الطلاق، كما أن العتق يتحقق على تقدير الرقيه. نعم لو طلق المرأه بشرط تحقق الزوجيه فى المستقبل يكون نظير المقام. و أما التبرى من عيوب المبيع فمرجعه الى اسقاط الشرط و رفع اليد عن شرط الخيار، و لا يرتبط بما نحن فيه.

و أما الابراء الودعى فهو أول الكلام، فانه لو قلنا بأن الضمان يتحقق بنفس

دراساتنا من الفقه الجعفرى، ج ٤، ص: ٢١٣

...

التفريط، فلا- يقاس بالمقام، و لو قلنا بأن الضمان من أحكام التلف مع التفريط فاسقاطه قبل التلف مشكل. و أيضا البراءه من درك المبيع، فان الالتزام بالصحه و تطبيق القواعد عليها مشكل. فلاحظ.

و أما ما أفاده قدس سره من كفايه تحقق السبب فلا يرجع الى محصل، اذ فيه: أولا أنه ليس فى الاحكام الشرعيه الا الموضوع و الحكم، و أما المقتضى و السبب و الشرط فكلها مما لا يرجع الى محصل. و ثانيا لو كان محذور فى تعلق الانشاء بما لا وجود له فلا يرتفع بهذا الجواب، فالاحسن فى الجواب أن يقال:

ان اسقاط ما لا يجب لا محذور فيه، فان ما فيه المحذور أن يسقط ما لا يكون ثابتا، و أما سقوطه بعد ثبوته فلا مانع فيه.

مضافا الى أنه يمكن أن يقال: بأن الاسقاط متعلق بالشرط الموجود حاليا بأن يسقط الشارع حقه من ناحيه شرطه فيسقط حقه الشرطى، و هو أمر فعلى لا استقبالى.

هذا و أما لو تنزلنا عن هذا الجواب و قلنا بعدم ثبوت الخيار الا بعد ظهور الغبن و العلم، فالظاهر أنه لا مفر عن الاشكال الرابع، فان اثبات جواز اسقاط حق يتحقق فى المستقبل من الان

مشكل الا أن تصل النوبه الى الاستصحاب فيسقط بالمعارضه و يرجع الى عموم وجوب الوفاء. فلاحظ.

ثم ان الشيخ قدس سره ذكر أنه يشكل الامر فى الصلح، حيث أنه فى فرض عدم الخيار لا يكون عوض. و دفع الاشكال بأنه يضم اليه شىء، و ما أفاده غريب فان ضم شىء الى المجهول على خلاف القاعده و فى مسأله الآبق مع الضميمة مورد النص، فالاولى أن يقال: انه لو كان المدرك للخيار الاشتراط فهو أمر فعلى.

نعم على تقدير كون المدرك قاعده لا ضرر يشكل الامر، لكن مجرد الاحتمال

دراساتنا من الفقه الجعفرى، ج ٤، ص: ٢١٤

قوله: الثانى من المسقطات اشتراط سقوط الخيار فى متن العقد (١).

كاف بأن يصلح عن الحق الاحتمالى فان العوض مقابل المحتمل بما انه محتمل.

ثم ان السيد أفاد بأن المضر عدم وجوده فى الواقع لا الجهل بوجوده، فما دام يكون الجهل موجودا يحكم بالصحة. و هذا غير سديد، لأنه بالاصل يحرز عدمه، فالحق أن يقال: ان يجعل فى مقابل المحتمل أو يجعل شىء آخر و يشترط فى ضمنه اسقاط الخيار على تقدير وجوده.

[الثانى من المسقطات اشتراط سقوط الخيار فى متن العقد]

أقول: يقع الكلام فيه من الجهات المشتركة بين المقام و ما تقدم من الخيارات الكلام هو الكلام و لا-وجه للإعاده، و انما الاشكال الخاص الذى صار محلا للكلام بين الاعلام لزوم الغرر من اشتراط السقوط فى هذا الخيار و خيار الرؤية.

أما الكلام فى خيار الرؤية فالاولى ترك التعرض له فى المقام و بيان الحق بنحو وافى فى تلك المسأله، و انما المناسب للتعرض فى المقام ما يرجع الى اشتراط سقوط خيار الغبن.

قال فى الدروس فى هذا المقام ما لفظه: و لو اشترط رفعه أو رفع خيار الرؤية فالظاهر بطلان العقد للغرر. ثم

احتمل الصحة فى خيار الغبن سهوله رفع الغرر. و جزم السيمرى فى غايه المرام بىطلان العقد و الشرط، و تردد المحقق الثانى الا أنه استظهر الصحة.

أقول: أما ما أفاده الشهيد قدس سره بأن الغرر فى الغبن سهل الازاله، لعله ناظر الى أنه يرتفع بدفع الغرامه.

و يرد فيه: ان الغرر بوجوده يفسد العقد، و ارتفاعه بعد العقد فضلا عن قبوله للارتفاع لا يكون مصلحا.

دراساتنا من الفقه الجعفرى، ج ٤، ص: ٢١٥

...

و أما وجه ما أفاده من الاشكال فيمكن تقريبه بأن يقال: ان كون الجهل بالصفات موجبا للغرر اما لأجل كونه جهلا بالصفات بما هو جهل بها و اما لأجل كونه موجبا للجهل بالماليه، و الاول باطل و الا يلزم أن يكون الجهل بالصفات غير الدخيله موجبا له و الحال أن الامر ليس كذلك، فتعين الثانى، و لازمه بطلان البيع فى المقام.

و أورد فيه: بأن لازم هذا الكلام كون البيع فاسدا لا خياريا، اذ الخيار لا يكون مصححا و الا يلزم تصحيح كل بيع غررى بالخيار كبيع مجهول الوجود أو المتعذر تسليمه. فالحق أن يقال: ان الغرر المنهى فى البيع بلحاظ المتعلق و المتعلق عباره عن المبيع و الثمن، فجهاله أحدهما يكون بيع غررى، فلو جهل المبيع فى ذاته- كما لو تردد بين الحمار و الفرش- يكون باطلا، كما أنه لو جهل وصفه الدخيل فى المالىه يكون غررا و باطلا و أما لو جهل وصفه غير الدخيل لا يكون باطلا. و أيضا لو علم الوصف و الجهل تعلق بالقيمه لا يكون باطلا، لان اتصاف البيع بالغرر بلحاظه يكون بواسطتين و بعيد عنه بهما، و مع امكان الحمل بواسطه واحده لا وجه لإسراء الحكم اليه.

هذا غايه ما يمكن أن

يقال فى المقام، و لكن الظاهر فساده، فانه وجه ذوقى و لا تنطبق عليه الصناعه، بل الحق أن الميزان فى البطلان صدق الغرر بأى وجه كان، و من الظاهر صدقه مع الجهل بالقيمه و لو مع العلم بالصفات، و الميزان اطلاق الدليل.

و أما ما أفيد من أن الخيار لا يرفع الغرر الاعلى نحو الدور، ففيه ان الغرر يرتفع بنفس الشرط، فارتفاع الغرر متوقف على شرط الخيار و الصحه الشرعيه تتوقف على عدم الغرر، فلا دور كما ذكرنا سابقا.

دراساتنا من الفقه الجعفرى، ج ٤، ص: ٢١٦

قوله: الثالث تصرف المغبون بأحد التصرفات المسقطه للخيارات المتقدمه بعد علمه بالغبن (١).

و أما النقض بمورد بيع مجهول العين أو المتعذر تسليمه، فان كان الاشكال منحصرًا بالغرر يمكن دفعه بما ذكر و لا نبالى من الالتزام فى كل مورد يكون كذلك. فالمتحصل ان اشتراط سقوط الخيار مع احتمال الغبن يكون مضرًا لأوله الى الغرر، لكن الكلام فى مدرك بطلان الغرر، و قد مر منا ما فيه من الاشكال، و على فرض تماميه الاجماع على البطلان فاللازم الاقتصار على القدر المتيقن.

[الثالث من المسقطات تصرف المغبون بأحد التصرفات المسقطه للخيارات المتقدمه بعد علمه بالغبن]

أقول: لا كلام فى سقوط الخيار بالتصرف الكاشف عن الرضا و الدال على الاسقاط، كما أنه لا اشكال فى عدم سقوطه لو لم يكن التصرف دالا و كان قبل العلم بالغبن، انما الكلام فى التصرف غير الدال على الاسقاط الواقع بعد الاطلاع على الغبن.

ربما يقال: بأنه مسقط اما بلحاظ الاجماع و اما بلحاظ عموميه العله المستفاده مما ورد فى خيار الحيوان، و كلا التقريبين فاسد كما مر تفصيله فى خيار المجلس.

و ربما يقال: بقصور المقتضى للخيار، لان مدرك للخيار اما الاجماع و اما قاعده لا ضرر: أما الاول فقاصر من حيث الشمول،

و أما الثانى فكما لا يشمل مورد الاقدام على المعامله المتضمنه للغرر كذلك لا يشمل المعامله الضرريه التى التزم المغبون بها، فلا دليل على الخيار بقاء.

وفيه: ان المدرك هو الاشتراط فى ضمن العقد، مضافا الى انه لو كان المدرك قاعده نفى الضرر فلا- وجه لما أفيد، فان المفروض أن الضرر تحقق و الخيار وجد على طبق القاعده، فما دام لم يسقط بالاسقاط لا وجه لسقوطه بل

دراساتنا من الفقه الجعفرى، ج ٤، ص: ٢١٧

قوله: الرابع من المسقطات تصرف المشتري المغبون قبل العلم بالغبن تصرفا مخرجا عن الملك على وجه اللزوم كالبيع و العتق (١).

هو باق كما فى نظائره. و ان شئت قلت: الخيار حصل بتحقيق الغبن، و لا وجه لسقوطه ما دام لم يسقطه من له الخيار.

[الرابع من المسقطات تصرف المشتري المغبون قبل العلم بالغبن تصرفا مخرجا عن الملك على وجه اللزوم]

أقول: المسقط الرابع تصرف المغبون قبل العلم بالغبن تصرفا مخرجا عن الملك على وجه اللزوم كالبيع و العتق، فان المصرح به فى كلام المحقق و من تأخر عنه السقوط على حسب نقل المصنف، و أيضا قال: قيل انه المشهور، و هو كذلك عند المتأخرين - انتهى.

و ما يمكن أن يقال فى وجهه أمور:

منها- الاجماع على ما يظهر من بعض الكلمات، فانه نقل عن الشهيد قدس سره أنه قال: ان الحكم بعدم السقوط حسن ان لم يكن الحكم اجماعيا.

وفيه: ان تحققه أول الكلام، قال المصنف: و الظاهر عدمه، و على فرض تحققه لا اعتبار بهذه الاجماع كما منا مرارا عديده.

و منها- ان المدرك لهذا الخيار قاعده نفى الضرر و الاقدام بالتصرف التزام بالضرر.

وفيه: ان الاقدام قبل العلم بالغبن ليس اقداما بالضرر، و اخراج العين عن الملك بالبيع و شبهه ليس دليلا على الاسقاط حتى مع العلم بالغبن، مضافا الى

أن دليل الخيار عندنا ليس قاعده الضرر بل الدليل الاشتراط الضمنى.

و منها- ان ضرر المغبون معارض بضرر الغابن بقبوله البدل.

وفيه: أولا انه يمكن رد العين بنفسها فيما يكون ممكنا، فالدليل أخص من المدعى. و ثانيا لا ضرر على الغابن، فانه على تقدير المثليه فواضح و على

دراساتنا من الفقه الجعفرى، ج ٤، ص: ٢١٨

...

تقدير القيمه فأیضا كذلك، لأنه باختياره عرضه للنقل فمقصوده أخذ قيمته، و بعبارة أخرى: لا ضرر عليه، و على فرض تحققه ببعض الفروض يكون الحكم مختصا بذلك المورد. أضف الى ذلك أنه بعد التعارض يثبت الخيار باشرطه فى ضمن العقد.

و أما ما فى كلام السيد من التمسك باستصحاب الخيار، فمردود بأن المرجع دليل اللزوم لا استصحاب الخيار.

و منها- أنه لا- يمكن تحقق التراد مع نقله عن الملك. و فيه: أنه يمكن تحققه فى بعض الاحيان، و ثانيا ان الموضوع للخيار هو العقد لا العين، فالحق أنه لا وجه و لا مقتضى لسقوط الخيار.

ثم ان الشيخ قدس سره ذكر فى المقام فروعاً، و لا يخفى أنه على ما ذكر يكون مقتضى القاعده بقاء الخيار فى جميعها و ربما يختلف الحكم على المسلك الاخر. و كيف كان نتعرض للفروع تبعا للشيخ:

(الاول) انه لا فرق بين البائع و المشتري، فان قلنا بعدم السقوط كما قلنا فلا فرق بين أن يكون المغبون هو البائع أو المشتري، كما أن الظاهر أنه لا فرق بينهما على مقاله المشهور.

(الثانى) انه لا- فرق على المسلكين بين النقل اللازم و بين فك الملك كالتق و الوقف و بين أن تكون النتيجة كذلك كالاستيلاد، بل و يلحق به تلف العين، فانه لا فرق بين هذه الفروض من حيث الحكم. نعم ربما يقال: بأن

مدرك المشهور لو كان هو الاجماع فلا بد من الاقتصار على المتيقن منه.

(الثالث) انه هل يكون فرق بين النقل الجائز و اللانزم أم لا؟ يظهر من المصنف الفرق و انه لا- يسقط الرد بالأول لا- مكان التدارك. و لا يخفى أنه لا يفرق على

دراساتنا من الفقه الجعفرى، ج ٤، ص: ٢١٩

...

ما سلكناه، و أما على تقدير كون المدرك هو الاجماع يمكن الفرق، و أما على تقدير كون المدرك قاعده نفى الضرر فيمكن الاشكال فى الفرق بأنه لو فسخ فاما يجب فسخ العقد الجائز فنقول بوجوبه فيما نقل بالناقل اللانزم باشرائه اذا كان ممكنا و ان لم يكن واجبا فما الفارق.

و ان قيل: بأن الفسخ بنفسه يفسخ العقد الواقع. نقول: بمثله فيما كان الواقع لازما أيضا بلا فرق.

(الرابع) هل تلحق الاجاره بالبيع فى هذا الحكم أم لا، أما على المسلك المنصور فالامر واضح و لا مقتضى للسقوط فى البيع فكيف بالاجاره، و أما على القول بالسقوط فلا بد من ملاحظه المدرك، فان كان المدرك الاجماع فلا بد من الاقتصار على القدر المعلوم، و ان كان مقتضى المدرك فى الوصول عدم وصول العين إلى مالکها فالمدرك فى الاجاره موجود.

(الخامس) على فرض سقوط الخيار بالاجاره لو لم يعلم بالغبن الا بعد انقضاء الاجاره هل الخيار ساقط أيضا أم لا؟ أفاد الشيخ بأنه توجه الرد، و أيضا قال بأنه متوجه الرد لو لم يتوجه الى الغبن الا بعد انفساخ البيع.

و يرد عليه: ان المانع عن الرد ان كان الانتقال عن ملك المشتري و المغبون فلا- فرق بين انحائه، و ان كان المانع أن العين لا تصل الى الغابن فلا بد من الحكم بالصحة حتى لو علم بالغبن قبل التصرف أو

بعده لكن قبل انقضاء مده الاجاره أو قبل انفساخ البيع.

(السادس) انه لو امتزجت العين بغيرها بحيث تحصل الشركه فهل يسقط الخيار أم لا؟ لو قلنا بأن الحادث المانع عن رد العين يوجب السقوط لا بد من الالتزام بسقوطه كما هو ظاهر، و لذا نقول بالسقوط لو تغيرت بالنقصان،

قمي، سيد تقى طباطبائي، دراساتنا من الفقه الجعفري، ٢ جلد، مطبعه الخيام، قم - ايران، اول، ١٤٠٠ هـ ق دراساتنا من الفقه الجعفري؛ ج ٤، ص: ٢٢٠

دراساتنا من الفقه الجعفري، ج ٤، ص: ٢٢٠

...

و أما لو تغيرت بالزيادة فاما تكون الزيادة عينيه أو تكون حكميه أو تكون من جهتين. اختار الشيخ السقوط في الاول و الاخير، و اختار عدم السقوط في الوسط، لعدم امكان الرد في الاول و الاخير لحصول الشركه على القول بها و امكان الرد في الوسط، و قال بعد ذلك: فتأمل.

و يمكن أن يكون نظره في الامر بالتأمل الى أن الزيادة الحكميه اذا كانت بلحاظ زياده وصف في العين كالصبيغ تكون الشركه حاصله و تكون مانعه من الرد كما سيجيء عنه قدس سره في التصرف الصادر من الغابن.

هذا كله في تصرف المغبون، و أما لو تصرف الغابن بالتصرف الناقل اللازم فأفاد المصنف بأنه لا وجه لسقوط خيار المغبون.

و يمكن أن يقال: انه لو كان المدرك للخيار الاشتراط الضمني فالامر ظاهر و لا وجه للسقوط، كما أن مدرك السقوط لو كان هو الاقدام أو الاجماع يكون السقوط بلا وجه، و أما لو كان المدرك للسقوط تصرف الغابن كما مر يقع التزاحم بين الضررين، فانه لو لم يكن له الخيار يتضرر بواسطه الغبن، و لو كان له الخيار يتضرر بأن ماله لا يرجع اليه، فالفاعده ساقطه و يرجع الى

و فيه: أولاً يمكن أن يكون تصرف الغابن قبل الظهور فلا خيار حتى يستصحب، و ثانياً المرجع دليل اللزوم لا استصحاب الخيار، و أما فى أصل التزاحم فان كان الضرر المتوجه من اللزوم اذا كان أشد و اكثر بحيث تكون زيادته موضوعه لشمول القاعده فالحق تقدير الخيار، لان المفروض أن الحكم باللزوم ضررى فلو فسخ المغبون و وجد العين خارجه عن ملك الغابن بالبيع أو مثله من النواقل فتاره يقع البحث فى أن تصرف الغابن باطل من أول الامر بلحاظ كون المتعلق متعلق حق الغير و أخرى يكون صحيحاً.

دراساتنا من الفقه الجعفرى، ج ٤، ص: ٢٢١

...

و تحقيق هذا البحث راجع الى أحكام الخيار، و فى المقام نبحت بناء على كون تصرفه صحيحاً فتاره نقول: بأن المغبون بعد اعمال الغير له أن يفسخ العقد و أخرى نقول بأن فسخه يبطل تصرف الغابن من حينه أو من أصله، أما على القول بعدم الابطال فلا- وجه للقول بأن له ابطاله، اذ لا يفسخ ان كان تلك العين ان كانت موجوده و بدلها ان لم تكن فالامر ظاهر، و ان كان الفسخ متوقفاً على رد العين و الا- يكون الخيار بلا موضوع فلا خيار فلا فسخ و ان كان موجوداً مطلقاً، و لازمه انتقال العين الى ملك الفاسخ مطلقاً، فاللازم انفساخ العقد الصادر من الغابن بنفسه- أى بفسخ المغبون- يبطل العقد الصادر من الغابن بلا اعمال شىء من قبل المغبون.

و ملخص الكلام انه لو فسخ المغبون فوجد العين قد انتقلت بالنقل باللازم كالعتق و الوقف و البيع اللازم، فتاره يقال بأن له ابطال العقد من أصله، و أخرى يقال بأن له ابطاله من حينه، و ثالثه يقال بأن له

الرجوع الى البدل، و رابعه يقال بأن فسخه يوجب بطلان ما صدر من الغابن من أصله أو من حينه.

فنقول: لا- وجه للإبطال لا من الاصل و لا من الحين، اذ ما صدر من الغابن ان كان تاما و لا يتوقف على شىء و أمر صدر من أهله و وقع فى محله فلا مقتضى لجواز ابطاله لا من أصله و لا من حين الفسخ، و ان كان مشروطا و متوقفا على أمر فلازمه عدم تحققه. و بعد فرض تحققه و الالتزام ببقاء الخيار للمغبون فاما يكون لازم الفسخ رجوع العين الى الفاسخ على فرض بقائها و رجوع بدلها على فرض عدم بقائها فلازم الفسخ رجوع البدل اليه و ان كان لازم الخيار رجوع العين الى الفاسخ أين ما كانت فلازمه انفساخ العقد قبل الفسخ آنا ما كى يتلقى الفاسخ العين من المفسوخ عليه، فعلى كل حال لا تصل النوبه الى ابطال الفاسخ

دراساتنا من الفقه الجعفرى، ج ٤، ص: ٢٢٢

...

العقد الصادر من الغابن.

ان قلت: انه لا يستحق شيئا حتى يفسخ معامله الثانيه.

قلت: أولا هذه الدعوى بلا دليل و غير منطبقه على مستند، و ثانيا يلزم الجمع بين العوض و المعوض فى فتره الفسخ، و ثالثا لو جاز عدم استحقاقه شيئا فى فتره الفسخ لجاز عدم استحقاقه الى الابد. و أما وجه بطلان ما صدر من الغابن من أصله هو أنه تصرف فى متعلق حق المغبون، كما لو تصرف الراهن فى متعلق حق الرهانه فان ما صدر منه يتوقف على اجازته من له الحق و بدون اجازته لا يصح.

و فيه: ان حق الخيار متعلق بالعقد لا بالعين، فلا مانع من تصرف الغابن.

و بعبارة أخرى: الخيار من أحكام العقد لا

من أحكام العين، و أما وجه بطلانه من حينه أن حق الخيار يتحقق بعد ظهور الغبن فالدليل أخص من المدعى.

و ثالثا- ان أصل المبني فاسد كما مر.

و أما الوجه للقول الثالث فهو أنه لا وجه لتزلزل العقد الصادر من الغابن أما على القول بأنه لا يتحقق الخيار الا بعد ظهور الغبن فالتصرفات الواقعة تامه و لا وجه للنقاش فيها، و أما على القول المنصور فأیضا الامر كذلك، فانه لا وجه لتزلزله كما سيجى ء فى أحكام الخيار، فان التصرف من غير ذى الخيار فى زمان خيار غير المتصرف صحيح لازم.

ثم ان الشيخ أفاد بأنه يمكن أن نلتزم ببطلان الاستيلاء بالفسخ و لو لم نقل ببطلانه بالبيع لسبق حق الخيار على الاستيلاء.

و فيه: انه لا فرق من هذه الجهه، فان حق الخيار اذا كان متعلقا بالعين يكون

دراساتنا من الفقه الجعفرى، ج ٤، ص: ٢٢٣

...

مانعا من الصحه فى الجميع، و ان كان متعلقا بالعقد لا يكون مانعا مطلقا فلا وجه للتفصيل. مضافا الى أنه لو كان وجه للتفصيل بين قبل الظهور و بعده لكان ذلك التفصيل متوجها فى المقام أيضا.

ثم الظاهر عدم الفرق بين أن يكون النقل جائزا و بين كونه لازما، فان التصرف لو كان صحيحا من الغابن فلا وجه لبطلانه و لو كان جائزا و ان لم يكن صحيحا فلا فارق و جواز الفسخ من نفس الغابن أو من طرفه أو من كليهما لاستلزام جوازه من الاجنبى، و المفروض أن المغبون أجنبى بالنسبه الى تملك المعامله فلا تغفل.

ثم ينقل عن الشهيد فى المسالك بأنه ان كان الناقل مما يجوز ابطاله يجبر على ابطاله و ان لم يبطل ابطله الحاكم و ان لم يمكن ابطله بنفسه. ثم أورد

فيه: بأنه لا- وجه لما أفاده، لان بالفسخ اما يدخل نفس العين في ملك الفاسخ و اما يدخل بدله، فعلى الاول لا يبقى موضوع للفسخ و على الثانى فلا وجه للعدول الى غيره.

ثم وجه كلام الشهيد بأنه يمكن أن يكون دخول العوض من باب الحيلولة.

ثم أورد عليه: بأن الحيلولة انما تكون فيما يكون نفس التالف باقيا في ملك المغبون، و أما مع عدم بقائه في ملكه فلا موضوع لبدل الحيلولة- انتهى.

و يمكن أن يقال: بأن أثر الفسخ اعتبار نفس العين في ذمه المفسوخ عليه حتى في مورد التلف الحقيقي، اذ لو لاه لم يكن الفسخ فسخا. و الحاصل انه يعتبر التالف و الناقل بنفسه في ذمه الطرف و يجب عليه دفعه ما دام ممكنا و لم يكن ضررا و حرجا على مسلك القوم، و لم يكن حرجا على مسلكنا حيث أنكرنا دلالة حديث لا ضرر على نفي الحكم الضررى في الشريعة. و على هذا البيان

دراساتنا من الفقه الجعفرى، ج ٤، ص: ٢٢٤

...

تم ما أفاده الشهيد.

ثم أفاد الشيخ بأنه على تقدير عدم وجوب فسخ العقد الجائز من قبل الغابن لو فسخ بطبعه و عاد العين اليه، فاما يكون بعد أخذ المغبون البديل و اما يكون قبله، أما على الاول فلا وجه لدفعها الى المغبون، لان المفروض أنه أخذ البديل و على الثانى يجب دفعها.

ثم قال: هذا فيما اذا كان بالفسخ، و أما كان العود بملك جديد فالاقوى عدم وجوب ردها مطلقا، لأنه ملك جديد تلقاه من مالكه و الفاسخ يملك بسبب ملكه السابق بعد ارتفاع السبب الناقل، فكأن الغابن بالفسخ أعاد الملكيه السابقه.

و أيضا المغبون بفسخ العقد الغبنى يعيد الملكيه السابقه، لكن تم هذا الوجه ان كان

العود بسبب الفسخ لا بسبب مستقل، فعليه لا بد من هذا التفصيل.

و الحق أن يقال على مسلك المصنف: انه لا بد من التفصيل بين فسخ الغابن قبل فسخ المغبون أو بعده، فان كان قبله فالحق كما أفاده على طبق البيان، و ان كان بعده فلا- وجه لانتقال العين الى المغبون، اذ المفروض أن المغبون ملكك البديل لا- بعنوان الحيلولة، و أما على ما سلكتاه فلا بد من الفرق بين أخذ البديل و عدمه، فانه اذا أخذ البديل فلا مجال لمطالبه العين و ان كان لم يأخذ البديل له أن يأخذ نفس العين، بلا فرق بين أن يكون الانتقال بالفسخ أو بسبب جديد و الوجه فيه ظاهر.

ثم أفاد الشيخ بأن تصرف الغابن ان كان مغيرا للعين فاما يكون بالنقيصه و اما يكون بالزيادة و اما يكون بالامتزاج، فان كان بالنقيصه فاما يوجب تغيرا فى العين تغيرا يوجب الارش و اما لا يوجب الارش، فان كان يوجب الارش أخذه مع الارش كما هو مقتضى الفسخ لان الفات مضمون بجزء من الثمن فاذا رد

دراساتنا من الفقه الجعفرى، ج ٤، ص: ٢٢٥

...

تمام العوض و جب رد تمام المعوض فيتدارك الفات بالارش، و مثله ما لو تلف جزء من الثمن.

و الظاهر أن مراده من النقص الموجب للأرش هو العيب فى مقابل نقصان ما لا يعد عيبا و ان كان مؤثرا فى نقص القيمة.

و يمكن أن يورد عليه: بأن النقص ان كان راجعا الى الوصف أعم من أن يعد عدمه عيبا أو لم يعد لا يقابل بجزء من العوض، فائبات وجوب رفع الارش من قبل الغابن يحتاج الى دليل، و حيث أن الوصف لا يقابل بشىء فلا يتم ما أفاده فى المتن.

و التمسك

بأن التلف فى زمن الخيار ممن لا- خيار له، مخدوش بأنه لا يطلق عليه التلف، و ثانيا ان شمول تلك القاعده لخيار الغبن أول الكلام.

و الذى يمكن أن يقال: ان لازم الفسخ عود العين على ما هى عليه بجميع الخصوصيات الى الفاسخ، و لا فرق فيه بين أن يكون النقص مما يوجب الارش أو لا يوجهه و كان التغيير بفعل الغابن أو بفعل غيره أو بأفه سماويه، و تحقيق هذه الجبهه موكول الى باب أحكام الخيار.

ثم أفاد بأنه ان كان لا يوجهه شيئا رده بلا شىء، و منه ما لو وجد العين مستأجره، فان على الفاسخ الصبر الى انقضاء المده. و لا يجب على المفسوخ عليه شىء، لان المنفعه من الزوائد المتخلله المنفصله، و هى ملك للمفسوخ عليه، لأنها تابعه للملك المطلق، فاذا تحقق ملك العين فى زمان ملك المنفعه بأسرها و يحتمل انفساخ الاجاره فى بقيه المده لان منفعه الملك المترزل مترزل و به جزم القمى.

و فيه نظر، فانه لا وجه لتترزله. نعم ذكر الصدر بأنه اذا وقع التفاسخ

دراساتنا من الفقه الجعفرى، ج ٤، ص: ٢٢٦

...

لاختلاف المتبايعين فوجد البائع العين مستأجره يكون للبائع على المشتري أجره المثل بقيه المده، و سيجىء ما يمكن أن يكون فارقا بين المقامين.

أقول: قد ظهر مما ذكرنا آنفا أنه لا وجه للقول بأنه لا شىء للفاسخ على المفسوخ عليه بالنسبه الى بقيه المده، اذ قلنا ان لازم الفسخ عود الملك الى الفاسخ على ما هو عليه. لكن لا وجه لما ذكره القمى، فان الاجاره وقعت صحيحه، و هى عقد صحيح لازم بالضروره، و لا وجه لانفساخها، فالصحيح هو ضمان أجره المثل بالنسبه الى بقيه المده أو ما نقص عن العين

بلحاظ نقص تلك المده. ولا يعد أن يكون الامر ان متطابقين دائما، و أما الفرق الذى أفاده المصنف بين الفسخ و التفاسخ فالظاهر أنه ليس كذلك، بل لا فرق بين الامرين، و الجامع بينهما أن العقد ان انفسخ بالفسخ أو التفاسخ يلزم رجوع العين الى المالك الاول بتمام شئونه و أما لو رجح بغير انفساخ- كما انتقل اليه بالارث أو بالاشتراء- فكان مسلوب المنفعه يكون له كذلك، و الوجه فيه ظاهر.

و أما ان كان التغير بالزيادة فأفاد المصنف بأنها تكون تارة حكميه محضه كقصاره الثوب فالظاهر ثبوت الشركه فيه بنسبه تلك الزياده، بأن يقوم العين و يؤخذ ما به التفاوت. و لا يخفى أن مراده من الشركه ان كانت الشركه فى العين كما هو ظاهر العبارة فلا- يمكن المساعده عليه كما هو ظاهر، فان المفروض الزياده الحكميه لا تقابل بالثمن، و أما الشركه فى المالىه فقد وقع بينهم الخلاف فى ذلك، و الوجه فى تحقق الشركه أحد أمرين: أحدهما انه بفعل المفسوخ عليه و لعمله احترام، ثانيهما أنه يدخل فى ملكه بتبع ملك العين، فلو فسخ العقد لا وجه لخروجه عن ملكه، و كلا الوجهين مخدوش.

أما الاول فلان عمله كان فى ملكه فلا مقتضى لان يكون مضمونا، و أما الثانى

دراساتنا من الفقه الجعفرى، ج ٤، ص: ٢٢٧

...

فلان العين بواسطه الوصف علت قيمته و المملوك هى العين، و الوصف غير مملوك كما هو ظاهر.

مضافا الى أن الوجه الاول لا كليه له، اذ ربما يكون بفعل الغير كما أنه ربما يكون بفعل الله، فالدليل أخص من المدعى. فالحق أنه لا مقتضى للشركه وفاقا للأستاذ حيث أفتى فى منهاجه فى بحث خيار الغبن بعدم شىء للغابن.

فلاحظ.

هذا فيما كانت

الزيادة موجبه لازدياد القيمه، و أما ما لا تكون دخيله فى زيادتها فالامر أوضح.

و أخرى تكون عينيه محضه كالغرس، فربما يقال: بأن المغبون مسلط على القلع بلا شىء عليه من الارش كما نسب الى العلامه فى المختلف. و ربما يقال:

بأنه مع الارش كما اختاره الشهيد فى المسالك، و ربما يقال: بأنه ليس له مطلقا كما نسب الى المشهور فى بعض المقامات.

و الحق من هذه الوجوه هو الوجه الاول، فان الغرس واقعا عن حق فى أول الامر لا يدل على كون بقائه حقا، فان ابقاءه بلا رضى الاخر ظلم و لا عرق له.

و مما ذكرنا علم أن ما اختاره الشهيد- و هو الوجه الثالث- ليس على طبق القاعده، و لا مجال لان يقاس ببيع الارض مشغوله بالزرع مع علم المشتري به أو بيع دار المستأجره، فانه مع علم المشتري يكون البقاء شرطا بخلاف المقام. مضافا الى أنه فى الاجاره لا- مقتضى لان يعارض المشتري المستأجر اذ المستأجر قد ملك المنفعه بالاجاره قبل تملك المشتري، غايه الامر أن يثبت الخيار للمشتري ان كان جاهلا بالحال، و هذا واضح لا ريب فيه.

ان قلت: قلعه للغرس يكون ضررا على صاحب الغرس.

قلت: الصبر ضرر على صاحب الارض، مضافا الى أن الحكم الشرعى

دراساتنا من الفقه الجعفرى، ج ٤، ص: ٢٢٨

...

عباره عن جواز القلع لا- وجوبه، و المشهور غير قائلين برفع الحكم الترخيصى بقاعده لا ضرر، أضف الى ذلك أنا ذكرنا فى بحث القاعده أن مفادها حرمة الاضرار لا رفع الاحكام الضرريه. و من الظاهر أن التصرف فى المملوك لا يكون حراما و لو كان ضررا بالنسبه الى الغير و الا يلزم عدم جواز اخراج المستأجر عن الدار فى كثير من الموارد و

هو كما ترى.

ان قلت: مقتضى قوله «ليس لعرق ظالم حق» (١) انه لو لم يكن الغارس ظالما لما يكون له الحق، و فى المقام كان الغرس عن حق على الفرض.

وفيه: أولا ان الروايه ضعيفه سندا فلاحظ، و ثانيا يتوقف الاستدلال على ثبوت المفهوم للروايه و هو أول الكلام، و ثالثا مقتضى ما ذكرنا أنه لو لم يبادر الى القلع فهو ظالم فيدخل فى المنطوق، و كونه حدوثا عن حق لا يدل على كونه حقا بقاء. و رابعا غايه ما فى الباب دلالتة على كون صاحب الحق له العرق، و هذا واضح ظاهر لكن الكلام فى الصغرى، و كونه حقا بحسب البقاء أول الكلام.

و من هذا البيان ظهر ما فى تقريب المدعى بأن صاحب الغرس كان له الحق و قد استوفى الحق، و من الظاهر أن الغرس بما هو غرس ملكه لا بما هو خشب و حطب. و بعبارة أخرى: ان المغروس بهذا العنوان ملك له فقد سبق استيفاؤه فلا يجوز منعه.

وفيه: الجواب يظهر بالتأمل، و هو اذا استوفى فلا شىء كى يقع النزاع فيه، و ان لم يستوف فلا مقتضى للاستيفاء بعد.

و من هذا البيان يظهر فساد القول الثالث الذى اختاره السيد فى الحاشيه

(١) الوسائل، الجزء (١٧) كتاب الغصب الباب (٣) حديث (١).

دراساتنا من الفقه الجعفرى، ج ٤، ص: ٢٢٩

قوله: و لو كان التغير بالامتزاج (١).

فان الجمع بين الحقين يتوقف على اثبات الحق، و هو أول الكلام بل مقطوع العدم.

و قد ظهر مما ذكرنا أنه لو قلع صاحب الغرس لا- يجب طم الارض، فان المغبون تملك الارض خاليه، الا أن يقال: بأن الغابن ملزم برد العين على ما هى عليها فلا بد من طمها.

و هذا هو الحق.

ثم ان المشتري هل يجوز له تصدى القطع ابتداء أو بعد امتناع صاحبه أو يلزم الرجوع الى الحاكم؟ الحق انه يلزم مراجعه صاحبه فانه ماله و لا يجوز التصرف فى مال الغير بلا اذنه و مع امتناعه يتصدى الحاكم فانه ولى الممتنع.

و القول بأنه لا- احترام له كما فى كلام السيد أو ليس لعرق ظالم حق كما فى كلام الايروانى فلا مقتضى للرجوع الى الحاكم. ليس على ما ينبغى، فان حرمة التصرف فى مال الغير بحالها بالنسبه الى غير الحاكم.

و بعبارة أخرى: ان مقتضى حرمة التصرف فى مال الغير و تسلط مالك الارض على تخليه أرضه من غرس الغير يقتضى أن يتصدى للقلع مع امتناع مالكة الحاكم الشرعى الذى ولى كل ممتنع، و أما لو اختار صاحب الارض الابقاء يكون أجره الارض له و لا فرق فيما ذكرنا بين الغرس و الزرع لعين المدرك، و لا يتفاوت الحال من جهة طول المده فى الغرس و قصره فى الزرع.

و أيضا علم مما ذكرنا أنه لو أراد صاحب الغرس قلع غرسه لا يجوز للمالك منعه، فان كل أحد مسلط على ماله و ليس لغيره منعه من التصرف. هذا كله فى الزيادة.

أقول: و أما الامتزاج فتاره يكون بغير جنسه و أخرى يكون بالجنس،

دراساتنا من الفقه الجعفرى، ج ٤، ص: ٢٣٠

...

أما لو كان بغير الجنس فان كان على وجه الاستهلاك- كما فى امتزاج ماء الورد بالنفط بحيث يعد ماء الورد تالفا من جهة الاختلاط- فهو فى حكم التالف و يرجع الى قيمته، و ان لم يعد من التالف كالخل الممزوج بالانكيين فأفاد المصنف بأنه يمكن أن يقال بأنه كالتالف فيطالب القيمة فيسقط خياره كما فى التالف.

و يمكن

أن يقال بالشركة، كما لو كانا لمالكين.

و أفاد السيد في الحاشية بأنه يمكن أن يقال: بأنه للمغبون الخيار بين أخذ العوض و بين اختيار الشركة، و ذلك لان عين ماله موجود في الضمن و له المطالبه، فتكون النتيجة الشركة في الثمن لا في العين لعدم الدليل و له المطالبه بالعوض لمكان الحيلولة.

و أما ما أفاده السيد ففيه مواضع للنظر، اذ لو كان الفسخ موجبا لرجوع العين الى الفاسخ فلا مقتضى للقول بأخذ العوض الا دليل الحيلولة، و قد مر ضعفه.

و ثانيا- انه لو كان العين راجعه اليه بالفسخ فلا معنى للالتزام بالحيلولة، اذ المفروض تحققه و وجوده.

و ثالثا- كيف يلتزم بعدم تحقق الشركة مع رجوع العين الى الفاسخ.

و رابعا- انه لا مقتضى للشركة في الثمن مع أن العين موجوده.

و أما ما أفاده الشيخ فالحق أن يقال بعدم تحقق الشركة و سقوط الخيار بالنسبه الى نفس العين كما هو ظاهر عبارته و الانتقال الى قيمه فانه تلف بالامتزاج كما لو صار بيض الدجاج فرخا فانه لا وجه لرجوع الفرخ الى المغبون بل الحق بقاء الفرخ في ملك الغابن و انتقال قيمه الى الفاسخ.

دراساتنا من الفقه الجعفري، ج ٤، ص: ٢٣١

...

و مما ذكرنا ظهر أنه لا مجال لان يقال: اذا لم تكن العين راجعه الى الفاسخ يكون العين بلا مالك لتساوى نسبه الفاسخ و من عليه الخيار بالنسبه الى العين. و وجه فساد هذا الاشكال أن كلا المالكين كانا لشخص واحد و بالامتزاج صار حقيقه ثالثه، فلا فرق بين الفاسخ و من عليه الخيار، فان المال مال من عليه الخيار و أما الفاسخ فماله تلف بالامتزاج.

و أما لو كان الامتزاج بالجنس فان كان بالمساوى أفاد الشيخ بأنه يشتر

الشركة.

ان قلت: لا شبهه فى أن الامتراج بمال الغبن قبل الفسخ لم يكن موجبا للشركة، اذ لا معنى للشركة فى مال الانسان، فبعد الفسخ اما يرجع عين مال المغبون فلا شركة و ان لم يعد نظرا الى أنه تلف بالامتراج فلا موضوع للشركة.

قلت: نختار الشق الاول و نقول بالفسخ يرجع عين المال الى الفاسخ، فعليه المقتضى للشركة واضح و هو الامتراج. و الحاصل ان الامتراج فى المقام لا- يوجب تغيير الحقيقه، بل العين موجوده حقيقه غايه الامر الخصوصيه- و هى الامتياز- مفقوده، و هذه الجبهه توجب الشركة بعد الفسخ، فما أفاده الشيخ هو الصحيح.

و ربما يقال: بأن الامتراج لو كان مع مال الاجنبى لا يمكن رجوع العين الى الفاسخ لاستحاله رجوع العين الاستقلالى و أما الاشاعى فلم يكن بسبب البيع فكيف يرجع بالفسخ. و بعبارة ملخصه: ان ما خرج من يده بالبيع لا يمكن رجوعه اليه، و ما يمكن الرجوع لم يخرج عن ملكه بالبيع حتى يرجع بالفسخ.

و يرد عليه نقضا و حالا: أما النقض فيما لو تغير لون العين- بأن كان احمر فصار أبيض بعد البيع- فان الخصم لا بد أن يلتزم بعدم رجوع العين

دراساتنا من الفقه الجعفرى، ج ٤، ص: ٢٣٢

...

بالفسخ اذا كانت للفاسخ، اذ لا- يعقل رجوعه لتغيره بصيرورته أبيض، و أما الابيض فلم يكن منقولاً بالبيع، فان هذا الاشكال أو هن من بيت العنكبوت.

و أما الحل فان عين المال فى المقام موجود و المتغير انما هو بعض خصوصياته، و هو لا يوجب عدم رجوع العين بالفسخ. و الحق تماميه ما أفاده الشيخ، و هو أن بالفسخ قد دخل العين فى ملك الفاسخ و هو يوجب الشركة.

و استشكل عليه المحقق الايروانى: بأن الحكم بالشركة

هنا ينفى ما تقدم فى تصرف المغبون من الحاق الامتراج بالخروج عن الملك، فان بين الكلامين تهافت.

و الجواب عنه: انه لا- يقاس المقام بما تقدم من الشيخ، اذ فرق بين ما مر و بين ما نحن فيه، فانه يصدق التلف هناك بخلاف المقام فان عين المال موجود فى المقام مع زوال بعض الخصوصيات.

و التحقيق أن يقال: ان مال المغبون بالفسخ قد دخل فى ملكه، و هذا الدخول يوجب الشركه، غايه الامر لو كانت الشركه موجه للعيب فى العين ليتحقق الارش على الغابن.

هذا تمام الكلام فيما اذا كان الامتراج بالمساوى و أما لو كان الامتراج بالأردإ فقد حكم الشيخ بحصول الشركه أيضا، و أفاد بأن فى استحقاقه لأرش النقص أو تفاوت الرداءه من الجنس الممتزج أو من ثمنه وجوه، و لم يختر وجهها.

و لا يبعد أن يقال: بأن الامتراج يوجب الشركه، و أما النقص الحاصل فيوجب أخذ الارش. و أما لو كان الامتراج بالاجود فربما يقال انه يملكه بالنسبه و لا شىء عليه فانه رزق رزقه الله.

و يرد عليه: أولا بالنقض سابقه، اذ المفروض أن الغابن ليس غاصبا و مع

دراساتنا من الفقه الجعفرى، ج ٤، ص: ٢٣٣

قوله: بقى الكلام فى حكم تلف العوضين مع الغبن (١).

ذلك لم يقل أحد بأنه لا شىء عليه بل رزق رزقه الله. و لا فرق بين المقامين، اذ الرداءه و الجوده أمران اضافيان.

و ثانيا بالحل، فان المفسوخ عليه لا بد أن يرد مال الفاسخ بمقتضى قانون الفسخ، و لا أرش على المغبون للغابن، لان الجوده ليست بفعله، بل حتى لو كانت بفعله لا نلتزم بالارش على الفاسخ، و لذا نلتزم بأنه ليس له شىء فى العبد المسلم و فى قصاره الثوب.

و بما

ذكرنا ظهر أنه لا- تصل النوبه الى توجه اشكال الربا، و على فرض الالتزام بالقول الاخر أيضا لا نلتزم باشكال الربا، فان اشكاله مختص بالمعاوضات الاختياريه لا التعاوض القهرى الذى يحصل فى أثر الامتزاج، فان دليل الحرمة قاصر من الشمول فلاحظ.

[الكلام فى حكم تلف العوضين مع الغبن]

اشاره

أقول: يقع الكلام فى حكم التلف، فانه اما يكون من المغبون أو من الغابن، و على كل تقدير اما باتلاف من يده و اما باتلاف سماوى و اما بالفعل الاجنبى.

فهنا فروع يجب أن لا تخفى عليك

اشاره

قبل التعرض بالفروع، أن الوجه فى تعرض المصنف لهذه المسأله فى المقام أنه قد ادعى الشهره بل الاجماع على أن تصرف المشتري المغبون قبل العلم بالغبن مسقط للخيار فقد يتوهم بأنه لو كان التصرف مسقطا لكان السقوط بالتلف أولى، فذكر حكم التلف لدفع هذا التوهم، و هو أن القول بالسقوط هناك لا يلزمنا القول هنا الا أن يكون الجامع بين الموردين موردا للإجماع فهو أول الكلام. مضافا الى ذلك أن الاجماع ليس بحجه.

اذا عرفت ذلك فلنشرع فى بيان الفروع:

دراساتنا من الفقه الجعفرى، ج ٤، ص: ٢٣٤

(الفرع الاول) ما لو تلف ما عند المغبون باتلاف منه،

فانه لا وجه لسقوط الخيار كما مر و سيجى ء فى أحكام الخيار، فلو فسخ يغرّم قيمه التالف و يأخذ ما عند الغابن ان كان موجودا و بدله ان لم يكن. و قد تردد المصنف بين غرامه قيمته يوم التلف و يوم الفسخ، و الظاهر أنه لا وجه لغرامه يوم التلف، فانه تلف فى ملكه، فالمدار على يوم الفسخ، بل المدار على يوم الاداء، لما قلنا من ثبوت نفس العين فى الذمه لو لا النص الخاص فى المقام.

و الحاصل انه لو قلنا بأن مدلول صحيحه «١» ابى و لاد الحناط كون المدار على يوم الغصب، فلا بد من القول بأن الميزان بيوم الفسخ فى المقام، و أما لو لم نقل به فالميزان بيوم الاداء. نعم لو قلنا بأن تفاوت قيمه مضمون على الضامن يلزم القول بوجوب أعلى القيم، و هكذا الامر لو كان التلف بآفه سماويه.

و أما لو كان باتتلاف اجنبى أفاد الشيخ الاعظم: ان المغبون يرجع بعد الفسخ الى الغابن، لأنه الذى يرد اليه العوض فيؤخذ منه المعوض أو بدله و الغابن يرجع الى المتلف.

و يرد عليه: أنه لا وجه للرجوع

الى المتلف، لأنه ألتف مال المغبون فضا من له، بلا فرق بين أن نقول بالانتقال الى القيمه من حين التلف و بين أن نقول بثبوت نفس العين فى عهده الضامن الى حين أخذ البدل. اما على الاول فظاهر، و أما على الثانى فلان العين الثابته فى ذمه المتلف ملك للمغبون و انتقاله الى الغابن بلا موجب.

أفاد السيد اليزدى أن على القول ببقاء نفس العين فى ذمه المتلف الى حين أخذ البدل يمكن دعوى أن الغابن يجد ما صار ملكا له بالفسخ فى ذمه المتلف

(١) التهذيب الجزء (٢) ص ١٧٦.

دراساتنا من الفقه الجعفرى، ج ٤، ص: ٢٣٥

قوله: و ان رجع عليه البدل ثم ظهر الغبن ففسخ (١).

قوله: و لو كان باتلاف الغابن (٢).

فيرجع عليه.

و يرد عليه: انه يلزم مما ذكر أن المتلف لو لم يؤد بدل ما ألتفه لم يكن حق للغابن الرجوع الى المغبون. الا- أن يقال: بأنه من موارد توارد الايدى، لكنه فرق بين المقامين، فان المفروض فيما نحن فيه أن الا-جنبى وضع يده على ملك المغبون فلا وجه للرجوع الى غيره، بخلاف توارد الايدى فان شمول قاعده اليد على الجميع سواء.

أقول: اى أن المغبون ان رجع الى الا-جنبى و أخذ البدل ثم ظهر الغبن ففسخ المغبون رد على الغابن القيمه يوم التلف أو يوم الفسخ.

و قد ظهر مما ذكرنا انه لو قلنا بأن المناط يوم الغصب بمقتضى الصحيحه فالمناط يوم الفسخ، و ان قلنا بعدم دلالة الصحيحه و سلطنا على طبق القاعده فالمدار بيوم الاداء ان لم نقل بأعلى القيم كما أنه ليس ببعيد.

أقول: اى لو كان التلف باتلاف الغابن فان لم يفسخ المغبون أخذ القيمه من الغابن و ان فسخ أخذ الثمن منه.

و أورد

عليه السيد ان مقتضى القاعده أن الغابن يغرم للمغبون قيمه يوم التلف و يغرم المغبون له قيمه يوم الفسخ، و تظهر الثمره فى تفاوت القيمتين.

و يمكن الجواب عنه: بأننا لو قلنا ان الميزان بيوم الاداء لا- بيوم الغصب فالظاهر أنه يتهاثر و لا شىء لأحدهما على الاخر فلا يترتب ثمره عليه، و لكن لو قلنا بأعلى القيم من يوم الغصب الى يوم الاداء فالثمره المدعاه فى كلام السيد متين.

و لو كان التلف باتلاف الغابن و أبرأه المغبون ثم فسخ لا بد من أن يرد اليه

دراساتنا من الفقه الجعفرى، ج ٤، ص: ٢٣٦

قوله: تلف ما فى يد الغابن بآفه او باتلافه ففسخ المغبون اخذ البدل (١).

قوله: و لو تلف باتلاف الاجنبى رجع المغبون بعد الفسخ الى الغبن (٢).

القيمه، لان الابراء بمنزله أخذ البدل منه.

هذا تمام الكلام فى الفرع الاول مع ما يتعلق به من اللواحق.

الفرع الثانى فيما يتعلق بتلف ما فى يد الغابن

فانه أيضا يتصور على أقسام:

(منها) أن يكون باتلاف الغابن، و يلحق به ما لو كان بآفه سماويه. أفاد الشيخ الاعظم: لو فسخ المغبون فى هذه الصوره بعد التلف يأخذ البدل، و فى اعتبار قيمه يوم التلف أو يوم الفسخ قولان، ظاهر الاكثر الاول.

و قد أورد عليه السيد فى الحاشيه بأنه لا وجه لجعل يوم التلف مدارا للحكم و كذا كونه ظاهر الاكثر محل تأمل.

و التحقيق أن يقال: انك قد عرفت فى الفرع الاول أنه لا وجه لكون يوم التلف مناطا للحكم، بل الميزان بيوم الفسخ على تقدير تماميه دلالة الصحيحه و يوم الاداء على تقدير آخر، و نحن اخترنا أن الميزان يكون بأعلى القيم، فلا نعيد.

هذا تمام الكلام فيما لو كان التلف باتلاف الغابن.

و أما لو كان باتلاف أجنبى فأفاد الشيخ بأن

المسأله ذات وجوه ثلاثه:

الاول: أن يرجع المغبون بعد الفسخ الى الغابن، لأنه ملك القيمه على المتلف، و لأنه الذى يرد عليه العوض فيؤخذ منه المعوض أو بدله.

الثانى: أن يرجع الى المتلف، لان المال فى ضمانه، و ما لم يدفع العوض

دراساتنا من الفقه الجعفرى، ج ٤، ص: ٢٣٧

قوله: مسأله الظاهر ثبوت خيار الغبن فى كل معاوضه ماليه (١).

فنفس المال فى عهده.

الثالث: أن يكون مخيرا فى الرجوع بأى منهما، أما الغابن فلانه ملك البدل، و أما المتلف فلان المال المتلف فى عهده.

و الحق فى المقام أن يقال كما عرفت فى الفرع الاول: ان الغابن ضامن للمغبون و المتلف ضامن للغابن، بلا فرق بين أن نقول ان الثابت فى ذمه المتلف نفس العين أو القيمه، و ان كان السيد فصل بين المقامين و قد مر تفصيله و الجواب عنه. و أيضا لا يقاس المقام بباب توارد الايدى كما مر توضيحه آنفا.

[مسأله الظاهر ثبوت خيار الغبن فى كل معاوضه ماليه]

أقول وقع الكلام بين الاعلام فى أن خيار الغبن يختص بعقد البيع أو يدخل فى كل عقد معاوضى أو لا بد من التفصيل فى المقام. أفاد الشيخ قدس سره بأن الظاهر ثبوت خيار الغبن فى كل معاوضه ماليه.

و الذى ينبغى أن يقال فى المقام: انه لو كان المدرك لهذا الخيار الاجماع فلا بد من الاقتصار على المقدار المعلوم منه، و هو البيع فلا- يجرى فى غيره من المعاوضات، و أما لو كان المدرك الروايه الوارده فى مسأله تلقى الركبان و هى قوله «غبن المسترسل سحت»، أو الاشتراط الضمنى و هو اشتراط التساوى، أم قاعده نفى الضرر فالمقتضى للعموم موجود لعدم الفرق بين البيع و غيره كما هو ظاهر، فان نفى الضرر لا يختص بالبيع كما أن الاشتراط الضمنى

بمقتضى الارتكاز الطبعى فى جميع المعاملات على السواء. و حيث أن المدرك عندنا هو الشرط الارتكازى الفطرى فهو لا يختص عند العرف العقلاى بمعاوضه دون معاوضه، بل نلتزم بالخيار فى كل مورد يكون الشرط الارتكازى موجودا.

دراساتنا من الفقه الجعفرى، ج ٤، ص: ٢٣٨

قوله: نعم يبقى الاشكال فى شموله للصوره المتقدمه و هى ما اذا علم من الخارج بناء شخص تلك المعامله بيعا كان أو غيره على عدم المغابنه و المكايسه من حيث المالىه، كما اذا احتاج المشتري الى قليل من شىء مبتذل لحاجه عظيمه دينيه او دنيويه فانه لا- يلاحظ فى شرائه مساواته للثمن المدفوع بازائه، فان فى شمول الادله لمثل هذا خفاء بل منعا الا أن يتم بعدم القول بالفصل (١).

هذا فى غير الصلح، و أما الصلح فهو على أقسام، فانه تاره يتوسل بالصلح لدفع بعض المحاذير و يراد منه فى الحقيقه أن يترتب عليه أثر البيع، فلا- شبهه فى جريان الغبن فيه بلا- اشكال، و أخرى يقع الصلح على ما فى الذمم فى صوره الشك و الترييد و الغرض التخلص عن الاشتغال و يكون مبنيًا على المسامحه فلا يجرى فيه، لأنه مقدم و لم يشترط شيئًا فلا مجرى لقاعده نفى الضرر و القاعده الاشتراط كما هو ظاهر، و ثالثه يدعى احد على آخر شيئًا و الاخر ينكره و يصلحان على اسقاط الدعوى.

ففى الفرض لا بد أن يقع التقابل بين الثمن و ترك الدعوى، و لو وقع فى مقابل متعلق الدعوى يكون باطلا، لان المفروض أنه ليس شيئًا فى نظر المنكر و لو انكشف بعد ذلك صدق دعوى المدعى يكون الاشتغال بماله لعدم موجب لسقوطه. و فى مثل هذا الصلح أفاد السيد الاستاذ دام ظله

بعدم جريان خيار الغبن لعدم موضوعه.

و فيه: انه ليس الامر كذلك، اذ ربما يكون مورد الدعوى مقدارا طائلا، و رفع اليد عن الدعوى بالمقدار الذى قبلاه يكون غنيا.

اقول: لا شبهه فى أن المقدار الذى كان بناء المعامله على عدم المغابنه

دراساتنا من الفقه الجعفرى، ج ٤، ص: ٢٣٩

قوله: اختلف اصحابنا فى كون هذا الخيار على الفور او على التراخى؟ (١).

لا تشمله الادله، سواء كان المدرك قاعده نفى الضرر أو الاشتراط الضمنى أو الاجماع، و أما المقدار الزائد منه فيدخل فى عمومها.

و أما عدم القول بالفصل فيه اشكال من وجوه قد بينها فى محله.

[كون خيار الغبن فوريا أو متراخيا]

اشاره

اقول: قد وقع الكلام بينهم فى كون خيار الغبن فوريا أو متراخيا، و يظهر من كلام الشيخ أن القول الاول هو المشهور.

و الذى ينبغى فى المقام أن يقع البحث فى ثلاثه مواضع: الموضوع الاول فيما يستدل به على الفور، الموضوع الثانى فيما يستدل به على التراخى، الموضوع الثالث فيما لو لم تتم الادله من الطرفين فما هو مقتضى القاعده؟

(أما الموضوع الاول) [فيما يستدل به على الفور]

فقد استدل للفوريه بأن الخيار على خلاف القاعده، فيقتصر على المقدار المعلوم خروجه عن تحت القاعده.

و يرد عليه: أولا- انه لو تحقق حكم حدوثا و لم يكن مانع عن بقائه بلحاظ دليل آخر يكون مقتضى الاستصحاب بقاؤه الى أن يحصل العلم بارتفاعه، فمجرد ما ذكر فى الدليل لا يكون وجها للفور.

و ثانيا لا وجه للالتزام بالاختصار على مقدار خاص بل لا بد من ملاحظه مدرك الخيار، فانه لو كان المدرك هو الاجماع لكان لهذا التقريب وجه، و أما لو كان المدرك حديث نفى الضرر أو قاعده الاشتراط لا يتم هذا التقريب.

و بعبارة أخرى: لو كان لدليل الخيار اطلاق أو عموم يقتضى الخيار بقاء لا يبقى مجال لهذا لاشكال.

و استدل للفوريه أيضا بعموم وجوب الوفاء بالعقد، فان المرجع عند الشك

...

عموم العام لا استصحاب حكم المخصص، و لذا قال في جامع المقاصد: ان عموم العام للأفراد يستتبع عموم الازمنه و الا لم ينفع بعمومه.

و الظاهر أن مقصوده ان عموم العام ان كان ناظرا الى الزمان فيشمل كل فرد من الزمان و ان لم يكن شاملا للزمان فلا أثر له، اذ المفروض أنه لم يشمل الفرد الزماني.

و بعبارة أخرى: ان وجوب الوفاء بالعقد ان لم يكن ناظرا الى الاستمرار الزماني فما فائده العموم

الافرادى، و ان كان ناظرا الى العموم الازمانى فالمرجع هو العام.

و أورد عليه الشيخ: بأن لحاظ الزمان بالنسبه الى الافراد اما بنحو الظرفيه و اما بنحو القيديه. و بعبارة أخرى: الاستمرار الزمانى تاره يلاحظ على نحو الظرفيه لأداء الدين مثلا- بالنسبه الى جميع الازمنه، فان وجوب أداء الدين حكم واحد مستمر، فلو ارتفع الوجوب بالنسبه الى قطعه من الزمان لا مجال للأخذ بالعام، بل المقام مقام الاخذ باستصحاب حكم المخصص، بل لو لم يكن الاستصحاب جاريا لمحدود تصل النوبه الى أصل آخر. و السرّ فيه ان الحكم الواحد اذا ارتفع فلا مجال لعوده.

و أما لو كان الزمان قيّدا للحكم بحيث يكون كل زمان ملحوظا مع استقلاله- كما فى صوم شهر رمضان- فلو خرج فرد من العموم مقتضى القاعده الاخذ بالعموم بالنسبه الى بقية الافراد بحيث لو لم يكن الاخذ بالعام ممكنا لا مجال للأخذ بالاستصحاب، لأنه من قبيل اسراء حكم من موضوع الى موضوع آخر.

و هذا الذى ذكرنا لا فرق فيه بين أن يكون العام وضعيا أو اطلاقيا، فان المناط ما ذكرنا.

دراساتنا من الفقه الجعفرى، ج ٤، ص: ٢٤١

...

و بهذا يظهر فساد ما فى جامع المقاصد من أنه حيث أن عموم وجوب الوفاء اطلاقى يجوز استصحاب الحكم المخصص. و أيضا يظهر بما ذكرنا أن ما أفيد فى الاصول من أنه قد يخصص العام بالاستصحاب ليس على ما ينبغى، و المقام من القسم الاول، و عليه مقتضى الاستصحاب بقاء الخيار لأنه باستمرار الخيار لا يتحقق تخصيص زائد كى ينفى بالعموم. فقد ظهر بما ذكر أن العموم لا يمنع بالاستصحاب كما أن الاستصحاب لا يمنع به، فان مورد كل منهما مغاير لمورد الاخر فلا اجتماع بينهما.

فقد تحصل أن

المقام مورد جريان استصحاب الخيار، بحيث لو لم يجر الاستصحاب لا مجال للأخذ بعموم وجوب الوفاء، بل لا بد من اثبات اللزوم بوجه آخر، ففي المقام حيث ان الحكم بلزوم العقد من القسم الاول فالمقام مورد استصحاب حكم المخصص لا الاخذ بعموم العام. هذا ملخص كلامه رفع مقامه.

و يرد عليه: ان القاعده تقتضى الاخذ بعموم العام على كل حال، فانه مع وجود الاماره لا تصل النوبه الى الاخذ بالاصل، فانه فرش بالنسبه اليها.

و السرّ فيه أن العام حجه في أفراده- أعم من أن تكون افراده ملحوظه بنحو الاستعراق أو تكون ملحوظه بنحو المجموع- مثلا لو قال المولى «أكرم هؤلاء العشره» بنحو العام المجموعى بحيث يكون الحكم واحدا ثم أخرج فردا أو فردين من العشره أ ليس مقتضى القاعده الاخذ بالدليل و اكرام البقيه، فعليه لا بد من الاخذ بعموم وجوب الوفاء.

و الظاهر أن المقام من هذا القبيل كما أفاده الشيخ، أما على مسلكنا في معنى الوفاء فالامر ظاهر، اذ المستفاد من الدليل هو لزوم العقد و هذا حكم

دراساتنا من الفقه الجعفرى، ج ٤، ص: ٢٤٢

...

واحد مستمر، و أما على مسلك الشيخ- و هو وجوب الوفاء- فربما يقال بأن لكل زمان وجوب من الامر ليس كذلك، فان كون الزمان قيذا بحيث يكون لكل زمان حكم غير حكم زمان آخر يحتاج الى المثونه و الى لحاظ خاص، و هو خلاف الظاهر. و على ما ذكرنا لا فرق بين المسلكين، فانه على كل تقدير يكون مقتضى القاعده الاخذ بالعام.

ثم انه هل يكون فرق بين أن يكون التخصيص من الاول و بين أن يكون من الوسط كى يقال بأنه لو كان من الاول لا بد من الاخذ بالعموم، فانه ليس

تخصيص في الفرد، و أما لو كان من الوسط فيجب الاخذ بالاستصحاب اذ ليس فيه تخصيص زائد. فعلى فرض صحة هذا الكلام يفصل فيه و لا يبعد أن يفرق بأن يقال: لو كان من الاول فلا مانع من الاخذ بالعام اذ يلزم تخصيص الفرد فيجب الاخذ به في المقدار المشكوك فيه، فتحصل أن الحق في المقام ان القاعده تقتضى الاخذ بالعام على جميع التقادير.

ان قلت: لا- مجال للأخذ بعموم العام لا بالاستصحاب و لا بدليل العموم، أما الاول فلان المفروض انقطاعه بالتخصيص، و أما بالعموم فلان المدرك لعمومه اما نفس الدليل أو قوله صلى الله عليه و آله «حلال محمد حلال الى يوم القيامة» أما الاول فلا يعقل أن يكون ناظرا الى هذه الجهة، لان نفس الحكم غير ناظر الى بقائه و عدم نسخه.

و بعبارة أخرى: ان استمرار الجعل فرع وجود الجعل، و ان شئت قلت:

ان الجعل موضوع لاستمراره و كيف يمكن أن يكون الموضوع بياننا لحكمه و أما قوله «حلال محمد حلال» ناظر الى أن ما يكون حلالا لا ينسخ و يكون باقيا، و اما ان الفسخ بعد العقد هل هو حلال أم لا لا يستفاد منه، و فى المقام لا ندرى

دراساتنا من الفقه الجعفرى، ج ٤، ص: ٢٤٣

...

بأن العقد بعد زمان يكون لازما أو جائزا، فلا مجال الا لاستصحاب حكم المخصص.

قلت: ما أفيد فى بيان الاشكال من أن الجعل غير ناظر الى استمراره تام لكن اذا تمت مقدمات الاطلاق فيستفاد منها استمرار المجعول. و بعبارة أخرى:

نأخذ بالاطلاق و نحكم ببقاء المجعول الى الاخر.

(الموضع الثانى) [فيما يستدل به على التراخى]

أفاد الشيخ قدس سره بأنه أيضا لا مجال للأخذ بالاستصحاب لان موضوع الخيار من يكون متضررا و لا يكون متمكنا من

الفسخ، فلو قدر على الفسخ يندم موضوع الخيار و يشترط فى جريان الاستصحاب بقاء الموضوع.

وفيه: أولاً ان تقييد الموضوع بهذا القيد بلا وجه، فان المستفاد من القاعده أن المتضرر يكون له الخيار، و من الظاهر أن المغبون متضرر فى الان الثانى كما أنه متضرر فى الان الاول.

و ثانياً- ان كان المراد من التمكن التمكن مع قطع النظر عن الحكم الشرعى فهو غير متمكن حتى فى الان الثانى، و ان كان بلحاظ الحكم الشرعى فهو متمكن حتى فى الان الاول، فلا بد من عدم الخيار من الاول.

لا يقال: ان دليل لا ضرر ينفى الحكم الذى ينشأ منه الضرر، و الضرر فى المقام ناشئ من فعل المغبون.

فانه يقال: هذا التقريب دورى، اذ الاقدام لا يصدق الا مع فوريه الخيار و الحال ان الفوريه تتوقف على الاقدام بحسب هذا البيان.

الاشكال الثانى فى الاستصحاب من جهه أن الشك فى بقاء الخيار من حيث المقتضى، اذ شك فى بقاءه من حيث نفسه بلا تحقق رافع فى عمود الزمان.

وفيه: انه و ان كان الامر كذلك لكن قد حقق فى الاصول أن الاستصحاب حجه بلا فرق بين الموارد.

دراساتنا من الفقه الجعفرى، ج ٤، ص: ٢٤٤

...

ثم ان الشيخ نقل كلاما عن بعض معاصريه و لا يبعد أن يكون المراد منه صاحب المقاييس، و حكم بأنه لا محصل له، و ملخص ما أفاده: انه لو كان اللزوم أمراً مستمراً فمقتضى القاعده الرجوع الى العموم بعد مضى زمان الخيار المعلوم وجوده، و أما لو لم يكن لدليل اللزوم عموم فمقتضى استصحاب الملكيه عدم تأثير الفسخ كما ان مقتضى بقاء الخيار تأثيره، و الثانى مقدم على استصحاب بقاء الملكيه. لكن القول بعموميه اللزوم أقوى.

فأورد عليه:

بأن المقام ليس مقام الرجوع الى العام كما مر، و أيضا الكل متفقون على أن دليل اللزوم هو العام لا استصحاب الملك.

و أنت خبير بأن ما أفاده التستري متين، اذ كما ذكرنا لا فرق فى الاخذ بالعموم بين كون العموم استغراقيا و بين كونه مجموعيا، كما أنه لو لم يمكن الاخذ بعموم العام فلا مناص من الاخذ باستصحاب الملكيه. فما أفاده قدس سره متين جدا.

فتحصل مما ذكرنا أنه لا اشكال فى الاستصحاب من هذه الجبهه. نعم يبقى الاشكال العام المساوى فى جميع الاستصحابات الحكيمه.

و لكن الذى يهون الخطب من اصله أنه لا- تصل النوبه الى جريان الاستصحاب كى يجرى فيه القيل و القال، فانه لو كان المدرك للخيار الاجماع أو حديث لا ضرر لكان لهذا الاشكال مجال، و أما لو كان المدرك الاشرط فى ضمن العقد فلا وجه لفوريه الخيار، بل مقتضى القاعده بقاء الخيار بعد مضى زمان الاول و حيث انا اخترنا هذا المسلك يكون مقتضاه استمرار الخيار كما هو واضح.

ربما يقال: انه لو قيل باستمرار الخيار يتضرر الغابن كما قيل نظيره فى اجازة العقد الفضولى، لكن قياس المقام بذلك الباب قياس مع الفارق، اذ لو قلنا

دراساتنا من الفقه الجعفرى، ج ٤، ص: ٢٤٥

...

بأن الاصل لا يجوز له التصرف فيما انتقل عنه ربما يتضرر ضررا عظيما، و أما فى المقام يجوز للغابن أن يتصرف فيما انتقل اليه غايه الامر لو فسخ المغبون يرد القيمه.

فانقح مما ذكر أن الحق أن الخيار مستمر، لكن لو أغمض عما ذكرنا و قلنا بعدم جواز الاخذ بالعموم لما ذكره الشيخ، و أيضا التزمنا بعدم جريان استصحاب الخيار، و من ناحيه ثالثه قلنا بأن دليل الخيار لا يقتضى استمراره.

[الموضع الثالث فيما لو لم تتم الادله من الطرفين فما هو مقتضى القاعده؟]

فموقع البحث

هو الموضوع الثالث من المواضع الثلاثة، ومقتضى الاصل عند الشك فى بقاء الخيار عدمه، فان الاستصحاب يقتضى عدم تأثير فسخ المغبون بعد زمان الوهله الاولى. و لا مجال للمعارضه فى المقام، فانه لا يستصحب الملكيه بل بقاء الملكيه على القاعده، اذ البيع قد أثبت الملكيه الدائمه لكل من الطرفين، و انما شك فى أن الفسخ أثر فى الخروج أم لا، و الاصل عدمه.

و ان شئت قلت: ان الشك فى بقاء الملكيه مسبب عن الشك فى تأثير الفسخ، و الاصل السببى مقدم على المسببى.

ثم انه على القول بفوريه الخيار فهل الميزان بالفوريه الحقيقه أو العرفيه؟

لا- يخفى أن هذا اللفظ بماله من المفهوم لم يقع تحت دليل كى يستظهر منه شىء بل اما نلتزم بالتراخى كما تقدم حتى على القول بكون المدرك للخيار دليل لا ضرر، و اما لا بد من القول بالفوريه الحقيقه بلا فرق بين صوره العلم و الجهل و الالتفات و الغفله و النسيان، فان دليل نفي الضرر ينفي الضرر الناشئ من قبل الشارع لا الضرر المتوجه من جهه الجهل أو الغفله، كما أنه لا مجال للأخذ

دراساتنا من الفقه الجعفرى، ج ٤، ص: ٢٤٦

قوله: الخامس خيار التأخير قال فى التذكره من باع شيئاً و لم يسلمه الى المشتري و لا قبض الثمن و لا شرط تأخيره و لو ساعه لزم البيع ثلاثه ايام (١).

بدليل لا حرج، فان الفسخ لا يكون واجبا كى يقال بأن امتثال هذا التكليف فوراً أمر حرجى.

و ملخص الكلام أن المدرك للفوريه أعم من أن يكون عموم و جوب الوفاء أو قاعده نفي الضرر بالنسبه الى الغابن أو استصحاب الملكيه و عدم تحقق الخيار يكون مقتضى القاعده الالتزام بالفوريه الحقيقه.

و السرفيه

كما ذكرنا أن المنفى بالقاعده ما يكون من قبل الشارع، و أما الضرر المتوجه الى المكلف من ناحيه جهله أو نسيانه أو غفلته أو عدم فحصه أو غير ذلك فلا يكون منفيًا بالقاعده كما هو ظاهر، الا أن يقوم اجماع تعبدى على التراخى و عدم الفوريه الحقيقه. و الذى يهون الخطب أن أصل المبنى فاسد.

ثم انه قدس سره تعرض لفروع راجعه الى دعوى المغبون التارك للفسخ فورا الجهل أو النسيان، و قد مر فى المسأله الثانيه من مسائل خيار الغبن الفروع الراجعه الى دعوى الجهل بالغبن، و الظاهر وحده الملاك و المناط فى كل المقامين. و يظهر حكم الفروع المذكوره فى المقام مما ذكر فى تلك المسأله، فلا وجه للإعاده.

[القسم الخامس خيار التأخير]

اشاره

اقول: القسم الخامس من الخيارات خيار التأخير، و المشهور بين العلماء أنه لو باع شيئاً و لم يسلمه الى المشتري و لا قبض الثمن و لا شرط التأخير فالبيع لازم الى ثلاثه أيام، فان لم يجىء المشتري بالثمن فى الثلاثه يكون للبائع الخيار،

و الذى يمكن أن يكون مستندا لهذا الحكم أمور:

اشاره

دراساتنا من الفقه الجعفرى، ج ٤، ص: ٢٤٧

...

الاول: الاجماع.

و فيه ما عرفت منا مرارا فلا نعيد.

الثانى: قاعده نفي الضرر،

إذ البائع لا يجوز له التصرف فى المبيع لكونه ملكا للغير و يكون تلفه عليه لأنه من التلف قبل القبض، و المفروض أنه لم يقبض الثمن.

و يرد عليه: أولا ان الاستدلال بالقاعده لا ينطبق على القيود التى أخذت فى هذا الحكم كما هو ظاهر.

و ثانيا- يجوز للبائع أخذ المبيع و تملكه بعنوان التقاص، لكن الحكم بجواز التقاص في غير صورته صدق الغصب و العدوان مشكل.

الثالث: النصوص الواردة في المقام،

و هي العمده:

(و منها) ما رواه زراره عن ابي جعفر عليه السلام قال: قلت له: الرجل يشتري من الرجل المتاع ثم يدعه عنده فيقول حتى آتيك بثمانه. قال: ان جاء فيما بينه و بين ثلاثه أيام و الا فلا بيع له «١». و هذه الروايه تامه سنداً و دلاله.

(و منها) ما رواه عبد الرحمن بن الحجاج قال: اشتريت محملاً فأعطيت بعض ثمنه و تركته عند صاحبه ثم احتسبت أماما ثم جئت الى بايع المحمل لأخذه فقال قد بعته، فضحكت ثم قلت: لا و الله لا أدعك أو أقاضيك. فقال لي: ترضى بأبي بكر بن عياش؟ قلت: نعم، فأتيته فقصصنا عليه قصتنا فقال ابو بكر: بقول من تريد أن أقضى بينكما بقول صاحبك أو غيره. قال: قلت بقول صاحبي. قال:

سمعته يقول من اشتري شيئاً فجاء بالثمن ما بينه و بين ثلاثه أيام و الا فلا بيع له «٢».

و لا بأس فيها من حيث الدلاله.

(١) الوسائل، الجزء (١٢) الباب ٩ من ابواب الخيار الحديث (١).

(٢) نفس المصدر الحديث (٢).

دراساتنا من الفقه الجعفري، ج ٤، ص: ٢٤٨

...

(و منها) ما رواه علي بن يقطين انه سأل أبا الحسن عليه السلام عن الرجل يبيع البيع و لا يقبضه صاحبه و لا يقبض الثمن. قال: فان الاجل

بينهما ثلاثة أيام فان قبض ببعه و لا فلا بيع بينهما «١». و هي أيضا تامه سندا و دلالة.

(و منها) ما رواه اسحاق بن عمار عن العبد الصالح عليه السلام: من اشترى بيعا فمضت ثلاثة أيام و لم يجىء فلا بيع له «٢».

(و منها) روايه هذيل بن صدقه الطحان «٣»، و هي مخدوشه سندا و دلالة.

و قد أفاد المصنف بأن ظاهر هذه الاخبار بطلان البيع كما فهمه في المبسوط، و حكي القول عن ظاهر الاسكافي المعبر بلفظ الروايات، و توقف فيه الأردبيلي، و قواه في الكفايه، و جزم به في الحدائق، و طعن على العلامة حيث أنه اعترف بظهور الاخبار في الفساد و مع ذلك اختار ما ذهب اليه المشهور، و استدل بأن الاصل صحة العقد و حمل الاخبار على نفى اللزوم.

ثم انه قدس سره أفاد بأن ظهور الاخبار في الفساد و لكن حيث أن المشهور فهموا منها نفى اللزوم، و هذا المعنى يقرب أن يكون المراد منها نفى اللزوم لا-الصحة، مضافا الى أنه يمكن أن يقال بأن الوارد في اكثر الروايات من نفى البيع بالنسبه الى المشتري فقط قرينه على أن المراد بالمنفى اللزوم لا-الصحة، الا- أن في روايه علي بن يقطين ورد بلفظ «لا بيع بينهما». و كيف كان فلا أقل من الشك فيرجع الى استصحاب بقاء الملكيه.

ان قلت: الملكيه كانت موجوده في ضمن المكيه اللازمه، و بعد ارتفاعها نشك في تحققها في ضمن غيرها، و لا- مجال للاستصحاب فيها، لأنه من الاستصحاب الكلي من القسم الثالث الذي لا نقول بجريانه حتى على مسلك الشيخ القائل

(١) نفس المصدر الحديث (٣).

(٢) نفس المصدر الحديث (٤).

(٣) نفس المصدر الحديث (٥).

...

بجريان القسم الثالث فى بعض الفروض.

قلت: ان اللزوم ليس فصلا للملكيه كى يتوجه هذا الاشكال، بل حكم للملكيه فلا مانع من الاستصحاب.

و فيما أفاده مواقع للنظر:

أما أولا- فلانه قدس سره مع اعترافه بظهور الاخبار فى الفساد كيف يتبع فهم المشهور، فانه وقع هذا الخلاف بينهم بأن الشهره تكون كاسره للظهور أم لا، و الحق أنه لا اعتبار بالشهره فى قبال الظهور.

نعم لو لم يكن معنى اللفظ معلوما لدينا و فهم المشهور منه شيئا لا- يبعد بل يقرب جواز متابعتهم لأنهم أهل اللسان و ليس مقامهم أنزل من قول اللغوى، و أما لو كان معنى اللفظ ظاهرا لدينا فلا مجال لرفع اليد عن الظهور المحرر بفهم المشهور خلافه.

و ثانيا- ان ما أفاده قدس سره من أنه لا أقل من الشك فيرجع الى الاستصحاب فانه لو وصل الامر الى هذه المرحله لا تصل النوبه الى الاخذ بالاستصحاب، فان أدله الصحه للبيع تقتضى الصحه، اذ من الظاهر أن اجمال دليل المخصص المنفصل عن العام أو المطلق لا يسرى اليهما. و مجرد ذهاب المشهور الى خلاف الظاهر لا يقتضى رفع اليد عن الحججه، فان غايه ما يترتب على فهم المشهور حصول الظن بخلاف ظاهر الروايات، و هو لا يغنى من الحق شيئا، فلا مانع من الاخذ باطلاق حليه البيع و التجاره. و لعمري ان هذا أمر ظاهر واضح و لم يكن من المطالب أن يخفى على مثله مع أنه استاذ الكل فى الكل، غير أن صدور الاشتباه من غيرهم عليهم السلام ليس بعزيز.

و ثالثا- ان الاستصحاب فى المقام غير جار على مسلكه، حيث أنه من

دراساتنا من الفقه الجعفرى، ج ٤، ص: ٢٥٠

...

الشك فى المقضى فلاحظ.

و رابعا- ان هذا

الاستصحاب معارض باستصحاب عدم الجعل، فتكون النتيجة هي الفساد.

و أما ما أفاده قدس سره من جريان الاستصحاب و عدم كونه من القسم الثالث متين، و ما اورده عليه السيد فى الحاشيه غير وارد، فانه أفاد فى الحاشيه بأن اللزوم و الجواز فصلان للملكيه، اذ لا يعقل تحقق الملكيه بلا لزوم و جواز، و قاس المقام بباب جعل الجواز حيث أنه لا يمكن أن يتحقق الا مع احد الفصول من المنع من الترك أو الرجحان أو التساوى و كذلك المقام.

و ما أفاده فاسد جدا، اذ يرد عليه: أولا النقض بالجسم فانه لا يقبل أن يوجد الا مع اللون و الحال انه ليس فصلا للجسم و يكون مبيانا معه بل يكون عرضا قائما به.

و ثانيا ان اللزوم و الجواز من أحكام الملكيه، كما أن جواز بيع الملك و عدمه من أحكام الملك، فهل يمكن أن يقال بأن الجواز و عدمه من فصول الملكيه، و لذا بالنسبه الى الغافل يتصور جعل الملكيه بلا جعل اللزوم او الجواز. نعم بالنسبه الى الشارع المذى يكون محيطا على جميع العوالم لا يتصور منه الغفله، فلا يعقل جعل الملكيه بلا جعل اللزوم أو الجواز. و الحاصل ان هذا الاشكال غير وارد على الشيخ.

أفاد السيد الاستاذ دام ظله بأنه لو قلنا بأن الروايات التى وردت فيها كلمه «فلا بيع له» للمشتري ظاهره فى نفى اللزوم، بقريته انه لو كان المراد نفى الصحه لكان المناسب أن يقال فلا بيع لهما أو فلا بيع بلا ذكر شىء تقدمت على روايه على بن يقطين المداله على الفساد، اذ بعد وقوع التعارض بينهما

دراساتنا من الفقه الجعفرى، ج ٤، ص: ٢٥١

...

و تساقطهما بالمعارضه يكون الترجيح مع تلك الروايات، لان

الشهره موافقه لها.

و أما لو قلنا باجمال تلك الروايات فنقول: بأن روايه ابن يقطين ساقطه لاعراض المشهور عنها، فالقدر المتيقن هو الجواز بعد ثلاثه أيام. و بعباره أخرى: القدر المعلوم بعد الثلاثه ان البيع لازم فنشك في بقاء الملكيه و نحكم بها بالاستصحاب.

و فيما أفاده جهات من الاشكال على ما استفدنا من بياناته القيمه، فانه أولا- يرد عليه أن الشهره الفتوائيه لا- تكون حجه بل المرجح الشهره الروائيه، و تحقيق الكلام موكول الى باب التعادل و الترجيح، فما أفاده في الشق الاول غير تام.

و أما الشهره الروائيه فليست في تلك الروايات، فان ما رواه جميل عن زراره عن أبي جعفر عليه السلام و ان رويت بطرق عديده لكن تصل كلها الى زراره. و بعباره أخرى: الروايه واحده و أما غيرها فكلها ساقطه سندا.

أما روايه ابن طحان فبنفسه، و أما روايه ابن حجاج فبأبي بكر، و أما روايه ابن عمار فالراوى عنه أبان و فيه نقاش اذ لم يوثق، مضافا الى أن الشهره بهذا المقدار لا يتحقق كما هو واضح.

و ثانيا: ان اعراض المشهور عن الروايه المعتبره لا يوجب سقوطها، فما أفاده في الشق الثاني أيضا فاسد.

و ثالثا: أنه لو وصل الامر الى ما ذكره فلا نحتاج الى الاستصحاب كما ذكرنا في رد الشيخ بل نأخذ باطلاق دليل الصحه.

و رابعا: انه لو وصلت النوبه الى الاستصحاب يعارضه أصله عدم الجعل فتكون النتيجة هو الفساد، اذ خروج الملك عن ملك مالكة بهذا المقدار معلوم

دراساتنا من الفقه الجعفرى، ج ٤، ص: ٢٥٢

...

و الزائد على هذا المقدار خلاف الاستصحاب. و من الظاهر أن هذا الاستصحاب ليس فيه اشكال و ايراد.

و استدل الاستاذ دام ظلّه لإثبات المدعى بتقريب آخر، و هو:

أن ما يستفاد منه البطلان روايه ابن يقطين، و المراد منها أن البائع بعد مضى ثلاثه أيام لو قبض الثمن - أى لم يفسخ المعامله - فهو و ان لم يقبض بأن فسخ البيع فلا بيع بينهما، و هذا عباره أخرى عن الخيار بعد الثلاثه الذى التزم به المشهور.

و المنشأ فى هذا الاستناد فاء التفریع، فانه عليه السلام قال «فان الاجل بينهما ثلاثه أيام فان قبض» فالمراد من كلمه «القبض» اقباض البائع المبيع بعد الثلاثه.

و منه يظهر أن اقباض الثمن قبل الثلاثه و عدمه لا يرتبط بالخيار و عدمه، و لو تم هذا البيان و قلنا باجمال الروايه تصل النوبه الى استصحاب الملكيه بذلك البيان الذى مر عليك آنفا.

و فيه: اولاً أن هذا البيان يتوقف على كون قبض مشددا و هو أول الكلام و المفروض عدمه فى الروايه، و احتمال الاشتباه خلاف الاصل العقلانى، بل مقتضى الاصل عدم صدوره مشددا من الامام عليه السلام، فان التفریع يصح.

مع كونه فى الثلاثه، فان الاجل ثلاثه أيام فلو تحقق القبض - أى قبض الثمن - فى هذه الثلاثه فهو و الا يكون البيع باطلا.

و ثانياً: ما افاده من الاخذ بالاستصحاب، ففيه ما مر منا آنفا فلاحظ.

و استشكل السيد فى الحاشيه على جريان الاستصحاب بوجه آخر، و هو أن ظاهر الاخبار البطلان من الاول، فكأنه ان القبض فى الثلاثه شرط الصحه و مع عدمه يكون البيع باطلا بأن لم يقع صحيحاً بأثر صحيح ثم طرأ عليه الفساد، و عليه لو أجمل اللفظ و وصلت النوبه الى الاستصحاب لا يكون الاستصحاب

دراساتنا من الفقه الجعفرى، ج ٤، ص: ٢٥٣

قوله: ثم انه يشترط فى هذا الخيار امور: احدها عدم قبض المبيع و لا خلاف فى اشتراطه ظاهراً

(١).

جاريا لأنه لا متيقن في السابق كي يستصحب.

و فيه: انه يكفى في الصحه بعد الاجمال صحه اطلاق البيع، فلا اشكال في الاستصحاب من هذه الجبهه بل الاشكال من جهه ما أورده فلاحظ.

اذا عرفت ما ذكرنا فاعلم أن الظاهر من روايه ابن يقطين البطلان، و احتمال كون لفظ «قبض» مع التشديد خلاف الظاهر. و عليه يكون المراد من لفظ «بيعه» هو الثمن، أى قبض البائع الثمن فى ضمن الثلاثه و ان لم يقبض فالبيع باطل لا من اصله بل من حينه، خلافا للسيد حيث ذهب الى البطلان من الاول. فيكون مفاد الروايه موافقا لبقية الروايات. و لا مجال لوقوع التعارض بين الروايات، اذ دلالة ما دل على نفي البيع من طرف المشتري فى نفي اللزوم ليس بحد يوجب رفع اليد عن روايه ابن يقطين الظاهره فى الفساد، و على فرض التعارض فالقاعده تقتضى الحكم باللزوم لعدم الترجيح لأحد الطرفين.

نعم لو قلنا بجواز التنجيز الاصولى فى المتعارضين للمجتهد أن يختار جانب الجواز المستفاد من أحد الطرفين كما أن له اختيار جانب الاخر فلاحظ. نعم لا يبعد أن يحصل الاجماع على عدم اللزوم، اللهم الا أن نقول بأنه مدركى.

[قد ذكر فى هذا الخيار شروط]

اشاره

اقول: قد ذكر لهذا الخيار شروط:

[الشرط الأول عدم قبض المبيع]

(الاول) انه ذكر المصنف قدس سره لا خلاف فى اشتراطه ظاهرا مستدلا بروايه على بن يقطين على تقدير تشديد لفظ «قبض» و كون المراد بالبيع المبيع.

و أورد عليه السيد الاستاذ دام ظله: بأنه علم مما ذكرنا عدم موضوع لهذا الكلام، فانه حمل اللفظ على الاقباض بعد مضى الثلاثه بالتقريب المتقدم، و قد مر ما فيه.

دراساتنا من الفقه الجعفرى، ج ٤، ص: ٢٥٤

...

و نقل المصنف عن الرياض انكار دلالة الروايه على هذا الشرط، ثم أورد عليه بانه لا وجه للانكار الا احتمال سقوط هذه الجبهه

من الروايه من النسخه التي أخذها منها، أو احتمال كون البيع بالتشديد، بأن يكون المراد منه هو البائع، أى قبض بايعه الثمن. و هذا الاحتمال ضعيف، فان استعمال البيع مفردا غير معهود، مع أن الاصل عدم التشديد- انتهى.

و لا يخفى ما فى كلام المصنف، اذ ما أفاده فى الرياض لا يتوقف على هذا التقريب، فانه يرد عليه: أولا ان أصله عدم التشديد فى البيع يعارض بأصل عدم التشديد فى قبض. و ثانيا انه علم مما ذكرنا أن ما أفاده يمكن استفادته من الكلام، بأن يقرأ «قبض» بلا تشديد و يكون المراد من بيعه هو الثمن.

و ملخص الكلام فى المقام على ما ذكرنا: ان الروايات متطابقه على أن الشرط فى الخيار عدم قبض الثمن، و أما بالنسبه الى المبيع فلا- تعرض له فى الروايات فلاحظ، فمقتضى الاطلاق أنه لو لم يقبض الثمن يثبت الخيار، أعم من أنه قبض المثلث أو لم يقبض.

ثم انه لو كان عدم القبض لعدوان البائع- بأن دفع المشتري و البائع لم يقبضه- أفاد الشيخ قدس سره بأنه لا يثبت الخيار، لان هذا الخيار

للإرفاق بالنسبه الى البائع لان لا يتضرر.

و ما أفاده قدس سره فى وجه هذا الحكم و ان كان متينا لكن الاولى أن يستدل بقوله «ان جاء فيما بينه و بين ثلاثه أيام و الا فلا بيع له»، فان المستفاد من هذه العبارة أن الميزان لثبوت الخيار عدم مجىء المشتري بالثمن فى الثلاثه.

ثم ان المشتري لو قبض المبيع بلا- اذن من البائع بلا- اقباض للثمن، ففيه وجوه: منها انه كالا- قبض مطلقا، و منها انه لو استرده يكون كالا قبض و الا فلا،

دراساتنا من الفقه الجعفرى، ج ٤، ص: ٢٥٥

...

و منها أنه قبض مطلقا، و منها أنه لو قلنا بأنه يرتفع الضمان بهذا القبض يكون قبضا مؤثرا و الا فلا.

و اختار الشيخ الوجه الاخير، بتقريب أن البائع انما جعل له الخيار لدفع ضرره و المفروض أنه لا يتضرر بالتلف لأنه لا ضمان عليه لو تلف و لا يجب عليه حفظ المبيع، و أما جريانه من التصرف فى الثمن فيتدارك بأخذ المبيع مقاصه.

و لا يخفى أنه على ما ذكرنا لا تصل النوبه الى هذا البحث، اذ ذكرنا أن الميزان فى ثبوت الخيار و عدمه قبض الثمن و عدمه، و مع الاغماض عما ذكرنا يرد على الشيخ بأن دليل الخيار لم يكن حديث الضرر كى يجىء هذا البيان بل كان المدرك النص الخاص. هذا أولا، و ثانيا أن التقاص يتوقف على التمكن من الاسترداد، و ثالثا ان التقاص يتوقف على أن لا يكون حبس الثمن من طرف المشتري عدوانا.

و الحق على هذا المسلك أن يكون هذا القبض كالا قبض، اذ المستفاد من روايه ابن يقطين أن الميزان باقباض البائع لا بالقبض مطلقا.

و لو مكن المشتري و لم يقبضه أفاد

الشيخ قدس سره بأن المسأله مبنيه على ارتفاع الضمان و عدمه.

و الحق أن الميزان بما يستفاد من النص، و لا يبعد أن يقال بأنه لو صدق الاقباض على مجرد التمكين يسقط و الا فلا.

و استظهر صاحب الجواهر من بعض النصوص كخبر زراره أن مجرد التمكين من القبض لا- أثر له، اذ فيه قال «سائل ثم يدعه عنده»، و مع ذلك أجاب عليه السلام بثبوت الخيار. و أيده السيد في الحاشيه و قال: ان الحق مع صاحب الجواهر، فانه يصدق الوديعه مع التمكين من الاخذ، بل يصدق حتى فى صورته

دراساتنا من الفقه الجعفرى، ج ٤، ص: ٢٥٦

قوله: الشرط الثانى عدم قبض مجموع الثمن (١)

أخذ المبيع أولاً و تركه عنده ثانياً.

لكن الحق مع الشيخ قدس سره، اذ غايه ما فى الباب هو الاطلاق كما فى كلام السيد، و من الظاهر أن الاطلاق يقيد بما فى روايه على بن يقطين و جعل الميزان بالاقباض و عدمه، فالعمده صدق الاقباض على التمكين و عدمه.

نعم لو شك فى الصدق فلا بأس بالاخذ باطلاق روايه زراره بهذا المقدار.

ثم ان قبض بعض المبيع كالا- قبض أو كالتبضع، بدعوى أنه يصدق عليه قبض المبيع أو يلتزم بالتبضع بالنسبه الى ثبوت الخيار وجوه.

لا اشكال فى أن القبض على الاطلاق لا يصدق على قبض البعض، فهذا الوجه باطل. فأفاد الاستاذ دام ظلّه فى المقام بأن المسأله من فروع النزاع المعروف بين الفقهاء بأن ضم ما لا يصح بيعه الى ما يصح يوجب بطلان الجميع أو صحه ما يصح، و الحق هو الثانى. و السرفيه أن المبيع ينحل بسبب أجزاء المبيع الى ييوع عديده، فمقتضى القاعده جريانه بالنسبه الى البعض.

و لكن الظاهر أن ما أفاده و

ان كان تاما بحسب الكبرى الكليه لكن الظاهر من خبر ابن يقطين الذى هو العمده فى هذا الحكم قبض المجموع، فلا أثر فى قبض البعض.

[الشرط الثانى عدم قبض مجموع الثمن]

أقول: الشرط الثانى من شرائط خيار التأخير عدم قبض مجموع الثمن.

أفاد الشيخ قدس سره ان قبض البعض كلا قبض.

و أفاد الاستاذ بأن اللازم قبض تمام الثمن لكن البيع ينحل بحسب أجزائه فبالنسبه الى ذلك المقدار يصدق انه قبض تمام الثمن، فيكون للبائع حق الخيار بالنسبه الى البقيه و يجوز له الفسخ، غايه الامر انه فسخ يكون للمشتري خيار التبعض.

دراساتنا من الفقه الجعفرى، ج ٤، ص: ٢٥٧

قوله: و القبض بدون الاذن كعدمه (١).

و الحق أنه لا يمكن مساعدته، فان المستفاد من روايه زراره بحسب الفهم العرفى لزوم قبض تمام الثمن كما عليه الشيخ قدس سره. نعم الاستدلال للمدعى بروايه ابن حجاج بتقريب أن أبا بكر هكذا فهم من كلام الامام عليه السلام ليس تاما، اذ فيه: أولا ان الروايه ضعيفه السند كما تقدم. و ثانيا لم يعلم من كلام أبى بكر القاضى أنه حكم لمن و على من، فانه ليس فى الروايه دلالة من هذه الناحيه. و ثالثا ان فهم أبى بكر لا فائده فيه.

و الحق ما ذهب اليه الشيخ حيث قال: فيه نظر، خلافا للعلامه حيث استدلل بالروايه. و العجب من الميرزا حيث قال على ما فى كلام مقررره: لم أفهم وجه النظر، فان وجهه ظاهر كما قال سيدنا الاستاذ دام ظله. و كيف كان ففى روايه زراره لإثبات المدعى غنى و كفايه فلاحظ.

أقول: لو قبض الثمن بلا اذن المشتري هل له أثر أم لا؟ أفاد الشيخ قدس سره بأنه لا أثر له.

أفاد الاستاذ فى المقام على ما فى التقرير بأن

المستفاد من الاخبار الواردة فى المقام أن الميزان للخيار عدم المجىء بالثمن بنحو السالبه بانتفاء المحمول بأن يكون الثمن عنده و لم يجىء به.

و بعبارة أخرى: الاخبار متعرضه للصوره التى يمكن الاتيان به و لم يأت به و أما لو لم يكن ممكنا فالروايه لا تشملها، فعليه لا تكون هذه الصوره موردا لدلاله الخبر، فلا بد من أن يعمل على طبق القاعده.

و ما أفاده منقوض بصوره الغفله و النسيان، فهل يمكن أن يقال بأنه لو لم يجىء بالثمن لا يثبت الخيار، بتقريب أنه لم يكن متمكنا لغفلته، لكن مع ذلك لا يبعد أن يقال: بأن الروايه لا تشمل هذه الصوره، أى صوره قبض البائع الثمن بدون

دراساتنا من الفقه الجعفرى، ج ٤، ص: ٢٥٨

قوله: و هل هى كاشفه او مثبتة أفواهما الثانى (١).

اجازه المشتري، فان الروايه منصرفه عن هذه الصوره.

و أما ما أفاده الشيخ قدس سره من أن ضرر الضمان باق فى صوره عدم قبض الثمن باذنه. فلا وجه له، فان البائع مالك للثمن و يجوز له التصرف، فلو امتنع المشتري من الاقباض للبائع أن يفسخ البيع عند الحاكم و يقبض الثمن.

لكن هذا الاشكال غير وارد على الشيخ، اذ هو قدس سره استدركه بعد سطر بقوله: لو كان القبض عن حق فلا خيار، لان الخبر منصرف عن الصوره. و لكن الذى يتوجه الى الشيخ أن يقال: ان المدار فى سقوط الخيار لو كان مجىء المشتري بالثمن فلا فرق بين القبض عن حق و بلا-حق و لا-بد من الالتزام بثبوت الخيار، و ان قلنا بانصراف الدليل عن صوره القبض فلا فرق بين الرضا و عدمه أيضا و ان الخيار غير ثابت.

أفاد المحقق الايروانى أن المستفاد من

الاجبار أن القبض مانع عن الخيار على نحو الاطلاق، فلا خيار مع القبض بلا فرق بين صورتين.

و ما أفاده و ان كان موافقا لما ذكرناه، لكن تقريب المدعى مختلف فانا ندعى أن الروايه منصرفه عن صوره القبض، و أما الفرق بين المبيع و الثمن بأن يقال فى طرف المبيع لا بد من الاذن و أما فى طرف المشتري يكفى مطلق القبض، فلا وجه له كما يظهر من كلام الشيخ.

أقول: لو قلنا باشتراط الاذن فلو قبض الثمن فأجاز المشتري هل يكون كاشفه أو ناقله؟ افاد الشيخ بأن الحق انه ناقل، و تظهر الثمره فيما قبض قبل الثلاثه و أجاز بعدها فلا بد من السؤال من مراده، فما أفاده من أن الحق انه ناقل ان كان ناظرا الى ما أفاده فى باب الفضولى من أن الاجازه ناقله فيرد عليه انه قد مر أن مقتضى القاعده فى ذلك الباب هو الكشف، و ان كان نظره بأن مقتضى

دراساتنا من الفقه الجعفرى، ج ٤، ص: ٢٥٩

قوله: الشرط الثالث عدم اشتراط تأخير تسليم احد العوضين (١).

القاعده النقل فى المقام و ان كان الكشف هناك فالحق كما أفاده، اذ الامر التكويني لا يستند الى الشخص بالاجازه بخلاف الامور الاعتباريه كالملكيه و نحوها.

ثم ان للسيد كلاما فى المقام، و هو أن قبض البائع للثمن اسقاط للخيار غايه الامر لو كان بلا اذن لا يؤثر و أما بعد لحوق الاجازه فيؤثر و ان كانت الاجازه ناقله. و كلامه مخدوش من جهات اذ يرد عليه:

أولا- ان الخيار يثبت بعد الثلاثه و القبض كان فى الثلاثه.

و ثانيا- ان قبض الثمن لا يرتبط باسقاط الخيار.

و ثالثا- ان القبض لو كان اسقاطا للخيار فلا يفرق بين الصحيح و الفاسد.

و

رابعاً- أنه لا معنى لكون الاجازة كاشفه كما ذكرنا.

[الشرط الثالث عدم اشتراط تأخير تسليم أحد العوضين]

أقول: أفاد السيد الاستاذ دام ظلّه في المقام على ما في التقرير بأن جعل حق التأخير يتصور على ثلاثة أقسام: الاول أن تكون المده أزيد من ثلاثه أيام الثاني أن يجعل ثلاثه أيام، الثالث أن يجعل أقل منها.

أما لو كان ازيد من الثلاثه فلا تشمله أخبار المقام، و الوجه فيه أن الاخبار الواردة في هذا الباب تتضمن حكيمين: سلبى و هو عدم الخيار الى الثلاثه و ايجابى و هو الخيار بعد الثلاثه.

و لا يخفى ان الخيار فى فرض التأخير على طبق القاعده بمقتضى الشرط الضمنى، فالحكم السلبى المستفاد من أخبار الباب على خلاف القاعده، و شرط التأخير معناه عدم الخيار الى هذه المده، فلا تنافى بين الاخبار و بين الشرط.

و أما ثبوت الخيار بعد الثلاثه فهو حكم على طبق القاعده للشرط الضمنى، لكن لا مجال لهذا التقريب مع شرط التأخير، فالتأخير على القاعده و لا موقع للعمل

دراساتنا من الفقه الجعفرى، ج ٤، ص: ٢٦٠

قوله: الشرط الرابع أن يكون المبيع عينا او شبهه كصاع من صبره (١).

بأخبار الباب كما هو ظاهر و لو كان حق التأخير بمقدار الثلاثه يثبت الخيار بمقتضى القاعده الاولى و بمقتضى أخبار الباب و يكون البيع قبلها لازماً، غايه الامر هذا اللزوم يكون له سببان و هما اشتراط التأخير و الروايات الخاصه. و أما لو كان أقل من الثلاثه فلا و لو جعل حق التأخير يكون البيع لازماً يومين و بعد انقضائهما يثبت الخيار بمقتضى أخبار الباب. فتحصل أن النتيجة تظهر فيما يكون حق التأخير أزيد من الثلاثه، فانه بعد انقضاء الثلاثه لا يثبت الخيار بل بعد انقضاء المده المقرره بينهما. و الحاصل انه

لا يشترط هذا الخيار بعدم اشتراط التأخير.

هذا كلامه.

و الحق أن ما أفاده غير تام، فان النص كما أفاده الشيخ قدس سره منصرف عن صورته شرط التأخير. و توضيح هذا المطلب: ان الظاهر من النص في هذا الباب أن ابتداء المده و الاجل من حين العقد. هذا من ناحيه و من ناحيه أخرى ان الظاهر منه أن هذا فيما يكون الوظيفة التسليم لكن جعل على خلاف القاعده حق التأخير، و من الظاهر أنه مع جعل اشتراط التأخير لا يكون الوظيفة التسليم بل بمقتضى القاعده الثانويه لمن يكون عنده المال أن يؤخر تسليمه، فلا بد من الالتزام بأحد الامرين اما جعل المده من حين العقد و اما من حين انقضاء الاجل، و كلاهما خلاف الظاهر. و يؤيد المدعى أنه ادعى الاجماع عليه في الجبهه كما في عبارته الشيخ فلاحظ.

[الشرط الرابع أن يكون المبيع عينا او شبهه كصاع من صبره]

اشاره

أقول: و الذي يمكن أن تقول به لهذا الشرط أمور:

الاول - الاجماع،

و قد تصدى الشيخ قدس سره أن الحكم مجمع عليه عندهم.

دراساتنا من الفقه الجعفرى، ج ٤، ص: ٢٦١

...

و فيه: ان الاجماع المنقول غير حجه و المحصل غير حاصل، مضافا الى أنه محتمل المدرك ان لم يكن مقطوعا.

الثانى - ان المدرك لهذا الخيار قاعده نفى الضرر،

و لا ضرر فيما يكون المبيع كليا، لأنه لا ضمان عليه.

و فيه: أولا انه يتصور الضرر فيما يكون كليا، فانه يمكن أن يتصور أن الشخص قادر على تسليم وزنه من الحنطه و لا يقدر على أزيد من هذا المقدار، فبالتأخير يقع فى الضرر، بأن لا يمكنه أن يعامل مع غير هذا المشتري.

و ثانيا: ان الدليل ليس قاعده نفى الضرر بل الدليل الاخبار.

الثالث - الاخبار الوارده فى المقام.

و لا يخفى أن روايه زراره داله على الشخصيه لكن لا مفهوم لها فلا بد من ملاحظه غيرها، و أما روايه على بن يقطين فالحق أنه عام، و أنه لا فرق بين كون المبيع كليا و شخصا.

ثم انه قد ذكر شروطا أخرى لهذا الخيار:

منها عدم الخيار من ناحيه أخرى للبائع و لا للمشتري،

و قد نسب هذا القول الى العلامة فى التحرير. و ما يمكن أن يكون وجها لهذا القول أمور:

الاول: انه قد مر آنفا بأن التأخير الذى يكون موضوعا لهذا الخيار هو التأخير لا عن حق، هذا من ناحيه و من ناحيه أخرى أن من أحكام الخيار عدم وجوب التسليم و عدم لزوم الاقباض، فلو فرضنا ثبوت الخيار يكون التأخير عن حق فلا يكون موضوعا للخيار.

وفيه: ان المبني فاسد من أصله، و هو جواز عدم الاقباض مع الخيار، فان أثر الخيار جواز حل العقد لكن ما دام العقد باقيا يجب العمل بمقتضاه، و المفروض أن كل واحد من العوضين قد انتقل الى الطرف الاخر فيجب على

دراساتنا من الفقه الجعفرى، ج ٤، ص: ٢٦٢

...

كل منهما الاقباض للاخر.

و ما عن الميرزا بأنه لا يجب الوفاء فى فرض الخيار فلا يجب الاقباض غير تام، اذ الوفاء عباره عن عدم حق الفسخ و لا تنافى بين الجواز و لزوم الاقباض.

ان قلت: وجوب الاقباض هو انما بلحاظ الشرط الضمنى، و حيث أن العقد جائز فلا يجب الوفاء بالشرط، لان المفروض ان دليل «أَوْفُوا» غير شامل له.

قلت: دليل نفوذ الشرط قوله عليه السلام «المؤمنون عند شروطهم» فالشرط نافذ.

ان قلت: كيف يكون العمل بالشرط لازما مع أن المفروض أن العقد جائز.

قلت: لا تنافى بين الامرين، بل لعله قد مر منا بأن العقد لو انحل باعمال الخيار يكون وجوب العمل بالشرط بحاله بل يمكن أن يقال بنفوذ الشرط

حتى فيما يكون فى ضمن العقد الفاسد لتحقق أركانها و إطلاق دليل صحته و نفوذه فلاحظ.

و تفصيل الحال موكول الى باب الشروط فانتظر.

و يؤيد المطلوب أنه لو لا ذلك يلزم أن يكون مبدأ الثلاثة، من حين انقضاء المجلس لوجود خيار المجلس، و بعد انقضاء الثلاثة فيما يكون المبيع حيوانا لوجود خيار الحيوان. و هو كما ترى، و الوجه فى هذا الالتزام أنه لو لاه يقع التنافى بين أدله هذا الخيار و أدله تلك الخيارات، و الجمع بين الأدله بهذا النحو ليس جمعا عرفيا بل تبرعى، و رفع للتنافى بأى وجه كان. و من الظاهر أن الجمع التبرعى لا اعتبار به و الا لا يبقى المعارضه بين الأدله كما هو ظاهر.

الثانى: انصراف دليل هذا الخيار عن مورد وجود خيار آخر.

و فيه: أنه لا وجه لهذا الانصراف، فانه مجرد ادعاء.

دراساتنا من الفقه الجعفرى، ج ٤، ص: ٢٦٣

...

الثالث: ان الخيار الثابت بالتأخير للبائع بلحاظ تضرره من جهه التأخير و مع وجود الخيار لا يكون فى التأخير ضرر عليه، اذ يمكنه الفسخ.

و فيه: أنه لو كان المدرك حديث لا ضرر لكان لهذا البيان مجال، و حيث أن الدليل النص الخاص فى المقام فلا مجال لهذا التقريب كما هو ظاهر.

الرابع: ان مقتضى دليل الخيار ان العقد لازم قبل الثلاثة و خيار بعد مضيها و الاستفادة من هذا الدليل أنه يثبت الخيار بعد الثلاثة- أى جنس الخيار- فبقانون المقابله يفهم أن اللزوم قبل الثلاثة مطلقا فلا يكون خيار قبل الثلاثة على الاطلاق.

و فيه: ان النفى و الاثبات فى هذا الخيار راجعان الى الناحية الخاصة و هى التأخير و عدمه، فلا ينافى ثبوت الخيار من ناحية أخرى.

و بعبارة أخرى: الذى يفهم من الروايه

أنه لا خيار من ناحيه التأخير الى ثلاثة أيام، وهذا ظاهر واضح، فالحق أن هذا الشرط فاسد و لا دليل عليه.

(و منها) تعدد المتعاقدين،

بتقريب أن هذا الخيار لا يثبت ما دام خيار المجلس موجودا. هذا من ناحيه و من ناحيه أخرى أنه اذا كان العاقد واحدا لا يتصور سقوط خيار المجلس.

وفيه: أولا انه قد مر آنفا عدم منافاه هذا الخيار مع خيار المجلس. و ثانيا انه لا يثبت الخيار الناشئ من قبل المجلس للوكيل فى مجرد الصيغه. و ثالثا يمكن اشتراط سقوطه أو اسقاطه بعد العقد.

ان قلت: المستفاد من روايه زراره ان المشتري غير البائع.

قلت: هذا مما لا شبهه فيه، فانه لا يعقل اتحاد المشتري و البائع، لكن

دراساتنا من الفقه الجعفرى، ج ٤، ص: ٢٦٤

قوله: ثم ان مبدء الثلاثة من حين التفرق أو من حين العقد وجهان (١).

تعدد المتعاملين لا يستلزم اتحاد العاقدين، و هذا ظاهر واضح.

(و منها) أن لا يكون المبيع حيوانا أو خصوص الجاربه،

و المدرك ما رواه ابن يقطين عن أبى الحسن عليه السلام فى جاربه اشتراها و قال المشتري و جئتك بالثمن. قال عليه السلام: ان جاء فيما بينه و بين شهر و الا فلا بيع له.

و نسب الى الصدوق الحكم فى مطلق الحيوان، و الحق انه لا- وجه للقول به فى مطلق الحيوان، فان الوارد فى النص خصوص الجاربه و الحمل على المثال لا وجه له و ليس فى الروايه دليل على عدم الاقباض من طرف البائع. و أيضا المستفاد من الروايه بطلان البيع بعد شهر. و كيف كان حكم خاص فى خصوص هذا النوع من المبيع، و لا وجه لتسريه الحكم الى مطلق الحيوان.

ثم ان سيدنا الاستاذ دام ظلّه أفاد فى المقام بأن المستفاد من هذه الروايه أن الخيار ثابت و لو مع عدم اقباض المبيع، فبها يقيد ما رواه ابن يقطين و نقول:

بأن فى بيع الجاربه خصوصيه و هى عدم

اشترط عدم اقباض المبيع، و لو علم من الخارج اتحاد الحكم بين الموارد تقييد هذه الروايه بروايه ابن يقطين، لكن الروايه من حيث أنه لم يعمل بها الا الصدوق ساقطه عن درجه الاعتبار.

و يرد عليه: أولا- ان اعراض المشهور لا يسقط الخبر عن الحجيه. و ثانيا انه لا تنافى بين الخبرين كى يقيد أحدهما بالآخر لأنه ليس فى روايه ابن يقطين مفهوم بل حكم فى مورد خاص.

[فى أن مبدء الثلاثه من حين التفرق أو من حين العقد وجهان]

اقول: ان مبدء الثلاثه من حين العقد أو من حين التفرق. أفاد الشيخ قدس سره بأنه من حيث كون الظاهر من الروايه ان مدته الغيبه ثلاثه أيام يكون

دراساتنا من الفقه الجعفرى، ج ٤، ص: ٢٦٥

قوله: مسأله يسقط هذا الخيار بامور (١).

المعيار بالتفرق، و من حيث ان الضمير يرجع الى المشتري يكون كنايه عن عدم التقابض، و هذا هو الاقوى.

و الحق أن يقال: انه لا- اجمال فى الروايه، فان الظاهر أن الضمير يرجع الى الاشتراء، فيكون دالا على أن الميزان العقد، و على فرض الاجمال يؤخذ بروايه ابن يقطين، فانها ظاهره فى أن المبدء نفس العقد.

ثم انه لو كان فى الروايات اجمال فهل مقتضى الاصل الثانوى ما ذا؟ الحق أن مقتضاه أيضا أن يحسب من حين العقد، فان الازيد من هذا المقدار- أى أزيد من الثلاثه أيام من حين العقد- ليس دليل يدل على اللزوم، فيؤخذ بمقتضى الشرط الضمنى المقتضى للخيار، و هذا ظاهر فلا تغفل.

[مسأله يسقط هذا الخيار بأمور]

اشاره

أقول: أفاد الشيخ قدس سره بأنه يسقط هذا الخيار بأمور:

(منها) اسقاطه بعد الثلاثه،

و هذا أمر على طبق القاعده الاوليه، فان هذا الخيار من الحقوق، و من الظاهر ان الحق قابل للإسقاط.

انما الاشكال فى سقوطه بالاسقاط فى الثلاثه من حيث أن الخيار يحصل بعد الثلاثه. و وجه الاشكال أنه اسقاط لما لم يجب. و يدفع بأنه لا اشكال فى اسقاط ما لم يجب الا التعليق، و بطلان التعليق من جهه الاجماع و القدر المتيقن منه ما يكون فى البيع.

نعم الاسقاط على نحو التنجيز لا يمكن حيث لا معنى للإسقاط بلا تعلقه بالساقط و المفروض عدمه.

و بعبارة أخرى: الاسقاط أمر تعلقى، و تحققه بلا تحقق ما يتعلق به لا يمكن، لكن الكلام و الاشكال فى اصل المقتضى، فانه لا دليل على جواز الاسقاط على نحو الاطلاق، بحيث كلما يكون ممكنا ثبوتا نلتزم بصحته، و انما المسلم أن

دراساتنا من الفقه الجعفرى، ج ٤، ص: ٢٦٦

...

الحق الفعلى قابل للسقوط بالاسقاط.

و أفاد الشيخ قدس سره فى وجه الجواز وجوها:

الاول- ان العقد سبب للخيار، و المفروض أنه تحقق فى الخارج، فيجوز اسقاط الخيار بعد تحقق العقد.

و فيه: انه ليس فى الاحكام الشرعيه الا تحقق الموضوع و الحكم و لا سبيل للسببيه و أمثالها، مضافا الى أن السببيه التامه بعد لم تحقق، فان المفروض أن الخيار لا يتحقق الا بعد مضى الثلاثه، و الاشكال فى عدم الدليل على صحه الاسقاط ما لم يتحقق فى الخارج.

الثانى - جواز اشتراط سقوطه فى ضمن العقد، فيجوز فى المقام بالفحوى.

و فيه: كما فى كلامه قدس سره بأن المدرك للجواز لو كان هو الاجماع لكان لتقريب الاولويه مجال، و لكن لو كان دليل الشرط ففى الاصل اشكال فكيف بالفرع.

و قد

أفاد الميرزا قدس سره وجها آخر للجواز، و هو أن الخيار و ان كان موضوعه بعد الثلاثه لكن مبدأ تحققه من حين العقد، فانه من حينه يجب على المشتري بمقتضى الشرط أن يدفع الثمن و تحقق الخيار من جهة تأخير الثمن، فمعنى اسقاط الخيار اجتيازه عن حق المطالبه، و هذا الحق فعلى فلا موضوع للإشكال.

و ما أفاده قدس سره متين من حيث أن حق المطالبه امر وضعى و حق قابل للإسقاط لكن يرد فيما أفاده: أولا ان اسقاط الخيار ليس معناه الاجتياز عن حق المطالبه، فان كل واحد منهما امر فى مقابل الاخر. و ثانيا ان الاجتياز عن حق

دراساتنا من الفقه الجعفرى، ج ٤، ص: ٢٦٧

...

المطالبه لا يوجب سقوط الخيار، فان الخيار مترتب على التأخير اعم من أن يكون التأخير عن حق أم لا، فلاشكال باق على حاله.

اذا عرفت ما تقدم نقول: يمكن أن نتمسك بوجه آخر، و هو أن هذا الخيار ليس كالخيار التعبدى المجعول من قبل الشارع كخيارى المجلس و الحيوان، بل خيار ثابت بمقتضى الشرط، و من الظاهر أن الشارط بشرطه يملك ما شرطه على المشروط عليه، و هذه الملكيه فعليه و قابله للتصرف فيه فلا مانع من رفع اليد عنه و اسقاطه. مثلا لو اشترط البائع على المشتري خياطه ثوبه بعد شهر و بعد البيع لو أسقط الشرط هل يشكل بأنه لا يجوز حيث أن ظرف الخياطه غير متحقق، و المقام كذلك.

و مما ذكر يظهر أمر، و هو أنه لو شرط البائع على المشتري أن يحج عن أبيه فى موسم الحج و قبل مجىء الموسم مات الشارط و بعد مجىء الموسم لم يحج المشتري يكون خيار تخلف الشرط للميت أو للوارث، فان

قيل للميت قلنا الميت ليس قابلا لان يملك شيئا بعد الموت، و ان قيل للوارث قلنا ان الارث يتعلق بما تركه الميت و المفروض أنه لم يترك شيئا و مع ذلك كيف يمكن الالتزام بعدم الخيار.

و حل هذه الشبهة بما ذكرناه، فان الشارط بشرطه يملك شيئا على المشروط عليه، و هذا الحق المملوك له ينتقل بالارث الى وارثه. نعم لو لم يرجع الاسقاط الى ما ذكرناه و بلا اسقاط الحق الفعلى و مع ذلك يسقط خياره فى ظرفه يبقى الاشكال بحاله و لا دافع له.

(و منها) اشتراط سقوطه فى ضمن العقد،

أفاد الشيخ فى المقام بأن المدرك لصحة هذا الشرط لعله عموم الشرط. ثم أورد بأن شمول عموم الشرط يتوقف

دراساتنا من الفقه الجعفرى، ج ٤، ص: ٢٤٨

...

على جواز الشرط فى حد نفسه و الا يشكل، اذ الشرط لا يوجب مشروعيه ما لا يجوز بلا شرط.

و لا يخفى أنه قد مر تفصيل هذا البحث فى بحث مسقطات خيار المجلس و لا نعيد. و محصل ما ظهر مما قلنا هناك: أن الدليل على صحة هذا الشرط النص الخاص الوارد فى باب المكاتبه، و هو ما رواه ابن خالد عن ابى عبد الله عليه السلام قال: سألته عن رجل- الى أن قال- بشرط أن لا- يكون لك الخيار على أبى اذا أنت ملكت نفسك. قال عليه السلام: لا- يكون لها الخيار المسلمون عند شروطهم «١». فانه يفهم من هذه الروايه بحسب الفهم العرفى أن شرط سقوط الخيار المتأخر عن زمان العقد صحيح و جائز. فبملاحظه هذه الروايه لا بأس أن نلتزم بجواز هذا الشرط و الا يشكل الامر كما حققناه فيما تقدم من بحث خيار المجلس فراجع.

(و منها) بذل المشتري للثمن بعد الثلاثة.

قال الشيخ قدس سره فان المصرح به فى التذكرة سقوط الخيار حينئذ، و قيل بعدم سقوط الخيار بذلك استصحابا، و هو حسن لو استند الى الاخبار- انتهى موضع الحاجة من كلام المصنف.

و ملخص ما أفاده قدس سره فى المقام هو الفرق بين أن يكون الدليل النص و بين أن يكون حديث نفى الضرر، فانه على الاول لا مانع من استصحاب الخيار.

و فيه: يرد أولا انه لو استندنا الى الاخبار فلا نحتاج الى الاستصحاب، اذ يكفى اطلاق النص، فان مقتضى مفهوم قوله عليه السلام «و الا فلا بيع له» ان عدم المعجى ء بالثمن فى

الثلاثة يوجب الخيار، أعم من لا يجبيء بالثمن أو جاء به بعد الثلاثة.

ثانيا- ان الاستصحاب في الحكم الكلي غير جار على المبني للمعارضه.

و أفاد قدس سره بأنه لو كان المدرك حديث نفى الضرر فلا وجه للخيار، لان

(١) الوسائل، الباب (١٧) من ابواب المكاتبه الحديث (١).

دراساتنا من الفقه الجعفري، ج ٤، ص: ٢٦٩

...

المفروض أن الضرر غير موجود الان و القاعده لا تتدارك الضرر السابق فالحكم للزوم.

و أفاد الاستاذ في المقام على ما في التقرير: بأنه لو كان ما أفاده تاما لا يكون وجه للخيار كما أفاده، لكن لا وجه للزوم أيضا، لان للزوم حكم واحد مستفاد من قوله تعالى «أَوْفُوا بِالْعُقُودِ» فإذا ارتفع في زمان فلا وجه لعوده لأنه حكم واحد، فإذا سقط لا دليل على ثبوته. اللهم الا- أن يدفع المشتري الثمن في الا-ن المتصل بآخر زمان الثلاثة، فانه في هذا الفرض لا مانع من جريان استصحاب اللزوم، لكنه مجرد فرض و لا واقع له. هذا كلامه.

و يرد فيه: أولا- ان عموم «أَوْفُوا» محكم، و لا- وجه لرفع اليد عنه الا- في مقدار دلالة الدليل كما ذكرنا كرارا، فالمرجع عموم «أَوْفُوا» و لا منافاه بين بقاء اللزوم و بين أن يكون حكما واحدا و لا يكون له عموم زمانى.

و ثانيا: انه لا مجال لاستصحاب اللزوم حتى مع فرض الاتصال بزمان انقضاء الثلاثة لمعارضته بعدم الجعل.

و ثالثا: أن ما ذكره لو فرض تاما لكن تكون النتيجة هو اللزوم، لأنه مع الشك في صحه الفسخ حكم ببقاء الملكيه، و هذا معنى اللزوم.

هذا ما يرجع الى كلام سيدنا الاستاذ دام ظله، و أما ما أفاده الشيخ قدس سره في هذا المقام فحاصله: انه لو كان الدليل حديث نفى الضرر

فلا مجال لبقاء الخيار لان المفروض أن الضرر مرتفع حين البذل و الضرر السابق لا يتدارك بالقاعده، و لا يكفى تحقق الضرر سابقا، اذ الاستفادة من القاعده ان المنفى الضرر الفعلى، و المفروض أنه لا ضرر فعلا.

و يظهر من كلامه أنه لا يرى جريان الاستصحاب، و لذا أورد عليه السيد فى الحاشيه بأنه يجرى الاصل مع شرح طويل. و لكن الذى يسهل الخطب أن

دراساتنا من الفقه الجعفرى، ج ٤، ص: ٢٧٠

...

المدرك ليس حديث نفى الضرر، مضافا الى أن الاستصحاب معارض بعدم الجعل، و حيث ان المدرك هو النص و قلنا انه مطلق و لا وجه لما أفاده من انصرافه الى صورته التضرر الفعلى، فان كون الملاك هو دفع الضرر عن البائع لا يوجب الانصراف فالمحكم اطلاق النص، و عليه ما أفاده العلامة لا يخلو عن ضعف.

(و منها) أخذ الثمن من المشتري.

قال الشيخ قدس سره بناء على عدم سقوطه بالبذل.

و لا يخفى أنه ليس الاخذ دائما مترتبا على البذل كى يتجه ما أفاده، بل يمكن تحقق الاخذ بلا أن يتحقق البذل، كما لو أخذه بلا اذن من المشتري فلا موقع لهذا الكلام. و كيف كان ما قيل فى وجه سقوط الخيار بالبذل أنه التزم فعلى بالبيع فيسقط به.

و فيه: أنه لا وجه لسقوط الخيار بالاخذ، فان مجرد الاخذ لا يستلزم سقوط الخيار، فان للبائع أن يأخذ الثمن لأنه حقه، و لكن مع ذلك يمكن أن يستفيد من حقه الخيارى و يفسخ فلا وجه لهذا المدعى. و الحاصل انه لا وجه للسقوط بالاخذ الا ان يقصد به الاسقاط، و حيث ان الاصل عدم قصد الاسقاط فلا يحكم به الا مع العلم أو الاطمئنان العقلانى أو اقامه حجه شرعيه فلا يعبأ بالظن فكيف

بمجرد الاحتمال.

و لا يقاس المقام بباب سقوط خيار الحيوان، فانه بلحاظ النص الخاص الوارد فيه، مضافا الى أن في مورد الحيوان التصرف وقع في مال نفسه، و في المقام لا- يكون التصرف في مال نفسه مطلقا، كما لو فرض أن الثمن كلي فانه يحتمل أن يكون بعنوان العاربه أو الهبه، و احتمال العاربه أو الهبه مخصوص بما يكون الثمن كليا اما في الثمن الشخصى فلا معنى لهذا الاحتمال، اذ المفروض

دراساتنا من الفقه الجعفرى، ج ٤، ص: ٢٧١

قوله: و هل يسقط الخيار بمطالبه الثمن (١).

قوله: مسأله فى كون هذا الخيار على الفور أو التراخى (٢).

أن الثمن ملك للبائع فلا يتصور العاربه أو الهبه.

ثم ان ما أفاده الشيخ بأن خير الوجوه أوسطها و لكن الاقوى الاخير، لا يخلو عن تناقض فلاحظ.

فتحصل مما ذكرنا أنه لا وجه لسقوط الخيار بالاخذ، فانه لا دلالة على اسقاط الخيار حتى فى خيار الحيوان فكيف بالمقام فان الاخذ لا يدل على الاسقاط بأى نحو من الدلالات.

[هل يسقط الخيار بمطالبه الثمن]

أقول: الحق هو عدم السقوط، فان مطالبه الثمن لا يدل على اسقاط الخيار لا فى المقام و لا فى سائر الخيارات، لا لان المطالبه ليست تصرفا، فان المسقط لا يلزم أن يكون تصرفا، و التصرف انما يكون مسقطا اذا قصد به الاسقاط بل لأنه لا مقتضى فيه للإسقاط.

و لا يخفى أن المدرك لهذا الخيار ليس حديث الضرر كى يكون مجال لما أفاده الشيخ من الفرق بين كون الضرر الموجب للخيار هو الاستقبالى، بخلاف الضرر فى البيع الغبى، فانه لا موضوع لهذا البحث، فان الدليل هو النص الخاص المضى للشرط الضمنى الواقع بين المتبايعين.

[مسأله فى كون هذا الخيار على الفور أو التراخى]

أقول: هذا الخيار فورى أم تراخى، أفاد الشيخ قدس سره بأنه قد مر ما يكون مستند الكل من القولين و قد مر أن المستند للفوريه عموم «أَوْفُوا بِالْعُقُودِ» بتقريب أن الخارج منه مقدار و فى غيره يكون العموم مرجعا، و المستند للخيار استصحاب الخيار.

و الحق من هذين القولين قد ظهر مما مر، فان الحق أن عموم العام متبع

دراساتنا من الفقه الجعفرى، ج ٤، ص: ٢٧٢

و لا مانع من الاخذ به الا فى مقدار خرج بالدليل. و الاشكال فيه: بأنه ليس فيه عموم زمانى غير جار كما عرفت آنفا فلا مجال للاستصحاب. مضافا الى أن الاستصحاب فى أمثال المقام لا يجرى على مذهب الشيخ لأنه شك فى المقتضى كما هو ظاهر. اضعف الى ما ذكرنا أنه معارض بأصالة عدم الجعل. و لكن هذا كله مع فرض الشك، و أما بالنظر الى النص الوارد فى المقام فلا مجال لهذا البحث، فان مقتضى اطلاقه بقاء الخيار.

و هذا هو الوجه لما أفاده الشيخ قدس سره بأن الجواز أقرب الى البطان المستفاد من قوله عليه السلام «لا بيع له»

كى ىرد عليه كما عن الميرزا بأن الاقريبه لا يوجب الحمل عليه. مضافا الى أنه قد مر بأن قوله عليه السلام «لا بيع» لا يدل على البطلان، حيث نسب الى خصوص المشتري.

و ملخص الكلام فى المقام يمكن أن يستدل للتراخى بأحد وجوه:

الاول- أن نقول ان قول عليه السلام «لا بيع له» ظاهر فى الخيار و باطلاقه يثبت التراخى.

الثانى- أن نقول بأنه ظاهر فى نفي الصحه، لكن ببركه الاجماع نحكم بالصحه مع الجواز، و باطلاق نفي الصحه نحكم بالجواز المتراخى.

الثالث- ان نقول بأنه مجمل، و يحتمل أن يكون ناظرا الى نفي الصحه كما يمكن أن يكون ناظرا الى نفي اللزوم، و ببركه الاجماع نحكم بالصحه و ببركه الاستصحاب نحكم ببقاء الجواز، لكن ىرد فيه: أنه معارض بعدم الجعل و لنا أن نقول: بأن الظاهر من النص هو الفساد على الاطلاق، لكن قبل الفسخ

دراساتنا من الفقه الجعفرى، ج ٤، ص: ٢٧٣

قوله: مسأله لو تلف المبيع بعد الثلاثه كان من البائع اجماعا (١).

لا يفسد قطعا و أما بعد الفسخ فحيث لا دليل يحكم بالفساد. و هذا معنى كونه جائزا أو خياريا فلاحظ.

[مسأله لو تلف المبيع بعد الثلاثه كان من البائع اجماعا]

أقول: لو تلف المبيع بعد الثلاثه يكون من مال البائع أم لا؟ قال الشيخ قدس سره: كان من مال البائع اجماعا مستفيضا بل متواترا كما فى الرياض، و يدل عليه النبوى المشهور و هو قوله صلى الله عليه و آله: كل مبيع تلف قبل قبضه فهو من مال بايعه «١».

و لا- يخفى أن النبوى ضعيف سندا، و عمل المشهور به لا- يجبره، و الاجماعات يحتمل أن تكون مستنده الى النبوى. و لكن الظاهر أن الحكم فى الجملة مسلم فيما بينهم. و لا يخفى ان هذا حكم المبيع

الذى لم يقبض من المشتري.

و ربما يقال: بأنه يقع التعارض بين هذه الروايه و قاعدتين أخريين: احدهما قاعده الخراج بالضمان «٢»، ثانيتهما قاعده التلف فى زمن الخيار فهو ممن لا خيار له «٣».

و يجاب عن القاعده الاولى:

أولا- بأنه لا دليل عليها.

و ثانيا- ان قاعده الخراج بالضمان أعم من قاعده كل مبيع تلف قبل قبضه فان مورد الثانيه اوسع فتخصص بالاولى كما هو الميزان.

و ثالثا- المستفاد من الروايه النبويه بحسب النظر فيها ان الخراج فى مقابل الضمان المعاملى، فكل ضمان معاملى يستلزم الخراج، و فى المقام الضمان جعلى

(١) المستدرک، الجزء (٢) الصفحه ٤٧٣.

(٢) مبسوط الجزء (٢) الطبع الجديد الصفحه ١٢٦.

(٣) الوسائل، الجزء ١٢ الباب ٨ من ابواب الخيار.

دراساتنا من الفقه الجعفرى، ج ٤، ص: ٢٧٤

...

و مولوى لا معاملى.

و رابعا- ان المورد خارج تخصصا، فانه بحكم الشارع التالف يرجع الى ملك من فى يده المال. و عليه فلا تختل قاعده الخراج بالضمان.

و يجاب عن الثانيه- و هى قاعده كل مبيع فى زمن الخيار فهو ممن لا خيار له المستفاده من بعض الروايات «١»، فيجاب عنها بوجه:

الاول: انه قيل باختصاصها بخيار الحيوان و المجلس و الشرط كما فى كلام المصنف و انتظر لتحقيق الحال فيها فيما يجىء من أحكام الخيار إن شاء الله تعالى.

الثانى: ان القاعده بحسب ما يستفاد من النص اختصاصها بما بعد القبض و لا اتحاد بين القاعدتين بحسب المورد.

الثالث: ان تلك القاعده ناظره الى أن من له الخيار اذا تلف ما انتقل اليه فهو على من عليه الخيار، و فى المقام أثبت الضمان على من يكون له الخيار فكم فرق بين الامرين. و لو تلف فى الثلاثه فالمشهور كما فى كلام المصنف ان ضمانه على البائع

أيضا و ادعى عليه الاجماع فى كلام جماعه من الاعلام، كما أن على خلافه ادعى الاجماع و ذهب اليه المفيد و غيره.

و ما يمكن أن يكون مدركا للمشهور أمور: منها الاجماع، و منها النبوى المتقدم، و منها ما رواه عقبه بن خالد عن ابى عبد الله عليه السلام قال: من مال صاحب المتاع الذى هو فى بيته حتى يقبض المتاع- الخ «٢» فان هذه الروايه داله على كون التلف فى الثلاثه حيث ان المشتري قال آتيك بالثمن غدا فسرق المتاع. فلاحظ.

(١) الوسائل الباب ١١ من ابواب الخيار.

(٢) الوسائل الباب (١٠) من ابواب الخيار.

دراساتنا من الفقه الجعفرى، ج ٤، ص: ٢٧٥

قوله: مسأله لو اشترى ما يفسد من يومه فان جاء بالثمن ما بينه و بين الليل و الا فلا بيع (١).

و لكن هذه الوجوه الثلاثه كلها مخدوشه، فان الاجماع المنقول غير حجه و المحصل منه غير حاصل، مضافا الى أنه مدركى، و النبوى ضعيف و لا ينجبر بالعمل و الروايه لا اعتبار بها من جهه محمد بن عبد الله بن هلال فان الامر بالتسالم فهو و الا يشكل الحكم على طبق المشهور. و لو ممكنه و لم يقبض فلو قلنا بصدق القبض بالتمكين يترتب عليه حكم القبض فلا يكون تلفه عليه بعده. و أما لو قلنا بأن القبض لا- يتحقق بالتخليه و التمكين يترتب عليه حكم التلف قبل القبض و لا وجه لما أفاده الشيخ من انصراف الدليل الى غير هذه الصوره.

[مسأله لو اشترى ما يفسد من يومه فإن جاء بالثمن ما بينه و بين الليل و إلا فلا بيع]

أقول: لو اشترى ما يفسد من يومه كالبقولات و الخضروات فأفاد الشيخ قدس سره بأنه ان جاء بالثمن ما بينه و ما بين الليل فهو و الا فلا بيع له.

و لا يخفى أن المتاع

لو فرض فسادة فى اليوم فلا أثر للخيار فى الليل أعم من أن يكون المدرك النص أو قاعده لا ضرر، و لذا ما أفاده فى الدروس من كون هذا الخيار خيار ما يفسده المبيت متين، فلا بد أن يكون المراد بالعموم مجموع اليوم و الليل، كما أطلق هذا المعنى فى بعض الموارد، و يكون المراد بالفساد الاشراف عليه لا تحققه. و كيف كان يمكن أن يكون المدرك لهذا الخيار أحد أمور:

الاول- النص الخاص، و هى مرسله محمد بن ابى حمزه أو غيره عن ابى عبد الله عليه السلام فى الرجل يشتري ما يفسد من يومه و يتركه حتى يأتى بالثمن.

قال: ان جاء فيما بينه و بين الليل بالثمن و الا فلا بيع له. و هذه الروايه من حيث الدلاله لا يبعد أن تكون داله على الفساد كما مر آنفا.

دراساتنا من الفقه الجعفرى، ج ٤، ص: ٢٧٦

...

و أما مرسل صدوق فى الفقيه بقوله «العهد فى ما يفسد من يومه مثل البقول و البطيخ و الفواكه يوم الى الليل»، فيحتمل أن يكون من كلام الصدوق لا من كلام الامام. و عن الجواهر انه الظاهر مضافا الى انه مرسل و لا اعتبار به.

و أما نقل صاحب الوسائل بأن الروايه مستنده فاشتباه منه، كما يظهر اشتباهه من نقله الروايه مرسله فى الباب التاسع من أبواب الخيار و الخامس منها.

فلاحظ.

و أما من حيث الدلاله فيمكن أن يكون المراد من قوله عليه السلام «العهد فى ما يفسد من يومه» ان تلف المبيع من البائع يكون الى الليل، و تكون الروايه مخصصه لقاعده كل مبيع تلف قبل قبضه فهو من مال بايعه. و يمكن أن يكون المراد من العهد عهده البيع، أى يكون البيع لازما

يوما واحدا و بعده يكون جائزا، أعم من أن جاء المشتري بالثمن أم لا، غاية الامر مقيد بروايه ابن حمزه.

الثانى- الشرط الضمنى على حسب الارتكاز العقلانى، و هذا لا اشكال فيه و لكن مقتضاه ثبوت الخيار بالتأخير مطلقا، و ليس محدودا بهذا الحد كما هو ظاهر.

الثالث- قاعده نفي الضرر، فان مقتضاها ثبوت الخيار فيما يكون الزوم ضروريا. و هذا التقرير تام على مسلك القوم فى مفاد القاعده، و أما على ما سلكناه فلا تقتضى الخيار كما هو واضح. مضافا الى انه مع ثبوت الخيار بمقتضى الشرط الارتكازى لا يكون مجال للقاعده، فان البيع لا يكون لازما برفع الزامه بالقاعده.

ثم انه هل يتعدى الى بقيه الموارد كما لو كان المبيع مما يفسد فى نصف اليوم، لو قلنا بضعف المدرك كما قلنا فلا مجال لهذا البحث، كما أنه على فرض التنزل لا وجه للتعديه فانها تحتاج الى الدليل. نعم يكون الشرط الارتكازى

دراساتنا من الفقه الجعفرى، ج ٤، ص: ٢٧٧

قوله: ثم الظاهر ان شروط هذا الخيار شروط خيار التأخير (١).

جاريا على القاعده.

قمى، سيد تقى طباطبايى، دراساتنا من الفقه الجعفرى، ٢ جلد، مطبعه الخيام، قم - ايران، اول، ١٤٠٠ هـ ق دراساتنا من الفقه الجعفرى؛ ج ٤، ص: ٢٧٧

[ثم الظاهر أن شروط هذا الخيار شروط خيار التأخير]

أقول: ان الشيخ أفاد بأن الظاهر شروط هذا الخيار شروط خيار التأخير.

لا يخفى على ما ذكرنا لا يبقى مجال لهذا البحث، و أما مع الاغماض فالظاهر أنه لا وجه للالتزام بوحده الفرعين، فانه لا يبعد أن يكون الخيار فى ذلك المقام ناشئا من تأخير الثمن. و فى المقام ناشئا من عدم قبض الثمن.

نعم بعض الشرائط ملحوظ فى المقام، لكن على حسب القاعده لا من باب لحاظ تلك الشرائط، فان المبيع لو قبض

لا يبقى مجال للخيار، فالميزان بقبض الثمن لا بعدم مجيئ الثمن.

ان قلت: الظاهر من روايه على بن حمزه ان الموضوع عدم مجيئ المشتري بالثمن و مجيئه.

قلت: المفهوم من الروايه أن مجيئ المشتري بالثمن يكون مقدمه لقبض الثمن. فلاحظ الروايه و تأمل فيها تصدق مقالتنا.

و الحاصل ان الميزان بقبض الثمن فهذا شرط لازم، كما أنه لا بد من كون المبيع شخصيا اذ لا يتصور الفساد فى الكلى فى الذمه.

ثم ان المراد بالفساد الوارد فى النص ليس الفساد الحقيقى كما أفاد الشيخ، فان الفواكه و الخضروات ليست تفسد حقيقه بمرور يوم واحد، بل تنقص قيمتها بزوال طراوتها كما هو المشاهد فى الاسواق. فلا يرد عليه الاشكال بأن معنى الفساد هو الحقيقى، و أما تغيير الصوره النوعيه فهو تلف لا فساد.

و هل يلحق بالفساد فوات السوق أم لا؟ لو كان المدرك النص الخاص فالحق أنه لا يشمل، و لو كان حديث نفى الضرر فلو قلنا بأن فوات السوق يكون داخلا

دراساتنا من الفقه الجعفرى، ج ٤، ص: ٢٧٨

قوله: السادس خيار الرؤيه، و المراد به الخيار المسبب عن رؤيه المبيع على خلاف ما اشترط فيه المتبايعان (١).

فى التلف يشمل الحديث لأنه ضرر على البائع، و أما لو لم يكن كذلك فان لم يجيئ المشتري بالثمن يكون لزوم البيع ضررا على البائع، كما هو ظاهر حديث أنه محروم من التصرف فى الثمن و فى المبيع، لكن ذكرنا أن المدرك هو الشرط الارتكازى يجرى فى هذا الفرض أيضا كما هو ظاهر.

[القسم السادس خيار الرؤيه]

اشاره

أقول: لا يخفى لو عنون البحث بهذا العنوان لا يبقى مجال، للبحث عن دليل هذا الخيار، لأنه يدخل فى خيار تخلف الشرط، و الحال أن المدعى خيار الرؤيه خيار برأسه فى قبال

بقية الخيارات كما عده الشهيد. و كيف كان

ما يمكن أن يستدل به لإثبات هذا الخيار أو استدلال به أمور:

الاول - الاجماع.

و فيه ما يرد في غيره من الموارد، فان الاجماع في مثال المقام لو لم يكن مقطوع المدرك فلا أقل من احتمال كونه مدركيا فلا اعتبار به.

الثاني - حديث نفي الضرر،

بتقريب أن لزوم العقد ضررى و الضرر منفى فى الشريعة. و فيه:

أولاً: انه على مسلكتنا لا مجال للاستدلال للمدعى كما هو ظاهر.

و ثانياً: ان الضرر انما نشأ من أصل العقد لا من لزومه. و بعبارة أخرى:

ان العقد اما وقع على الاطلاق بلا اشتراط الخيار لو ظهر مخالفا لما يكون منظورا، و اما مع شرط الخيار. أما على الثانى فلا مجال للتمسك بحديث نفي الضرر، لان المفروض ثبوت الخيار بالتخلف، و أما على الاول فلا يشمل الحديث، لان المفروض أن المكلف بنفسه أقدم على الضرر، مضافا الى أنه لو كان ضرريا يكون المتضرر مغبونا، فلا حاجة الى اثبات خيار الرؤية.

دراساتنا من الفقه الجعفرى، ج ٤، ص: ٢٧٩

...

و ثالثاً: لا يكون تخلف الوصف دائما موجبا للضرر بل ربما لا يكون ضرر.

نعم تخلف الغرض الشخصى و هذا غير الضرر. نعم يتصور الضرر فى الامور الشخصية و لكن يجرى فيه ما قلنا فى الضرر النوعى المتوجه الى الشخص.

و للأستاذ كلام فى المقام على ما فى التقرير، و هو أن الضرر المتصور فى المقام ناشئ من أصل المعاملة لا من لزومها.

ان قلت: نحكم بفساد المعاملة لكونها ضرريا.

قلت: حديث لا- ضرر انما يرفع الاحكام الضرريه التأسيسيه كوجوب الوضوء الضررى، و أما الاحكام الامضائية الضرريه فلا يشملها الحديث، و حيث ان صحه البيع حكم عقلاى لا يكون مشمولاً للقاعده.

وفيه: ان هذا الدعوى بلا دليل، ولا وجه لهذا التقييد، بل مقتضى الاطلاق عدم الفرق العمده فى الاشكال ما ذكرناه.

الثالث - النصوص:

منها ما رواه جميل قال: سألت أبا عبد الله عليه السلام عن رجل اشترى ضيعة - الى أن قال - فقال أبو عبد الله عليه السلام: انه لو قلب منها و نظر الى تسعه و

تسعين قطعه ثم بقى منها قطعه و لم يرها كان له فى ذلك خيار الرؤيه «١»، بتقريب أن القطعه غير المرثيه ظهرت على خلاف ما كان يتصور فبعد الرؤيه يكون له الخيار.

أفاد الاستاذ فى المقام على ما فى التقرير ان فى هذه الروايه ثلاثه احتمالات:

الاحتمال الاول- أن يكون المراد من النظر النظر قبل البيع الى تسع و تسعين قطعه من الضيعه و عدم النظر الى قطعه، فيكون البيع غرريا فيكون باطلا.

و بطلان تلك القطعه يوجب بطلان البيع بالنسبه الى تمام الضيعه من باب أن ضم

(١) الوسائل الباب (١٥) من ابواب الخيار.

دراساتنا من الفقه الجعفرى، ج ٤، ص: ٢٨٠

...

المجهول الى المعلوم يوجب بطلان المركب منهما، و يكون المراد من الخيار الاختيار فى تجديد البيع الصحيح و رفع اليد عن المعامله. و على هذا الاحتمال لا يكون الخبر مرتبطا بما نحن فيه.

الاحتمال الثانى- ان يكون المراد بالنظر النظر بعد البيع و هو لا يكون موجبا للخيار، مضافا الى ان الخيار المبحوث عنه فى المقام خيار الرؤيه و خيار عدم الرؤيه.

الاحتمال الثالث- ان يكون المراد من عدم الرؤيه عدمها بعد الاثراء و المراد بالرؤيه الوجدان، أى بعد الاثراء لم يجد ما اشتره و قد يستعمل الرؤيه فى لوجدان كقوله تعالى «لا ترى أمتا و لا عوجا»، فيكون المراد بالخيار خيار تبعض الصفقه و يكون على القاعده، و لكن لا يرتبط بالمقام، فالروايه لا دلالة فيها على المقصود، و هذا ما أفاده الاستاذ دام ظله.

فالحق ان ما أفاده غير تام، فان الظاهر من الروايه ان البيع فرض صحيحا و الامام أمضى هذا الفرض و انما يسأل الراوى عن حقه فى استقباليته، فأجاب الامام بأنه له فيها خيار الرؤيه. و ليس

هذا بحسب الفهم العرفى الا- تخلف تلك الاوصاف المتصور فى القطعات فكأنما المشتري فتش و جزم بأن الضيعة بتمامها من سنخ واحد و لكن انكشف له الخلاف بعد البيع كما هو المترئى فى المعاملات المقدار له، فالحق أن الروايه لا قصور فيها من حيث الدلاله على خيار الرؤيه المبحوث عنه. فلاحظ و تأمل.

و منها ما رواه زيد الشحام عن أبى عبد الله عليه السلام، و فيها قال لا تشتري شيئا حتى تعلم اين تخرج سهم، فان اشترى فهو بالخيار اذا خرج. و تقريب الاستدلال بالروايه أنه لو خرج السهم المشاع على خلاف ما وصفه البائع يكون المشتري

دراساتنا من الفقه الجعفرى، ج ٤، ص: ٢٨١

...

بالخيار بعد الرؤيه.

و أفاد الشيخ قدس سره بأنه لم يعلم وجه الاستدلال بهذا الخبر، لأنه لو اشترى بنحو المشاع فلا موقع لخيار الرؤيه، و ان اشترى بنحو الفرد المعين الذى يعين بعد ذلك فهو باطل، و على فرض صحته لا يجرى فيه خيار الرؤيه. و لكن ان المراد اشتراء عدد معين بنحو الكلى فى المعين و يكون المراد من الخيار خيار الحيوان.

و يرد فيما أفاده من أن عدم جريان خيار الرؤيه فى المشاع ليس على ما ينبغى فانه أى فرق بين المبيع الشخصى و المشاع.

و أما ما أفاده قدس سره من البطلان فيما يكون البيع متعلقا بالفرد المعين فلا يبعد أن يكون نظره الى سهمه قبل التعيين لا يكون ملكا له فلا يجوز بيعه.

و أما لو كان نظره فى وجه الفساد الى عدم تعيينه فيمكن أن يرد فيما أفاده بأنه معين عند الله فلا محذور فيه.

و أما على فرض الصحه فلا وجه لخيار الرؤيه كما فى كلامه فغير تام، فانه لا مانع من

جريان الخيار فيه.

و أما ما أفاده من امكان كون المراد بالخيار خيار الحيوان و من البيع بيع الكلى فى المعين فالظاهر أن نظره الى عدم جريان خيار الحيوان الكلى، فلا بد من التقسيم.

وفيه: أنه على فرض شمول الدليل للكلى فلا- وجه لثبوت الخيار بعد التقسيم بل يثبت من أول الامر، و لو فرض عدم شموله للكلى فلا- وجه لثبوته بعد التقسيم لأنه حين البيع لم يتحقق موضوع الخيار على الفرض و بعد التقسيم لم يتحقق بيع. و بعبارة أخرى: ان خيار الحيوان يثبت من حين البيع، و المفروض

دراساتنا من الفقه الجعفرى، ج ٤، ص: ٢٨٢

...

عدم شموله للمقام من حينه، فلا وجه لثبوته بعد ذلك. مضافا الى أنه لو سلم عدم شموله للكلى للانصراف يشكل شموله لما يعرضه التشخص، اذ يمكن أن يقال بانصرافه الى ما يكون متشخصا بالذات لا بالعرض.

هذا ما يرجع الى كلام الشيخ، و أما حق القول فى الروايه أن يقال: لا يبعد أن يكون المراد بطلان الاثراء قبل التقسيم، و المراد بالخيار الخيار فى الاثراء الجديد بعد التقسيم لا- الخيار المصطلح. و لعل الوجه فى البطلان ان المراد بالسهم ما يخرج بعد التقسيم، و من الظاهر أنه قبل التقسيم لا يكون من له السهم مالكا لتلك الحصه المعينه.

و يحتمل أن يكون المراد من الخيار خيارا استقلاليا فى قبال بقيه الخيارات بأن يكون البيع صحيحا لكن بعد اخراج السهم و يكون المشتري بعد خروج السهم بالخيار. و لكن هذا الاحتمال بعيد، و كيف كان لا ترتبط هذه الروايه بما نحن فيه.

و منها: ما عن منهل القصاب «١» و هذه الروايه كما ترى لا ترتبط بهذا البحث مضافا الى ضعف سندها، فالعمده صحيح جميل.

الرابع - الشرط الارتكازي،

و الظاهر أنه أمر عقلائي و يشمله دليل صحة الشروط. و ما يمكن أن يرد فيه و يبحث عنه قد تقدم في الابحاث السابقة فلا نعيد.

ثم هل يختص هذا الخيار بالمشتري أو يعم البائع؟ لا شبهه في أنه لو كان المدرك الشرط الارتكازي يعم البائع، كما أن الامر كذلك لو كان المدرك الاجماع أو حديث نفى الضرر. و أما لو كان المدرك النص فلا شبهه في عدم شمول صحيحه جميل للبائع، و حمل كلامه عليه السلام على العموم - بدعوى أن ذكر المشتري

(١) الوسائل الباب (١٢) من ابواب عقد البيع الحديث ٨.

دراساتنا من الفقه الجعفري، ج ٤، ص: ٢٨٣

قوله: مسأله مورد هذا الخيار بيع العين الشخصيه (١).

من باب المثال في كلام السائل - عهدتها على مدعيها.

[مسأله مورد هذا الخيار بيع العين الشخصيه]

اشاره

أقول: الظاهر عدم الفرق بين أن يكون المبيع شخصيا خارجيا أو كليا في المعين أو كليا مشاعا، و ان المدرك لو كان هو الاجماع أو الارتكاز العقلائي أو قاعده نفى الضرر فعموم الحكم واضح، و أما لو كان المدرك النص فأیضا يفهم العرف عدم الفرق، فكما أيضا لا يفرق بين الضيعه و غيرها فكذلك لا يفرق بين المذكورات. و لا يبعد أن يكون نظر الشيخ أيضا الى ما ذكرنا. نعم لا يجرى في الكلى في الذمه، اذ لا يتصور فيه خيار الرؤيه كما هو ظاهر.

ثم ان في هذه المسأله عدہ اشکالات:

(الاول) أنهم ذكروا و اشترطوا في صحة العقد ذكر ما يتفاوت المبيع بلحاظ ثمنه،

فان الاوصاف الدخيله في اختلاف الثمن لا بد من ذكرها. و أيضا اشترطوا ذكر ما يعتبر ذكره في باب السلم، و الحال أنه فرق بين هذين الضابطين، فان الضابط في باب السلم أوسع دائره من الضابط في المقام، اذ التضيق في باب السلم يوجب عزه الوجود أو تعذره، و أيضا يتعذر في باب السلم استقصاء الصفات بخلاف ما نحن فيه، فكيف يمكن جعل كل من الامرين ضابطا للصحة في المقام. و ادعاء الاجماع عليه مع أنه من الجمع بين المتنافيين.

و الجواب عن هذا الاشكال: ان مرجع الامر الى شىء واحد. و توضيح المدعى: ان الغرر انما ينشأ من الجهل بالصفات الدخيله فى الرغبات بحسب النوع و توجب زياده قيمه و نقصانها. و بعبارة اخرى: الصفات الدخيله فى الرغبات الموجه لاختلاف قيمه الاشياء على ثلاثه أقسام:

القسم الاول- ما يكون قوام الشىء به كالبقره و الحماريه و غيرها من المقومات

دراساتنا من الفقه الجعفرى، ج ٤، ص: ٢٨٤

...

الحقيقه، و مثله ما يكون مقوما عرفيا كالرجوليه و الانوثيه. و يلحق بما ذكر كل صفة دخيله فى عمده قيمه و يكون معتدا به عند العقلاء ككتابه

العبد وقوته و شباب الجاربه و جمالها الى غيرها من الصفات الملحوظه عند العقلاء التي تختلف الرغبات باختلافها.

القسم الثاني- ما يكون دخيلا في اختلاف الرغبات لكن لا بمقدار يعتد به بل بمقدار يصير غير قابل لبروز الخلاف.

القسم الثالث- ما يكون دخيلا في الجهات الشخصيه، ككون هذا الخط خط الوالد، و المعتبر ذكره في العقد او للاطلاع عليه من الخارج.

أما القسم الاول فانه مع الجهل به يتحقق الغرر، و أما القسم الثاني و الثالث فلا يلزم العلم بهما و لا ذكرهما، اذ لا يوجب الجهل بهما الغرر المنهى، فلا- موجب لاشتراط ذكره أو العلم به. و من الظاهر أنه يعتبر في السلم ذكر ما يكون من القسم الاول كما يعتبر في البيع العين الحاضره، و لو فرض تعذر وجوده نلتزم بفساد البيع و لا نبالي، فلا خلاف بين الضابطين.

(الثاني) ان الاوصاف التي يختلف بها الثمن غير محصوره خصوصا في العبيد و الاماء،

و الاحاله على المعظم احاله على المجهول. و أجاب المصنف بأن الميزان في الصحه رفع الغرر العرفي الذي أخص من الغرر الشرعي.

و لا يخفى أنه ليس للغرر حقيقه شرعيه كى يكون تفاوت بين المعنى العرفي و الشرعي، لكن ما أفاده هو الميزان، فانه يلزم رفع الغرر و الخطر اما بالتوصيف و اما بالمشاهده، و لولاه لكان البيع فاسدا لفساد الغرر فلا اشكال.

(الثالث) انه لو كان ذكر الاوصاف بمنزله الرؤيه فلا بد في صحه البيع من رؤيه المبيع و مشاهدته كاملا

دراساتنا من الفقه الجعفري، ج ٤، ص: ٢٨٥

...

مع انهم يكتفون في المشاهده بأقل من هذا المقدار، و الحال أن المدرك واحد و هو لزوم الغرر.

و الجواب: ان الميزان في المشاهده و التوصيف ارتفاع الغرر، و هو يرتفع بمشاهده ما يكون دخيلا في اختلاف الثمن. و بعبارة أخرى: يكفي الاطلاع على مقدار لا يقدم العقلاء في الاقل منه. نعم المسامحات العرفيه لا اعتبار بها كما أن المداقه غير معتبره.

(الرابع) ان الصفات الدخليه لو لم تذكر عند البيع يبطل البيع بلحاظ لزوم الغرر،

و ان ذكر يوجب ذكرها تقييد المبيع و وجوده غير معلوم و هذا الغرر أعظم.

و الجواب: كما عن الشيخ بأنه يرتفع الغرر بذكر الصفات و لا يكون ذكر الصفات موجبا للتقييد بل التقييد غير معقول بالنسبه

الى الجزئى الخارجى.

و ما فى كلام السيد فى الحاشيه من أنه مع حصول العلم يرتفع الغرر مع عدم حصوله لا أثر لذكر الصفات لعدم رفع الغرر، ليس على ما ينبغى، فان الغرر يرتفع بذكر الاوصاف، اذ مرجع ذكر الاوصاف هو الاشتراط، و مع الاشتراط لا غرر، اذ يعلم المشتري بأنه لو لم يكن بالوصف له الخيار.

ان قلت: فما أثر الاشتراط، اذ غرض المشتري أن يحصل العبد الكاتب، و مع الاشتراط ربما لا يصل الى غرضه، فلاشكال باق على حاله.

قلت: أو لا نقض بما يكون البائع عادلاً أو ثقه أو اخبر بكون العين متصفه بصفه كذائيه، فانه لا شبهه فى صحه البيع و مع ذلك لا يطمئن المشتري بوصوله الى غرضه من الاشتهاء، و مجرد حجه قول البائع لا يؤثر فى غرض المشتري.

و ثانياً- عدم وصول المشتري الى غرضه و عدم احرازه هذا المعنى لا يؤثر فى بطلان المعامله و صحتها، بل الميزان فى صحه العقد عدم المجازفه و عدم

دراساتنا من الفقه الجعفرى،

...

الاقدام الخطرى، و هذا المعنى يحصل بالاشتراط.

ان قلت: صحه الاشتراط تتوقف على صحه العقد، و الحال أن صحه العقد تتوقف على صحه الشرط فيلزم الدور.

قلت: هذا الاشكال وارد بالنسبه الى الخيارات الجعليه الشرعيه كخيار المجلس و الحيوان، و أما بالنسبه الى الخيار العرفى فلا، بيان ذلك: ان الخيار الشرعى انما يتحقق فيما يكون العقد صحيحا، فيلزم الدور بالتقريب المتقدم، و أما الخيار العرفى الناشى من الاشتراط يوجب رفع الغرر مع قطع النظر من الشرح، و بهذا الاشتراط يدفع الغرر، و مع امتناعه لا محذور فى شمول دليل الصحه اياه كما هو ظاهر.

ان قلت: ان خيار الرؤيه أيضا جعل تعبدى، فيجرب الاشكال.

قلت: ان الراجع للغرر هو اشتراط الارتكازى و هو موجود فى مورد البحث.

و فى كلام السيد ثلاثه اشكالات فى المقام:

منها- انه لو كان الاشتراط موجبا لصحه العقد فالتقييد أيضا كذلك، فانه اما يوجب بطلان البيع أو يوجب الخيار فلا ضرر.

و منها- أنه يلزم بيع المجهول مع الاشتراط و لا يمكن الالتزام به.

و منها- أنه يلزم الجواز حتى مع عدم الاشتراط لمكان خيار المجلس مطلقا و خيار الحيوان فى خصوصه.

و يرد عليه: ان التقييد غير قابل فى الجزئى الخارجى، و أما الصحه مع خيار المجلس ففيها أنه قد مر آنفا أن الخيار التعبدى لا يوجب الصحه، و أما بيع المجهول فكل مورد يكون الفساد من ناحيه الغرر نلتزم بالصحه بجعل الخيار، و المعيار رفع الخطر، فلو كان الخطر مرتفعا بالخيار نلتزم بالصحه، و أما لو كان الجهل مضرا فهو أمر خارج عن البحث و تابع لدليل الاعتبار.

دراساتنا من الفقه الجعفرى، ج ٤، ص: ٢٨٧

...

(الخامس) ان الشرط لا يتعلق الا بأمر غير اختيارى،

و ظاهر أن كتابه العبد ليست تحت اختياره فكيف يشترط فى

ضمن العقد.

و الجواب: ان الشرط لا يتعلق بالكتابة، بل الشرط عباره عن جعل الخيار عند انكشاف عدم الكتابة، فما أفيد فى الاشكال و ان كان تاما لكن لا ينطبق على ما نحن بصدده.

(السادس) ان العقود تابعه للقصود،

و المفروض أن القصد متعلق بالموصوف بالوصف الكذائى، فلا بد من الالتزام بالفساد عند فقدانه لا الصحة مع الخيار، كما أن الامر كذلك فيما كان الشرط فاسدا، حيث قالوا بأنه مفسد للعقد.

و لا يقاس بمسأله تبعض البيع من حيث الملكيه و عدمها، حيث حكموا بالصحة بالنسبه الى البعض و الفساد بالنسبه الى بعض آخر، اذ الثمن يقسط على أجزاء المبيع و لا يقسط على الشرط، فاللازم القول بالفساد أولا، و على فرض الصحة لا وجه للخيار، و لذا ذهب الأردبيللى الى أن البطلان مقتضى القاعده. و احتمال العلامه البطلان و أجاب عنه بعض. و يحتمل أن يكون صاحب الجواهر بأن الاشتباه ناش من عدم الفرق بين الوصف الكلى و الشخصى و بين الوصف الذاتى و العرضى، و ان المورد من موارد تعارض الوصف و الاشاره مقدمه.

و هذا الجواب كما أفاد الشيخ جزاف، فان بحث تعارض الوصف و الاشاره انما يكون فيما يدور الامر بين أمرين فى مقام الاثبات، كما لو قال المولى «اكرم هذا العالم» و يشير الى زيد الجاهل، فلا ندرى نأخذ بكلامه حيث يدل على وجوب اكرام العالم، أو نأخذ بمقتضى الاشاره حيث تدل على

دراساتنا من الفقه الجعفرى، ج ٤، ص: ٢٨٨

...

وجوب اكرام الجاهل المشار اليه فى الخارج، و فى المقام لا شبهه فى تعلق العقد بهذا العين الخارجيه.

هذا أولا، و ثانيا على فرض صحه ما أفاده فما الوجه فى ثبوت الخيار، اذ معنى تقديم الاشاره أن الوصف لا اعتبار به

عند الإشارة.

و الحق فى الجواب أن يقال: أولاً ان الحق صحه العقد فى مورد الشرط الفاسد، و سنيين حقيقه الحال فى بحث الشرط و نقول بأن فساد الشرط لا يسرى الى العقد، فلا مجال للقول بالفساد فى المقيس عليه فكيف بالمقيس.

و ثانياً- انه لا وجه لهذا القياس، اذ فى المقام لا يكون فاسدا كما هو ظاهر.

و ملخص الكلام ان اشتراط الكتابه فى العين الخارجيه ليس تقييدا اذ لا يعقل تقييد الجزء الخارج، و لا يكون تعليقا اذ التعليق على الصفه العرضيه يبطل البيع، بل معنى الاشتراط كما ذكرنا آنفا عبارته عن جعل الخيار عند عدم الوصف، و لا شبهه فى أن العقد مع الخيار يخرج عن كونه غرريا فيصح و يثبت الخيار، فلا- وجه للبطلان، كما أنه لا وجه للصحح بلا خيار بل القاعده تقتضى الصحه مع الخيار.

ثم ان المشهور فيما بين القوم التخيير بين الرد و الا- مساك مجاناً، و نسب الى ابن ادريس أن له الخيار بين الرد و الامساك بالارش.

و ربما يقال فى وجهه: بأن الضرر يرتفع بكل من الامرين فله الخيار بين الامرين.

وفيه: أولاً ان حديث لا ضرر ليس مدركا للخيار كما مر مفصلاً. و ثانيا على فرض كونه مدركا انما يقتضى عدم لزوم العقد لا جواز استرداد الارش، حيث أن القاعده لا تقتضى ثبوت أمر بل مقتضاها النفى.

دراساتنا من الفقه الجعفرى، ج ٤، ص: ٢٨٩

قوله: مسأله الاكثر على ان خيار الرؤيه فوري (١).

قوله: مسأله يسقط هذا الخيار بترك المبادره عرفا (٢).

و الحق ما عليه المشهور، فان الوصف لو كان وصفا عرضيا يكون الخيار بين الرد و الارش بمقتضى دليل خيار العيب لا خيار الرؤيه، و أما لو لم يكن كذلك

فلا دليل لثبوت الارش، بل الثابت بمقتضى خيار الشرط و النص الخاص جواز الرد أو الامساك مجانا. ثم ان تشخيص الوصف الذاتى الذى يدور عليه صحه العقد و بطلانه و العرضى الذى يكون مدارا للخيار هو العرف.

[مسأله الأكثر على أن خيار الرؤيه فوري]

أقول: ذهب الاكثر الى أن خيار الرؤيه فوري، بل عن ظاهر التذكرة عدم الخلاف بين المسلمين الامن احمد.

و الذى ينبغى أن يقال فى المقام: ان دليل الخيار لو كان هو الاجماع لا يدل الاعلى المقدمار المتيقن و فى الزائد منه يرجع الى عموم وجوب الوفاء، و لا مجال للاستصحاب مع وجود الاماره، مضافا الى أنه شك فى المقتضى، و لا يجرى عند من يشترط فى جريانه احراز المقتضى و معارضته بأصالة عدم الجعل. و أما لو كان المدرك دليل لا ضرر فمع بقاء الضرر يبقى الخيار بقاء موضوعه، و مع انتفائه فى الان الثانى لا مقتضى لبقائه. و أما لو كان المدرك النص - كما هو الحق - فمقتضى اطلاقه بقاء الخيار الى الاخر، كما أن مقتضى الشرط الارتكازى كذلك.

و لا- مجال أن يقال: ان المستفاد من النص محدوديه الخيار بزمان الرؤيه فكما ان الخيار فى خيار المجلس محدود بالرؤيه، فكذلك فى المقام محدود بزمان الرؤيه، فان هذا التعريف فاسد و مناف لإطلاق الدليل فلاحظ. فالحق كما أفاده الاستاذ فى منهاجه بأن الاقرب هو التراخى.

[مسأله يسقط هذا الخيار بترك المبادره عرفا]

أفاد الشيخ بأنه يسقط هذا الخيار بترك المبادره عرفا. و لا يخفى أن

دراساتنا من الفقه الجعفرى، ج ٤، ص: ٢٩٠

...

ما أفاده مبنى على كون هذا الخيار فوريا، و عليه يكون اطلاق المسقط عليه بالمسامحه، اذ بقاء ينتهى أمده لا انه يسقط، مضافا الى أنه قد مر آنفا ان الحق انه ليس فوريا و يسقط بالاسقاط بعد الرؤيه.

و هذا لا شبهه فيه، و هل يسقط بالتصرف بعدها أم لا، قد مر أن التصرف بما هو تصرف ليس مسقطا على القاعده، و لا بد من قيام دليل خاص عليه. نعم لو قصد به الاسقاط يسقط،

فانه يسقط بكل ما يكون مسقطا خارجا و لو بمعونه القرينه. و لو تصرف فيها قبل الرؤيه فأفاد الشيخ بأن فيه وجوها ثلاثه:

الاول- انه مسقط مطلقا. و الوجه فيه أن التصرف مسقط تعبدى، و استفيد هذا المعنى من أدله سقوط خيار الحيوان بالتصرف.

و فيه: انه قد مر أن الدليل يختص بمورده، و لا وجه للتعدى مضافا الى أن الخيار لو حدث بعد الرؤيه، فلا موضوع له قبلها.

الثانى- ان التصرف لا يكون كاشفا، فلا يكون مسقطا مطلقا.

و فيه: ان الاشكال لو كان بهذا المقدار يمكن دفعه بأن النص ربما يكون كاشفا.

الثالث- ما فى المتن من الابتداء على جواز الاسقاط قبل الرؤيه. و هذا هو الحق، و هل يجوز اسقاطه قبل الرؤيه أم لا؟ لو قلنا بأن مدرك الخيار الشرط الارتكازى فلا مانع من الاسقاط قبل الرؤيه، لان الخيار موجود بالشرط قبلها، بل يجوز حتى على القول بثبوتها بعدها، لما مر منا أنه بالشرط يثبت حق للشارط، و له أن يسقط عقد الشرطى.

و أما لو قلنا بأن المدرك النص فلا يبعد أن يقال: بأن المستفاد منه ثبوت الخيار قبلها. بتقريب أن تناسب الحكم و الموضوع يقتضى ثبوتها، و ذلك لان

دراساتنا من الفقه الجعفرى، ج ٤، ص: ٢٩١

...

المنشأ للخيار عدم الرؤيه و هو سبب للخيار و الرؤيه المتأخره طريق اليه، و لذا نلتزم بثبوتها الواقعى و لو مع عدم الرؤيه.

و أما لو نوقش فى هذا التقريب و قيل بأنه خلاف ظاهر الدليل و لا أقل من الاجمال، فيشكل الاسقاط لا من باب أنه اسقاط ما لم يجب، فإنه قد مر بأنه لا ضير فيه، بل لعدم دليل صالح يقتضى جواز اسقاطه قبل أو ان تحققه. و كل ذلك قد

مر فى المباحثه المتقدمه.

ثم أنه هل يجوز اسقاط هذا الخيار فى ضمن العقد؟ الاقوال فى المسأله ثلاثه:

الاول- ان هذا الشرط فاسد و مفسد للعقد، هذا القول منسوب الى علامه و جماعه.

الثانى- ان كليهما صحيح، و هذا القول منسوب الى النهايه و بعض.

الثالث- ان الشرط فاسد و العقد صحيح.

و استدل على القول الاول: بأن اشتراط السقوط فى ضمن العقد يوجب غرريه العقد فيبطل العقد و الشرط، و لا بد فى المقام من التفصيل بأن نقول: ان الغرر قد يرتفع بغير اشتراط الخيار، كما لو علم بوصف المبيع أو قام عليه بينه شرعيه، فلا يكون اسقاط الخيار موجبا للغرر، و أما لو كان طريق رفع الغرر بالاشتراط فالحق كما أفيد.

ان قلت: ان الخيار حكم شرعى و لا يرفع به الغرر و الا لكان بيع كل مجهول جائزا بالخيار.

قلت: لا- منافاه بين كونه صحيحا شرعيا و بين كونه رافعا للغرر، اذ الحكم بالخيار فيما يشترط الخيار ليس حكما تأسيسيا بل حكما امضائيا مع قطع النظر

دراساتنا من الفقه الجعفرى، ج ٤، ص: ٢٩٢

...

عن الحكم الشرعى.

و أما ما أفيد فى الاشكال: من انه يلزم جواز بيع كل مجهول مع جعل الخيار فقد مر الجواب عنه و قلنا لا نبالى بما ذكر، فان كل مجهول يوجب الغرر، و كان وجه فساد من ناحيه الغرر نلتزم بأنه يرتفع بجعل الخيار.

فانقدح أنه لا يجوز اشتراط سقوط الخيار من جهه استلزامه الغرر، و أما من ناحيه اسقاط ما لم يجب فلا يتوجه الاشكال، لان مرجع سقوط الخيار الى عدم الاشتراط. نعم بالنسبه الى الخيار الشرعى التعبدى المستفاد من النص فاشكال اسقاط ما لم يجب يجرى فيه، و قد مر أنه ليس فيه اشكال من ناحيه

التعليق لكن الاشكال فيه من ناحيه عدم الدليل على اسقاطه قبل أو انه بحاله، فانه لا دليل على جواز اسقاط كل حق فى كل زمان حتى قبل ظرف ذلك الحق.

فانقدح بما ذكرنا: ان الحق بطلان العقد و الشرط. و أما القول بصحة العقد و الشرط بدعوى أن الخيار لا يؤثر فى صحة العقد فلا- وجه لبطلانه باشتراط سقوطه فالعقد صحيح، و حيث أنه يجوز اشتراط سقوط الخيار- لان لكل ذى حق اسقاط حقه- فالشرط صحيح أيضا.

فيرد فيه: ان صحة العقد ربما تتوقف على جعل الخيار كما بينا، و على فرض صحة العقد لا وجه لصحة الشرط لعدم المقتضى كما ذكره.

و أيضا ظهر أن ما أفيد من صحة العقد و فساد الشرط غير تام بالنسبه الى صحة العقد، و أما بالنسبه الى فساد الشرط فالحق كما أفيد، اذ الكلام فى المقتضى فانه لم يثبت أن ذا الحق يمكنه شرعا اسقاط الحق قبل أو ان الحق.

ان قلت: كيف يكون اشتراط سقوط الخيار موجبا للبطلان و الحال أن التبرى من العيوب لا يوجب فساد العقد، و الحال أن الغرر الحاصل بالعيب

دراساتنا من الفقه الجعفرى، ج ٤، ص: ٢٩٣

قوله: مسأله لا يسقط هذا الخيار ببذل التفاوت و لا بابدال العين. (١)

أعظم من الغرر الناشئ من صفه الكمال.

قلت: أولا- التبرى من العيوب انما يجوز فيما تكون الاماره المعتمره على الصحه بحيث ينسد باب احتمال الغرر و الخطر. و ثانيا على فرض تسلمه نقول:

مقتضى القاعده هو الفساد فى كلا الموردين، غايه الامر بواسطه دلالة الدليل نرفع اليد فى مورد التبرى و نلتزم بالصحه، اذ ليس الحكم بالفساد حكما عقليا غير قابل لان يخصص، و الحكم بالفساد فى غير ذلك المورد و ليس هذا بعزيز.

[مسأله لا يسقط هذا الخيار ببذل التفاوت و لا بإبدال العين]

أقول: لا- يسقط هذا الخيار ببذل التفاوت و بتبديل المبيع بغيره، فانه لا وجه لسقوطه، أعم من أن يكون المدرك له الشرط الارتكازى أو النص الخاص و الوجه فيه ظاهر.

ثم ان الشيخ أفاد بأنه لو شرط الابدال فى صورته ظهور المبيع على خلاف الوصف، ففى الدروس الاقرب الفساد.

لا يخفى ان اشتراط الابدال اما يكون بنحو شرط الفعل و اما يكون بنحو شرط النتيجة، أما على الاول فالظاهر أنه لا مانع منه، فان الابدال أمر جائز و يلزم بالشرط و لو امتنع منه يجبر من قبل الحاكم، بل يجوز له أن يتصدى له لأنه ولى الممتنع، و على فرض عدم امكان الاجبار و التصدى مباشره يثبت للمشتري خيار تخلف الشرط فلا موجب للفساد لا من ناحيه الغرر كما هو ظاهر و لا من ناحيه الشرط. و الحاصل ان شرط الابدال مرجعه الى اشتراط عقد جديد واقع بين البائع و المشتري، و واضح أنه لا اشكال فيه. و هذا يتصور بنحوين: أحدهما تبديل المبيع بعين أخرى، ثانيهما تبديل الثمن بثمان آخر أقل. و كلاهما جائزان بلا اشكال.

دراساتنا من الفقه الجعفرى، ج ٤، ص: ٢٩٤

...

و أما على الثانى فيشكل بأن شرط النتيجة ان كان معناه حصول المبادله عند ظهور الخلاف بلا سبب و بنفسه فلا دليل على صحته بل الدليل قائم على فساده لان الشرط يلزم أن يتعلق بأمر جائز شرعا، و التبديل بغير السبب غير شرعى، و ان كان معناه جعل التبديل فعلا بنحو التعليق فأیضا غير جائز، اذ التعليق فى المعاوضه أمر فاسد شرعا.

لا يقال: لا اشكال فى التعليق اذا وقع فى حيز الشرط.

فانه يقال: الشرط غير شرعى، و لا بد أن يكون المتعلق للشرط أمرا جائزا

فى حد نفسه فىلزم بالشرط، و المفروض أن المعاوضه التعليقيه أمر غير جائز.

هذا كله فيما يكون المقصود تبديل العين بعين أخرى، و ان كان المقصود تبديل الثمن مرجعه الى انفساخ المعامله و إنشاء عقد جديد و يكون الاشكال فى هذا الفرض أوضح و أقوى كما هو ظاهر.

و بما ذكرنا ظهر أن ما أفاده الاستاذ دام ظله فى المقام كما فى التقرير ليس على ما ينبغى، فانه أفاد فى المقام ان الاشكال المتصور فى المقام ثلاثه:

الاول- اشكال التعليق. و حيث ان المدرك هو الاجماع فلا يشمل المقام.

الثانى- ان العقد و التبديل كيف يمكن أن يتحقق بالشرط. و فيه ان التعويض ليس من الامور التى يكون له سبب خاص كالطلاق.

الثالث- لزوم الغرر. و فيه أنه لا غرر من ناحيه هذا الشرط و قد ظهر بما قدمناه ان الاشكال من ناحيه أخرى، و هو أن الشرط لا يكون شرعا. و أيضا ظهر بما ذكرنا فساد ما أفاده السيد من أن هذا التعويض ليس مبيعا كى يشترط.

و أما المقام الثانى و هو شرط الابدال فهو أيضا اما أن يكون بنحو شرط

دراساتنا من الفقه الجعفرى، ج ٤، ص: ٢٩٥

...

الفعل و اما أن يكون بنحو شرط النتيجة، فالصور أربع:

(الصوره الاولى) أن يشترط المشتري على البائع بأنه لو ظهر المبيع على خلاف الوصف يبدل العين بغيرها. و الظاهر أنه لا اشكال فيه من أى ناحيه، فان المعاوضه أمر جائز وضعاً و تكليفاً و يلزم بالشرط.

(الصوره الثانیه) أن يشترط المشتري على البائع ابدال الثمن بغيره، و معناه أنه اذا استقاله المشتري يقيله و يعاوض معه معاوضه جديده. و هذا أيضا لا اشكال فيه من ناحيه كما هو ظاهر.

(الصوره الثالثه) أن يشترط المشتري على البائع

اببدال العين بغيرها بنحو شرط النتيجة، و ما يتصور فيه من الاشكال امور: الاول انه تعليق اذ مرجعه الى تعليق العقد على ظهور الخلاف مثلا كالوجوب المشروط فى التكليفات و كالموضيعه التمليكيه فى الوضعيات. و يذب هذا الاشكال بأن اشكال التعليق فى العقود ليس الا من ناحيه الاجماع، و فيما يكون بنحو الاشتراط فى ضمن العقد لا يكون مشمولاً للإجماع ان لم يكن خلافه مجمعا عليه. نعم قد علم من الشرع أنه لا يجوز فى بعض العقود تعليق مفاد العقد على أمر استقبالي، كالزوجه مثلا فانه لا يجوز تزويج المرأه من الشهر الآتى و أما مثل البيع فلا.

الثانى - انه كيف يمكن ايجاب العقد بالشرط. و يذب أيضا هذا الاشكال بأن بعض العقود و الايقاعات مرهونه فى مقام الانشاء بمبرز خاص كالطلاق مثلا- فانه لا يتحقق بكل مبرز و لا بكل لفظ، و أما جميع العقود فليس الامر فيها كذلك. نعم لو قلنا بأن البيع يحتاج الى مبرز خاص و لفظ مخصوص يشكل الامر.

ان قلت: هذا ليس يباع بل معاوضه مستقله كما فى حاشيه السيد، و التعويض

دراساتنا من الفقه الجعفرى، ج ٤، ص: ٢٩٦

...

بغير العناوين الخاصه لا يحتاج الى لفظ خاص.

قلت: لا نتصور هذا المعنى و لا دليل على صحه هذا المدعى، فان مقتضى قوله تعالى «لَا تَأْكُلُوا» الى قوله «إِلَّا أَنْ تَكُونَ تِجَارَةً عَنْ تَرَاضٍ» ان تملك مال الغير لا يجوز الا بالتجاره، و قد ذكرنا فى بعض الابحاث المتقدمه ان التجاره اما تكون عباره عن البيع و اما تكون مجمله، و على كلا التقديرين شمولها لغير البيع اما ممنوع و أما مشكوك فيه. و مما ذكرنا ظهر الاشكال فى مقاله السيد، و هذا الذى ذكرنا

موضوع أساسى تترتب عليه آثار.

الثالث- انه يوجب الغرر. و فيه انه لا- وجه للغريه، فانه لو لم يكن رافعا للغرر لا يكون غررا، اما بالنسبه الى المشتري فانه يعلم بأن المبيع اما كاتب و اما غير كاتب، أما على الاول فيدخل الكاتب فى ملكه، و أما على الثانى فيعلم بأنه يدخل فى مقابل غير الكاتب فى ملكه عبد كاتب، و أما بالنسبه الى البائع فانه مع جهله بالموضوع يكون المعامله غرريه بالنسبه اليه من الاول، و ان لم يكن جاهلا- فهذا الشرط لا- يوجب غررا بالنسبه اليه، بل يمكن أن يتصور عدم الغرر بالنسبه اليه حتى مع الجهل، بأن يعلم أن المقدار المأخوذ من الثمن يرى العبد الكاتب فيعلم بأنه لا خطر عليه على كل تقدير.

(الصوره الرابعه) أن يشترط المشتري على البائع بنحو الشرط النتيجة بتبديل الثمن بغيره، و مرجع هذا الاشرط الى اشترط الانفساخ عند ظهور الخلاف و معامله أخرى.

و الاشكالات المتصوره فى الصوره المتقدمه جاريه فى المقام مع اجوبتها.

و لسيدنا الاستاذ اشكال فى المقام من ناحيه أخرى، و هى: ان لازم الفسخ فى ضمن العقد احد الامرين و كلاهما باطلان: احدهما التناقض، ثانيهما تحديد

دراساتنا من الفقه الجعفرى، ج ٤، ص: ٢٩٧

...

الملكيه فى البيع. بيان ذلك: ان الفسخ فى ضمن العقد رفع للملكيه، فلو قصد البيع بماله من المعنى العرفى - أى الملكيه الدائمه- يكون الفسخ مناقضا له و لو قصد التمليك الى حين الفسخ يكون خلاف معنى البيع. نعم لا مانع من الفسخ فى ضمن عقد آخر. هذا ملخص اشكاله، و فى كلامه مواضع للنظر:

الاول- انه لا فرق من هذه الجبهه بين أن يكون شرط الفسخ فى ضمن هذا العقد و بين أن يكون فى

ضمن غيره من العقود، فلو باع بنفسه داره من زيد و في ذلك الوقت شرط و كيله انفساخ هذا البيع في ضمن عقد أوقعه مع وكيل المشتري يجرى الاشكال بعينه بلا فرق.

الثاني- ان ما أفاده ينافى ما أفاده في حقيقه جعل الخيار، حيث قال: معنى جعل الخيار للبيع. الى قوله: فسخت فانه يستلزم التحديد في التمليك.

الثالث- و هي العمده انه تاره يوقع البيع و في ذلك الزمان يفسخ بحيث يقارن زمان الملكيه و الانفساخ، و أخرى يكون زمان الانفساخ متأخرا عن زمان البيع. أما على الاول فلا يمكن، اذ معناه الجمع بين المتناقضين، و اما لو كان زمان الانفساخ متأخرا عن الملكيه الحاصله من البيع فلا يتوجه محذور، اذ الفسخ معناه رفع الملكيه الثابته، و لا منافاه بين الامرين عند التأمل.

ثم ان في المقام كلاما لصاحب الحدائق في الرد على الشهيد، حيث أن الشهيد أفاد بأنه لو شرط الابدال يكون الشرط فاسدا فيكون مفسدا. فأورد عليه في الحدائق: بأنه لا وجه لحكمه بالفساد مطلقا، بل فيما ظهر المبيع موصوفا يصح لدلاله الاخبار على الصحة، و أما في صورته الخلاف يفسد لفساد الشرط اذ مقتضى الاخبار ثبوت الخيار و اشتراط سقوطه يكون فاسدا لمخالفته مع السنه و مع فساده يكون مفسدا للعقد. و شرط الابدال لا يكون جابرا لظهور مخالفته

دراساتنا من الفقه الجعفري، ج ٤، ص: ٢٩٨

...

المبيع الوصف، اذ المفروض أنه شرط سقوط الخيار. و هذا الشرط مخالف للنص الدال على الخيار، فيكون فاسدا فيكون مفسدا.

و لا يخفى أن ما أفاده الشهيد من البطلان معللا بكونه غررا و تكليفا و ليس للإبدال سبب الا الشرط الضمني و الحال أن الابدال له سبب خاص، فقد مر الجواب عنه.

و

أما صاحب الحدائق فان كان ناظرا الى أن العقد صحيح، مع ظهور الوصف لان المعلق عليه موجود، ففيه أنه يلزم التعليق في البيع، و هو باطل، مضافا الى أنه في صورته الخلاف يلزم البطلان لانتفاء المعلق عليه، و الحال أن ظاهر كلامه تعليل الفساد بفساد الشرط. و ان كان من جهة فساد الشرط و ناظرا بأن شرط الفاسد مفسد، فيرد عليه أن الشرط الفاسد اذا كان مفسدا لا يفرق فيه بين حصول ما عليه الشرط و بين غيره، مضافا الى ان اشتراط الاسقاط ليس مخالفا للسنة.

و أما في كلام الاستاذ من أن حق الخيار حق قابل للإسقاط. ففيه ان الاشكال من ناحيه أن اسقاطه قبل أو ان وقته بحاله، كما أن ما أفاده من أن شرط سقوط الخيار منصوص، فقد مر أن النص «١» مخصوص بمورده و لا وجه للتعدي.

و الحاصل: ما أفاده الشهيد لوجه بطلان الشرط فقد مر الجواب عنه، و قلنا:

ان شيئا من المذكورات لا يكون موجبا للفساد.

و أما ما أفاده صاحب الحدائق فان كان نظره في الحكم بالصحة في صورته وجود الوصف تحقق المعلق عليه، فيرد عليه أن التعليق يوجب البطلان مضافا الى أن لزمه بطلان العقد في صورته الفقدان. و ان كان نظره الى كون الشرط الفاسد مفسدا، فمضافا الى أنه ليس تاما في حد نفسه، يرد عليه أن الشرط الفاسد على القول بالافساد يكون مفسدا مطلقا، و لا يختلف باختلاف التقدير و لا

(١) الوسائل الباب (١١) من ابواب المكاتبه.

دراساتنا من الفقه الجعفري، ج ٤، ص: ٢٩٩

قوله: مسأله الظاهر ثبوت خيار الرؤيه في كل عقد واقع على عين شخصيه موصوفه (١).

يفرق بين الصوره. مثلا لو اشترط في ضمن العقد شرب الخمر على تقدير

مجىء زيد، يكون هذا الشرط مفسدا للعقد أعم من مجىء زيد و عدمه.

و أيضا يرد عليه: ان كون الشرط فاسدا مبنى على كون المدرك النص، و أما عند من يكون المدرك للخيار الشرط الارتكازى فلا يتم البيان. فلاحظ.

أضف الى ذلك كله أن شرط الابدال شرط لفسخ العقد، فأى تناف بينه و بين الخيار، بل مؤكدا للخيار فان الفسخ بعد العقد من آثار الخيار لا من آثار عدمه.

و أما ما أفاده الاستاذ من أن اسقاط الخيار أمر جائز فلا يكون خلافا للسنه.

ففيه أن الكلام فى المقتضى، اذ قبل أو انه لا دليل لصحة الاسقاط. اللهم الا أن لا يكون نظر صاحب الحدائق الى هذا الوجه.

و أما ما أفاده من أنه منصوص، ففيه ان النص مخصوص بمورده.

ثم ان اشتراط تبديل الثمن يمكن أن يكون المراد منه تبديله بأقل منه، و قد ظهر الوجه فى صحته و ما يتوجه عليه و ما يجاب به مما ذكرنا فلا وجه للإعاده.

[مسألة الظاهر ثبوت خيار الرؤية فى كل عقد واقع على عين شخصيه موصوفه]

أقول: هل خيار الرؤية يختص بالبيع أو يجرى فى غيره من العقود أيضا؟ أفاد الشيخ قدس سره بأن الظاهر ثبوته فى كل عقد، لأنه مع ظهور الخلاف اما يحكم بالبطلان كما عليه الشهيد و اما يحكم بالصحة بلا خيار، لكن الاول خلاف طريقه الفقهاء و الثانى لا مقتضى له، لان عدم الوفاء عند عدم الوصف لا يكون على خلاف وجوب الوفاء، فلا مقتضى لوجوب الوفاء.

و فيه: انه ليس دليل وجوب الوفاء منحصرًا بآيه «أَوْفُوا»، بل مقتضى الاستصحاب بقاء الملكيه عند الشك فى صحة الفسخ. مضافا الى أن الظاهر من

دراساتنا من الفقه الجعفرى، ج ٤، ص: ٣٠٠

قوله: لو اختلفا فقال البائع لم يختلف صفه و قال المشتري قد اختلف (١).

قوله: لو نسج

بعض الثوب فاشتره على أن ينسج الباقي كأول بطل (٢).

كلامه أن العقد معلق على الوصف.

و فيه: انه يلزم البطلان للتعليق، مضافا الى أن لازمه عند ظهور الخلاف البطلان لا الصحة مع الخيار.

و الحق أن يقال: ان المدرك للخيار لو كان هو النص الخاص فلا وجه لثبوته في غير البيع لعدم المقتضى، و حيث أن النص مدرك كما مر فلا مجال لتسريته من هذه الجهة، لكن الذى يهون الخطب أن الشرط الارتكازى موجود فى كليه الموارد فالخيار موجود.

[لو اختلفا فقال البائع لم يختلف صفه و قال المشتري قد اختلف]

اقول: الظاهر أن القول قول البائع، اذ المشتري يعترف بأن العقد وقع على العين الشخصيه الخارجيه و يدعى الخيار، و الاصل عدمه.

و لا- فرق بين أن يكون الاختلاف بينهما بين أن يدعى المشتري أنى اشترت العبد على أن يكون كاتباً و بين أن يدعى انى اشترت العبد الكاتب، بأن يقال فى الاول القول قول البائع و فى الثانى القول قول المشتري، بتقريب أن البيع فى الثانى مركزه المقيد فالاختلاف بينهما فى المبيع، و الاصل عدم وقوعه على غير المقيد. و لا يعارضه أصاله عدم وقوعه على المقيد، لأنه لا يثبت وقوعه على المطلق الا على نحو الاثبات، فان هذا البيان و الفرق فاسد، اذ لا- شبهه فى وقوع البيع على العين الشخصيه باعتراف المشتري، و الكلام فى أمر زائد و الاصل عدمه.

[لو نسج بعض الثوب فاشتره على أن ينسج الباقي كأول بطل]

أقول: نسب الى المبسوط و العلامه و جمله من الاعلام، و استدل على

دراساتنا من الفقه الجعفرى، ج ٤، ص: ٣٠١

قوله: السابع خيار العيب (١).

المنع بأن بعض المبيع حاضر و بعضه فى الذمه مجهول.

و لتوضيح الحال ينبغى ذكر الاقسام المتصوره و بيان الحال فيها، فنقول:

تاره يبيع ما يكون بعضه منسوخا بعنوان المنسوخ و البيع يقع على المنسوج الخارجى - أى ما ينسج بعد ذلك - فربما يقال بأنه باطل من جهه أنه معدوم، لكن يمكن أن يقال بأن البيع أمر اعتبارى و الملكيه قابله لان تتعلق بأمر يوجد بعد ذلك، لكن حيث أن المنسوجه صورته نوعيه عرفيه و البيع يقع على الصوره النوعيه العرفيه فلا يصح البيع لأنه داخل فى بيع ما ليس عنده.

و أخرى يبيع المنسوج و غير المنسوج و يشترط نسج الباقي على عنوان الاول، فالبيع صحيح. و فى صورته عدم النسج يثبت

الوصف و الشرط.

و ثالثه يبيع مع المنسوج الشخصى مقدارا كليا على أن ينسجه على هذا المنوال، فلو لم ينسجه يثبت للمشتري خيار تخلف الشرط.

و رابعه يبيع مقدارا شخصا منسوجا مع مقدار كلى منسوج على هذا المنوال. ففي هذه الصورة لو لم ينسجه فقد أفاد الشيخ بأن للمشتري خيار تبعض الصفقه، و الحال أنه ليس الامر كذلك، بل للمشتري أن يطالبه بتسليم ما اشتراه منه، و مع التعذر يثبت له خيار التخلف.

[القسم السابع خيار العيب]

اشاره

أقول: أفاد الشيخ بأن اطلاق العقد يقتضى وقوعه مبنيا على سلامه العين، و انما ترك اشتراطه صريحا اعتمادا على أصاله السلامه. لا يخفى أن الغرض النوعى من المعامله التحفظ على المالىه، و من الظاهر أن وصف الصحه من أهم ما يختلف به مالىه الشىء، فعليه لو بيع عين مع الشك فى صحته و عيبه

دراساتنا من الفقه الجعفرى، ج ٤، ص: ٣٠٢

...

يكون البيع باطلا لكونه غرريا.

و ربما يتمسك فى رفع هذا الاشكال بأصاله السلامه كما فى كلام الشيخ، و لا بد من أن يتأمل فى هذا الوجه، فانه ان كان المراد منها الاستصحاب ففيه أن الاستصحاب و ان كان من الامارات لكن لا يكون مثبتا، و حيث ان الاثر يترتب على احراز عدم الخطر و الاستصحاب لا يوجب رفع الشك النفسانى، فالغرر بحاله.

و أما فى كلام الاستاذ بأنه يمكن أن العين وجدت من أول الامر معيبا فلا مجال لاستصحاب الصحه. فيرد فيه ان استصحاب عدم كونه معيوباً بالعدم الازلى لا مانع منه، الا أن يقال لا بد من احراز الصحه و لا يثبت الصحه بعدم العيب. فلاحظ.

و ربما يتمسك بالغلبه، و فيه أنه على فرض التسليم لا يورث الا الظن الذى لا يغنى من الحق شيئا.

ربما يتمسك ببناء العقلاء، و لكن الظاهر أنه ليس بناء منهم بحيث مع قطع النظر عن العلم الخارجى أو الاطمينان أو الشرط الارتكازى يكون لهم بناء على هذا الامر، و لا أقل من الشك فلا يثبت، فعليه نقول: المراد بالاصل المذكور الظاهر أنه عبارته عن الارتكاز و الاشتراط. و قد مر أن هذا الشرط رافع للغرر.

و الحاصل ان البائع لو لم يتبرأ من العيب و لم يقيد المبيع بالعيب فالاطلاق يقتضى أن يكون صحيحا، فليس المراد من الاطلاق عدم التقييد بالصحيح كى يقال عدم التقييد بالصحة لا يقتضى الصحة.

و أيضا لا يتوجه الايراد بأنه لو كان هذا الانصراف صحيحا و تماما فلما ذا

دراساتنا من الفقه الجعفرى، ج ٤، ص: ٣٠٣

قوله: مسأله ظهور العيب فى المبيع يوجب تسلط المشتري على الرد و اخذ الارش (١).

لا- يلتزمون به فى الايمان و النذور، فانهم يكتفون بالفرد المعيب. و أيضا لا يتوجه الايراد بأن الجزء الحقيقى غير قابل للتقييد، كما أن الايراد بأن مقتضاه البطلان مع فقدان صفه الصحة، فان هذه الاشكالات كلها مرتفعه.

ثم ان اشتراط الصحة فى متن العقد يوجب تأكيد خيار العيب أو يكون موجبا لثبوت خيار آخر غير خيار العيب. أفاد الشيخ تبعا لتصريح جماعه فى كلامهم أنه تأكيد لا تأسيس، و جعل ما رواه «١» يونس مؤيدا لما أفاده و اختاره حيث استظهر من الروايه أن الخيار هو خيار العيب و ان اشترط بكاره الامه.

[مسأله ظهور العيب فى المبيع يوجب تسلط المشتري على الرد و أخذ الأرش]

اشاره

أقول: لا شبهه فى أن ظهور العيب فى السلعه يوجب جواز الرد و أخذ الارش فى الجمله بمقتضى الاجماع و الاخبار الوارده فى الابواب المتفرقه.

انما الاشكال فى أن جواز أخذ الارش فى عرض جواز الرد بحيث يكون ذو الخيار مخيرا بين

أحد الامرين أو يختص أخذ الارش بمن لا يكون له الرد فلا يكون أخذ الارش في عرض جواز الرد.

و ما يمكن أن يستدل به على التخيير بين الامرين أمور:

(منها) ما عن الفقه الرضوي «٢»:

فان خرج في السلعه عيب و علم المشتري فالخيار له ان شاء رد و ان شاء اخذه اورد عليه بالقيمه ارش العيب. باحتمال زياده الهمزه و يكون العطف بالواو، فتدل الروايه على التخيير بين الامرين.

و فيه: أولا ان الروايه ضعيفه سندا، بل لم يعلم كون هذا الكتاب كتاب روايه. و ثانيا انه لا دليل على زياده الهمزه.

(١) المستدرک الباب ١٢ من ابواب الخيار الا فيما يكون المردود من عين الثمن.

(٢) الوسائل ج ١٢ الباب ٦ من ابواب احكام العيوب الحديث ١.

دراساتنا من الفقه الجعفري، ج ٤، ص: ٣٠٤

(و منها) أن يقال بأن أخبار الرد مطلقه بالنسبه الى تمام الثمن المنطبق على الفسخ و الى رد جزء منه المنطبق على أخذ الارش.

و يرد فيه: أولا- ان هذا خلاف ظاهر أخبار الرد، فان ظاهرها رد تمام الثمن.

و ثانيا- ان هذا البيان يتم لو كان الرد في الارش من عين الثمن، و الحال أنه ليس الرد من العين لازما و لا يصدق الرد.

و ثالثا- مال من الروايات على التفكيك بين الرد و الارش، بأنه لو كان الشئ قائما بعينه يرى و ان كان غير قائم بعينه يأخذ الارش، فان القسمه قاطع للشركه، و من تلك الروايات ما روى عن احدهما الى أن قال: ان كان الشئ قائما بعينه رده على صاحبه و أخذ الثمن و ان كان الثوب قد قطع أو خط أو صبغ يرجع بنقصان العيب. و لكن الروايه مرسله فغير قابله للاستناد.

(و منها) ان الخيار معلول للعيب،

فلو كان المبيع معييا يثبت للمشتري الخيار بين الامرين، و لكن حيث أن حق الرد ضعيف يسقط بالتصرف فيبقى الخيار بالنسبه الى الارش. و هذا التقريب و ان كان ممكنا ثبوتا و لكن لا دليل عليه اثباتا.

(و منها) أن الاستفادة من الروايات أن الارش يثبت بالتصرف،

أعم من أن يكون التصرف قبل العلم بالعيب و بعده، و العرف يستبعد أن يكون الوطى مثلا موجبا لثبوت حق آخر.

و بعبارة أخرى: مناسبة الحكم و الموضوع يقتضى أن يكون حق الرد عرض أخذ الارش، غاية الامر بالتصرف يسقط الاول و بقى الثانى، و الا يلزم أن يكون الزام الارش متوقفا على اختيار ذى الخيار، بأن يطالب من عليه الخيار

دراساتنا من الفقه الجعفرى، ج ٤، ص: ٣٠٥

قوله: ثم ان فى كون ظهور العيب مثبتا للخيار أو كاشفا عنه ما تقدم فى خيار الغبن (١).

بالارش و بعد اعتذاره بعدم وقوع التصرف يلزم بالارش و فيه ان هذا مجرد استحسان.

[ثم إن فى كون ظهور العيب مثبتا للخيار أو كاشفا عنه ما تقدم فى خيار الغبن]

أقول: لا- يبعد أن يقال بأن المتفاهم عند العرف أن الميزان بنفس العيب و العلم و الظهور طريق، فانه وقع فى جملة النصوص، و ظاهرها يقتضى دوران الخيار مداره، لكن العلم ليس كبقية القيود بحيث يفهم منه الموضوعيه بل الظاهر بحسب الفهم العرفى الطريقيه. هذا فيما يكون المدرك لهذا الخيار النص، و أما على تقدير كون المدرك الشرط الارتكازى فالامر أوضح. هذا أولا و ثانيا يمكن أن يستدل للمدعى ببعض نصوص الباب، منها ما رواه ابن سنان عن أبى عبد الله عليه السلام قال على عليه السلام: لا يرد الجارية التى ليست بحبلى اذا وطئها صاحبها و يوضع عنه من ثمنها بقدر عيب ان كان فيها «١».

و أيضا ما رواه زراره عن أبى جعفر عليه السلام قال: كان على بن الحسين عليه السلام لا يرد الجارية التى ليست بحبلى اذا وطئها و كان يضع له من ثمنها بقدر عيبها «٢».

و ما رواه محمد بن مىسر عن أبى عبد الله عليه السلام قال: كان على عليه السلام لا يرد

الجاريه بعيب اذا وطئت و لكن يرجع بقيمه العيب ... «٣».

فان المستفاد من هذه الروايات أن الميزان بنفس العيب.

و أما ما فى كلام الاستاذ دام ظله من أنه يفهم من هذه الطائفة الاطلاق- أى عدم الفرق بين قبل الظهور و بعده- و أنه فى قوه أن يقال: ان المعيب يرد قبل الوطاء و يؤخذ الارش له بعد الوطاء، و لا وجه للتقييد بما قيد بالعلم و الظهور لان حمل المطلق على المقيد فى المثبتين على خلاف القاعده. مخدوش بأن

(١) الوسائل، الجزء (١٢) الباب (٤) من ابواب احكام العيوب الحديث ١.

(٢) نفس المصدر، الحديث ٥.

(٣) المصدر السابق، الحديث ٨.

دراساتنا من الفقه الجعفرى، ج ٤، ص: ٣٠٦

...

المستفاد من الروايه أنه عليه السلام كان يأخذ الارش فى صورته الوطاء، و من الظاهر أن أخذ الارش كان فيما لو ظهر العيب فلا موضوع للإطلاق.

و أما ما أفاده الشيخ قدس سره من التأييد للمدعى بأن حق مطالبه الارش لا معنى له بظهور العيب بل يثبت بنفس العيب. مدفوع أيضا بأنه لا مانع من ثبوت الارش بعد ظهور العيب كالرد، فان الارش ليس إلا غرامه و تداركا و ليس واقعا فى مقابل مقدار من العين.

و هل يمكن الاستدلال للمدعى بالإجماع و النص على جواز التبرى فى ضمن العقد كما فى كلام الشيخ قدس سره أم لا؟ الظاهر هو الثانى، أما الاجماع فلا أثر له كما مر مرارا، و أما النص فالمستفاد منه جواز التبرى فى ضمن العقد و تتعبد به بمقدار دلالتة و الكلام فى المقام فى ثبوت الخيار بوجود العيب الواقعى و المستفاد من النص ليس الا التبرى قبل تماميه العقد، و الكلام فى المقام فيما بعد العقد. و ملخص الكلام

انه حكم خاص تعبدى فى مورد خاص، و لا فرق فيه بين الثبوت قبل الظهور و بعده و على كلا التقديرين اسقاط لما لم يجب.

و مما يدل على المقصود النصوص الواردة فى جواز رد المملوك من أحداث السنه «١».

ثم ان المصنف أفاد بأنه لو لم يستفد من النص أحد الامرين لا بد من الرجوع الى القواعد، لكن لم يذكر ما هو مقتضى القاعده. و الظاهر أن مقتضى القاعده عدم الثبوت الا بعد الظهور و ذلك لاقتضاء وجوب الوفاء و القدر الخارج بعد الظهور. و أيضا مقتضى الاستصحاب عدم تأثير الرد قبل الظهور.

و الحاصل أن ما يمكن أن يكون وجهاً لثبوت الخيار قبل العلم أمور:

(١) الوسائل، الجزء (١٢) باب ٢ من أبواب أحكام العيوب.

دراساتنا من الفقه الجعفرى، ج ٤، ص: ٣٠٧

قوله: ثم انه لا فرق فى هذا الخيار بين الثمن و المثلث (١).

الاول- ان ظهور العيب بمنزله رؤيه المبيع على خلاف ما اشترط فيه.

و فيه أنه مبنى على كون مدرك الخيار الاشتراط لا النص.

الثانى- الاجماع نصا و فتوى على جواز اسقاط الخيار و التبرى فى ضمن العقد. و فيه أنه لا دليل على المدعى و انما هو حكم مخصوص بمورده.

الثالث- أن الارش لا معنى له أن يتوقف على الظهور. و فيه أنه لا مانع منه.

الرابع- ان النصوص بحسب الفهم العرفى تدل على أن الموضوع هو العيب لا- ظهوره، فان العلم و الظهور طريق و كاشف لا موضوع. و هذا الوجه لا بأس به.

الخامس- أنه يستفاد من النصوص الواردة فى باب أحداث السنه أن المناط هو العيب لا ظهوره، و مجرد امكان أن يكون له شرط و هو الظهور لا يقتضى الالتزام به ما لم يدل عليه دليل.

السادس-

بعض النصوص الواردة في رد الجارية بالعيب قبل الوطاء و سقوطه بالرد.

[ثم إنه لا فرق في هذا الخيار بين الثمن و المثل]

أقول: ان البحث المذكور يختص بما اذا كان المدرك في الباب هو النص، و أما اذا كان المدرك دليل نفي الضرر أو الاشتراط الارتكازي أو الاجماع فلا مجال للبحث المذكور، لعدم الفرق بين الثمن و المثل في هذا الفرض، و ان كان العموم فيما يكون الاجماع مشكلا.

ثم ان المصنف قال في وجه ما ذهب اليه من عدم الفرق بين الثمن و المثل انه لا خلاف فيه، و ان كان مورد الاخبار ظهور العيب في المبيع، لان الغالب كون الثمن نقدا غالبا و المثل متاعا فيكثر فيه العيب بخلاف النقد.

دراساتنا من الفقه الجعفري، ج ٤، ص: ٣٠٨

قوله: يسقط الرد خاصة بأمر: أحدها التصريح بالتزام العقد و إسقاط الرد و اختيار الارش (١).

و فيما أفاده مجال للمناقشه، لان الغلبه في الاثمان كونها نقدا و ان كان مسلما في زماننا هذا الا أنه لا يكون كذلك في عصر النبي «ص» و الاثمه «ع»، بل كان الثمن فيه متاعا أيضا في كثير من الحالات.

و كيف كان فلا بد أن يلاحظ مقتضى الاطلاق فهل يشمل الثمن و المثل كلاهما أم يختص بالمثل؟

أفاد سيدنا الاستاذ دام ظله أن العنوان المأخوذ في الدليل كلمه «شراء»، و هو يطلق على كلا الطرفين.

و فيما أفاده نظر، لان ما أفاده من عدم الفرق يتصور في كلمه «اشترأ» حيث انه يستعمل في الايجاب و القبول، و أما «الشراء» فلا يستعمل الا في جانب المشتري. أضف الى ذلك أن المستفاد من ظاهر الادله اختصاص العيب بخصوص المبيع. و كيف كان فان قام الاجماع التعبدى على تعميمه للثمن أيضا فهو و الا فالامر مشكل.

[يسقط الرد خاصة بأمر:]

[أحدها التصريح بالتزام العقد و إسقاط الرد و اختيار الأرش]

أقول: لا بد أن لا يخفى عليك أن هذا البحث يتوقف على القول بالعرضيه بين

الرد و الارش، و أما اذا قلنا بأن الارش يكون فى طول الرد فلا تصل النوبه الى البحث المذكور. و على أى حال فالحق كما أفاده المصنف أن الرد يسقط بالتصريح بالتزام العقد و اسقاط الرد بأن يقول «التزمت بالعقد و اسقطت الرد» لأنه حق من الحقوق و هو قابل للإسقاط كما حقق فى محله.

و فى هنا كلام للمحقق الايروانى قدس سره، و هو: ان حق الخيار فى المقام حق واحد متعلق بأحد الامرين من الفسخ و أخذ الارش لا حقان و الإجازة

دراساتنا من الفقه الجعفرى، ج ٤، ص: ٣٠٩

قوله: الثانى التصرف فى المعيب (١).

الجمع بين الفسخ و أخذ الارش، و الحق الواحد لا يقبل التجزیه و التبعض، فان سقط سقط رأسا و لم يبق منه شىء، و الابقى بكماله و تمامه، فكان فعلا متعلقا بما كان متعلقا به أولا، و مع الشك يستصحب بقاؤه.

و فيه: لا- نفهم مراده، فانه ما المراد بوحده الحق، اذ لا شبهه فى تعدد متعلق الحق، غاية الامر يمكن أن يكون اسقاطه مشروطا بشرط، و هو اسقاط العدل الاخر أيضا. و مجرد هذا الاحتمال لا يضر بعد ما علمنا بأنه يجوز لذى الحق اسقاط حقه، الا أن يقال: ليس لنا مطلق يؤخذ به فى كل مورد شك فى جهه من الجهات.

و أما الاستصحاب المذكور فهو معارض بمثله، و هل يكون فرق بين الالتزام بالعقد و بين اسقاط الخيار كما يظهر من كلام المصنف، فلا يبعد أن يكون قول القائل «أسقطت خيارى» ظاهرا فى اسقاط كلا الامرين فى مقام الاثبات، و أما فى مقام الثبوت فلا وجه للتفكيك.

[الثانى التصرف فى المعيب]

أقول: و البحث فى المقام راجع الى أن التصرف يسقط الخيار أم لا؟

فقول:

لا شبهه فى سقوط الخيار بالفعل الدال على الرضا، فانه من الامور الانشائية التى تقبل تحققها بكل من القول و الفعل. و عمدته الكلام فى كون التصرف بما هو مسقط للخيار أم لا، و الذى يمكن وجها لكون التصرف مسقطا أمور:

(الاول) الاجماع. و فيه قد علمت منا مرارا أن المحصل منه غير حاصل، و على تقدير حصوله محتمل المدرك، و المنقول منه ليس بحجه.

(الثانى) ما عن العلامة فى التذكرة ان تصرفه فيه رضاء منه بالمعيب، و لو لا

دراساتنا من الفقه الجعفرى، ج ٤، ص: ٣١٠

...

ذلك كان ينبغى له الصبر و الثبات حتى يعلم حال صحته و عدمها.

و فيه: ان هذا الاستدلال دورى فان كشف التصرف عن الرضا يتوقف على كون التصرف الخارجى ضدا للخيار و عدم اجتماعه معه و لو فى نظر الشارع، و لو توقف المضاده و كونه مسقطا للخيار على الكشف المذكور لزم الدور.

(الثالث) الروايات الواردة فى المقام، كصحيحه زراره عن أبى جعفر عليه السلام قال: أيما رجل اشترى شيئا و به عيب و عوار لم يتبرء اليه و لم يبين له فأحدث فيه بعد ما قبضه شيئا ثم علم بذلك العوار و بذلك الداء أنه يمضى عليه البيع و يرد عليه بقدر ما نقص من ذلك الداء و العيب من ثمن ذلك لو لم يكن به ... «١».

بتقريب: ان المشتري بعد التصرف لا يجوز له أن يرد المعيب، هذا كبرى القضية، و أما احراز الصغرى فيستفاد من صحيحه على بن رثاب عن أبى عبد الله عليه السلام قال: الشرط فى الحيوان ثلاثة أيام للمشتري اشترط أم لم يشترط فان أحدث المشتري فيما اشترى حدثا قبل الثلاثة الايام فذلك رضا منه فلا شرط.

قيل له:

و ما الحدث؟ قال: ان لامس أو قبل أو نظر منها الى ما كان يحرم عليه قبل الشراء «٢».

و يرد عليه: ان المستفاد من الروايه الاولى أن المسقط للخيار الحدث المغير للعين كتقصير الثوب و غيره، و أما التصرف المطلق من دون أن يغير العين فلا يصدق عليه الحدث.

و أما الروايه الثانيه ففيها: أولا- أنها مختصه بخيار الحيوان كما يستفاد ذلك من قوله «ان لامس أو قبل أو نظر منها الى ما كان يحرم عليه قبل الشراء».

(١) الوسائل، الجزء (١٢) الباب ١٦ من أبواب الخيار، الحديث ٢.

(٢) الوسائل، الجزء (١٢) الباب (٤) من أبواب الخيار، الحديث ١.

دراساتنا من الفقه الجعفري، ج ٤، ص: ٣١١

قوله: الثالث تلف العين أو صيرورته كالتالف (١).

و ثانيا- انه يمكن أن يكون صدق احداث الحدث على التقبيل في المقام من جهه أنه كانت للاستمتاع، و عليه فلا يمكن التعدي الى غيره كتعليق الباب و غيره.

و ثالثا- ان المستفاد من بعض الروايات «١» ان من اشترى جاريه لا تحيض في سته أشهر من غير حمل و لا كبر و لا صغر فهو ترد منه، و ان كان متصرفا فيها.

نعم و في المقام روايه «٢» تدل على أن التصرف اذا كان مغيرا للعين مسقط للخيار و الا فلا، الا أنها مرسله فلا يعتمد عليها.

و رابعا- لنا دليل في المقام على خلافه، فان قوله عليه السلام «كان على لا يرد الجاريه اذا وطئت» «٣»، يدل بمفهومه أنه كان يرد في غير صوره الوطء حتى مع اللمس و النظر، و كذا يستفاد ذلك من الروايات الواردة في جواز رد المملوك باحداث السنه.

[الثالث تلف العين أو صيرورته كالتالف]

أقول: المسقط الثالث التلف أو صيرورته كالتالف، أفاد الشيخ قدس سره بأن المستفاد

من المرسله «٤» بضميمه الاجماع أنه يشترط في بقاء هذا الخيار بقاء العين في الملك و ان هذا الخيار له خصوصيه تختلف عن بقيه الخيارات، فان الخيار في غير المقام لا- يسقط بتلف العين و لكن في المقام يسقط اذا لم تبق العين بحالها و خرجت عن ملك مالكها. و ملخص ما رامه قدس سره أن المستفاد من المرسله و الاجماع اشترط بقاء العين بحالها، فلو تلفت بالتلف الحقيقي أو الحكمي يسقط الرد.

أقول: اما الاجماع فقد مر ما فيه، و أما المرسله فأولا انها ضعيفه السند، و

(١) الوسائل، الجزء ١٢ الباب (٣) من أبواب أحكام العيوب، الحديث ١.

(٢) الوسائل، الجزء ١٢ الباب ١٦ من أبواب الخيار، الحديث (٣).

(٣) الوسائل، الجزء ١٢ الباب ٤ من أبواب أحكام العيوب، الحديث (٨).

(٤) الوسائل، الجزء ١٢ الباب ١٦ من أبواب أحكام الخيار، الحديث ٣.

دراساتنا من الفقه الجعفري، ج ٤، ص: ٣١٢

...

ثانيا ان المستفاد منها اشترط كون العين قائمه بعينها، و من الظاهر أن المستفاد من هذه الكلمه حدوث التغير الحسى فى المبيع، و أيضا من الظاهر أن انتقالها الى ملك الغير لا يكون تغيرا فيها.

و أفاد الاستاذ دام ظله على ما فى التقرير بأن المستفاد من المرسله أن الامر دائر بين رد العين و بين أخذ الارش، و فيما يكون المبيع منتقلا الى الغير لا يمكن رده، فيسقط الرد و يبقى الارش، و لذا لو أمكن ارجاعه بفسخ أو بمعامله جديده أو انتقاله بسبب غير اختيارى كالإرث لا مانع من الرد.

ان قلت: ان الملكيه حصلت للمشتري باشرائه و قد انعدمت بالبيع من الشخص الثالث، فكيف يمكن الفسخ مع أن الملكيه غير قابله للرد.

قلت: أولا ان النقل و الانتقال يتعلقان بالعين

لا بالملكيه، و تعرضنا لهذه الجبهه فى بحث المعاطاه مفصلا.

و ثانيا: نسال من أن المشتري قبل البيع من الثالث لو التفت الى العيب هل يكون له الرد أم لا؟ و لا سبيل الى الثانى، و على الاول هل ترجع الملكيه الى البائع أم لا؟ على الثانى يعود الاشكال، و على الاول نقول: فعليه لا مانع من انتقال الملكيه من الثالث الى الثانى و منه الى الاول. هذا ملخص ما أفاده و فيه: أولا ان المرسله لا اعتبار بها، و ثانيا ان غايه ما يستفاد منها أن الخيار بالنسبه الى الرد دائر مدار امكان رد العين، و فى غير هذه الصوره لا تعرض للروايه بجواز الرد و عدمه، فلنا أن نلتزم بالخيار بواسطه «١» ما رواه زراره عن أبى جعفر عليه السلام، فان الميزان المستفاد من هذه الروايه فى جواز الرد و عدمه احداث الحدث فى المبيع و عدمه، فالحق أن يقال: ان الخيار يسقط

(١) الوسائل، الجزء ١٢ الباب ١٦ من أبواب احكام الخيار، الحديث ٢.

دراساتنا من الفقه الجعفرى، ج ٤، ص: ٣١٣

...

بالتلف الحقيقى، و أما فى غيره بأن ينتقل المبيع الى الغير بالبيع و أمثاله أو حجر المالك عن التصرف فيه فلا وجه لسقوط حق الرد، الا ان يقال: بأن العرف بمناسبه الحكم و الموضوع يفهم أن اشتراط قيام العين بحالها مقدمه لرد العين الى صاحبها، فلو لم يمكن الرد يسقط حق الرد.

ثم انه لو قلنا بأنه يسقط الرد بالانتقال الى الغير و لكن عادت بعد الانتقال، فهل يجوز رده أم لا.

اختار الشيخ عدم الجواز، و استدل عليه بالاصل. و الظاهر أن مراده بالاصل أصاله عدم حدوث الحق بعد سقوطه.

و أفاد الاستاذ بأن المستفاد من النص

أن شرط الفسخ و رد العين بقاءها بحالها حين الفسخ لا أزيد من هذا المقدار، فلو فرض أنه رجع المبيع الى المشتري الاول لا مانع من الرد لأنه حين الرد يكون على حاله و قائما بعينه، بل نقول:

بأنه لو حدث فيه حدث- بأن كسر رأس العبد ثم عاد الى ما كان أولا- يجوز رده.

و ما أفاده لا يمكن المساعده عليه، لأنه ليس المستفاد من روايه زواره إلا حق الرد بشرط عدم حدوث حدث، فلو أحدث حدثا فيه ينقلب الموضوع و لا وجه لرجوعه أى رجوع حق الرد كما أفاد الشيخ، و لا تصل النوبه الى الاصل العملى و هى أصاله عدم رجوع الحق بل لدلاله نفس الروايه مضافا الى دلاله قوله تعالى «أَوْفُوا بِالْعُقُودِ».

و هذا الذى نقول ليس من جهه عدم العموم الزمانى كما فى كلام الاستاذ، فانا لا نفرق بين العام الاستغراقى و المجموعى فان العام محكم فى كلا المقامين بل من جهه أن المستفاد من النص أن حق الخيار دائر مدار عدم احداث حدث

دراساتنا من الفقه الجعفرى، ج ٤، ص: ٣١٤

قوله: الرابع من المسقطات حدوث عيب عند المشتري (١).

و معه لا دليل على الخيار كما هو ظاهر.

و هذا فيما يكون الحدث تكوينيا ظاهرا، و أما فيما يكون الحدث اعتباريا- كما لو انتقل الى الغير ثم رجع الى ملكه- فالامر أيضا كذلك. و بعبارة أخرى: اما نلتزم بعدم سقوط حق الرد بالانتقال و أما نقول به، أما على الاول فلم يسقط كى يرجع و أما على الثانى فلا وجه لرجوعه لعدم الدليل. و الالتزام انه بنحو القضيه الحقيقيه كما فى كلام الاستاذ فلا يساعده الدليل، و ان كان أمرا ممكنا ثبوتا. و الحق سقوطه بالانتقال

فلا يرجع الاعلى الاحتمال الذى احتملنا من عدم سقوطه بانتقاله الى الغير حتى بانتقال غير قابل للرجوع.

بقى فى المقام شىء، و هو: ان المستفاد من النص أن المانع لحق الرد احداث الحدث فى العين، فلو فرض حدوث حدث فيها بأفه سماويه و أمثالها فما حكمه؟

الحق أن يقال بعدم السقوط، فان الحكم تعبدى و لا بد من الالتزام به بقدر دلالة الدليل، و لا يدل الدليل أزيد من الحدث الذى يكون باحداث المشتري، و أما فى غيره فلا وجه لتسريه الحكم كما هو ظاهر.

[الرابع من المسقطات حدوث عيب عند المشتري]

اشاره

أقول: و فى المسأله صور ثلاث، و تفصيل ذلك: انه اذا أحدث العيب بعد العقد على المعيب: فاما أن يحدث العيب فى العين قبل القبض، و اما ان يحدث بعده فى زمان خيار يضمن فيه البائع المبيع، و اما أن يحدث بعد مضى الخيار فتكون المسائل ثلاثه:

(المسأله الاولى) حدث العيب فى المبيع قبل القبض،

اشاره

و يقع الكلام فى المسأله من جهتين:

الجهه الاولى – أن العيب الحادث بعد العقد و قبل القبض كالعيب الموجود قبل العقد فى كونه موجبا للخيار أم لا.

اشاره

دراساتنا من الفقه الجعفرى، ج ٤، ص: ٣١٥

و هذه المسأله يبحث عنها فى المقام استدراكا.

الجهه الثانيه – أن العيب الحادث بعد العقد و قبل القبض هل يسقط الخيار الحادث بالعيب القديم أم لا. و هذه المسأله هى التى عقدت المسأله لأجلها

فما يمكن أن يستدل به على كونه موجبا للخيار أمور:

الاول: الاجماع.

و فيه ما تقدم منا مرارا.

الثانى: النصوص الواردة فى المقام:

(منها) صحيحه بريد بن معاويه

عن أبى عبد الله عليه السلام فى رجل اشترى من رجل عشره آلاف طن قصب فى أنبار بعضه على بعض من أجمه واحده و الانبار فيه ثلاثون ألف طن، فقال البائع قد بعثك من هذا القصب عشره آلاف طن فقال المشتري قد قبلت و اشتريت و رضيت، فأعطاه من ثمنه ألف درهم و وكل المشتري من يقبضه، فأصبحوا و قد وقع النار فى القصب فاحترق منه عشرون ألف طن و بقى عشره آلاف طن. فقال: العشره آلاف طن التى بقيت هى للمشتري و العشرون التى احترقت من مال البائع «١».

(و منها) ما رواه عقبه بن خالد

عن أبى عبد الله عليه السلام فى رجل اشترى متاعا من رجل و أوجه غير أنه ترك المتاع عنده و لم يقبضه قال آتيك غدا إن شاء الله، فسرق المتاع من مال من يكون؟ قال: من مال صاحب المتاع الذى هو فى بيته حتى يقبض المتاع و يخرج من بيته، فاذا أخرج من بيته فالمبتاع ضامن لحقه حتى يرد ماله اليه «٢».

(١) الوسائل، الجزء ١٢ الباب ١٩ من ابواب عقد البيع و شروطه، الحديث ١.

(٢) الوسائل، الجزء ١٢ الباب (١٠) من ابواب الخيار، الحديث ١.

دراساتنا من الفقه الجعفرى، ج ٤، ص: ٣١٦

(و منها) قوله «كل مبيع تلف قبل قبضه فهو من مال بايعه»

«١». تقريب الاستدلال بهذه الاخبار: أن المراد من كون التلف على البائع كون المبيع فى عهده و كأن المعامله لا تتم الا بالقبض أو مضى زمان الخيار، و معنى كون الضمان عليه ان التلف أو النقص فى ملكه، و المراد بالضمان ضمان معاملة لا ضمان يد، اذ المفروض أن يده ليست يد ضمان. و حاصل المعنى ان تلف المبيع كلا أو بعضا و كذا عيبه قبل القبض كالتلف و العيب قبل العقد، فكأنه وقع فى ملكه و لازمه الانفساخ كلا أو بعضا فى الاولين و ثبوت الخيار فى الاخير.

ان قلت: ان الاخبار لو كانت شامله لنقص الاوصاف لزم الحكم بالانفساخ في صوره العيب كما في صوره التلف، و الحال أن المطلوب اثبات الخيار.

قلت: المراد بالضمان ليس ضمان اليد، بل معناه ان عهدته على البائع، و معنى كون التلف في عهده البائع أنه يفرض حدوث التلف أو النقص في ملك البائع و يترتب على تلفها الانفساخ و على عيبها الخيار، و ليس هذا استعمال اللفظ في المعنى المشترك، فان معنى الضمان أمر واحد و هو

كون التلف فى عهدہ البائع، و يؤخذ بلانزم هذا فى كلاً-الموردين، فلا- يلزم اختلاف معنى الضمان بالنسبه اليهما حتى يلزم استعمال اللفظ فى المعنيين.

و يؤيد ما ذكرنا قوله عليه السلام «و يصير المبيع للمشتري»، فيستفاد من هذا التعبير أن المال قبل القبض لم يصير مالا للمشتري. و ملخص الكلام أن المبيع ما لم يقبض يعتبر بقاؤه فى ملك بايعه، و يترتب عليه أنه لو تلف يكون البيع منفسخا بالنسبه و لو عاب ترتب عليه الخيار، و أيضا لازمه ثبوت الارش، و ان اختلف أقوال العلماء فيه، فذهب الى ثبوته جماعه منهم العلامة و الشهيدان،

(١) المستدرک، الجزء ٢ الباب ١٩ من ابواب الخيار.

دراساتنا من الفقه الجعفرى، ج ٤، ص: ٣١٧

...

كما أنه ذهب الى عدمه جماعه أخرى و منهم الشيخ و الحلى و كاشف الرموز.

و يرد عليه: أولا انه قد جمع فى مقام الاستدلال بين نصوص الباب و نصوص المسأله الآتيه و هى التلف فى زمان الخيار، و الحال أنه لا- وجه للخلط بين البابين و النصوص الوارده فى المقام و ان كان بعضها ضعيفا سندا لكن فى المعتمد منها كفايه، لكن الموضوع فيها التلف و العيب لا يكون مصداقا للتلف، و حمل التلف على أظهر أفراده يحتاج الى قرينه.

و ثانيا- ان حصل التلف فى ملك البائع لا يلزم أن يكون من أول الامر، بل لنا أن نقول بأنه يدخل فى ملكه قبل التلف آنا ما، و التفصيل موكول الى محله.

فتحصل أن الدليل فى مقام الاثبات قاصر الا أن يقوم اجماع تعبدى كاشف و أنى لنا باثباته.

و أما الوجه الثانيه - من المسأله الاولى و هى أن حدوث العيب قبل القبض هل يوجب سقوط الخيار الثابت بالعيب الموجود قبل العقد أم لا؟

قال الشيخ قدس سره بأنه لا خلاف بينهم فى عدم كونه مانعا عن الرد بالعيب السابق.

و المستند ان كان الاجماع

فيرد فيه ما مر آنفا، و لكن الحق أنه غير مانع عن الرد على القاعده، اذ ما يتصور أن يكون وجها لكونه مانعا أمران: أحدهما عدم قيام العين بحالها، و ثانيهما أنه حدث فيه حدث. أما الاول فغير تام لان المدرك هي المرسله أى مرسله جميل، و من الظاهر عدم اعتبارها، و اما حدوث الحدث فقد مر منا أن الحدث الموجب للمنع عن الرد هو الحدث الذى أحدثه المشتري بمقتضى روايه زراره فلاحظ. و عليه لا وجه لكونه مانعا عن الرد بالعيب السابق.

دراساتنا من الفقه الجعفرى، ج ٤، ص: ٣١٨

(و اما المسأله الثانيه) و هي ما لو كان حدوث الحدث فى المبيع يكون بعد العقد فى زمان الخيار الذى يكون التلف فيه على البائع،

اشاره

ففيها أيضا جهتان:

أما الجهه الاولى – فى كون العيب الحادث سببا للخيار كالعيب السابق على العقد و عدمه،

فنقول: المدرك لهذا الحكم ان كان الاجماع ففیه ما فيه، و ان كان النصوص الداله على التلف فى زمن الخيار على من لا خيار له منها ما رواه «١» ابن سنان عن أبى عبد الله عليه السلام، ففیه أن المستفاد من تلك النصوص أن العين لو تلفت فى زمن الخيار أو حدث فيه حدث يكون ضمانه على من لا خيار له، و هذا المقدار لا يقتضى أن يكون حدوث العيب موجبا لثبوت الخيار. و بعبارة أخرى: لا يستفاد من تلك النصوص أن الشارع جعل حدوث العيب فى زمن الخيار كالعيب الحادث فى العين قبل العقد و نزل ما حدث فى زمن الخيار منزله العيب السابق فى جميع الآثار و الاحكام.

و أما الجهه الثانيه – و هي أن العيب الحادث فى زمن الخيار هل يكون مانعا عن الرد بالعيب السابق أم لا؟

فقد ظهر الحق مما ذكرناه آنفا. و حاصله عدم وجه فى كونه مسقطا لا من باب الاجماع فانه مخدوش، بل من باب أنه لا مقتضى للمانع، فان حدوث الحدث فى زمن الخيار فى عهده من ليس له الخيار، و هذا المقدار لا يوجب المانع. و من ناحيه اخرى لا يصدق على مطلق الحدث الحادث فى العين أن المشتري أحدثه و الموضوع للحكم هذا العنوان فلاحظ.

(و أما المسأله الثالثه) و هي ما لو حدث عيب فى العين بعد القبض و بعد مضي زمان الخيار،

اشاره

فيقع الكلام فيها بأن حدوث العيب هل يكون مانعا عن الرد

(١) الوسائل، الجزء (١٢) الباب ٥ من ابواب الخيار، الحديث ٢.

دراساتنا من الفقه الجعفري، ج ٤، ص: ٣١٩

...

بالعيب السابق أم لا،

يقع البحث في هذه المسألة في مقامات:

المقام الاول: فيما يمكن أن يكون دليلاً للمانع،

اشاره

و هو أمور:

منها مرسله جميل،

فان مقتضاها انه لو لم تبق العين بحالها لا يجوز ردها. وفيه أن المرسله لا اعتبار بها.

و منها: ما عن العلامة،

و حاصله ان الضرر المتوجه الى المشتري من قبل العيب السابق متدارك بخيار المشتري، و الضرر المتوجه الى البائع من قبل البيع الحادث يتدارك بجواز امسك البائع عن القبول. و بعباره أخرى: يقع التعارض بين الضررين.

و فيه: ان القاعده على ما سلكتها لا تدل الاعلى الحرمة التكليفيه، أما على مسلك القوم فلا يتوجه الضرر دائماً، فان التغيير لو كان موجبا للعيب يجب على المشتري عند الرد دفع الارش للبائع فلا- ضرر على البائع. مضافا الى أن دليل الخيار النص الخاص لا قاعده الضرر.

و أما ما أفاده الشيخ قدس سره من أنه بعد التعارض يرجع الى استصحاب الخيار. فيرد فيه: أولا ان الاستصحاب في الحكم الكلى معارض بعدم جعل الزائد. و ثانيا انه لا تصل النوبه الى الاستصحاب، بل المحكم عموم «أَوْفُوا بِالْعُقُودِ».

(و منها) أنه مع العيب لا يصدق الرد.

و فيه انه لا شبهه في صدق الرد، و انكاره مكابره.

(و منها) أن حدوث الحدث في العين حيث أن المشتري ضامن له يكون مثل احداثه الحدث الموجب لإسقاط الخيار.

و فيه انه لا دليل على هذا المدعى.

(و منها) الاجماع.

و فيه ما فيه.

دراساتنا من الفقه الجعفري، ج ٤، ص: ٣٢٠

...

فتحصل من جميع ما تقدم عدم ما يقتضى كونه موجبا لسقوط الخيار المسبب عن العيب السابق.

(المقام الثانى) فى أن الميزان و المناط للعيب للحدث المانع عن الرد ما هو؟

هل الميزان بمطلق التغيير أو التغيير الحسى أو بأن يحدث فيه عيب أو غير ذلك. لا يخفى أن المدرك روايه زراره، و العنوان المذكور فيها الذى يكون مدارا للمانع احداث الحدث، أى يحدث المشتري فيه حدثا، فكلما صدق هذا العنوان يترتب الحكم، و مع عدم صدق هذا العنوان لا وجه للسقوط، و مع الاجمال أيضا يحكم ببقاء الخيار، لان المفروض أن هذا الخيار مع قطع النظر عن النص أمر عقلائي ارتكازى.

و لا يخفى أنه لو أحدث فى المبيع حدثا موجبا لزياده قيمته كالسمن فى الشاه فالظاهر أنه لا يوجب سقوط الخيار، فانه يصدق عليه احداث الحدث، لكن الدليل عن مثله منصرف بحسب الفهم العرفى. نعم لو كانت الزيادة لا توجب الشركه و بعد الرد يكون المشتري ذا حق فى المبيع، لا يكون وجه للانصراف فىكون مانعا.

(المقام الثالث) لو زال العيب الحادث عند المشتري هل يجوز له الرد أم لا؟

الظاهر هو الثانى، لعدم الفرق فى سقوط الخيار بين بقاء الحادث و زواله.

و الميزان فى المسقطيه احداث الحدث الذى ذكر فى صحيحه زراره و عوده بزوال التغيير بعد سقوطه به يحتاج الى دليل. و أما

المذكور في المرسله بأنها ترد اذا كانت قائمه بعينها فلا يعتمد عليها لإرسالها.

(المقام الرابع) لو رضى البائع برده مجبوراً بالارش أو غير مجبور هل يجوز له الرد أم لا؟

دراساتنا من الفقه الجعفري، ج ٤، ص: ٣٢١

قوله: تنبيه ظاهر التذكرة و الدروس أن من العيب المانع من الرد بالعيب القديم تبعض الصفقه (١).

أفاد الشيخ قدس سره بأن سقوط الرد لرعايه حق البائع و مع رضاه لا وجه لعدم الجواز، فان المقتضى للخيار موجود.

و فيه: ان الامر و ان كان كذلك لكن مقتضى النص سقوطه بحدوث العيب، و كما ذكرنا آنفاً أنه لا وجه لثبوته بعد سقوطه، فلا يجوز الرد بالخيار بل يجوز بالاقاله.

ان قلت: دليل المانعيه قاصر عن شمول هذه الصوره.

قلت: لا وجه لقصوره، فان مقتضى الاطلاق ان احداث الحدث يوجب سقوط الخيار، و ثبوته بلا سقوطه يحتاج الى دليل مفقود في المقام. نعم الاقاله لا مانع عنها، و الفرق العملي غير ظاهر.

و لا يخفى أن ضمان البائع للمشتري ضمان معاوضي و ضمان المشتري ضمان اليد، و الفرق بينهما أن في غرامه البائع يلاحظ النسبه بين القيمه الواقعيه و بين الثمن المسمى، و في غرامه المشتري يلاحظ القيمه الواقعيه، و لذا ربما لا بد أن يدفع مقدارا أزيد من الثمن.

ثم ان البائع لو رضى برد المعيب مجبوراً بالارش أو بلا ارش فهل يجوز أن يطالبه المشتري بالارش و لا يرضى بالرد؟ أفاد الشيخ في المبسوط أنه لا يجوز، فان اخذ الارش يتوقف على امكان الرد.

و فيه: انه بلا وجه، فان مقتضى ثبوت الارش مع احداث الحدث أن

يكون للمشتري أخذ الارش، أعم من أن يكون البائع راضيا بالرد أم لا.

[تنبيه ظاهر التذكرة و الدروس أن من العيب المانع من الرد بالعيب القديم تبعض الصفقة]

إشارة

أقول: الكلام يقع فى مواضع ثلاثة: الاول أن يكون التبعض فى

دراساتنا من الفقه الجعفرى، ج ٤، ص: ٣٢٢

...

أحد العوضين، الثانى أن يكون فى البائع، الثالث أن يكون فى المشتري.

(أما الموضع الاول) و هو التبعض فى أحد العوضين

إشارة

فكما لو اشترى شيئا أو شيئين بثمن واحد من بايع واحد فظهر بعضه معيبا، الظاهر أنه لو كان المبيع واحدا حقيقه أو عرفا- كما لو اشترى عبدا أو دارا فانكشف أن بعض المبيع معيوب- لا- يجوز الرد بخصوصه، أعم من أن يكون مدرك الخيار النص أو الارتكاز العقلائى، لان مورد الخيار المبيع المعيوب لا- جزئه، كما أنه لو كان المبيع متعددا و لكل منهما قيمه معلومه و جمع بينهما فى الانشاء فانه يكون البيع فى المفروض متعددا فيجوز اعمال الخيار بالنسبه الى خصوص المعيب بلا شبهه.

و انما الكلام فيما اشترى شيئين بيع واحد و ثمن واحد فظهر العيب فى أحدهما فهل يجوز اعمال الخيار بالنسبه الى خصوص المعيوب أم لا.

و ما قيل أو يمكن أن يقال فى وجه عدم جواز الرد أمور:

(منها) الاجماع.

و حاله معلوم.

(و منها) أنه لو كان المردود جزء مشاعا يلزم الشركه و ان كان جزء معينا يلزم تبعض الصفقة.

و فيه يرد: أولا انا لا نتصور رد المعيب فى الجزء المشاع، و ثانيا لا محذور فى تبعض الصفقه على البائع غير توهم الضرر، و من الظاهر أنه لا كليه له، اذ ربما لا يكون عليه ضرر.

و أفاد الايروانى بأن توجه الضرر لا يمنع عن الخيار، لأنه حكم وارد فى مورد الضرر، و دليل نفي الضرر لا يمنعه.

و فيه: انه انما يتم هذا البيان فيما يكون الخيار موردا للضرر، فانه فى مثله لا مجال لرفع الحكم بدليل لا ضرر، كما يكون الامر كذلك فيما وجب

دراساتنا من الفقه الجعفرى، ج ٤، ص: ٣٢٣

...

الجهار، و أما لو لم يكن كذلك فلا مانع من رفع اليد عن الاطلاق بدليل نفي الضرر. و الذى يهون الخطب أن دليل لا ضرر ليس ناظرا الى رفع الحكم، و مع الاغماض يترتب عليه أنه لو كان ضررا على البائع يجبر بالخيار. و بعباره أخرى: لو كان التبعض ضررا على البائع يمكن أن يعمل بالخيار.

ان قلت: ان غرض المشتري تعلق بابقاء الجزء الاخر، و اعمال الخيار من قبل البائع يكون ضررا على المشتري.

قلت: أولا ينقض بما لو اشترى حيوانا مع شىء آخر فهل يجوز له اعمال خيار الحيوان. و ثانيا نقض الغرض الشخصى للمشتري لا يكون مناطا للضرر، فان الضرر من باب و نقض الغرض الشخصى من باب آخر. و ثالثا هذا الضرر ناشئ من فعل المشتري و لا يرتبط بالحكم الشرعى. و رابعا بعد تعارض الضررين يسقط قاعده لا ضرر و يبقى دليل الخيار بحاله، فيجوز له اعمال الخيار بالنسبه الى خصوص المعيب.

(و منها) أن المستفاد من النص أن الصبغ يمنع عن الرد،

و ليس وجهه الا حصول الشركه.

و فيه: ان الميزان بصدق احداث الحدث، و لذا لو كان الصبغ موجبا لنقصان قيمه

يكون مانعا عن الرد أيضا، فلا يكون المنع من جهة حدوث الشركه. مضافا الى أن الرد فى المقام لا يوجب الشركه بل يوجب التبعض.

(و منها) ان شرط رد المعيب ان يكون قائما بعينه.

وفيه: أولا أن مرسله جميل ضعيفه، و ثانيا انه لا شبهه فى المبيع بأنه باق و قائم بعينه كما هو ظاهر.

دراساتنا من الفقه الجعفرى، ج ٤، ص: ٣٢٤

(و منها) ما عن صاحب الجواهر، و هو أن الخيار حق واحد متعلق بمجموع المبيع لا كل جزء منه، و لا أقل من الشك

لعدم اطلاق موثوق به، و الاصل اللزوم.

و يرد فيه: أولا ان لازم ذلك عدم الجواز حتى مع رضى البائع، لان القصور من ناحيه المقتضى لا من جهة المانع. و ثانيا لا شبهه فى وحده حق الخيار و لم يقل احد أنه يجوز للمشتري ان يرد جزء المعيب. و أيضا لا- يتوهم أحد بأنه يجوز له رد خصوص الصحيح، انما الكلام فى أن مركز الخيار مجموع ما وقع عليه العقد بحيث لا- يجوز له رد خصوص المعيب أو مركز الخيار خصوص المعيب، و انما يجوز رد المجموع لعدم ترتب تبعض الصفقه او للإجماع أو لصدق المسبب على المجموع.

و الحق أنه يصدق المعيب على خصوص المعيب و اطلاق الدليل يشملها، فانه يصدق أنه اشترى شيئا معينا و لا يكون هذا الكلام كذبا فيترتب عليه الخيار.

و مما يؤيد المدعى بل يدل عليه أنه يجوز رد المعيب مع رضى البائع بالاتفاق، و انما لم يجرى رد خصوص المعيب بلا رضى البائع لأجل ترتب التبعض، فيعلم أنه لو لم يكن خصوص المعيب موردا للخيار لم يكن رده جائزا الا بالتفاسخ، و بالتفاسخ يجوز الرد حتى فى مورد خصوص الجزء الصحيح كما هو ظاهر.

(و أما الموضوع الثانى) و هو ما لو تعدد البائع فلا خلاف فى جواز التفريق،

و لو اشترى اثنان من اثنين يدخل فى المسأله الثالثه، و هو الموضوع الثالث من البحث.

دراساتنا من الفقه الجعفرى، ج ٤، ص: ٣٢٥

(و أما الموضوع الثالث) و هو ما لو اشترى شيئا من ثالث فانكشف أنه معيب هل يجوز أن يرد أحدهما حقه بخيار العيب أم لا،

و قبل بيان الحال لا بد من التنبيه على أمر،

و هو أنه لو تعدد العقد- كما لو باع البائع نصف العين من زيد و فى ذلك الحال باع وكيه النصف الاخر من بكر- لا شبهه فى ثبوت الخيار لكل من الشريكين، كما أنه لو باع نصف داره من زيد بثمان معين و نصفها الاخر من بكر كذلك، و فى مقام الانشاء انشأ كلا البيعين بانشاء واحد يكون لكلا المشتريين الخيار، اذ لا يرتبط أحدهما بالآخر، انما الاشكال فيما يكون العقد واحدا واردا على شىء واحد بثمان واحد.

و ما يمكن أن يقال فى وجه المنع أمور:

(منها) أنه لو تفرّد أحدهما بالرد لا يكون البيع قائماً بعينه.

و فيه: أولاً- ان مدرك هذا الحكم ضعيف للإرسال. و ثانيا ان المستفاد من الروايه أن المبيع بعد انتقاله الى المشتري يلزم أن يكون قائماً بعينه الى زمان الرد، و هو كذلك و يصدق عليه هذا العنوان فانه قائم بعينه.

و الحاصل ان الميزان فى ثبوت الخيار بقاء العين على نحو تلقاه من البائع و المفروض أنه كذلك و ليس الميزان بأن يرجع الى ملك البائع على نحو خرج من ملكه.

(و منها) ان الانفراد بالرد يوجب الضرر بالنسبه الى البائع.

و فيه: أولاً يلزم عدم الخيار حتى فى صورته تعدد العقد، فانه لا فرق فى توجه الضرر فى الصورتين. و ثانيا يمكن أن يتصور عدم توجه الضرر. و ثالثا يتعارض ضرره مع ضرر المشتري، فانه يتضرر بالصبر على المبيع. و رابعا

دراساتنا من الفقه الجعفرى، ج ٤، ص: ٣٢٦

قوله: مسأله يسقط الارش دون الرد فى موضعين (١).

ان البائع أقدم على الضرر، فانه بمقتضى الارتكاز العقلائى التزم بأنه فى صورته العيب يقبل رد المبيع، و عليه لا فرق بين علم البائع بالتنقيص و عدمه.

(و منها) أن دليل الخيار منصرف عن المقام.

و فيه: أولاً- انه لا- وجه للانصراف، لان غايته قله وجوده، و هى لا توجب الانصراف. و ثانيا انه بناء عليه لا بد من الالتزام بعدم الخيار حتى لمجموع الشريكين.

(و منها) أنه خيار واحد قائم بمتعدد،

فليس لكل منهما الاستقلال باعماله.

و فيه: ان الميزان بصدق عنوان أخذ في دليل الخيار، فان المأخوذ فيه قوله عليه السلام «من اشترى شيئاً و به عيب أو عوار»، فاذا صدق هذا العنوان يترتب عليه حكم الخيار بلا كلام.

و ملخص الكلام ان اثبات أن الخيار أمر واحد قائم بمتعدد فلا يجوز الانفراد بالاعمال يحتاج الى الدليل، بل الميزان بصدق موضوع الخيار، و هذا العنوان يصدق على كل منهما، بلا فرق بين أن يكون القبول واحداً أو متعدداً، بل الحكم في المقام أظهر من خيار الحيوان فيما لو اشتراه شريكاً، فان نصف الحيوان لا يصدق عليه الحيوان بخلاف المقام.

[مسأله يسقط الأرش دون الرد في موضعين]

[الأول – إذا اشترى ربويًا بجنسه نظهر عيب في أحدهما فلا أرش حذرا من الربا.]

أقول: أفاد المصنف بأن الارش يسقط في موضعين:

الاول- اذا اشترى ربويًا بجنسه نظهر عيب في أحدهما فلا- أرش حذرا من الربا. و يقرب ذلك بوجهين: الاول ما قربه الشيخ قدس سره بأن المستفاد من أدله تحريم الربا أن وصف الصحة في أحد الجنسين كالمعدوم لا يترتب على فقده استحقاق عوض، فالعقد على المتجانسين لا يجوز أن يصير سببا لاستحقاق

دراساتنا من الفقه الجعفري، ج ٤، ص: ٣٢٧

...

أحدهما على الاخر زائداً على ما يساوي الجنس الاخر، فتشمله أدله حرمة الاخذ بالتفاضل.

و يرد عليه: ان ما ذكره مبتنى على ان تكون الغرامة في إزاء صفة الصحة و الحال أنه ليس كذلك.

و الذى يدل على أن الارش ليس في مقابل وصف الصحة أن المشتري لو كان جاهلاً بالعيب أو كان جاهلاً بحكم الارش و لم يطالب البائع بالارش لم يجب على البائع شىء على ذمته، فان ما أخذ في مقابل الصحة غرامه شرعيه حكم بها الشارع.

[الثاني – ما أفاده صاحب الكفايه في حاشيته على المكاسب]

أن المستفاد من أدله تحريم الربا أنه كما لا يجوز الزيادة في الربويين من ابتداء البيع كذلك لا يجوز في حال استقراره و لزومه، فيكون حال الزيادة كحال زياده الشرط في طرف أحد الربويين، و لازمه عدم جواز أخذ الارش بعد العلم بالعيب.

و فيه: أولاً ان ظاهر الادله حرمة الربا حدوثاً فلا تشمله بقاء. و ثانياً ان الوفاء على العقد يترتب على البيع، فلا بد أن يكون صحيحاً

فى رتبته السابقه حتى يترتب عليه وجوب الوفاء. و ثالثا ان وجوب الوفاء و الالتزام لا ربط له بأخذ الارش و عدمه، و لذا لو لم يقدر على رد المعيوب فلا بد أن يلتزم بالعقد سواء أخذ الارش أم لا.

و الحاصل ان الارش حكم شرعى لا

يوجب الربا، فمن ذهب الى كون الارش و الرد فى الرتبه الواحده يلتزم ببقاء الارش اذا لم يمكن الرد.

الثانى - العيب الذى لا يكون موجبا لنقص قيمه، و قد مثلوا له بالخصاء فى العبد، فانه عيب و لا يوجب نقصا فى قيمه.

دراساتنا من الفقه الجعفرى، ج ٤، ص: ٣٢٨

قوله: مسأله يسقط الرد و الارش معا بامور (١).

و أورد عليه المصنف: بأن الميزان فى قيمه الاغراض العرفيه و ان كانت فاسده عند الشرع، و من الظاهر أن جملة من الناس يرغبون فى العبد الخصى لأغراضهم الفاسده. و الحاصل ان العيب لو لم يكن نقصا للقيمه لا يوجب الارش.

لكن يرد عليه: انه لو قلنا بأن العيب الموضوع للخيار هو العيب الموجب لنقص قيمه فلا يكون غير المنقص موجبا للرد أيضا فلا موضوع لهذا البحث.

[مسأله يسقط الرد و الأرش معا بأمور]

[الأول العلم بالعيب قبل العقد]

أقول: الاول العلم بالعيب قبل العقد، و ادعى الشيخ أنه بلا خلاف و لا أشكال. و بعبارة أخرى: يشترط فى تحقق الخيار جهل المشتري بالعيب، و الدليل عليه أن الخيار المستفاد من الدليل رتب على صورته الجهل، فلاحظ روايه زراره و فيها قال عليه السلام «من اشترى شيئا و لم يتبرء اليه و لم يتبين له» الخ، فموضوع الخيار غير العالم بالعيب.

و قد يستدل للمدعى بمفهوم روايه زراره، و المستدل صاحب الجواهر، و أفاد المصنف بقوله: و فيه نظر. ربما يورد على المصنف بأن الوصف و ان لم يكن له مفهوم و لكن فى المقام خصوصيه تقتضى الدلاله بالمفهوم.

و توضيح الحال: ان الوصف و ان لم يكن دالا مفهوما لما ثبت فى الاصول من عدم المفهوم للوصف، و لكن هذا فيما لا يكون المتكلم فى مقام بيان الكبرى الكليه و الا يكون الوصف دالا مفهوما

و فى المقام انه عليه السلام فى مقام بيان ضابطه كليه، فطبعاً يدل الكلام على المفهوم و الا يلزم لغويه الضابطه.

و ربما يورد عليه بأنه لا وجه لعدم دلالة الشرطيه على المفهوم، فان المقام ليس داخلاً فيما لا تكون الشرطيه داله على المفهوم.

دراساتنا من الفقه الجعفرى، ج ٤، ص: ٣٢٩

...

و توضيح الحال: ان الشرط المذكور فى القضييه الشرطيه على أقسام: فان الشرط تاره لا يكون دخيلاً فى ترتب الجزاء بحسب الخارج و الواقع كما قوله «ان جاء ك زيد اكرمه» فان مجىء زيد لا يكون دخيلاً فى تحقق الاكرام خارجاً اذ يمكن الاكرام و لو مع عدم مجيئه. و أخرى يكون دخيلاً فى ترتب الجزاء خارجاً، بحيث لو لم يتحقق لا- يمكن ترتب الجزاء، كما فى قوله «اذا ركب الامير فخذ ركابه». و ثالثه مركب من أمرين كقوله «اذا ركب الامير و كان يوم السبت فخذ ركابه» فان أخذ الركاب بالنسبه الى الركوب من قبيل الثانى و بالنسبه الى يوم السبت من قبيل الاول.

و الشرط فى المقام من قبيل القسم الثالث، فان الخيار بالنسبه الى الاثراء من قبيل الثانى و بالنسبه الى العلم من قبيل الاول، فلا وجه للنظر فى الشرطيه بأنها مسوقه لبيان الموضوع و لا مفهوم له.

و لكن المحتمل بل الظاهر أن نظر المصنف فى الاستدلال ليس من هذه الجهه، كيف و هو بعد سطر يستدل بالمفهوم، بل يمكن أن يكون الوجه أمراً آخر و هو أن البيان من طرف البائع له موضوعيه و مع عدمه يتحقق الخيار حتى مع العلم بالعيب، و لا أقل من احتمال الموضوعيه.

لكن الحق عدم ورود الاشكال على صاحب الجواهر، لأنه قد ذكرنا مراراً أن أخذ هذه المفاهيم فى الدليل

يفهم منه العرف الطريقيه و يستفيد أن المناط هو العلم خصوصا في المقام، اذ «عبر» بصيغه المجهول، فانه لو كان التعبير بصيغه المعلوم لكان لاحتمال الموضوعيه وجه، و أما مع كون التعبير بصيغه المجهول فليس لهذا الاحتمال مجال، فالحق مع صاحب الجواهر.

قمي، سيد تقى طباطبائي، دراساتنا من الفقه الجعفري، ٢ جلد، مطبعه الخيام، قم - ايران، اول، ١٤٠٠ هـ ق دراساتنا من الفقه الجعفري؛ ج ٤، ص: ٣٣٠

دراساتنا من الفقه الجعفري، ج ٤، ص: ٣٣٠

...

فلو شرط مع العلم خيار العيب الذي له أحكام خاصه فاختر صاحب الجواهر قدس سره الصحه و الشيخ فساد الشرط و العقد، و لا بد من التكلم أولا في فساد الشرط و عدمه، و ثانيا في افساده للعقد و عدمه.

فنقول هذا النحو من الاشتراط يتصور بنحوين: الاول أن يشترط تحقق هذا الحكم الخاص بلا جعل من المتعاقدين، الثاني أن يشترط بجعل منهما.

فان كان على النحو الاول يكون باطلا. لان الشرط ليس مشرعا و لا يمكن جعل الحكم الشرعي بالشرط، و هذا ظاهر. و من البعيد كله أن اراد صاحب الجواهر من كلامه هذا الفرض. و ان كان على النحو الثاني فالظاهر جوازه، فانه لا مانع منه و ليس فيه مخالفه للشرع، فان المستفاد من الدليل أن ترتب الخيار بهذا النحو في هذه الصوره و ينفي الخيار الخاص في صوره العلم، لكن لا يدل على أنه لو التزما باختيارهما و جعللا أمرا خاصا على عهدتهما يكون باطلا فلا مقتضى للفساد بل المقتضى للصحه تام.

هذا تمام الكلام في فساد الشرط و عدمه، و ظهر أن الحق صحته، و أما افساده على تقدير فساده فهو مبني على ذلك البحث. و الحق أنه لا يوجب فساد العقد

كما سيجى ء.

(الثانى) مما يوجب سقوط الرد و الارش معا تبرى البائع عن العيوب،

و ما يمكن أن يستدل به أمور:

(منها) الاجماع،

فانه ادعى عليه اجمالا، و لكن الاجماع فيه ما فيه.

(و منها) ان العقد بحسب القاعده الاولى لازم، فانه يجب الوفاء به،

و انما تخرج عن القاعده للارتكاز العقلانى، و من الظاهر أنه مع التبرى لا يبقى مجال

دراساتنا من الفقه الجعفرى، ج ٤، ص: ٣٣١

...

للمسك بالارتكاز كما هو ظاهر. و لكن العمده ملاحظه النص، فان الميزان مقدار ما يستفاد منه.

(و منها) النصان الواردان فى المقام:

أحدهما ما رواه «١» زراره عن أبى جعفر عليه السلام، فانه اشترط فيها تحقق الخيار بعدم تبرى البائع فلاحظ. ثانيهما مكاتبه جعفر بن عيسى «٢»، فان دلالتها على المدعى لا ينكر، لكن سندها مخدوش بجعفر بن عيسى، اذ أن الرجل لم يوثق، و المدح الذى يرويه الكشى فى حقه لا- يدل على وثاقته، بل يستفاد من تلك الروايه أنه وقع مورد اعتراض أبى الحسن عليه السلام. فلاحظ جامع الرواه ج ١ ص ١٥٥.

ثم انه لا- فرق بين التبرى الإجمالى و التفصيلى، فان اطلاق روايه زراره يقتضى عدم الفرق. هذا كله فى التبرى عن العيوب الموجوده حال العقد، و ربما يقال بأن التبرى من العيب قد يجتمع مع الغرر فى البيع، و هو فيما لا يكون للمشتري طريق الى احراز صحه العقد فيكون البيع باطلا بالغرر.

ان قلت: مقتضى اطلاق روايه زراره صحته.

قلت: شمول الروايه لمورد الغرر يكون بالاطلاق لا بالنصوصيه كى يخصص به دليل بطلان الغرر. و يجاب عن هذا التوهم بأنه لو

قلنا بأن أصله السلامه أصل معتبر تدل على سلامه المبيع فلا غرر، كما أنه لو قلنا بأن المستفاد من روايه زراره بحسب الفهم العرفى أن هذا الدليل ناظر الى دليل نفي الغرر فلا اشكال أيضا لتقدم الحاكم على المحكوم، و أما لو لم نقل بالحكومه نقول:

يقع التعارض بين دليل نفي الغرر و بين هذه الروايه بالعموم من وجه، و بعد التعارض و التساقت تصل النوبه الى

(١) الوسائل، الجزء (١٢) الباب ١٦ من ابواب الخيار، الحديث ٢.

(٢) الوسائل، الجزء (١٢) الباب ٨ من ابواب احكام العيوب، الحديث ١.

دراساتنا من الفقه الجعفرى، ج ٤، ص: ٣٣٢

...

و أما العيوب المتجدده فأفاد المصنف أنه يصح البراءه من تلك العيوب بمقتضى دلالة «المؤمنون عند شروطهم».

و ربما يشكل بأنه من اسقاط ما لم يجب. لكن فيه ما مر من أنه ليس عليه دليل، و القدر المعلوم من الاجماع غير هذا المورد، لكن الاشكال كما ذكرنا سابقا من ناحيه عدم الدليل على جواز اسقاط الحق الذى يتحقق بعد ذلك، و لكن الحق ان التبرى يرجع الى عدم اشتراط الخيار، و هذا ليس اسقاطا للحق.

ان قلت: يلزم منه الغرر.

قلت: ان العيب الحادث فى المبيع بعد العقد لا يوجب الغرر.

ان قلت: العيب الحادث فى زمان الخيار يوجب الخيار فيعود محذور اسقاط ما لم يجب.

قلت: على فرض تماميه هذا المطلب و ثبوت الخيار بمثله يدخل تحت دليل صحه التبرى.

ثم ان المصنف أفاد بأن البراءه فى المقام يحتمل فيها معان، و ذكر ثلاثه معان: عهده العيوب، ضمان العيب، حكم العيب. و الحق أن البراءه المستفاده من الدليل معناها عدم تعهد البائع بشىء من قبول الفسخ و أداء الارش، و هذا هو الصحيح، و اما البراءه عن عهده العيب فيمكن أن يرد فيه بأن العيب أمر تكوينى و ليس متعلق عهده البائع، كما أن البراءه من الحكم لا معنى له، فان الحكم أمره بيد الشارع. نعم ضمان العيب معناه تعهد ادائه و البراءه منه عدم التعهد.

ثم ان التبرى هل يكون مؤثرا فى سقوط بقيه الآثار ككون التلف فى زمن الخيار ممن لا خيار له بحيث لو مات الحيوان بالعيب

قوله: ثم ان هنا امورا يظهر من بعض الاصحاب سقوط الرد و الارش بها (١).

فى زمان خيار الحيوان للمشتري فهل يكون على البائع أو يسقط. و التحقيق أن يقال: اما يقصد المتبرى بالتبرى سقوط تلك الحقوق و اما لا يقصد، أما على تقدير عدم القصد فلا مقتضى للسقوط، و أما على تقدير القصد فأفاد الاستاذ بأن سقوطه فى هذا الفرض مبنى على كون تلك الامور من الحقوق القابله للرد أو من الاحكام غير القابل للرد.

و فيه: ان الكلام فى تبرى البائع، و البائع من عليه الحق لا من له الحق، فكيف يسقط. مضافا الى أنه يدخل فى بحث اسقاط ما لم يجب، بل الظاهر كما أفاده الشيخ أن مقتضى دليل ضمان تلك الامور بقاء الضمان بحاله، و لا وجه لسقوطها.

[ثم إن هنا أموراً يظهر من بعض الأصحاب سقوط الرد و الأرش بها]

اشاره

أقول: ثم ان الشيخ أفاد بأنه يظهر من بعض سقوط الرد و الارش بأمر:

(منها) زوال العيب قبل العلم به،

كما صرح به فى غير موضع من التذكرة.

و قال الشيخ قدس سره بأن الظاهر هو التفصيل بين الارش و الرد بالسقوط فى الثانى دون الاول، و ذلك لان العيب مع زواله و عدم بقائه لا يكون المشتري متصرفا فيه فلا وجه للرد. و أما الارش فهو غرريه حاصله من العيب الموجود فى المبيع و براءة ذمه المالك عنه بلا وجه لو لم يكن اجماع. و التحقيق ان يقال بعدم الفرق بين الارش و الرد، فان المدرك كما مر النص الخاص أو قاعده نفى الضرر، و مقتضى النص عدم الفرق بين الصورتين، و أما قاعده ان الزائد العائد كالذى لم يزل أو كالذى لم يعد ليس تحته شىء و لا ينطبق على برهان، فالعمده ظواهر الادله، و مقتضاها عدم سقوط شىء من الامرين. لاحظ روايه «١» زراره،

(١) الوسائل الجزء ١٢ الباب ٦ من ابواب الخيار الحديث ٢.

فان الاستفادة منها أن المبيع اذا كان به عيب للمشتري أن يرد، أعم من أن يزول، أو لا- يزول، و يؤكد أن مقتضى الارتكاز العقلاني هو الخيار مع العيب و البقاء ليس شرطا لجعل الخيار.

و لو فرض الشك فهل يجرى استصحاب الخيار؟ الظاهر لا، لا لعدم بقاء الموضوع، فان الموضوع الاستفادة من الروايه باق، بل لان المرجع عند الشك عموم وجوب الوفاء، مضافا الى أن الاستصحاب فى المقام يعارضه استصحاب عدم الجعل فى المقدار الزائد. نعم مقتضى عدم الانتقال الى الغير موافق لعدم الخيار.

(و منها) التصرف بعد العلم بالعيب.

و ما يمكن أن يكون وجهها لهذا المدعى أمران:

أحدهما- ان التصرف رضاء به و فيه: ان التصرف أعم من الرضا، فانه ربما يتصرف الشخص و لا يقصد الاسقاط.

ثانيهما- ان النص

الدال على جواز أخذ الارش مختص بالتصرف الذى يكون قبل العلم.

و فيه: انه ليس الامر كذلك، بل مطلق من هذه الجبهه كروايه «١» ابن سنان عن ابى عبد الله عليه السلام، فان مقتضى هذه الروايه سقوط الرد بالوطى و ثبوت الارش ان كان فى الامه عيب، أعم من أن يكون الوطى قبل العلم بالعيب أو بعده.

و ملخص الكلام فى المقام: انه لا وجه للسقوط على طبق الموازين الاوليه،

(١) الوسائل الجزء ١٢ الباب ٤ من احكام العيوب الحديث ١.

دراساتنا من الفقه الجعفرى، ج ٤، ص: ٣٣٥

...

فانه ما دام لم يسقط ذو الحق حقه لا يسقط حقه، و أما الاستناد الى ما ورد فى سقوط خيار الحيوان بالنص فقد مر أنه حكم تعبدى وارد فى مورد خاص.

و أما النصوص الوارده فى المقام فالمستفاد منها أن احداث الحدث يوجب سقوط الرد، و أما الارش فلا دليل على سقوطه بالتصرف بعد العلم، بل النصوص اما ساكته من هذه الجبهه و اما تدل باطلاقها على بقاء حق الارش كما ذكرنا.

و ربما يقال: انه لا وجه لضم مسقط الى مسقط آخر وعده مسقطا مستقلا.

و لكن يمكن رفع الاشكال بأن ظاهر ما يدل على سقوط الخيار بالتصرف اختصاصه بمورد لو لم يرد يأخذ الارش، و من ناحيه أخرى ان مقتضى دليل لا ضرر تحقق الخيار للمشتري، لأنه لو لم يأخذ الارش و لم يكن له حق الرد يتوجه اليه الضرر.

و أفاد الاستاذ بأنه ما المراد من الضرر، فانه لو كان المراد منه الضرر المالى فالمفروض أنه ليس ضررا ماليا، و ان كان المراد أنه خلاف الغرض الشخصى فهو و ان كان كذلك لكن الدليل الدال على سقوط الخيار بالتصرف يكون مخصصا لقاعده نفى

الضرر.

و التحقيق أن يقال: ان التصرف ان لم يكن احداثا لحدث فى المبيع و لم يقصد به الاسقاط فلا وجه للسقوط، و ان قصد به الاسقاط فلا مجال لهذا الاستدلال و ان كان مصداقا لإحداث الحدث فان قلنا بأن قاعده نفي الضرر ليس من شأنها اثبات الخيار فالامر ظاهر، و ان لم نقل بذلك فليس ما أفاده الاستاذ على ما ينبغي، لان احداث الحدث لو منع من الرد و يكون الامسك ضروريا لا- مانع من التمسك بالقاعده، اذ لو فرض أنه قد يتوجه الضرر و قد لا يتوجه تكون القاعده رافعه للضرر فيما يكون ضروريا.

دراساتنا من الفقه الجعفرى، ج ٤، ص: ٣٣٦

...

الا- أنه يقال: هذا خلف، فانه لو فرض أن تخلف الغرض الشخصى ضرر يكون الحكم بعدم الرد واردا فى مورد الضرر، و لا مجال لرفعه بالقاعده، اذ القاعده وارده فى مورد الضرر. و الذى يسهل الخطب أن تخلف الغرض الشخصى ليس ضررا فلا تشمله القاعده.

(و منها) حدوث عيب فى المعيب بعيب غير موجب لنقصان قيمه.

أفاد الشيخ قدس سره بأنه يشكل الحكم بسقوط الرد، لان المشتري يتضرر بامسك المعيب، و النص الدال على سقوط الرد بحدوث العيب يدل على سقوطه فيما يكون الرد موجبا للأرش، و فى المقام لا أرش، و لو فرض التعارض بين ضرر المشتري مع ضرر البائع بالصبر على المعيب بالمعيب الجديد يكون المرجع أصاله جواز الرد، فالقاعده تقتضى جواز الرد، الا- أن يمنع عنه الاجماع، و هو غير متحقق فى المقام، بل المفيد مخالف فى أصل المسأله.

و فيما أفاده قدس سره مواقع للنظر:

الاول- ان ما أفاده من أن المستفاد من النص أن سقوط الرد فيما يكون الارش ثابتا، فانه يرد عليه أولا أنه يستفاد من النص الوارد فى المقام كروايه زواره

أمران: أحدهما سقوط الرد بحدوث حدث في المبيع، و ثانيهما ثبوت ما به التفاوت بعنوان الغرامه على البائع. و أما الارتباط بين الامرين بحيث يكون سقوط الرد مشروطا بثبوت الارش فلا يستفاد فلاحظ، فلو فرض عدم نقص بواسطه العيب الموجود فلا موضوع للأرش كما هو ظاهر.

و ثانيا- انه لا- دليل على الرد الا النص الدال على الخيار على النحو الخاص و فيما لا يكون العيب موجبا للنقص، فلا دليل على الخيار.

و بعبارة اخرى: المستفاد من النص الوارد فى المقام أمور ثلاثة: ثبوت الرد بالعيب السابق، و سقوط الرد بحدوث الحدث، و ثبوت الارش. و هذه

دراساتنا من الفقه الجعفرى، ج ٤، ص: ٣٣٧

...

الامور مرتبط بعضها ببعضها الاخر، فلو قطع النظر عن النص الدال على الخيار بهذا النحو فليس لنا نص دال على ثبوت الخيار، و القاعده الاولى تقتضى اللزوم الا أن يتمسك بالشرط الارتكازى، و هو غير خيار العيب الثابت بالتعبد.

و أما حمل النص على الغالب، اذ الغالب فى العيب أن يكون موجبا للنقص فلا ينفى الخيار من الفرد النادر كما فى كلام الاستاذ. فغير سديد، اذ لو سلمنا كون النص ناظرا الى الغالب لا يكون للخيار فى الفرد النادر دليل.

الثانى - انه لا موقع للتمسك بحديث نفى الضرر، فانه على فرض دلالة على مذهب المشهور انما يشمل موردا يكون فيه ضرر، و المفروض أنه ليس فيه ضرر مالى، و أما الضرر الغير المالى - أى عدم ترتب نظر المشتري - فهو أمر مشترك بين جميع موارد السقوط، و حيث ان الدليل الدال على سقوط الرد ورد فى مورد الضرر لا مجال للتمسك بحديث نفى الضرر.

الثالث - أنه بعد تعارض الضررين لا تصل النوبة الى أصاله جواز الرد، فانه ان كان

لدليل الرد اطلاق يشمل المقام فهو و الا- المرجع عموم وجوب الوفاء بالعقد، فانه لا- تصل النوبه الى الاصل ما دام الاماره موجوده.

و الحق فى المقام أن يقال: انه لو كان الحدث الحادث فى المعيب بفعل المشتري يكون الرد ساقطا و لا أرش، لان المفروض عدم نقصان فى قيمه، و ان لم يكن بفعله يكون الرد جائزا غايه الامر يكون المشتري ضامنا للنقص الحاصل فيه حيث أنه فى ضمانه.

(و منها) ثبوت احدى مانعى الرد فى المعيب الذى لا يجوز أخذ الارش فيه لأجل الربا،

و المقصود من المانعين التصرف و حدوث العيب فى العين،

دراساتنا من الفقه الجعفرى، ج ٤، ص: ٣٣٨

...

و الكلام يقع تاره فيما يقتضى الحق و أخرى فيما أفاده الشيخ قدس سره و ثالثه استظهار مراد العلامه من كلامه.

أما الحق فى المقام كما ذكرنا سابقا ان أخذ الارش لا يرتبط بالربا فانه غرامه شرعيه و ليس داخلا تحت العنوان المحرم، و عليه لو سقط الرد تصل النوبه الى اخذ الارش بلا اشكال.

و أما الشيخ قدس سره فقد أفاد بأن المشتري لما أقدم على المعامله الربويه فقد أقدم على اسقاط أخذ الارش، فاذا تصرف خصوصا بعد العلم بالعيب تصرفا دالا على الرضا بفاقد الوصف لزم العقد.

و يرد عليه: ان الحكم الشرعى كذلك أول الكلام، و ثانيا لا يصدق الاقدام الا مع العلم بالحكم الشرعى، و ثالثا التصرف أعم من الرضا كما مر، و رابعا قد مر أن الرد يسقط فيما يثبت الارش فما أفاده غير تام.

ثم انه لو تنزلنا و قلنا بأن الارش لا يجوز أخذه للزوم الربا و قلنا بأن الرد يسقط و لو مع عدم الارش، فهل يمكن منع الرد بحديث نفى الضرر أم لا؟

ربما يقال: بأنه يمكن، اذ المفروض أنه توجه الى المشتري ضرر مالى غير قابل

للتدارك، فيجوز أن يدفع سقوط الرد بحديث لا ضرر. و لكن يرد عليه:

ان الضرر حصل بالمعامله و الخيار يتدارك بالضرر و حديث لا ضرر ينفي الضرر لا أنه يوجب التدارك.

و هذا فى المانع الاول و هو التصرف، و أما المانع الثانى - أى حدوث الحدث - فقد أفاد الشيخ بأنه لو قلنا بأن الرد يسقط حتى فيما لا يجوز أخذ الارش فيوجب سقوط الرد و الا فلا. و قد ظهر مما ذكرنا أن مقتضى القاعده المستفاده من روايه زواره أن الحدث لو كان بفعله يسقط الرد و لو لم نقل بجواز

دراساتنا من الفقه الجعفرى، ج ٤، ص: ٣٣٩

...

أخذ الارش، و قد عرفت أنه يجوز أخذ الارش لعدم الربا و ان لم يكن بفعل المشتري فلا مقتضى للسقوط.

و أما العلامه فقد ذكر فى التذكره وجها آخر لعدم جواز الرد، و هو انه اما يرد بلا زياده للنقص الحاصل و اما أن يرد مع شىء بدل عن الفأئ، أما على الاول فيلزم ضرر البائع و أما على الثانى فيلزم الربا، لان المردود حينئذ يزيد على وزن عوضه.

و أفاد الشيخ فى ذيل كلام العلامه و توجيه مقالته: بأن رد المعيب حيث أنه بفسخ المعاوضه - و مقتضى المعاوضه فى المقام ان لا يحصل شىء فى مقابل وصف الصحه - و جب رد العوض بلا زياده، و لذا يبطل التقايل مع اشتراط الزياده و النقيصه. و مراد العلامه بلزوم الربا اما فى العقد و اما فى الفسخ، و الاولى الاول.

هذا ملخص كلام الشيخ.

و يرد فيه: ان ظاهر كلام العلامه هو الثانى حيث قال: ان المردود يزيد وزنه مضافا الى أنه لا معنى لجعل العقد ربويا، فانه وقع غرريا، و الشىء لا ينقلب عما هو عليه،

فمراد العلامه لزوم الربا فى الفسخ. و هو أيضا غير صحيح، فان الفسخ لا- يكون معاوضه بل حل للعقد، و على فرض كونه معاوضه فانما يكون فيما تقايلا، اذ هو برضى الطرفين فيشبهه المعاوضه. و على فرض التنزل لا يكون الارش عوضا حتى يلزم الربا بل هو غرامه شرعيه لا يرتبط بالعوض.

و أما ما أفاده الشيخ من الفرق بين وصف الصحه فى الربويين و غيرهما فليس كذلك، فان وصف الصحه لا يقابل بالمال مطلقا، بل وصف الصحه دخيل فى زياده قيمه العين.

دراساتنا من الفقه الجعفري، ج ٤، ص: ٣٤٠

...

و محصل الكلام فى المقام: انه لا مانع من أخذ الارش، فانه ليس إلا غرامه شرعيه، و لا يرتبط بمسأله الربا، و ان ضمان المشتري للعيب الحادث ليس ضمانا معاوضيا بل ضمان يد، و لا ينافى كون العين ملكا للمشتري، كما أن تلف العين فى ملكه و مع ذلك لو فسخ يكون ضمان العين ضمان اليد لا ضمان المعاوضه و أما نسيان الكتابه فأیضا بحسب القاعده يوجب الضمان لكون اليد يد ضمان الا أن يقوم اجماع تعبدى على خلافه.

و مما ذكر ظهر ما فى كلام المصنف من الفرق بين المقام و بين المقبوض بالسوم بأن التلف فى الثانى يكون من مالكة و فى المقام يكون التلف فى ملك المشتري فلا يقاس أحد المقامين بالآخر. فان ما أفاده غير تام، اذ مقتضى الضمان بعد الفسخ أن يعتبر ملكا لمالكه ثم تلفه فيكون مثل المقبوض بالسوم.

(و منها) التأخير بمقتضى الخيار،

و ما ذكر فى وجه السقوط به أمران: أحدهما أن عدم اعمال الخيار اسقاط له، ثانيهما أنه لا دليل على التراخي، و مقتضى وجوب الوفاء بالعقد الاقتصار على القدر المتيقن.

و الذى يقتضيه التحقيق أن

يقال: ان مجرد عدم اعمال الخيار لا يقتضى سقوطه، و أما الاقتصار على القدر المتيقن و الاخذ بالعام فيما زاد و فيما شك ان كان صحيحا فانه لا تصل النوبه الى استصحاب حكم الخاص مع وجود العام، لكن نقول: مقتضى دليل الخيار بقاؤه متراخيا، و مقتضاه عدم السقوط الا أن يتحقق أحد المسقطات. نعم لو لم يستفد الاطلاق من دليل الخيار لا بد من الحكم باللزوم لوجوب الوفاء بالعقد، و أما الاجماع التعبدى فلا يتحقق، و على فرض التنزل و الالتزام بسقوط الرد بالتأخير فلا وجه لسقوط الارش.

و لا يخفى أن مسأله الغش من حيث حكمه التكليفي و الوضعي قد مرت

دراساتنا من الفقه الجعفري، ج ٤، ص: ٣٤١

قوله: مسائل في اختلاف المتبايعين (١).

في المكاسب المحرمه، فلا وجه لإعادتها، و لذا نرسل عنان الكلام الى التكلم في مسائل الدعاوى و اختلاف المتبايعين.

[مسائل في اختلاف المتبايعين]

اشاره

أقول: الكلام فيه يقع تاره في موجب الخيار و أخرى في مسقطه و ثالثه في الفسخ،

أما الاول [الاختلاف في موجب الخيار]

اشاره

ففيه مسائل:

(الأولى) لو اختلفا في أصل العيب و عدمه و لم يمكن تبين الحال لتلف أو غيره،

فالقول قول منكره مع يمينه. و الوجه فيه ظاهر و لا يحتاج الى البحث فانه بحسب الطبع الاولى المدعى للخيار هو المشتري و عليه اقامه البيئه، و المفروض عدم امكانها.

(الثانيه) انه لو اختلفا في كون الشيء عيبا و تعذر تبين الحال،

أفاد الشيخ بأن حكمه كسابقه. نعم لو علم بأنه نقص يكون للمشتري الرد، و أما الارش فلا لأصالة البراءه.

لا يخفى أنه لو قلنا بأن مطلق ما يوجب النقص في العين يكون عيباً فلا موضوع لهذا البحث كما هو ظاهر، و أما لو قلنا بأن العيب أخص من النقص فهذا البحث مجال، و لذا يتوجه اشكال الى الشيخ، و هو: أنه لا وجه للفرقه بين جواز الرد و عدم جواز أخذ الارش، فان الموجود في العين اما عيب و اما ليس عيباً، أما على الاول فيترتب عليه الامران، و أما على الثاني فلا عليه شىء منهما.

و أما الحكم بالخيار بمقتضى تخلف الشرط كما في كلام الاستاذ على ما في التقرير، فيرد عليه أن الكلام في الخيار الثابت بحكم الشرع لا المجعول بجعل المتعاقدين. و التحقيق أن يقال: بأنه مع الاختلاف بينهما في كون الموجود

دراساتنا من الفقه الجعفرى، ج ٤، ص: ٣٤٢

...

عيباً و عدمه القول قول منكر الخيار، لأصالة عدم كونه عيباً، فان العين قبل وجودها لم تكن معيوبه و الاصل عدم تكونها معيوبه أيضاً، و مع احراز الموضوع بهذا الاصل يكون عموم وجوب الوفاء محكماً. نعم لو أنكرنا جريان الاصل فى الاعدام الازليه أو لم يجر الاصل لجهه أخرى لا يمكن التمسك بدليل وجوب الوفاء، لكن مقتضى الاستصحاب أيضاً عدم الخيار، فان استصحاب بقاء الملكيه بعد الفسخ معناه عدم الخيار، كما أن مقتضى أصالة عدم الانتقال بعد الفسخ معناه عدم تحقق الخيار كما هو ظاهر.

و ربما يقال:

بأن ما أفيد انما يتم فيما لو كانت الحالة السابقه الصحه أو يكون المبيع مجهول الحال، و أما لو كانت الحالة السابقه العيب و كان المبيع معيبا فمقتضى استصحاب بقاء العيب وقوع العقد على المعيب و يكون القول قول المشتري و يثبت له الخيار.

و الذى ينبغى أن يقال فى هذا المقام: ان الموضوع للحكم اذا كان أمرا بسيطا كعنوان تخلف الشرط مثلا لا يمكن احرازه الا بالاصل المثبت، و أيضا لو كان الموضوع مركبا من المعروض و العرض و كان الاتصاف دخيلا- فى الموضوع لا- أثر للاستصحاب، فانه مثبت. و أما لو كان الموضوع مركبا بحيث يستفاد من الدليل أنه اذا تحقق هذا المركب بحيث لا- يكون الدخيل فى الموضوع الا وجود هذه الاجزاء فطبعاً يترتب على استصحاب بقاء العيب تماميه الموضوع، و المستفاد من قوله عليه السلام «ايما امرء اشترى شيئا و به عيب و عوار» أن الموضوع للخيار تحقق شراء شىء و وجود عيب فى ذلك الشىء، فبركه الاستصحاب يحرز بقاء العيب فى الشىء فيصدق موضوع الخيار، فانه من موارد احراز الموضوع بعضه بالوجدان و بعضه الاخر بالاصل.

دراساتنا من الفقه الجعفرى، ج ٤، ص: ٣٤٣

...

(الثالثه) لو اختلفا فى حدوث العيب - بأن قال أحدهما أنه حدث فى ضمان البائع و الآخر ينكره

اشاره

و هذا يتصور بنحوين: لأنه تاره يدعى المشتري أن العيب حدث قبل العقد و أخرى يعترف بحدوثه بعد العقد لكن يدعى حدوثه قبل القبض، و على كلا- التقديرين القول قول منكر الخيار لكونه موافقا للأصل، فالاصل عدم تحقق عيب و عوار قبل القبض و الخيار.

ان قلت: لا يثبت صحه البيع بالاصل المذكور الا بالاصل المثبت.

قلت: انا لا نثبت الصحه بالاصل حتى يكون مثبتا، بل نفى العيب و هو كاف لإثباته.

ان قلت: يمكن أن يقدم قول المشتري بأصالة عدم تحقق

العقد الى حين حدوث العيب.

قلت: مضافا الى أنه مثبت أنه معارض بأصالة عدم تحقق العيب الى حين العقد، حكى عن ابن جنيد: ان ادعى البائع أن العيب حدث عند المشتري حلف المشتري ان انكره لكونه موافقا للأصل. و قرب المصنف الاصل المذكور بوجه ثلاثة: الاول أصالة عدم تسليم البائع العين الى المشتري على الوجه المقصود، الثانى أصالة عدم استحقاق البائع تمام الثمن، الثالث أصالة عدم لزوم العقد.

الا- أن الوجوه الثلاثة مخدوشة كلها، أما الاول ففيه: أولا انه لا يثبت الخيار للمشتري الا بالقول على الاصل المثبت، و ثانيا منشأ الشك فيه عبارته عن حدوث العيب فى المبيع و عدمه، و أصالة عدمه محكم على أصالة تسليم البائع العين على الوجه المقصود.

دراساتنا من الفقه الجعفرى، ج ٤، ص: ٣٤٤

...

و أما الثانى: فانه لا شك فى استحقاق البائع تمام الثمن، و أما ما يؤخذ منه عند كون المبيع معيوباً غرامه شرعيه، مضافا الى أن الاصل المذكور لا- يجرى فى المقام، لوجود الاصل السببى المقدم عليه، و هو أصالة عدم حصول العيب الى حين العقد و القبض.

و أما الثالث: فان مقتضى وجوب الوفاء لزوم العقد، مضافا الى أن من آثار عدم لزمه جواز الانتقال بفسخ الاخر، و هو منفى بأصالة عدم الانتقال. فتحصل أن قول المنكر- و هو البائع- مقدم باليمين.

ثم ان العلامة قدس سره قال فى التذكرة: بأنه لو أقام أحدهما البيه عمل بها، و لو أقاما بينه عمل بينه المشتري، لان القول قول البائع لأنه منكر، فالبيه على المشتري.

و ما أفاده قدس سره مبنى على سقوط اليمين عن المنكر، و هذا محل الكلام بين الاعلام، فان قلنا بأن وظيفه المنكر اليمين بمقتضى قوله «البيه على المدعى و

اليمين على من أنكر» فانه يستفاد منه اختصاص البيئه بالمدعى و اختصاص اليمين بالمنكر فلا أثر لإقامه البيئه كما هو ظاهر، و أما لو قلنا بأن ما يختص بالمدعى مطالبته بخصوص البيئه و أما بالنسبه الى المنكر فيقبل منه كل من الامرين فله اقامه البيئه كما أن له اليمين، و عليه لو قاما بينه فربما يقال بتقديم بينه المنكر لاعتضادها بالاصل، و ربما يقال بتقديم بينه المدعى لاختصاصها به.

و فى كلا الوجهين نظر: أما الاول فلان الاصل اما غير محرز و اما محرز، اما على الاول فلا وجه للتعاقد، فانه وظيفه للشاك و لا يكون كاشفا عن الواقع فأين التعاضد، و أما على الثانى فأیضا لا- ترجیح لعدم الدليل، و أما الثانى ففيه أن مجرد اختصاص المدعى بالمطالبه بالبيئه لا يدل على رجحان بينته، بل مقتضى

دراساتنا من الفقه الجعفرى، ج ٤، ص: ٣٤٥

...

التعارض الواقع بينهما التساقت و الرجوع الى أصل آخر لفظى أو عملى، و لكن فى المقام روايات تدل على تقديم بينه الخارج.

ثم ان الشيخ قدس سره أفاد بأنه لو حلف البائع لا بد أن يحلف على عدم تقدم العيب أو على نفى استحقاق الرد و الارش فيما اختبر المبيع و اطلع على خفايا أمره، كما يحلف على الاعسار و العداله بعد الاختبار، و أما لو لم يختبر المبيع فهل يجوز له الحلف استنادا الى أصله عدم التقدم؟ وجه احتمله فى جامع المقاصد.

و أورد عليه الاستاذ دام ظله على ما فى التقرير: بأنه لا وجه له أصلا، اذ الانكار لا بد أن يتعلق بما يدعيه المدعى، فلو ادعى زيد أن تلك الدار الكذائيه ملك له و المنكر يحلف أن ذلك البستان ليس له فلا شبهه

فى عدم ترتب أثر على هذا الحلف. و من الظاهر أن الحلف المستند الى الاصل حلف على الحكم الظاهرى المستفاد من الاصل و المدعى يدعى الحكم الواقعى، ففى المقام ان المدعى يدعى أن لى الخيار واقعا و المنكر يحلف بأنه ليس لك الخيار ظاهرا.

اذا عرفت هذا نقول: تاره يدعى المدعى كون الطرف عالما بالحال، فانه لا شبهه فى كفايه الحلف على نفى العلم. و الوجه ظاهر و أما لو ادعى الواقع ففيه وجوه: منها جواز الحلف على البت على نفى المدعى، و منها ايقاف الدعوى، و منها الحلف على نفى العلم، و منها رد الحلف الى المدعى.

اذا عرفت ذلك نقول: الظاهر أنه لا مانع من الحلف مستندا الى الاصل فيما يكون الاصل محرزا كالأستصحاب، و قاعده الفراغ و التجاوز ان لم تكن، أماره و ذلك لما قررنا فى الاصول من قيام الاستصحاب مقام القطع الطريقي، و يؤيده ما ورد «١»

(١) الوسائل، الجزء ١٨ الباب ١٧ من أبواب الشهادات.

دراساتنا من الفقه الجعفرى، ج ٤، ص: ٣٤٦

قوله: فرع لو باع الوكيل فوجد المشتري عيبا يوجب الرد رده على الموكل (١).

عنهم عليهم السلام من جواز الشهاده مستندا الى الاصل، فانه لو كانت الشهاده جائزه مستنده الى الاصل فيجوز الحلف، و الانكار بطريق أولى.

لكن الانصاف أن فى الاولويه نظرا لكن يكفى لجواز الاستصحاب و قيامه مقام القطع.

ثم أنه هل يفرق بين المقام و بين الحلف على الطهارة مستندا الى أصله الطهارة، ربما يقال كما أفاده الشيخ بأنه يجوز فى مورد الطهارة بتقريب: ان المفهوم من الطهارة فى استعمال المشرعه ما يعم غير معلوم النجس.

هذا، و لكن الحق عدم الفرق، فانه اذا كان البحث عن مقام الاثبات فيتناسب أن يقال بأن

المتفاهم من هذا اللفظ كذا، و أما البحث فى المقام ليس كذلك، بل البحث يكون فى أنه يجوز الحلف على عدم ما يدعيه المدعى مستندا الى الاصل أم لا، و لا بد فيه من التفصيل بين الاصل المحرز و غيره.

و أما ما أفاده قدس سره من الاستناد الى روايه حفص «١» فهو يدل على جواز الحلف بالملكيه مستندا الى اليد، و من الظاهر أن اليد أماره لا اصل.

فظهر مما ذكرنا أنه يجوز الحلف مع الاصل التنزيلي و عدمه مع عدمه، و عليه لا وجه للاكتفاء بالحلف على نفي العلم، كما أنه لا وجه لايقاف المدعى، فلا بد من اعمال موازين القضاء بأن يحلف أو ينكل، و على فرض النكول يرد الحلف الى المشتري.

[فرع لو باع الوكيل فوجد المشتري عيبا يوجب الرد ده على الموكل]

أقول: و الوجه فيه واضح، فانه المالك و الوكيل نائب عنه انتهت وكالته

(١) الوسائل، الجزء ١٢ الباب ٨ من ابواب أحكام العيوب، الحديث ١.

دراساتنا من الفقه الجعفرى، ج ٤، ص: ٣٤٧

...

بالباع. و لا يخفى أن نظره قدس سره الى الوكاله الموقتة لا حتى بعد العقود فى الشئون المتعلقة بالمال، و لو اختلف الموكل و المشتري فى قدم العيب و حدوده يحلف الموكل على عدم التقدم، و لا يقبل اقرار الوكيل بقدمه لان المفروض أنه أجنبي عنه.

ان قلت: لا بد من قبول قوله لقاعده من ملك شيئا ملك الاقرار به.

قلت: فان كون العين معيبا أو غير معيب لا- يرتبط بمورد وكالته، فانه وكيل فى البيع و مالك للبيع، فلا بد من العمل على طبق الموازين الاوليه. و اذا كان المشتري جاهلا- بالوكاله و لم يتمكن الوكيل من اقامه البينه، فادعى المشتري على الوكيل بقدم العيب، فان اعترف الوكيل بالتقدم لم يملك الرد الى الموكل،

لان اقراره ادعاء على الموكل و لا- يقبل الا بالبينه، و له احلاف الموكل على عدم السبق، فلو رد اليمين و حلف الوكيل أُلزم الموكل. و لو أنكر الوكيل التقدم حلف ليدفع عن نفسه الظلامه التي تلزمه لو اعترف و لم يتمكن من الرد على الموكل، اذ الموكل لو اعترف يرد اليه.

و هل للمشتري تحليف الموكل؟ الظاهر لا لان المشتري يدعى الوكيل و ادعاؤه عليه يستلزم انكاره بالنسبه الى الموكل و تحليفه اقرار منه، لكن يمكن أن يقال: فرق بين صوره ادعاء القطع بأن البائع مالك فلا يجوز و بين صوره عدم القطع و الاخذ باليد فيجوز احلاف كل منهما، لكن احلاف كل منهما يسقط الحق، و لا يجوز له احلاف الاخر لان الدعوى واحده.

ثم لو لم يحلف الوكيل و نكل فحلف المشتري اليمين المردوده و رد العين على الوكيل، فهل للوكيل ردها على الموكل؟ وجهان، بناهما فى القواعد على حسب نقل الشيخ قدس سره على أن اليمين المردوده كالبينه فينفذ فى حق

دراساتنا من الفقه الجعفرى، ج ٤، ص: ٣٤٨

قوله: الرابعه لو رد سلعه بالعيب فانكر البائع أنها سلعته قدم قول البائع (١).

الموكل، أو كإقرار الوكيل فلا ينفذ.

و يمكن أن يقال كما عن جامع المقاصد: بأن كونه كالبينه لا يستلزم نفوذه فى مورد الموكل، لان المفروض أن الوكيل معترف بعدم سبق العيب، الا- أن يكون مستنده فى النفى الاصل، فلا- يتوجه الاشكال من ناحيه الاقرار، لان الاقرار مبنى على الاصل العملى الذى لا موضوع له مع الاماره.

و عن مفتاح الكرامه أن الاعتراض مبنى على كون اليمين المردوده كبينه الراد، و ما يختلج بالبال أنه لو كان انكاره مبني على العلم فلا يجوز له الرد على الموكل،

لأنه معترف بعدم السبق، و أما لو كان مبنيًا على الاصل فبعد قيام البيه لا مجال للإشكال، لأنه مع البيه لا موضوع للأصل.

[الرابعه لو رد سلعه بالعيب فانكر البائع أنها سلعته قدم قول البائع]

أقول: و الوجه فيه أنه مقتضى أصاله عدم ثبوت حق للمشتري عليه، و بقاء الملكيه بعد الفسخ. هذا فيما يكون الاختلاف في أصل الخيار، و أما لو لم يكن في أصل الخيار، لكن البائع ينكر أن العين المردوده ملكه و يقول بأنه بدل العين المبتاعه بغيرها، فاحتمل العلامه في التذكره و القواعد أن القول قول المشتري، و نسبه في التحرير الى القيل لاتفاهما في أصل الخيار و احتمال أن القول قول البائع.

و أفاد الاستاذ على ما في التقرير بأن المقام يفترق عن المسأله السابقه، اذ في المقام أصل الخيار معلوم، و مع وجود الخيار للمشتري فسخ العقد، و بعد الفسخ تنتقل العين الى البائع و الثمن الى المشتري، غايه الامر ان البائع يدعى خيانه المشتري و عليه الاثبات. نعم لو لم يدفع المشتري العين للبائع أن يملك

دراساتنا من الفقه الجعفري، ج ٤، ص: ٣٤٩

...

الثمن تقاصا، لكن المفروض أن المشتري يدفع العين، فعلى البائع اقامه البيه فالقول قول المشتري، و ما أفاده العلامه تام.

و فيه: أن ثبوت الخيار ليس ملازما لكون المدفوع عين المبيع، و الاصل يقتضى عدم كون المدفوع مبيعا فكيف يكون القول قول المشتري، و أصاله عدم خيانه المشتري لا تقتضى كون المدفوع هو المبيع الا بتقريب الاثبات.

و أفاد السيد فى الحاشيه بأنه يمكن الفرق بين الفرعين بأنه مع ثبوت الخيار فكأن البائع جعل المشتري أمينا و ليس على الامين الا اليمين، و لا يجوز اتهامه بخيانه فى التبديل، بخلاف الفرع الاول حيث أن الخيار ليس مورد الاتفاق، و فى آخر كلامه

أمر بالتأمل بقوله: فتأمل.

و فيه: انه ليس هذا التقريب تاما، فان العين ملك للمشتري لا أنها أمانه عنده و لا وجه لقبول قوله، و الظاهر أن السيد لم يرتضى به، بل مقصوده مجرد ابداء الاحتمال.

و أما توجيه كلام العلامة بأن ظاهر حال المسلم عدم الخيانه، ففيه:

أولا- أنه يمكن أن يفرض المشتري غير مسلم، فالدليل أخص من المدعى.

و ثانيا- ان هذا الاصل لو كان مؤثرا يلزم الحكم بعداله جميع المسلمين ما دام لم يحرز فسقهم، و هو كما ترى. و منه ظهر أنه لو كان المراد أن الخيانه خلاف الاصل، فأیضا لا- أثر له، لان الاصل و ان كان مقتضيا لعدم الخيانه لكن لا يثبت به كون العين المدفوعه هي العين المبيعه. و أما أصاله بقاء الخيار لا تقتضى ابقاء هذا الحق للمشتري و لا ملازمه بين بقاء الخيار و كون هذا العين هي العين المعهوده. نعم لو علمنا من الخارج بأنه لو كان الخيار باقيا يكون العين هي العين المعهوده و قلنا بأن الاصل يثبت لوازمه لكان لهذا المقال مجال، و لكن

دراساتنا من الفقه الجعفري، ج ٤، ص: ٣٥٠

قوله: و أما الثاني و هو الاختلاف في المسقط ففيه أيضا مسائل (١).

كيف يمكن الالتزام به.

[أما الثاني و هو الاختلاف في المسقط]

الاولى: لو اختلفا في علم المشتري بالخيار

فالقول قول منكر العلم فيثبت الخيار، و هذا ظاهر لا يعتريه ريب.

الثانية: انه لو اختلفا في زوال العيب قبل العلم به

بأن قال أحدهما ببقائه و ثبوت الخيار و قال الاخر بزواله قبل العلم بناء على أن زواله قبل العلم في حكم عدم العيب- يقدم قول مدعى الخيار، اذ العيب مطلقا يقتضى الخيار، غايه الامر لو زال قبل العلم لا يثبت.

و أما لو اتفقا على العيب لكن عرض عيب آخر للعين عند المشتري ثم زال أحدهما فقال البائع الزائل هو العيب القديم فلا خيار لا ردا و لا أرشا، لان العين ليست قائمه بعينها، و قال المشتري الزائل هو العيب الحادث فلى الرد و الارش.

ربما يقال: بأن القول قول المشتري، لأن مقتضى الاصل بقاء العيب القديم، ولا يعارضه بقاء العيب الحادث، لأن بقاء العيب الحادث لا يثبت زوال القديم الا بنحو الاثبات.

و لكن يرد فيه بناء على مسلك القوم بأن شرط جواز الرد بقاء العين بعينها، وهذا الشرط غير معلوم، و استصحاب بقاء العيب الحادث لا يثبت هذا العنوان الاعلى نحو الاثبات، فلا حق للمشتري الا أخذ الارش، و عن الشافعي التحالف بتقريب أن مقتضى أصاله بقاء القديم ثبوت الرد و الارش و مقتضى أصاله بقاء الجديد الارش و سقوط الرد، فيسقط ادعاء منهما و يثبت مقتضى الاصل، و هو الارش لأنه القدر المتيقن و لا يلزم مخالفه عمليه.

دراساتنا من الفقه الجعفري، ج ٤، ص: ٣٥١

...

و هذا التقريب غير تام، لأن المشتري ينفي الرد و الارش، اذ يدعى زوال العيب القديم، و البائع يدعى زوال العيب الحادث فيدعى عدم مانع من الرد، فليس في البين قدر معلوم. نعم يمكن تقريب المدعى بأن يقال مقتضى تعارض القولين تساقطهما، فتصل النوبه الى الاصل، و الاصل

بقاء الارش بعد التساقط.

و الحق أن يقال: ان أصاله بقاء العيب السابق يقتضى الرد و الارش و أصاله بقاء العيب الجديد لا يعارضه، لأنه على ما سلكناه لا يشترط فى اعمال الخيار بقاء العين بحالها. نعم لو قلنا بأن زوال العيب القديم يقتضى سقوط الخيار فاستصحاب بقاء العيب الجديد يستلزم ارتفاع العيب القديم بالاستلزام العقلى، لكن لا أثر لهذا الاصل لأنه مثبت.

الثالثه: لو كان عيب مشاهد غير المتفق عليه فادعى البائع حدوثه عند المشتري فالخيار ساقط و ادعى المشتري سبقه فالخيار باق،

فعن الدروس انه كالعيب المنفرد بأن القول قول البائع.

و فيه: انه فرق بين المقامين، اذ فى ذلك النزاع يكون القول قول البائع لأنه ينكر الخيار و الاصل عدمه، و فى المقام الخيار قطعى و الكلام فى مسقطه.

و من الظاهر ان أصاله تأخر الحادث لا يثبت حدوثه عند المشتري الذى يكون موضوعا للحكم، بل القدر المستفاد من الاصل عدم تقدمه.

ثم لو ادعى البائع زياده العيب عند المشتري و أنكره المشتري، القول قول المشتري. و لا يخفى أن الكلام فيما يكون الاختلاف فى الزياده، و أما لو كان الاختلاف فى أصل الزياده فلا شبهه فى أن القول قول المشتري.

و لا يخفى أن ما ذكرناه من الاشكال من أن احراز قيام العين بحالها فى غايه الاشكال، فان هذا العنوان لا يحرز الا أن يقال: بأن أصاله بقاء العين على

دراساتنا من الفقه الجعفرى، ج ٤، ص: ٣٥٢

...

ما كانت تقتضى جواز الرد بدون أن يتوجه اشكال الاثبات.

الرابعه: لو اختلف فى البراءه

بأن ادعى البائع انا برئت من كل عيب فيه و انكره المشتري، قدم قول المشتري لأصاله عدم البراءه. نعم فى المقام روايه تدل على تقديم قول البائع، و هى مكاتبه جعفر بن عيسى قال: كتبت الى ابى الحسن عليه السلام: جعلت فداك المتاع يباع فيمن يزيد فينادى عليه المنادى فاذا نادى عليه برئ من كل عيب فيه، فاذا اشتراه المشتري و رضيه و لم يبق الا نقد الثمن فربما زهد فيه، فاذا زهد فيه ادعى عيوبها و أنه لم يعلم بها فيقول له المنادى قد برئت منها فيقول المشتري لم أسمع البراءه منها أ يصدق فلا يجب عليه أم لا يصدق؟

فكتب عليه السلام: ان عليه الثمن ... «١».

و استشكل الأردبيلي بأنها لا يلتفت اليها

لضعفها مع الكتابه و مخالفه القاعده و قال المصنف فى مقام رده: و فيه نظر، لعل كان وجه النظر ان الكتابه لا تضر و أما الضعف فقد انجبر بعمل الاصحاب. و فيه: قد عرفت ان ضعفه لا ينجبر به.

ذهب الكفايه الى أن الروايه مؤيده لقاعده البيئه على المدعى و اليمين على من أنكر، و قد تنظر الشيخ فيه. يمكن أن يكون وجه النظر أن الروايه على خلاف القاعده المشار اليها، لان المدعى فى المقام هو البائع لا المشتري و ما أفاده متين فى المقام.

و فى الحدائق كلام فى المقام، و هو: أن الروايه تكون على خلاف القاعده الداله على تقديم قول المشتري، لان انكار المشتري انما وقع مداله لعدم رغبته فى المبيع و الا فهو عالم بتبرى البائع، و أما عليه السلام انما ألزمه بالثمن من هذه الجهه.

(١) الوسائل، الجزء ١٢ الباب ٨ من ابواب احكام العيوب، الحديث ١.

دراساتنا من الفقه الجعفرى، ج ٤، ص: ٣٥٣

قوله: و أما الثالث ففيه مسائل (١).

و فيه: أن ما ذكره خلاف ظاهر الروايه، فان ظاهرها استعلام من يقدم قوله و ربما استشكل أيضا على دلالة الروايه أن البراءه من العيوب عند نداء المنادى لا يجدى، لأنه وقع قبل الايجاب، فان البراءه يعتبر وقوعها فى متن العقد.

و فيه: أنها و ان لم تذكر فى متن العقد صريحا الا أن المعامله وقعت مبنيه عليها و هو كاف فى المقام. و الحاصل ان الروايه من حيث الدلاله لا بأس بها الا أنها ضعيفه بجعفر بن عيسى فانه لم يوثق.

الخامسه: لو ادعى البائع رضى المشتري به بعد العلم أو اسقاط الخيار أو تصرفه فيه أو حدوث عيب عنده و أنكره المشتري

فالقول قول المشتري مع حلفه، لأصالة عدم هذه الامور.

[و أما الثالث فى اختلاف المتبايعين فى الفسخ]

اشاره

أقول: يقع الكلام فى اختلاف المتبايعين فى الفسخ فى ضمن مسائل:

(الاولى) لو اختلفا فى الفسخ فادعاه المشتري و انكره البائع،

تاره يكون الدعوى فى زمن الخيار و اخرى بعد انقضاء زمان الخيار. أفاد المصنف ان كان الخيار باقيا للمشتري انشأ الفسخ، و هذا الكلام بظاهره غير صحيح، لان الكلام فى ادعائه الفسخ لا فى جواز إنشائه و عدمه.

و نقل عن الشهيد أن اخباره بالفسخ إنشاء للفسخ. و فيه: انهما امران متغايران لا يرتبط أحدهما بالآخر، نعم يمكن أن يستدل على المطلوب- و هو تقديم قول المشتري- بقاعده من ملك شيئا ملك الاقرار به، فان المشتري مالك للفسخ فاقراره به نافذ.

هذا كله اذا وقع الخلاف فى صورته بقاء الخيار، و أما اذا كان ذلك بعد انقضاء الخيار فهل يكون اخبار المشتري عن الفسخ نافذا أم لا؟ أفاد المصنف

دراساتنا من الفقه الجعفرى، ج ٤، ص: ٣٥٤

...

أن مدعى الفسخ يحتاج فى اثبات ذلك الى اليينه. ربما يقال أنه يتمسك للمقام بقاعده الاقرار فلا يحتاج الى اليينه.

و فيه: أنه لا- يمكن التمسك بالقاعده المذكوره فى المقام، لأنها مختصه بما اذا كان امر الشىء بيد المقر فكان اقراره نافذا بالنسبه اليه، و أما اذا لم يكن أمره بيده فاقراره غير نافذ، و المقام من قبيل الثانى، لان المفروض أن الخلاف وقع بعد انقضاء الخيار فليس أمر الفسخ بيد المشتري بعد انقضاء زمان الخيار حتى يكون اقراره نافذا.

و استدل المصنف قدس سره لنفوذ قول المشتري ببعض الاخبار «١» الوارده فيمن أخير بعث مملوكه ثم جاء العبد يدعى النفقه على ايتام الرجل و انه رق لهم، و هو ما رواه محمد بن عبد الله الكاهلى قال: قلت لأبى عبد الله عليه السلام كان لعمى غلام فأبى فأتى الانبار فخرج اليه عمى ثم

رجع. فقلت: ما صنعت يا عم في غلامك؟ قال: بعته. فمكث ما شاء الله، ثم ان عمى مات فجاء الغلام فقال: «انا غلام عمك و قد ترك عمى أولادا صغارا و أنا وصيهم. فقلت: ان عمى ذكر أنه باعك. فقال: ان عمك كان لك مضار و أكره أن يقول لك فتشمت به، و أنا و الله غلام بنيه. فقال عليه السلام: صدق عمك و كذب الغلام فأخرجه و لا تقبله.

و استشكل السيد على الاستدلال بالروايه بأنه قضيه فى واقعه، فلعله كان مطلعاً على كذب الغلام.

و فيه: أنه خلاف الظاهر فلا يصار اليه الا بالدليل، الا أنه مع ذلك لا يمكن الاستدلال بالروايه، لأنه يمكن أن يكون ذلك من باب قاعده الاقرار حيث أن العم فى حال حياته أقر بنفى الرقيه.

(١) الوسائل، الجزء ١٣ الباب ٢٦ من أبواب بيع الحيوان، الحديث ١.

دراساتنا من الفقه الجعفرى، ج ٤، ص: ٣٥٥

...

ثم انه اذا لم يثبت الفسخ فهل يثبت للمشتري المدعى للفسخ الارش أم لا؟

و الظاهر ثبوته، و لكنه يشكل حيث انه مقر بعدم استحقاق الارش. و يمكن أن يقال كما نقل عن الدروس بأنه يحتمل أن يأخذ أقل الامرين من الارش و ما زاد على قيمه بأنه يؤخذ مقدار قيمه العين تقاصاً، و يرد عليه أقل المقدارين لأنه راجع اليه على كل تقدير.

(الثانيه) انه لو اختلفا فى تأخر الفسخ فيما يكون الخيار فورياً،

ففى تقديم مدعى التأخير لبقاء العقد أو تقديم مدعى الفوريه لأصالة صحه الفسخ؟ وجهان.

و الحق أنه يقدم قول مدعى صحه الفسخ، لا- من جهه أصالة الصحه، فان جريان أصالة الصحه موقوف على ثبوت الحق و المفروض أن صدور الفسخ لم يعلم زمانه، و يمكن أن يكون واقعا بعد مضى زمان الخيار، بل من باب استصحاب بقاء

حق الخيار الى زمان الفسخ. و لا يعارضه استصحاب عدم الفسخ، لأنه لا يترتب عليه الاثر الا بعد اثبات وقوعه بعد مضى زمان الخيار، و هذا مرجعه الى الاصل المثبت.

لكن يمكن أن يقال: بأنه يكفي استصحاب عدم الفسخ الى حين مضى زمان الخيار، فانه يكفي، اذ مقصود المنكر اثبات بقاء الخيار، فالمقام مقام التداعي.

و لو كانا متفقين فى زمان الفسخ و اختلفا فى زمان العقد، فرما يقال: بأن الاصل تأخر العقد، لكن لا يترتب عليه وقوع الفسخ فى أول زمان الخيار الاعلى نحو الاثبات.

(الثالثه) لو ادعى الجهل بالخيار أو بالفوريه يسمع قوله ان احتمل،

وربما

دراساتنا من الفقه الجعفرى، ج ٤، ص: ٣٥٦

قوله: القول فى ماهيه العيب (١).

يفصل بين الجهل بالخيار و فوريته بعدم السماع فى الاول و السماع فى الثانى.

[القول فى ماهيه العيب]

لا- يخفى أن العيب الذى يكون مدار الحكم أمر عرفى كبقية الموضوعات العرفيه، و الظاهر أن المعيار بحسب الطبع الاولى ما يكون موجبا لنقصان المالىه أعم من أن يكون أمرا أصاليا أو تبعيا، و أعم من أن يكون بالزياده أو بالنقصه و أعم من يكون عينيه أو وصفيه.

ثم انه أفاد السيد فى الحاشيه بأن العيب فى حد نفسه غير العيب فى مقام المالىه، فلو فرض ان عيبا لا يوجب نقصانا فى المالىه لترتب الغرض المطلوب منه لا يوجب الخيار لانصراف الادله الى العيب الموجب لنقصان القيمه. و لكن ليس الامر كذلك، فان الميزان بصدق العيب. نعم لا يثبت فى مفروضه الارش لعدم موضوعه.

ان قلت عليه: كيف عرفتم العيب بالنقص الموجب لنقصان القيمه.

قلت: هذا بحسب الطبع الاولى و بحسب الغالب، و من الظاهر أن مثل هذه التعريفات لفظيه لا حقيقيه و ارجاع الى الفهم العرفى. و لا يخفى أيضا أنه ربما يكون شىء عيبا بالنسبه الى بلده دون أخرى أو فى زمان دون آخر فلكل حكمه. و الحاصل انه كبقية الموضوعات تختلف بحسب الازمان و الامكنه.

و حيث ان القضيه حقيقيه يلزم ملاحظه صدق الموضوع، فكلما صدق يترتب عليه الحكم و الا فلا. نعم اذا ثبت بالدليل المعبر

فى مورد نفا و اثباتا نأخذ بذلك المورد، و فى المقام روايه «١» استفاد منها أن العيب عباره عن الزيادة أو النقيصه من الخلقه
الاصليه، و هى ما رواه السيارى، و محل الشاهد فى الروايه ما عن النبى صلى الله عليه و آله

أنه قال: «كل ما كان في أصل الخلقه فزاد أو

(١) الوسائل، الجزء ١٢ الباب ١ من ابواب أحكام العيوب.

دراساتنا من الفقه الجعفري، ج ٤، ص: ٣٥٧

قوله: القول في الارش (١).

قوله: ثم ان ضمان النقص تابع في الكيفيه لضمان المنقوص (٢).

نقص فهو عيب»، و هذه روايه ضعيفه بالسيارى و ارسالها.

[القول في الأرش]

إشارة

أقول: لا- يبعد أن يكون الارش في اللغه عباره عن المال الذى يجبر به نقص حاصل في المال أو البدن، و المراد بالنقص نقص وصف الصحه، كما أن أجره المثل اسم لعوض المنفعه الفائته، و القيمه اسم لبدل العين الفائته.

و بعباره أخرى: هذه الثلاثه داخله تحت جامع واحد، و هو المعبر عنه بالعوض فان كان العوض عوضا للعين تسمى «قيمه»، و ان كان منفعه تسمى «اجره»، و ان كان وصف صحه تسمى «ارشاً».

فعليه يكون المعنى الشرعى مطابقا للمعنى اللغوى، اذ يطلق في الشرع على عوض وصف الصحه الفائت، أعم من أن يكون ذلك النقص في البدن أو في المال و لم يكن له مقدار في الشرع.

[في أن ضمان النقص تابع في الكيفيه لضمان المنقوص]

أقول: يقع البحث في أن هذا الضمان ضمان يد أو ضمان معاوضه أو ضمان ثالث، و لا وجه لكونه من ضمان اليد، اذ المفروض أن العين في يد مالكيها و بالانتقال الاعتبارى الى ملك الطرف يثبت الضمان فلا- يكون مرتبطا بضمان اليد. و الظاهر كونه معاوضه لا أقول بأنه يقع مقدار من العوض في مقابل وصف الصحه، فانه خلاف التحقيق، بل أقول انه ضمان معاوضه لبأ، بمعنى يجعل مقدار من العوض بحسب اللب الواقع في قبال وصف الصحه بلا اشكال، و لذا في مقام الدعوى أو بمناسبه أخرى يقول: بأن دفعت هذا المقدار الكثير زائدا لأجل ذلك الوصف.

و هذا مما لا شبهه فيه، و الدليل عليه انه لو حكم بالضمان يتبادر الى الذهن

قوله: نعم يبقى الكلام في كون هذا الضمان المخالف للأصل بعين بعض الثمن (١).

ذلك المقدار من الثمن لا قيمه الواقعيه، فانه خلاف الارتكاز، و لعل هذا بمرتبته من الظهور لا يحتاج

الى البحث و القيل و القال.

و لكن الحق أن يقال: انه ليس ضمان يد كما ذكرنا و ليس ضمانا معاوضيا لان المفروض أنه لم يجعل في مقابل وصف الصحه عوض، و ليس ضمانا ثالثا اذ لا موجب له بحسب القاعده، فان غايه ما يترتب عليه أن يكون للمشتري الخيار في فسخ المعامله، و لذا لا يكون أخذ الارش على القاعده بل أمر تعبدى.

فتلخص مما ذكرنا: أن الارش ليس على القاعده، و أيضا ظهر بأنه ليس من ضمان اليد و لا من ضمان المعاوضه، بل ضمان تعبدى ثابت بالروايات.

ثم ان الميزان هي القيمه الواقعيه أو الميزان بالتفاوت النسبى، يقع الكلام:

أولا فيما تقتضيه القاعده، و ثانيا فيما تقتضيه النصوص الوارده فى المقام، و أما القاعده الاولى فتقتضى ملاحظه النسبه، فانه أمر ارتكازى، و لا منافاه بين ما ذكرنا من عدم الارش على طبق القاعده و بين كونه على فرض الثبوت هو الامر النسبى.

و أما النصوص فمختلفه، فان بعضها يدل بحسب الظهور على الاسترداد من الثمن، و بعضها يدل على ثبوت قيمه الوصف. و الانصاف أن مقتضى الفهم العرفى حمل بعضها على البعض الاخر. و ان شئت قلت: ان ما يدل على ملاحظه النسبه أظهر من غيره، فيحمل الظاهر على الاظهر.

[يبقى الكلام فى كون هذا الضمان المخالف للأصل بعين بعض الثمن]

أقول: ثم انه هل يكون الواجب على البائع رد ما به التفاوت من عين الثمن أوله الخيار؟ يقع الكلام تاره فيما يقتضيه الاصل و أخرى فيما تقتضيه النصوص.

دراساتنا من الفقه الجعفرى، ج ٤، ص: ٣٥٩

...

(أما المقام الاول) فان قلنا بأن ذمه البائع مشغوله يكون الامر دائرا بين المتباينين، كما لو تردد الامر بين ضمان المثل و القيمه، و لكن القدر المتيقن وجوب دفع هذا الغرر، فيكون الامر دائرا

بين الاقل والاكثر. و بعبارة أخرى:

المقدار المعلوم ان المشتري أخذ ما به التفاوت و الاكثر من هذا المقدار غير معلوم و منفى بالاصل.

هذا مقتضى الاصل الاولي، و أما مقتضى النصوص فان المستفاد من بعضها الاطلاق، و لكن مقتضى البعض الاخر الرد من عين الثمن، لاحظ روايه زراره فانه عليه السلام قال فيها «و يرد عليه بقدر ما نقص من ذلك الداء و العيب من ثمن ذلك لو لم يكن به ...» (١).

و الشيخ قدس سره سلم الظهور، لكن حمل النصوص على خلاف الظاهر بأنه حيث أن الغالب يكون الثمن من النقدين و حيث أن الخصوصية ملغاه عند العقلاء في النقدين فيكون الرد من الثمن باعتبار نوعه. و لا شبهه في انه خلاف الظاهر لا يصار اليه بلا قرينه.

و الحق أن الواجب بمقتضى جملة من النصوص أن يكون الرد من عين الثمن الا مع التراضى.

ثم انه لو قلنا بأن الرد يلزم أن يكون من الثمن، فلا مجال للبحث في أن الغرامة تلزم أن يكون من النقدين أو من غيرهما، و أما لو لم نقل بذلك و قلنا بأنه لا يلزم أن يكون من عين الثمن فالحق أن الارش يلزم أن يكون من النقدين، فانه المنصرف عند العرف بلا قرينه.

ثم انه ظهر مما ذكرنا أنه لا يعقل أن يستوعب الارش تمام الثمن، لان

(١) الوسائل، الجزء ١٢ الباب ١٦ من أبواب الخيار، الحديث ٢.

دراساتنا من الفقه الجعفرى، ج ٤، ص: ٣٦٠

قوله: مسأله يعرف الارش بمعرفه قيمتى الصحيح و المعيب (١).

المفروض أن الارش ما به التفاوت بالنسبه. نعم يمكن تصوره على بعض التقادير و هو أنه لو حدث فى المبيع عيب فى زمان الخيار أو قبل القبض و

كان الارش مستوعبا لتمام قيمه و قلنا بأنه لا يفسخ العقد به و يكون العين باقيه فى ملك المشتري و يكون البائع ضامنا للأرش فعليه لا بد من رد تمام الثمن.

[مسأله يعرف الأرش بمعرفه قيمته الصحيح و المعيب]

أقول: يعرف الارش بمعرفه قيمه الصحيح و المعيب ليعرف ما به التفاوت فاذا كانت قيمه معلومه فالامر ظاهر، و ان لم تكن معلومه فلا بد من الرجوع الى العارف بها.

و الذى يرجع اليه تاره يخبر عن قيمه الخارجيه و هذا داخل فى باب الاخبار و الشهاده بناء على أنه لا- فرق بين الاخبار و الشهاده و ان الشهاده قسم خاص من الخبر و هو عبارته عن اخبار متعدد بأمر عند الحاكم. و أخرى يخبر عن الخصوصيات فى المبيع، و عبارته أخرى يخبر عن قيمه باعتبار اطلاعه على خصوصيات العين و قيمه كل خصوصيه معلومه لكن تلك الخصوصيه مجهوله.

و ثالثه يخبر مستندا بحدسه و اجتهاده. و الاولان داخلان فى الاخبار الحسى، و الاخير داخل فى الحدس.

و لا شبهه أنه لا يعتبر فى الاخير الا الامانه و الخبرويه، فما أفاد الشيخ قدس سره غير تام، بل لنا أن نقول: انه لا يعتبر فى الاخبار عن الامر الحسى التعدد و العداله، فان السيره قائمه على العمل بقول الثقة الواحد. نعم يعتبر العداله و التعدد فى الشاهد عند الحاكم، و هذا ثابت بالدليل.

ثم انه لو لم يمكن معرفه قيمه فهل يكتفى بالظن أو يؤخذ بالاقل؟ الظاهر هو الثانى، لان ثبوت الاكثر غير معلوم، و مقتضى الاصل عدمه.

دراساتنا من الفقه الجعفرى، ج ٤، ص: ٣٦١

قوله: لو تعارض المقومون فيحتمل تقديم بينه الاقل للأصل (١).

و ما أفاده قدس سره فى وجه الاخذ بالاكثر بأن مقتضى الاصل بقاؤه و عدم سقوطه بأداء

الاقل، يرد فيه: انه مع جريان الاصل فى السبب لا تصل النوبه الى المسبب، و مقتضى الاصل عدم تعلق التكليف الا بالاقل.

[لو تعارض المقومون فيحتمل تقديم بينه الاقل للأصل]

أقول: و فى المسأله أقوال: أفاد المصنف بأن الحق ما عليه المعظم من وجوب الجمع، لان لكل منهما حجه شرعيه فلا بد من العمل به بقدر الامكان و قولاهما و ان كانا متعارضين فى النصف أيضا كالكل لكن الجمع بينهما بالاخذ بكل منهما فى بعض المدلول أولى من الطرح رأسا. و هذا معنى قولهم «الجمع مهما أمكن أولى من الطرح»، و لذا قال الشهيد فى تمهيد القواعد: بأن الدار المدعى عليهما بين شخصين تنصف بينهما بل التبعض فى حقوق الناس أولى من التبعض فى حق الله لرجوع الكل الى امثال امر الله سبحانه، بخلاف مقام التكليف باحقاق حقوق الناس فان فى التبعض جمعا بين حقوق الناس و مراعاة للجميع و لو فى الجمله.

هذا، و قد يستشكل ما ذكرنا أولا بأنه لا تعارض، فان النافى لا علم له بخلاف المثبت و ثانيا بينه النافى مؤيده بأصالة عدم الزائد فلا تعارض لوجود المرجح و ثالثا بأنه فيه مخالفه قطعيه. ثم أجاب بأن النافى ينفى بالبت، و يندفع الثانى بأن الاصل الظاهرى لا يكون مرجحا بل يكون مرجعا عند التساقط، و يندفع الثالث بأن فى حق الناس ليس الحق لواحد كما فى حقوق الله بل بين شخصين فهذا أولى من الاهمال المطلق.

و يرد عليه أنه ما الدليل على رعايه الجمع بين الامرين، فان مقتضى التعارض التساقط. نعم فى مورد كون أمر مال مرددا بين شخصين أو اكثر يكون

دراساتنا من الفقه الجعفرى، ج ٤، ص: ٣٦٢

قوله: ثم ان قاعده الجمع حاكمه على دليل القرعه (١).

مقتضى قاعده العدل التنصيف،

و يمكن أن يقال: بأن هذا حكم عقلائي، و أيضا يستفاد من النص «١» لكن الروايه ضعيفه بالنوفلى، مضافا الى أن موضوع هذه القاعده و النص تردد أمر مال بين شخصين أو ازيد، و لا يبعد ان يستفاد هذا الحكم من النص «٢» الاخر، و من مصاديقه ما أفاده الشهيد فى تمهيد القواعد، فانه بمقتضى اليد تكون الدار بين شخصين.

و أما ترجيح بينه الاقل لتعاضده بالاصل، فقد مر الاشكال فيه بما أفاده الشيخ كما أن الامر كذلك فى ترجيح دليل الاكثر، بتقريب أن بينه الاقل تنفى العلم بالاكثر.

[فى أن قاعده الجمع حاكمه على دليل القرعه]

أقول: و أما القرعه فقد أفاد الشيخ قدس سره بأن قاعده الجمع مقدم عليها و حاكمه بالنسبه اليها، بتقريب أن القرعه لتشخيص الواقع المردد، و فى المقام لا ينحصر الواقع بين الامرين بل يحتمل أمر ثالث. و الحاصل ان القرعه لتشخيص ما يكون فى الواقع أمر و يشخص بها، و فى المقام ليس الامر كذلك.

و أيضا لا تصل النوبه الى القرعه ما دام الجمع ممكنا، اذ العمل بها قاعده ظاهريه فى فرض الجهل بالواقع، فما دام العمل بالدليل ممكنا يكون مقدما يكون مقدما على الحكم الظاهرى.

و لكن يرد عليه أنه يمكن فرض انحصار الامر بين القولين، بأن نعلم أن الامر دائر بينهما، و ثانيا ان الجمع كما مر آنفا لا دليل عليه، و احتمال الموضوعيه

(١) الوسائل، الجزء ١٣ الباب ١٢ من ابواب الصلح الحديث ١.

(٢) الوسائل، الجزء ١٨ الباب ١٢ من ابواب كيفيه الحكم و احكام الدعوى، الحديث ٣.

دراساتنا من الفقه الجعفرى، ج ٤، ص: ٣٦٣

قوله: ثم ان المعروف فى الجمع بين البيئات الجمع بينهما (١)

منتف، و ثالثا لنا أن نتمسك بمطلقات أدله القرعه، فان فيها ما يدل

على حجيتها عند الشك و الاختلاف بين المتخصصين كما فى روايه «١» جميل و منصور، و أيضا يمكن الاخذ بما يدل على ترجيح احدى البينتين بالقرعه كروايه الحلبي «٢» و سماعه.

[فى أن المعروف فى الجمع بين البيئات الجمع بينهما]

أقول: ثم ان الشيخ قدس سره بين طريق الجمع بين البيئات و بين طريقين أحدهما منسوب الى المشهور و ثانيهما منسوب الى الشهيد. توضيح الحال برسم أمور:

(منها) ما اذا تعارض المقومان- و هو فيما يكون ما به التفاوت على قول أحدهما ثلثا و على القول الاخر ربعا- و أما لو كان ما به التفاوت واحدا على كلا التقديرين و ان كان بين التقويمين اختلاف فلا مجال للبحث، لعدم المعارضه كى يحتاج الى الجمع بينهما، فاذا أحد قيمتى الصحيح اثنى عشر و الاخر سته و إحدى قيمتى المعيب أربعة و الاخر اثنان لا يكون تعارض، بل التفاوت بالثلثين على كلا التقديرين.

(و منها) ان طريق المشهور أخذ قيمتى الصحيح و المعيب و تنصيف كل منهما و ملاحظه قيمه المعيب الى الصحيح و الاخذ من الثمن بهذا المقدار، و أسهل من ذلك ملاحظه قيمتى الصحيح و المعيب و ملاحظه النسبه و الاخذ بها، فانه لا يفرق كما هو ظاهر.

و طريق آخر منسوب الى الشهيد، و هو أنه تلحظ نسبه ما بين صحيح القيمه و معيبه و يؤخذ من أصل الثمن بنفس نسبه التفاوت، ثم تلحظ النسبه

(١) الوسائل الجزء ١٨ الباب (٣) من ابواب القضاء الحديث ٤ و ١٧.

(٢) الوسائل الجزء ١٨ الباب ١٢ من ابواب القضاء الحديث ١١ و ١٢.

دراساتنا من الفقه الجعفرى، ج ٤، ص: ٣٦٤

قوله: القول فى الشروط التى يقع عليها العقد و شروط صحتها و ما يترتب على صحيحها و فاسدها (١).

بين صحيح القيمه الثانيه

و معيها و يؤخذ من أصل الثمن بنفس نسبة التفاوت و هكذا، ثم يجمع ما أخذ من الثمن و يقسم على عدد القيم يخرج المطلوب، فاذا فرض أن الثمن (١٢) درهما فلو قوم في التقويم الاول الصحيح ب (١٥) و المعيب (١٠) تكون النسبه هو الثلث (٤)، و في التقويم الثانى قوم الصحيح ب (٢٠) و المعيب ب (١٥) تكون النسبه هو الربع (٣)، و في التقويم الثالث قوم الصحيح ب (٢٥) و المعيب ب (٢٠) تكون النسبه هو الخمس (٥ / ٢٢) درهما و خمسا درهم يكون المجموع (٥ / ٩٢) تسعه خمسا درهم، ثم يقسم على الثلاثه تكون النتيجة ٣ و ثلثا خمس.

ثم التنصيف اما لأجل الجمع بين الحقين و اما لأجل الجمع بين البينتين، أما على الاول فلا- وجه لملأ-حظه قيمه الصحيح و المعيب، اذ الحق دائر أمره بين الكسور فلا بد من تنصيف الكسور، و اما يكون لأجل الجمع بين الدليلين.

و عليه ان قام الدليل من الاول على نفس ما به التفاوت فالامر أيضا كذلك و ان قام على القيمه فالمدلول الالتزامى أيضا تلك النسبه، فان المناط ابتداء و ان كان بالمدلول المطابقى لكن التقويم مقدمه لتعيين ما به التفاوت فلا بد من رعايته.

[القول فى الشروط التى يقع عليها العقد و شروط صحتها و ما يترتب على صحيحها و فاسدها]

اشاره

أقول:

يقع الكلام فى جهات:

الجهه (الاولى) فى معنى الشرط،

ففى القاموس انه الزام الشىء و التزامه فى البيع و غيره، قال المصنف قدس سره: ان ظاهر هذا الكلام كون استعماله

دراساتنا من الفقه الجعفرى، ج ٤، ص: ٣٦٥

...

فى الالزام الابتدائى مجازا أو غير صحيح، لكن لا-اشكال فى صحته لوقوعه فى الاخبار كثيرا، و اشتراط المعنوى أولى من المجاز.

أقول: ان الروايات التى تمسك الشيخ بها بعضها مخدوش من جهه السند الا أن فى صحيحه «١» أيوب بن نوح أطلق الشرط على النذر، و هو التزام ابتدائى و لكن غايه ما يستفاد منها تطبيق الامام الشرط على المورد، و هو لا يدل على الحقيقه، فلا يستفاد منه أنه أريد منه كل التزام ابتدائى.

قال المصنف قدس سره فى المقام ما حاصله: ان الشرط يطلق فى العرف على معنيين: أحدهما المعنى الحدى و هو بهذا المعنى مصدر شرط فهو شرط و ذلك مشروط، ثانيهما ما يلزم من عدمه العدم من دون ملاحظه أنه يلزم من وجوده الوجود أم لا، و هو بهذا المعنى اسم جامد و لذا الشارط و المشروط ليسا بمتضايين بخلاف المعنى الاول. و أما استعماله فى الجملة الواقعه عقيب أدوات الشرط فهو اصطلاح خاص فى ألسنه النجاه. و كذا استعماله فيما يلزم من عدمه العدم و لا يلزم من وجوده الوجود فهو اصطلاح خاص فى ألسنه أهل المعقول.

و التحقيق أن يقال: ان الشرط له معنى واحد، و هو ارتباط احد الامرين بالآخر بحيث اذا انتفى المرتبط اليه انتفى المرتبط.

غايه الامر قد يحصل الارتباط بجعل الشرع و أخرى بجعل العرف و ثالثه بجعل شخص خارجى و رابعه بحكم العقل، و اطلاقه بجزء العله فى بعض الموارد يكون بالتسامح، و هذا لا يوجب تغاير معناه بل له

معنى واحد كما عرفت.

(١) الوسائل الجزء (١٥) الباب (٢) من ابواب.

دراساتنا من الفقه الجعفرى، ج ٤، ص: ٣٦٦

قوله: الكلام فى شروط صحه الشرط و هى أمور (١).

ان قلت: انه لا- معنى لجعل الارتباط بحكم العقل، فان العقل مدرك الارتباط لا حاكم عليه، فان الارتباط بين العله و المعلول واقعى.

قلت: المراد من حكم العقل دركه، بمعنى أن الارتباط بينهما لا يدركه الا العقل.

اذا عرفت ذلك فاعلم أن الشرط بالتحريك بمعنى العلامه و الدون و الشريف فيقال اشراط الغنم أى رذلهها و شرطا الناس أى أشرافهم فهو من الاضداد.

و فصل السيد اليزدى قدس سره بينما لو كان الشرط من قبيل الافعال و ما لو كان من قبيل الاوصاف، ففي الاول يكون بنحو الالتزام و فى الثانى بنحو التقييد.

و فيه: انه لا- معنى لهذا التفصيل و جعل التقييد فى مقابل الالتزام لا يرجع الى محصل الا أن يرجع الى التعليق، فهو باطل. هذا تمام الكلام فى الجهه الاولى.

الجهه الثانيه فى شروط صحه الشرط،

اشاره

و هى أمور:

الشرط (الاول) أن يكون داخلا تحت قدره المكلف،

اشاره

فلا يصح اشتراط ما لا يقدر العاقد على تسليمه الى صاحبه. و الشرط اما أن يكون فعلا لأحد المتعاقدين أو يكون فعلا لثالث أو

وصفا حاليا أو استقباليا و اما يكون بنحو شرط النتيجة.

لا- شبهه في أنه لو كان الشرط فعل أحدهما يلزم أن يكون مقدورا و لو بالتسبيب كما في الأفعال التوليدية و الا يلزم لغويه الشرط، و هل يلزم الظن بالامكان؟

الظاهر لا بل مجرد احتمال الامكان يكفي.

و ما يمكن أن يستدل على الفساد أمور:

اشاره

دراساتنا من الفقه الجعفري، ج ٤، ص: ٣٦٧

...

الاول - الاجماع.

و فيه منعه لوجود المخالف فيه، و ثانيا انه محتمل المدرك لإمكان كون بعض الوجوه المتصوره دليل المجمعين.

الثاني - ان القدره على التسليم شرط في صحة البيع،

فالمبيع يكون مقيدا بالشرط، فاذا لم يكن الشرط مقدورا للعاقده لم يكن قادرا على تسليم المبيع اذ انه أخذ متصفا به.

و فيه: أولا- انا لا- نتصور معنى معقولا- لتقييد الجزئي الخارجى، غايه الامر يرجع الى الاشتراط و هو يوجب الخيار لا الى تقييد البيع.

و ثانيا: انه لا مدرك لاشتراط القدره على التسليم الا لزوم الغرر، و فيه ما عرفت منا أنا ناقشنا في كون الغرر مبطلا للبيع، و ثانيا انه يمكن فرض عدم لزومه في بعض الموارد، كما اذا كان المبيع أعواد من الشخاطه مثلا فانه لا يلزم من عدم تسليمه خطر عند العقلاء أو يحصل الوثوق بتسليمه بدون الاشتراط.

و ثالثا- ان اشتراط القدره على التسليم لا يرفع الغرر في صورته لزومه، لأنه مجرد التزام و هو غير كاف لرفع الغرر.

(الثالث) انه معامله سفهيه و هى باطله.

وفيه: أولاً- منع كونه سفيها لا مكان ترتب غرض عليه، و ثانيا منع كون المعامله السفهيه باطله. و التحقيق أن يقال كما قلنا آنفا: ان الشرط اما أن يكون فعلا لأحد المتعاقدين أو فعلا ثالث و اما أن يكون وصفا حاليا او استقباليا و اما أن يكون من شروط النتيجة، و أما اذا كان فعلا لأحد المتعاقدين فلا اشكال في لزوم كونه مقدورا لا للوجوه المذكوره، فانها مخدوشه كما عرفت، بل لعدم صدق الالتزام فيما اذا كان الشرط غير مقدور.

دراساتنا من الفقه الجعفري، ج ٤، ص: ٣٦٨

...

و لا مجال لان يقال: ان المقصود الاصلى فى المقام جعل الخيار، و لا مانع أن نربطه بأمر غير مقدور.

لأنه يقال: ان الغرض من الاشتراط الزام الطرف الاخر بالعمل به، و اذا لم يكن مقدورا كان لغوا اذ لا يمكن الوفاء به، و الخيار فى المقام عبارته عن

الزام المشروط عليه العمل بما التزم، فلا بد من تصحيح الالتزام في الرتبة السابقة كي يكون المشروط عليه ملزماً بالعمل به، وقد عرفت استحالته.

هذا كله اذا كان الشرط فعلاً لأحد المتعاقدين، و أما اذا كان فعلاً لثالث فاما يكون مرتبطاً بالمشروط عليه و اما أجنبى عنه، و على الثانى ذهب السيد الى بطلان الشرط لكونه سفهياً.

و فيه: أولاً انه لا نسلم كونه سفهياً، و ثانياً لو سلمنا كونه سفهياً الا أنه لا يوجب بطلانه، و ثالثاً انه على فرض تسليم كون الشرط باطلاً يثبت الخيار به على القول بعدم كون شرط الفاسد مفسداً للعقد على ما سيجىء.

و الذى ينبغى أن يقال فى المقام: انه لو كان المقصود بهذا الشرط جعل الخيار عند التخلف فلا مانع من الصحة و لكن مرجع هذا الشرط جعل الخيار على تقدير كذائى، و ان كان المراد الزام الغير بالفعل الكذائى فالظاهر هو البطلان لعدم ما يقتضى الصحة. و على الاول- و هو ما كان الشرط مرتبطاً بالمشروط عليه- فاما يكون الفعل المشروط تحت اختياره أم لا، و على الاول لا اشكال فى صحته فانه فى الحقيقة يكون الشرط على المشروط عليه، اذ لا فرق بين فعله المباشرى و التسبيبى. و أما على الثانى فالظاهر بطلان الشرط و ان حصل الوثوق بحصوله، لأنك عرفت أنه لا يتحقق الالتزام فيما اذا كان الفعل غير مقدور.

دراساتنا من الفقه الجعفرى، ج ٤، ص: ٣٦٩

...

و ما أفاده السيد اليزدى بأن الشرط فى هذه الصورة بمعنى التقييد لا الالتزام على الوجه الذى قررناه سابقاً. يرد عليه أن تقييد الجزئى الخارجى لا يرجع الى محصل، الا أن يقال ان مرجع ذلك الى الوصف و سيجىء الكلام فيه.

هذا

تمام الكلام فيما اذا كان الشرط فعلا لثالث، و أما اذا كان الشرط وصفا للمبيع فنقول: ان الوصف الاستقبالي فى المقام كالحالى، فانه يصح الالتزام به اذا حصل الوثوق بحصوله، و أما اذا لم يحصل ذلك فعلى القول بكون الغرر مبطلا- كما عليه المشهور- يكون البيع باطلا. و أما على المختار لا دليل على بطلانه الا أن يدعى قيام الاجماع بذلك. هذا تمام الكلام فى شرط الفعل.

و أما اذا كان الشرط متعلقا بالنتيجة كقوله «بعتك هذا الدار بشرط أن يكون عباءك ملكى» فتارة يكون مرجع الشرط الى أن الملكيه توجد بنفس هذا الشرط، و أخرى بسببها الواقعيه، و ثالثه تكون موجوده بلا سبب.

أما على الاول فيشترط فى صحته كون المشروط مما يكفى فى تحققه كل سبب حتى الشرط، و أما اذا لم يكن كذلك بل كان السبب مشروطا بقيد كالطلاق مثلا فيكون الشرط فاسدا، و يدخل فى البحث المعروف و هو أن الشرط الفاسد يكون مفسدا أم لا. و أما اذا كان المقصود منه أن يوجد المشروط بسببه الواقعي فمرجع ذلك الى شرط الفعل، و الكلام فيه الكلام فيه. و أما اذا كان المقصود منه أن يوجد بنفسه بلا سبب، فهو باطل لكونه خلاف الكتاب و السنه.

تذنيب يذكر فيه أمران:

(الاول) لو اشترط فى ضمن العقد فعلا على الغير،

كأن يقول «بعتك و اشترطت على زيد أن يخيظ لى ثوبا» و هو قبل ذلك الشرط هل يكون نافذا أم لا؟ الظاهر نفوذه لكونه شرطا ضمنيا و ان لم يكن العقد للمشروط عليه، لكن لو فرض عدم

دراساتنا من الفقه الجعفرى، ج ٤، ص: ٣٧٠

قوله: الثانى أن يكون الشرط سائغا فى حد نفسه (١).

العمل به هل يترتب عليه الخيار أم لا؟ قال السيد عدم الخيار للمشروط له مع اعترافه بصحة

الشرط. وفيه ان عدم الخيار مع صحه الشرط جمع بين المتنافيين لان الشرط ارتباط أحد الامرين بالآخر، فان المربوط اما أصل العقد أو الالتزام، به، فعلى الاول يكون تعليقا باطلا فيتعين الثاني، فلا معنى لإنكاره مع صحه الشرط.

(الثانى) هل ان القدره الواقعيه شرط فى صحه الشرط أم تكفى القدره الظاهريه؟

و الظاهر هو الاول، فعلى تقدير وجودها يكون الشرط صحيحا و على تقدير عدمها باطلا، و لا وجه لقول السيد حيث ذهب بكفايه القدره الظاهريه فى بعض الصور.

[الشرط الثانى أن يكون الشرط سائغا فى حد نفسه]

أفاد الشيخ أنه لا يجوز اشتراط جعل العنب خمرا و نحوه من المحرمات، لعدم نفوذ الالتزام بالمحرم.

و أورد عليه النائنى قدس سره: بأن ذكر هذا الشرط مستدرك لإرجاعه الى اشتراط القدره، فان الممتنع شرعا كالممتنع عقلا.

و فيه: أن أحد الشرطين لا يغبى من الآخر، فان المناط فى ذلك الشرط عباره عن عدم امكان تعلق الالتزام بفعله، و مع القدره العقليه لا مانع من الالتزام كما أنه لا مانع من تعلق التكليف، لكن مع ذلك لا وجه لهذا الشرط بعد ذكر الشرط الآتى، و هو أن لا يكون خلاف الكتاب و السنه.

ان قلت: ان منشأ هذا الاشتراط أنه يقع التعارض بين دليل الشرط و بين ذلك الحرام، فيتساقطان بالتعارض فلا يبقى دليل على وجوب العمل بالشرط.

قلت: أولا لا تعارض بين الادله الاوليه و الثانويه بل الثانيه مقدمه عليها

دراساتنا من الفقه الجعفرى، ج ٤، ص: ٣٧١

قوله: الثالث أن يكون مما فيه غرض معتد به عند العقلاء نوعا أو بالنظر الى خصوص المشروط له (١).

عند العرف. و ثانيا انه على تقدير التعارض يقدم دليل وجوب الوفاء عليه للغويته لو لاه، فانه لو لم يقدم دليل وجوب الوفاء يكون لغوا، اذ فى مورده اما يكون ذلك الامر حراما أو جائزا أو مكروها أو مستحبا، و يبقى تحته الواجب فقط فيكون دليل الشرط لغوا، اذ لو لاه يكون ذلك واجبا بدليله.

[الشرط الثالث أن يكون مما فيه غرض معتد به عند العقلاء نوعا أو بالنظر الى خصوص المشروط له]

و فيه: لا دليل على اعتباره بعد انعقاد الاطلاق لدليل وجوب الوفاء بالشرط.

ان قلت: يقع مقدار من الثمن فى مقابل الشرط، و مع عدم كونه عقلائيا يكون اكلا للمال بالباطل.

قلت: ان ما ذكر يتوقف على تجزئه الثمن بين العين و الشرط، و الحال أن الشرط لا يكون موزعا عليه الثمن،

و على تقدير توزيعه عليه أيضا لا يتم ما ذكره لان الباء فى كلمه «بالباطل» سببيه، و لذا لا يشترط فى المبيع أن يكون له مالیه.

ان قلت: يلزم من ذلك كون البيع سفهيا.

قلت: فليكن كذلك و لا دليل على بطلانه.

ان قلت: ان دليل الشرط منصرف عن الشرط الذى لا يترتب عليه غرض معتد به.

قلت: انه مجرد ادعاء و دون اثباته خرط قتاد.

ان قلت: انه اذا لم يعتبر فيه أن يكون فيه غرض معتد به عند العقلاء فلا يتحقق ضرر فيما اذا خالف المشروط عليه فى العمل بالشرط فلا يتحقق الخيار.

قلت: ان المدرک فى المقام ليس دليل نفى الضرر حتى يرد ما قيل، بل

دراساتنا من الفقه الجعفرى، ج ٤، ص: ٣٧٢

...

انه دليل لفظى كقوله «المؤمنون عند شروطهم» و «أوفوا بالعقود»، و هو يدل على وجوب الوفاء بالشرط سواء كان فيه غرض معتد به عند العقلاء أم لا؟

ثم قال المصنف قدس سره: لو شك فى تعلق غرض صحيح به حمل عليه.

و قد وجه ذلك المحقق الايروانى بقوله: حملا لفعل المسلم على الصحة.

و لكنه لا يمكن المساعدة عليه، لان دليل الحمل لو كان ما ذكره لكان ذلك مختصا بالمسلم لكونه مأخوذا فى موضوع الدليل، و الحال ان البحث عام، هذا أولا و ثانيا ان حمل فعل الغير على الصحة له معنيان ترتيب أثر الصحة عليه و عشره حسنه، فلا يمكن الحمل على أحدهما الا بالقرينه أيضا، و لا يمكن التمسك بدليل وجوب الوفاء لأنه تمسك بالعام فى الشبهه المصداقيه.

و لا وجه لما أفاده الايروانى بأنه لا مانع من التمسك بالعام، لعدم كون المخصص دليلا لفظيا مانعا عن العموم. لأنه قد حقق فى محله أن التمسك بالعام فى الشبهات المصداقيه

غير صحيح، سواء كان المخصص دليلاً لفظياً أو لبيئياً، فإن المخصص العقلي أيضاً يوجب تعنون العام، ومع ذلك كله الحق أنه لا مانع من حمل فعل الغير على الصحيح، بمعنى أنه لو شك في اجتماع الشرائط في عقد يحمل عليه.

و منها: في حكاية بريره لما اشترتها عائشه و شرط مواليتها عليها ولاها «ما بال أقوام يشترطون شروطا ليست في كتاب الله، فما كان من شرط ليس في كتاب الله عز و جل فهو باطل، قضاء الله أحق و شرطه أوثق و الولاء لمن أعتق» بتقريب أن المراد من الشرط الولاء لمن أعتق و ليس له أثر في كتاب الله نفيًا و اثباتًا، فيكون المراد من الكتاب هو الكتاب التشريعي.

دراساتنا من الفقه الجعفري، ج ٤، ص: ٣٧٣

...

و فيه: أولاً- الاشكال في سندها فانها وردت من طريق العامه، و ثانيا انه يمكن أن الرسول الاعظم «ص» يعرف من القرآن، فانه الخبير بمواقع استفاده الاحكام منه.

ان قلت: كيف يصح التويخ على ما لا طريق للعامه اليه و غير ظاهر لهم، فلا بد من أن يكون المراد منه الكتاب التشريعي. و فيه: ان الوظيفه رجوع الجاهل الى العالم و السؤال عنه، فالتويخ على العمل بلا- سؤال، و الا- فمن الظاهر أن استفاده احكام الهيه مختصه بهم، و لو كان معرفه القرآن أمرا ممكنا فما الفرق بين العالم و الجاهل. اضف الى جميع ذلك أنه ورد في بعض «١» الروايات لفظ «السنة» و من الظاهر أن التقابل بين الكتاب و السنه دليل آخر على كون المراد من الكتاب القرآن، فانه عليه السلام قال في الجواب: خالفت السنه. و الحاصل ان الظاهر أن المراد بالكتاب هو القرآن، و لا دليل لرفع

اليد عن هذا الظهور.

[الشرط الرابع أن لا يكون مخالفا للكتاب و السنه]

ثم انه هل المعتبر في الشرط موافقه الكتاب أو عدم المخالفه، الظاهر هو الثانى، و ذلك لأنه لو كانت الموافقه مع الكتاب شرطا يلزم فساد أكثر الشروط حتى اشتراط تعليم القرآن، اذ ليس فى الكتاب آيه تدل على هذا المعنى. مضافا الى امضاء جمله من الشروط فى الروايات «٢» و الحال أنه ليس فى القرآن عليها دليل.

ولا يخفى أن مفاد الروايات مختلف، فمنها ما يكون المستفاد منه اشتراط الموافقه، و منها ما يستفاد منه أن الميزان بعدم المخالفه، و مع التعارض يتساقط

(١) الوسائل، الجزء (١٤) الباب (٢٩) من أبواب المهور، الحديث ١.

(٢) الوسائل، الجزء (١٤) الباب (٢٠) من أبواب المهور، الحديث (٤) و الباب ٢٠ حديث ١.

دراساتنا من الفقه الجعفرى، ج ٤، ص: ٣٧٤

...

الكل عن الاعتبار، فيكون عموم صحه الاشتراط محكما. و بعبارة أخرى نقول:

كل خبر ورد فيه كلاً-العنوانين كما هو المستفاد من بعض «١» الروايات لا يستفاد منه اشتراط صحه الشرط بالموافقه، اذ لكل عنوان منهما مفهوم و مفهوم كل يعاند الآخر فيسقطان عن الاعتبار.

و ما أفاده الايروانى من أنهما مثبتين. ليس تاما، فانه فى مقام التحديد و الحد له المفهوم، فلا بد من ملاحظه ما ذكر فيه أحد العنوانين فيه وحده، كصحيحه الحلبي عن ابي عبد الله عليه السلام فقال: ان رسول الله «ص» قال: من شرط سوى كتاب الله عز و جل لم يجز ذلك عليه و لاله «٢». و الالتزام بأن سوى كتاب الله ظاهر فى المخالفه- كما فى كلام الايروانى- غير سديد.

و هذه الروايه ذكرت فى الوسائل بهذا النحو تاره و أخرى بقوله «من شرط لامرأته شرطا سوى كتاب الله عز و جل لم

يجز ذلك عليه و لا له» (٣). و على هذا تكون الروايه فى مورد خاص، و لو دار الامر بين الزيادة و النقيصه يقدم احتمال الزيادة كما هو الميزان، و أما اذا كانت الروايه متعدده فيقع التعارض بين ما ليس فيه قيد لامرأته مع قوله «المسلمون عند شروطهم الا شرطاً خالف كتاب الله عز و جل» فلا يجوز (٤)، و حيث أن النسبه بالعموم و الخصوص المطلقتين لا بد من تخصيص هذه الروايه بتلك الروايه، فيكون الحاصل اشتراط موافقه الكتاب، و لكن لا يمكن الالتزام بهذا المعنى.

(١) الوسائل، الجزء (١٤) الباب ٤٠ من أبواب المهور، الحديث ١.

(٢) الوسائل، الجزء (١٥) الباب ١٨ من أبواب مقدمات الطلاق الحديث ١.

(٣) الوسائل، الجزء (١٥) الباب ١٣ من ابواب مقدمات الطلاق الحديث ١.

(٤) الوسائل، الجزء ١٢ الباب ٦ من أبواب الخيار الحديث ٢.

دراساتنا من الفقه الجعفرى، ج ٤، ص: ٣٧٥

...

نعم لا بأس بان يقال: بأن الموافقه تكفى و لو بأن يكون الشرط موافقا لعام أو مطلق للكتاب، فان اشتراط شرب الماء مثلا يكون موافقا للكتاب، حيث أن قوله «إِلَّا أَنْ تَكُونَ تِجَارَةً عَنْ تَرَاضٍ» يشملها، لكن على هذا المعنى يرد على المصنف أنه لا-وجه لإرجاع الموافق الى عدم المخالف. و أيضا يشكل الامر فى اشتراط الجلوس مثلا فى مكان فلانى، فان الجلوس ليس قابلا للبيع و التجاره بناء على أن التجاره عباره أخرى عن البيع.

و أما قوله تعالى «أَوْفُوا بِالْعُقُودِ» فقد ذكرنا بأنه دليل اللزوم لا الصحه، الا أن يقال بعدم الفرق بين الموارد، فان أكل الخبز اذا كان جائز الاشتراط لدلاله الكتاب على جوازه فيجوز اشتراط الشرب و الجلوس بالضرورة. فلاحظ.

ثم ان المراد بالمخالف المخالف للملتزم به أو

الالتزام أو الجامع بين الأمرين، اختار المصنف الجامع بين الأمرين ثم أورد على نفسه: بأن التزام ترك المباح لا ينافي إباحته، فاشتراط ترك التزويج لا ينافي الكتاب. و أجاب عن الاشكال:

أولاً- بأن التزام ترك التسرى و ان لم يكن مخالفا للكتاب الا أن الالتزام بفعل المحرم يخالف الكتاب فيكفى للعموم، مضافا الى أن حديث العياشى صريح فيما ذكرنا، فانه عليه السلام حكم ببطلان الشرط و استشهد بقوله تعالى «وَمَا مَلَكَتْ أَيْمَانُكُمْ».

و يرد على ما أفاده: أولاً- انه يتوقف على اراده الجامع و هو بلا- شاهد، و ثانيا ان الالتزام بالمحرم ليس محرما آخر، و ثالثا ان الروايه ضعيفه بالارسال.

و الحق أن يقال: ان مقتضى الظاهر أن الشرط عباره عن الالتزام، و كونه مخالفا أو موافقا للكتاب باعتبار متعلقه. نعم ربما يكون نفس الالتزام حراما مضافا الى أن تعلق الوجوب يصح باعتبار الالتزام، فان المؤمن عند التزامه أى لا

دراساتنا من الفقه الجعفرى، ج ٤، ص: ٣٧٦

...

ينفك عنه لا- عن فعله، كما أنه لو كان مورد الالتزام أمرا وضعيا كملكه الدار الفلانيه يكون مقتضى الانفاذ ذلك الامر الاعتبارى أى المؤمن، أو المسلم لا- ينفك عن اعتباره، مضافا الى أن المحرم عباره عن الالتزام لا نفس الفعل، فان الحرمة من جهه تحقق التحريم تعرض الفعل. و بعباره أخرى: التحريم فى الرتبة السابقه على الفعل.

بقى فى المقام شىء، و هو أنه يتراءى التعارض بين الطائفتين من الروايات، فان احداها «١» تدل على فساد شرط عدم التزويج و الثانية «٢» تدل على الجواز، فلا بد من علاج التعارض فنقول: ان الحق تقديم ما دل على الجواز، و ذلك لعدم صحه سند ما دل على المنع.

هذا أولاً، و ثانيا على فرض

صححه السند نقول: كليهما موافق للكتاب، فان ما دل على الجواز موافق لجواز النكاح و ما دل على عدم الجواز موافق لوجوب الوفاء بالعقد، و فى هذا التعارض يؤخذ بما دل على الجواز، لعموم قوله «المؤمنون ...» الخ. مضافا أنه يمكن أن يقال: ان الدال على الجواز موافق للكتاب دون الاخر، لان ما دل على الجواز دال عليه بالعنوان الاولى، و وجوب الوفاء بالعقد عنوان ثانوى، و لا معارضه بين العنوان الاولى و الثانوى.

و أما الروايات «٣» الداله على الفساد فالمستفاد منها أن تعليق الطلاق على التزويج و التسرى باطل، فهذا على القاعده فان للطلاق سببا خاصا لا يتحقق الا بذلك السبب، و خلافه شرط خلاف المقرر الشرعى فيبطل.

(١) الوسائل، الجزء (١٥) الباب (٢٠) من أبواب المهور، الحديث (١).

(٢) الوسائل، الجزء (١٥) الباب (٢٠) من أبواب المهور، الحديث (٢).

(٣) الوسائل، الجزء (١٥) الباب ٣٨ من أبواب المهور.

دراساتنا من الفقه الجعفرى، ج ٤، ص: ٣٧٧

...

ثم الشيخ قدس سره بعد ما بنى على شمول الشرط للالتزام و الملتزم به، وجه على نفسه اشكالا و تصدى لدفعه، اما الاشكال فهو أنه لا شبهه فى جواز شرط الفعل المباح و تركه على المشروط عليه- كما لو شرط على غيره ترك شرب الماء أو فعل الجلوس و نحوهما- فان الالتزام بترك الشرط مخالف للكتاب فلا يجوز، و الحال أنه لا شبهه فى جوازه.

و اما الدفع فان العناوين التى تعلق بها الاحكام على قسمين: اذ تاره يكون من العناوين الاوليہ التى تتغير بتعلق العنوان الثانوى، و أخرى يكون العنوان بحيث لا يكون قابلا للتغيير. أما العناوين المباحه المكروهه و المستحبه من قبيل الاول و العناوين المحرمه و الواجبه من قبيل الثانى،

فیرتفع الاشكال، فالميزان الكلى لجواز الشرط أن يكون مورده من العناوين الاوليه، و لعدم الجواز أن لا يكون كذلك، فان المحرم و الواجب لا يتغيران عماهما عليه الا من ناحيه الضرر و الحرج.

ثم وجه اشكالا آخر، و هو أنه نرى أن بعض الشروط من قبيل الاول كعدم التزويج و مع ذلك حكم بعدم صحته. و دفع الاشكال بأنه اما نقول يفهم من الروايات أنه من قبيل القسم الثانى الذى لا يتغير، لكن يبعد الاستشهاد بالكتاب بحيث يفهم أنه ميزان كلى، و اما نقول بأن الوجه فى عدم الصحه أنه علق الطلاق على التسرى و الحال أن الطلاق له سبب خاص.

و أفاد بأن هذا الحمل بعيد، و لكن يشهد له بعض الاخبار حيث دل على جوار اشتراط عدم التزويج و التسرى و الامام عليه السلام حكم بوجوب الوفاء، فيعلم أن الممنوع جعل التسرى أو التزويج سببا للطلاق.

دراساتنا من الفقه الجعفرى، ج ٤، ص: ٣٧٨

...

و يرد عليه أنه: أى فرق بين الحكم الجوازى الجامع بين الاحكام الثلاثه و الحكم الالزامى، بأن يقال: ان الاول يتغير بالعنوان الثانوى و الثانى لا يتغير.

و لكن على ما سلكناه لا يتوجه الاشكال علينا، اذ الشرط اما يكون عباره عن خلاف جعله بأن يقال بعتك بشرط عدم وجوب الصلاه، و اما يكون الشرط عباره عن الالتزام بأمر من فعل كشرب الخمر أو اعتبار كالاتزام بملكه دار فلان، و اما يكون الشرط تحقق أمر بلا سبب أو بسبب مخالف للمقرر الشرعى. أما على الاول فلا يصح، لا لأنه شرط خلاف الكتاب بل لانقضاء المعلق مع انتفاء المعلق عليه، فحيث أن البيع معلق على عدم وجوب الصلاه فلا يتحقق، لان الصلاه واجبه. و أما على

الثانى فان كان متعلق الالتزام فعل حرام فلا يصح، لأنه يصدق أنه شرط خلاف الكتاب، و ان كان المتعلق جهة اعتبار فان كان له سبب خاص كالطلاق فلا يصح لأنه خلاف المقرر الشرعى، و ان لم يكن له سبب خاص يتحقق.

و أما على الثانى فأيضاً لا يصح لعدم وجود المعلق عليه. نعم فى مثل هذه الموارد لو علق الخيار على الشرط يتحقق الخيار طبعاً.

أفاد المصنف: ان بعض مشايخنا المعاصرين بعد ما خص الشرط المخالف للكتاب الممنوع عنه فى الاخبار بما كان الحكم المشروط مخالفاً للكتاب و ان التزام فعل المباح أو الحرام أو ترك المباح أو الواجب خارج عن مدلول تلك الاخبار، ذكر أن المتعين فى هذه الموارد ملاحظه التعارض بين ما دل على حكم ذلك الفعل و ما دل على وجوب الوفاء بالشرط، و يرجع الى المرجحات.

و ذكر أن المرجح فى مثل اشتراط شرب الخمر هو الاجماع. قال: و ما لم يكن فيه مرجح يعمل فيه بالقواعد و الاصول، و فيه من الضعف ما لا يخفى.

أقول: لعل يكون الوجه لضعف كلامه انه بناء على ما ذهب اليه يكون

دراساتنا من الفقه الجعفرى، ج ٤، ص: ٣٧٩

...

المستثنى منقطعاً، فانه ليس قابلاً للوفاء لو كان الشرط بهذا المعنى. و يمكن أن يكون وجه الضعف أن الادله الثانويه لا يعارضها الادله الاولى بل تقدم عليها بالحكمه.

و استشكل عليه الشيخ بعد قوله «و فيه من الضعف ما لا يخفى» أن اللازم على ذلك الحكم بعدم لزوم الشرط بل عدم صحته فى جميع موارد عدم الترجيح لان الشرط ان كان فعلاً يجوز تركه كان اللازم الرجوع الى أصاله عدم وجوب الوفاء عند التعارض، و ان كان فعل محرم أو ترك واجب

وجب الرجوع الى أصله الوجوب الثابت قبل الاشتراط.

وقال: التحقيق من أن الاحكام المذكوره فى الكتاب و السنه ما يقبل التغير بالشرط لتغير عنوانه كأكثر ما ترخص فعله و تركه، و منها ما لا يقبله كالتحريم، و أدله الشروط حاكمه على القسم الاول دون الثانى، فان اشتراطه مخالف للكتاب.

و فيه: انه لا وجه لما ذهب اليه الشيخ من التفصيل بين الاحكام الترخيصيه و الالزاميه. و الحق فى المقام ما تقدم آنفا بأن العرف لا يرى تنافيا بين الادله الاوليه و الثانويه، بل الثانى مقدم على الاول كما هو واضح.

ثم قال: و مما ذكرنا من انقسام الاحكام الشرعيه الى قسمين يظهر لك معنى قوله عليه السلام فى روايه اسحاق بن عمار المتقدمه «المؤمنون عند شروطهم الا شرطا حرم حلالا او أحل حراما» «١»، فان المراد بالحلال و الحرام ما كان حراما لا يقبل التغير حتى مع الاشتراط كشرب الخمر و عمل الخشب صنما و غيرهما، أما ما كان حلالا لو خلى و طبعه فلا يلزم من اشتراط فعله أو تركه الا تغير عنوان الحلال

(١) الوسائل، الجزء (١٢) الباب ٦ من ابواب الخيار.

دراساتنا من الفقه الجعفرى، ج ٤، ص: ٣٨٠

...

و الحرام الموجب لتغير الحل و الحرمة، فلا يكون حينئذ تحريم حلال و لا تحليل حرام.

ثم قال: و للمحقق القمى هنا تقريب آخر، و هو أن الظاهر من تحليل الحرام و تحريم الحلال هو تأسيس القاعده، و هو تعلق الحكم بالحل أو الحرمة ببعض الافعال على سبيل العموم من دون النظر الى خصوصيه فرد، فتحريم الخمر معناه منع المكلف عن شرب جميع ما يصدق عليه هذا الكلى، و كذا حليه المبيع، فالتزوج و التسرى أمر كلى حلال و الترام

ترکه مستلزم لتحریمه، فالمراد من تحلیل الحرام أو تحریم الحلال المنهی عنه هو أن يحدث المشترط قاعده کلیه و یدع حکما جدیدا، و قد أجز في الشرع البناء على الشروط الا شرطا أوجب ابداع حکم کلی جدید مثل تحریم التزوج و التسرى. الى أن قال: و فيما لو اشترطت علیه أن لا تتزوج بفلانہ خاصه اشکال، و قد أفاد بعد نقل کلامه:

و للنظر في مواضع من کلامه مجال واسع.

و لا یبعد أن يكون وجه النظر في کلامه أمور:

الاول: الفرق بين الامر الكلى و الجزئى، فان الحكم و ان كان متعلقا بالطبيعه لكن لا- شبهه في انحلاله بحسب تعدد الافراد الخارجيه، فان الخمر حرام على نحو الكلى لكن في كل مورد تحقق الخمر يكون شربه حراما، فما الوجه في التفصيل؟.

الثانى: انه ما الفرق بين تحریم الحلال و تحليل الحرام، و أى فرق بين الامرین فان تحریم الحلال في الجملة اذا لم یصدق علیه أنه تحریم للحلال فيكون الشرط صحيحا فما الوجه في فساد اشتراط الحرام كشرب الخمر في الجملة.

الثالث: انه استشكل في اشتراط عدم التسرى بفلانہ خاصه، و الحال أنه

دراساتنا من الفقه الجعفرى، ج ٤، ص: ٣٨١

...

لا وجه لهذا الاشکال على مسلكه، فانه ما الفرق بين الفقرتين. فما أفاده قدس سره مع أنه غير تام في نفسه لا يدفع الاشکال، كما أن ما أفاده المصنف من التفرقه بين أدله الواجب و الحرام و بين أدله بقيه الاحکام الثلاثه ليس علیه دليل فان اطلاق الدليل ان كان تاما فتام في تمام الاحکام و ان لم يكن اطلاق فکذلك فالتفرقه بلا وجه.

و الحق أن يقال: ان اشتراط ترك الجائز أو فعله لا يكون تحريما للحلال فان ترك الحلال أو

فعله مع العزم لا- يكون تحريما بل عزم على أحد طرفي المباح فان من عزم على عدم شرب الشاي لا- يصدق عليه أنه حرم الحلال. نعم لو اشترط في ضمن العقد حرمة الحلال يصدق أنه حرم الحلال فلا يصح.

ان قلت: كما في كلام الشيخ ان الشرط لا بد أن يكون قابلا للوفاء، و تحريم شىء يكون أمره بيده الشارع و ليس بيد العبد و لا يكون تحت قدرته، فلا معنى لاشتراطه فانه لا يتعلق به وجوب الوفاء.

قلت: تاره يشترط أن يكون حراما شرعيا فالاشكال متوجه، و أخرى يجعل الحرمة من عند نفسه و لو مع الغفلة عن كونه حراما في الشريعة أو مع الجهل، كما لو وقع هذا الاشتراط في كلام من لا يكون متدينا بدين و يكون ملحدا فانه يصدق أنه حرم ما حلله الله.

و ان أبيت عن صدق هذا المعنى في التكاليف فلا- شبهه في صدقه في الوضعيات كما لو جعل و اعتبر في النكاح عدم أمر الطلاق بيد الزوج على خلاف كون الطلاق بيد من أخذ بالساق. مضافا الى أنه لنا نقول: ان مثل هذا الشرط يبطل بعنوانين: أحدهما من جهة كونه محللا للحرام، ثانيهما من جهة عدم امكان تعلق القدره به.

دراساتنا من الفقه الجعفري، ج ٤، ص: ٣٨٢

قوله: الشرط الخامس أن لا يكون منافيا لمقتضى العقد (١).

اذا عرفت هذا نقول: لو اشترط فعل الحرام أو ترك واجب يكون باطلا لأنه خلاف الكتاب و السنه، و لو اشترط حرمة أمر جائز أو اشترط جواز أمر حرام كما لو اشترط حرمة شرب الماء أو عدم كون الطلاق بيد الزوج يكون باطلا لأنه تحريم للحلال، و لو اشترط فعل واجب أو ترك محرم أو فعل مباح

أو تركه يصح الشرط بلا كلام.

أضف الى ذلك كله أن الروايه المتضمنه لهذه الجملة ضعيفه سندا.

بقي شىء، وهو أنه ذكر السيد فى الحاشيه بأنه لو اشترط فعل مباح أو اشترط تركه أو ترك المستحب أو المكروه، لا يصح لأنه يصدق عليه أنه تحريم للحلال، مضافا الى أنه يؤيده أو يدل عليه ما ورد من عدم جواز الحلف على ترك شرب العصير معللا بأنه من تحريم الحلال.

و ما أفاده قدس سره غير تام، فان العزم على ترك الحلال مده العمر لا يصدق عليه تحريم الحلال فيشملة دليل صحة الشرط، و أما الروايه فلا دلالة فيها على مدعاه، فان المستفاد منها أن الحلال لا يصير حراما، و هذا أمر لا شبهه فيه.

[الشرط الخامس أن لا يكون منافيا لمقتضى العقد]

اشاره

أقول: و استدل المصنف على ذلك بوجوه ثلاثه:

الاول- الاجماع.

الثانى - وقوع التنافى فى العقد المقيّد بهذا الشرط بين مقتضاه الذى لا يتخلف عنه و بين الشرط الملزم لعدم تحققه، فيستحيل الوفاء بهذا العقد مع تقيده بهذا الشرط، فلا بد اما أن يحكم بتساقط كليهما و اما أن يقدم جانب العقد، و على كل تقدير لا يصح الشرط.

الثالث- ان الشرط المنافى مخالف للكتاب و السنه.

دراساتنا من الفقه الجعفرى، ج ٤، ص: ٣٨٣

...

و الذى ينبغى أن يقال: يقع الكلام فى مقامات ثلاثه:

اشاره

المقام الاول النظر الى اصل المطلب، المقام الثانى النظر الى كلام الشيخ، المقام الثالث النظر الى الفروع المذكوره فى المقام.

(أما المقام الأول) [النظر إلى أصل المطلب]

فقول: الشرط اما يكون بنحو اشتراط الفعل و اما يكون الاشتراط بنحو شرط النتيجة، أما لو كان بنحو الفعل فلا بد ملاحظه أن هذا الفعل فعلا أو تركا خلاف للشرع أم لا، فان لم يكن مخالفا يصح بلا كلام، فان الفعل الخارجى أو تركه ليس من مقتضيات العقد حتى يتنافيان بل هو من أحكامه، فلو شرط فى ضمن عقد البيع وقف العين فوريا يصح و يجب الوفاء به، اذ ليس بقاء العين فى ملك المشتري من مقتضيات عقد البيع. و أيضا وقف العين المملوكة ليس مخالفا للشرع، بل أمر راجح. نعم لو اشترط وقف العين لجهه مخالفه للشرع لا يصح لكونه خلاف الشرع.

و أما ان كان بنحو اشتراط النتيجة فتاره يشترط عدم ترتب المقتضى على العقد شرعا، و أخرى يكون مرجع الاشتراط الى قصد نفسه- بأن يقصد الشارط عدم الترتب- أما على الاول فكما لو شرط فى البيع عدم حصول الملكيه الشرعيه فلا شبهه فى بطلان الشرط، لان المقرر الشرعى تحقق الملكيه بالبيع، فان كان هذا الاشتراط لأصل البيع يكون العقد باطلا، لأنه مضافا الى التعليق لا يعقل تحققه، لان المفروض أنه علق البيع على عدم تحقق الملكيه، فاما يتحقق مع حصول الملكيه الشرعيه و اما يتحقق بلا ملكيه شرعيه. أما على الاول فيلزم التنافى بين تبعيه العقود للقصد، فانه كيف يمكن أن يتحقق العقد مع عدم القصد. و اما يتحقق بلا ملكيه شرعيه فهو أيضا أمر غير معقول، فان التحقق لا يجتمع مع عدم الملكيه الشرعيه فيئول الامر الى البطلان. و ان كان هذا

...

فالظاهر أنه لا مانع من الصحة مع تحقق الخيار، لان الملكيه الشرعيه تحصل عند اجتماع أركان البيع.

ان قلت: ان هذا الشرط خلاف الكتاب، و مع عدم الصحة كيف يتحقق الخيار.

قلت: فرق بين الشرط الفاسد و الشرط الذى لا واقع له، فان مقسم الشرط الفاسد و الصحيح فعل المكلف و هذا الذى نحن بصدده ليس من فعل المكلف.

نعم هذا الشرط لا واقع له، كما لو شرط نزول المطر من السماء.

هذا أولاً، و ثانياً فرضنا كونه شرطاً فاسداً لكن لا وجه للبطلان، فان الشرط الفاسد لا يفسد كما سيجىء.

و أما لو اشترط فعل نفسه - بأن باع بشرط عدم حصول التملك و الملكيه أو نكح بشرط عدم حصول الزوجيه - فلا شبهه فى الفساد، فان مرجع هذا الامر الى قصد الامرين المتنافيين، و من الواضح عدم امكان تحققه.

هذا فيما يكون المشروط عدم تحقق مفاد العقد، و أما ان كان المشروط اعتبار خلاف الحكم الشرعى - كما لو اشترط حرمة النظر الى الزوجه - فالشرط فاسد، لان مرجعه الى تحريم الحلال، و مثله فاسد لكن العقد صحيح على المبنى.

(و أما المقام الثانى) و هو النظر الى الوجوه الثلاثه التى استدل به الشيخ

على أنه يشترط فى صحه الشرط أن لا يكون منافياً لمقتضى العقد، فنقول: أما الوجه الاول منه فهو الاجماع. ففيه ما علمت و لا وجه للإعاده. و أما الوجه الثانى منه فهو وقوع التنافى فى العقد المقيد - الى آخر كلامه، فهو لا بأس به. و أما الوجه الثالث منه فهو أن الشرط المنافى مخالف للكتاب و السنه، فنقول: ان هذا الوجه قد تقدم منه قدس سره فى الوجه الرابع و لا وجه

...

للإعاده.

(و أما المقام الثالث) و هو البحث عن الفروع المذكوره فى المتن

فنقول:

الفرع الأول: اشتراط عدم البيع، فإنه مخالف لمقتضى العقد أم لا؟

و المسألة محل خلاف، فإن المشهور ذهبوا الى أنه مخالف لمقتضى العقد فلا يجوز شرطه، و ذهب بعض الى صحته، و هو الحق لعدم كون البيع و عدمه من مقتضى العقد، فإن مقتضاه التسلط.

الفرع الثاني: ما ذكره فى الدروس فى بيع الحيوان من جواز الشركة فيه

اذ قال «الربح لنا و لا خسران عليك»، و الاستفادة من صحيحه رفاعه صحة الشرط المذكور حيث قال: سألت أبا الحسن عليه السلام عن رجل شارك آخر فى جاريه له و قال ان ربحنا فيها فللك نصف الربح و ان كانت وضعنا فليس عليك شىء. فقال: لا أرى بهذا بأسا اذا طابت نفس صاحب الجارية «١».

و منع ابن ادريس صحة ذلك الشرط لأنه مناف لقضيه الشركة.

أقول: قد عرفت أن مقتضى النص صحة الشرط المذكور، هذا مقتضى النص و اما مقتضى القاعده فنقول: ان للمسألة صوراً:

الأولى- ان يشترط اختصاص الربح بأحدهما و الخسران بالآخر، فان هذا الشرط لا بأس به سواء كان شرط فعل أو شرط نتيجة، و التعليق غير باطل فى المقام، لان دليله لبي و القدر المتيقن منه العقود فلا يشمل الشرط.

الثانية- ان يشترط عدم ورود الخسران على أحدهما و كون النفع بينهما فهذا شرط باطل لكونه خلاف مقتضى الشركة، فان مقتضاها ورود الربح و النقصان عليهما بنسبه شركتهما كما تقتضى كون الزيادة لهما.

(١) الوسائل، الجزء ١٣ الباب ١٤ من ابواب بيع الحيوان، الحديث ١.

الثالثة- أن يكون هذا الشرط فى عقد الشركة، كأن يمزجا مالهما من الحنطه مثلا، و الكلام فيه كما تقدم و لا وجه للإعاده.

الرابعة- أن يكون الشرط فى عقد آخر، كأن باع ماله من زيد و اشترط بأن يكون مال المشترك بهذا النحو، و الكلام فيه أيضا

كما تقدم.

ثم هل يتعدى

الحكم الى غير الجارية المنصوصه فى الصحيحه من المبيعات أم لا؟ وجوه، حكى عن الشهيد التعدى الى مطلق المبيع، و ظاهر المختلف فى الشرائع الصحه فى خصوص الحيوان، و عن التنقيح الاجماع على عدم اطراد الحكم فى غير مورد النص.

أقول: ان الجمود على اللفظ يقتضى عدم التعدى، و لكن ذوق الفقاهه يقتضى خلافه.

الفرع الثالث: اشتهر بين العلماء جواز اشتراط الضمان فى العاربه و عدم جوازه فى الاجاره،

بتقريب ان الاجاره لا تقتضى الضمان فيكون اشتراطها منافيا لمقتضى العقد.

وفيه: انه فرق بين عدم الاقتضاء و بين اقتضاء العقد، فان فى الاجاره لا اقتضاء للضمان، اذ ليس اليد يد ضمان، فلا يكون شرط الضمان منافيا لمقتضى العقد. لكن يشكل من ناحيه أخرى، و هو أن اشتراط الضمان يكون خلاف الكتاب و السنه. نعم لو شرط على المستأجر تملك ما يعادل خساره بنحو شرط الفعل أو النتيجة لا- يكون فيه بأس كما هو ظاهر. و عليه لا فرق بين أن يشترط الضمان بهذا المعنى بالنسبه الى المستأجر أو بالنسبه الى شخص ثالث أجنبى.

الفرع الرابع: اشتراط عدم اخراج الزوجه من بلدها.

و لا يخفى أن الاخراج ليس مقتضى عقد الزواج، بل مقتضاه كون الامر بيد الزوج، بل كون الامر

دراساتنا من الفقه الجعفرى، ج ٤، ص: ٣٨٧

قوله: الشرط السادس أن لا يكون الشرط مجهولا جهاله يوجب الغرر فى البيع (١).

بيده ليس من مقتضاه، فانه من الاحكام. و عليه فلا مانع من أن يشترط لها أن لا يخرجها، كأن يشترط أن لا يأكل الثوم، مضافا الى ورود النص فى المقام.

نعم لو اشترط كون الامر بيدها و باختيارها يكون باطلا، لأنه خلاف الكتاب.

و العجب من السيد الزدى حيث أفاد: بأنه يصح ما لم يسند الى الشارع، فانه يرد أولا النقص بأنه لو اشترط حرمة الماء بدون الاستناد الى الشارع هل يكون صحيحا. و ثانيا أن كون الامر بيد الزوجه خلاف الكتاب فلا يصح.

الفرع الخامس: توارث الزوجين بعقد الانقطاع،

يتكلم فى هذا الفرع:

تاره فى أن التوارث يثبت مطلقا، أو لا يثبت كذلك، أو يفصل فى صورته الاشتراط و عدمه، و أخرى فى أن هذا الشرط خلاف

مقتضى العقد أم لا- أما الكلام فى الناحية الاولى فهو موكول الى محله من الارث، و أما من الناحية الثانية فالظاهر أنه ليس التوارث و عدمه من المقتضيات، بل اما شرط مخالف أو غير مخالف.

و ملخص الكلام: انه ليس تشخيص ما يكون من مقتضيات العقد من غيره، مشكوكا و انما الشك فى المخالف للكتاب و عدمه، و مقتضى الاصل عدم مخالفه كما مر.

[الشرط السادس أن لا يكون الشرط مجهولا جهاله يوجب الغرر فى البيع]

أقول: و هو كما اذا قال «بتك دارى بشرط أن تعمل ما فى هذه الورقه» و هو لا يعلم ما كتب فيها. ما يمكن أن يقال فى وجه ذلك أمور:

الاول- الاجماع. و فيه ما لا يحتاج الى التوضيح.

الثانى- المرسله المذكوره فى التذكرة: نهى النبى «ص» عن الغرر.

و فيها بارسالها و عمل المشهور بها ممنوع صغرى و كبرى.

الثالث- قوله: نهى النبى عن البيع الغرر. بتقريب أن الشرط المجهول

دراساتنا من الفقه الجعفرى، ج ٤، ص: ٣٨٨

قوله: الشرط السابع أن لا يكون مستلزما لمحال كما لو شرط فى البيع أن يبيعه على البائع (١).

قمى، سيد تقى طباطبايى، دراساتنا من الفقه الجعفرى، ٢ جلد، مطبعه الخيام، قم - ايران، اول، ١٤٠٠ هـ ق دراساتنا من الفقه الجعفرى؛ ج ٤، ص: ٣٨٨

يوجب الغرر فى البيع، لان الشرط فى الحقيقه كالجزم من العوضين.

و فيه: أولا ان الشرط ليس كالجزم، و لذا لا يسقط الثمن عليه. و ثانيا ان جهاله الشرط هل يوجب الغرر فى البيع أم لا؟ هذا أول الكلام و قد أنكره بعض من الاصحاب لكن لا شبهه فى أنه لو كان

الشرط غرريا يصدق ان البيع غررى. الا أن الروايه ضعيفه فلا دليل على بطلان الغرر صناعيا، الا ان يتمسك بالتسالم المدعا فى المقام، و هو دليل لى يدل على بطلان الغرر فيما اذا كان نفس البيع غرريا، و أما الغرر الحاصل من الشرط هل يوجب الغرر أم لا فثبوت التسالم فيه غير معلوم.

و أما الروايات الوارده فى المقام لا- تدل على ذلك، فانها تدل على أن أوصاف المبيع لا بد أن يكون معلوما و لا تنظر الى الشرائط، فعلى تقدير نظارتها اليها يكتفى على موردها. فتحصل من جميع ما ذكرنا أنه لا دليل على اعتبار هذا الشرط.

[الشرط السابع أن لا يكون مستلزما لمحال]

ما ذكر فى وجهه أمران:

الاول- أنه مستلزم للدور، لان بيعه له يتوقف على ملكيته له المتوقفه على بيعه فيدور.

و فيه: ان المتوقف عليه غير المتوقف عليه، فان المتوقف على الشرط لزوم بيع الاول لا ملكيته حتى يلزم الدور.

الثانى- انه لا يتحقق للبائع قصد جدى عند البيع بالشرط المذكور، و الحال أنه يعتبر فيه.

و فيه: ان الشرط المذكور لا ينافى القصد الجدى بل مؤكدا له، و لا يكون

دراساتنا من الفقه الجعفرى، ج ٤، ص: ٣٨٩

قوله: الشرط الثامن أن يلتزم به فى متن العقد، فلو تواطيا عليه قبله لم يكف ذلك فى التزام المشروط به على المشهور (١).

البيع سفهائيا كما توهم لا مكان ترتب غرض عقلاى عليه.

[الشرط الثامن أن يلتزم به فى متن العقد]

اشاره

الذى ينبغى فى المقام أن يقع الكلام فى مقامين:

المقام (الاول) أن الشروط الابتدائيه يجب الوفاء بها أم لا؟

فنقول: ان الشروط الابتدائيه لا يطلق عليها الشرط، كما علمت تحقيق ذلك فى أول بحث الشرط و قلنا: انه ارتباط أحد الامرين بالآخر فلا يتحقق الا فى ضمن بيع وغيره، كما نقلناه عن القاموس. نعم أنه لا يستلزم أن لا يكون فى ضمن عقد فقط، فلو صدق

هذا العنوان يجب الوفاء به. فعليه لو علق اعطاء درهم بفقراء عند مجيء ابنه يصدق عليه الشرط و يترتب عليه حكمه لشمول دليل وجوب الوفاء له.

ان قلت: انه اذا لم يكن فى ضمن عقد يكون شرطا ابتدائيا.

قلت: انه اذا صدق عليه الشرط يشمله عموم دليل وجوب الوفاء، فان الحكم يترتب بمجرد تحقق عنوان الموضوع.

ان قلت: هذا عبارته عن الرعد ولا يجب العمل به بالإجماع.

قلت: أولا انه يجب الوفاء به من باب نفوذ الشرط لا من باب وجوب الوعد و ثانيا انه لا نسلم قيام الاجماع على عدم وجوبه بل ذهب بعض الاعلام الى ذلك و كان السيد الوالد قدس سره ملتزما بالعمل به، و تدل على وجوبه جملة من الروايات:

(منها) صحيحه شعيب العرقوفى عن أبى عبد الله عليه السلام قال: قال رسول الله «ص»: من كان يؤمن بالله و اليوم الآخر فليف اذا وعد ... «١».

(١) الوسائل، الجزء (٨) الباب ١٠٩ من أبواب أحكام العشرة. الحديث ١.

دراساتنا من الفقه الجعفرى، ج ٤، ص: ٣٩٠

...

(و منها) صحيحه هشام بن سالم قال: سمعت أبا عبد الله عليه السلام يقول:

عده المؤمن أخاه نذر لا كفاره له «١».

(و أما المقام الثانى) و هو أنه لو لم يذكر الشرط فى متن العقد لا يجب الوفاء به،

و البحث فيه يقع فى مقامين: الاول ذكر الوجوه المذكوره للمدعى الثانى بيان مقتضى التحقيق.

أما المقام الاول- فما استدلل به أمور:

الاول- الاجماع. و فيه ما هو أوضح من أن يخفى.

الثانى- ان الشرط من

أركان العقد، فلا بد من ذكره في متن العقد. وفيه أنه بمنزلة الركن، و ما يكون بمنزلة شيء ليس عينه. هذا أولاً و ثانياً لو سلمنا كونه من الركن و لكن لا نسلم وجوب ذكره اذا كان معلوماً بالقرينه، و الميزان بصدق العناوين الموضوعه للأحكام.

الثالث- ان الشرط عبارته عن ارتباط أحد الأمرين بالآخر، فلا بد في إنشاء العقد المرتبط بالشرط ذكره، و مجرد الاخطار القلبي لا يكفي في الانشاء.

وفيه: ان الانشاء عبارته عن ابراز ما في النفس بأى نحو كان، فلو صدق على العقد الكذائى أنه عقد مشروط يترتب عليه حكمه.

الرابع- الروايات الخاصه الوارده في المقام:

(منها) صحيحه ابن بكير قال: قال ابو عبد الله عليه السلام: ما كان من شرط قبل النكاح هدمه النكاح، و ما كان بعد النكاح فهو جائز (٢).

(و منها) ما عن أبى عبد الله عليه السلام: ما تراضوا به من بعد النكاح فهو جائز، و ما كان قبل النكاح فلا يجوز... (٣).

(١) الوسائل، الجزء (٨) الباب ١٠٩ من أبواب أحكام العشره، الحديث ٢.

(٢) الوسائل، الجزء (١٤) الباب ١٩ من ابواب المتعه الحديث ٢.

(٣) الوسائل، الجزء (١٤) الباب ١٩ من ابواب المتعه الحديث ٣.

دراساتنا من الفقه الجعفرى، ج ٤، ص: ٣٩١

...

(و منها) ما رواه أبان بن تغلب قال: قلت لأبى عبد الله عليه السلام: فانى استحيى أن أذكر شرط الايام. قال: هو أضر عليك. قلت: و كيف؟ قال: لأنك ان لم تشترط كان تزويج مقام و لزمتهك النفقه فى العده و كانت وارثا و لم تقدر على أن تطلقها الاطلاق السنه «١».

و غير ذلك من الروايات، فان بعضها و ان كانت ضعيفه السند الا أن فى صحيحها غنى و كفايه.

و

عمده الاشكال فى دلالتها، فان المستفاد منها أن الشرط المذكور قبل العقد لا يعتد به. لكن هذا المقدار لا يدل على مقصود الخصم، فان المدعى فى المقام أن الشرط لا بد أن يذكر فى العقد. نعم ما ورد فى روايه أبان يدل على أن عدم ذكر الاجل فى المتعه يوجب انقلاب المتعه دائماً، وهذا حكم تعبدى وارد فى مورد خاص و لا يتعدى الى غيره، فانه خلاف مقتضى القاعده اذ العقود تابعه للقصود. و الحق أنه لا يلزم ذكر الشرط فى العقد، بل يكفى صدق العنوان.

و بعباره أخرى: لا بد من ابراز ما فى النفس بمبرز بحيث يصدق أن العاقد أنشأ العقد المشروط، فلو صدق هذا العنوان- و لو بمعونه القرينه المقاميه- يكفى فى ترتب الحكم، و لذا يكون بناء الاصحاب على كفايه الارتكاز فى بعض الشروط.

ثم ان الشيخ أفاد: بأنه يتوهم فى المقام شرط آخر، و هو التنجيز فى الشرط فلو قال «بعتك هذا بدرهم على أن تخط لي ثوبا اذا جاء رأس الشهر» يبطل العقد لأنه يسرى الى العقد و التعليق فى العقد باطل، بل يكون مرجع العقد الى البيع بثمانين على تقديرين.

(١) الوسائل، الجزء (١٤) الباب (٢٠) من ابواب المتعه الحديث ٢.

دراساتنا من الفقه الجعفرى، ج ٤، ص: ٣٩٢

قوله: مسأله فى حكم الشرط الصحيح (١).

و أجاب عن الاشكال: بأنه انما يتوجه على فرض كون الشرط الخياطه المطلقه، و الحال أنه ليس الامر كذلك، بل المشروط الخياطه الخاصه، و كون مرجع الامر الى امر واحد لا- يضر، و لذا قالوا بأنه لو قال «أنت و كيلي فى بيع دارى اذا جاء رأس الشهر» يبطل للتعليق، و أما لو قال «أنت و كيلي فى بيع دارى

فى رأس الشهر» فلا يبطل، و الحال ان مرجع الامر ين الى أمر واحد.

و الذى ينبغى أن يقال فى المقام: ان التعليق فى الشرط لا يسرى الى البيع لان الشرط ليس جزءا من الثمن، و لذا لا موضوع للتعليق و لا للبيع بثمانين، بل التعليق راجع الى الشرط و التعليق فيه لا يوجب البطلان لعدم الدليل.

و أما ما أفاده قدس سره من أن مرجع الامر ين الى شىء واحد فى مسأله الوكاله فليس كما أفاده قدس سره، فانه على تقدير يكون الوكاله معلقه على الشرط و لا يتحقق الا بعد تحقق الشرط، و فى تقدير آخر يتحقق لكن متعلقه خاص.

و بعبارة أخرى: فى صورته يكون كالوجوب المشروط، و فى تقدير يصير كالمعلق لكنه قدس سره أرجح الواجب المشروط الى المعلق.

[مسأله فى حكم الشرط الصحيح]

اشاره

أقول: ان الشرط اما يكون وصفا فى المبيع كأن يبيع العبد بشرط كونه كاتباً، و اما يكون فعلاً كما لو باع داراً و اشترط الخياطه على المشتري، و اما يكون شرطاً للنتيجه كما لو باع شيئاً و اشترط ملكيه الشىء الفلانى للمشتري بحيث تحصل الملكيه بنص هذا الشرط.

أما الصوره الاولى فيترب على الشرط الخيار عند فقدان الوصف. و السر فيه أن البيع غير معلق على وصف الكتابه و الا يلزم التعليق فى العقد، و لا يكون

دراساتنا من الفقه الجعفرى، ج ٤، ص: ٣٩٣

...

المبيع مقيداً بهذا الوصف، اذ يلزم التقييد فى الجزئى الخارجى و هو غير معقول، فيكون معنى الشرط ارتباط الالتزام بالعقد بوجود الوصف. و بعبارة أخرى: يكون مرجع هذا الشرط جعل الخيار عند عدمه، و الظاهر عدم الاشكال فى هذا الاشتراط، فان جعل الخيار أمر جائز و يلزم بالشرط.

و أما الصوره الثانيه- فأيضاً يصح الشرط اذا كان

الفعل جائزا كالخياطه مثلا.

و أما الصورة الثالثه- وهى شرط النتيجة الذى يكون معناه إنشاء ذلك المقصود بنفس الشرط، فلا بد فيها من التفصيل، فتاره يكون المقصود أمرا مرهونا بسبب خاص كالطلاق مثلا، و أخرى علم من الشرع أنه يتحقق بكل مبرز و الشرط نحو من المبرز، و ثالثه نشك فى الصحه و عدمها.

أما القسم الاول: فلا اشكال فى صحته أيضا، فان المفهوم من قول «المؤمنون عند شروطهم» أن المؤمن لا ينفك عن شرطه و التزامه، فان كان متعلق الالتزام فعلا من الافعال يجب الاتيان به، اذ فى اعتبار الشارع لا ينفك عن التزامه، و مع وجود التزام يأتى بما التزم به، و ان كان أمرا اعتباريا لا يجرى فيه الفسخ.

و أما القسم الثانى: فلا شبهه فى بطلانه، لأنه يشترط فى صحه الشرط عدم كونه مخالفا للشرع.

و أما القسم الثالث: فقد وقع الخلاف فيه بين الاعلام، فأفاد الشيخ قدس سره بأنه لو اشترط مثل هذا الشرط يكون مقتضى الاصل عدم التحقق، فلو اشترط ملكيه شىء لثالث فى ضمن العقد يكون مقتضى الاصل عدم تحققها، و لا يمكن التمسك بعموم قوله «المؤمنون عند شروطهم» اذ ليس متعلق الشرط فعل من أفعال المكلف كى يتعلق به وجوب الوفاء.

لكن فى قبال هذا الاشكال يمكن أن يقال: بأنه لا مانع من تعلق وجوب

دراساتنا من الفقه الجعفرى، ج ٤، ص: ٣٩٤

...

الوفاء بلحاظ الآثار المترتبه، و قد وقع فى كلام الامام عليه السلام فى جمله من الموارد، منها مسأله اشتراط عدم الخيار للزوجه بدفع مال الكتابه، بل يمكن الاخذ بعموم قوله «أَوْفُوا بِالْعُقُودِ» بعد صيروره الشرط جزء للعقد.

ان قلت: قد علم من الشرع أن الملكيه و أمثالها مما لها أسباب خاصه فى

قلت: هذه الدعوى غير مسموعه مع تحققها فى الشرع بالشرط، كما لو اشترط ملكيه حمل الدابه و مال العبد و غيرهما.

ان قلت: يمكن أن يكون هذا الحكم مختصا بالتابع.

قلت: ان هذا الوجه ليس قابلا-لاذن يكون فارقا، مع أنه يظهر من المحقق جواز اشتراط ملكيه التابع للثالث. و كيف كان الظاهر جواز اشتراط الغايات التى لم يعلم اناطتها بسبب خاص، كما يصح نذر مثل هذه الغايات، فيصح نذر كون المال الفلانى لزيد أو كونه صدقه.

اذا عرفت ذلك فنقول: يقع الكلام أولا فيما أفاده المصنف، و ثانيا فيما هو مقتضى القاعده، فنقول: ان ما أفاده من كفايه وجوب الوفاء المستفاد من قوله «أَوْفُوا بِالْعُقُودِ». يرد عليه انه لا فرق بين الدليلين، فان لم يكن مانع من الشمول يشمله كلاهما و الا فلا يشمله شىء منهما، و الفرق بلا وجه، و مناط الاشكال واحد.

و يرد عليه أيضا: بأن ما أفاده مع أنه ليس قابلا للفارقيه بأنه من الممكن أن يكون له خصوصيه، و مقتضى التعبد الاقتصار على مورد الاجماع، مضافا الى أنه بأى وجه نتعدى من الملك الى غيره من الموارد.

دراساتنا من الفقه الجعفرى، ج ٤، ص: ٣٩٥

...

و أما قياس المقام بمسأله النذر، فيرد عليه انه بنفسه أول الكلام، بل الاشكال فى النذر أصعب، اذ لا يبعد أن يكون معنى النذر جعل عمل على الذمه له تعالى و يترتب عليه العمل. و بعباره أخرى: ما لم يتحقق النذر لا يتوجه خطاب وجوب الوفاء به. فلو نذر التصديق يجب عليه أن يتصدق، فكيف يمكن تحقق المتعلق بمجرد النذر.

و أما أصل المطلب فنقول: ان عمدته الاشكال أن دليل الشرط ليس مشرعا فلا بد أن يكون متعلقه أمرا مشروعا فى

الرتبه السابقه كى يترتب عليه حكم الشرط و حيث أن مقتضى الاصل فى المعاملات الفساد فلا دليل على الصحه، لا من دليل الشرط كما ذكر و لا- من الخارج كما هو المفروض. و لكن يمكن أن يجاب عن هذا الاشكال بأنه ما المانع من جعل دليل الشرط مشرعا.

و يمكن أن يقال بمثل هذا البيان فى مفاد «أَوْفُوا بِالْعُقُودِ» بأن نقول: مقتضى الوجوب المتعلق بالوفاء تعلق الوجوب بكل عقد، و لازمته الصحه غايه الامر بحكم العقل يخرج العقد الفاسد، فكل مورد علم أنه فاسد شرعا لا يجب الوفاء به، و فى كل مورد احتمال الصحه يجب الوفاء، و بهذا البيان عدلنا عما كنا عليه قبلا.

الاشكال الثانى المتوجه على المقام: انه قد خصص الشرط بما لا يكون مخالفا، و مع احتمال الفساد يكون تمسكا بالعام فى الشبهه المصداقيه.

و يمكن أن يجاب عنه: أولا بأن المقصود عدم المخالفه مع ما بأيدينا من الاحكام، فلو لم يكن مخالفا لها يصح. و ثانيا انه ببركه أصاله العدم الازلى يحرز عدم كونه مخالفا حتى مع الاحكام الواقعيه، فالنتيجه ان كل شرط لم يعلم كونه مخالفا للشرع يصح بالآيه و الروايه: أما الاولى فهى آيه وجوب الوفاء، و أما الثانيه فهى روايه وجوب العمل بالشرط.

دراساتنا من الفقه الجعفرى، ج ٤، ص: ٣٩٦

قوله: و الكلام فيه يقع فى مسائل (١).

[الكلام فيه يقع فى مسائل]

اشاره

أقول: ان المصنف قدس سره نفى الاشكال عن شرط النتيجه و أجرى الكلام فى شرط الفعل، و قال يقع الكلام فيه فى مسائل:

المسأله (الاولى) فى أن اشتراط الفعل يقتضى وجوب الوفاء تكليفا أم لا

ظاهر المشهور الوجوب، ثم ذكر ما دل على الوجوب التكليفى من الايه و الروايه و قال: خالف المشهور الشهيد فى ظاهر كلامه- الى آخر ما ذكر.

والذى يهمنى فى المقام بيان ما يستفاد من الادله، فنقول: الظاهر أنه لا فرق بين شرط النتيجه و بين شرط الفعل لوحده الملاك و الدليل، و الذى يوضح الامر بيان معنى «الوفاء»، و الذى يظهر من اللغه و موارد استعمال هذا اللفظ ان «الوفاء» بمعنى التمام، يقال هذا لا- يفى أى ينقص، و ما يكون قابلا للإتمام فى العقود و الايقاعات و العهود و الوعود هو الالتزام و الاعتبار القائمان بالنفس فلو تعلق الامر بالوفاء يكون معناه الوجوب و تمام الالتزام و الاعتبار.

و بعبارة أخرى: يكون البقاء على الالتزام واجبا و رفع اليد عنه و الفسخ حراما، و حيث أن الفسخ بما هو لا حرمه فيه قطعا يكشف أن الأمر بالوفاء ارشاد باللزوم أى فسخك لا يؤثر. و من الظاهر أنه لا يعقل أن يكون الالتزام باقيا و مع ذلك لا يترتب عليه ما التزم به، فان الانسان لو التزم بالذهاب الى مكان فلانى يلزم، اما تحقق الذهاب و اما الانصراف و اما تحقق مانع خارجي من العمل على طبق الالتزام، فلو قال الشارع «أنت باق على التزامك فى اعتبارى» لا بد من ترتب الاثر الخارجى بلا اشكال، فلا فرق بين أن يتعلق الشرط بملكه دار أو يتعلق بفعل كذائى، فان الالتزام بالملكه باق حتى بعد الفسخ كما أن الالتزام بالفعل الكذائى باق كذلك. نعم ربما

يمكن أن يعلق بقاء الالتزام على الفعل، فلا يكون التزام بالفعل بل مجرد ارتباط بقاء الالتزام، بأن يعلق البائع

دراساتنا من الفقه الجعفري، ج ٤، ص: ٣٩٧

...

التزامه بالبقاء و عدم فسخه على الخياطة، ففي الحقيقة الخياطة لم تشتط على المشتري فلا يجب.

و أفاد السيد في الحاشية: بأنه يمكن أن يعلق البيع بالعين بشرط الفعل بنحو لا يرجع الى التعليق الى العقد كي يفسد من جهة التعليق بل الفعل قيد للمبيع بأن يبيع العبد بشرط العتق، فان العتق ليس واجبا لعدم اشتراطه، لكن لو لم يعتق يكون البيع جائزا.

و الظاهر أن ما ذكره أمر غير معقول، لان العتق ان كان شرطا لأصل العقد يكون من مصاديق التعليق في العقود و يكون باطلا، و ان لم يكن فلا يعقل تقييد الجزئي. مضافا الى ان لازمه البطلان مع عدم تحقق العتق.

و محصل الكلام في المقام أنه لو علق الوفاء على الفعل لا يكون المعلق عليه واجبا لعدم المقتضى، و ان تعلق الشرط بنفس الفعل يجب، لكن لا بد من بيان ما يكون مناطا لصدق الشرط، فان مجرد الالتزام بفعل مقارنة للعقد لا يوجب صدق عنوان الشرط عليه. نعم هو وعد ابتدائي، و الظاهر أن منشأ تعونه بهذا العنوان تعليق العقد على الالتزام.

ان قلت: هذا تعليق. قلت: نعم لكن ليس مبطلا، اذ المعلق عليه أمر موجود معلوم، و لك ان تقول: الاجماع غير شامل لهذه الصورة.

اذا عرفت ما ذكر فاعلم أنه يمكن الاستدلال للوجوب بوجوب الوفاء، أعم من أن يكون ارشادا الى اللزوم أو يكون ايجابا لترتيب الآثار الخارجي، أما على الاول فبالقريب المتقدم، و أما على الثاني فالتقريب فيه ظاهر، فانه يجب ترتيب الآثار و من آثاره العمل بالشرط.

دراساتنا من

قوله: المسأله الثانيه انه لو قلنا بوجوب الوفاء به من حيث التكليف الشرعى فهل يجبر عليه لو امتنع (١).

و يمكن الاستدلال أيضا بالاخبار الوارده فى باب الشروط كقوله «المؤمنون عند شروطهم»، فان الانصاف أن العرف يفهم من هذه الروايات أن المقام مقام الانشاء و ايجاب العمل بالشرط.

و ان أبيت عن ذلك و قلت: بأن الظاهر من هذه الجملة تعريف المؤمن و انه لا يخلف كقوله «قَدْ أَفْلَحَ الْمُؤْمِنُونَ» فلا يدل على الوجوب و لا أقل من الاجمال.

قلت: الذى يبعد هذا التقريب ذيل الروايات، و هو قوله «الا شرطا حلال حراما أو حرم حلالا»، فان المؤمن الكامل الذى لا يخلف الشرط و يفى به كيف يمكن أن يشترط شرطا مخالفا للشرع، فيفهم أنه فى مقام الانشاء. و لو سلمنا هذا المعنى لكن يكفى للمدعى الروايات الخاصه الوارده فى بعض الابواب، كقوله عليه السلام «قل له فليف للمرأة بشرطها فان رسول الله قال المؤمنون عند شروطهم» (١) حيث أنه أمر بالوفاء و استشهد بقول رسول الله، فيعلم أن النبى فى مقام بيان الوظيفه و ايجاب الاتيان بما شرط على نفسه.

[المسأله الثانيه انه لو قلنا بوجوب الوفاء به من حيث التكليف الشرعى فهل يجبر عليه لو امتنع]

أقول: ان هذه المسأله محل خلاف بينهم، و العمده النظر فى أصل المسأله و بيان ما هو الحق فيها، و ما يمكن أن يستدل به على الجواز وجوه:

الاول- الاجماع. و فيه ما عرفت منا فلا وجه للإعاده.

الثانى- ان الفعل بالشرط يكون ملكا للمشروط له، كما أنه كذلك فى الاجاره، و يجوز اجبار المديون على أداء دينه.

و فيه: ان الامر ليس كذلك، فان المشروط عليه لا يملك منفعتة للمشروط

(١) الوسائل، الجزء ١٥ الباب ٢٠ من أبواب المهور، الحديث ٤.

له، بخلاف الاجاره فى اجاره الشخص نفسه للعمل الكذائى، فان العمل بالاجاره يكون ملكا للمستأجر كما أن منفعه العين تصير ملكا بها بخلاف الشرط.

الثالث- ان الشرط يوجب حقا ماليا للمشروط له، و لكل ذى حق اسقاط حقه و احقاقه. و هذا هو الصحيح، فانه أمر عقلائى أمضاه الشارع، و الشاهد عليه أنه قابل للإسقاط و ليس وجوبا تكليفيا محضا، كما لو نذر أن يعطى درهما للفقير، فان الفقير بالنذر لا يصير ذا حق على الناذر، و لذا لو اسقط لا ينحل النذر. نعم لو أعطاه يمكن أن يملكه. و الحاصل انه فرق بين الوجوب التكليفى الصرف و جواز اجباره من باب الامر بالمعروف، فان هذا الجواز جواز بالمعنى الاعم، اذ الامر بالمعروف مع الشرائط واجب و لا يسقط بالاسقاط فانه حق الهى، و بين الوجوب التكليفى الناشئ عن الحق الذى يكون قابلا للإسقاط.

ان قلت: لا وجه للإجبار، اذ يمكن تداركه بالفسخ.

قلت: أولا يمكن فرض المسأله فيما لا يكون للمشروط له خيار الفسخ عند عدم تحقق الشرط، كما صرح فى العقد بعدم الخيار فلا موضوع لهذا التقريب.

و ثانيا- انه يمكن أن لا يتدارك هذا الحق بالفسخ، اذ يمكن أن يكون الشرط مما يكون فيه غرض لهم، و رفع اليد عنه يكون حرجا على ذى الحق.

و ثالثا- التدارك لا يقتضى إلا عدم تعين الاجبار لا عدم جوازه. و بعبارة أخرى:

غايه ما فى الباب أن نقول بأن للمشروط له اختيار أحد الامرين.

و رابعا- انه لا معنى لهذا التقريب، فان الخيار يترتب على عدم تحقق الشرط و فى طوله، و فى الرتبة السابقه نسأل بأنه هل يكون هذا الحق موجودا أم لا. و بعبارة أخرى: نفرض أن الحق يتدارك

بالفسخ، لكن بأى وجه نلزم

دراساتنا من الفقه الجعفري، ج ٤، ص: ٤٠٠

قوله: الثالثه فى أنه هل للمشروط له الفسخ مع التمكن من الاجبار فيكون مخيرا بينهما أم لا يجوز له الفسخ الا مع تعدد الاجبار (١).

ذا الحق أن يرفع اليد عن حقه.

ان قلت: ان متعلق الشرط الفعل الاختيارى، فبالالزام لا يحصل الشرط كما هو ظاهر.

قلت: أولا النقض بباب الاجاره، فان الاجير لو لم يأت بما عليه من الفعل فهل يجبر أم لا؟ الكلام هو الكلام.

و ثانيا- بالحل، و هو أن ما وقع عليه الشرط مطلق الفعل بلا قيد كما فى باب الاجاره، ففى ضمن كل فرد تحقق حصل الشرط.

بقى شىء، و هو: أنه هل يجوز لغير المشروط له الاجبار فيما لو يصل نفعه اليه كما لو شرط عتق عبد أو اعطاء شىء للفقير فهل للعبد أو الفقير الاجبار أم لا؟ الظاهر هو الثانى، كما أنه ليس لهما الاسقاط، بل الامر بالنسبه الى الاجبار و الاسقاط بيد المشروط له. نعم للفقير و العبد و الحاكم الشرعى، و لكل مكلف الاجبار بمقدار يصدق عليه الامر بالمعروف الواجب فى الشريعة.

[المسأله الثالثه فى أنه هل للمشروط له الفسخ مع التمكن من الإجبار فيكون مخيرا بينهما أم لا يجوز له الفسخ إلا مع تعدد الإجبار]

أقول: ذهب المصنف الى الثانى، و الحق أن يقال: ان المدرك للخيار لو كان هو الاجماع أو دليل نفي الضرر فكان لما ذهب اليه وجه، الا أن المدرك له هو عنوان تخلف الشرط، فاذا تخلف ذلك يتحقق له الخيار، بلا فرق بين تمكن الاجبار أو تحققه.

و لا وجه لما ذهب اليه الايروانى قدس سره: بأن موضوع الخيار صورته تعذر العمل بالشرط بجميع أفرادها، لأنه لو قلنا بأن الخيار مجعول من قبل المتعاقدين فى ظرف امتناع الطرف عن الاتيان بالفعل فلا اشكال فى تحققه مع امكان اجباره، أضف الى ذلك

أن طبيعه الناس يأبى عن الاجبار.

دراساتنا من الفقه الجعفرى، ج ٤، ص: ٤٠١

قوله: الرابعه لو تعذر الشرط فليس للمشترط الا الخيار لعدم دليل على الارش (١).

ثم أنه أفاد المصنف قدس سره الا أن يقال: ان العمل بالشرط حق لازم على المشروط عليه يجبر عليه اذا بنى المشروط له على الوفاء بالعقد.

و أما اذا أراد الفسخ لامتناع المشروط عليه عن الوفاء بالعقد على الوجه الذى وقع عليه فله ذلك، فيكون ذلك بمنزله تقابل من الطرفين منهما.

وفيه: أن كونه كالتقاييل لا يكون مصححا للمدعى، فان المفروض أنه لم يأت المشروط عليه بما عليه من الوظيفة، فلو لم يكن للمشروط له حق الفسخ كيف يمكنه الاقدام بالفسخ.

أضف الى ذلك كله أن فى المقام روايه «١» تدل على جواز الاخذ بالخيار، سواء أمكن اجباره أم تعذر.

أفاد السيد اليزدى قدس سره أن الروايه- و ان كانت ضعيفه من حيث السند- ولكنها منجبره بعمل المشهور. و أما أفاده من الانجبار ممنوع صغرا و كبرا.

فتحصل أن الروايه تامه دلالة الا أنها ضعيفه السند.

ثم انه لو تعذر اجباره فهل للحاكم التصدى بالعمل اذا كان قابلا للنيابه أم لا؟ أقول: أما على مسلك من قال بالولاية المطلقه للفقيه فالامر واضح، و أما على المسلك المنصور فله أن يتصدى بمقدار المتيقن، كما اذا لم يتصد يلزم اختلال النظام أو عسر و حرج أو غيرها.

[المسأله الرابعه لو تعذر الشرط فليس للمشترط إلا الخيار لعدم دليل على الأرش]

اشاره

أقول: ما يمكن أن يقال أو قيل فى وجه الارش وجوه:

(الاول) ما عن السيد اليزدى بأن الارش فى العيب مقتضى القاعده،

(١) الوسائل، الجزء ١٢ الباب ٧ من ابواب الخيار، الحديث ٢.

دراساتنا من الفقه الجعفري، ج ٤، ص: ٤٠٢

...

لأن الشرط و ان لم يكن مقابلا- بالمال في عالم الانشاء الا أنه ليس مجانا بل يقابله في عالم اللب و موجب لزياده قيمه، فان مقتضى هذه المقابله جواز الفسخ و جواز الارش، بمعنى استرداد المقدار الذي زيد لأجله في العوض.

و فيه: ما المراد من المقابله في المقام في عالم اللب، ان كان المراد منه الغرض فان تخلف الاغراض لا يوجب الارش، و ان كان المراد أن مقداراً من الثمن وقع في مقابل الشرط لبا فهو غير معقول لاستحاله وقوع شىء في مقابل شيئ. و ملخص الكلام ان الامر دائر بين أن يجعل مقداراً من الثمن في مقابل الشرط و بين جعله بتمامه في مقابل العين و كون الشرط مجانياً، و الجمع بين الامرين جمع بين المتنافيين.

(الثاني) ان الثمن وقع في مقابل العين المتقيد بخياطه الثوب مثلاً،

فان مقداراً منه وقع في قبال العين و مقداراً منه في قبال التقيد الذي هو أمر عقلي لا خارجي و مقتضى هذا البيان وقوع جزء من الثمن في مقابل التقيد، و بعدمه يبطل العقد بهذا المقدار.

و فيه: أولاً- ان التقيد جزئي لا- يقابل الثمن، و ثانياً ان العين جزئي خارجي و هو لا يقيد الا انه رجع الى الشرط و على فرض رجوعه اليه تعليق، و ثالثاً ان التقيد المذكور ان كان مفقوداً من الاصل يكون البيع بمقداره باطلاً، اذ المفروض أن العقد وقع على المقيد، فما وقع عليه العقد غير موجود و الموجود لم يقع عليه العقد، و ان كان طارئاً فهو يوجب الخيار لا الارش.

(الثالث) أيضاً ما أفاده السيد اليزدي بأن الشرط مخير بين الفسخ و أخذ الارش عقلياً،

بمعنى أن بناء العقلاء جار على ذلك، و هو ممضى عند الشرع أيضاً.

دراساتنا من الفقه الجعفري، ج ٤، ص: ٤٠٣

قوله: الخامسة لو تعذر الشرط و قد خرج العين عن سلطنه المشروط عليه بتلف او بنقل أو رهن او استيلاء فالظاهر عدم منع ذلك عن الفسخ (١).

و فيه: ان منشأ السيره ان كان أمراً ارتكازياً فهو يجدي للمدعي، الا أن اثباته على مدعيها، و أما السيره الخارجيه فتحققها غير معلوم، و على فرض تحققها مردوعه بقوله «لَا تَأْكُلُوا أَمْوَالَكُمْ بَيْنَكُمْ بِالْبَاطِلِ».*

(الرابع) ان الشارط بشرطه يملك المشروط فى عهده المشروط عليه، فالفعل مملوك له فى عهده الطرف،

فاذا تعذر يكون بمنزله التلف، فهو ضامن بملاك قاعده اليد.

و يرد عليه: ان اشتراط الفعل لا يقتضى ملكيته للشارط بل مجرد حق مالى.

نعم لو ملك المشروط عليه الفعل للشارط بالشرط كما فى الاجاره فلا نضائق من الالتزام بالضمان بالتعذر.

[المسأله الخامسه لو تعذر الشرط و قد خرج العين عن سلطنه المشروط عليه بتلف او بنقل أو رهن او استيلاء]

اشاره

أقول: مقتضى التحقيق فى المقام أن يقع البحث فى ضمن فروع:

(الفرع الاول) انه لو تلفت العين بتلف حقيقى هل يجوز الفسخ لمن له الشرط أم لا؟

التحقيق أن يقال: ان متعلق الخيار لو كان هو العين الخارجى يسقط الفسخ لانتفاء موضوعه، و اما اذا قلنا بأن المتعلق فى ذلك هو العقد- كما هو الحق- فلا بد من ملاحظه مدرك الخيار، فان المدرك له ان كان هو الاجماع فليس له الفسخ أيضا لعدم المقتضى له، و أما اذا كان الخيار بمقتضى القاعده- أى الشرط بالبيان المتقدم- فله الفسخ لوجود مقتضى الخيار و عدم المانع عنه.

قال السيد قدس سره: الاولى أن يقال: لو قلنا بجواز الارش أو العوض لا يجرى الخيار، لان الفسخ مع التلف ضرر على الطرف الاخر، فانه أقدم

دراساتنا من الفقه الجعفرى، ج ٤، ص: ٤٠٤

...

على ضمان البيع بالثمن المذكور فى المعامله، فالزامه بالبدل الذى قد يكون أضعاف ذلك الثمن ضرر عليه، و المفروض امكان جبر الضرر المشروط له بالارش أو العوض.

وفيه: أولا انا أنكرنا الارش و القيمه و قلنا ان مقتضى القاعده هو الفسخ، و ثانيا ان الدليل أخص من المدعى لعدم لزوم الضرر فى بعض الصور، و ثالثا ربما يقع الضرر على المشروط له عند عدم الفسخ، فانه ربما يتضرر من الصبر و لو مع أخذ الارش، مضافا الى أن نفس منعه عن اعمال حقه ضررا عليه. هذا كله على مسلك المشهور، و أما على المسلك المنصور من عدم دلالة قاعده الضرر الا على الحرمة التكليفيه فلا تنعقد المجال لما ذهب اليه أصلا.

(الفرع الثاني) انه لو لم يتلف تلفا حقيقيا لكن وقعت العين موردا للتصرف من قبل المشروط عليه،

فتاره لا يكون التصرف منافيا للشرط و أخرى يكون منافيا- كما لو باعه عبدا و اشترط عليه عتقه و المشروط عليه باع العبد- أما في الصورة الاولى و هي صورة عدم التنافي فربما يتوهم بأن التصرف الواقع عن المشروط عليه على العين على خلاف القاعده، لان

العقد خيارى.

و هذا التوهم فاسد فانه لا يمنع الخيار عن تصرف المالك فى ملكه، و هذا النحو من الاستدلال مصادره بالمطلوب، فالتصرف وقع فى محله و صدر عن أهله.

ثم ان التصرف الواقع على العين من قبل المشروط له اما يكون تصرفا مخرجا عن ملكه كالبيع أو كالمخرج كالاستيلاء المانع من النقل، و اما لا- يكون مخرجا عن الملك كالرهن، أما على الثانى فما المانع من القول ببقاء الخيار و باعماله ترجع العين الى مالكيها الاوول، غايه الامر مع كونها متعلق الرهن فان الانتقال لا ينافى الرهانه. و أما على الاوول فاما يكون الانتقال نقلا لازما و اما يكون جائزا،

دراساتنا من الفقه الجعفرى، ج ٤، ص: ٤٠٥

...

اما على الاوول فبعد الفسخ ينتقل العين بالقيمه و التصرف باق بحاله بلا اشكال، فان الخيار من أحكام العقد و التصرف الاعتبارى الموجب للنقل كالتلف الحقيقى، و لا موجب لانفساخ العقد الثانى بانفساخ العقد الاوول. و على القول بأن الفسخ يوجب انفساخ العقد الثانى فهل يكون انفساخه من حين الفسخ أو من أصله؟

الحق هو الاوول، لان الفسخ من أحكام حل العقد من الحين لا من الاصل.

و أما على الثانى- أى على فرض أن يكون التصرف جائزا- هل يجبر المشروط عليه على الفسخ ورد العين أم لا؟ الظاهر هو الثانى، فان الفسخ الصادر من المشروط عليه على الفسخ و رد العين أم لا؟ الظاهر هو الثانى، فان الفسخ الصادر من المشروط له اما يوجب انفساخ العقد الثانى و اما لا- يوجب، أما على الاوول فلا تصل النوبه الى الاجبار و أما على الثانى كما هو الحق فلا مقتضى للإجبار، لأنه بالفسخ و انتقال مال المشروط عليه هل ينتقل الى الفاسخ شىء لا

طريق الى الثانى فانه ينافى قانون المعاوضه، و على الاول فلا مقتضى للإجبار، لان المفروض أنه انتقل اليه عوض ماله، الا أن يقال: بأنه بدل الحيلوله، لكن قد ذكرنا فى محله أنه لا مدرك لبدل الحيلوله. و ملخص الكلام: ان مقتضى القاعده جواز الفسخ مطلقا و الانتقال الى قيمه.

ثم لو فرض أن المشروط له لم يقبض القيمه و انتقل اليه العين بتقابل أو فسخ أو هبه أو ارث أو غيرها فهل يجب رد نفس العين أم لا؟ الظاهر هو الاول اذ مقتضى الضمان ان نفس العين يرد و الانتقال الى القيمه من باب للابديه و البدليه، فالصواب فى المقام هذا القول.

و فى المقام أقوال آخر يظهر فسادها مما ذكرنا:

(منها) الصحه لكن للفاسخ فسخ العقد الثانى لكون العين متعلق حقه.

و فيه: انه لا يتعلق حق بالعين للمشروط له، و وجود الحق أول الدعوى.

دراساتنا من الفقه الجعفرى، ج ٤، ص: ٤٠٦

...

(و منها) الفرق بين كون العقد الثانى جائزا و بين كونه لازما، ففى الاول يجوز الزام المشروط عليه بالفسخ لان ترد نفس العين الى الفاسخ.

و فيه: ان رد العين انما مع وجوده و عدم المانع، و المفروض فى المقام المانع موجود و لا مقتضى للفسخ من قبل المشروط عليه.

(و منها) الانفساخ من الحين لوجود الفسخ من قبل المشروط له.

و فيه: لا مقتضى للانفساخ بعد انعقاد العقد صحيحا.

(و منها) الفرق بين العتق و غيره، بأن يقال فى العتق لا- ترد العين و لا- يفسخ العقد لبناء العتق على التغليب و فى غيره يقال بالانفساخ من الاصل أو من الحين.

و فيه: انه لا مقتضى للانفساخ فى غير العتق أيضا، و فى العتق و ان كان الامر كذلك و لا يرجع

العبد رقا، لكن الاولى أن يقال بأن الحر لا- يدخل في الملك، لا أن بناء العتق على التغليب فان له معنى آخر بل لا مقتضى للرجوع.

(و منها) الفرق بين التصرف الذى وقع قبل التعذر و بين التصرف الذى وقع بعد التعذر، فما كان قبل التعذر تام و لا يفسخ و أما فى التصرف الذى بعده يجرى أحد الوجوه.

و فيه: انه ظهر مما ذكرنا عدم الفرق، و مقتضى القاعده عدم الانفساخ مطلقا.

(الفرع الثالث) أنه لو تصرف المشروط عليه تصرفا منافيا للشرط – كما لو باع العبد الذى اشترط فى العقد الاول عتقه –

اشاره

فيقع الكلام فى مقامين:

الاول فى حكم العقد الواقع على العين، الثانى فيما لو فسخ من له الشرط.

أما المقام الاول [فى حكم العقد الواقع على العين]

فنقول: ربما يقال بأن التصرف فى العين بالتصرف

دراساتنا من الفقه الجعفرى، ج ٤، ص: ٤٠٧

...

المنافى حرام و نهى عنه، و النهى عن المعامله يقتضى الفساد.

و فيه: ان التصرف بما هو تصرف ليس حراما و لا دليل عليه، و على فرض تسلمه لا تكون الحرمة التكليفيه تقتضى فساد المعامله ان لم تقتض صحتها.

و بعبارة أخرى: لم يرد نهى عن التصرف فى العين الا بتقريب أن مقتضى وجوب الوفاء بالعقد العمل بالشرط، و الامر بالشىء يقتضى النهى عن ضده فالتصرف المنافى حرام فيكون فاسدا.

و فيه: أولا ان مفاد «أَوْفُوا» ليس الا الارشاد الى اللزوم، و ثانيا ان الامر بالشىء لا يقتضى النهى عن الضد، و ثالثا النهى لا يقتضى الفساد الا أن يتعلق بعنوان المعامله، فانه يكون ارشادا الى الفساد بالظهور العرفى، و أما لو تعلق بعنوان آخر – كما لو حلف أن لا يبيع مثلا فباع – لا شبهه فى الصحه.

و ربما يقال أيضا كما فى كلام السيد قدس سره: ان العين متعلق للحق فلا يجوز التصرف فيه الا مع الاذن ممن له الحق.

وفيه: أولا اثبات حق متعلق بالعين أول الكلام. نعم للمشروط له حق على المشروط عليه. و ثانيا سلمنا وجود حق لكن أى دليل قام على كون مطلق الحق مانعا عن التصرف، و هذا يحتاج الى الدليل، و قياس المقام بحق الرهانه مع الفارق، اذ هناك الدليل قائم، فالحق أن التصرف الواقع صحيح.

ثم انه لو قلنا بفساده فهل يصح مع الاجازه كما يصح مع الاول أم لا؟

الحق هو الثانى، اذ المفروض أن الحق مانع عن الصحة، و الاذن السابق

لا يرفع المانع و الاجازة اللاحقه لا تؤثر فى الصحة، فان الشىء لا ينقلب عما هو عليه و الا يلزم صحة العقد الغررى بعد ارتفاع الغرر. و أيضا كل مانع لو

دراساتنا من الفقه الجعفرى، ج ٤، ص: ٤٠٨

...

ارتفع بقاء يلزم الصحة، و هو كما ترى.

ان قلت: مقتضى دليل الصحة أن يكون العقد الصادر من المالك صحيحا، لكن لمانع- و هو عدم اذن من له الحق- لم تتحقق الصحة. و بهذا المقدار نرفع اليد عن الدليل، و لكن بعد الاجازة لا مانع من الاخذ به.

قلت: أولا لا يلزم النقص بغيره من الشرائط كما ذكرنا، و ثانيا نقول المفروض ان العقد وقع فاسدا لفقد شرط من شرائطه، فلا سبيل الى الصحة بعد البطلان.

و بعبارة أخرى: اما يكون هذا الحق معتبرا عدمه فى البيع و اما غير معتبر، أما على الاول فلازمه البطلان على الاطلاق، و أما على الثانى فلا مناص من القول بالصحة.

و لا يقاس المقام بباب الفضولى، فان المدعى فى ذلك الباب أن العقد يستند الى المجيز بالاجازة و يصير العقد عقدا للمالك. و أما فى المقام فانتساب العقد الى المالك محرز، فلا- جامع بين المقامين. و لا يخفى أنه لو التزمنا بالصحة مع الاجازة يلزم الالتزام بالصحة فيما أسقطه المشروط عليه حقه لوحده الملاك.

(و أما المقام الثانى) [فيما لو فسخ من له الشرط]

و هو ما لو فسخ من له الشرط العقد، فالوجه المتصوره فى المقام هى الوجوه المذكوره فى الفرع السابق بلا فرق، و قد عرفت أن الحق بقاء العقد الثانى بحاله و انتقال بدل العين الى الفاسخ، و الكلام فى بقيه الوجوه هو الكلام فيها المتقدم فى المسأله السابقه، فلا وجه للإعاده.

و أما التصرف من ذى الخيار فى العين فلو لم يكن مبرزا

للالتزام بالعقد لا وجه لسقوط الخيار و يكون العقد باقيا بحاله، و لا دليل على كون التصرف بما هو موجب لسقوط الخيار.

دراساتنا من الفقه الجعفري، ج ٤، ص: ٤٠٩

قوله: السادسة للمشروط له اسقاط شرطه اذا كان مما يقبل الاسقاط (١).

[المسألة السادسة للمشروط له اسقاط شرطه إذا كان مما يقبل الإسقاط]

أقول: الذى ينبغى أن يقال فى المقام، ان الشرط اما شرط للنتيجه و اما شرط للوصف و اما شرط للفعل، أما شرط النتيجة فلا معنى لإسقاطه، لأنه بنفس الشرط يتحقق المطلوب، و أما شرط الوصف فلا يتصور فيه الاسقاط، لأنه مع عدم الوصف ليس الا الخيار فلا موضوع للإسقاط، فالعمده شرط الفعل، و هو تاره يصير مملوكا للمشروط له بالشرط كشرط النتيجة و أخرى ليس كذلك، أما على الاول فيتصور فيه الابراء كبقية الديون، و أما الثانى فربما يقال: بأنه لا دليل على جواز اسقاط كل حق، و الاستدلال بفحوى تسلط الناس على أموالهم غير تام لضعف سنده.

و هل يكون فرق بين الفعل المالى كالخياطة و غيره كالعق- كما فى كلام المحقق الاصفهاني بأن نقول: لو كان من الاول يجوز ابرأؤه و ان كان من الثانى يجوز اسقاطه- الحق أنه لا فرق. و هذا التفصيل لا يرجع الى محصل صحيح، اذ الفعل ان كان دينا فى ذمه الطرف لكن ابرأه مطلقا و ان لم يكن دينا فلا- موضوع للإبراء، و أما الاسقاط فكما تقدم يكون فيه مجال للمناقشه، الا ان يقال: بأن الارتكاز يقتضى ثبوت الحق الى زمان الإسقاط، مضافا الى أن مقتضى الارتكاز العقلاني الشرعى قبول هذا النحو من الحقوق للإسقاط.

ثم انه على تقدير القول بجواز الاسقاط لا- فرق بين مصاديقه، و لا مجال لاستثناء بعض مصاديقه كالعق، حيث أنه يتوهم بأنه متعلق المشروط له

و متعلق بحقه تعالى و متعلق لحق العبد. و هذا التوهم فاسد، فانه لا حق للعبد، اذ العبد ينتفع بالعتق، و هذا لا يوجب حقا له لعدم المقتضى، و الا يلزم أنه لو نذر أحد

دراساتنا من الفقه الجعفري، ج ٤، ص: ٤١٠

قوله: السابعة قد عرفت ان الشرط من حيث هو شرط لا يسقط عليه الثمن عند انكشاف التخلف على المشهور (١).

أن يعطى دينارا من زيد يكون لزيد حق المطالبة، و هو كما ترى.

هذا أولاً و ثانياً لو سلم أنه ذو حق و لكن ليس حقه في عرض حق البائع بل في طوله، و لازمه انتفاؤه بانتفائه. و بعبارة أخرى: في صوره بقاء البائع يكون هذا الحق للعبد، و أما مع عدمه فلا، و أما بالنسبة اليه تعالى فأيضاً لا مقتضى لوجود الحق، بلا فرق بين أن يطلب منه بطلب و جوبى أو غيره. نعم في الطلب الوجوبى للأمر بالمعروف مجال واسع، و لكن هذا قدر مشترك بين جميع الواجبات، و الزائد على هذا المقدار لا دليل عليه.

[المسألة السابعة قد عرفت ان الشرط من حيث هو شرط لا يسقط عليه الثمن عند انكشاف التخلف على المشهور]

اشاره

أقول: اعلم أن العقد الواقع للمبيع تاره يكون صوره نوعيه عرفيه كالحماريه و البقره، و أخرى يكون وصفا خارجيا غير داخل في حقيقه الشئ كالكتابه للعبد، و ثالثه يكون من قبيل كميهِ الاشياء و مقدارها كقوله «بعتك هذه الصبره بشرط أن تكون عشره أصوع».

أما القسم الاول فلا سبيل مع انتفائها الى الصحه، فان الصوره النوعيه العرفيه مقومه للمعامله و بدونها لا تصح.

و أما القسم الثاني فلا يكون وجوده دخيلا في الصحه الا بنحو التعليق المبطل للعقد و تخلفه يوجب الخيار فقط.

و أما الثالث فتاره يبحث فيه ثبوتا و أخرى اثباتا، أما الكلام فيه من ناحيه الثبوت فالحق أنه يتصور فيه

أن يكون جزءاً من المبيع و يتصور أن يكون شرطاً بحيث لا- يقسط عليه الثمن، فإنه يمكن إيقاع المعاملة على ما يكون موجوداً خارجاً على نحو الإطلاق و يشترط فيه أن يكون كذا مقداراً و يمكن إيقاع المعاملة على

دراساتنا من الفقه الجعفري، ج ٤، ص: ٤١١

...

كل جزء منه بكذا. و الظاهر الصحة في كلتا صورتين، و الاشكال من حيث الغرر مدفوع بعد تسليم تماميه دليل بطلان الغرر من المعامله، بأنه ان قلنا أن اشتراط الخيار يرفع الغرر فلا موضوع للغرر، و ان لم نقل فيمكن الاستناد باخبار البائع.

هذا فيما يقع العقد بنحو الإطلاق و يشترط المقدار، و أما لو وقع العقد على جزء منه فالامر أوضح، غاية الامر لو تخلف يتحقق خيار تبعض الصفقه، و لا فرق فيما ذكرنا بين متساوي الاجزاء كالمثلثات و متفاوتها كالقيميات.

هذا بحسب مقام الثبوت، و أما بلحاظ مقام الاثبات و الدلاله فلا يبعد أن يكون مقتضى الظهور العرفي هو التبعض، و لو فرضنا الشك من جهه مقام الاثبات و الدلاله فمع العلم يكون مقتضى الاصل عدم الانتقال من الثمن الا بما يساوي من الثمن، و أما الخيار فموجود على كلا التقديرين، غاية الامر يكون خيار تخلف الوصف على تقدير و خيار تبعض الصفقه على تقدير آخر، و في المقام روايه «١» لا بأس بدلالتها الا أنها مخدوشه سنداً بعمر بن حنظله.

على أن الشرط بهذا النحو مرجعه الجزئي، لكن الروايه وارده في القيمي و دلالتها على الحكم في المثلي بالاولويه كما ترى.

ثم ان في الروايه اشكالا من جهه ذيلها، و هي أن المستفاد من الدليل أنه لو كان للبائع أرض غير ما باعه فالباع لازم و يجب الوفاء، و هذا الحكم على

خلاف القاعده الاولى، لان المفروض أن مقتضى التفسير عدم صحة العقد الا الموجود، فلا مقتضى لوجوب الوفاء من أرض أخرى.

و عن العلامه فى التذكره نفى البعد، بتقريب أن القطعه المجاوره للمبيع أقرب الى المثل من الارش.

(١) الوسائل، الجزء ١٢ الباب ٤ من ابواب الخيار، الحديث ١.

دراساتنا من الفقه الجعفرى، ج ٤، ص: ٤١٢

...

وفيه: يرد أولا- ان الارض ليست من المثليات، و ثانيا أنه كما ذكرنا لا يكون العقد صحيحا الا بالمقدار الموجود، فلا موضوع لهذا التقريب. و يحتمل بعيدا أن يكون مراده عليه السلام انه ان كانت الارض المعيبه مطالبه للمقدار المبيع فالباع لازم، و الا يكون له الخيار. لكن هذا الاحتمال خلاف الظاهر.

ثم ان الشيخ ذكر الاقسام المتصوره فى هذه المعامله على أربعة أقسام:

(الاول) أن يكون المبيع متساوى الاجزاء و ينقص،

فلو قلنا بأن الظاهر من اللفظ فى مقام الاثبات التفسير للمشتري أن يمضى البيع فى المقدار الموجود و يرجع ببقية الثمن، و أما لو كان مجملا فمقتضى الاصل عدم انتقال الثمن الى البائع، و أما الخيار فهو موجود على كل تقدير، غايه الامر يكون خيار تخلف الوصف على تقدير و خيار تبعض الصفقه على تقدير آخر.

و ظاهر جملة من الاصحاب ثبوت خيار تخلف الشرط أو الوصف لترجيح الاشاره فيما لو تعارضت الاشاره و الوصف. و أفاد الشيخ قدس سره بأن كون المقام من قبيل الاشتراط مسلم لكن لا نسلم عدم التفسير فى كل شرط، فتأمل.

و يرد عليه: لا- يتصور للشرط الا- تعليق الا-لتزام بالعقد على وجوده، فالثمن بتمامه مقابل العين، و عليه لا مناص الا بأن نقول ان الجملة و لو كانت بصوره الاشتراط لكن ينحل الى التفسير، و لعله قدس سره اشار الى ما ذكرنا بقوله «فتأمل».

(الثانى) أن يكون المبيع مختلف الاجزاء و ينقص،

و هذا أيضا كسابقه ثبوتها و اثباتها، بأن الظاهر هو التفسير خلافا للمحكي عن المبسوط، مستدلا بأن الفئات لا يعلم قسطه من الثمن، لان المبيع مختلف الاجزاء فلا يعلم قسط الفئات من الثمن.

دراساتنا من الفقه الجعفري، ج ٤، ص: ٤١٣

قوله: القول في حكم الشرط الفاسد، و الكلام فيه يقع في أمور:

الاول ان الشرط الفاسد لا تأمل في عدم وجوب الوفاء به، بل هو داخل في الوعيد، فان كان العمل به مشروعاً استحب الوفاء به (١).

و فيه: أولاً- أنه لو سلم عدم امكان التقييد فلا بد من الالتزام ببطلان البيع فلا وجه لثبوت الخيار. و ثانياً يمكن تصوير تساوي القيمه في مختلف الاجزاء.

و ثالثاً انه لا يكون القسط مجهولاً، اذ يفرض المبيع بذلك المقدار و ينقص عن الثمن بالنسبه،

مثلا لو بيع الارض بشرط أن تكون عشره جريان فانكشف كونها خمسه يرد نصف الثمن، و هذا أمر واضح.

(الثالث) انه لو كان المبيع متساوي الاجزاء و يتبين الزيادة عما شرط على البائع،

فان كان المراد العقد على المقدار لا بشرط عدم الزيادة فالكل للمشتري و يمكن تصويره بنحو لا يكون العقد غرريا، و في هذا الفرض لا خيار. و ان كان المراد ظاهر الشرط- و هو كونه شرطا للبائع من حيث عدم الزيادة أعنى بشرط لا عن الزائد- يصح العقد و يثبت خيار الوصف للبائع و خيار الشركه للمشتري.

و هذا لا ينافي ما قلناه من أنه لا يبعد أن يكون المورد موردا للتقسيط، اذ لا يبعد أن يكون شرط عدم الزيادة بمنزله الاستثناء و ان قلنا بأن البيع وقع على ما في الخارج كالصوره الاولى، غايه الامر اشترط للبائع عدم الزيادة يثبت للبائع الخيار فله فسخ العقد و امضاؤه في تمام الصبره.

(الرابع) أن يتبين الزيادة في مختلف الاجزاء،

و حكمها يعلم مما ذكرنا و لا وجه للإعاده.

[القول في حكم الشرط الفاسد]

[الأمر الأول أن الشرط الفاسد لا تأمل في عدم وجوب الوفاء به]

اشاره

أقول: الامر الاول أنه ذهب المشهور الى استحباب العمل بالوعيد، الا أنا قد حققنا الكلام فيه و بينا وجوبه وفقا لكمال الدين الميثمي البحراني

دراساتنا من الفقه الجعفري، ج ٤، ص: ٤١٤

...

و السيد نعمه الله الجزائري.

و قد استفدنا ذلك من عده روايات «١» و ارده في الباب، كقوله صلى الله عليه و آله «من كان يؤمن بالله فليف اذا وعد» و كقوله عليه السلام «عده المؤمن أخاه نذر لا كفاره له» و غير ذلك من الروايات و قد عد التخلف عن الوعد من مطاعن معاويه عليه اللعنه، و قد حققنا ذلك في رساله مفرده.

و لا مجال للاستدلال على وجوب الوفاء بالوعد بلزوم الكذب فى صورته التخلّف، لان رفع اليد عن الالتزام ليس بكذب، على أن الوعد ليس من مقوله الاخبار حتى يتصف بالصدق و الكذب بل هو من مقوله الانشاء.

و كيف كان هل يكون مجرد فساد الشرط موجبا لفساد العقد أم لا؟ ما يمكن أن يقال فى وجه كونه مفسدا له أمور:

(الأمر الأول) أن الشرط يقسط عليه الثمن، فإذا كان فاسدا يوجب الغرر فى البيع لصيروره العوض مجهولا بذلك.

و فيه: أولا- انه لا- يقسط الثمن عليه، و ثانيا لا يكون العوض مجهولا لكون التفاوت بين ما اذا كان العوض المنضم الى الشرط و المجرد عنه مضبوطا فى العرف، و ثالثا على تقدير تسليم الجهاله فى المبيع نمنع كون مثل هذا الجهل قادحا، لان القادح هو الجهل بالعوض عند إنشاء العقد لا الجهل الطارئ على العوض.

(الامر الثانى) ان التراضى انما وقع على العقد الواقع على النحو الخاص

فاذا تعدرت خصوصيه بفساد الشرط لم يبق التراضى، لان الجنس يرتفع بارتفاع الفصل. و المعاوضه بين الثمن و المثلن بدون الشرط معاوضه جديده

(١) اصول الكافى الجزء ٢ باب خلف الوعد و عيون اخبار الرضا ص ٣٤.

دراساتنا من الفقه الجعفرى، ج ٤، ص: ٤١٥

...

يحتاج الى إنشاء جديد، و بدونه يكون التصرف أكلا للمال لا عن تراض.

و أجب عنه المصنف قدس سره نقضا: بأن انتفاء الشرط لا يوجب أن يحوج العقد الى إنشاء جديد، و مجرد ارتباط الشرط بالعقد لا يقتضى ذلك، و لذا ان الشرط الغير المقصود للعقلاء فى السلم و غيره لا يقتضى فساد العقد، و كذا لا يفسد النكاح بمجرد فساد شرطه المأخوذ فيه كما يستفاد ذلك من النص «١» الوارد فى باب النكاح.

أقول: يمكن أن يقال انه لا يمكن استفاده عدم كون الشرط الفاسد مفسدا للعقد من النص المذكور، لأنه حكم خاص فى مورد خاص أهتم الشارع به، أضف الى ذلك أن الاشتراط لا يقتضى أنه لو لم يسلم الشرط يحتاج الى عقد جديد.

و أيضا نقض الشيخ قدس سره أن ظاهر العلماء أن الشرط الغير المذكور فى العقد لا حكم له صحيحا كان أو فاسدا، و لم يظهر منهم بطلان العقد.

و أورد عليه: بأن الاصل فى الارتباط هو انتفاء الشئ ى بانتفاء ما ارتبط به، و مجرد عدم

الانتفاء في بعض الموارد لا يوجب التعدي.

و أجاب عنه: بأن الامثله المذكوره لا خصوصيه لها، و المقصود من بيان الامثله عدم استحاله التفكيك بين الشرط و العقد.

و الحق أن يقال: ان الشرط قد يكون صفه للمبيع و أخرى فعلا من الافعال و على الاول يكون مرجع الاشتراط الى تعليق الخيار على فقدان الوصف، ففساد الشرط يوجب خيار تخلف الوصف، و لا- مقتضى للتسقيط لان الثمن بتمامه وقع في مقابل الموصوف، و على الثاني قد يجعل الشارط الزاما للمشروط

(١) الوسائل الجزء ١٥ الباب ٢٩ من ابواب المهور الحديث ١.

دراساتنا من الفقه الجعفري، ج ٤، ص: ٤١٦

...

عليه بالشرط و قد يجعل خيارا لنفسه به، و على كلا التقديرين يثبت له الخيار عند فساد الشرط.

و لا مجال للإشكال بأن المعلق ينتفى عند انتفاء المعلق عليه، لان العقد لم يعلق على الفعل الخارجي بل هو معلق على التزامه، و هو موجود، و مثل هذا التعليق غير قادح. نعم اذا كان الصفه من القيود التي تعد من الصور النوعيه- ككون المبيع حيوانا ناطقا- فان العرف يحكم بانتفاء المطلوب عند انتفاء قيده كما أفاد الشيخ في جواب الحلبي عن الاشكال. و الحاصل ان العقد المرتبط بالشرط الفاسد يصدق عليه العقد، فيشملة أدله و جوب الوفاء.

أفاد الايرواني قدس سره أن لا وجه للتمسك بالعموم لصحة العقد المجرد عن الشرط، الا أن يكون كل من العقد و العقد مع الشرط مصداقا مستقلا للعقد.

وفيه: أولا ان العقد بلا شرط يصدق عليه العقد، و ثانيا سلمنا أنه شرط في صدقه و لكن يمكن أن يكون الشرط الفاسد أيضا محققا لموضوع العقد.

و ان شئت قلت: يصدق على العقد المشروط بالشرط الفاسد عنوان العقد و عنوان البيع و

عنوان التجاره، فتشمله الادله.

ثم ان الشرط الفاسد هل يوجب الخيار اذا كان الشارط عالما بفساد الشرط أم لا؟ ظاهر الشيخ هو الثانى، الا أن المختار هو الاول، لوجود المقتضى و عدم المانع، فانه لا شبهه فى جعل الخيار عند عدم تحصل الشرط، و المفروض أن شرط الخيار ليس باطلا.

(الامر الثالث) النص،

و هو ما رواه عبد الملك بن عتبه قال: سألت أبا الحسن موسى عليه السلام عن الرجل ابتاع منه طعاما أو ابتاع منه متاعا على أن ليس على منه وضعه هل يستقيم هذا و كيف يستقيم وجه ذلك؟ قال: لا ينبغى «١».

(١) الوسائل، الجزء ١٢ الباب ٣٥ من ابواب احكام العقود، الحديث ١.

دراساتنا من الفقه الجعفرى، ج ٤، ص: ٤١٧

...

و تقريب الاستدلال بالروايه: انه يستفاد منها أن البيع حرام وضعاً.

قال المحقق الايروانى: ان الروايه تضمنت سؤالين؟ أحدهما السؤال عن صحه البيع بشرط أن تلحق خساره المشتري اذا باع و خسره، الثانى السؤال عن صحه الشرط و تسلط المشتري على أخذه الخساره منه. و الاستدلال بها على المدعى يبتنى على ارجاع قوله عليه السلام «لا- ينبغى» الى السؤال الاول، و يكون المراد منه هو الحرمة بمعنى الفساد دون الكراهه، و أما اذا رجع الى السؤال الثانى فلا يمكن الاستدلال بها على المدعى.

التحقيق أن يقال: ان الروايه ينبغى أن يبحث عنها من جهتين السند و الدلاله:

اما السند فهو مخدوش بعبد الملك بن عتبه، فانه مشترك بين الصيرفى الموثق و بين الهاشمى الضعيف. و أما الدلاله فان الظاهر المستفاد من قوله عليه السلام «لا ينبغى» الكراهه لا الحرمة فلا يرتبط بالمقام، و أيضا ظاهره أنه يسأل عن مجموع الامرين.

(و منها) ما رواه «١» حسين بن منذر عن أبى عبد الله

عليه السلام، و هذه الروايه ساقطه سنندا بحسين بن منذر، و أما من حيث الدلاله فيظهر الحال مما نذكره في روايه ابن جعفر عن أخيه.

(و منها) ما رواه «٢» علي بن جعفر عن أخيه، و هذه الروايه نقلت بطريقتين:

أحدهما معتبر و هي المنقوله عن كتاب علي بن جعفر قال: سألته عن رجل باع ثوبا بعشره دراهم ثم اشتراه بخمسه دراهم أ يحل ذلك؟ قال: اذا لم يشترطا و رضيا فلا بأس. بتقريب أن مقتضى مفهوم الروايه البأس في المعامله، و لا وجه

(١) الوسائل، الجزء ١٢ الباب ٥ من أبواب أحكام العقود، الحديث ٤.

(٢) الوسائل، الجزء ١٢ الباب ٥ من أبواب أحكام العقود، الحديث ٦.

دراساتنا من الفقه الجعفري، ج ٤، ص: ٤١٨

...

للفساد الا من ناحيه فساد الشرط.

و الجواب: ان البحث في المقام في أن الشرط اذا كان فاسدا هل يوجب فساد العقد أم لا؟ و الشرط المذكور في الروايه ليس شرطا فاسدا. نعم بمقتضى الروايه نلتزم أن من شرائط البيع أن لا يشترط فيه مثل هذا الشرط، و هذا أمر تعبدى لا بد من الالتزام به و خارج عن محل الكلام. و وجه البطلان التعبد و النص الخاص الوارد في المقام لا الدور و لا عدم قصد البيع.

فتحصل أن المقتضى للصحه تام و المانع غير موجود، مضافا الى أنه يمكن الاستدلال للصحه ببعض النصوص:

(منها) ما رواه «١» الحلبي عن أبي عبد الله عليه السلام، فان المستفاد من الروايه كما ترى ان اشتراط ولاء العتق للبائع باطل و مع ذلك لا يوجب فساد البيع، و لا شبهه في أن الظاهر من الروايه أن الاشتراط كان في ضمن العقد.

(و منها) ما رواه «٢» الحلبي أيضا عن أبي عبد الله

عليه السلام، فانه سئل في هذه الروايه عن بيع الاماء بشرط عدم البيع و الهبه و الارث، فأجاب عليه السلام بأن شرط عدم الارث باطل لكونه مخالفا للكتاب، فان الظاهر من الروايه صحه العقد و فساد الشرط و هذا هو المطلوب في المقام.

ثم ان الشيخ قدس سره أفاد: بأنه قد يستدل على الصحه بأن صحه الشرط فرع صحه البيع، فلو كان الحكم بصحه البيع موقوفا على صحه الشرط لزم الدور. ثم قال: وفيه ما لا يخفى.

و يمكن أن يكون نظره الى أن صحه العقد يتوقف على صحه الشرط، لكن

(١) الوسائل، الجزء ١٥ الباب ٥٢ من أبواب نكاح العبيد و الاماء الحديث ٢.

(٢) الوسائل، الجزء ١٢ الباب ١٥ من أبواب بيع الحيوان الحديث ١.

دراساتنا من الفقه الجعفري، ج ٤، ص: ٤١٩

...

صحه الشرط يتوقف على عدم كونه مخالفا للشرع، فالتوقف ليس من الطرفين بل من طرف واحد.

ثم انه على تقدير الفساد فهل يثبت الخيار أم لا؟ الحق هو الثاني كما مر، لان الخيار على ما اخترناه على القاعده، فلا فرق بين الشروط صحه و فسادا لو حده الملاك. نعم لا خيار مع تحقق الشرط و ان كان حراما، كما يشترط عليه بأن يكذب و كذب. هذا على تقدير القول بأن الخيار من باب التخلف، و أما ان كان المدرك للخيار الاجماع فلا بد من الاقتصار على المقدار المتيقن، كما أنه لو كان المدرك حديث نفى الضرر يمكن أن تحصل النتيجة بنحو آخر.

(الامر الثاني) أنه لو أسقط المشروط له الشرط هل يمكن تصحيح العقد أم لا؟

يظهر من العلامه في التذكرة التردد في المسأله. و الذي يمكن أن يكون وجها للصحه أن يقاس المقام بباب الفضولي و المكروه، حيث حكموا بالصحه بالاجازه في الاول و بتأثير رفع الاكراه و حصول الرضا في

الثانى.

لكن القياس مع الفارق، لاین المدعى فى باب الفضولى أن الرضا من المالك متعلق بالعقد الجامع للشرائط، و أيضا فى مورد الاكراه يكون الواقع متعلقا للرضا، و أما فى المقام ما وقع عليه العقد لم يرض كما هو المفروض و ما يكون متعلقا للرضا لم يعقد عليه، فالحق ما أفاده المصنف و هو البطلان.

(الامر الثالث) لو ذكر الشرط الفاسد قبل العقد و لم يذكر فى متن العقد و قلنا بأن الشرط الفاسد يفسد العقد فما حكمه فى هذه الصورة المفروضة؟

أفاد الشيخ قدس سره بأنه لو قلنا بأن الشرط المذكور قبل العقد لا حكم له فيصح العقد و الا فلا.

دراساتنا من الفقه الجعفرى، ج ٤، ص: ٤٢٠

قوله: الكلام فى أحكام الخيار، الخيار موروث بأنواعه (١).

و يرد عليه: ان الوجه فى الفساد موجود فى الفرض، فان المفروض أن القصد تعلق بما هو مقيد، فهذا التفصيل ليس على ما ينبغى. و الحق أنه لو قلنا بافساد الشرط الفاسد أن يقال بالفساد فى المقام أيضا.

و أما ما عن الشهيد من التفصيل بين صورته العلم بأن الشرط المتقدم لا أثر له يصح و الا يبطل، فليس على ما ينبغى بل أسوأ حالا من تفصيل المصنف، فان العلم يترتب الاثر عليه و العلم بعدم الاثر و الشك فيه لا يكون ميزانا، بل الميزان تعلق القصد بالمقيد و عدمه كما ذكره.

(الامر الرابع) انه لو كان فساد الشرط من ناحيه عدم تعلق غرض عقلائى به، فربما يقال: كما عن ظاهر جماعه عدم كونه مفسدا.

و قال الشيخ قدس سره:

لعل الوجه فى كلامهم أنه لا يجب الوفاء به و لا يترتب عليه الخيار لا يكون مقيدا للعقد.

و يرد عليه: أولا انا لا نسلم أنه لا يترتب عليه الاثر من عدم وجوب الوفاء و عدم ترتب الخيار، و ثانيا على فرض أنه كذلك كما هو المفروض فلو قلنا بالافساد يلزم القول به فى مفروض الكلام أيضا اذ مناط الفساد التقييد و المفروض كذلك.

و الله العالم.

[الكلام فى أحكام الخيار]

أقول: ان الحكم بكونه موروثا يتوقف على ثبوت أمور ثلاثه: الاول اثبات كون الخيار حقا لا حكما شرعيا، الثانى كونه حقا قابلا للانتقال، الثالث شمول أدله الارث عليها. فبعد تماميه المقدمات الثلاث يتم المطلوب.

أما كونه من الحقوق فيمكن أن يستدل عليها بالروايات «١» الواردة فى باب

(١) الوسائل، الجزء ١٢ الباب ٤ من أبواب الخيار، الحديث ٤.

دراساتنا من الفقه الجعفرى، ج ٤، ص: ٤٢١

...

خيار الحيوان، و هى جمله «فذلك رضى منه» فيستفاد منها بالتفاهم العرفى كون الخيار حقا.

و لكن لقائل أن يقول: انه حكم خاص فى مورد خاص لا- وجه للتعدى الى غيره من الخيارات. و بعبارة أخرى: لا يستفاد منه الكبرى الكلى الجارى فى جميع الخيارات، الا أن يتمسك بالتسالم فى المقام، و به يثبت كونه من الحقوق.

هذا تمام الكلام فى المقدمه الاولى، و أما المقدمه الثانيه فهى أنه على تقدير كونه من الحقوق قابل للانتقال أم لا؟ ربما يقال بعدم انتقاله الى الغير، لان الربط الموجود بينه و بين ذى الخيار ربط خاص قائم به فينعدم بعدم ذى الخيار، فلا يبقى شىء حتى ينتقل الى غيره، و لا يقاس المقام بالملك لأنه يبقى فى الخارج بعد انعدام مالكة، بخلاف حق الخيار فانه ينعدم بانعدامه.

وفيه ان

الخيار كما قيل في تعريفه ملك فسخ العقد، فان فسخ العقد باق و ينتقل بالارث الى الوارث، لكن مجرد الامكان لا يكفى بل يلزم اثبات قابليته الانتقال و مع الشك فيه لا يمكن التمسك بأدله الارث لكون الشبهه مصداقيه، و الحكم ببقائه بالاستصحاب لا يصح، الا أن يقال بجريان الاستصحاب فى القسم الثالث من الاستصحاب الكلى، و قد حقق فى محله عدم حججه، الا ان انتقال حق الخيار الى الغير من الامور التى قام الاجماع عليه، بل هو من الامور المسلمه فى الشرع.

و أما المقدمه الثالثه فالامر فيها واضح بعد تماميه المقدمتين، فان الادله الوارده فى الكتاب و السنه فى ارث ما ترك الميت تشمل المقام أيضا، فان مقتضى اطلاقها انتقال ما بقى من الميت الى وارثه، أعم من أن يكون عينا أو منفعه أو حقا.

دراساتنا من الفقه الجعفرى، ج ٤، ص: ٤٢٢

قوله: بقى الكلام فى أن ارث الخيار ليس تابعا لإرث المال فعلا (١).

[الكلام فى أن ارث الخيار ليس تابعا لإرث المال فعلا]

أقول: انه يظهر من كلام الشيخ أن فى المسأله صورا ثلاث:

الاولى- ان ارث الخيار ليس تابعا لإرث المال، فحرمان الورثه عن ارث المال باستغراق دينه تركته مثلا لا يمنع من انتقال حق الخيار الى الوارث.

الثانيه- عكس الاولى، كما اذا كان الوارث قاتل مورثه أو كان كافرا فلا اشكال فى عدم الارث فى هذه الصوره، لان الموجب لحرمانه من المال موجب لحرمانه من سائر الحقوق، و الصورتان المذكورتان لا خلاف فيهما.

الثالثه- انه محل خلاف بين الاعلام بأن الخيار تابع لإرث المال أم لا؟

و هو كما اذا كان حرمانه من المال لتعبد شرعى كالزوجه غير ذات الولد بالنسبه الى العقار و غير الاكبر من الاولاد بالنسبه الى الحيوه، ففى حرمانه من الخيار المتعلق

بذلك المال و عدمه خلاف حرمانه مطلقا و عدمه مطلقا، و ثالثها التفصيل بين كون ما يحرم الوارث منتقلا الى الميت أو عنه فيرث في الاول، و رابعها عدم الجواز فيما انتقل الى الميت و الاشكال فيما انتقل عنه. و الحق هو القول الثاني، لان الخيار ملك فسخ العقد و لا يرتبط بالعين.

و استشكل السيد اليزدى قدس سره على الشيخ: بأنه جعل محل الخلاف الصوره الثالثه بخلاف الاولى، و الحال أن الملاك في كلتا المسألتين واحد.

و ربما يقال بالفرق بين المسألتين: بأن الوارث يمكن له أن يملك ما ترك الميت فيما اذا استوعب الدين تركته بوجه من الوجوه، كما اذا أدى الديون من ماله الاخر بخلاف الحبوه مثلا فانه ليس قابلا للرفع. و لكن هذا الفرق غير فارق كما ترى.

و لكن يمكن الجواب عن السيد بما ذهب اليه المحقق الاصبهاني في

دراساتنا من الفقه الجعفري، ج ٤، ص: ٤٢٣

قوله: مسأله في كيفية استحقاق كل من الورثه للخيار مع أنه شىء واحد غير قابل للتجزئه و التقسيم وجوه (١).

حاشيته، بأن التركه فيما اذا استوعبها الدين اما ينتقل الى الورثه غايه الامر أنه ممنوع عن التصرف، فالفرق بين المسألتين واضح، لان العقار و الحبوه لا تنتقلان الى الوارث و أما ما لا ينتقل اليهم فنقول ان المقتضى للإرث موجود في الوارث انما منع عنه لمانع و هو الضرر، لان اعمال الخيار من حيث اقتضائه لذهاب مقدار من التركه الى المفسوخ عليه اضرار بالديان.

و بعبارة أخرى: أن الخيار بما هو ليس مما يوفى به الدين كى لا يورث و انما المنافى اعماله فيمنع من اعماله. بل يمكن أن يقال بجواز اعماله، فانه باعمال الخيار ينتقل المال من المفسوخ عليه الى

ملك الورثة ولا- ينتقل اليه بدله لأنه كالتالف بل يشتغل ذمه الميت بالبدل. نعم لا بد من الالتزام بتعلق حق الطرف بالمال المنتقل الى الورثة، وهذا بخلاف مسأله حرمان الزوجه بالنسبه الى العقار أو الولد غير الاكبر بالنسبه الى الجبوه فانه لا مقتضى للإرث فيهما.

[مسأله فى كيفيه استحقاق كل من الورثه للخيار مع أنه شىء واحد غير قابل للتجزئه و التقسيم وجوه]

[وجوه فى فى كيفيه استحقاق كل من الورثه للخيار]

اشاره

أقول:

الوجه الاول ما نسب الى صاحب الجواهر قدس سره من استحقاق كل من الوراث خيارا مستقلا كمورثه

بحيث يكون له الفسخ فى الكل و ان أجاز الباقي، و لا- يقاس بارث المال، اذ لا يتعقل فيه هذا المعنى، فان المال الواحد لا يتصور فيه المالك المتعدد و الحق يتصور فيه التعدد، ولذا يكون حد القذف الذى لا يسقط بعفو بعض المستحقين متعددا، و استند ذلك الى قوله صلى الله عليه و آله «ما تركه الميت من حق فلو ارثه».

وفيه: ان الروايه المذكوره ضعيفه السند، الا- أن الاطلاقات الوارده فى باب الارث تكفى لإثبات اصل الارث، فما ذهب اليه الجواهر كان متينا فى

دراساتنا من الفقه الجعفرى، ج ٤، ص: ٤٢٤

...

مقام الثبوت، الا أنه لا دليل عليه فى مقام الاثبات، فان المتروك من الميت ليس الا حق واحد فكيف يمكن التعدد.

و استشكل المصنف عليها دلالة بوجه ثلاثه:

الاول: ان مفاد الادله بالنسبه الى المال المتروك و حق المتروك شىء واحد و لا يستفاد منها بالنسبه الى المال الاشتراك و بالنسبه الى الحق التعدد، الا مع استعمال اللفظ فى المعنيين.

وفيه: ان المذكور فى النبوى الحق و لم يذكر فيه مال حتى يرد ما أورده المصنف، فانها تدل على أن حق الميت لو ارثه، الا أن النبوى ضعيف السند كما علمت و المدرك للإرث العمومات، فان المستفاد منها أن التركة للوارث، و أما الاستقلال أو الاشتراك فيستفاد من دليل خارجي.

الثانى: ان مقتضى ثبوت ما كان للميت لكل من الورثة أن يكونوا كالكلاء المستقلين، فيمضى السابق من اجازة أحدهم أو فسخه و لا يؤثر اللاحق، فلا وجه لتقدم الفسخ على الاجازة على ما ذكره صاحب الجواهر.

و فيه نقضا: بما لو كان للشخص الواحد خيار متعدد فباسقاط أحد الخيارات لا يسقط الباقي، و حالا لا يقاس المقام بالوكاله

المتعدده، فان الخيار لا- يكون امرا واحدا هنا حتى لا- يبقى موضوع له باعمال أحد الوراث، كما هو كذلك فى الوكلاء المتعددين. و بعبارة أخرى: ان الخيار فى الوكالة المتعدده أمر واحد يجوز اعماله للمتعدد و فى المقام الخيار متعدد.

الثالث: ان المراد بالوارث فى النبوى و غيره مما أفرد لفظ «الوارث» المتحقق فى ضمن الواحد و الكثير، و قيام الخيار بالجنس يتأتى على الوجوه

دراساتنا من الفقه الجعفرى، ج ٤، ص: ٤٢٥

...

الاربعه المتقدمه. و أما ما ورد فيه لفظ «الورثه» بصيغه الجمع فلا- يخفى أن المراد به أيضا اما جنس الجمع أو جنس الفرد أو الاستغراق القابل للحمل على المجموعى و الافرادى، و الاظهر هو الثانى.

وفيه ما أفاده السيد اليزدى: ان الجنس ليس الا- الطبيعه، فيتعين الوجه الرابع. و اما ما ورد فيه لفظ «الورثه» فاما يكون المراد من الورثه جنس الجمع فيكون مقتضاه الوجه الثالث و هو كون المجموع للمجموع، و اما يكون المراد منه جنس الفرد فيتصور فيه الوجوه الاربعه، و اما يراد منه الاستغراق القابل للحمل على المجموعى و الافرادى.

الوجه الثانى – أن يرث كل منهم الخيار فى نصيبه فله الفسخ فيه دون باقى الحصص،

لان الخيار لما لم يكن قابلا للتجزيه و كان مقتضى أدله الارث- كما سيجى ء- اشتراك الورثه فيما ترك مورثهم فيتعين تبعضه بحسب متعلقه.

و استشكل الشيخ قدس سره: بأن هذا الوجه و ان لم يكن منافيا لظاهر أدله الارث الا أن تجزئه الخيار بحسب متعلقه مما لم تدل عليه أدله الارث، أما النبوى فهو غير متعرض للتقسيم و أما ما تعرض فيه للقسمه فلا- يستفاد منها ثبوت الخيار لكل منهم فى حصته.

أقول: ان الحق لو تقبل التجزيه باعتبار متعلقه فيشكل الامر فيما اذا لم يرث الورثه من العين، كما اذا لو كان الوارث زوجه

و ما ترك عقارا، فلا بد من الالتزام بعدم ارث حق الخيار و الحال انه لم يلتزم به أحد.

الوجه الثالث – أن يرث المجموع من حيث انه مصداق للطبيعه لا من حيث انه مجموع،

و يترتب عليه أنه لو أجاز واحد منهم لا يبقى مجال لفسخ الآخر، لان الخيار الواحد اذا قام بماهيه الوارث واحدا كان أو متعددا كان امضاء الواحد

دراساتنا من الفقه الجعفري، ج ٤، ص: ٤٢٦

...

كفسخه ماضيا، فلا عبره بما يقع متأخرا، لان الاول قد استوفاه. و لو تقارنا زمانا فلا يؤثر شىء منهما.

و لا يخفى أن هذا المعنى لا يتصور الا- بأن يكون الخيار قائما بالكلى لا- بالموجود الخارجى، فانه لو كان قائما بالموجود الخارجى فاما قائم بمجموعه و اما قائم بكل واحد منه و اما قائم ببعض دون البعض، و لا يستقيم ما أفيد مع شىء منها فلا بد من أن يكون قائما بالكلى نظير الخمس و الزكاه.

و أفاد الميرزا النائيني قدس سره: بأنه يتصور أن يكون الخيار قائما بصرف الوجود، فكل من بادر الى اعماله يؤثر. و لكن كما ذكرنا لا نتعلل هذا المعنى، فانه فى الحكم التكليفى أمر معقول، و أما فى الامر الوضعى فلا، فان الاهمال غير معقول، و عليه لا بد من بيان من قام به الخيار، و لكن لا مانع من القيام بالكلى، لكن لا دليل عليه فى مقام الاثبات.

الوجه الرابع – أن يكون لمجموع الورثه،

بتقريب أن مقتضى أدله الارث بالنسبه الى الحقوق غير القابله للتجزيه و الاموال القابله لها أمر واحد.

و بعبارة أخرى: ان أدله الارث طائفه منها داله على كون أولى الاحكام وارثا لما تركه الميت من الاموال، و يستفاد من الادله الخارجيه و التسالم أن الحقوق أيضا جزء لما ترك، و القدر المتيقن من الاحتمالات هذا الوجه، و هو استحقاق مجموع الورثه لمجموع الخيار، و الاصل أيضا يقتضى عدم ثبوت حق أزيد من هذا، و هذا الوجه من أحسن الوجوه.

ثم قال المصنف قدس

سره: ثم ان ما ذكرنا جار في كل حق ثبت لمتعدد لم يعلم من الخارج كونه على خصوص واحد من الوجوه المذكوره. نعم لو

دراساتنا من الفقه الجعفري، ج ٤، ص: ٤٢٧

...

علم ذلك من الخارج أتبع كما في حد القذف، فان النص قد دل على أنه لا يسقط بعفو أحد الشريكين، و كذا حق القصاص.

و لكن الشهيد احتمل في الدروس من أن أحد الورثة اذا عفى عن الشفعه كان للاخر الاخذ بكل المبيع. و الفرق بينه و بين ما نحن فيه مشكل، و يمكن أن يفرق بالضرر، فانه لو سقطت الشفعه بعفو أحد الشركاء كان اضراما على غير العافي، و هذا غير موجود فيما نحن فيه.

و فيه: ان حق الشفعه لم يثبت لأجل الضرر حتى يرد ما قبل، و أما ضرر الشركه فقد كان حاصلًا قبلًا و انما تبدل شريك بشريك آخر، أضف الى ذلك أنه كما تكون الشركه ضررا على الوارث كذلك نقل المال عن الغير بلا اختيار له ضرر عليه.

فرع: اذا اجتمع الورثه كلهم على الفسخ فيما باعه مورثهم،

قال المصنف: ان كان عين الثمن موجودا في ملك الميت دفعوه الى المشتري و ان لم يكن موجودا اخرج من مال الميت. و لو لم يكن للميت مال هل يجب على الورثه دفع الثمن من مالهم بقدر الحصاص؟ وجهان، وجه العدم أنه ليس لهم الا حق الفسخ كالأجنبي المجمعول له الخيار فباعمال الخيار تنتقل العين الى ملك الميت و تشتغل ذمه الميت بالبدل ان لم يكن عوض موجودا، و وجه الوجوب أنهم قائمون مقام الميت في الفسخ برد الثمن أو بدله و تملك المبيع، فاذا كان المبيع مردودا على الورثه اشغلت ذممهم بثمانه من حيث أنهم كنفس الميت، كما أن معنى ارثهم لحق الشفعه استحقاقهم

تملك الحصه بثمان مالهم لا من مال الميت.

و أورد عليه سيدنا الاستاذ دام ظلّه: ان قياس المقام بباب الشفعه قياس مع

دراساتنا من الفقه الجعفري، ج ٤، ص: ٤٢٨

...

الفارق، لان حق الشفعه عباره عن أن للشفيع أن يملك الحصه المنتقله، و كان هذا منتقلا الى الورثه بدليل الارث، و هذا بخلاف الخيار فانه عباره عن ملك فسخ العقد، فما انتقل الى الورثه عباره عن ملك فسخ العقد، فمقتضى الفسخ رجوع كل من العوضين الى محلها الاصلى، فيلزم أن تنتقل العين الى ملك الميت و عوض العين اما يكون موجودا و اما يكون تالفا، اما على الثانى فتشتغل ذمه الميت كبقية ديونه و اما ان كان موجودا فينتقل الى من عليه الخيار.

ان قلت: كيف ينتقل الى الطرف و الحال انه انتقل الى الوارث.

قلت: نعم انتقل الى الوارث لكن بالملك المترزل، فاذا فسخ خرج عن ملكهم.

ان قلت: لو كانت العين ملك الميت لتعلق به حق الغرماء، و الحال أنه خلاف السيره المستمره فى مورد خيار البيع، فانهم يردون الثمن الى الورثه بدون استثناء ديون الميت.

و فيه: ان السيره المذكوره على تقدير تسليم تحققها لعلها ناشئه عن قله مبالاتهم، و أما تحقق سيره المتشرعه فغير معلوم، و ثانيا فانه يمكن أن يكون من خواص الخيار برد الثمن فلا- وجه للتعدى الى باقى الموارد لعدم اطلاق فى السيره، و ثالثا يمكن أن يؤدوا ديون الميت من مال آخر.

و يمكن أن يرد عليه: بأنه لا- وجه لانتقال العوض الى الطرف، فان العوض اذا كان تالفا يضرب الطرف مع الغرماء فى المال الموجود، و ان كان موجودا فاما يكون متعلقا لحق الغرماء اذا كان مديونا و اما يكون ملكا للوارث ان لم يكن

مديونا، و على كلا التقديرين لا وجه لرجوعه الى الطرف. نعم لا يبعد أن يكون للطرف أن يبقى العين عنده حتى يأخذ العوض.

دراساتنا من الفقه الجعفري، ج ٤، ص: ٤٢٩

...

مسأله: هل يشترط رعايه مصلحه الديان فى الفسخ أم لا؟

قال المصنف: فيه وجهان، من أن الحق منتقل الى الورثه بمقتضى أدله الارث و الخيار أيضا موجود لهم كما هو مقتضى أدلته، فلهم الفسخ سواء كان فى ذلك مصلحه الديان أم لا.

و من أن عدم رعايه مصلحه الديان اضرار عليهم، فهو منفى فى الشرع.

افاد السيد اليزدى: ان الحق هو عدم الاشرط، و عليه يمكن أن يقال:

لا يجوز لهم الفسخ اذا كان مضرا بالديان، خصوصا اذا لم يكن فيه غرض الا الاضرار بالديان.

أقول: بناء على ما قلنا لا نتصور الضرر، اذ يكون المال ممنوعا من التصرف فيه. انه على تقدير القول بنفوذ التصرف و اشرط أن لا يكون ضرر عليهم يكون مقتضى القاعده عدم نفوذ التصرف. و بعبارة أخرى: ليس مجرد حكم تكليفى بل أمر وضعى، و على تقدير عدم المنع وضعاً فهل عليهم الفسخ أم لا؟

ذهب السيد الى الثانى، و الحق هو الاول، فيكون الفسخ حراما اذا كان فيه اضرار بالديان.

ربما يقال: لا وجه للوجوب التكليفى، لان غايه ما يقال فى المقام وجوب أداء الدين على الورثه مما تركه الميت، و بالفسخ يرفع الموضوع.

فانه يقال: ان الورثه يجب عليهم أداء دين الميت بمجرد انتقال ما تركه فالفسخ بعده يكون حراما، على أنه لو كان نفي الموضوع جائزا لكان ذلك فى مورد هبتهم، فلم يلتزم أحد بجواز هبه الورثه مما تركه الميت قبل أداء دينه.

دراساتنا من الفقه الجعفري، ج ٤، ص: ٤٣٠

قوله: مسأله لو كان الخيار لأجنبى و مات ففى انتقاله الى وارثه كما فى التحرير او الى

المتعاقدين او سقوطه كما اختاره غير واحد من المعاصرين- و ربما يظهر من القواعد- وجوه (١).

قوله: مسأله و من أحكام الخيار سقوطه بالتصرف بعد العلم بالخيار (٢).

[مسأله لو كان الخيار لأجنبي و مات ففي انتقاله الى وارثه أو الى المتعاقدين او سقوطه وجوه]

أقول: الظاهر هو الوجه الثالث، فان المشروط له و ان كان من المتعاقدين لكن لا مقتضى للانتقال فيه، و أما انتقال الخيار الى وارثه فيتوقف على الامرين:

الاول كون الخيار حقا، و الثانى كونه من الامور التى يقبل الانتقال. اما الاول فقد ثبت و تحقق أن الخيار حق قابل للإسقاط، و أما الثانى فمحل تأمل، لان عمده الدليل فيه هو الاجماع، و القدر المتيقن أن الاجنبى له الخيار بالجعل و لكن هل ينتقل الى غيره أم لا و هو أول الكلام.

[مسأله و من أحكام الخيار سقوطه بالتصرف بعد العلم بالخيار]

إشاره

أقول: هل يسقط الخيار بالفعل كما يسقط بالقول؟ الظاهر أنه يسقط، فان الخيار أمر حقى قابل للإسقاط، و لا فرق بين أن يكون سبب اسقاطه القول أو الفعل. و هذا لا اشكال فيه انما الكلام فى أنه كما يسقط ببعض الافعال فيما تعلق بالمنتقل اليه كالوطى بالنسبه الى الجاربه المشتره كذلك يحصل فيما تحقق بالنسبه الى المنتقل عنه أم لا الحق أنه لا وجه له.

ان قلت: الاجماع قائم بأنه كلما تحصل به الاجازه فيما تعلق بمورد الانتقال اليه يحصل به الفسخ فيما تعلق بمورد الانتقال عنه، هذا من ناحيه و من ناحيه أخرى ان المستفاد من بعض النصوص كون بعض الافعال مسقطا للخيار و لو لم يقصد به الاسقاط.

وفيه: أولا ان الاجماع المدعى فى المقام ليس اجماعا تعبديا كاشفا عن

دراساتنا من الفقه الجعفرى، ج ٤، ص: ٤٣١

...

رأى المعصوم عليه السلام، و ثانيا ان القدر المتيقن من الاجماع عدم الفرق بين الاجازه و الفسخ فيما يكون للفعل ظهور عرفى.

و أما النصوص فهى مختصه بما انتقل اليه، فان التصرف فيه كانت اجازته و لا وجه للتعدى بما انتقل عنه، مضافا الى أن النصوص وارده فى خيار الحيوان

و المدعى عام منه، و أما كون التقبيل رجوعا فى الطلاق و ان لم يقصد به الرجوع حكم خاص فى مورد خاص لوجود خصوصيه فى الطلاق، كما أفاده سيدنا الاستاذ دام ظله.

ثم إنه أفاد المصنف قدس سره: أن من له الخيار لو تصرف فيما انتقل عنه فهذا دليل على الفسخ سواء كان تصرفا خارجيا او اعتباريا حملا- لفعل المسلم على الجائر، فان أصاله حمل فعل المسلم على الجائر من باب الظواهر المعبره شرعا من الامارات الشرعيه، فيدل على الفسخ لا من الاصول التعبدية حتى يقال انها لا تثبت اراده التصرف للفسخ.

ثم ان التصرفات الاعتباريه كالبيع و الاجاره و النكاح و ان حلت لغير المالك لعدم عدها تصرفات فى ملك الغير، الا أنها تدل على اراده الانفساخ بها بضميمه أصاله عدم الفضوليه. و المراد بهذا الاصل الظاهر، فلا وجه لمعارضته بأصاله عدم الفسخ، مع أنه لو أريد به أصاله عدم قصد العقد عن الغير فهو حاكم على أصاله عدم الفسخ.

و ما أفاده لا يمكن المساعده عليه: أما بالنسبه الى حمل فعل المسلم على الصحه فأولا يرد عليه النقص بكثير من الموارد، فانه لو شك فيما تكلم أحد بكلام مردد بين الشتم و السلام لا بد من رد جوابه بمقتضى الاصل المذكور و الحال أنه كما ترى، و كذا لو نرى أن مسلما يتصرف فى عين لا بد أن يلتزم

دراساتنا من الفقه الجعفرى، ج ٤، ص: ٤٣٢

قوله: هل الفسخ يحصل بنفس التصرف أو يحصل به قبله متصلا به (١).

بجواز شهاده كون الثوب له و هو كما ترى.

و ثانيا- ان البحث فى المقام لا ينحصر على المسلم بل بحث عام شامل للكافر أيضا، و الدليل المذكور يختص بالمسلم فقط.

ثالثاً- انه ما المراد من أصاله حمل المسلم على الصحه، فان كان المراد منه الاصل الجارى فى باب المعاملات بالمعنى الاعم فلا شبهه فى جريانه و ترتيب الاثر عليه، و لكن لا يرتبط بالمقام، فانه لو أحرز جواز التصرف لأحد فعند تصرفه لو شك فى أنه كان جامعاً للشرائط أم لا- يحكم بالجامعيه، بلا فرق بين أن يكون المتصدى مسلماً أو كافراً، و ان كان المراد من الاصل معنى قوله «قولوا له قولاً حسناً» فهذا على مقتضى القاعده لو لم يدل عليه الآيات و الروايات الا أنه أجنبي عن المقام، فان مفاده عدم حمل فعل الغير على الفساد، أضف الى جميع ذلك كله أن الامارات لا يكون جميع لوازمها حجه كما حققنا ذلك فى الاصول.

و أما قوله بالنسبه الى التصرف الاعتبارى فهو متين فى بعض الموارد، فان قول البائع «بعت نصف الدار» فيما اذا كان داره مشتركاً، ظاهر فى بيع نصف الدار المتعلق بنفسه و لا يعنى بقوله «انى بعت دار شريكى»، و أما اذا كان فعله امراً اعتبارياً متعلقاً بمال الغير فلا- ظهور فى كون تصرفه فى مال نفسه، و غايه ما يقال فى المقام أصاله عدم الفضوليه، و لكنها لا يثبت الفسخ الا على القول بالاصل المثبت.

[هل الفسخ يحصل بنفس التصرف أو يحصل به قبله متصلاً به]

اشاره

أقول: وقع الكلام بينهم فى أن التصرف سبب للفسخ أو كاشف، فيه وجهان. ربما يقال لا يترتب على هذا البحث ثمره عمليه مهمه، الا أنه ليس كذلك، فعلى القول بالكاشفيه لم يكن تقبيل الجاريه حراماً لحصول الفسخ قبله

دراساتنا من الفقه الجعفرى، ج ٤، ص: ٤٣٣

...

و لا تشمله قوله «لا تبع ما ليس عندك» فى تصرفاته الاعتباريه.

ربما يقال بكون التصرف كاشفاً عن الفسخ، و لكنه خلاف ظاهر النصوص

الوارده فى باب خيار الحيوان، فان قوله «فذلك رضى منه» اشارة الى الفعل الخارجى بأنه مسقط.

هذا أولاً و ثانياً أنه يلزم أن لا يقع الفسخ بالقول أبداً، لأنه بمجرد التفوه به يكشف عن كونه منفسخاً قبله، اذ ما من قول الا و قبله قصد الفسخ.

و ثالثاً- أفاد سيدنا الاستاذ دام ظله: ان الفسخ لا يحصل الا بابراز ما فى النفس، و لذا لو أخبر الثقة بفسخ بيعه قبل شهر و لكن لم يبرزه نقول بعدم تأثير هذا الفسخ.

و رابعاً- انه قول بلا- دليل، اصف الى ذلك أنه مخالف للأصل أيضاً، فان مقتضى الاصل يقتضى عدم تأثيره قبل الابراز. و الحاصل ان الفسخ من الامور الانشائية، و الامر الانشائى عبارته عن ابراز ما فى النفس بمبرز، فان المبرز قد يكون فعلاً و قد يكون قولاً.

و أما الاشكال المتوجه على هذا القول تكليفاً و وضعاً، فتكلم فيه فى موضعين:

الاول فى الجبهه التكليفية، الثانى فى الجبهه الوضعيه:

(اما المقام الاول) فربما يقال بعدم جواز التصرف فى العين فى زمان الخيار، و مجرد حق الفسخ لا يقتضى ذلك، و عليه لا طريق لتصحيح الوطى الذى يحصل به الفسخ، فان الوطى لا بد أن يكون فى الملك. الا أن يقال: ان الفسخ يحصل بأول جزء منه، فان لزوم تقديم الفسخ على الوطى رتبى، فلا اشكال فى حصول الفسخ و الوطى فى زمان واحد. نعم لو كان لزوم تقديم الفسخ على الوطى زماناً لكان الامر مشكلاً فى المقام.

دراساتنا من الفقه الجعفرى، ج ٤، ص: ٤٣٤

...

(و أما الموضع الثانى) فالحق عدم صحه البيع و العتق و غيره من العقود من حيث عدم مصادفتها لملك العاقد التى هى شرط لصحتها.

ربما يقال: بصحه التصرفات المذكوره، لأنه

يحصل الفسخ بأول حرف من الجملة، فيدخل العين في ملك الفاسخ، و بتمام الجملة يحصل البيع.

و فيه: ان هذا لا يكون فسخا، و لذا لو تكلم بأول حرف من جملة «فسخت» و لم يأت بالباقي لم يحصل الفسخ.

هذا أولا، و ثانيا ان البيع عباره عن إنشاء المعنى الكذائي، و هذا المعنى يلزم ان يقع على المملوك.

ان قلت: انه يعلق البيع على الملكيه، و ليس فيه اشكال، لأنه مما يتوقف عليه صحة العقد.

قلت: أولا يلزم جواز البيع معلقا على الاشتراء، بأن يبيع شيئا و لم يكن مالكا له عند البيع معلقا على اشترائه بعده كي يسلم على المشتري و لم يلتزم أحد بصحته، و حلا بأنه لا يجوز بيع ما ليس عنده حين البيع و ان حصل عنده بعده لان يبعه على نحو التنجيز بيع لمال الغير و على نحو التعليق فبطلانه أوضح من أن يخفى.

و قال الميرزا النائيني قدس سره: بأن الانشاء و ان لم يقع في الملك الا أن المنشأ يقع في الملك. و بعباره أخرى: يحصل الفسخ بالانشاء و البيع بالمنشأ.

و فيه: ان هذا يتوقف على كون الانشاء غير المنشأ، و الحال انهما أمر واحد و انما الفرق بينهما بالاعتبار.

و الانصاف أن إنشاء البيع لا بد أن يقع في الملك، و لا يحصل الفسخ و البيع بلفظ واحد.

دراساتنا من الفقه الجعفري، ج ٤، ص: ٤٣٥

...

و قد يقرر هذا بما نقل التذكرة عن بعض العامه من أن الشيء الواحد لا يحصل به الفسخ و العقد، كما أن التكبيره الثانيه في الصلاه بنيه الشروع يخرج بها عن الصلاه و لا يشرع بها في الصلاه. و بأن البيع موقوف على الملك الموقوف على الفسخ المتأخر عن البيع،

و هذا من الدور الباطل.

و أجاب العلامة قدس سره عن الاشكال الاول فى التذكرة بمنع عدم صحه حصول الفسخ، و العقد بشىء واحد بالنسبه الى الشئين. و بعبارة واضحة: ان الممنوع انما هو كون الشىء الواحد فسحا و تمليكا بالنسبه الى أمر واحد، فالفعل الواحد لا يعقل أن يكون تمليكا و فسحا لذلك التمليك، و أما كونه فسحا لملكيه و محدثا لملكيه اخرى فلا مانع منه.

و يمكن أن يقرب الاشكال الاول بوجه آخر، و هو أن الفسخ استرجاع للملك و العقد اخراج عن الملك، و لا يعقل الاخراج الا بعد الادخال، فلا يمكن أن يخرج عن الملك و يدخل فيه بأمر واحد فى آن واحد.

الا- أن يجاب عنه بأن الفسخ يحصل بأول حرف من «فسخت» و البيع يحصل بتمامه، الا أن يكون السبب أمرا بسيطا كإشاره الاخرس، فان الامر مشكل فيه.

و أفاد المصنف فى المقام بأنه لو قلنا بأن الانشاء يلزم أن يكون فى الملك يشكل بأن صحه العقد تتوقف على تقدم تملك العاقد على جميع أجزاء العقد لتقع فيه، فاذا فرض العقد أو جزء من اجزائه فسحا كان سببا لتملك العاقد مقدما عليه، لاین المسبب انما يحصل بالجزء الاخير من سببه، فكلما فرض جزء من العقد قابل للتجزئه سببا لتملك كان التملك متأخرا عن بعض ذلك الجزء، و الا لزم تقدم وجود المسبب على السبب، و الجزء الذى لا يتجزى غير موجود فلا يكون سببا. مع أن غايه الامر حينئذ المقارنه بينه و بين التملك، و قد عرفت أن الشرط بمقتضى الادله سبب التملك

دراساتنا من الفقه الجعفرى، ج ٤، ص: ٤٣٦

...

على جميع اجزاء العقد قضاء لحق الظرفيه.

و الحق أن ما أفاده المصنف تحقيق دقيق، لكن

يمكن دفع الاشكال: بأن الامر فى هذا المقام موكول الى العرف و بنظره لا يكون تأخر و تقدم بل مقارنه و هى تكفى.

و أما الجواب عن الاشكال الثانى- و هو الدور- فأجاب الشهيد قدس سره بمنع الدور التوقفى و ان الدور معى، الا أنك عرفت أن الدور توقفى. و الحق فى دفع الاشكال ما تقدم منا آنفا من أن الفسخ يحصل بالجزء الاول و البيع يحصل بتمامه.

و الحق فى الجواب: هل يمكن أن يدخل المقام فى مسأله «من باع شيئاً ثم ملك»؟ قال المصنف: انه بعد فرض القول بصحته يوجب اعتبار اجازة العاقد ثانيا بناء على ما ذكرنا فى مسأله الفضولى من توقف لزوم العقد المذكور على الاجازة.

لكن هذا على تقدير القول به و الاغماض عما تقدم فى العقد الفضولى لا يجرى فى مثل العتق الغير القابل للفضولى.

أقول: ان أصل المدعى لا بأس به، الا أن قاعده من باع شيئاً ثم ملك لا دليل عليها كما حققنا فى محله.

ثم قال المصنف: يمكن أن يقال ان الاستفادة من الادله عدم وقوع البيع فى ملك الغير بغير اذنه، فالممنوع شرعا تمام السبب فى ملك الغير لا- وقوع بعض اجزائه، اذ لا- دلالة فى أدله اعتبار الملكيه فى المبيع الا- على اعتبار كونه مملوكا قبل كونه مبيعا، و الحصر فى قوله «لا بيع الا فى ملك» اضافى بالنسبه

دراساتنا من الفقه الجعفرى، ج ٤، ص: ٤٣٧

قوله: فرع لو اشترى عبدا بجاريه مع الخيار له فقال «اعتقهما» فرما يقال بانعتاق الجاريه دون العبد، لان الفسخ مقدم على الاجازة (١).

الى البيع فى ملك الغير أو فى غير الملك كالمباحات الاصلية، فلا- يعم المستثنى منه البيع الواقع بعضه فى ملك الغير. و الانصاف

ان ما ذهب اليه لا يمكن مساعدته، لان حمل الحصر على الاضافى خلاف الظاهر فلا يصار اليه الا بالدليل.

و أيضا قال المصنف: ان المراد بالبيع هو النقل العرفى الحاصل من العقد لا نفس العقد، فالفسخ الموجب للملك يحصل بأول جزء من العقد و النقل و التملك العرفى يحصل بتمامه، فيقع النقل فى الملك.

و فيه: انه لا دليل على كون المراد بالبيع هو النقل العرفى، بل انه كما حقق فى محله امر اعتبارى مبرز بالابراز تاره يكون موضوعا للاعتبار الشرعى و أخرى للعرفى و ثالثه لا يكون موضوعا لكليهما كبيع السفينه.

ثم انه قال: نعم التصرفات الفعلية المحققة للفسخ كالوطى و نحوه لا وجه لجواز الجزء الاول منها، فالوطى المحصل للفسخ لا يكون حالالا- بتمامه. و توهم أن الفسخ اذا جاز بحكم الخيار جاز كل ما يحصل به قولاً كان أو فعلاً فاسداً، فان معنى جواز الفسخ الجواز الوضعى أعنى الصحة لا التكليفى، فلا ينافى تحريم ما يحصل به الفسخ.

و أفاد السيد اليزدى قدس سره: أنه لو سلمنا افادته للجواز التكليفى أيضا فنقول أنه يدل على الجواز من حيث أنه فسخ لا من جميع الحثيات، فالوطى مرخص فيه من حيث أنه فسخ لكنه حرام من جهة عدم الملكيه.

و يرد عليه: انه كلام خيالى لا واقع له، فانه لا دليل على الجواز كى يقال بأنه حثى.

[فرع لو اشترى عبدا بجاريه مع الخيار له]

اشاره

أقول: و يرد عليه كما أفاده المصنف بأنه لا مجال لهذا البيان فى المقام

دراساتنا من الفقه الجعفرى، ج ٤، ص: ٤٣٨

...

فان تقدم الفسخ على الاجازه فيما يكون من الطرفين اذ لا تنافى بين الامرين.

و يظهر الامر فيما لا يكون خيار الامن طرف واحد، فانه لو فسخ يفسخ العقد بلا كلام.

و الحق أن يقال:

تحقيق الحال فى هذا الفرع يقتضى البحث عن صور:

(الصورة الاولى) أن يقصد بالعتق إنشاء الفسخ و الاجازه معا،

قال السيد:

فهذه الصورة لا تتصور، اذ لا يمكن قصد الفسخ و الاجازة بالنسبه الى عقد واحد فى زمان واحد.

وفيه: ان الامر الاعتبارى خفيف المئونه، فلا اشكال فى اعتبار الفسخ و الاجازة فى زمان واحد. الا أن الامر مشكل فى ناحيه المنتهى، اذ تحقق كلا الامرين شرعا محال و تعين أحدهما دون الاخر ترجيح بلا مرجح. هذا بالنسبه الى الاجازة و الفسخ، و أما بالنسبه الى العتق فمقتضى القاعده صحه العتق بالنسبه الى العبد لتمايمه أركانه، و البطلان بالنسبه الى الجاربه لعدم كونها ملكا للمشتري، فلا يصح الا بنحو الفضولى غير الجارى فى العتق.

(الصورة الثانيه) أن يقصد بالعتق إنشاء الاجازة فقط،

فمقتضى القاعده تحقق الاجازة لوجود المقتضى و عدم المانع، و يصح عتق العبد لوقوعه فى الملك و يبطل بالنسبه الى الجاربه، اذ عتق الجاربه موقوف على قصد الفسخ و المفروض عدمه.

(الصورة الثالثه) أن يقصد إنشاء الفسخ دون الاجازة،

وفى هذه الصورة يفسخ العقد بمقتضى الفسخ و يصح العتق بالنسبه الى العبد لوقوعه فى الملك و يصح بالنسبه الى الجاربه أيضا لدخولها فى الملك بالفسخ.

ان قلت: هذا يصح فيما اذا تقدم الفسخ على العتق و المفروض مقارنتهما فيؤثر كل منهما أثره.

دراساتنا من الفقه الجعفرى، ج ٤، ص: ٤٣٩

قوله: مسأله من أحكام الخيار عدم جواز تصرف غير ذى الخيار تصرفا يمنع من استرداد العين عند الفسخ (١).

(الصورة الرابعه) أن يعتق مع الغفله عن الفسخ و الاجازة،

فعتق العبد صحيح و أما عتق الجاربه فالظاهر بطلانه، لان العتق التنجيزى لا يمكن لعدم كونه مالكا له حينه و العتق الفضولى باطل.

(الصورة الخامسه) لا يقصد شيئا منهما،

و حكمها ظاهر.

(الصورة السادسة) أن يصدر هذا الامر مع الجهل بكيفيته،

فالظاهر عدم الحمل على شىء منهما لكونه ترجيحا بلا مرجح فلا يتحقق الاجازة ولا الفسخ.

فظهر أن قول الشيخ فى تضعيف ما ربما يقال ينعق العبد دون الجاربه، لا- يساعد عليه بل هو قوى كما عرفت، و القول بأنه يتوقف على الاجازة دعوى بلا دليل، بل لو فسخ بعد ذلك يفسخ العقد، و حيث أن البدل تالف حكما يدفع بدله.

ثم انه لو فرض الخيار لباع العبد دون مشتره فلا شبهه فى عدم تأثير الاجازة و الفسخ، لان المفروض أنه ليس لمشترى العبد الخيار، و أما العتق فبالنسبه الى العبد يتوقف على نفوذه ممن ليس له الخيار، و أما بالنسبه الى الجاربه فلا يصح لعدم الملك، و الفضولي غير جاربه فى الايقاع بالإجماع.

و أما لو كان الخيار لهما فتارة يجوز تصرفهما فى العين فى زمن الخيار و أخرى لا يجوز، و على الاول الكلام فيه هو الكلام فى الصورة الاولى، و على الثانى فلو قصد بالعتق الفسخ يصح عتق الجاربه.

[مسأله من أحكام الخيار عدم جواز تصرف غير ذى الخيار تصرفا يمنع من استرداد العين عند الفسخ]

اشاره

أقول: ان الكلمات مختلفه فى المقام، قول بجواز التصرف مطلقا، و قول بعدمه مطلقا، و قول بوقوعه جائزا الا انه مترزل ما دام الخيار موجودا.

دراساتنا من الفقه الجعفرى، ج ٤، ص: ٤٤٠

...

و لا يخفى أن هذا القول يبتنى على مسلك الطوسى، و اما على القول بعدم تحقق الملكيه الا بعد انقضاء الخيار، فلا مورد لهذا القول، اذ المفروض أن العين لا تكون مملوكه للمتصرف، و مع فرض عدم الملكيه لا يجوز التصرف لا تكليفا و لا وضعيا. و هذا على طبق القاعده، فالكلام على مبنى تحقق الملكيه بالعقد،

و يقع الكلام فى المقام من جهات:

الجهه (الأولى) فى جواز التصرف تكليفا،

و ربما يقال بأنه لا يجوز التصرف فى العين بتصرف يكون مبطلا و معدما للموضوع، و ذلك لان الخيار متعلق بالعين فكما أن التصرف فى ملك الغير حرام لكونه غصبا كذلك التصرف فى متعلق حق الغير حرام.

و يرد عليه: أولاً انه على هذا البيان لا فرق بين عير ذى الخيار و من له الخيار فان الملاك واحد، و الحال أن عنوان الكلام يدل على اختصاص الاشكال بغير ذى الخيار. و ثانيا ان الخيار قائم بالعقد لا بالعين، و الدليل عليه أنه يجوز التفاسخ حتى بعد تلف العين.

و للميرزا قدس سره تقريب فى المقام، و هو: أن الخيار متعلق بالعقد بما أنه طريق الى شخص العين لا الى ماليتها، و بنى ما أفاده قدس سره على مسأله ضمان اليد، فانه لو قلنا بأن المدار على يوم التلف فالطريق طريق الى المالىه، و ان قلنا بأن المدار على يوم الاداء فالطريق طريق الى شخص العين، و حيث أن المدار على يوم الاداء فلا يجوز التصرف فى العين بل يجب ابقاؤها.

و يرد عليه: انه ما المراد من الطريقيه، فانه ان كان

المراد بها أن العقد واسطه في العروض فيكون المعروض في الحقيقة العقد و لا مدخله للعين فهو كما ترى، و ان كان المراد انه واسطه في الثبوت- أى يكون الحق المتعلق بالعقد واسطه في تعلق حق

دراساتنا من الفقه الجعفري، ج ٤، ص: ٤٤١

...

بالعين و في الحقيقة يتعدد الحق- فهو أمر ممكن في حد نفسه لكن لا دليل عليه.

(الجهة الثانية) في جواز التصرف الوضعي و عدمه،

و مما ذكرنا في الجهة الاولى ظهر الحال في هذه الجهة أيضا، اذ بعد فرض كون العين مملوكة لمن عليه الخيار و عدم تعلق حق بها لا وجه لعدم الجواز، بل الجواز على القاعده.

مضافا الى أنه لو سلم تعلق حق طولى متعلق بالعين كما عليه الميرزا فلا وجه لعدم جواز التصرف البيعي، لان مجرد البيع لا يعدم العين. فعلى الفرض الذى ذهب اليه الميرزا لا بد من الالتزام بصحة البيع، غاية الامر لو فسخ ذو الخيار يفسخ العقد الاول. نعم بناء على القول المذكور لا يجوز التصرف المعدم للعين، اما تكويننا كالأكل و اما اعتبارا كالتعق، حيث ان الحر لا يرجع رقا.

(الجهة الثالثة) في أنه هل يكون فرق بين الخيار الشرعي و بين الخيار الجعلى المتحقق بالشرط،

يقع الكلام في مورد الخيار الجعلى في موضعين:

الاول- في الحكم التكليفي، أفاد الاستاذ دام ظله بأن الغرض من الشرط في الغالب ابقاء العين فلا يجوز التصرف تكليفا.

و فيه: ان الغالب لا يفيد في غير الغالب، مضافا الى أن الغرض لا أثر له بل لا بد من القصد و الانشاء على طبقه، فما أفاده غير تام.

الثاني- في الحكم الوضعي، و الظاهر نفوذ التصرف لعدم وجه للفساد كما هو ظاهر. نعم لو قلنا بأن التصرف حرام تكليفا و قلنا بأن الحرمة التكليفية تقتضى الفساد وضعا يلزم الفساد لكن في كلا الامرين نقاش.

ثم انه هل يكون فرق بين كون العقد الثانى جائزا و بين كونه لازما؟ الظاهر أنه لا فرق، و لا مجال لانحلال العقد الثانى بانحلال العقد الاول، فان العقد الثانى لا يرتبط بالعقد الاول بل صدر من أهله و وقع في محله، و أيضا ظهر أنه

دراساتنا من الفقه الجعفري، ج ٤، ص: ٤٤٢

...

لا مجال للقول بأنه يلزم من عليه الخيار بالفسخ.

و بيان أوضح ان من

له الخيار بعد الفسخ اما يملك العين بانتقالها من يد المشتري الثانى و هذا لا- وجه له كما مر، و اما يملكها مع كونها ملكا لمالكها الاول و هذا غير معقول، و اما يملك العوض من المثل أو قيمه و عليه لا وجه لإجباره على الفسخ. و لا يقاس المقام بباب بدل الحيوله، فان المغصوب منه فى ذلك الباب يملك نفس العين بخلاف المقام.

ثم انه لو قلنا بانفساخ العقد الثانى فهل يكون من حين انفساخه أو من الاصل؟

اختار صاحب المقاييس أنه من الاصل، محتجا بأن مقتضى الفسخ تلقى كل من العوضين من ملك كل من المتعاقدين، فلا يجوز أن يتلقى الفاسخ الملك من العاقد الثانى، بل لا بد من انفساخ العقد الثانى بفسخ الاول و رجوع العين الى المالك الاول ليخرج منه الى ملك الفاسخ، الا أن يلتزم بأن ملك العاقد الثانى الى وقت الفسخ، فتلقى الفاسخ الملك بعد الفسخ من العاقد الاول و رده بعدم معرفيه التملك الموقت فى الشرع.

و لكن يمكن أن يقال: ان مقتضى الجمع بين الادله القول بانفساخ العقد من حين الفسخ، حيث أن مقتضى بعض الادله اشتراط كون البائع مالكا للمبيع، و مقتضى الاخرى جواز استرجاع البائع العين المبيعه فى زمن الخيار، و مقتضى الثالثه كون المشتري مالكا لها ما دام لم يفسخ، فمقتضى الجمع بينهما ما ذكرنا من الالتزام بانفساخ العقد من حين الفسخ، فيكون منفسخا على نحو النقل لا الكشف.

ثم انه على القول بممنوعيه التصرف فى زمن الخيار فالمقدار المعلوم من المانعيه هو زمان تحقق الخيار فعلا كخيار المجلس و الحيوان، و أما لو لم يتحقق

دراساتنا من الفقه الجعفرى، ج ٤، ص: ٤٤٣

قوله: فرعان الاول لو منعا عن التصرف

المتلف فى زمان الخيار فهل يمنع عن التصرف المعرض لفوات حق ذى الخيار من العين كوطى الامه فى زمان الخيار بناء على أن الاستيلاء مانع من رد العين بالخيار قولان (١).

بعد اما لعدم تحقق سببه كخيار التأخير الناشئ عن تضرر البائع أو لعدم تحقق شرطه كما فى بيع الخيار بشرط رد الثمن فففيه اشكال، و منشأ الاشكال من أنه لا حق بالفعل لذى الخيار فلا مانع من التصرف، و من أن المانع من التصرف موجود و هو تزلزل العقد فلا يجوز.

و فصل المحقق النائينى بين خيار الاشتراط و بين الخيارات التعبدية، بالالتزام بعدم جواز التصرف فى الاول دون الثانى، بتقريب أن الشرط يوجب حقا لمن له الشرط فالحق موجود بالفعل و لذا يكون قابلا للإسقاط و لا يكون من اسقاط ما لم يجب، و هذا التقريب لا يجرى فى القسم الاخر.

و يرد عليه: أن المانع الحق المتعلق بالمال و بالشرط لا- يتعلق حق بالمال و لا- بالعقد بل طرفاه المتعاقدان، فلا موضوع لهذا الكلام.

قمى، سيد تقى طباطبايى، دراساتنا من الفقه الجعفرى، ٢ جلد، مطبعه الخيام، قم - ايران، اول، ١٤٠٠ هـ ق دراساتنا من الفقه الجعفرى؛ ج ٤، ص: ٤٤٣

و فصل الشيخ بوجه آخر، و هو الفرق بين الخيار المتوقف على حضور الزمان و المتوقف على شىء آخر كالتأخير و الرؤيه على خلاف الوصف، لان ثبوت الحق فى الاول معلوم و ان لم يحضر زمانه بخلاف الثانى.

و فيه: نقضا ان ثبوت الحق فى غير المتوقف على الزمان قد يكون معلوما، و حلا- ان الحكم تابع لموضوعه، فلا- وجه للالتزام بتحقيقه قبل تحقق موضوعه، و موضوع عدم جواز التصرف هو الخيار، و المفروض أنه لم يتحقق فلا

وجه للممنوعيه عن التصرف.

[فرعان]

[الأول لو منعنا عن التصرف المتلف في زمان الخيار فهل يمنع عن التصرف المعرض لفوات حق ذي الخيار من العين]

أقول: وجه الجواز أمران: الأول ان الممنوع منه التصرف المتلف

دراساتنا من الفقه الجعفري، ج ٤، ص: ٤٤٤

قوله: الثاني انه هل يجوز اجاره العين في زمان الخيار بدون اذن ذي الخيار (١).

و اما جعل العين معرضا للتلف حراما فليس و لذا يجوز تعريض العين للبيع، و الثاني استصحاب عدم تحقق الاستيلاء.

و أورد الميرزا النائيني قدس سره على كلا الوجهين:

أما في الوجه الاول- فبأن قياس المقام بالتعريض مع الفارق، اذ البيع أمر اختياري، فيمكن أن الشخص يعرض العين للبيع لكن لا يبيع، و أما الاستيلاء فليس اختياريا بعد الوطى.

و أما في الوجه الثاني- فبأن اتصال الماء بالرحم ليس موضوعا للحكم، بل الموضوع للحكم هو الوطى الموجب للحمل، و لا يجرى فيه الاستصحاب اذ النعتى منه ليس فيه حاله سابقه و المحمولى منه ليس حجه.

و فيه: أولا- ان أصله الاباحه و أصله الحليه كافتتان لإثبات المطلوب، و ثانيا لا مانع من جريان استصحاب العدم الازلى في المقام، و ثالثا انه لا شبهه في أن الوطى بنفسه ليس موضوعا للحمل بل لا بد من اتصال النطفه بالرحم، و لا مانع من جريان اصل عدم الاتصال.

[الثاني أنه هل يجوز إجاره العين في زمان الخيار بدون إذن ذي الخيار]

أقول: ان هذا البحث مبنى على عدم جواز التصرف في العين، يظهر من كلام الشيخ في وجه عدم الجواز أن الاجاره تنافى حق ذي الخيار على العين. و لكنك ترى أنه لا منافاه بينهما، فان البائع باعمال الخيار يسترد العين الى ملكه، و ليس من لوازم الملكيه التصرف في جميع منافعها فانها تبقى تحت يد المستأجر خارجا الى أن تنقضى مده الاجاره.

ثم ان على تقدير صحه الاجاره هل تنفسخ الاجاره بفسخ ذي الخيار أم

دراساتنا من الفقه الجعفري، ج ٤، ص: ٤٤٥

...

لا؟ ما يمكن أن يقال في

وجه الانفساخ أمور:

(منها) ان ملكيه المبيع للمشتري يكون الى حين الفسخ، فانه ليس نقض أمر ثابت، بل هو من باب ضيق فم الركيه، فالرجوع الى من له الخيار على القاعده.

و فيه: انه خلاف ظاهر الملكيه المطلقه، فان مقتضاها كونه مالكا لمنفعتها الى الابد، و الفسخ يرفعها و بالنسبه الى المنافع لا مجال للرجوع.

(و منها) ان الفسخ يقتضى عود الشئ الى ما كان بحاله الاول، فرجوعه الى ما كان يتوقف الى انفساخ الاجاره حتى يتحقق معنى للفسخ.

و فيه: ان مقتضى الفسخ و ان كان كما ذكرت الا أن مقتضى الجمع بين الادله يقتضى عدم انفساخ الاجاره، لأنها صدرت من أهله و وقعت في محله، فيعود الملك اليه مسلوبه المنفعه في مده الاجاره.

(و منها) أنه يجب على المشروط عليه ابقاء العين مع جميع خصوصياته في زمن الخيار، و هو ممنوع من التصرف و لو بالاجاره.

و يرد عليه: لو سلم أن دائره الشرط تشمل حتى الاجاره، لكن نقول بأن الشرط لا يقتضى المنع الوضعي، و الحرمة التكليفيه لا يلازم الجهه الوضعيه، بل النسبه بينهما عموم من وجه، و من الجائر أن يكون اجارته حراما تكليفا و صحيحا وضعيا.

ثم انه لو قلنا بعدم الجواز، فلو اجرى المشتري العين من ذى الخيار أو باذنه ثم فسخ قال الشيخ يعود الملك الى الفاسخ مسلوب المنفعه.

ان قلت: ان ملك المنفعه تابع لملك العين، بمعنى أنه اذا ثبت الملكيه في زمان و كان زوالها بالانتقال الى آخر ملك المنفعه الدائم، لان المفروض أن

دراساتنا من الفقه الجعفري، ج ٤، ص: ٤٤٤

...

المنتقل اليه يتلقى الملك من ذلك المالك فيتلقيه مسلوب المنفعه، و أما اذا ثبت و كان زوالها بارتفاع سببها لم يكن ملك من عاد اليه

متلقى عن المالك الاول و مستندا اليه بل كان قبل تملك المال الاول فيتبعه المنفعه، كما لو فرضنا روال الملك بانتهاء سببه لا برفعه، كما فى ملك البطن الاول من الموقوف عليه، فان المنفعه تتبع مقدار تملكه.

قلت: أولا منقوض بما اذا وقع التفسخ بعد الاجاره مع عدم التزام أحد بطلان الاجاره، و ثانيا أنه يكفى فى ملك المنفعه الدائمه تحقق الملك المستعد للدوام لو لا الرفع آنا ما، و ليس المقام كالوقف، فان البطن اللاحق يتلقى الملك من الواقف لا من البطن السابق، فاجاره البطن السابق تبطل بموته.

أقول: تحقيق الحال يقتضى أن يقع الكلام فى جهتين: الاولى ان الاجاره تبطل بالتفسخ بقاء، الثانيه ان العين ترجع الى الفاسخ مسلوبه المنفعه.

أما الجبهه الاولى - فالحق كما ذكره المصنف عدم بطلان الاجاره، و قد أشبعنا الكلام فيه.

و أما الجبهه الثانيه - فالظاهر من الفسخ رجوع العين الى الفاسخ على ما هو عليه، و المفروض أن العين لم تكن مسلوبه المنفعه، و حيث أنه لا - وجه لفساد الاجاره بقاء فيلزم الغرامه أداء بأجره المثل و ليس مجال لبدل الحيلوله كما أفاده سيدنا الاستاذ، لأنه يختص بما كان المبدل ملكا لملكه و المنفعه ليست ملكا للفسخ اذ المفروض أنه انتقلت الى الغير.

ثم انه لو أذن ذو الخيار فى التصرف هل يسقط خياره بهذا التصرف؟ قال الشيخ نعم، اما لدلاله الاذن على الالتزام بالعقد عرفا و اما لان التصرف الواقع باذن صاحبه تفويت لمحل هذا الحق و هى العين، و لا يتعلق الحق بالبدل لان

دراساتنا من الفقه الجعفرى، ج ٤، ص: ٤٤٧

قوله: مسأله المشهور أن المبيع يملك بالعقد و أثر الخيار تزلزل الملك بسبب القدره على رفع سببته (١).

أخذ البدل بالتفسخ فرع تلف

العين فى حال حلول الحق فىه لا مع سقوطه عنه.

و ىرد علىه: بأن ما أفاده مبنى على كون الإذن فى التصرف دلىلا على الالتزام بالعقد، و كذا ما ذكره من الاستدلال مبنى على كون متعلق الخيار هو العين، و أما اذا كان متعلقه العقد كما هو الحق فلا مجال لما ذكره.

و لو اذن فى التصرف و لم يتصرف فهل يكون مسقطا للخيار أم لا، أفاد المصنف أن اذن ذى الخيار فى التصرف المخرج فىما انتقل عنه للأجنبى فسخ عند العرف، و أما اذنه للمشتري فى التصرف هل هو اجازة و اسقاط لخياره أم لا، تردد المصنف فىه، فمال فى أول كلامه بعدم مسقطيته و مال فى آخر كلامه الى كونه مسقطا حيث قال: نعم يمكن القول باسقاطه من جهه تضمنه للرضا بالعقد، فانه ليس بأدون من رضا المشتري بتقبييل الجاربه، و يؤيده روايه السكونى «١» فى كون العرض على البيع التزاما.

أقول: ينبغى أن يقع البحث فى مقامين: مقتضى القاعده و مقتضى النص، أما على القاعده فلا وجه لكون الاذن مسقطا الا أن يدعى الظهور العرفى فى ذلك و أما النص فهو ضعيف لا يعتمد علىه.

[مسأله المشهور أن المبيع يملك بالعقد و أثر الخيار تزلزل الملك بسبب القدره على رفع سببته]

اشاره

أقول: و استدل على ذلك بوجه:

(الاول) أن مقصود المتبايعين من البيع حصول الملكيه من أول الامر و امضاء أدله البيع على ما قصدها،

فان العقود تابعه للقصود.

و استشكل علىه الشيخ بأن هذا من أضعف الوجوه، لان المتبايعين و ان

(١) الوسائل، الجزء ١٢ الباب ١٢ من ابواب الخيار، الحديث ١.

دراساتنا من الفقه الجعفرى، ج ٤، ص: ٤٤٨

...

كان غرضهما حصول الملك من حين العقد الا أن تخلف الاغراض ليس بعزير فى باب المعاملات.

و ىرد فىه: ان المتعاقدين اما قصدا حصول الملكيه من حين العقد أو من حين انقضاء الخيار، و لا ثالث لاستحاله الاهمال فى الواقعيات، و حيث أن الثانى مردود باعتراف المدعى فىبقى الاول- و هو قصدهما من حين العقد- فىشملة دليل وجوب الوفاء

على طبق ما قصدها. و أما مسأله الصرف و السلم فانه تعبد خاص، و الشارع علق الملكيه على أمر متأخر عن العقد، فان زمام الامر بيد الشارع.

لكن لا يخفى أنه كما قال الاستاذ دام ظله لا يكون هذا الاستدلال فى قبال الاستدلال بالعمومات مستقلا، بل مجموع الامرين يفيد المدعى.

(الثانى) ما استدل به المصنف من قوله عليه السلام «البيعان بالخيار»

بتقريب أن الخيار استرجاع العين، و هو فرع الخروج عن ملكه، فتكون الملكيه حاصله من الاول.

و أورد عليه المحقق الايروانى: أن ما ذهب اليه المصنف قدس سره يبنى على تعلق الخيار بالعين، و لكنه ليس كذلك بل هو متعلق بالعقد، و عليه لا يستلزم الخيار تحقق الملكيه.

أقول: ان ما أورده متين جدا.

(الثالث) ما دل «١» على جواز النظر الى الجاريه فى زمان الخيار الى ما لا يحل له قبل ذلك،

فانه يدل على تحقق الملكيه قبل انقضاء الخيار.

و فيه: انه يمكن أن يكون حكم الامه فى المقام نظير باب الزوجه المطلقه،

(١) الوسائل، الجزء ١٤ الباب ٤ من ابواب النكاح، الحديث ٣.

دراساتنا من الفقه الجعفرى، ج ٤، ص: ٤٤٩

...

كما أنه يحصل الرجوع بأدنى التصرف بناء على انقطاع الزوجيه بالطلاق كذلك المقام. و ثانيا ان غايه ما يستفاد من الروايه سقوط الخيار بالنظر، و أما كونه جائزا فلا يستفاد منها فلا يدل على الملكيه. و ثالثا ان النزاع فى حصول الملك بالعقد و عدمه لا يشمل ما اذا اختص الخيار بالمشتري، فان الطوسى قطع فيه بحصول الملكيه من حين العقد، و المقام من هذا القبيل فان الخيار مختص بالمشتري.

(الرابع) ما دل من كون نماء المبيع فى بيع الخيار برد مثل الثمن للمشتري،

كصحيحه اسحاق بن عمار قال: حدثنى من سمع أبا عبد الله عليه السلام و سأله رجل و أنا عنده فقال: رجل مسلم احتاج الى بيع داره فجاء الى أخيه فقال:

أبيحك داري هذه و تكون لك أحب إلي من أن تكون لغيرك على أن تشتري لي ان أنا جئتك بثمانها الى سنه أن ترد على.
فقال: لا بأس بهذا ان جاء بثمانها الى سنه ردها عليه. قلت: فانها كانت فيها غله كثيره فأخذ الغله لمن تكون الغله.

فقال: الغله للمشتري، ألا ترى انه لو احترقت لكانت من ماله «١».

بتقريب: ان النماء تابع للأصل فيكون النماء للمشتري يدل على كون المبيع للمشتري، فان مقتضى اطلاقه ثبوت الحكم حتى مع وجود الخيار من أول الامر.

(الخامس) ما يتمسك بالاحبار الوارده في العينه، و هي أن يشتري الانسان شيئاً بنسيئته ثم يبيعه بأقل منه في ذلك المجلس نقداً،

حيث أن بعض هذه الاخبار يشتمل على فقرات يستأنس بها لمذهب المشهور، مثل صحيح بشار بن يسار قال: سألت أبا عبد الله عليه السلام عن الرجل يبيع المتاع بنساء فيشتره من

(١) الوسائل، الجزء ١٢ الباب ٨ من ابواب الخيار، الحديث ١.

دراساتنا من الفقه الجعفري، ج ٤، ص: ٤٥٠

...

صاحبه الذي يبيعه منه. قال: نعم لا بأس به. فقلت له: اشترى متاعى؟ فقال:

ليس هو متاعك و لا بقرك و لا غنمك «١».

بتقريب: ان جواز بيعه يدل على كونه مالكا له، و كذا يمكن أن يستدل عليه بذيل الروايه حيث قال «ليس هو متاعك»، فانه يدل على خروج العين بالبيع.

وفيه: ان غايه ما يستفاد من اطلاق الروايه كون البيع مقتضيا للملكيه، و لا ينافي ذلك بالدليل الدال على حصولها بعد انقضاء الخيار.

و أجاب عنه الشيخ بأن جواب الامام عليه السلام مبني على جواز بيعه على البائع، لان تواطئهما على البيع الثاني اسقاط للخيار من الطرفين.

وفيه: ان

التواطؤ لا يسقط الخيار لعدم الدليل عليه، و الاشكال بأنه لو دل دليل على عدم ثبوت الملك مع الخيار لا يعارضه هذا النص و ما يكون بمضمونه في محله.

و أيضا: أجاب بأنه لو سلم ما ذكر من الدلالة على ملك المشهور لم يدفع به الا القول بالنقل دون الكشف.

و فيه: ان الظاهر المستفاد أن العقد الثاني بما هو موجب لسقوط الخيار، بلا فرق بين القول بالكشف او النقل.

(السادس) ما استدل به العلامة في التذكرة على ثبوت الملكة بالعقد بصحيحه محمد بن مسلم

عن أحدهما عليهما السلام قال: سألته عن رجل باع مملوكا فوجد له مالا. قال: فقال المال للبائع انما باع نفسه، الا أن يكون شرطه عليه ان ما كان له مال أو متاع فهو له «٢». بتقريب انه استفاد ان مال المملوك للمشتري.

(١) الوسائل، الجزء ١٢ الباب ٥ من ابواب احكام العقود، الحديث ٣.

(٢) الوسائل، الجزء ١٣ الباب ٧ من ابواب بيع الحيوان، الحديث ١.

دراساتنا من الفقه الجعفري، ج ٤، ص: ٤٥١

...

و يرد عليه: ان النص المذكور لا- ينافي ما دل على حصول الملك بعد انقضاء الخيار. و بعبارة أخرى: هذه النصوص لا تعرض فيها لحصول الملكة من حين العقد أو من حين انقضاء الخيار، فان المستفاد من هذه النصوص ان مال العبد تابع له فيما يشترط أو فيما يعلم به البائع و مطلقا اذا لم يقيد خلافه.

(السابع) قوله صلى الله عليه وآله «الخارج بالضمآن»

بتقريب ان المبيع في زمان الخيار المشترك أو المختص بالبائع في ضمان المشتري فخراجه له، و هي علامه ملكه.

و فيه: أولا انها ضعيفه لا يتمسك بها، و ثانيا كون المشتري ضامنا له في مده الخيار أول الكلام.

هذا تمام الكلام في الادله التي أقاموها لحصول الملكة بالعقد، و يقع الكلام فيما استدل على حصول الملكة بعد انقضاء الخيار ببعض النصوص، كقوله «تلف المبيع في زمن الخيار من مال بايعه» «١» بتقريب: ان الخارج بالضمآن فيدل على كون المبيع في زمان الخيار للبائع، فانه بعد ما ثبت ضمان البائع نلتزم بكونه مالكا للعين للتلازم المستفاد من تلك القاعدة.

و يرد فيه: أولا- ما عرفت آنفا أن النبوى المذكور ضعيف لا- يعتمد عليه، و ثانيا ان شمول كلام الطوسى للخيار المختص بالمشتري أول الكلام، و ثالثا انه لو أغمض عن ضعف السند و

يتمسك باطلاق الخراج بالضمان يلزم تأسيس فقه جديد.

و لنا أن نقول: ان المراد بالضمان فى الروايه ليس مطلق الضمان، بل الظاهر منه الضمان المعاملى، فيكون المعنى أن الضمان المتعلق بالعين يقتضى

(١) الوسائل، الجزء ١٢ الباب ٥ و ٨ من ابواب الخيار، الحديث ٢ و ٢.

دراساتنا من الفقه الجعفرى، ج ٤، ص: ٤٥٢

...

ملك المنفعه، فيكون أجنبيا عن محل الكلام. و ثانيا ان المستفاد من قوله «ليس هو متاعك و لا بقرك و لا غنمك» حصول الملكيه بالعقد، و ثالثا ان المستفاد من الروايات الوارده فى باب خيار الحيوان ان الملكيه تحصل بالعقد، و هى كثيره و ان كان بعضها ضعيفا الا- ان فى صحيحها غنى و كفايه، و هو قوله «صاحب الحيوان المشتري بالخيار ثلاثه ايام» «١» و قوله «صاحب الحيوان ثلاث» «٢».

قال المصنف: و على أى حال ان الاخبار الداله على كون الضمان على البائع اما أن تجعل مخصصه لأدله المشهور بضميمه قاعده تلازم الملك و الضمان أو لقاعده التلازم بضميمه أدله المسأله، فيرجع بعد التكافؤ الى أصاله عدم حصول الملك بالعقد قبل انقضاء الخيار، و لكن هذا فرع التكافؤ المفقود فى المقام من جهات أعظمها الشهره المحققه المؤيده بالإجماع.

و فيه: أولا ان قانون التلازم قد ناقشنا فى روايته سندا و دلاله.

و ثانيا- على فرض التكافؤ لا وجه لرجوعه الى الاصل، لان الجمع الدلالى ما دام ممكنا لا تصل النوبه الى الجمع السندى، فان ما دل على كون المبيع للمشتري يجعل مخصصا لقانون التلازم لكونه صريحا فى المطلوب.

و ثالثا- انه لا تكون الشهره الفتوائيه مرجحه على تقدير التكافؤ، و عليه فالمرجع «أَوْفُوا بِالْعُقُودِ» و «أَحَلَّ اللَّهُ الْبَيْعَ»، و مقتضاهما حصول الملكيه من أول الامر.

ثم ان بعد

ما ظهر أن الحق ما عليه المشهور لا تصل النوبه الى أن هذا الحكم يجرى فى الخيار المنفصل أو يختص بالخيار المتصل، و أيضا لا مجال للبحث من أنه يختص بخيار الشرط و الحيوان أو يعم بقيه الخيارات، فان

(١) الوسائل، الجزء ١٢ الباب ٣ من أبواب خيار الحيوان، الحديث ٢.

(٢) الوسائل، الجزء ١٢ الباب ٣ من أبواب خيار الحيوان، الحديث ٦.

دراساتنا من الفقه الجعفرى، ج ٤، ص: ٤٥٣

قوله: مسأله و من أحكام الخيار كون المبيع فى ضمان من ليس له الخيار فى الجملة (١).

المدعى من أصله فاسد.

[مسأله و من أحكام الخيار كون المبيع فى ضمان من ليس له الخيار فى الجملة]

أقول: قبل بيان الحال فى المسأله ينبغى تأسيس أصل فى المقام يكون مرجعا عند الشك، فنقول: لو تلف المبيع عند المشتري فى زمان خياره المختص به يكون مقتضى القاعده عدم ضمان البائع، فان مقتضى قوله تعالى «أَوْفُوا بِالْعُقُودِ» بقاء العقد على حاله، و أيضا مقتضى استصحاب بقاء العقد على حاله و عدم الانفساخ عدم ضمان البائع.

و أما استصحاب الضمان الثابت قبل القبض فيرد عليه: انه يكون أخص من المدعى، فانه يمكن أن يفرض أن يكون المال عند المشتري من أول الامر، و القول بعدم الفصل لا مجال له، فانه يرد عليه: أولا انه فرق بين القول بعدم الفصل و بين عدم القول بالفصل.

و ثانيا- ان القول بعدم الفصل انما يكون بين الاحكام الواقعيه لا الظاهريه.

هذا أولا و ثانيا ان الاستصحاب لا يجرى مع وجود الدليل الاجتهادى كما هو ظاهر.

و ثالثا- ان الضمان بمعنى ضمان المثل و قيمه ليست له حاله سابقه، و بمعنى انفساخ العقد يرجع الى الاستصحاب التعليقى الذى لا نقول به.

و رابعا- ان هذا الاستصحاب داخل فى استصحاب الحكم الكلى الذى لا نقول به.

و خامسا- ان مقتضى

روايه «١» عقبه بن خالد عدم الضمان بعد القبض، لكن

(١) الوسائل، الجزء ١٢ الباب ١٠ من أبواب الخيار، الحديث ١.

دراساتنا من الفقه الجعفري، ج ٤، ص: ٤٥٤

...

الروايه ضعيفه بمحمد بن عبد الله بن هلال، فثبت ان مقتضى الاصل الاولي عدم الضمان، و لا بد من الخروج عن هذا الاصل من وجود الدليل، فيقع الكلام في جهات:

(الاولى) لا اشكال في ثبوت هذا الحكم في خيار الحيوان، و تدل عليه جمله من الروايات «١»، و أيضا لا شبهه في ثبوت هذا الحكم في خيار الشرط بالنسبه الى المشتري للروايات المشار اليها، فان تلك الروايات تدل على كون الضمان على البائع لو تلف المبيع في زمان الخيار، فانه يدل بالنسبه الى خيار الشرط ذيل روايه «٢» ابن سنان قال عليه السلام «فان كان بينهما شرط أياما معدوده فهلك في يد المشتري قبل أن يمضى الشرط فهو من مال البائع».

(الثانيه) هل يجرى هذا الحكم في خيار المجلس. ربما يقال بأن الشرط قد أطلق على خيار المجلس، فيشمل الدليل خيار الحيوان أيضا.

لكن يرد عليه: انه لا- دليل على هذا المدعى، اذ الظاهر من النصوص اختصاص الحكم بالشرط المقرر بين المتعاملين أو مضى ثلاثه أيام، و هي زمان خيار الحيوان.

(الثالثه) انه هل يجرى هذا الحكم في بقيه الخيارات. ربما يقال كما أفاد الشيخ قدس سره بأنه يفهم من الروايات الوارده في المقام بأن المناط في هذا الحكم تزلزل العقد و عدم صيروره العين ملكا لازما على المشتري. و بعبارة أخرى: يستفاد هذا الحكم بعموم المناط، فانه عليه السلام قال في روايه «٣» رواها

(١) الوسائل، الجزء ١٢ الباب ٥ من أبواب الخيار، الحديث ١.

(٢) الوسائل، الجزء ١٢ الباب ٨ من أبواب الخيار، الحديث

(٣) الوسائل، الجزء ١٢ الباب ٥ من أبواب الخيار، الحديث ٢.

دراساتنا من الفقه الجعفري، ج ٤، ص: ٤٥٥

...

ابن سنان بعد ما سأله السائل على من ضمان ذلك: للبائع حتى ينقضى الشرط ثلاثة أيام و يصير المبيع للمشتري.

و يرد عليه: انه لا- يمكن الجزم بأن المناط ما ذكر، و بعبارة أخرى لا- ظهور في الرواية بأن المناط وجود الخيار، و غايه ما في الباب كون الرواية مشعره بهذا المعنى، فلا بد من الاقتصار على مورد، و هو خيار الحيوان، و العمده في الاشكال ما ذكرنا.

و العجب من المصنف حيث اعترف بالظهور و مع ذلك يقول بأن الاعتماد على هذا الظهور مورد تأمل، فان مع الاعتراف بالظهور لا وجه للتأمل.

و استشكل في الاستدلال بوجه آخر، و هو أن الظاهر من الرواية ما يكون الخيار ثابتا من أول الامر، و حيث ان خيار الغبن و العيب و الرؤيه و غيرها ليس الخيار فيها ثابتا من أول الامر فلا يجرى فيه.

و يرد عليه: انه على فرض تماميه الامر و تسليم ظهور اللفظ فيه ان الخيار في الغبن و العيب ثابت من أول الامر.

و مما يمكن أن يستدل به على العموم ما أفاده السيد قدس سره في الحاشيه:

من أن المراد من الشرط الوارد في ذيل الصحيح «١» متعلق الخيار، بأن يقال ان المراد من الشرط فانه لا يضر بالاستدلال كون مورد الخبر خصوص الحيوان، لان الظاهر من الكلام اطلاق الحكم لكل خيار او لادن الحكم في مورد الحيوان اذا كان عاما للخيار غير خيار الحيوان، فلا قول بالفصل. و قال قدس سره:

انه يمكن الاستدلال بهذا التقريب بالنبوى «٢» المذكور في قرب الاسناد.

(١) الوسائل، الجزء ١٢ الباب ٨ من أبواب الخيار، الحديث

(٢) الوسائل، الجزء ١٢ الباب ٥ من أبواب الخيار، الحديث ٤.

دراساتنا من الفقه الجعفري، ج ٤، ص: ٤٥٦

...

و يرد عليه: انه خلاف الظاهر، فان الظاهر من الشرط خيار الشرط، بل الجمود على النص - كما هو مقتضى القاعده - الاقتصار على خصوص الحيوان و تعميم الحكم بغيره ذكر في النص حتى في مورد الحيوان لا وجه له.

و أما الروايه الثانيه فالظاهر أنه قدس سره اشتبه في نقلها عن قرب الاسناد و الروايه ضعيفه بحسن بن أبي الحسن.

و ربما يستدل بالإجماع و عدم الخلاف، و السيد جعلهما مؤيدين للمدعى، لكن ليس تحته شىء، فانه على فرض تحقق الاجماع لا يكون اجماعا تعبديا فلا يترتب عليه الاثر كما هو ظاهر.

(الرابعه) ان هذا الحكم مختص بالحيوان و لا- يجرى في غيره لاختصاص الدليل، و لذا نرى في كتب الفتوى كمنهاج سيدنا الاستاذ الاختصاص المذكور.

(الخامسه) ان مقتضى اطلاق الروايات شمول الحكم لما يكون الخيار مشتركا بين المتعاقدين، لكن مقتضى الاجماع المدعى في المقام الاختصاص بما يكون مختصا بالمشتري و لا يكون للبائع، و لذا اشتهر بينهم بأن التلف في زمن الخيار ممن لا خيار له، لكن الالتزام بمقتضى الاجماع مع عدم دليل على حججه مشكل، و الجراه على الذهاب الى خلاف ما اشتهر بينهم و خلاف الاجماع المدعى اشكل، و الاحتياط طريق النجاه.

(السادسه) ان هذا الحكم يختص بالمبيع أو يجرى في الثمن، و عبارته أخرى هل يختص بالمشتري أو يعم البائع الذى يمكن أن يكون مدركا للتعميم أمران ذكرهما الشيخ قدس سره:

أحدهما- استنباط الملاك، و هى صيروره العين ملكا مستقرا لملكه.

دراساتنا من الفقه الجعفري، ج ٤، ص: ٤٥٧

...

و يرد عليه: انه لا ظهور للنص في هذا المعنى، مضافا الى أنه على تقدير التسليم

فانما يكون بالنسبه الى المشتري و لا دليل على الاطلاق.

ثانيهما- استصحاب الضمان الثابت قبل القبض.

و يرد عليه ما أورده آنفاء، و لا حاجه الى الاعاده، مضافا الى أنه من الشك في المقتضى الذى لا يرتضيه المصنف.

و أيضا يرد عليه: انه الموضوع للحكم قبل القبض، و مع حصول القبض لا مجال للاستصحاب، مضافا الى أنه معارض بقاعده ان التلف على المالك.

لا يقال: قد خصصت هذه القاعده بالتلف قبل القبض، فاستصحاب حكم المخصص محكم.

فانه يقال: فى هذه الصوره المرجع العموم.

(السابعه) انه على تقدير سريان الحكم بالنسبه الى البائع فلو وقع التعارض بين القاعدتين- أى قاعده التلف قبل القبض و التلف فى زمن الخيار- فما الحيله؟ ربما يقال كما ادعاه الشيخ بأن قاعده التلف فى زمان الخيار لا يشمل قبل القبض. و هذه الدعوى لا دليل عليها لإطلاق النص فلاحظ.

و الحق انه على القول بسريان الحكم و وقوع التعارض لا- ترجيح لأحد الطرفين، بل مقتضى التعارض التساقط و الرجوع الى القاعده الاولى، و مقتضاها أن ضمان كل ملك على مالكة، و لا يصغى الى ما أفاده السيد فى الحاشيه من ترجيح قاعده التلف قبل القبض، فان ما أفاده فى مقام الاستدلال لا يرجع الى محصل.

(الثامنه) هل يختص هذا الحكم بالمبيع الشخصى أم يعم الكلى أيضا؟

دراساتنا من الفقه الجعفرى، ج ٤، ص: ٤٥٨

...

الظاهر هو الاول، فان الظاهر من الدليل الاختصاص، مضافا الى أن مقتضى الضمان على من ليس له الخيار انفساخ العقد و دخول التالف فى ملك مالكة الاول، و هذا يتصور فى المبيع الشخصى، و أما فى المبيع الكلى فلا يتوقف الضمان على انفساخ العقد.

نعم يمكن أن يقال: ان المدعى فى المقام ان معنى الضمان انفساخ العقد و صيروره

العين كما كانت، و أما فى المبيع الكلى فلا يتحقق هذا المعنى، اذ معناه جعل الكلى كغير المقبوض، و هذا لا يستفاد من الدليل.

و بعبارة ثالثة: ان الضمان بمعنى الانفساخ فلا يتحقق فى المقام، و بالمعنى الاخر لا دليل عليه، لكن العمدة ظهور الدليل فى العين الخارجيه و عدم شموله للكلى، و لو لا هذه الجهة لا مانع من القول فى الكلى كالشخصى، فان معنى الضمان واحد فى كلا المقامين و أثره فى الكلى انفساخ العقد و رجوع العين الى ما كانت.

ثم ان هذا الضمان ضمان المعاوضه، أى ينفسخ العقد أو ضمان الغرامه.

أفاد الشيخ قدس سره بأن الضمان ضمان المعاوضه، و استدل عليه بأن ظاهر قاعده ان التلف يحسب على البائع ان التلف من ماله، و أيضا ان ظاهر كلام بعض و صريح جماعه أن الضمان الثابت قبل القبض ثابت الى ما بعد القبض فيما يكون الخيار للمشتري، ان ظاهر الدليل كذلك مع ضم قاعده ان كل مالك ضامن لماله و قاعده الخراج بالضمان، فانه لو فرض انفساخ العقد لم يلزم خلاف لمقتضى القاعدتين.

أما الوجه المستفاد من كلمات الاصحاب فلا يترتب عليه أثر، لاین غايته الاجماع و حاله معلوم. و أما الوجه الثانى فأیضا مخدوش، اذ الموضوع فى المقام مال الغير، و لا يفهم من الضمان الا أن خسارته على الغير. نعم لو كان

دراساتنا من الفقه الجعفرى، ج ٤، ص: ٤٥٩

...

ملكا للضامن لكان تالفا فى ملكه، و أما النص فذيل صحيح ابن سنان يدل على المدعى بلا احتياج الى ضم القاعده. نعم بالنسبه الى صدر الصحيحه و بقيه الروايات نحتاج الى ضم القاعده.

و أما قاعده ان الخراج بالضمان، فيرد عليه: أولا ما تقدم من عدم اعتبار

سنده، و أيضا ليس معناه ما أفاده لترتب المحذور بالنسبه الى الغاصب، مضافا الى أنه لا نحتاج الى ضمها. و أيضا يرد عليه: انه يلزم رفع اليد عنها على كل تقدير، اذ مقتضاها عدم الانفساخ، الا أن يقال بأن التلازم باق ما دام بقاء الملك و المفروض زوال الملك قبل التلف. و الحاصل لا نحتاج الى ضمها.

و أورد سيدنا الاستاذ على الشيخ بأن الانفساخ أيضا مخالف للقاعده، فان مقتضى وجوب الوفاء بالعقد بقاءه و عدم انفساخه.

ان قلت: ان المذكور فى صدر الصحيح لم يذكر الا قوله «على البائع»، و هذا يجتمع مع ضمان الغرامه.

قلت: ان غايته الظهور لو لم يكن مجملا و يرفع اليد عنه بالنص الوارد فى الذيل. ثم ان حكم تلف الجزء حكم تلف الكل، لما ورد فى الصحيح «١» من قوله «أو يحدث فيه حدث» و يؤيده مرسل ابن رباط «٢».

و أما لو تلف الوصف فلا شبهه فى أنه لا يوجب انفساخ العقد لا بالنسبه الى الكل و لا بالنسبه الى الجزء، لعدم وقوع الثمن فى مقابل الوصف، لكن اطلاق قوله فى ذيل الصحيحه «أو حدث فيه حدث» يشمل فوات الوصف، لكن هل يثبت خيار الرد و الارش او يثبت خصوص الارش، يقع التكلم فيه فيما بعد إن شاء الله.

(١) الوسائل، الجزء ١٢ الباب ٥ من أبواب الخيار، الحديث ٢.

(٢) الوسائل، الجزء ١٢ الباب ٥ من أبواب الخيار، الحديث ٥.

دراساتنا من الفقه الجعفرى، ج ٤، ص: ٤٦٠

...

و يشكل الامر فى المقام بأن جريان الحكم فى تلف الوصف، مع ان الضمان بمعنى انفساخ العقد الالتزام بانفساخه بهذا المقدار، و تعيين كون الارش من عين الثمن. و الاول لا يقول به أحد على ما فى

بعض الكلمات، و الثانى و ان كان ظاهر بعض الكلمات لكن المصنف اذا لم يكن قائلا به لا يتم الامر.

ان قلت: الضمان فى تلف الوصف يغير مع التلف فى الجزء.

قلت: هذا يستلزم استعمال اللفظ فى اكثر من معنى واحد، و لا نقول به لأنه خلاف الظاهر.

و فى بعض الكلمات انه يمكن الالتزام بالانفساخ فى أنه قبل التلف.

و يرد عليه: أولا- ان الانفساخ فى محل الكلام هو الانفساخ من الحين و لذا لا- يكون المشتري ضامنا للمنافع، و ثانيا لا معنى للانفساخ اذ لا يكون فى مقابل وصف الصحة شىء من الثمن.

ثم ان هذا كله فيما يكون بالتلف السماوى، و منه حكم الشارع بالتلف كما لو صار العبد المشتري اعمى، و أما لو كان باتلاف ذى الخيار فأفاد الشيخ قدس سره بأنه يسقط خياره.

لكن يرد عليه: أنه لا- وجه لسقوط الخيار كما مر منا، فان اسقاط الخيار أمر قصدى، فلا يتحقق مع عدم القصد، خصوصا مع الجهل بالخيار. لكن مع ذلك لا يترتب عليه الحكم المذكور، لان الحكم فى لسان الدليل يترتب على الهلاكه، و هذا العنوان منصرف عن الاتلاف العمدى. و لو كان باتلاف غير ذى الخيار فالامر أيضا كذلك، فان الدليل منصرف، مضافا الى أن هذا الحكم ارفاق بالنسبه الى المشتري و ربما يكون اتلاف البائع مصلحه له. و قس

دراساتنا من الفقه الجعفرى، ج ٤، ص: ٤٦١

...

عليه اتلاف الاجنبى فى عدم ترتب الحكم المذكور الا فيما يكون اتلاف الاجنبى مصداقا للهلاكه و التلف.

ثم انه لو كان باتلاف البائع لا يسقط الخيار كما قلنا، فيجوز الامضاء و الرجوع بقيمه العبد و يجوز الفسخ و الرجوع بالثمن ان كان قبضه من البائع، و ان كان تلف المبيع

باتلاف الاجنبى فلذى الخيار الامضاء و الفسخ، فعلى الاول يرجع بقيمه العبد المبيع الى الاجنبى، و أما على الثانى - أى لو فسخ المشتري - فلا اشكال فى أن البائع يرجع بقيمه العبد. انما الكلام فى أنه هل يرجع الى المتلف أو يرجع الى البائع أو يكون مخيرا؟ وجوه فى المقام، أما الرجوع الى المتلف فلوجهين:

أحدهما - ان البديل قائم مقام العين فى جميع الجهات، و منها كونه ملكا لناقله بعد الفسخ لو كان موجودا بعده، و هذا البديل فى ذمه الاجنبى المتلف للعين فيرجع اليه.

ثانيهما - ان التلف موجب لاعتبار كون العين ملكا لناقلها عند التلف بناء على اعتبار قيمه يوم التلف أو عند الفسخ بناء على اعتبار يوم الفسخ، و على كلا التقديرين تكون العين فى ضمان المتلف فيرجع البائع اليه. و الفرق بين الوجهين أن ما يكون ثابتا فى ذمه المتلف هو البديل من أول الامر، و على الثانى يكون الثابت نفس التالف و الانتقال الى البديل حين الدفع.

و أما الرجوع الى المشتري فلانه اذا دخل الثمن فى ملكه بالفسخ و الحال أن المثلن تلف فى ملكه خرج عن ملكه بديل الثمن و يدخل فى ملك البائع و صار فى ذمته لا ذمه المتلف. و الوجه فيه: ان الضمان بالنسبه الى التالف محله الذمه لا العين الخارجيه، فيتردد الامر بين أن يكون محل التالف ذمه المتلف

دراساتنا من الفقه الجعفرى، ج ٤، ص: ٤٦٢

قوله: مسأله و من أحكام الخيار ما ذكره فى التذكرة (١).

أو ذمه المشتري، لا سبيل الى الاول، اذ ذمه المتلف تشخصت بالاشتغال للمشتري و لا يمكن مملوكيه شىء واحد لمالكين.

ان قلت: انما يلزم هذا الاشكال لو اجتمعا فى زمان واحد و فى المقام ليس كذلك،

فانما يتشخص أولاً ملكاً للمنقول اليه و بعد الفسخ يصير ملكاً للناقل فلا محذور، فان التشخص الاول يزول بالتشخص الثانى.

قلت: الامر كما ذكرت، لكن انما يكون الامر كذلك لو كانت بدلا عن العين فى جميع الجهات حتى فى صيرورته ملكاً للناقل عند الفسخ كما لو كانت العين موجوده، لكن الامر ليس كذلك بل انما يكون بدلا بمقدار صيرورته ملكاً للمالك. و أما الفسخ و ان كان موجبا لكون العين ملكاً للناقل لكن بوصف كون بدلها فى ذمه المتلف للمنقول اليه، و لا يمكن اشتغال الذمه بالنسبه الى شىء واحد لشخصين.

و أما الثالث: فلان يد الفاسخ يد ضمان قبل الفسخ بالعوض المسمى و بالقيمه بعد الفسخ، و اتلاف الاجنبى أيضا سبب للضمان فتكون النتيجة التخيير.

و يظهر من المصنف أن أقوى الوجوه فى نظره هو الوجه الثانى، كما أن الاضعف هو الوجه الثالث على ما صرح به. و لا يبعد أن يكون أقوى الوجوه هو الوجه الثالث، فان يد المشتري يد ضمان و الا يلزم عدم الضمان لو كان التلف بآفه سماويه، و هذا باطل بالضرورة، فللبائع أن يرجع اليه، كما أنه لا شبهه أن المتلف ضامن بالاتلاف، فالمقام يكون نظير تعاقب الايدى أو اجتماع اليد و الاتلاف، فان كل واحد من الامرين سبب و موجب للضمان، فأصبح أضعف الوجوه أقواها.

[مسأله و من أحكام الخيار ما ذكره فى التذکره]

أقول: انه قال: لا يجب على البائع تسليم المبيع و لا على المشتري

دراساتنا من الفقه الجعفرى، ج ٤، ص: ٤٦٣

...

تسليم الثمن فى زمان الخيار، و لو تبرع أحدهما بالتسليم لم يبطل خياره و لا- يجبر الا-خر على تسليم ما عنده و له استرداد المدفوع قضيه للخيار. و قال بعض الشافعيه:

ليس له استرداده و له أخذ ما عند

صاحبه بدون رضاه كما لو كان التسليم بعد لزوم البيع - انتهى.

و يظهر منه أن الخلاف بين المسلمين انما هو بعد اختيار أحدهما التسليم و أما التسليم ابتداء فلا يجب من ذى الخيار اجماعا. و كيف كان فقد أورد الشيخ أن ما ذهب اليه الشافعيه من جواز الاسترداد و أخذ ما عند صاحبه جمع بين المتنافيين، اذ كيف يجمع بين عدم وجوب التسليم و بين جواز الاخذ بلا رضاه، فان الامساك و عدم الدفع ان كان عن حق فلا يجوز الاخذ و ان لم يكن عن حق فلا يجوز الامساك.

و استشكل عليه المصنف: بأنه ان أريد عدم وجوب التسليم على ذى الخيار من جهة أن له الفسخ فلا يتعين عليه التسليم، فمرجهه الى وجوب احد الامرين اما الفسخ و اما التسليم، و الظاهر أنه غير مراد، و ان أريد عدم تسلط المالك على ما انتقل اليه اذا كان للناقل خيار. ففيه نظر من جهة عدم الدليل المخصص لعموم سلطنه الناس على أموالهم.

و أورد عليه المحقق النائيني: ان العقد حيث كان بجميع مديله المطابقه و الالتزامه تحت يد ذى الخيار لا يجب عليه التسليم كما لا يجب عليه الوفاء بأصل العقد، فلا يقال هذا مخالف لقاعده السلطنه، لان من لا خيار له لو انتقل اليه المال على نحو كان لمالكه الاصلى التسلط على عدم التسليم لم يثبت له السلطنه المطلقه.

و فيه: أولا ان ما أفاده لو سلم لثم فى الخيارات الجعليه و أما الخيارات الشرعيه

دراساتنا من الفقه الجعفرى، ج ٤، ص: ٤٦٤

قوله: مسأله قال فى القواعد لا يبطل الخيار بتلف العين (١).

فلا، و ثانيا انه ليس هذا المدعى صحيحا، فان لزوم الدفع من أحكام كون العين ملكا للغير

و لا يكون الخيار مقتضيا لجواز الامساك، فالحق ما أفاده المصنف من عدم الدليل على هذا الحكم، فانه لو كان موضوع الخيار هو العين لكان لهذا التوهم مجال لكون العين متعلقه للحق على هذا الفرض، و أما لو لم يكن الموضوع هو العقد كما هو الصحيح فلا مجال لهذا التوهم، فالحق وجوب الدفع.

[مسأله قال فى القواعد لا يبطل الخيار بتلف العين]

اشاره

و لا يخفى أنه كما يقول الشيخ أن هذا الحكم انما يتصور فيما يكون العقد باقيا بعد التلف، و أما فيما يفسخ العقد بتلف العين- كما فى التلف قبل القبض أو التلف فى زمن الخيار- فلا موضوع لهذا البحث. اذا عرفت هذه المقدمه فاعلم ان تنقيح المقام يقتضى أن يقع البحث فى ضمن أمور:

(الاول) ان الظاهر أن الشارع لم يأت باصطلاح جديد للخيار فى قبال المعنى العرفى، بل المراد منه هو المعنى الذى عند العرف و العقلاء، أعنى حل العقد.

و أيضا يستفاد هذا المعنى من بعض الروايات، و هو قوله «اذا افترقا وجب البيع» (١)، فالوجوب فى الروايه اسند الى البيع، فيفهم أن الخيار معناه حل العقد و فسخ البيع ما دام المجلس باقيا، بانقضاء المجلس و حصول الافتراق يلزم البيع و العقد. فعليه لو ورد هذا اللفظ فى دليل يتمسك باطلاقه لبقاء الخيار فيما شك فى بقاءه بعد تلف العين، و ما يظهر من الشيخ من التردد فيه من حيث احتمال أن موضوع الخيار العين لا مجال له، فانه ليس للشارع فيه اصطلاح خاص.

(الثانى) أنه لو كان الوارد فى لسان الدليل «يرد العين» أو «يجوز الرد»

(١) الوسائل، الجزء ١٢ الباب ٣ من ابواب الخيار، الحديث ٦.

دراساتنا من الفقه الجعفرى، ج ٤، ص: ٤٦٥

قوله: لو فسخ ذو الخيار فالعين فى يده مضمونه (١).

فى الخيارات الاخرى فلا مجال للخيار بعد تلف العين لانتفاء موضوعه.

لا يقال: انه يحتمل أن يكون المراد منه الرد الملكى لا الخارجى.

فانه يقال: ان هذا الاحتمال خلاف ظاهر الروايه فلا يعتنى به.

(الثالث) اذا شك فى موضوع الخيار انه العقد أو العين فهل يجرى الاستصحاب أم لا؟ ربما يقال: لا وجه للتمسك باستصحاب بقاء الموضوع لكونه الشك فى المقتضى، الا أنك قد عرفت فى الاصول أن هذا الاشكال لا مساس له بما نحن فيه، ولكنه مع ذلك لا مجال لجريان الاستصحاب، لأنه قد بينا فى محله أنه لا يجرى فى الاحكام الكليه.

هذا أولا، و ثانيا انه يشترط فى جريان الاستصحاب احراز موضوعه و هو منتف هنا، و ثالثا انه لا مجال للاستصحاب هنا لوجوب الدليل اللفظى و هو «أَوْفُوا بِالْعُقُودِ» فلا بد من التمسك به لا بالاصل.

(الرابع) ان الخيار اما شرعى و اما جعلى، و القسم الاول منه بينا حكمه فلا نعيد، و أما القسم الثانى فانه اما مجعول بالصراحه أو بالارتكاز كخيار العيب، و على الاول لا مجال لجريان الاستصحاب بعد التلف لو شك فيه للتعارض، و على الثانى فاما كان ملاك الارتكاز موجودا و لو بعد التلف كما فى خيار الغبن فالخيار موجود، و اما اذا لم يكن كذلك كخيار العيب فلا وجه للخيار.

[لو فسخ ذو الخيار فالعين فى يده مضمونه]

أقول: ان ما ذكره لا خلاف فيه و هو الحق فى المسأله، و لكنه استشكل على ما ذكره فى مقام الاستدلال بالاصل بأن مع وجود الاماره- و هو عموم على اليد- لا يصل المجال الى الاصل، و على تقدير عدمها فان الاستصحاب المستدل عليه فى المقام اما شخصى و اما كلى، و الاول منتف قطعا لان الضمان

دراساتنا من الفقه

...

المعاوضى انتفى بالفسخ و الثانى من قبيل الاستصحاب فى القسم الثالث من الكلى، اذ الضمان المعاوضى الموجود قبل الفسخ ارتفع بالفسخ، و احتمال بقاءه فى ضمن فرد آخر من الضمان مشكوك، و قد بينا فى الاصول عدم حجيته.

أفاد المحقق الايروانى: ان الثابت فى العهده فى باب الضمانات نفس العين، و انما يدفع العوض مثلا أو قيمه بدلا عما فى الذمه، فيستصحب ضمانه قبل الفسخ.

و فيه: ان الاستصحاب فى المقام ليس شخصا بل من الاستصحاب الكلى كما بيناه، فان الضمان قبل الفسخ كان ضمانا معاوضيا و بعده سبب الضمان مشكوك و الاصل عدمه. و لو تنزلنا و قلنا باستصحاب الضمان الا أنه يعارضه استصحاب عدم الضمان الا على مذهب من يقدم الاستصحاب التعليقى على التنجيزى.

اللهم الا- أن يقال: ان الشك فى الضمان و عدمه مسبب عن الشك فى كون المثل أو القيمه فى ذمه المتلف، و مع الاصل الجارى فيه لا تصل النوبه الى الاصل المسببى.

اذا عرفت ما تلوناه عليك فاعلم أنه لو فسخ العقد لا بد أن يسلم ما بيده الى البائع و لو لم يسلم عصيانا ضمنه عند التلف لعموم على اليد.

لا يقال: ان دليل اليد يشمل ما اذا كان العينى تحت يده، و أما اذا خرج عنه فلا يشمل.

فانه يقال: ليس المراد من اليد اليد الخارجى بل المراد منه السلطه، و لا مجال للإشكال بأن الروايه ضعيفه السند لان العمده فى باب الضمانات أنها من الاحكام العقلانيه التى أمضاها الشارع. نعم لا يضمنها فى الزمن الذى لا بد منه فى أدائها الى صاحبها، فان فى هذه المده أمانه شرعيه. و ملخص الكلام: ان باب الضمانات يؤخذ من العقلاء، ففى كل

مورد يكون من الشارع تصرف يؤخذ به ولا يحكم بما حكم به العقلاء.

دراساتنا من الفقه الجعفري، ج ٤، ص: ٤٦٧

قوله: القول في النقد و النسيئه (١).

قوله: مسأله اطلاق العقد يقتضى النقد (٢).

لا يقال: انه لو كان مجرد كون الشئ ء فى حيطه أحد موجبا لضمانه فلا بد من الالتزام به فيما اذا وقع ذلك فى حيطته بأمر غير اختياري، كما اذا ألقى الريح ثوب الغير فى داره أو وقع فيها بفعل الاجنبى.

فانه يقال: ان عدم الضمان فى هذه الموارد من المسلمات، فان الشارع أمر بأدائها الى صاحبها من غير ضمان.

[القول فى النقد و النسيئه]

[مسأله اطلاق العقد يقتضى النقد]

أقول: أفاد المصنف أنه ينقسم البيع باعتبار التأخير و التقديم فى أحد العوضين الى أربعة أقسام: بيع الحاضر بالحاضر و هو النقد، و بيع المؤجل بالمؤجل و هو بيع الكالى بالكالى، و بيع الحاضر بالثمن المؤجل و هو النسيئه، و بيع المؤجل بالحاضر و هو السلم. و المراد بالحاضر أعم من الكلى و بالمؤجل خصوص الكلى.

و أورد عليه المحقق الايروانى: بأنه لا وجه لتخصيص المؤجل بخصوص الكلى، فان معنى التأجيل اشتراط الاجل و تأخير التسليم الى مده معينه، و هذا كما يتصور فى الكلى يتصور فى العين الشخصيه، فيشترط أن تكون العين الى مده كذا فى يد المشتري أمانه أو عاريه فلا يكون له حق المطالبه ما لم تنقض المده.

أقول: ان ما اورده متين جدا، الا أن يقال: ان اشتراط حق التأخير خلاف للشرع، لكن فيما يكون المبيع أو الثمن كليا يجوز هذا الاشتراط قطعاً لما علم من الدين، و أما لو كان فى الشخص الخارجى فلم يثبت الجواز.

أقول: و علله فى التذكرة بأن قضيه العقد انتقال كل من العوضين الى الاخر، فيجب الخروج عن العهده

متى طوبل صاحبها، فلا يجوز للمشتري تأخير الثمن. ثم قال الشيخ قدس سره: فلو اشترط تعجيل الثمن كان تأكيداً لمقتضى الاطلاق على المشهور بناء على ما هو الظاهر عرفاً من هذا الشرط من اراده عدم المماطله و التأخير عن زمان المطالبه، لا أن يعجل بدفعه من دون مطالبه.

دراساتنا من الفقه الجعفري، ج ٤، ص: ٤٦٨

...

و استشكل عليه سيدنا الاستاذ دام ظلّه: بأنه يظهر من كلام الشيخ أمران:

الاول- انه لا يجب الدفع بمقتضى اطلاق العقد الا عند المطالبه، و هذا من الغرائب، فان نفس العقد يقتضى التعجيل، لأنه بالعقد ينتقل كل من العوضين الى الاخر، و المفروض عدم التأجيل فيجب الدفع فوراً طالب أم لم يطالب.

الثاني- قال ان شرط التأجيل مؤكّد لإطلاق العقد، و هذا أغرب من سابقه، لأنه على فرض تسليم ما أفاده عند الاطلاق لا نسلمه عند الاشرط، فان معنى الاشرط الدفع فوراً طالب أم لا. فظهر من ذلك ما فى كلام صاحب الجواهر حيث قال: ان الشرط مؤسس لا مؤكّد، و أنت علمت أنه مؤكّد بالمعنى الذى ذكرناه لا بالنحو الذى أفاده الشيخ.

أقول: ان الظاهر موافق لما ذهب اليه الشيخ، فان العقد يقتضى التعجيل.

لكن كون الثمن نقداً لا يقتضى وجوب الدفع فوراً بل يقتضى عدم حق التأخير للمشتري عند المطالبه. و يظهر هذا المعنى الذى ذكرناه مما رواه عمار بن موسى عن أبى عبد الله عليه السلام فى رجل اشترى من رجل جاريه بثمان مسمى ثم افترقا. فقال: وجب البيع و الثمن اذا لم يكونا اشترطاً فهو نقد ... «١».

ان قلت: المفروض انه مال الغير و لا يحل التصرف فى مال الغير بلا رضاه سواء طالبه أم لا.

و لكنه يرد عليه: بأن المقصود من

المطالبه و عدمها الرضا بالتأخير و عدمه، و لو رضى بالتأخير فلا يشمل أدله حرمه التصرف فى مال الغير. نعم لو شك فى مقام الاثبات فى رضائته بالتأخير و عدمها يحكم بوجوب دفعه لعدم جواز التصرف فى مال الغير. فظهر مما ذكرناه عدم تماميه ما أفاده الجواهر كما أنه ظهر

(١) الوسائل، الجزء ١٢ الباب ٦ من أبواب أحكام العقود، الحديث ٢.

دراساتنا من الفقه الجعفرى، ج ٤، ص: ٤٦٩

...

عدم تماميه كلام الاستاذ.

ثم انه ذكر الشهيد فى الدروس: ان فائده الشرط ثبوت الخيار اذا عين زمان النقد فأخل المشتري به، و قوى الشهيد الثانى ثبوت الخيار مع الاطلاق أيضا يعنى عدم تعيين الزمان اذا أخل به فى أول وقته، و قال الشيخ: و هو حسن.

و أورد عليه السيد فى حاشيته: بأنه لا-حسن فيه، اذ مع فرض كون زمان التعجيل المشترط ممتدا بحيث يتصور له أول و آخر فالتأخير من أول وقته لا يكون من تخلف الشرط حتى يستلزم الخيار، و ما ذكره من أن تعجيل المطلق معناه الدفع-الخ، ففيه مع كونه ممنوعا انه لا يتصور حينئذ أول و آخر حتى يكون التأخير عن أوله موجبا للخيار.

وفيه: انه يترتب الخيار على التأخير كما قال الشهيد فيما اذا تعينت المده، و أما اذا لم تتعين المده يجب عليه التسليم فى أول أزمه الامكان، و هذا معنى التعجيل المطلق، و لا نسلم عدم تصور المعنى للتخلف، فان معناه التأخير عن أول أزمه الامكان، و هذا أمر ظاهر.

قال الشيخ: و لا حاجه الى تقييد الخيار هنا بصوره عدم امكان الاجبار على التعجيل، لان المقصود هنا ثبوت الخيار بعد فوات التعجيل أمكن اجباره أم لم يمكن وجب أو لم يجب،

فان مسأله ان ثمره الشرط ثبوت الخيار مطلقا أو بعد تعذر اجباره على الوفاء مسأله أخرى، مضافا الى عدم جريانها فى مثل هذا الشرط، اذ قبل زمان انقضاء زمان نقد الثمن لا يجوز الاجبار و بعده لا ينفذ لأنه غير الزمان المشروط فيه الاداء.

و ما أفاده غريب، فان كل شرط يكون كذلك، و من هذا القبيل اشتراط الخياطه فان قبل زمانه لا يجوز الاجبار و بعده لا ينفذ، مع انه يجوز الاجبار قبل

دراساتنا من الفقه الجعفرى، ج ٤، ص: ٤٧٠

قوله: مسأله يجوز اشتراط تأجيل الثمن مده معينه غير محتمله مفهوما و لا مصداقا (١).

زمانه باتيان مقدماته لو كان له مقدمات، فاذا ضيق الوقت يجبره على العمل على نحو الواجب الموسع اذا ضيقت وقته.

[مسأله يجوز اشتراط تأجيل الثمن مده معينه غير محتمله مفهوما و لا مصداقا]

أقول: ملخص الكلام فى المقام لو لم يعين مده تأجيل الثمن بحيث احتمل الزيادة و النقصان الغير المسامح فيهما- كأن يقول «الى مجىء الحاج» و يكون قدوم الحاج غير معلوم مصداقا- يبطل البيع.

أفاد السيد اليزدى: ان المدار فيه على ما يعد تعيينا عرفا، فيجوز الاكتفاء بذكر الشهر الهلالى، و ان لم يعلم أنه تام أو ناقص، مع أنه لو قال الى تسعه و عشرين أو ثلاثين يكون باطلا.

و كيف كان ما قيل أو يمكن أن يقال فى وجه البطلان أمور:

(الاول) الاجماع. و فيه ما عرفت من الفساد و لا وجه للإعاده.

(الثانى) لزوم الغرر. و فيه أولا- ان الغرر كما عرفت فى محله بمعنى الحظر و الجهل لا يلزم منه الحظر دائما بل قد يلزم و قد لا يلزم فالدليل اخص من المدعى، و ثانيا ان الروايه الداله على بطلان الغرر ضعيفه.

(الثالث) انه يشترط ذكر الاجل المضبوط فى السلم دون ما يحتمل الزيادة و

النقصان، كما يستفاد ذلك من عدة روايات «١»، و كذلك في المقام لاتحاد الملاك في البابين.

و فيه: انه قياس مع الفارق، و لا- طريق لنا الى كشف الملاك القطعي و الظني منه لا يغنى من الحق شيئا، و لكنه مع ذلك كله فانه من المسلمات التي لا يمكن التخطي عنه، فان سيدنا الاستاذ دام ظله لم يستشكل في المقام مع أن الاشكالات التي أوردناها وارده على مباني الاستاذ أيضا.

(١) الوسائل، الجزء ١٣ الباب ٣ من أبواب السلف.

دراساتنا من الفقه الجعفري، ج ٤، ص: ٤٧١

...

و التحقيق أن يقال: ان الشرط في مسأله التأجيل قد يكون تأخير أداء الثمن و أخرى تأخير مطالبته، و القسم الثاني ليس داخلا في باب النسيئه، و القسم الاول منه باطل على مقتضى القاعده حيث انه خلاف الكتاب و السنه، الا أنه علم من الشرع الجواز اذا كانت الى مده معينه و بقي الباقي في كونه مخالفا لهما.

ان قلت: لو كان الشرط المذكور خلاف الكتاب و السنه فلا بد أن يكون باطلا حتى فيما اذا كانت المده معينه.

قلت: ان الامر و ان كان كذلك الا أن الشرع أجاز في تلك المده و نحن تابعون له.

ثم انه هل يجوز الافراط في التأخير أم لا؟ أفاد المصنف اذا وصل الى حد يكون البيع منه سفها و الشراء أكلا للمال بالباطل بطل البيع.

و فيه: أولا- انه لا- دليل على بطل البيع السفهي، و ثانيا ان الباء في كلمه «بِالباطِلِ» ليس للمقابل بل هي سببيه، فالسبب هنا ليس باطلا كما هو واضح.

ثم انه نقل عن الاسكافي المنع من التأخير الى ثلاث سنين استشهادا بما رواه احمد بن محمد قال: قلت لأبي الحسن عليه السلام: انى أريد الخروج

الى بعض الجبال. فقال: ما للناس بد من أن يضطربوا، سنتهم هذه. فقلت له جعلت فداك انا اذا بعناهم بنسيئه كان اكثر للربح.
قال: فبعهم بتأخير سنه.

قلت: بتأخير سنتين. قال: نعم. قلت: بتأخير ثلاث. قال: لا «١».

و أيضا ما رواه عبد الله بن جعفر في قرب الاسناد عن ابي الحسن الرضا عليه السلام فقلت: انهم قوم ملاء و نحن نحتمل التأخير
فنباعهم بتأخير سنه. قال:

بعهم. قلت: سنتين. قال: بعهم. قلت: ثلاث سنين. قال: لا يكون لك شىء اكثر من ثلاث سنين «٢».

(١) الوسائل، الجزء ١٢ الباب ٦ من ابواب أحكام العقود، الحديث ١.

(٢) الوسائل، الجزء ١٢ الباب ٦ من ابواب أحكام العقود، الحديث ٣.

دراساتنا من الفقه الجعفرى، ج ٤، ص: ٤٧٢

...

لكن الروايه الاولى ضعيفه بسهل بن زياد، و الروايه الثانيه أجنبيه عن المدعى.

أفاد المصنف قدس سره: ان ظاهر الخبرين الارشاد و واقفه سيدنا الاستاذ دام ظله بأنه كان فى مقام المشاوره مع الامام عليه
السلام.

وفيه: ان الحمل على المشاوره و الارشاد خلاف الظاهر، الا أن الروايه المنقوله عن قرب الاسناد لا يوافق الاسكافى فانه منع
التأخير الى ثلاث سنين و الروايه تنفى اكثر من ثلاث سنين.

اذا عرفت ذلك فاعلم انا اذا عملنا بظاهر روايه الحميرى فلا- يجوز الافراط فى التأخير بلا كلام فيه، فلا تصل النوبه الى هذا
البحث، و أما اذا لم نعمل به أو حملناه على الارشاد فتصل النوبه الى البحث بأنه هل يضر الافراط أم لا؟

ربما يقال بعدم جواز الافراط فى التأجيل لعدم ترتب غرض صحيح عليه، و حلول الاجل شرعا بموت المشتري، فكان اشترط ما
زاد على ما يحتمل بقاء المشتري لغوا بل مخالفا للمشروع، و ان أراد ما قبل الموت

فالشروط الى ما يحتمل بقاء المشتري غرر لكونه مجهولا.

و يرد عليه أولا: يمكن أن يفرض عدم الغرر في بعض الصور، و ثانيا ان الغرر لا- يكون مبطلا- و ثالثا ان المفروض أن المده معلومه عندهم غايه الامر ان الشارع حكم بالحلول.

ثم ان المعتبر في تعيين المده تعيينها الواقعي أو لا- بد من معرفه المتعاقدين بها حين العقد. و ربما يقال بكفايه الاول كأوزان البلدان مع عدم معرفه المصدق، حيث أنه له شراء وزنه مثلا بعيار بلد مخصوص و ان لم يعرف مقدارها.

و لكن الظاهر عدم كفايته للزوم كفايه كل مجهول لكونه معلوما في الواقع، و الغرض من التعيين رفع الجهاله و الغرر، و التعيين الواقعي لا يرفعهما، و أما

دراساتنا من الفقه الجعفري، ج ٤، ص: ٤٧٣

قوله: مسأله لو باع بثمان حالا و بأزيد منه مؤجلا (١).

المقيس عليه فهو أيضا أول الكلام.

[مسأله لو باع بثمان حالا و بأزيد منه مؤجلا]

اشاره

أقول: بأن يجعل الأقل ثمنا على تقدير كونه حالا و الأزيد ثمنا على تقدير كونه مؤجلا- كأن يقول ان كان الثمن نقدا فبعتك بدينار و ان كان مؤجلا فبعتك بخمسه دنانير- فالمسأله محل كلام بين الاعلام، و لا يهمنا التعرض لأقوال العلماء فنقول: مقتضى التحقيق أن يقع البحث في مقامين: الاول مقتضى القاعده، الثاني مقتضى النصوص.

أما الاول- فنقول: تاره يفسر المؤجل ببيع العين بالثمن المؤدى بعد شهر مثلا و النقد ببيع العين بالثمن المؤدى في الحال.

و فيه: ان هذا خلاف ما يفهم من كلمات القوم، فان الظاهر من كلماتهم أن الثمن في المؤجل حالي لكن يكون للمشتري حق التأخير في الاداء، مضافا الى أن الاثمان لا- تقيد بالازمان، و على أى حال اما يجعل الترييد في الثمن، و هو غير معقول لان المراد لا واقع

له، و اما ان يكون الترديد فى الايجاب فقط و يقبل المشتري فى مقابل الثمن الذى اختاره، و هذا باطل من ناحيه الجهل، و اما يكون من باب التعليق كأن يقول «ان كان الثمن نقدا فبعثك بكذا و ان كان مؤجلا فبكذا»، و هذا باطل من جهه التعليق، و اما أن يكون الثمن هو الاقل و يكون الزيادة من باب الشرط بأن يشترط على المشتري بأنه لو آخر الاداء يدفع الزائد، و هذا أيضا مشكل من جهه لزوم الربا، لكن لو قلنا بصحة البيع و عدم كون الشرط الفاسد مفسدا يلتزم بالصحة و فساد الشرط فليس للمشتري حق التأخير لأنه وقع فى مقابل أمر فاسد، فقال الشهيد فى الدروس: ان الاقرب الصحة و يلزم من طرف البائع الاقل و يكون التأخير جائزا من طرف المشتري، و ما أفاده مشكل لأنه يجب اداء مال الغير عند المطالبه و لا موجب للتأخير.

دراساتنا من الفقه الجعفرى، ج ٤، ص: ٤٧٤

...

و أفاد المصنف قدس سره: ان فساد الشرط لا يقتضى فساد الاسقاط، فان الزيادة فى مقابل اسقاط البائع حقه من المطالبه، و قاس المقام بما لو صولح حق القصاص بعد يعلم أنه عبد للغير أو انه حر، بل قال فى التحرير الرجوع الى الديه.

و يرد عليه: انا لا نتصور معنى صحيحا لإسقاط حق المطالبه، فان لكل مالك أن يطالب ملكه، و هذا غير قابل للإسقاط، مضافا الى أنه ان كان فى مقابل السقوط فهو باطل لبطلان عوضه و ان كان فى مقابل الاسقاط فلم يتحقق الاسقاط، و المشتري لا يستحق الاسقاط، و مسأله المصالحة فهى أيضا مشكله، فانه كيف يمكن أن يحصل اسقاط حق القصاص و الحال أنه قوبل بلا شىء.

نعم لو كانت المقابله بين غير الاسقاط و ذلك الشىء و قلنا ان نفس المقابله تقتضى الاسقاط نلتزم بالسقوط مع كون المعامله فاسده، لكن المقام ليس كذلك، نظير من له الخيار لو باع ما انتقل اليه بالبيع الفاسد. أما الثانى فوردت فى المقام جمله من الروايات، و هى بين ضعيفه السند كالروايه الثانيه التى وقع النوفلى فى سندها و الروايه الخامسه التى وقع شعيب بن واقد فى سندها، فلا يعبأ بهما، و بين معتبره السند و هى الثلاثه الباقيه، و هذه الثلاثه متعارضه، فان خبر محمد بن قيس يدل على صحه البيع مع هذا التردد فى الانشاء و يكون للبائع أقل الثمنين و لو مع التأخير الى أبعد الاجلين، و الروايه الثالثه و الرابعه تدلان على أن النبى «ص» نهى عن شرطين فى بيع و بيعين فى بيع، فلو قلنا بأن معنى الروايتين مجمل لا يعلم المراد منهما، فلا مجال للتوقف فى العمل بخبر محمد بن قيس و لو قلنا بأن المعنى ظاهر فربما يقال كما فى كلام الشيخ جريان النهى تكليفى لا يدل على الفساد. لكن هذا التوهم فاسد، اذ الظاهر من النهى فى أمثال المقام

دراساتنا من الفقه الجعفرى، ج ٤، ص: ٤٧٥

قوله: لا يجب على المشتري دفع الثمن المؤجل قبل حلول الاجل و ان طولب اجماعا (١).

الارشاد الى الفساد، فلو قلنا بأنه يرفع اليد عن الظهور فيهما بالنص الوارد فى روايه محمد بن قيس يتم الامر.

لكن هذا الحمل غير صحيح، اذ حمل النهى الوضعى على الكراهه لا- معنى له، فان الكراهه فى التكليف فيقع التعارض بين الروايه الاولى و هاتين الروايتين، و حيث ان الروايه الاولى موافقه لعموم الكتاب كقوله «أَحَلَّ اللَّهُ الْبَيْعَ» و

«أَوْفُوا بِالْعُقُودِ» نأخذ بتلك الروايه و نرفع اليد عن الروائتين و نخصص القواعد الاوليه و نقيدها بهذه الروايه كما هي القاعده المعموله.

ثم انه لا- بد من الاقتصار على مورد الروايه، و لا- وجه لتسريه الجواز الى غير موردها، فلو باع بثمان أقل بأجل أقل و بثمان اكثر بأجل أكثر يكون البيع باطلا عملا بالقواعد الاوليه و عدم مخصص.

و نقل عن علامه في المختلف أنه مثل أن يقول المستأجر للخياط «ان خطته فارسيا فبدرهم و ان خطته روميا فبدرهمين»، و أجاب بأنه على فرض تسليم الصحه يرجع الى الجعاله و لا يكون من الاجاره، فالفارق موجود.

[لا يجب على المشتري دفع الثمن المؤجل قبل حلول الأجل و إن طوّل إجماعاً]

أقول: انه فائده التأجيل و الا- يلزم الخلف، فلو تبرع المشتري بالدفع هل يجب على البائع القبول، ادعى عدم الخلاف. و عن الرياض دعوى الاجماع على عدم وجوب القبول، و عن جامع المقاصد نسبه الخلاف الى بعض العامه، و عن علامه في التذكره بأنه علل الحكم بأن التبرع بالتعجيل كالزياده فلا يكلف البائع بتقليد المنه، و أفاد الشيخ بأنه فيه تأمل. و يمكن أن يكون وجه التأمل أن الزياده ليست ملكا للبائع فيحتاج الى قبول البائع و لا- مقتضى لوجوب القبول، و أما في المقام فالثمن ملكك للبائع فالقياس مع الفارق.

دراساتنا من الفقه الجعفري، ج ٤، ص: ٤٧٦

...

و يمكن أن يكون الوجه فيه: ان التأجيل كما أنه حق للمشتري كذلك يكون حقا للبائع، فان المشتري التزم بحفظ المال للبائع في ذمته كالودعي. فان ذلك حق عرفا للبائع. و ما أفاده متين، فانه أمر قابل ثبوتا، غايه الامر لا بد من أن يفهم في مقام الاثبات أنه جعل هذا الحق للطرفين و الا فلا مقتضى لعدم القبول و لذا أفاد سيدنا الاستاذ

فى منهاجه بأنه يجب القبول الا- فىما علم بأنه شرط للطرفين و هنا هو عمده الوجه و الا يشكل الاستدلال بالوجهين الاخرين المتقدمين. أما ما أفاده العلامة فلما ذكرناه فى وجه التأمل، و أما الاجماع فلاحتمال استناد المجمعين الى ما ذكر من الوجه.

و ربما يقال: بأن الدين ما يكون مؤجلا، و المؤجل لا ينطبق على ما دفع حالا.

و فيه: ان كل دين حال و التأجيل عباره عن حق التأخير، مضافا الى أن الجوهر كما قلنا لا يتقيد بالزمان.

ثم أنه لو أسقط المشتري حقه فهل يسقط أم لا؟ ربما يقال بأنه لا يسقط، و قيل فى وجهه وجوه:

(منها) ما عن جامع المقاصد بأنه حق ثبت فى عقد لازم فكيف يسقط.

و يرد عليه: أولا انه كيف يسقط بالتقاييل، و ثانيا ان ما ثبت بالعقد حق للمشتري و ليس مقتضى الثبوت البقاء حتى مع الاسقاط، فان أثر الحق سقوطه عند الاسقاط.

نعم لو كان هذا حكما شرعيا لم يكن قابلا للإسقاط، و لكن الامر ليس كذلك.

(و منها) ما عن جامع المقاصد أيضا بأن الحق ثابت أيضا للبائع فكيف يسقط باسقاط المشتري.

و يرد عليه: ان ثبوت حق للبائع لا يقتضى عدم سقوط حق المشتري باسقاطه

دراساتنا من الفقه الجعفرى، ج ٤، ص: ٤٧٧

...

فان حق المشتري يسقط و حق البائع يبقى، الا أن يقال بأن الحق واحد قائم بكليهما، و الظاهر ان هذا فاسد، و لذا يمكن التكليف بأن يكون الحق ثابتا للمشتري فقط كما تقدم. مضافا الى ان حق المشتري عباره عن حق التأخير على البائع و من طرف البائع يكون له حق التأخير على المشتري فكيف يكون واحدا.

نعم كما أفاد فى جامع المقاصد لو نذر التأجيل لا يسقط بالاسقاط و لا

بالتقابل اذ التقابل في العقود لا- في النذور. و ان شئت قلت: ان الثابت في النذر حكم شرعي ثابت من قبل الشارع، و الحكم الشرعي لا يسقط بالاسقاط، و لذا يقال يجب عليه التأخير، و في مورد الحق يقال يجوز له التأخير.

(و منها) ما عن العلامة في التذكرة بأن الاجل صفة تابعه كالجوده بالنسبه الى الحنطه.

و يرد عليه: انه فرق بين التوصيف و الشرط، فان الاول غير قابل للإسقاط و أما الشرط فهو قابل له كما هو ظاهر، و لذا لو باع منا من الحنطه على نحو الاطلاق و يشترط أن يدفعها من الجيد يجوز اسقاط الشرط. و ملخص الكلام:

انه تاره يكون القيد قيذا لنفس المبيع و أخرى لا يكون كذلك، و المقام من الثاني.

(و منها) ما أفاده الشيخ من أن مرجع التأجيل الى اسقاط حق المطالبه و الساقط لا يعود، نظير اشتراط التبري من العيوب في البيع.

و يرد عليه: أولا ان حق المطالبه ليس حقا بل حكم شرعي غير قابل للإسقاط و ثانيا انه يلزم أن لا يسقط بالاقاله أيضا، و ثالثا ما أفاده فاسد من أصله فان اشتراط التأجيل احداث حق لا اسقاط للحق. و مما ذكرناه ظهر أنه لا وجه للاستناد الى

دراساتنا من الفقه الجعفري، ج ٤، ص: ٤٧٨

قوله: اذا كان الثمن بل كل دين حالا او حل و جب على مالكة قبوله عند دفعه اليه (١).

أن الدين موصوف بالتأجيل و المؤجل لا ينطبق على الحال، فانه قد مر بأنه لا معنى له.

[إذا كان الثمن بل كل دين حالا أو حل و جب على مالكة قبوله عند دفعه إليه]

أقول: انه ذكر في وجهه وجوه:

(الاول) ان امتناع المالك عن الاخذ ظلم على الدائن، اذ لا حق له في ذمته فلا يجوز له اشتغال ذمته بلا حق.

ان قلت: كيف يكون ظلما

و الحال أنه يمكنه الدفع الى الحاكم.

قلت: انما يدفع الى الحاكم كى يرتفع هذا الظلم فكيف يمكن الدفع اليه رافعا للظلم. و ليعلم أولا انه انما يجرى هذا الكلام لو قلنا بأنه يشترط فى براءه الذمه التخليه بين المال و ماله، و اما لو قلنا بأنه يحصل القبض بالتخليه أو قلنا بأنه و ان لم يحصل القبض بها لكن يكفى فى الاداء الواجب التخليه لا- تصل النوبه الى الابحاث الآتية. و الحق أنه يحصل بها، فان اختيار تعيين الكلى فى الفرد بيد المديون، و بالتخليه يصدق انه أدى ما فى الذمه كما يصدق الاداء بالتخليه فى العين الخارجيه، و أما لو قلنا بأنه لا يحصل الا بالقبض فيقع الكلام فى الفروع التاليه:

الاول: انه يجب القبول و يجب القبض أم لا؟ مقتضى أصاله البراءه عدم الوجوب، و كون عدم القبول ظلما لا نفهم معناه. نعم يمكن أن يكون عدم القبول ايداء للدائن، و حرمة الايداء بهذا المعنى أول الكلام، فانه يتأذى من بقاء الدين فى ذمته و لا يرتبط بالدائن. مضافا الى أنه يمكن أن يكون القبض أذيه للمالك.

دراساتنا من الفقه الجعفرى، ج ٤، ص: ٤٧٩

...

و أما ما أفاده من انه اضرار، فيرد عليه بأنه كيف يكون ضررا عليه الامن باب أن عدم السلطنه على النفس بنفسه ضرر، و هذا معارض بكون عدم السلطنه للمالك على نفسه ضررا عليه، فيقع التعارض بين الضررين. مضافا الى أن دليل نفي الضرر ليس فى شأنه اثبات شىء، فان غايته أن ينفى وجوب الامسك و أما وجوب القبض بالنسبه الى المالك فبأى وجه نلتزم به، و قياس المقام بمقام أمر النبى بقلع الشجره مع الفارق، اذ دخول سمره كان اضرارا بالانصارى

و مع الاضرار لا يكون له حق فى الدخول لحديث نفي الضرر، و أما قلع الشجره فمن باب الولاية. و اما فى المقام فعدم جواز الامساک عن القبول أول الكلام، أضف الى ذلك أن حديث نفي الضرر لا يدل الا على الحرمة التكليفية كما بيناه فى البحث.

و اما الاستناد للوجوب بقوله تعالى «أَوْفُوا بِالْعُقُودِ» بتقريب الوفاء بالعقد واجب و من شئون الوفاء قبول الدين. فيرد عليه: ان مفاد الایه ليس الا الوضع أى عدم الانفساخ بالفسخ، مضافا الى أن القبول من شئون الوفاء أول الكلام.

و ربما يتمسك بالإجماع فى المقام لوجوب القبول. و يرد عليه: انه كيف يمكن تحقق اجماع تعبدى مع وجود ما يمكن أن يتمسك به من الوجوه المذكوره الا أن يقال بأن الامر متسالم عليه بينهم.

و الحق أن يقال: انه لا يبعد أن يكون الوجه فى الوجوب الشرط الارتكازى فانه يفهم من العرف هذا المعنى، فان من يتصدى للمعامله يلتزم بلوازمه فيجرى العقد على هذا المنوال و على تقدير الالتزام باللوازم.

ثم لو قلنا بأنه يجب عليه القبول فان قبل فهو و ان لم يقبل و صبر المديون فكذلك، و ان لم يرض بالبقاء فالذى يختلج بالبال أن الحاكم يجبره بالقبض

دراساتنا من الفقه الجعفرى، ج ٤، ص: ٤٨٠

...

بل يجوز لكل مكلف اجباره حتى للمديون، اذ المفروض أن القبض واجب و الامر بالمعروف واجب على كل مكلف و لا يختص بالحاكم.

و مع فرض امكان الاجبار على القبض لا- تصل النوبه الى قبض الحاكم، بتقريب ان السلطان ولى الممتنع، فان ولاية الحاكم لم تثبت عندنا، مضافا الى أنه مع فرض امكان الاجبار و حصول القبض لا يصدق الامتناع، و لو لم يكن الاجبار تصل النوبه الى

قبض الحاكم، و مع عدمه تصل النوبه الى عدول المؤمنين ثم الى فساقهم و الا يبقى فى ذمه المديون كبقية ديونه.

و نسب الى جمله من الاعلام تعيين العزل و كون الضمان على الدائن مع امكان الدفع الى الحاكم، و يمكن أن يكون الوجه فيه أن البقاء فى ذمته ضرر و مقتضى نفى الضرر تعينه بتعيين المديون.

و يرد عليه: انه مع امكان الاجبار يلزم الاجبار و مع عدم امكانه يكون قبض الحاكم بدلا عن قبضه، مضافا الى أن حديث لا ضرر لا يقتضى صحه شىء، مثلا لو كان الصبر ضررا على المرأه لا يقتضى نفى الضرر صحه الطلاق و جعل الامر بيد المرأه.

و مما ذكر علم ضعف القول الاخر، و هو تعيين الدفع الى الحاكم، فانه ما دام ممكنا أن يحصل القبض من المالك لا تصل النوبه الى الحاكم. و أيضا علم بما ذكرنا أن ما أفاده المصنف من تعيين الاجبار أولا ثم الدفع الى الحاكم ثم العزل غير سديد، فان مع عدم امكان الدفع الى الحاكم تصل النوبه الى غيره و مع عدم امكانه لا وجه للعزل، فان تعيين الدين بالعزل لا دليل عليه. و أيضا علم أن التخيير بلا وجه، كما أنه علم ضعف تعيين الاجبار ثم التخيير بين العزل و الدفع الى الحاكم.

دراساتنا من الفقه الجعفرى، ج ٤، ص: ٤٨١

قوله: مسأله لا خلاف على الظاهر من الحدائق المصرح به فى غيره عدم جواز تأجيل الثمن الحال بل مطلق الدين بأزيد منه (١).

ثم انه لو قلنا بجواز العزل و تعيين الدين فيه، فلا معنى لان يقال: بأنه باق فى ملك المديون، و لكن يكون متعلقا لحق الدائن، فانه جمع بين المتنافيين.

ثم انه لو قلنا بجواز

العزل و تعين الكلى فى المعزول، فهل يسرى هذا الحكم الى ما يأخذه الظالم من المال المشترك بقصد أخذ حصه الشريك فقط و فيما لو طلب من الشريك دفع حصه شريكه بالخصوص، بتقريب أن الاختصاص مقتضى قاعده نفي الضرر عن المالك و توجه الضرر الى خصوص من قصد أخذ حصته أولا سبيل الى اسرائه الى ذلك المقام؟ الظاهر هو الثانى، أما الفرع الاول فواضح فان توجيه الضرر على أحد الشريكين مع كون المال مشاعا بلا وجه و الا يلزم أنه لو كان له مال فى ذمه شخص الغاصب طلب دفع ذلك المال فهل يمكن الالتزام ببراءه الغرر كلا، و أما الفرع الثانى فغايه ما فى الباب أن يقال: ان المالك يتضرر فيكون له ولايه التقسيم و تعيين حصه الشريك فى المغصوب. و يرد بأن الضرر متوجه الى الشريك الاخر و قاعده نفي الضرر متساويه بالنسبه الى كليهما.

[مسأله لا خلاف على الظاهر من الحدائق المصرح به فى غيره عدم جواز تأجيل الثمن الحال بل مطلق الدين بأزيد منه]

أقول: اذ يكون مصداقا للربا، فان العرف لا يفرق بين جعل الزيادة للمده من أول أزمته الدين و بين جعله بعد تحقق الدين، بل الامر مستقر على الثانى و نقول: بأن الظاهر من بعض التفاسير أن صدق الربا على ذلك بلا شبهه بل بمقتضى روايه عن ابن عباس فى تفسير مجمع البيان ان مورد نزول الايه آيه الربا هذا، فانهم كانوا يقولون بأنه لا بأس بأخذ شىء فى مقابل التأجيل بعد تحقق الدين بدعوى أنه مثل البيع، فنزل قوله تعالى «أَحَلَّ اللَّهُ الْبَيْعَ وَ حَرَّمَ الرِّبَا».

دراساتنا من الفقه الجعفرى، ج ٤، ص: ٤٨٢

قوله: مسأله اذا ابتاع عينا شخصيه بئمن مؤجل جاز بيعه من بايعه و غيره قبل حلول الاجل و بعده بجنس الثمن و غيره مساويا له أو زائدا

عليه أو ناقصا حالاً أو مؤجلاً الا اذا اشترط أحد المتبايعين على صاحبه في البيع الاول قبوله منه بمعامله ثانيه (١).

بل يدل على المطلوب ما رواه «١» الحلبي عن أبي عبد الله عليه السلام، فان المستفاد من الروايه أن جعل الزيادة في مقابل التأجيل بقاء داخل في الربا ولا يجوز، و يدل على المقصود.

و أيضا يدل على المطلوب ما ورد «٢» من الروايات الداله على الحيل الشرعيه لأخذ شىء لغايه التأجيل، فانه لو كان جائزا لم يكن محتاجا الى الحيله، بل مقتضى الجواز جعله بنفسه و بلا تشبث بحيله شرعيه. و يدل عليه ما ورد «٣» في باب الدين مما يدل على جواز أخذ شىء لتمديد المده في الدين ما لم يكن بصوره الشرط.

اعلم أنه ظهر مما تقدم أن جعل الزيادة في مقابل الاجل حرام و لو بنحو الصلح، و أيضا علم اذا اشترط التأجيل في ضمن عقد لازم لا- يكون حراما، و أيضا ظهر مما مر أنه يجوز تعجيل المؤجل بالنقد عكس ما يكون موردا للكلام، أضف الى ذلك أن المستفاد من القاعده أيضا الجواز.

[مسأله إذا ابتاع عينا شخصيه بثمان مؤجل جاز بيعه من بايعه و غيره قبل حلول الأجل و بعده]

أقول: ان الحكم في مورد الاستثناء مورد اتفاق الا- من بعض كالشيخ في بعض فروع المسأله، و ما ذهب اليه المشهور موافق للقواعد الاوليه، فانه

(١) الوسائل الجزء ١٢ الباب ٧ من ابواب أحكام الصلح، الحديث ١.

(٢) الوسائل الجزء ١٢ الباب ٩ من ابواب أحكام العقود.

(٣) الوسائل، الباب ١٩ من ابواب الدين و القرض.

دراساتنا من الفقه الجعفري، ج ٤، ص: ٤٨٣

...

لا مقتضى للبطلان. و يدل على الحكم الاطلاق الوارد في روايه بشار بن يسار و غيرها.

و نقل عن الشيخ قدس سره المنع عن البيع بعد حلول الاجل بجنس الثمن الا

إذا كان مساويا لا زائدا و لا ناقصا، و ما يمكن أن يستدل به لهذا القول روايتان:

الاولى: ما رواه خالد بن الحجاج، و هذه الروايه لا دلالة فيها على مذهب الشيخ و الشيخ حملها على ما رام، مضافا الى أن قوله عليه السلام فى ذيل الروايه «فانه لا خير فيه» ظاهر فى الارشاد.

الثانيه: ما رواه عبد الصمد، و هذه الروايه نقلت بسندين: أحدهما بسند الصدوق الى عبد الصمد بن بشير و هو ضعيف، ثانيهما بسند الشيخ عن الحسين ابن سعيد و فيه قاسم بن محمد و لا يبعد أن يكون المراد منه هو الجوهري و هو مشترك، و قال ابن داود ان الذى ينقل عنه حسين بن سعيد ثقته، و صاحب الوسائل يقول ان تأخذ التوثيق ضعيف و توثيق ابن داود لا يترتب عليه الاثر فانه حسن على بن داود تلميذ العلامة.

و حكى عن بعض أن هذه الروايه لا- تدل على مذهب الشيخ بوجه، و لا يبعد أن يكون كذلك، فان المتفاهم من الروايه أن الطعام ترقى و البائع يريد أن يأخذ الطعام بقيمه يوم الاثراء و الاخر يريد أن يعطيه بسعر يوم الدفع و الامام عليه السلام يقول: خذ بسعر يومه و الا فاصبر حتى يبيع، و حيث ان الروايه ضعيفه لإرسالها.

ثم ان الشيخ الطوسى أفاد على ما نقل عنه بأنه لو باع طعاما بعشره مؤجله فلما حل الاجل أخذ بها طعاما جاز اذا أخذها أعطاه، فان أخذ اكثر لم

دراساتنا من الفقه الجعفرى، ج ٤، ص: ٤٨٤

...

يجز، و الظاهر أنه قدس سره استند ما أفناه بقاعده كليه مستفاده من بعض الروايات بأن عوض الشىء الربوى لا يجوز تبديله بذلك الشىء بزياده، و ان عوض العوض

بمنزله العوض فاشترى طعاما بدراهم لا يجوز بيع الطعام بخمسه دراهم، كما أنه لو باع الطعام بدراهم لا يجوز أن يأخذ بتلك الدراهم طعاما أزيد و إلا يلزم الربا، و الاصل فيه ما رواه علي بن جعفر عن أخيه، فانه يستفاد من هذه الروايه أنه لو اشترى طعاما بدراهم لا يجوز بيع ذلك الطعام بالدراهم، فان الطعام يصير في حكم الدراهم فيلزم تبديل الدرهم بالدراهم.

و يرد عليه: أولا ان مقتضى هذه الروايه عدم الجواز مطلقا حتى مع التساوى و ثانيا يعارضه ما رواه علي بن جعفر عن أخيه أيضا، و الترجيح مع روايه الجواز لكونه موافقا للكتاب، و على تقدير التساوت المرجح أدله صحة البيع.

(و أما الفرع الثانى) و هو عدم الجواز فى المستثنى فقد استدلل بروايتين:

الاولى: ما رواه حسين بن منذر، و هذه الروايه ساقطه سندا بحسين بن منذر حيث أنه لم يوثق.

الثانية: ما رواه علي بن جعفر، و هذه الروايه معتبره حيث أنها نقلت عن كتابه، و أما من حيث الدلاله فالظاهر منها فساد البيع مع الشرط، فالحق فساد العقد مع الشرط و مقتضى اطلاق الروايه عدم الفرق بين أن يكون الشرط من طرف البائع و بين أن يكون من طرف المشتري، و قد أفتى سيدنا الاستاذ فى منهاجه على هذا النحو.

و فى المقام شبهه، و هى أن هذا الشرط يستلزم الدور، و تقريبه: ان تحقق البيع يتوقف على الشرط و الحال أن الشرط لا يتحقق الا مع البيع. و ان شئت

دراساتنا من الفقه الجعفرى، ج ٤، ص: ٤٨٥

قوله: القول فى القبض (١).

قلت: يتوقف البيع الاول على البيع الثانى لتوقف المشروط على شرطه، و الحال أن البيع الثانى لا يتحقق الا مع تحقق البيع

الأول.

و الجواب: ان الشرط عباره عن الالتزام بالبيع الثانى فلا دور و الا يلزم سد باب الشرط، و هو كما ترى. و انتقض بما شرط عليه بيعه من غير البائع، ورد بأنه لا بد من فرض الصحة فى حد نفسه مع قطع النظر عن الشروط، و فى مورد النقض يجوز ذلك بنحو التوكيل أو الفضولى، و أما بالنسبه الى نفس المالك فلا يتصور البيع و لذا انتقض بالرهن لثمن المبيع و بالوقف على البائع.

و أيضا أورد على هذا الشرط بأنه يستلزم عدم القصد. و يرد عليه: أولا يلزم الفساد فيما لو كان من قصدهما هذا المعنى بلا اشتراط فانه جائز قطعاً، و ثانيا انه لا منافاه بين القصد و الشرط فلاحظ، فالعمده النص لا الوجهان الآخران من الدور و عدم القصد.

[القول فى القبض]

اشاره

أقول: اعلم أنه يقع الكلام فى القبض تاره فى معناه و أخرى فى أحكامه

[فى معنى القبض]

فيقع البحث فى موردين:

(الأول) فى حقيقته، الظاهر أن القبض بمعنى الاخذ، و هو المعنى الذى يساوق لفظ «گرفت» فى الفارسيه، و يختلف صدقه بحسب مصاديقه: فتاره يصدق بالاخذ بالكف، و أخرى بنقله، و ثالثه بأخذ ما يتعلق به كالأخذ بلجام الفرس مثلا أو أخذ مفتاح الدار. و ملخص الكلام ان القبض معنى عرفى واضح لديهم.

نعم يمكن التشكيك فى بعض مصاديقه، لكن لا يخفى أنه ربما يترتب بعض الاحكام على أمر و ان لم يصدق عليه القبض، كرفع الضمان المترتب

دراساتنا من الفقه الجعفرى، ج ٤، ص: ٤٨٦

...

على التخليه، فان الغاصب لو خلى بين المال و صاحبه يسقط ضمانه و ان لم يصدق عليه القبض، اذ المعتبر فى جمله من الموارد عنوان الاداء و الايصال الى من بيده الامر كالمالك، و من الظاهر أنه يحصل هذا المعنى و ان لم يكن قبضا.

ثم ان المصنف قدس سره أفاد بأن الاقباض فعل البائع و القبض فعل المشتري، فكل حكم يترتب على فعل البائع يحكم ترتيبه على فعله، و كلما يترتب على فعل المشتري لا يحكم ترتيبه الا بعد حصول ما يكون فعلا للمشتري، و استنتج من كلامه أن ما يستفاد من النبوى «١» كل مبيع تلف قبل قبضه من مال بايعه ان الضمان لا يرتفع الا بعد ما كان من فعل المشتري، و استفاد من

«٢» روايه عقبه بن خالد- و هذه الروايه ضعيفه بمحمد بن عبد الله بن هلال- ان الحكم يترتب على فعل البائع.

و الحق أن التفكيك لا معنى له، فان القبض بالنسبه الى الاقباض نسبه الوجود بالنسبه الى الایجاد، و الفرق بين الامرین

بالاعتبار. نعم كما ذكرنا يمكن أن يترتب حكم على فعل البائع. فانقذح بما ذكرنا أن القبض لا يحصل الا بفعل المشتري، و الروايه لا يعول عليها لضعف سندها.

ثم انه هل يكون القبض فى الكيل و الوزن أن يكال أو يوزن، و ربما يقال بأن القبض فيهما الكيل و الوزن، و المنشأ لهذا القول جملة من الروايات «٣».

و يمكن تقريب المدعى بأحد وجهين:

أحدهما- ان هذه النصوص تدل على اعتبار الكيل و الوزن فى البيع،

(١) المستدرک الباب ٩ من أبواب الخيار، الحديث ١.

(٢) الوسائل، الجزء ١٢ الباب ١٠ من أبواب الخيار، الحديث ١.

(٣) الوسائل، الجزء ١٢ الباب ١٦ من أحكام العقود، الحديث ١ و ٢ و ٣ و ٤.

دراساتنا من الفقه الجعفرى، ج ٤، ص: ٤٨٧

...

و من الظاهر أنه ليس بلحاظ اعتبارهما فى صحه البيع، و الا- لم يكن وجه للتفرقه بين التولية و غيرها، و حيث أن الاجماع قائم على الجواز بعد القبض يعلم أن الكيل و الوزن عباره عن القبض. و هذا التقريب واضح الفساد، فان الظاهر من هذه النصوص أن الشرط فى صحه بيع المكييل و الموزون أن يكال و يوزن اذا كان قبل القبض الا- أن يكون البيع توليه فنلتزم بفساد البيع فى المكييل و الموزون اذا لم يقبض و لم يكال و لم يزن الا- بنحو التولية، و أما لو وزن أو كيل يصح البيع لكن لا يترتب عليه آثار القبض.

و أفتى سيدنا الاستاذ دام ظلّه بهذا النحو فى منهاجه فى فصل التسليم و القبض فى المسأله الخامسه، قال: من اشترى شيئاً و لم يقبضه فان كان مما لا يكال و لا يوزن جاز بيعه قبل قبضه، و كذا اذا كان مما يكال

أو يوزن و كان البيع برأس المال، و أما لو كان بريح ففيه قولان أظهرهما المنع.

سيجيء عنوان المسألة مستقلاً و نقول هناك بأن الظاهر من الروايات أن اعتبار الكيل و الوزن بلحاظ القبض، و بعبارة أخرى ندعى أن الاستفادة من الروايات أن الكيل و الوزن مقدمه للقبض لا أن الكيل و الوزن لهما خصوصيه و موضوعيه.

فانتظر.

ثم ان اشتراط الكيل و الوزن في صحة البيع في المكيل و الموزون قبل القبض يكون بنحو الموضوعيه، بحيث لو علم المقدر يكون شرطاً أيضاً أو يكون بنحو الطريقيه؟ أفاد الشيخ قدس سره ليس في كلام الاصحاب تعرض لهذه الصوره، كما أن النص ليس فيه تعرض لها.

و يرد عليه: أنه يكفي للتعرض الاطلاق، فان الاستفادة من خبر ابن وهب و أمثاله أنه لو اشترى طعاماً لا يجوز بيعه قبل القبض الا بعد الكيل أو الوزن،

دراساتنا من الفقه الجعفري، ج ٤، ص: ٤٨٨

قوله: القول في وجوب القبض (١).

و مقتضى الاطلاق عدم الفرق.

[القول في وجوب القبض]

اشاره

أقول: يجب على كل من المتعاملين تسليم ما استحقه الآخر، و ذلك لاقتضاء العقد، بتقريب: ان العقد يقتضى تملك منهما ما انتقل اليه و يجب على أحد تسليم مملوك الغير فان الناس مسلطون على أموالهم فلا يجوز حبس مال الغير بلا رضاه.

و يمكن الاستدلال للمدعى بدليل وجوب العمل بالشرط، فان بناء العقلاء على تسليم ما يقع عليه العقد. و بعبارة أخرى: الاقباض شرط ضمنى ارتكازي، فأصل وجوب الاقباض مما لا اشكال فيه. و عليه لو امتنع كل منهما عن الاقباض يجوز اجباره لا من باب وجوب الامر بالمعروف بل من باب أنه غاصب و حبس حق الغير فيجوز أن ينوب عنه الحاكم اذ هو ولي الممتنع، انما الكلام في أنه

هل يجب التقابض من الجانبين أو يجب الاقباض أولاً- من البائع. ربما يقال بأنه يجب عليه، إذ الثمن تابع للمبيع، ولأن اطلاق العقد ينصرف اليه، ولأنه إنما يستقر البيع باقباض المبيع، فإن المبيع لو تلف قبل القبض يكون من مال البائع.

و هذه الوجوه مخدوشه، إذ لم يعلم المراد من التبعية، فإن كل واحد من المبيع و الثمن عوض للآخر، و أما الانصراف فلا موضوع له، إذ العقد لا يدل على التسليم بل يدل على الملكيه. و أما تقييح العقلاء يكون من الطرفين، فإن مطالبه كل منهما حقه بدون تسليم ما عليه مورد تقييح العقلاء. و أما التلف قبل القبض فهو حكم تعبدى شرعى و لا يرتبط بمفاد العقد، فإن الملكيه تتحقق بالعقد، كما أنه لا وجه لما نسب الى بعض من وجوب التسليم على المشتري اولاً، إذ لا فرق بين البائع و المشتري.

و ما يقال: من أن الثمن كلى و لا يتعين حق البائع قبل التسليم.

دراساتنا من الفقه الجعفرى، ج ٤، ص: ٤٨٩

...

فالجواب عنه: أولاً يرد النقض بما لو كان المبيع كلياً، و ثانياً يمكن التعيين بلا تسليم خارجى، فانه باذن البائع بعينه، فهذا الوجه غير سديد.

و ربما يقال: بأن التسليم من طرف البائع قبل تسليم المشتري يوجب فوات حقه من الخيار.

و يرد عليه: أولاً ان الحق لا يفوت، إذ الخيار يثبت بعد تسليم الثمن.

و ثانياً فوات الحق لا يقتضى الامساک من قبل البائع، فالحق أنه يجب التقابض كما عليه المشهور بلا تقدم أحدهما على الآخر. و عليه يكون مقتضى القاعده اجبارهما على التسليم.

و ربما يقال: بأنه لو امتنعا معا لا يجبران، لان الشرط الضمنى التسليم و الدفع عند دفع الآخر.

و يرد عليه: أنه

تاره يكون الامتناع من كلا الجانبين مطلقا، و أخرى يكون امتناع أحدهما لأجل امتناع الاخر، أما على الاول فيجوز اجبار كليهما على التسليم، لانه المفروض أنه حبس مال الغير و لا- يجوز ذلك، و على الثانى لو امتنع أحدهما لأجل امتناع الاخر فلا يكون الامتناع متحققا من الطرفين، اذ المفروض أن امتناع أحدهما لأجل امتناع الاخر، و ليس مفاد الشرط الامساک حتى فى هذه الصورة. فانقدح بما ذكرنا أنه يجب على كل منهما الدفع و يترتب عليه أنه يجبر الممتنع بلا فرق بين البائع و المشتري.

و أما لو امتنع أحدهما فهل يجب على الاخر الدفع؟ ربما يقال بأنه يجب، اذ عصيان أحد لا يقتضى جواز ظلم من الاخر. لكنه يقال: ليس الامر كذلك، فان بناء العقلاء على خلافه، و الشارع أمضى ما عليه العقلاء.

و يمكن أن يوجه بأن مقتضى الشرط الضمنى أن يكون العين أمانه عند كل

دراساتنا من الفقه الجعفرى، ج ٤، ص: ٤٩٠

قوله: مسأله يجب على البائع تفرغ المبيع من أمواله مطلقا و من غيرها فى الجملة (١).

واحد منهما الى زمان تسليم العوض، و هذا الشرط جائز و يلزم بمقتضى «أَوْفُوا بِالْعُقُودِ».

هذا كله فى المعجل، و أما لو كان أحد العوضين مؤجلا فلا اشكال فى وجوب تسلم من الطرف الاخر، فلو لم يسلم الى زمان حلول اجل الاخر فهل يجوز له الامساک أم لا-؟ قال فى التذكرة: ليس له الامساک، و أفاد الشيخ بأن وجهه يمكن أن يكون لأجل أن الشرط التسليم المطلق، لكن لا يبعد أن يكون له الحبس فان مقتضى الارتكاز العقلانى ذلك، فلا يبعد أن يقال: ان حق الحبس فى مقابل الحبس عن غير حق.

ثم انه لو قبض العين بغير حق فلا

اشكال فى أن الطرف له أن یرده، اذ المفروض أن قبضه عن غیر حق، و هل یصح تصرفه فیه؟ أما التصرف المتوقف على القبض فلا یكون بلا اشكال، و أما غیره فعلى القاعده لا مانع من صحته، و قاعده نفي الضرر متساويه بالنسبه الى الطرفين، مضافا الى ما فیهما من الاشكال.

و لو فرض التسليم من أحد الطرفين تبرعا أجبر الآخر على التسليم بلا كلام.

و هل یحجر عن التصرف فیما عنده؟ الظاهر أنه لا فرق بین هذه الصوره و صوره قبض ماله بلا اذن من الطرف لوحده الملاك. فلاحظ.

[مسأله یجب على البائع تفریغ المبیع من أمواله مطلقا و من غیرها فى الجملة]

أقول، ان الوجوب لا- اشكال فیه، غایه الامر وقع الكلام بینهم فى أن هذا الوجوب نفسى أو شرطى، فان بعض عبائهم یوهم الثانى حیث یقولون یجب التسليم مفرغا. و الظاهر هو الوجوب النفسى، و یدل على المدعى ما مر فى وجوب التسليم، فان اشغال مملوك الغير خلاف السلطنه.

دراساتنا من الفقه الجعفرى، ج ۴، ص: ۴۹۱

...

و یمکن أن یشکل: بأن الاشغال الفعلی خلاف السلطنه و أما لو كان مشغولا من السابق فلا یقتضى هذا الوجه للإفراغ، فالاولی أن یتمسك بدلیل آخر، و هو أن الشرط المضمّر یقتضى وجوب الافراغ.

ثم انه لو لم یفرغ البائع المبیع اما لعدم امكانه أو لعصیانه فهل یتبث الخيار للمشتري أم لا؟ أفاد الشیخ قدس سره بأنه لو كان جاهلا و كان متضررا یتبث له الخيار، و الظاهر أنه قدس سره ناظر الى حدیث نفي الضرر.

و یرد علیه: انه یكفى لثبوت الخيار تخلف الشرط، مضافا الى أن حدیث نفي الضرر مخدوش كما بیناه فى محله.

ثم انه لو لم یفرغ و مضت مده وفات بعض المنافع فان كان بتقصیر من البائع یكون علیه الضمان، اذ المفروض

أنه يجب عليه الافراغ و ليس له حق الاشغال فأتلف مال الغير، و اما ان لم يكن مقصرا فربما يشكل الحكم بالضمان، اذ المفروض أنه غير مقصر، الا أن يقال: بأن الارتكاز العقلاني يقتضى ضمانه، كما أنه يمكن أن يقال: بأن مقتضى الشرط المضمّر ثبوت الضمان.

و مما ذكرنا علم أنه لو كان فى الارض زرع قد أحصد وجبت ازالته، و أما لو لم يحصد فأفاد الشيخ قدس سره بأنه يجب على المشتري الصبر للزوم الضرر على البائع، و أما ضرر المشتري فينجبر بالخيار كما لو كان المبيع مستأجره.

و يرد عليه: مضافا الى أن حديث الضرر لا يستفاد منه هذا المعنى على مسلكنا و مضافا الى أنه خلاف الامتتان بالنسبه الى المشتري على مسلك الاستاذ:

ان الخيار و ان كان ثابتا للمشتري لكن نفس هذا المعنى ضرر بالنسبه اليه، فان عدم سلطنه الانسان على ماله ضرر بنفسه، و قياس المقام بباب الاجاره مع الفارق

دراساتنا من الفقه الجعفرى، ج ٤، ص: ٤٩٢

...

اذ فى ذلك المقام انتقلت العين الى المشتري مسلوبه المنفعه، و غايه ما يترتب عليه الخيار بلحاظ الشرط المضمّر، و المقام ليس كذلك كما هو واضح.

نعم لو كان المشتري عالما بالحال ليس له القلع، و لكن يمكن أن يقال:

ان فى هذه الصوره ليس له الارش أيضا، كما فى مورد الاجاره، فالامر دائر بين جواز القلع و عدم جوازه بلا أخذ الاجره فلاحظ.

و احتمال الشيخ تخيير المشتري بين الابقاء مع الاجره و الفسخ لتقدم ضرر البائع، و يمكن أن يكون الوجه فى التقديم أن ضرر المشتري يتدارك بالخيار.

و لكن يرد عليه: ان ضرر البائع يتدارك بالارش فما الوجه فى التقديم، كما أنه لا وجه لتقديم اكثر ضررا، فان الحديث

على تقدير تماميه دلالتة لا يستفاد منه الا نفى الحكم الضررى، و مع التعارض لا يشمل لعدم امكان شموله، و أما تقديم الاكثر ضررا فليس عليه دليل. فانقدح انه لو أغمضنا عما ذكرناه لا يكون ما أفاده تاما كما ذكرنا.

ثم انه لو احتاج تفرغ الارض الى هدم شىء هدم باذن المشتري و عليه طم ما يطم برضى المالك، و اصلاح ما هدم أو الارش على اختلاف الموارد بأنه لو كان مثليا فيجب الاصلاح و ان كان قيميا يجب الارش.

ثم ان المصنف أفاد: بأن المراد من الارش قيمه الهدم لا-ارش المعيب، و يمكن أن يكون نظره فيما ذكره الى أن الهدم حق للبائع فلا يجب عليه الارش و أما قيمه الهدم فلانه ليس له الهدم مجانا.

و يرد عليه: انه ان قلنا بأن الهدم شرط للبائع كما أنه شرط عليه فلا وجه لقيمه الهدم، و ان قلنا بأنه ليس له الهدم فلا وجه لعدم الارش.

دراساتنا من الفقه الجعفرى، ج ٤، ص: ٤٩٣

قوله: مسأله لو امتنع البائع من التسليم فان كان لحق كما لو امتنع المشتري عن تسليم الثمن فلا اثم (١).

ثم انه لا يخفى أنه وقع الكلام بينهم فى مسأله ما لو هدم الجدار أحد الشريكين بغير اذن صاحبه، بأنه هل يجب الاعاده مطلقا أو الارش كذلك أو التفصيل بين ما لو كان مثليا فالاعاده و بين ما لو كان قيميا فالارش؟ و الحق هو التفصيل، كما هو الميزان الكلى فى باب الضمان من وجوب أداء الاقرب الى التالف.

[مسأله لو امتنع البائع من التسليم فان كان لحق كما لو امتنع المشتري عن تسليم الثمن فلا اثم]

أقول: هذا أمر ظاهر، لكن يقع الكلام فى أنه هل عليه أجره المنافع أم لا-؟ الحق أن يقال: انه لو استوفى المنافع يكون عليه الاجره، فانه لا وجه

للمجانين، و أما فى غير هذه الصورة فالظاهر أنه ليس عليه الاجره، اذ تفويت المنافع فيما لو كان التفويت عن حق لا دليل على ضمانه، مضافا الى أن مقتضى الشرط المضمّر أن يكون الامساك بلا أجره و على المشتري يكون نفقه المبيع.

ثم ان المحقق تعرض بالمناسبه لمسأله نفقه الزوجه فيما لا تمكن نفسها حتى تقبض المهر، و لا اشكال فى سقوط المهر اذا كان عدم التمكين لا عن حق، و أما فيما اذا كان عن حق فلا يبعد أن لا يسقط وجوب النفقه، فان المسقط للوجوب النشوز، و هو لا يتحقق مع الحق. و تحقيق الحال موكول الى محله من كتاب النكاح.

و أفاد الشيخ بأنه يمكن الفرق بين النفقه فى المقامين، بأن يقال: النفقه فى المقام من آثار الملكيه التى هى حاصله، و فى ذلك المقام النفقه من آثار التمكين الذى هو غير حاصل. و لكن يشكل بأن النفقه من آثار الزوجيه الا فيما يكون النشوز محققا، و المفروض انه غير متحقق.

و ربما يقال: بأنه يفصل بين الموسر و المعسر كما احتمله فى جامع المقاصد

دراساتنا من الفقه الجعفرى، ج ٤، ص: ٤٩٤

قوله: الكلام فى أحكام القبض (١).

و المراد من الاعسار و اليسر اما يرجع الى النفقه و اما يرجع الى الثمن، و على كل حال لا وجه للتفصيل بين اليسر و العسر.

هذا كله فيما يكون الامساك عن حق، و أما لو كان عاصبا و عاديا فعليه الاجره و النفقه عليه بمقتضى صحيح «١» ابي ولاد.

ثم انه لو طلب المشتري الانتفاع و هو فى يده، فاذا كان الانتفاع منافيا للاستيثاق فلا يجب على البائع القبول، كما أنه لو طلب منه الاحضار، اذ البائع ليس خادما له فلا

يجب، و أما لو لم يكن كذلك فلا يبعد أن لا يكون واجبا أيضا، فان مقتضى الشرط المضمّر المنع المطلق حتى يقبض الثمن.

[الكلام فى أحكام القبض]

إشارة

أقول من أحكام القبض انتقال الضمان الى القابض بعد القبض، و أما قبله فالضمان على البائع. و لا يخفى أن هذا الحكم على خلاف القاعده الاوليه، و لا بد من اثباته بالدليل، و العمده فيه الاجماع و كون الحكم مسلما عندهم، و لو أغمض عما ذكر يشكل الامر، اذ فى المقام روايتان كلتاها ضعيفه:

الاولى: النبوى «٢» «كل مبيع تلف قبل قبضه فهو من مال بايعه»، و هذه الروايه ضعيفه بالارسال.

الثانيه: ما رواه «٣» محمد بن عبد الله بن هلال عن عقبه بن خالد عن أبى عبد الله عليه السلام، و هذه الروايه أيضا ضعيفه بمحمد بن هلال، فانه لم يوثق. و لكن الظاهر أن أصل الحكم من المسلمات عندهم، و لذا أفتى سيدنا الاستاذ فى منهاجه بهذا النحو، مع أنه دام ظله لا يعبأ بالروايه الضعيفه و لا يرى انجبارها بالعمل

(١) الوسائل، الجزء ١٣ الباب ١٧ من كتاب الاجاره، الحديث ١.

(٢) المستدرک الباب ٨ من أبواب الخيار.

(٣) الوسائل، الجزء ١٢ الباب ١٠ من أبواب الخيار، الحديث ١.

دراساتنا من الفقه الجعفرى، ج ٤، ص: ٤٩٥

...

فأصل الحكم مما لا اشكال فيه، انما الكلام فى أمور:

(الاول) ان هذا الضمان ضمان معاوضه أى يتلف من مال البائع، فان الظاهر من قوله صلى الله عليه و آله «من مال بايعه» و قوله عليه السلام «من مال صاحب المتاع» فى الروايه يدل على أن التالف من مال البائع، فيكون المقصود انفساخ العقد و دخول العين فى ملك البائع و تلفه من كيسه، لكن مقتضى القاعده أن الضروره تتقدر بقدرها

فلا يحكم بالانفساخ الا آنا ما قبل التلف.

(الثانى) ان الظاهر أن هذا حكم شرعى تعبدى و ليس حقا فلا يكون قابلا للإسقاط، و لو شك فى أنه حق قابل للإسقاط أم لا يحكم بعدمه، فان مقتضى الاصل عدم سقوطه الا أن يرجع الى استصحاب بقاء الحكم الكلى الذى لا نقول به، لكن اطلاق الدليل كاف فى المدعى، فان مقتضى صحه البيع و وجوب الوفاء بالعقد بقاءه الا فيما قام الدليل على انفساخه و ارتفاعه.

ثم انه يقع الكلام فى أن هذا الملك حقيقى أو تقديرى، و الحق هو الاول.

ان قلت: هذا ينافى صحه العقد.

قلت: الانفساخ كالفسخ لا ينافى صحه العقد بل يؤكدها، و أما لزوم العقد فمعناه عدم انفساخه بالفسخ، و المفروض ان الانفساخ بحكم الشارع، مضافا الى أنه بعد اقامه الدليل نلتزم بالجواز فى بعض الصور، و الحاصل ان المرجع الدليل.

ان قلت: هذا ينافى التسلط على النفس، فان دخول شىء فى ملك الانسان خلاف سلطانه.

قلت: أولا ينتقض بالارث، و ثانيا ان الشارع ولى الكل و لا معنى لهذا الاشكال.

دراساتنا من الفقه الجعفرى، ج ٤، ص: ٤٩٦

...

ان قلت: هذا خلاف تسلط الناس على أموالهم.

قلت: يظهر الجواب مما سبق، فلاحظ.

ان قلت: هذا ينافى قاعده الخراج بالضمان، فانه كيف يمكن أن يكون الضمان على البائع و الحال ان الخراج للمشتري.

قلت: أولا ان هذه القاعده ليست تحته شىء لا سندا و لا دلاله، مضافا الى أن التخصيص اذا كان عن دليل فلا يتوجه به شىء كما هو ظاهر، و هل يكون أثر بين القولين أم لا؟ الحق هو الاول، فانه لو قلنا بالتلف الحقيقى يكون المال داخلا فى ملك من تلف العين فى ملكه، فيترتب عليه أحكامه أعم من أن

يكون نفعاً أو ضرراً.

ثم انه هل يلحق بالتلف الحقيقي التلف الحكمي- وهو تعذر الوصول- كما لو سرق على وجه لا- يرجى عوده أم لا-؟ اختار الشيخ قدس سره الاول، و عليه حمل روايه عقبه بن خالد. لكن الحق أن الجزم بما ذكره قدس سره مشكل، فانه كيف يمكن صدق التلف على ما لا يكون تالفاً، و عليه شمول الحكم له في غايه الاشكال.

ان قلت: ان لم يكن ما ذكر ملحقا بالتالف فبأى وجه نلتزم بضمان من أتلف مال الغير بهذا النحو، بأن ألقى دره زيد في البحر و لا يرجى وصولها، و قاعده بدل الحيلولة ليس عليها دليل.

قلت: انما نلتزم بالضمان من باب حكم العقلاء الذي هو المرجع في باب الضمانات.

ثم هل يترتب أحكام القبض على القبض غير الشرعي كما لو قبضه المشتري بدون رضی المالك؟ الظاهر أنه يترتب لصدق القبض و لو كان حراماً، و أما

دراساتنا من الفقه الجعفري، ج ٤، ص: ٤٩٧

...

الكيل فلو قلنا بأن المستفاد من الدليل ان القبض مشروط بهما لا- يترتب الاثر بدونهما، و ذلك لأنه يستفاد من الدليل أن الموضوع للحكم فرد خاص منه.

و مما ذكر يظهر الحال في التخليه و النقل و وضع المشتري يده على المال، فانه لو صدق القبض عرفاً و لم يشترط فيه شىء شرعاً يترتب عليه الاثر و الا فلا.

هذا تمام الكلام في التلف، و اما الكلام في الاتلاف فيقع في ثلاثه موارد:

(المورد الاول) في اتلاف البائع، و الاقوال فيه ثلاثه، فعن المبسوط و التحرير و الشرائع أنه بحكم التلف لشمول النقص و اطلاقه.

و يرد عليه: أن التلف منصرف الى التلف القهري و لا يشمل الاختيارى، فيعمل على طبق القاعده الاولى من كون المتلف

ضامنا للمثل أو قيمه. نعم للمشتري فسخ العقد، فيكون له العوض المسمى.

هذا فيما يكون الاتلاف عن عمد، و أما لو كان عن غير عمد- كما لو كان نائما و تلف المبيع بوقوع رجله عليه- فهل يكون هذا القسم من الاتلاف خارجا عن منصرف الدليل؟ لا يبعد أن يقال بالانصراف، و لو شك في الانصراف و عدمه فالمرجع اطلاق دليل الضمان بالمثل و قيمه.

و قول بالتخير بين المطالبه بالقيمه و المطالبه بالثمن، و استدل عليه تاره بأن دليل الانفساخ منصرف عن المورد، يكون للمشتري الاخذ بالمثل و قيمه لتحقق سبب الضمان و يكون له الخيار لتعذر التسليم، و أفاد الشيخ بأن هذا هو الاقوى و نسبه الى جملة من الاساطين، و اما لحصول سبب الانفساخ و سبب الضمان فله اختيار أيهما شاء.

و يرد على الوجه الثانى: أنه لا يمكن الجمع بين الامرين حتى يثبت التخير

دراساتنا من الفقه الجعفرى، ج ٤، ص: ٤٩٨

...

فان دليل كل مبيع لو شمل المقام فلا مجال للمثل أو قيمه و ان لم يشمل فلا موضوع للانفساخ.

و يرد على الوجه الاول: ان ما أفيد و ان كان صحيحا لكن الصحيح أن يعبر بأن للمشتري الخيار بين أخذ المثل أو قيمه و بين الاخذ بالخيار و الرجوع بالمسمى، و قول بضمان البائع، اذ الدليل بعد عدم شموله للمقام يكون مقتضى القاعده ضمان المتلف. و هذا هو الصحيح، لكن للمشتري أن يأخذ بالخيار لتعذر التسليم. و اختصاص خيار تعذر التسليم بصوره بقاء العين لا وجه له، اذ هذا الخيار ناش عن الشرط المضمّر، و لا فرق فيه بين بقاء العين و تلفها.

(المورد الثانى) فى اتلاف المشتري. أفاد الشيخ قدس سره بأن الظاهر أنه لا خلاف فى

أن اتلافه بمنزله القبض في سقوط الضمان. و استدل عليه بالإجماع.

و يمكن أن يستدل بالانصراف، و بعد عدم شمول الدليل يعمل على طبق القاعدة الاولى و مقتضاها كون دركها عليه. هذا فيما يكون عالما، و أما ان كان جاهلا- بأن قدم البائع الطعام اليه فأكله- فربما يقال بأنه ليس في حكم الاقباض.

و الحق أن الدليل منصرف عن التلف الاختياري و لا يشمل الدليل فلا وجه للانفساخ، غايه الامر ان كان البائع غارا له يكون قرار الضمان عليه لقاعده الغرور.

و مما ذكرنا علم أن اتلاف المشتري لا- يوجب الانفساخ، أعم من أن يكون اختياريا أو غير اختياري عن علم كان أو عن جهل بعنوان دفع الضرر عن نفسه كان أم لا، ففي جميع الصور يستقر عليه الثمن.

و أما ان كان باتلاف الاجنبي فأفاد الشيخ قدس سره بأنه يجي ء الوجوه الثلاثه، و لو لا شبهه الاجماع على عدم تعيين قيمه لكان مقتضى القاعده تعيينها بعد

دراساتنا من الفقه الجعفري، ج ٤، ص: ٤٩٩

قوله: مسأله تلف الثمن المعين قبل القبض كتلف المبيع المعين (١).

انصراف الدليل عن الاتلاف. و لا يخفى أن هذا الاجماع لا يترتب عليه أثر، فالحق تعيين قيمه بعد الانصراف. نعم للمشتري الاخذ بالخيار لتخلف الشرط.

ثم انه لو اختار المشتري قيمه فيما يكون له ذلك فهل للبائع حبس قيمه كما كان له حبس العين؟ ربما يقال كما في كلام الشيخ: بأن دليل الحبس فهم من العقد و هو مختص بالبدل، و الحق خلافه، فان ما يفهم من الارتكاز العرفي العقلاني أن للبائع أن يمسك العين أو بدلها الى زمان وصول الثمن اليه، فما قواه الشيخ ضعيف.

ثم انه لو قبض المشتري بغير اذن البائع فأتلفه البائع فهل يكون كاسترداد

بأن يكون من التلف قبل القبض أو يكون من الاتلاف بعد القبض؟ الحق أنه يترتب عليه حكم التلف بعد القبض، فيكون البائع ضامنا للقيمة بمقتضى القاعده.

[مسأله تلف الثمن المعين قبل القبض كتلف المبيع المعين]

أقول: ما يمكن أن يقال في وجه الجريان أمور:

(منها) الاجماع. وفيه ما فيه، فانه عبر بلفظ لا خلاف و انه ليس اجماعا، و على تقدير كونه فهو منقول، و على فرض تحصيله يكون مدركيا.

(و منها) «١» خبر عقبه بن خالد فانه قال فيه «فاذا أخرجه من بيته فالمبتاع ضامن لحقه حتى يرد اليه ماله اليه» بناء على عود ضمير لحقه الى البائع.

و يرد عليه: أولا أن الخبر ضعيف سندا بمحمد بن عبد الله، و ثانيا لم يذكر في الخبر أن الثمن شخصي و كلامهم فيما يكون الثمن شخصيا و الروايه مطلقه و ثالثا ان الضمان علق على خروج المبيع من بيت البائع و الحال أنهم لم يشترطوا في تحقيق الضمان هذا الشرط، و رابعا لا دليل على عود ضمير لحقه الى البائع بل يمكن أن يكون عائدا الى المشتري الا أن يكون لفظ «يرد»

(١) الوسائل، الجزء ١٢ الباب ١٠ من أبواب الخيار، الحديث ١.

دراساتنا من الفقه الجعفري، ج ٤، ص: ٥٠٠

قوله: مسأله لو تلف بعض المبيع قبل قبضه (١).

بالتشديد، و أما مع عدمه فيكون المعنى أن البائع ضامن للمبيع قبل الخروج من البيت و بعد الخروج لا يكون ضامنا بل الضامن هو المشتري، فالروايه من جهات عديده قاصره عن الدلاله على المدعى.

(و منها) شمول النبوي، بأن يكون المراد من المبيع أعم من الثمن و المثلث.

و هذا خلاف الظاهر و لم يقم عليه دليل، فان الظاهر من هذه الكلمه هو المبيع.

و الانصاف أن الحكم في الاصل أيضا مشكل، لعدم دليل

قوى فى البين.

و مما ذكرنا علم أن تسريه الحكم الى غير البيع فى غاية الاشكال. نعم فى مورد الاجاره نلتزم بالنتيجه، لكن لا من باب الانفساخ بل من باب انكشاف فساد الاجاره، اذ يكشف أنه لا منفعه كى يملكها المستأجر، و لذا لا فرق فيه بين القبض و عدمه.

[مسأله لو تلف بعض المبيع قبل قبضه]

اشاره

أقول: لو تلف بعض المبيع فان كان مما يقسط عليه الثمن يكون من التلف قبل القبض فيكون من مال البائع لإطلاق الدليل و ان لم يكن مما يقسط عليه الثمن كيد العبد مثلا- يكون كالوصف الموجب للتعيب. و الحق أنه لا- يوجب الانفساخ و لا- يوجب الارش، اما الانفساخ فهو حكم ترتب على المبيع، و من الواضح أن الوصف لا يكون مبيعا، و ان الارش فلا دليل عليه فان الارش بحسب الدليل يختص بالعيب الموجود قبل العقد.

و ربما يقال كما فى كلام الشيخ: بأن المستفاد من الدليل أن العقد يفرض معدوما من هذه الجهه، فان كان التالف تمام المبيع يكون معناه الانفساخ كليا و فى الجزء جزئيا، و ان كان التالف الوصف تكون النتيجه الارش و الخيار.

و فيه: ان الموضوع فى الدليل عنوان المبيع و الوصف لا يكون موردا للبيع.

دراساتنا من الفقه الجعفرى، ج ٤، ص: ٥٠١

قوله: الاقوى من حيث الجمع بين الروايات حرمة بيع المكيل و الموزون قبل قبضه (١).

و ربما يقال: بأنه يثبت الارش بحديث لا ضرر. و فيه ان الحديث مفاده الحكم التكليفى، و ثانيا لا يكون مثبتا للحكم، و ثالثا ان الصبر ضرر على المشتري و أخذ الارش ضرر على البائع و لا وجه للترجيح. فالحق أن يقال: ان العيب اذا كان بآفه سماويه فلا يترتب عليه شىء، و ان كان بفعل أحد

فبمقتضى قاعده الضمان يكون المتلف ضامنا.

و ما فى كلمات الاعلام من أن الارش حكم تعبدى خاص ثابت بدليله فى مورده، لا يمكن المساعدة عليه، فان الضمان أمر عقلاى أمضاه الشارع و الا يلزم أن نلتزم بعدم ضمان من يوجب نقص أموال الناس و لو بلغ ما بلغ.

فالذى تحصل مما ذكر أن العيب الحادث اما بآفه سماويه و اما بفعل أحد، و على الثانى اما بفعل البائع و اما بفعل المشتري أو بفعل الاجنبى، أما على الاول فلا يثبت الارش لعدم الدليل، و أما الخيار فالحق أنه ثابت بالشرط المضمّر، فان البائع يلتزم بايصال المال سالما الى المشتري، و أما على الثانى فيثبت الارش و الخيار، اما الاول فلقاعدته الضمان و اما الثانى فللشرط، و أما على الثالث فلا خيار و لا ارش، و اما على الرابع فيثبت الضمان على الاجنبى و يثبت الخيار للمشتري على البائع.

[الأقوى من حيث الجمع بين الروايات حرمة بيع المكيل و الموزون قبل قبضه]

اشاره

قمى، سيد تقى طباطبايى، دراساتنا من الفقه الجعفرى، ٢ جلد، مطبعه الخيام، قم - ايران، اول، ١٤٠٠ هـ ق دراساتنا من الفقه الجعفرى؛ ج ٤، ص: ٥٠١

أقول: و فى قبال هذا القول قول بالكراهه، و الاخبار «١» الواردة فى المقام ثلاث طوائف:

(منها) ما دل على النهى مطلقا، كالروايه الخامسه من هذا الباب، فانه يدل

(١) الوسائل، الجزء ١٢ الباب ١٦ من أبواب أحكام العقود.

دراساتنا من الفقه الجعفرى، ج ٤، ص: ٥٠٢

...

على عدم جواز بيع الطعام قبل الكيل.

(و منها) ما يدل على الجواز مطلقا، كالروايه السادسه من هذا الباب.

(و منها) ما يفصل فيه بين التوليه فحكم بالجواز و بين غيرها فحكم بالمنع، كالروايه الاولى من هذا الباب، و مقتضى حمل المطلق على المقيد ما أفاده الشيخ قدس سره.

ثم ان هذا الحكم مختص بالمكيل

و الموزون، و أما فى غيرهما فالصححه على القاعده. مضافا الى أنه تستفاد الصححه من روايات الباب بالمفهوم فى بعضها و بالمنطوق فى بعضها الاخر.

ثم ان الظاهر من روايات الباب الحرمة الوضعيه، فانها الظاهر من النهى فى باب المعاملات. ثم انه هل يختص هذا الحكم بالمبيع الشخصى أم يعم الكلى؟ الظاهر هو الثانى لإطلاق روايات الباب.

ثم انه لا- يخفى أن الظاهر من النصوص الوارده فى المقام أن المعتبر فى البيع القبض فلو حصل القبض لا يعتبر الكيل أو الوزن، كما أنه مجرد الكيل و الوزن بلا- قبض لا- أثر لهما. و ملخص الكلام أن الظاهر من النصوص أن الميزان بالقبض، و انما عبر بالكيل و الوزن لأنهما يتحقق بهما القبض خارجا.

و ينبغى التنبيه على أمور:

(الاول) انه هل يلحق الثمن بالمتن فى هذا الحكم أم لا؟

لا اشكال فى أنه لو لم يقيم دليل على التسريه لكان مقتضى القاعده عدم اللقوق، فان اللقوق يحتاج الى الدليل لا عدمه كما هو ظاهر. و ربما يقال: بأن الملاك مشترك، و هو ضعف الملكيه قبل القبض، و لا اشكال فى ضعف هذا الوجه.

دراساتنا من الفقه الجعفرى، ج ٤، ص: ٥٠٣

...

و ربما يستدل على اللاحق «١» بما رواه الحلبي عن أبى عبد الله عليه السلام فان المستفاد من الروايه بمقتضى التعليل ان كل ما يكال لا يجوز بيعه قبل القبض.

وفيه: أولا انه مخصوص بالمكيل، و ثانيا ان ما يستفاد منه أن كل مبيع يكال لا يجوز بيعه قبل القبض لا أن كل ما يكال لا يجوز بيعه قبل قبضه، مضافا الى أنه يحتمل أن يكون المراد من الروايه عدم قبض الشريك حصته من الشركاء فيكون خارجا عن المقام.

و استدل على عدم اللقوق بما رواه «٢» ابن شعيب عن أبى عبد الله عليه السلام.

و يرد

عليه أولاً: انه حكم وارد في مورد خاص و القياس على خلاف القاعده و ثانيا ان الثمن المذكور في الروايه الدرهم و الكلام في الطعام، و ثالثا انه لم يفرض جعل الثمن مبيعا بل الظاهر جعله ثمنا و الكلام في المبيع، و رابعا انه مطلق نرفع اليد عن اطلاقه بالدليل. فالعمده عدم المقتضى للإلحاق.

(الثانى) انه هل يختص هذا الحكم بالمبيع أو يجرى في غيره؟

الظاهر هو الاول، لعدم الوجه للإلحاق، و كلمات القوم في المقام مختلفه، و العمده الادله و مقتضاها الاختصاص.

(الثالث) انه هل المراد من المبيع المنهى ايقاع البيع عليه

أى على ما لم يقبض أو يعم تشخيص المبيع الكلى عليه؟ أفاد المصنف بأن الظاهر من النص و الفتوى الاول و نفى البعد عن الثانى. و الحق كما أفاده قدس سره أن الظاهر هو الاختصاص سيما بلحاظ ما فصل فيه بين التوليه و غيرها، فان تطبيق الكلى على ما اشتراه خارج موضوعا كما هو ظاهر.

(١) الوسائل، الجزء ١٢ الباب ١٦ من أبواب أحكام العقود، الحديث ١٠.

(٢) الوسائل، الجزء ١٣ الباب ١١ من أبواب السلف، الحديث ١٠.

دراساتنا من الفقه الجعفرى، ج ٤، ص: ٥٠٤

...

و هل يستفاد المنع من روايه الحلبي «١» حيث منعه عليه السلام عن التصدى للمبيع أم لا يستفاد؟ الظاهر هو الثانى، اذ النهى من جهه دفع الاتهام، و لذا أفاد عليه السلام فى ذيل الحديث بأنه جائز، و هل يستفاد من حديث ابن شعيب الجواز أم لا يستفاد؟ قال: سألت أبا عبد الله عليه السلام عن الرجل يكون له على الآخر أحمال من رطب أو تمر فيبعث اليه بدنانير فيقول اشتر بهذه و استوف منه الذى لك. قال: لا بأس اذا ائتمنه «٢».

أفاد الشيخ قدس سره بأنه يستفاد من هذه الروايه الجواز. و أورد عليه الايروانى قدس سره بأن هذه الروايات أجنبيه عن محل الكلام، اذ الظاهر منها التوكيل فى الاثراء للبائع و القبض من قبله ثم استيفاء الحق منه.

و الحق أنه ليس فيه هذا الظهور المدعى فى كلامه، لكن مع ذلك لا يمكن المساعده على الشيخ، فانه لو تم المقتضى للمنع لا يكون مثل هذه الروايه معارضه لدليل المنع، اذ المستفاد منه أنه بعد تماميه

البيع و بعد ما كان التصرف جائزا للبايع يكون الوكيل وكيلا فى استيفاء الحق. و بعبارة أخرى: ليس فى الروايه تعرض لموضوع الجواز، بل الحكم على فرض تماميه الموضوع، فالعمده منع المقتضى و ظهور دليل المنع فى البيع و لا يشمل تطبيق المبيع، و لذا لا شبهه فى جواز هبه غير المقبوض. مضافا الى أن خبر ابن شعيب لم يفرض فيه أن الاحمال من الرطب مملوكه للمديون بالبيع.

هذا فيما يكون المبيع شخصيا، و أما لو كان المبيع كليا فهل يكون الامر كذلك أم لا؟ أفاد الشيخ قدس سره بأنه لا يجرى فيه ذلك، اذ لا يتحقق الانطباق

(١) الوسائل، الجزء ١٣ الباب ١٢ من أبواب السلف، الحديث ١.

(٢) التهذيب، الجزء ٧ الصفحة ٤٢.

دراساتنا من الفقه الجعفرى، ج ٤، ص: ٥٠٥

...

الا- بالقبض ثم الاقباض فيخرج عن موضوع الكلام. و بعبارة أخرى: ما دام لا يتحقق الكلى فى الخارج لا يمكن انطباق المبيع عليه، و تحققه فى الخارج يكون بالقبض، و به يخرج عن محل الكلام، فان الكلام فى بيع ما لم يقبض.

أقول: لو قلنا بأن الكلى فى الذمه يتشخص فى الخارج باذن الدائن فباذن من له الكلى يتحقق ذلك الفرد فى الخارج بلا تحقق القبض، فيجرى عليه حكم غير المقبوض. و كيف كان أفاد قدس سره بأنه حيث أن الامر كذلك فلا بد من الحواله أو التوكيل أى الايفاء، لا بد من تحققه بأحد هذين الامرين فيدخل فى المسأله المعروفه، و هى أنه لو كان له على غيره طعام من سلم و عليه مثل ذلك فأمر غريمه أن يكتال لنفسه من الاخر فانه يكره أو يحرم على الخلاف. و قد علل فى الشرائع بأنه قبضه عماله قبل أن

يقبضه صاحبه.

و لا يخفى أنه لو كان بنحو الوكاله لا يجرى فيه الاشكال، اذ معنى الوكاله أن يقبض للمديون ثم يقبض لنفسه و هذا لا اشكال فيه الا- من حيث ان القابض و المقبض واحد، و هذا لا اشكال فيه. و أما لو كان بنحو الحواله فتاره نقول بأن الحواله ترجع الى جعل ما على الغير معوضا و ما على نفسه عوضا و بعباره أخرى يكون بيعا واقعا بصوره الحواله فيدخل فى المقام و لا يكون جائزا، مضافا الى أنه من بيع الدين بالدين، و ان قلنا بأن الحواله عباره عن جعل الغريم غريما لمن عليه- و بعباره أخرى جعل الغريم مقام نفسه لا أنه يتبدل أحد الامرين بالآخر- فلا يدخل فى محل الكلام، و ان قلنا بأنها مجرد وفاء الدين فيشكل الامر، حيث ان الكلى لم يتشخص بعد فى الخارج.

لكن الظاهر أنه يجوز بمقتضى النص الخاص الوارد فى المقام و قد استدل

دراساتنا من الفقه الجعفرى، ج ٤، ص: ٥٠٦

...

فى الحدائق به. و الانصاف أن مفاده لإثبات المقصود تام، و لو قلنا بأن الحواله تغاير البيع فلا موجب لتسريه الاشكال.

و ملخص الكلام: ان كان الاشكال مختصا بالبيع فلا- وجه لجريانه فى الحواله و لو قلنا بأن الموضوع مطلق المعاوضه و تكون الحواله معاوضه فيتحقق الاشكال لكن لا- وجه لاختصاص الاشكال بما يكون الانتقال بالبيع، بل يجرى حتى فيما لا يكون الانتقال بالبيع بل بوجه آخر من بقيه المعاوضات، كما أنه يجرى فى العوض أيضا.

(الرابع) انه ذكر جماعه بأنه لو كان على شخص دين كالحنطه مثلا فدفعت دراهم الى من له الحنطه و قال اشتر بها لنفسك الحنطه لا يصح لقانون المعاوضه.

و أفاد الشيخ بأنه ينقض بالمعاطاه حيث انه يجوز أن يشتري بما أخذ بالمعاطاه مع الالتزام بالاباحه فى المعاطاه، و أيضا ينتقض بما لو اشترى شيئا بمال مغصوب مع علم البائع بالغصب،

فانه يجوز أن يتصرف فيه تصرفا يتوقف على الملك كوطى الجاريه و حيث ان المعاوضه تقتضى دخول كل من العوضين فى كيس من خرج عنه العوض الاخر.

تصدى الشيخ قدس سره لدفع الاشكال عن مورد النقض بأحد وجوه و قال:

بأنه يمكن أن نلتزم بدخول العين فى ملك الشخص فى المعاطاه قبل التصرف آنا ما أو نلتزم بأنه مع علم البائع بالغصب يكون تمليكا مجانيا، أو نلتزم بأنه لو اشترى شيئا بما أخذه من المالك يكون فضوليا و باجازه المالك الشراء و القبض يتم الامر، ففى المقام نلتزم بأن الاشتراء فضولى، غايه الامر بالا اجازه تصح المعامله و باستمرار القبض يكون قبضا لماله على المالك.

دراساتنا من الفقه الجعفرى، ج ٤، ص: ٥٠٧

قوله: مسأله لو كان له طعام على غيره فطالبه به فى غير مكان حدوثه فى ذمته (١).

و يمكن أن يقال: بأن اللام فى قوله «اشترى لنفسك طعاما» يكون للنفع لا أن يكون الاشتراء لنفسه بل يكون الاشتراء للمالك ثم استيفاء الحق من مال المالك. و يدل عليه بعض النصوص.

أقول: العمده فى وجه الاشكال عدم تعقل المعاوضه بغير هذا الوجه، لكن قد ذكرنا سابقا بأنه لا يتقيد البيع بهذا القيد، فانه يمكن أن يشتري شيئا بمال الغير اذ يصدق عليه الاشتراء و البيع فيشمله دليل الصحه، فمن هذه الناحيه لا اشكال فيه لكن الاشكال من ناحيه أخرى، و هى أنه لو اشترى شيئا لنفسه يدخل المشتري فى كيس الغريم. و سقوط الدين عن ذمه المديون لا وجه له، اذ السقوط اما بالابراء و اما بالاداء و اما بالتبديل، و شىء من هذه الامور لم يتحقق، فالمتعين أن نلتزم بكون اللام لام المنفعه لا الملكيه، فيشتري للمديون ثم باذنه يأخذ

المشترى.

[مسأله لو كان له طعام على غيره فطالبه به في غير مكان حدوثه في ذمته]

اشاره

أقول: في المقام مسائل ثلاث:

(الاولى) أن يكون سلما بأن أسلفه في المدينه فطالبه بالشام فيتراضيان بقيمه بلد المطالبه أو بقيمه بلد وجوب التسليم،

فأفاد الشيخ قدس سره أنه لا يجوز لأنه مصداق لبيع ما لم يقبض.

و يرد عليه:

أولاً- ان هذا الاشكال انما يكون له مجال فيما يقع معامله بالبيع، و أما لو وقع معامله بنحو آخر فلا مجال للإشكال، لان الموضوع في دليل النهي هو البيع.

دراساتنا من الفقه الجعفري، ج ٤، ص: ٥٠٨

...

و ثانياً- أنه يستفاد من جمله من الروايات «١» أن البيع من البائع جائز، انما الكلام في أن المشتري هل يكون له مطالبه العين في ذلك البلد أم لا. أفاد الشيخ بأنه لا اشكال في عدم وجوب اداء العين في بلد المطالبه، و أولى بعدم الجواز لو طالبه بقيمه بلد التسليم.

أقول: اذ كان تسليم العين ممكناً في بلد المطالبه مع تساوي قيمه بين البلدين أو كون بلد المطالبه أقل من بلد معامله فلا يبعد وجوب دفع العين كما أفاده المصنف، اذ المفروض أنه حل و التقصير من ناحيه البائع، فانه ملزم بالدفع.

ان قلت: الشرط المضمّر حين العقد يقتضى الدفع في بلد المطالبه.

قلت: نعم و لكن البائع لا يدفع فعدم الدفع من ناحيه البائع. و ان شئت قلت: لا يستفاد من الشرط أزيد من هذا المقدار، أي أن المستفاد من الشرط أن البائع غير ملزم بأدائه في غير بلد معامله، لكن على فرض عدم تسليمه يجبر على دفع دينه و ما في ذمته، و أما اذا كانت قيمه أزيد فالظاهر أن الامر كذلك.

و التمسك بدليل الضرر يرد عليه: أولاً- انه يختلف باختلاف المباني، و ثانياً ان ضرر البائع بالدفع معارض بضرر المشتري بالامساك.

هذا فيما يمكن دفع العين، و أما لو لم يمكن بأن لم يكن المبيع فى الخارج فهل للدائن اجبار البائع بدفع

القيمه؟ الظاهر أنه ليس له. و ما عن العلامه من أن التسليم من قبيل القيود التي يتشخص الكلى بها و مع تعذره يصدق أن تسليم المبيع متعذر فللمشتري مطالبه القيمه أى قيمه بلد المعامله.

(١) الوسائل، الجزء ١٣ الباب ١١ من أبواب السلف.

دراساتنا من الفقه الجعفرى، ج ٤، ص: ٥٠٩

...

و فيه: ان هذا ليس من القيود المشخصه بل شرط خارجى، و غايه ما يترتب عليه أن يكون للمشتري خيار الفسخ.

(الثانيه) انه لو كان الطعام عليه بنحو القرض لا شبهه فى جواز البيع هنا،

لعدم موضوع للإشكال المذكور، حيث أنه مخصوص بما يكون البيع واردا على بيع غير مقبوض، و أما مطالبه المثل فمع امكانه فلا اشكال فى جوازه بحسب الظاهر فيما لا يكون بلد المطالبه أزيد بل حتى فى تلك الصوره كما مر آنفا، و أما مع وجود المثل فهل له مطالبه القيمه؟ الظاهر أنه مشكل، لان المفروض أنه يمكنه دفع العين فيما بعد فلا تصل النوبه الى القيمه. لكن مع ذلك يشكل، اذ المفروض أنه مثلى فيجب المثل.

هذا بحسب القاعده الاولى، و فى المقام نص «١» يستفاد منه جواز المطالبه فى غير بلد القرض، لكن المفروض ليس هو القرض بل المستفاد منه الدين.

(الثالثه) أن يكون ما عليه بالغصب و هو اما يكون مثليا و اما يكون قيميا،

أما على الاول فيجوز مطالبه المثل، و مع تعذره فعلا يشكل الانتقال الى القيمه، و لو كان قيميا يجوز مطالبته بالقيمه. و الظاهر أن الميزان هى القيمه الفعلية لمكان المطالبه.

و الحمد لله أولا و آخرًا. قدمت البحث فى يوم الثلاثاء الثالث من شهر جمادى الاولى من سنة ١٣٩٨ هجرية على مهاجرها آلاف التحية و الثناء. اللهم ارزقنا زيارته فى الدنيا و شفاعته فى الآخرة. آمين يا رب العالمين.

(١) الوسائل، الجزء ١٣ الباب ٢٦ من ابواب الدين و القرض، الحديث ١.

بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمَنِ الرَّحِيمِ
هَلْ يَسْتَوِي الَّذِينَ يَعْلَمُونَ وَالَّذِينَ لَا يَعْلَمُونَ

الزمر: ٩

المقدمة:

تأسس مركز القائمية للدراسات الكمبيوترية في أصفهان بإشراف آية الله الحاج السيد حسن فقيه الإمامي عام ١٤٢٦ الهجرى في المجالات الدينية والثقافية والعلمية معتمداً على النشاطات الخالصة والدؤوبة لجمع من الإخصائيين والمثقفين في الجامعات والحوزات العلمية.

إجراءات المؤسسة:

نظراً لقلّة المراكز القائمية بتوفير المصادر في العلوم الإسلامية وتبعثها في أنحاء البلاد وصعوبة الحصول على مصادرها أحياناً، تهدف مؤسسة القائمية للدراسات الكمبيوترية في أصفهان إلى التوفير الأسهل والأسرع للمعلومات ووصولها إلى الباحثين في العلوم الإسلامية وتقديم المؤسسة مجاناً مجموعةً إلكترونيةً من الكتب والمقالات العلمية والدراسات المفيدة وهي منظمة في برامج إلكترونية وجاهزة في مختلف اللغات عرضاً للباحثين والمثقفين والراغبين فيها. وتحاول المؤسسة تقديم الخدمة معتمدةً على النظرة العلمية البحتة البعيدة من التعصبات الشخصية والاجتماعية والسياسية والقومية وعلى أساس خطة تنوى تنظيم الأعمال والمنشورات الصادرة من جميع مراكز الشيعة.

الأهداف:

نشر الثقافة الإسلامية وتعاليم القرآن وآل بيت النبي عليهم السلام
تحفيز الناس خصوصاً الشباب على دراسة أدق في المسائل الدينية
تنزيل البرامج المفيدة في الهواتف والحاسوبات واللابتوب
الخدمة للباحثين والمحققين في الحوزات العلمية والجامعات
توسيع عام لفكرة المطالعة
تهميد الأرضية لتحريض المنشورات والكتّاب على تقديم آثارهم لتنظيمها في ملفات إلكترونية

السياسات:

مراعاة القوانين والعمل حسب المعايير القانونية
إنشاء العلاقات المترابطة مع المراكز المرتبطة
الاجتناب عن الروتين وتكرار المحاولات السابقة
العرض العلمي البحت للمصادر والمعلومات

الالتزام بذكر المصادر والمآخذ في نشر المعلومات
من الواضح أن يتحمل المؤلف مسؤولية العمل.

نشاطات المؤسسة:

طبع الكتب والملزمات والدوريات

إقامة المسابقات في مطالعة الكتب

إقامة المعارض الالكترونية: المعارض الثلاثية الأبعاد، أفلام بانوراما في الأمكنة الدينية والسياحية

إنتاج الأفلام الكرتونية والألعاب الكمبيوترية

افتتاح موقع القائمة الانترنتى بعنوان : www.ghaemiyeh.com

إنتاج الأفلام الثقافية وأقراص المحاضرات و...

الإطلاق والدعم العلمى لنظام استلام الأسئلة والاستفسارات الدينية والأخلاقية والاعتقادية والردّ عليها

تصميم الأجهزة الخاصة بالمحاسبة، الجوال، بلوتوث Bluetooth، ويب كيوسك kiosk، الرسالة القصيرة (sms)

إقامة الدورات التعليمية الالكترونية لعموم الناس

إقامة الدورات الالكترونية لتدريب المعلمين

إنتاج آلاف برامج فى البحث والدراسة وتطبيقها فى أنواع من اللابتوب والحاسوب والهاتف ويمكن تحميلها على ٨ أنظمة؛

JAVA.١

ANDROID.٢

EPUB.٣

CHM.٤

PDF.٥

HTML.٦

CHM.٧

GHB.٨

إعداد ٤ الأسواق الإلكترونية للكتاب على موقع القائمة ويمكن تحميلها على الأنظمة التالية

ANDROID.١

IOS.٢

WINDOWS PHONE.٣

WINDOWS.٤

وتقدّم مجاناً فى الموقع بثلاث اللغات منها العربية والانجليزية والفارسية

الكلمة الأخيرة

نتقدم بكلمة الشكر والتقدير إلى مكاتب مراجع التقليد منظمات والمراكز، المنشورات، المؤسسات، الكتاب وكل من قدّم لنا المساعدة في تحقيق أهدافنا وعرض المعلومات علينا.

عنوان المكتب المركزي

أصفهان، شارع عبد الرزاق، سوق حاج محمد جعفر آواده اي، زقاق الشهيد محمد حسن التوكلي، الرقم ١٢٩، الطبقة الأولى.

عنوان الموقع : : www.ghbook.ir

البريد الإلكتروني : Info@ghbook.ir

هاتف المكتب المركزي ٠٣١٣٤٤٩٠١٢٥

هاتف المكتب في طهران ٠٢١ - ٨٨٣١٨٧٢٢

قسم البيع ٠٩١٣٢٠٠٠١٠٩ شؤون المستخدمين ٠٩١٣٢٠٠٠١٠٩.

مركز
للبحوث والتحريرات الكمبيوترية
اصبهان
الغمامية



للحصول على المكتبات الخاصة الاخرى
ارجعوا الى عنوان المركز من فضلكم
www.Ghaemiyeh.com

www.Ghaemiyeh.net

www.Ghaemiyeh.org

www.Ghaemiyeh.ir

و للايحاء من فضلكم

٠٩١٣ ٢٠٠٠ ١٥٩

